

APPUNTI SULLA DISPOSIZIONE TESTAMENTARIA RINUNCIATIVA

Di Francesco Meglio

| 91

SOMMARIO: *1. Note introduttive e impostazione dell'indagine. – 2. La rinuncia in generale: effetti, natura, causa e forma – 3. La struttura della rinuncia testamentaria e l'effettiva portata dell'espressione "legati rinunciativi" nella moderna ricostruzione del legato. – 4. Il ruolo dell'art. 658 c.c. nel discorso sulla disposizione testamentaria rinunciativa. Il legato di liberazione da debito come disposizione testamentaria di rinuncia al credito e il legato di remissione del debito come legato atipico, in ragione della natura contrattuale della fattispecie remissoria. – 5. L'oggetto della disposizione testamentaria rinunciativa e il giudizio di meritevolezza. – 6. Rilievi conclusivi.*

ABSTRACT. *Il presente saggio analizza la rinuncia contenuta in una disposizione testamentaria, quale espressione importante e ad oggi poco considerata dell'autonomia riconosciuta al testatore. Nel corso dell'indagine, si sottolinea la necessità di un vaglio di meritevolezza di questa disposizione e si rimarca l'opportunità di distinguere la remissione del debito dalla rinuncia al credito, anche in materia testamentaria.*

The present essay analyzes the renunciation contained in a testamentary disposition, as an important expression and to date little considered the autonomy recognized to the testator. In the course of the investigation, the need for a deserving scrutiny of this provision is emphasized and the opportunity to distinguish the remission of the debt from the renunciation to the credit, also in matters of wills, is emphasized.



1. Note introduttive e impostazione dell'indagine.

| 92

In tempi meno recenti, anche la letteratura più sensibile all'estensione dei confini dell'autonomia testamentaria non avrebbe dedicato che poche pagine alle disposizioni rinunciative contenute in un testamento. Lo studio delle successioni per causa di morte, in generale, e del testamento, in particolare, infatti, risultavano dominati dalla prospettiva meramente attributiva del secondo, per cui tutto ciò che deviava dal binomio disposizione¹ – attribuzione era da considerare estraneo all'atto di ultima volontà.

È noto che la lettura patrimoniale del testamento², ancorata alla *summa divisio* delle disposizioni testamentarie recata dall'art. 588, comma 1, c.c., comincia a vacillare con gli studi in tema di onere o *modus*³, che nella seconda metà degli anni '50 te-

¹ Sull'atto di disposizione, v. almeno S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 3 ss.; R. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale* (Art. 2900-2906), in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1957, p. 204; L. MENGONI-F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 189; L. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 3° ed., 1975, pp. 6-7, nota 3. La categoria degli atti di disposizione fu elaborata per designare una categoria di negozi giuridici contrapposti ai negozi obbligatori. La categoria degli atti di disposizione è molto ampia, ricomprendendo atti giuridici in senso stretto come il pagamento, ed assumendo particolare rilievo in essa i negozi abdicativi o rinunziativi e quelli di alienazione, questi ultimi a loro volta distinti in alienazioni traslative e costitutive.

Sulla differenza tra atti di disposizione (*genus*) e atti di alienazione (*species*), v. S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 3-5. Approssimativamente, l'atto di disposizione ha quale effetto principale la diminuzione patrimoniale del titolare del diritto di cui si tratta, ma il più delle volte a tale depauperamento corrisponde come aspetto complementare del medesimo effetto un'attribuzione patrimoniale, cioè un arricchimento di un altro soggetto.

² La ricostruzione patrimonialistica del testamento ha rappresentato, indubbiamente, una fase molto lunga nella dottrina dell'atto a causa di morte. Nella dottrina tradizionale, v. L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, pp. 305-307; F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Diritto civile italiano. Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1948, pp. 337-338; F. CISOTTI, *La disposizione di beni come elemento del concetto di testamento*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, vol. 77, (1943 - 1944), Milano, 1943, pp. 218 e ss., spec. 225 e 231; S. PUGLIATTI, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, in *Temi*, 1948, p. 313.

Efficacemente L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1504, ha discorso di «ipervalutazione del combinato disposto degli artt. 587 e 588 c.c.», proprio a rimarcare una tendenza molto radicata e giunta, come si è visto, ai nostri giorni in maniera pressoché integra.

³ L'inidoneità dell'art. 588, comma 1, c.c. ad esaurire le disposizioni patrimoniali tipiche è dimostrata dalla vicenda ricostruttiva dell'onere, oggi prevalentemente qualificato come negozio

stimoniano la fallacia della definitività con la quale si afferma che le disposizioni testamentarie sono rappresentate unicamente dall'istituzione di erede⁴ e dal legato⁵.

Sono anni nei quali le successioni per causa di morte occasionano contributi tuttora attuali⁶, alcuni di essi rivalutati successivamente, alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali conosciute da taluni istituti, dopo l'iniziale contrarietà della dottrina maggioritaria. Emblematica, in tal senso, è la vicenda della clausola di diseredazione⁷, giunta dopo quasi un cinquantennio ad essere pienamente recepita dalla giurisprudenza di legittimità⁸, e di lì a po-

autonomo, in base agli artt. 676, comma 2, e 677, comma 2, c.c. che ne declinano la c.d. ambulatorietà, e non anche invece come clausola accessoria. Tale evoluzione del pensiero giuridico viene in particolare sviluppata da M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 889 ss. Invero è parzialmente anticipata da L. GARDANI CONTURSI - LISI, *Il legato modale (lineamenti)*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 957 ss. Per la tesi dell'accessorietà si vedano, *ex multis*, E. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 472 ss. e A. MARINI, *Il modus quale elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976.

⁴ In tema, v. almeno V. BARBA, *Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 53 ss.; S. D'ANDREA, *L'istituzione di erede*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 209 ss.; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2005.

⁵ Almeno, G. BONILINI, *La disposizione testamentaria di legato*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 417 ss.; A. GIORDANO MONDELLO, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 730 ss.; A. TRABUCCHI, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 609 ss.

⁶ Si pensi al contributo di A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966. Si noti che in tale contributo, coevo al più noto contributo del Bin di cui alla nota successiva, alle pp. 158-159, l'A. sottolineava che «... si possono isolare, mediante un breve esame normativo alcune - ed invero il discorso meriterebbe la cura di un'apposita trattazione - tra le più significative disposizioni testamentarie caratterizzate dalla nota comune di non essere idonee alla produzione dell'effetto attribuzione di beni che pure si vorrebbe fosse tipico del testamento», a testimonianza di un sentire non isolato.

⁷ Il riferimento è intuitivamente all'opera di M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966. Per la verità, l'opera del Bin non è la sola che in materia testamentaria esprime una sensibilità rinnovata degli studiosi.

⁸ Cass., 25 maggio 2012, n. 8352 in *Giust. civ.* 2012, I, p. 1164, con nota di L. CIAFARDINI, *Cambio di rotta della Cassazione sulla clausola di diseredazione*; si può leggere anche in *Fam. pers. succ.*, 2012, 11, p. 763, con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*; in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, p. 991 con nota di R. PACIA, *Principio di autonomia e validità del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*; in *Vita not.*, 2012, 2, p. 665, con nota di D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*; in *Corr. giur.*, 2013, 5, p. 614, con nota di B. CALIENDO, *La diseredazione: "(non) vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole."*; in *Fam. dir.*, 2013, p. 146, con nota di G. BELLAVIA, *La Cassazione ammette la clausola di diseredazione esplicita meramente negativa*; in *Notaria-*



co a far pensare che possa reputarsi valida quand'anche disposta nei confronti di un legittimario, per effetto dell'introduzione dell'art. 448-bis c.c.⁹

Nel quadro delineato, è tuttavia mancata una riflessione in ordine alla rinuncia testamentaria. Eppure, l'utilità di uno sforzo ricostruttivo volto a chiarire i profili strutturali e funzionali della rinuncia sarebbe stato opportuno e proficuo nella prospettiva diretta a rimarcare la funzione regolamentare del testamento, affrancando definitivamente l'atto di ultima volontà dalla stretta natura attributiva. L'analisi della rinuncia non è meno importante delle istanze più recenti che coinvolgono le c.d. nuove proprietà¹⁰ e l'eredità c.d. digitale¹¹, sulle quali invece si riscontra un certo interesse.

to, 2013, p. 24, con nota di R. CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del negozio testamentario*.

⁹ Per una prima disamina della letteratura, si rinvia a F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448 bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1096, il quale, a fronte di un testo che, dai primi commenti, ha ricevuto più critiche che elogi, a pag. 1103 discorre di «ennesima testimonianza di una ormai ricorrente sciattezza legislativa»; V. VERDICCHIO, *La diseredazione "per giusta causa" (chiose a margine dell'art. 448 bis c.c.)*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014, p. 195 ss.; P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448 bis c.c.*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 83 ss.; M. TATARANO, *L'art. 448 bis c.c. tra norma e sistema*, in F. Volpe (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, Napoli, 2016, p. 157 ss.; M. TAMPONI, *Certezza del diritto e successioni per causa di morte*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 109 ss., il quale chiaramente osserva che la causa attributiva non è più riguardata come elemento essenziale del negozio testamentario, «il quale ben potrebbe presentare come suo unico contenuto una dispensa da collazione, una ripartizione dei debiti ereditari diversa da ciò che prevede l'art. 1295 c.c., un divieto di divisione, un onere, l'esclusione del legittimario dalla disponibile, una revoca del testamento»; F. PIRONE, *La violazione dei doveri familiari come legittima causa di diseredazione del legittimario*, in *Notariato*, 2015, V, p. 516 ss. Critiche in ordine alla portata e alla collocazione sistematica della norma e per la poca chiarezza, negli intenti e nei presupposti applicativi, sono state espresse da M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 9°, l. n. 219/2012)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 557 ss.

¹⁰ In argomento, v. G. CORAPI, *La trasmissione ereditaria delle c.d. "nuove proprietà"*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 379 ss.; M. MARTINO, *Le "nuove proprietà"*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 355 ss.; A. ZOPPINI, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 185 ss.

¹¹ Sulla successione nel patrimonio digitale, almeno, G. RESTA, *La "morte digitale"*, in *Id.*, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 375 ss.; S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 427 ss. Si v. anche, M. CINQUE, *La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 645 ss.; L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, p. 147 ss.; U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis*

Le riflessioni che seguono, pertanto, proveranno per quanto possibile a dare sistematicità ad un'area disorganica, ma non per questo priva di implicazioni pratiche rilevanti. Il tema in esame, tra l'altro, richiama all'attenzione il rapporto tra testamento e rapporto obbligatorio¹², suggerendo all'interprete che voglia indagarlo di far reagire norme apparentemente non comunicanti ed invece chiamate a dialogare. Inoltre, come si vedrà nel prosieguo, si avrà modo di fugare il campo da alcuni fraintendimenti davvero ricorrenti.

In un primo momento si passeranno in rassegna i profili generali della rinuncia. L'indagine proseguirà analizzando la struttura e la funzione della disposizione testamentaria contenente la rinuncia, soffermandosi sul ruolo assolto dall'art. 658 c.c. e sulla sua effettiva portata. Dal corretto inquadramento di tale norma, come si noterà, dipende in misura significativa la sistematizzazione della rinuncia testamentaria. L'analisi di tale disposto normativo consentirà, altresì, di sottolineare la bontà della distinzione tra remissione del debito e rinuncia al credito, istituti tra loro molto diversi sul piano funzionale. Tale distinguo si riverbererà tanto sulla qualificazione della disposizione testamentaria, i cui risvolti depongono, come si vedrà, nella direzione per cui va ribadita anche nella materia che ci occupa la differenza tra remissione del debito e rinuncia al credito, quanto sulla selezione della disciplina applicabile, che rappresenta la principale istanza dell'operatore pratico. Infine, si procederà alla disamina di alcune tra le più diffuse disposizioni testamentarie rinunciative, sottolineando come per esse non possa escludersi un sindacato di meritevolezza, distinto qualitativamente dal giudizio di liceità, ed avente come scopo la verifica della conformità dell'atto di autonomia ai valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico.

2. La rinuncia in generale: effetti, natura, causa e forma.

causa, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 (è leggibile in <http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>). Più di recente, sul c.d. contatto erede di facebook, cfr. V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.

¹² Sulle disposizioni testamentarie costitutive, modificative ed estintive di un rapporto obbligatorio, su tutti G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980; N. DI MAURO, *Le disposizioni modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005; V. BARBA, *Disposizioni testamentarie costitutive, modificative ed estintive di rapporto obbligatorio*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, pp. 15-28.



All'interno del codice civile mancano sia una definizione di rinuncia¹³, sia una disciplina generale della stessa¹⁴. Ciò non ha impedito alla dottrina, sovente incuriosita dalla lacuna¹⁵ da colmare, di riflettere lungamente sulla rinuncia¹⁶. Tradizionalmente,

la rinuncia è ricostruita come negozio giuridico unilaterale mediante il quale l'autore dismette una situazione giuridica di cui è titolare¹⁷.

L'effetto fondamentale della rinuncia è dato, pertanto, dall'abdicazione, da parte del soggetto titolare, della situazione giuridica. Tale assunto ha indotto autorevole dottrina¹⁸ ad affermare la neces-

estintive del rapporto obbligatorio, Torino, 1952, p. 220 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 86 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1960, p. 299 ss.; D. BARBERO, *Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia*, in *Giur. it.*, 1953, IV, p. 89; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Bari, 1965, p. 57 ss.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 87 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 71 ss.; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.* A. Cicu e F. Messineo, II, Milano, 1978, p. 456 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali ed obbligazioni "propter rem"*, in *Tratt. dir. civ.* A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984, p. 137 ss.; F. MACIOCE, *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 923 ss.; L.V. MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVII, Roma, 1991, p. 3 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1991, p. 228 ss.; F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, p. 90 ss.; M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993, p. 174 ss.

¹⁷ F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, Milano, p. 923 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile. Parte generale*, Milano, 1929, p. 324, secondo il quale la rinuncia «importa l'estinzione del diritto»; S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957, p. 88, secondo il quale la rinuncia determina «la estinzione o, quanto meno, il distacco dal rinunciante di un diritto o di un vantaggio giuridico»; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 218; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, p. 1, per il quale la rinuncia è «la dismissione di un diritto, che si verifica per effetto della unilaterale volontà del titolare»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, 2, Torino, 1960, p. 299. *Contra*, L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 49 ss., secondo la quale la rinuncia (in particolare ai diritti reali) costituirebbe un atto di autonomia «debole», riconducibile alla categoria degli atti giuridici in senso stretto piuttosto che del negozio giuridico. Secondo l'Autrice, infatti, la volontà del soggetto riguarderebbe unicamente l'atto ed il suo effetto primario (la dismissione del diritto), non invece gli effetti ulteriori (consolidazione, accrescimento, acquisto in capo allo Stato) che sono previsti inderogabilmente dalla legge. Il rinunciante sarebbe «impotente» rispetto a questi ultimi, non potendo la sua volontà determinare il nuovo assetto di interessi, a differenza di quanto accade nel negozio giuridico (inteso quale atto di autonomia «forte»). Per una valutazione delle motivazioni economiche, in una prospettiva strategica, che possono indurre alla rinuncia, cfr. V. MASTROIACOVO, *La rilevanza delle vicende abdicative nella disciplina sostanziale dei tributi*, Torino, 2012, p. 3 ss.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, p. 348, secondo il quale «L'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinuncia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunciante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale. Rinunciare non vuol dire estinguere il diritto, anche se, normalmente, il diritto in occasione della dismissione si estingue; rinunciare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio». Nello stesso senso,

94 ¹³ A livello semantico, il verbo rinunciare deriva dal verbo latino "renuntiare", il quale esprime l'idea di un annuncio in senso contrario, cioè a contenuto negativo, come di chi dichiara una volontà diretta a rifiutare o rinnegare.

¹⁴ Per comodità, si riportano di séguito le principali norme contenute nel codice civile che disciplinano o fanno riferimento alla rinuncia: art. 458 (Patti successori rinunciativi); art. 519 (Rinuncia all'eredità); art. 557, comma 2, (Divieto di rinunciare alla riduzione); art. 649 (Rinuncia al legato); art. 702 (Rinuncia alla nomina di esecutore testamentario); art. 882 (Riparazione del muro comune); art. 883 (Abbattimento di edificio appoggiato al muro comune); art. 963 (Rinuncia al diritto di enfiteusi); art. 1070 (Rinuncia alla proprietà del fondo servente); art. 1104 (Rinuncia al diritto di comproprietà); art. 1118 (Divieto di rinuncia al diritto sulle parti comuni da parte del condomino); art. 1238 (Rinuncia alla garanzia); art. 1246 (Rinuncia alla compensazione); art. 1310 (Rinuncia alla prescrizione); art. 1350, n. 5 (Atti che devono farsi per iscritto. La rinuncia ai diritti indicati dai nn. 1 a 4 dell'art. 1350); art. 1722, n. 3 [Cause di estinzione (del mandato) per rinuncia del mandatario]; art. 2643, n. 5 (Atti soggetti a trascrizione); art. 2659, ultimo comma. (Nota di trascrizione); art. 2662 (Trascrizione di acquisti a causa di morte in luogo di altri chiamati); art. 2668, comma 2 (Cancellazione della trascrizione); art. 2684, n. 3 [Atti soggetti a trascrizione (per beni mobili)]; art. 2814 (Ipoteca sull'usufrutto); art. 2834 (Rinuncia all'ipoteca legale); art. 2878, n. 5 [Cause di estinzione (delle ipoteche): la rinuncia del creditore].

¹⁵ Il tema delle lacune esercita un grande fascino e va affrontato parallelamente all'altrettanto interessante tema dell'analogia. Per un inquadramento generale, in particolare v. G. CARCATERRA, voce *Analogia, I) Teoria generale*, in *Enc. giur.* Treccani, II, Roma, 1988, pp. 8-9, il quale osserva come per aversi lacuna occorre che il caso non previsto non sia disciplinato neppure implicitamente, "Né dalla norma modello, né da alcuna altra norma del sistema preanalogico", intendendosi per sistema preanalogico l'insieme di norme "che sono valide a prescindere dal principio generale di analogia, ossia che rimangono valide nell'ordinamento anche se si elimina quel principio". In ordine a chi debba colmare la lacuna, interessante è la posizione di F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1932, p. 40, ove si legge che la lacuna non è un problema del legislatore, ma piuttosto del giudice il quale non può rifiutarsi di giudicare "sous prétexte du silence...de la loi". Si veda, al riguardo, P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare a Geny)*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, p. 7 e ss. Il punto chiave è verificare se il silenzio, inteso come mancata previsione, risponda ad una "consapevole assenza di disciplina da parte del legislatore" oppure non sia una disattenzione del codificatore. In questi termini si esprime H. M. PAWLOWSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Milano, 1993, p. 130, per il quale l'ammissibilità dell'analogia e dell'interpretazione estensiva, strumenti della giurisprudenza dei valori, «deriva dalla connessione della singola norma con tutte le altre e perciò dalla sistemica dei diversi rami del diritto dalla quale emerge l'ambito applicativo di ciascuna disposizione».

¹⁶ La letteratura in tema di rinuncia è davvero copiosa, non soltanto in termini di contributi monografici. Si v., almeno, S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 145 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962, p. 136 ss.; M. ALLARA, *Le fattispecie*



sità di distinguere la perdita del diritto dalla estinzione del medesimo. In particolare, la rinuncia si connoterebbe unicamente per la dismissione del diritto dalla propria sfera giuridica, mentre l'estinzione di quest'ultimo avrebbe carattere meramente eventuale.

Tale precisazione viene suffragata da quelle ipotesi nelle quali alla rinuncia non consegue l'estinzione del diritto, maturando l'acquisto del diritto in capo ad altri soggetti, ovvero ancora da quelle fattispecie nelle quali, nonostante l'intervenuta rinuncia, il diritto sopravvive per la sussistenza dell'interesse di un altro soggetto. I chiarimenti riferiti rinviano inevitabilmente al distinguo tra effetto essenziale ed effetto riflesso. L'effetto si definisce essenziale quando è riferibile direttamente alla fattispecie. L'effetto è riflesso, invece, quando trova la propria causa nell'effetto essenziale¹⁹.

Il termine rinuncia è solitamente impiegato per riferirsi a quella c.d. abdicativa, nella quale, cioè, il rinunciante intende unicamente dismettere la situazione giuridica di cui è titolare. Tuttavia, non è infrequente che si parli di rinuncia con riferimento al caso in cui questa sia inserita in un contratto sinalagmatico. Tale tipologia è conosciuta come rinuncia c.d. traslativa. Al riguardo, il termine rinuncia è invocato erroneamente. In queste ipotesi, infatti, la giustificazione causale della rinuncia sta nel corrispettivo per essa previsto. Questa "rinuncia" ha il *nomen* ma non la sostanza della autentica rinuncia, trattandosi verosimilmente di un negozio dispositivo-traslativo²⁰.

Nella prospettiva secondo la quale solo quella c.d. abdicativa è da reputare come rinuncia, si è os-

servato da autorevole dottrina che «non si ha rinuncia là dove la perdita del diritto si giustifica nell'ambito di un altro effetto, o perché parte di un effetto (negoziale) più ampio, o perché inscindibilmente e funzionalmente legato ad altro effetto (negoziale)»²¹.

La prescelta nozione di rinuncia comporta conseguenze in ordine alla struttura del negozio di rinuncia. La rinuncia che voglia essere tale non solo nominativamente, infatti, si presenta come un negozio unilaterale. Per essa, dunque, non è richiesto il consenso di alcun altro soggetto. La facoltà di rinunciare costituisce una prerogativa che è propria del titolare della situazione giuridica dismettenda.

Non convince, nonostante l'autorevolezza della dottrina che l'ha sostenuta, la tesi che apre ad una rinuncia c.d. contrattuale²², nella quale, cioè, rinunciante e beneficiario indiretto della rinuncia addiventano ad un accordo. Si è correttamente replicato che tale accordo tradisce il principio di economia dei mezzi giuridici, in base al quale non devono richiedersi adempimenti e/o interventi non necessari là dove, attraverso un solo atto, nel nostro caso la sola manifestazione di volontà del rinunciante, può addivenirsi alla produzione dell'effetto giuridico²³.

Superato il profilo strutturale della rinuncia, va detto che anche per essa si è posta la tematica della causa. Va rilevato che la prevalente dottrina ha ritenuto la rinuncia un negozio causale e non già astratto²⁴. Si è precisato che la rinuncia è destinata a realizzare un interesse meritevole di tutela, quale è appunto la dismissione della situazione giuridica di cui il rinunciante è titolare. Ed anzi, si è affermato che questa costituisce la massima espressione del potere di disposizione, nonostante tale facoltà non si traduca in un'attribuzione patrimoniale.

Tuttavia, per aversi vera rinuncia, occorre che il soggetto agisca al solo fine di raggiungere l'effetto tipico della rinuncia, che risiede nella perdita del diritto, e che «il perseguimento di tale scopo presenti, in sé o nel complesso assetto negoziale, quegli elementi di giustificazione economico-sociale che

v. F. MACIOCE, *op.cit.*, p. 924 ss., per il quale «la rinuncia, estinguendo il legame di titolarità del soggetto con il diritto, produce indubbiamente la separazione del diritto stesso dal soggetto. [...] Da un punto di vista più generale, il venir meno del soggetto può dar luogo a diverse conseguenze giuridiche, importando ora il semplice mutamento del soggetto, rimanendo inalterata la struttura del rapporto, ora invece l'estinzione del rapporto giuridico per il venir meno della pluralità dei soggetti».

¹⁹ Per la distinzione tra effetto diretto, effetto riflesso e conseguenze ulteriori del negozio, v. C. DONISI, *op. cit.*, p. 71 ss.

²⁰ G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 3, p. 1316, per il quale «il vantaggio altrui, come si è detto, potrà costituire al più un risultato indiretto della rinuncia, ma, se diventa la causa stessa del negozio che si pone in essere, inevitabilmente si realizza un diverso schema negoziale, che nulla ha più in comune con la rinuncia»; L. BOZZI, *op. cit.*, p. 7, per la quale «l'atto di spogliarsi volontariamente di un proprio diritto può essere inserito in uno schema più ampio e avvenire in cambio di un corrispettivo: in questo caso la rinuncia si configura come una sorta di controprestazione, sia pure a carattere negativo. Appare tuttavia altrettanto evidente che in una simile ipotesi il soggetto non abdica affatto al suo diritto e che pertanto il suo atto non può certamente qualificarsi come di rinuncia, o per lo meno non di rinuncia 'abdicativa'».

²¹ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 366.

²² L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 145 ss. Secondo A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002, p. 388, invece, l'atto abdicativo avrebbe di per sé natura unilaterale, ad eccezione delle rinunzie che comportano il trasferimento della proprietà su beni immobili, per le quali sarebbe necessaria l'accettazione del soggetto avvantaggiato.

²³ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 366 ss.

²⁴ Sul negozio astratto, v. almeno V. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, p. 52 ss.; B. TROISI, *Negozio giuridico, negozio astratto*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, 1990; R. SACCO, *Negozio astratto, negozio giuridico (circolazione del modello), nullità e annullabilità*, Torino, 1995; E. BETTI, *Astrazione (Negozio astratto)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1469 ss.

l'ordinamento consente di realizzare attraverso il negozio di rinuncia»²⁵.

Deve rammentarsi che altra dottrina, invero minoritaria, ha escluso il tema della causa dal territorio della rinuncia²⁶. Si è osservato che, mancando una relazione intersoggettiva implicante una verifica di conformità ai valori dell'ordinamento, l'autonomia privata sarebbe sganciata da ogni forma di controllo in punto di tipicità e di valutazione della funzione economico – sociale dell'atto.

Pressoché unanime è, invece, la tesi che connota il negozio in esame quale negozio neutro o incolore, atteso che il carattere abdicativo dello stesso rende inidonei i richiami alle categorie dell'onerosità e della gratuità²⁷.

Infine, quanto alla forma del negozio di rinuncia²⁸, rilevano le disposizioni di cui agli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5, c.c., le quali rispettivamente richiedono la forma scritta e la trascrizione degli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari.

3. La struttura della rinuncia testamentaria e l'effettiva portata dell'espressione “legati rinunciativi” nella moderna ricostruzione del legato.

L'indagine sulla rinuncia testamentaria deve partire dall'analisi della sua struttura. Sul punto, torna utile rimarcare che l'effetto essenziale della rinuncia è la dismissione di una situazione giuridica di cui il rinunciante è titolare. Tale assunto, finendo col confermare la natura di negozio unilaterale della rinuncia, sbrigativamente indurrebbe a dire che non vi sono problemi di compatibilità tra rinuncia e disposizione testamentaria che la contenesse. Unilaterale è la rinuncia e unilaterale (*rectius*: unipersonale) è il testamento, ragion per cui il primo scoglio è agevolmente superato.

Tale approccio appare troppo approssimativo e richiede, perciò, dei chiarimenti. Innanzitutto, è opportuno definire il concetto di rinuncia testamentaria, al fine di stabilire cosa vi rientra e cosa no.

L'espressione rinuncia testamentaria è, certamente, polisemica. Essa, infatti, abbraccia ipotesi tra loro variegata, accomunate dall'incidere su di una situazione giuridica favorendone la dismissione. Volendo però tracciare un'esemplificazione, è ri-

nuncia sia quella il cui effetto dismissivo è direttamente riconducibile al testamento, che possiamo definire c.d. diretta, sia quella che richiede un successivo atto tra vivi affinché si produca l'effetto suo proprio, per la quale si può discorrere di rinuncia c.d. indiretta od obbligatoria. Tale seconda ipotesi postula come definitivamente acquisita la possibilità che dal testamento sorgano rapporti obbligatori nuovi²⁹, i quali sono sottratti al meccanismo acquisitivo di cui all'art. 649, comma 2, c.c., concernente i legati aventi efficacia reale. Non si dimentica che il diritto di credito si acquista anch'esso immediatamente, ma si vuole dire che l'interesse finale al quale mira la disposizione testamentaria si realizza solamente con un negozio *inter vivos*, attuativo della volizione consacrata nella scheda testamentaria.

La bipartizione tipologica segnalata torna utile al fine di chiarire quello che sembra presentare i tratti di un equivoco. Si intende dire, in altre parole, che quando si parla di rinuncia disposta per testamento si usa l'espressione “legati rinunciativi”³⁰, così denominandosi quei legati che presentano quale proprio oggetto la rinuncia ad un diritto facente parte dell'asse ereditario. Per la verità, si ammette che il contenuto di tali legati possa essere rappresentato anche dall'obbligo dell'onere di rinunciare ad un diritto proprio, facente cioè parte del suo patrimonio, allo scopo di avvantaggiare un altro soggetto, che è perciò da considerare come legatario.

Indubbiamente la formula riferita presenta il pregio della sintesi e della descrizione di un modo di atteggiarsi della fattispecie rinunciativa.

L'esatta comprensione della formula “legati rinunciativi”, al fine di verificarne la cifra funzionale e non solo l'aspetto descrittivo di cui si è detto, ine-

²⁹ Può dirsi ormai accolta, in seno all'elaborazione dottrinale, l'idea del testamento non più quale mero veicolo di trasmissione di diritti e di obbligazioni, ma come atto idoneo a produrre nuove obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico, secondo quanto previsto dell'art. 1173 c.c. Sulla ammissibilità del legato obbligatorio, oramai inconfutabile, in dottrina quanto in giurisprudenza, v. almeno G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 2° ed., 1980, p. 503; A. MASI, *Dei legati*, Artt. 649-673, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 28; G. BONILINI, *I legati*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, 2001, p. 118; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1990, p. 178; G. BONILINI - G. F. BASINI, *I legati*, in *Tratt. dir. civ.* CNN Perlingieri, Napoli, 2003, p. 139 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 5 marzo 1959, n. 629 e Cass., 15 aprile 1975, n. 1427. I così detti rapporti obbligatori successori non differiscono, infatti, da quelli che trovano il proprio fatto generatore in altre fonti, essendo l'obbligazione una figura giuridica unitaria che si identifica autonomamente quale che sia la fonte da cui deriva. Sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, 1993, p. 9.

³⁰ Di recente, v. G. BONILINI, *L'oggetto del legato. Le specie di legato autonomamente disciplinate*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 505 ss.; G. BONILINI - G. F. BASINI, *op. cit.*, pp. 134-138.

²⁵ F. MACIOCE, *op.cit.*, p. 930.

²⁶ G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 661; S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *op. cit.*, p.41.

²⁷ L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 24 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 293; F. MACIOCE, *op.cit.*, p. 929; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 224.

²⁸ Una ampia e puntuale disamina sulla forma del negozio di rinuncia si trova in F. MACIOCE, *op.cit.*, p. 943 ss.



sorabilmente si collega alla definizione di legato, la quale ha non poco affaticato la dottrina. Il problema, come è noto, muove dal tenore letterale dell'art. 588 c.c., il quale ha per lungo tempo persuaso della definizione in negativo o anche detta residuale del legato. In altri termini, il legato andrebbe ricostruito in negativo dalla istituzione di erede, per cui è legato quella disposizione che non determina il subingresso nella totalità (o in una quota) dei rapporti facenti capo al *de cuius*³¹.

Non sorprenda, allora, che tra i sostenitori della definizione residuale si sia detto che il legato comprende «un larghissimo ambito del fenomeno successorio, riferendosi ad ogni acquisto a causa di morte che non abbia le caratteristiche della universalità e della conseguente espansione a tutto il patrimonio relitto o a una sua quota»³².

La definizione in negativo del legato, a lungo granitica, ha iniziato a vacillare con lo scardinamento della *summa divisio* delle disposizioni testamentarie. Il fatto, cioè, che le disposizioni testamentarie possibili non si esauriscano nell'istituzione di erede e di legato, ma comprendano altre ipotesi, come ad esempio la disposizione modale³³, la riabilitazione

dell'indegno³⁴, la disposizione di compensazione³⁵, ha indotto a ricercare i tratti costanti che ne consentono la individuazione.

L'indagine condotta ha portato a rinvenire nel legato un tratto funzionale costante, ovvero sia quello «di consentire al testatore di compiere attribuzioni testamentarie aventi ad oggetto singole posizioni giuridiche attive».

«[A]ll'eterogenea trama di disposizioni», cioè, «risulta sotteso un unico interesse attributivo del testatore, limitato ai singoli diritti che formano oggetto dell'attribuzione»³⁶.

Al dato funzionale costante di cui si è detto vanno aggiunti, inoltre, dei tratti strutturali che sarebbero comuni ad ogni disposizione di legato. Tali tratti consisterebbero, anzitutto, nell'attribuzione di una posizione giuridica necessariamente attiva, diversamente dall'istituzione di erede che determina il subingresso anche nelle situazioni passive. In secondo luogo, il legato si caratterizzerebbe per l'immediatezza dell'acquisto, che avviene cioè senza bisogno di accettazione. Anche qui, è di tutta evidenza la netta differenza con la disciplina dettata dall'art. 459 c.c. per l'acquisto dell'eredità. In tale ipotesi l'assenza di soluzioni di continuità si giusti-

³¹ C. GANGI, *Legato (diritto civile)*, in *Nuovo Dig. it.*, VII, 1938, p. 969; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1952, p. 27, che definisce il legato «un'attribuzione patrimoniale, fatta per testamento, non avente per oggetto l'universalità, o una quota dei beni di chi la fa, e non costituente quindi istituzione di erede». Con l'esplicitazione che «la definizione qui data è definizione sostanzialmente *negativa*, come *negativa* è quella che si ricava immediatamente dall'art. 588 del codice; ma una definizione positiva del legato non sembra possibile, com'è dimostrato senz'altro dal fatto che tutti i tentativi fatti per una determinazione positiva, sia sotto l'impero del nuovo codice, quanto sotto l'impero di altre moderne legislazioni, non sono riusciti»; S. PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1941, p. 493, nota 1; G. AZZARITI, G. MARTINEZ e F.S. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 5ª ed., Padova, 1969, p. 467. Nella dottrina più recente, v. F.S. LOPS, *Il legato*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 988.

³² G. BONILINI, *Il concetto*, in G. Bonilini-G. F. Basini, *op. cit.*, p. 24, il quale difende la convenienza della ricostruzione in negativo in quanto la più idonea a ricomprendere la multiforme varietà attraverso la quale si esplica la figura del legato.

³³ In tema, v. almeno U. CARNEVALI, voce *Modo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 686 ss.; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 889 ss.; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976; M. PROTO, *Le disposizioni modali*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1223 ss.; G. VINDIGNI, voce *Modo (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 825 ss.; M. LUPO, *Il modus testamentario, I. La figura giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 413 ss., M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie*, coord. M. Bianca, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1983, p. 153 ss.; M. GARUTTI, *Il "modus" testamentario*, Napoli, 1990, p. 32 ss.; A. MERLO, *Onere e legato: criteri distintivi (art. 588 e 647 c.c.)*, in *Glossario notarile*, L. MAMBELLI e J. BALOTTIN (a cura di), Milano, 2013, p. 325 ss.

³⁴ In argomento, di recente, A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.* G. Iudica e P. Zatti, I, Milano, 1996, pp. 219-220; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 937 ss., spec. p. 977 ss.; S. MONOSI, *L'indegnità a succedere*, in *Tratt. breve succ. don.* diretto da P. Rescigno, I, Padova, 2010, p. 226 ss.

³⁵ Sulla compensazione, *ex multis*, P. SCHLESINGER, voce *Compensazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 724; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento (art. 1230-1259)*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1975, p. 273 ss.; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1999, p. 392; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 726. La maggioranza degli interpreti qualifica la manifestazione di volontà della parte (la cd. eccezione di compensazione che rappresenta la componente soggettiva, mentre la coesistenza dei debiti è la componente oggettiva) come atto unilaterale con valore costitutivo e negoziale. In particolare, si tengano in conto le parole di P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 285, ove si dice che «la parte non compensa, ma si avvale della compensazione legale e con la sua dichiarazione completa lo stesso procedimento estintivo legale». Di segno contrario è la prevalente giurisprudenza. Si vedano, al riguardo, Cass., 16 luglio 2003, n. 11446; Cass., 30 maggio 1997, n. 4800; Cass., 4 maggio 1981, n. 2705, sul rilievo che l'estinzione dell'obbligazione origina automaticamente dalla coesistenza dei rapporti, rivestendo l'eccezione di compensazione un valore meramente dichiarativo, in quanto diretta a giovare di un effetto giuridico già prodotto. In dottrina aderiscono a tale impostazione L. PELLEGRINI, in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi, Libro delle Obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 146; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 494.

³⁶ C. ROMANO, *I legati*, cit., p. 989.

fica in ragione della certezza dei rapporti giuridici, ma non elide il fatto che empiricamente vi è stata una frazione più o meno lunga di tempo nel quale il patrimonio del defunto era privo di un titolare. Infine, nella disposizione di legato mancherebbe ogni forma di *vis expansiva*. Ciò significa che l'oggetto della disposizione è circoscritto al singolo determinato diritto o bene attribuito.

La nozione di legato che si ricava è quella di disposizione non necessariamente determinante il subingresso nella titolarità di una situazione giuridica facente capo al *de cuius*, né comportante di necessità un beneficio patrimoniale per il destinatario, recidendosi con ciò il nesso che si vorrebbe essenziale tra legato e liberalità³⁷. Il legato ricorre, allora, quando la disposizione svolga «la funzione [...] di consentire al testatore di compiere attribuzioni testamentarie aventi ad oggetto singole posizioni giuridiche attive», ponendosi quale strumento per «realizzare i vari interessi del *de cuius*, permettendogli di disporre dei propri beni, di imporre obblighi di comportamento, di costituire o estinguere diritti propri o altrui»³⁸.

Lo sforzo ermeneutico condotto per dare una definizione più corretta del legato è utile ai nostri fini per chiarire l'effettivo significato dell'espressione legati rinunciativi. La rinuncia testamentaria, sia essa diretta o indiretta, vede comunque l'attribuzione

³⁷ Non può non rinviarsi ad E. BETTI, *Legato e liberalità (diritto romano)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 650, secondo il quale «la qualifica di liberalità o di mero *beneficium*, non può mai avere il significato sociale che essa assume nell'atto di liberalità *inter vivos*, già per il fatto che *ubi mors interclusit omnia* è escluso che il debito di gratitudine contratto dal beneficiario possa mai assumere una portata sociale o giuridica analoga a quella che si rinviene nell'atto *inter vivos*». Analogamente si esprime A. TRABUCCHI, *Legato (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 610. Sulla natura liberale del legato gravato da un onere che ne assorbe per intero il valore, la giurisprudenza ha affermato che si tratta comunque di atto di liberalità. Cfr. Cass., 28 gennaio 1983, n. 812, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 263 e App. Napoli, 22 agosto 1957, in *Dir. giur.*, 1959, p. 149 ss., con nota di M. GIORGIANNI, *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*.

³⁸ C. ROMANO, *op. cit.*, p. 980. È definito in positivo anche da G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2009, p. 1106, ove si legge che «il legato è il negozio giuridico a causa di morte con effetti attributivi (di diritti reali o di credito) o estintivi, la cui portata rimane limitata ai singoli diritti specificamente considerati». Sulla nozione di legato, in una prospettiva che guarda anche alla natura della disposizione, si veda V. BARBA, *Legato*, in *Enc. giur. Treccani on line*, 2014, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/legato\(Diritto-on-line\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/legato(Diritto-on-line)), p. 4, il quale precisa che il legato, attribuzione patrimoniale priva del carattere della universalità, «è, dunque, atto gratuito, il quale, sebbene risulti sovente retto da un intento liberale, potrebbe esserne anche privo perché il testatore non ha inteso beneficiare l'onorato, perché la disposizione è stata confezionata per ragioni diverse, perché l'attribuzione è appesantita da un *modus* che ne assorbe *in toto* l'utilità, o perché il legato ha a oggetto beni privi di ogni possibilità di mercato».

di una posizione giuridica attiva, dovendosi solamente distinguere a seconda che il testamento sia *ex se* capace di produrre l'effetto o se, invece, occorra un successivo atto tra vivi per consentire l'esplicazione di tale effetto.

A questo punto dell'indagine si impone la disamina del disposto normativo dell'art. 658 c.c., per vedere se ed in che misura da tale disposizione si possa risalire ad uno statuto disciplinare della rinuncia testamentaria ed analizzare, anche in materia testamentaria, i rapporti intercorrenti tra remissione del debito e rinuncia al credito.

4. Il ruolo dell'art. 658 c.c. nel discorso sulla disposizione testamentaria rinunciativa. Il legato di liberazione da debito come disposizione testamentaria di rinuncia al credito e il legato di remissione del debito come legato atipico, in ragione della natura contrattuale della fattispecie remissoria.

Anzitutto va rilevato che l'intelligibilità della norma recata dall'art. 658 c.c., necessaria nel tentativo di sistemazione del tema oggetto di questo contributo, è resa vischiosa per effetto di una tecnica legislativa niente affatto lineare³⁹.

Ed infatti, la comprensione della norma non risulta agevole, anche solo considerando che la rubrica della medesima, discorrendo di «Legato di credito o di liberazione da debito», evidenzia da subito che la disposizione fa riferimento a due distinte ipotesi⁴⁰. L'attenzione per i fini che qui interessano deve essere focalizzata sulla seconda delle due ipotesi considerate dalla norma.

Provando a dare una definizione, può dirsi che il legato di liberazione da debito si ha quando il testatore esonera, mediante disposizione testamentaria, il suo debitore dall'effettuare la prestazione dovuta⁴¹.

³⁹ Si consideri, a dimostrazione di quanto detto nel testo, l'impreciso riferimento all'«erede» nel capoverso della norma medesima, in luogo della espressione più comprensiva e corretta di «onerato». Sulle ragioni di tale scelta, v. G. GROSSO, *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 14.

⁴⁰ Si v. G. F. BASINI, *L'oggetto del legato, e alcune sue specie*, in G. BONILINI – G.F. BASINI, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, Napoli, 2003, p. 132, dove si chiarisce che «legato di credito» è una qualifica che guarda all'oggetto della previsione testamentaria, mentre «legato di liberazione da un debito» è una qualifica che ha riguardo ad un effetto della previsione stessa.

⁴¹ In argomento, di recente, G. BONILINI, *Il legato di liberazione da un debito*, in *Studium iuris*, 2008, 2, p. 162 ss., il quale osserva che il legato di liberazione da un debito può anche essere disposto in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.). In giurisprudenza, v. Cass., 15 maggio 1997, n. 4287, in *Giust. civ.*, 1997, I,

In via generale può rilevarsi che la fonte dalla quale nasce il debito può avere la natura più varia. Si ritiene, inoltre, che non sia preclusa al testatore la liberazione parziale da un debito. Si ammette, altresì, che la liberazione faccia riferimento alla sola garanzia che assiste il debito⁴² ovvero che concerna i soli interessi.

Il legato in discorso, poi, può riferirsi ad uno o più debiti del legatario nei confronti del testatore. In tale ultima ipotesi è presumibile che i debiti considerati siano quelli nati prima della c.d. *testamenti factio* e non adempiuti all'apertura della successione. Con riguardo a quelli sorti dopo la confezione del testamento è tuttavia possibile dare prova del fatto che il legato liberatorio intendesse ricomprenderli⁴³.

Premessi questi rilievi introduttivi, è ora il momento di analizzare il profilo funzionale del legato di liberazione da un debito. Sul punto, autorevole dottrina⁴⁴, seguita da talune decisioni della giurisprudenza di legittimità⁴⁵, ritiene che il *legatum liberationis* comporti una remissione del debito a causa di morte⁴⁶.

Il legato di liberazione da un debito e la remissione testamentaria, seguendo questa linea di pensiero, sarebbero sostanzialmente coincidenti⁴⁷. Quanti convergono su questa posizione non dimenticano, tuttavia, di prendere atto di alcune non secondarie differenze tra la remissione tra vivi e quella testamentaria. Nella prima, la dichiarazione liberatoria del creditore estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore. Nella seconda, invece, essendosi dinanzi ad un legato, l'effetto estintivo è automatico e si produce all'apertura della successione ex art. 649 c.c.

Nella prima, inoltre, al debitore è riconosciuta la facoltà di dichiarare di non voler profittare della remissione entro un congruo termine. Nella seconda, invece, tale possibilità conosce un diverso termine, che è quello ordinario di prescrizione ex art. 2946 c.c.

Va dato atto a questa ricostruzione di cogliere le indubbie affinità tra legato di liberazione da un debito e remissione. Tuttavia, autorevole dottrina non ha dimenticato di rimarcare che, nonostante la contiguità tra i due istituti, vi sono delle differenze di importanza non marginale. Si è osservato, in primo luogo, che il legato di liberazione presenta una cifra qualitativa liberale che invece può non rinvenirsi nella remissione. Quest'ultima, come è stato corret-

p. 3097, con nota di N. DI MAURO, *Legato di liberazione da un debito e remissione mortis causa: appunti sull'art. 658 c.c.*

⁴² Così C. LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1884, p. 300, secondo il quale, salvo contraria volontà del testatore, la liberazione dalla garanzia non implica liberazione dal debito garantito. Per A. BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 345, può essere intenzione del testatore che, insieme alla garanzia, si rimetta anche il credito garantito.

⁴³ C. GANGI, *op. cit.*, p. 84 ss.

⁴⁴ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 517.

⁴⁵ Cfr. Cass., 4 aprile 1985, n. 2306 e Cass., 15 maggio 1997, n. 4287, citata alla precedente nota 41, là dove, sia pure *incidenter tantum*, si afferma che il legato di liberazione da un debito, cioè da un debito del legatario verso il defunto, è regolato dall'art. 658 c.c., si risolve in una remissione *mortis causa*.

⁴⁶ Sulla remissione del debito, principalmente R. CRESPOLANI, *Rimessione del debito*, in *Enc. giur. It.*, XIV, 2, Roma, 1906, p. 452; C. FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909; R. CERCIELLO, *La rimessione del debito nel diritto civile positivo*, Roma, 1923; A. R. CASTELLANA, *La rimessione del debito*, in *Foro umbro*, 1926, c. 246 ss.; C. TOESCA DI CASTELLAZZO, *Rimessione del debito*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, Torino, 1939, p. 695; L. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. D'Amelio-Finzi, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952; E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955; F. RECUPERO, *Remissione del debito e donazione liberatoria nel quadro della liberalità giuridica*, in *Temi*, 1955, p. 90; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1291; E. TILOCCA, *Remissione del debito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 389; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*,

Napoli, 1968; Salv. ROMANO, *Sulla remissione del debito*, in *Ec. Cred.*, 1970, p. 557 e in *ID.*, *Scritti minori*, III, Milano, 1980, p. 1483 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 178; A. LUMINOSO, *Remissione del debito*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVI, Roma, 1991, p. 1; F. MACIOCE, *Contributo alla teoria del negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992; M. FERRARI, *Riflessioni in tema di rinuncia al credito e remissione del debito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1; P. STANZIONE, *Remissione del debito*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 577; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1999; P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, *Remissione e rinuncia*, Milano, 2003; G. GIACOBBE – M. L. GUIDA, voce *Remissione del debito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p. 767 ss.; G. E. NAPOLI, *Remissione del debito*, Catania, 2007; A. POMPILIO, *La remissione del debito*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, 1, Milano, 2009, p. 273; A. VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 529 ss. Per la storia dell'istituto, v. M. BIANCHINI, *Remissione del debito*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 757.

⁴⁷ Nella letteratura recente, è orientato in tal senso N. DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, p. 358, secondo il quale l'art. 658 c.c. contiene due fattispecie ben distinte: il legato di credito (*legatum nominis*) e la remissione del debito per testamento (*legatum liberationis*). L'A. giustifica la trattazione unitaria da parte del legislatore in base all'assunto secondo cui le due ipotesi hanno un oggetto simile, ossia un credito del testatore. Tale conclusione, però, a detta dell'A. non deve indurre a identificare il legato di liberazione da un debito col legato traslativo del credito a favore del debitore.



tamente evidenziato, potrebbe non essere effettuata per realizzare una liberalità nei riguardi del legatario, quanto invece per ragioni meramente fiscali⁴⁸, alle quali certamente non appartiene un profilo liberale. Vero è che anche la rinuncia potrebbe essere sorretta da tali motivazioni, le quali semmai assurgono a motivo e non penetrano nella causa del negozio.

Secondo una dottrina che ha particolarmente indagato la remissione del debito⁴⁹, il legato di liberazione da un debito rappresenta un'ipotesi di legato con effetti attributivi o traslativi. Esso, infatti, determina il trasferimento a causa di morte del diritto di credito a favore del debitore. In altri termini, il testatore trasferisce il diritto di credito di cui è titolare al proprio debitore. Il rapporto viene perciò ad estinguersi per confusione⁵⁰, in quanto nel medesimo soggetto vengono a cumularsi le qualità di debitore e creditore.

Di recente, si è autorevolmente osservato⁵¹ che il rapporto tra la norma di cui all'art. 658 c.c. e la remissione del debito vada affrontato dando premienza al dato funzionale⁵², in luogo di un approccio spesso appiattito sull'analisi della struttura. Il rischio segnalato è quello di non vagliare il rapporto giuridico nella sua complessità, preferendo cogliere gli aspetti di diversità anziché quelli di prossimità. Se è dominante la ricostruzione a mente della quale

la remissione del debito integra un negozio unilaterale, talvolta l'interesse del debitore è forte a tal punto da reclamare la struttura bilaterale. Ed anzi, è verosimile ritenere che di *default* la remissione abbia tale struttura, e che solo quando il debitore non sia portatore di un interesse meritevole di tutela alla permanenza in vita del rapporto obbligatorio, questo possa venir meno per effetto della dichiarazione remissoria del creditore.

Ciò che è davvero essenziale alla remissione, secondo questa prospettiva, è la gratuità. Tale affermazione finisce con l'avvicinare remissione del debito e disposizione testamentaria, là dove si consideri che il testatore normalmente intende gratificare il beneficiario di un lascito. Ne segue che, a livello funzionale, la disposizione di cui all'art. 658 c.c. è davvero prossima alla remissione del debito, ragion per cui non deve escludersi *a priori* di poter applicare la disciplina dettata dagli art. 1236 e ss. in tema di remissione del debito. Ma soprattutto, deve essere ben chiaro che la struttura di un atto può essere correttamente individuata solo avendo presente la funzione che esso è chiamato a realizzare. Non è di ostacolo la circostanza che, nella circolazione tra vivi, quell'atto si serve di una struttura bilaterale, ogniquale volta la sua funzione possa essere realizzata mediante una disposizione testamentaria.

Questa attenta analisi, condivisibile tanto sul piano del metodo quanto su quello del merito, impone un ulteriore passaggio. Costituisce un problema generale, che si pone anche nelle corrispondenti figure *inter vivos*, quello di rimarcare i confini tra la remissione del debito e la rinuncia al credito. Ne discende che va verificato se in materia testamentaria è corretta la sovrapposizione tra le due figure, sì da renderle nei fatti indistinguibili. La soluzione del quesito non sembra possa prescindere dal diverso profilo strutturale delle figure in parola, che si riverbera inevitabilmente sulla loro funzione.

Pertanto, anticipandosi quella che può essere la risposta al nostro interrogativo, il legato di remissione del debito è cosa diversa dalla disposizione testamentaria di rinuncia al credito e molto probabilmente non è riconducibile all'art. 658 c.c., proprio in considerazione della partecipazione del debitore alla fattispecie remissoria, e dunque la remissione del debito disposta per testamento costituisce semmai un legato atipico o innominato, con il medio di un termine entro il quale assicurare la partecipazione del debitore, atteso che altrimenti il legatario-debitore avrebbe l'ordinario termine decennale per dichiarare di non voler profittare della remissione.

Si proceda con ordine. Si è accennato alla tentazione, certamente molto forte, tendente ad accomunare la remissione del debito e la rinuncia al credito.

⁴⁸ G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 1182 ss.; C. ROMANO, *op. cit.*, p. 1077.

⁴⁹ E. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., p. 399.

⁵⁰ Sulla vicenda avente natura traslativa-successoria che è alla base del fenomeno confusorio di cui agli artt. 1253 ss. c.c., v. P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 403 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 522; S. PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, p. 167, il quale osserva che nel rapporto creditorio, affinché la confusione si presenti nei suoi schietti termini e produca il suo effetto estintivo, si richiede una riunione, che implica trasmissione. Si richiede, cioè, che la riunione delle qualifiche di debitore e creditore nel medesimo soggetto si attui per mezzo di un effettivo acquisto, a titolo derivativo, del diritto di credito, da parte del debitore della prestazione.

⁵¹ V. BARBA, *Tipicità, patrimonialità, interessi del testatore*, in AA. VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Atti dei Convegni (Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016), in *I quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Milano, 1-2016, p. 31 ss.

⁵² A sostegno di quanto detto nel testo, si vedano, per la loro attualità, le considerazioni di L. CARIOTA FERRARA, «Mandato "post mortem" e disposizione sulla sepoltura», in *Foro lomb.*, 1934, c. 754, «concludendo si può affermare che il diritto di disporre della propria sepoltura è evidentemente personale, e, come tale, sottratto sempre all'influenza della volontà dell'erede, il negozio, o, in genere, il mezzo con cui lo si esercita è indifferente, e, per la particolare natura dell'oggetto, non può che rimanere anch'esso fuori dei rapporti giuridici costituenti il compendio ereditario, i quali soltanto sono destinati a passare all'erede, ad averlo cioè come nuovo soggetto, arbitro e signore, com'era il *de cuius*».



Tale ricorrente accostamento va respinto, venendo in rilievo molteplici ragioni. Al riguardo, non si tratta di ipotesi aventi (solo) strutture diverse, il che potrebbe comprovare il principio della c.d. variabilità della struttura, a mente del quale una medesima funzione può tradursi in strutture diverse. Il distinguo è invero assai marcato ed attiene alla diversità di funzione tra i due istituti⁵³. La remissione del debito, infatti, comporta in via immediata e diretta l'estinzione del rapporto obbligatorio, in virtù del fatto che la partecipazione del debitore alla fattispecie remissoria non è semplicemente un requisito di efficacia, ma concorre alla formazione del consenso. Proprio l'incidenza tanto sulla situazione giuridica del creditore, quanto su quella del debitore, sembra suffragare la struttura contrattuale della remissione, che invece è negata dalla prevalente dottrina.

Le argomentazioni della dottrina dominante richiedono delle precisazioni ulteriori per la loro piena comprensione. Si vuole dire che, seguendo l'assunto per cui creditore e debitore concorrono con un diverso grado di partecipazione alla estinzione dell'obbligazione di cui fanno parte, è consequenziale ritenere che i contratti cc.dd. unilaterali, ossia con obbligazioni a carico di una sola delle parti, come accade nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1333 c.c.⁵⁴, altro non siano che dei negozi unilatera-

li condizionati, nei quali cioè la dichiarazione della parte onerata avrebbe carattere costitutivo e la manifestazione del beneficiario fungerebbe da requisito di efficacia della fattispecie stessa.

Proseguendo su questo crinale argomentativo, si dovrebbe del pari ritenere che nella donazione l'accettazione del donatario non attiene al piano della validità del negozio, bensì a quello dell'efficacia. Ciò non pare proprio sostenibile, considerando tra l'altro che, tanto la donazione⁵⁵ quanto la remissione⁵⁶, possono principiarsi dall'iniziativa del donatario nella prima e del debitore nella seconda.

Passando ora all'altro corno del crinale, la rinuncia al credito importa la dismissione del diritto di credito, esaurendo i propri effetti esclusivamente nella sfera giuridica del rinunciante, e dunque la fattispecie non vede in alcun modo coinvolto chi indirettamente beneficia dell'atto dismissivo.

La diversità funzionale tra i due istituti che si è succintamente rimarcata si riflette, e non poco, sulla qualificazione della fattispecie e sulla disciplina ad essa applicabile, imponendone una verifica in sede testamentaria. Poc'anzi si rammentava che secondo taluna dottrina il legato di liberazione da debito di cui all'art. 658 c.c. integrerebbe una remissione del

l'«omissività» dell'oblato, che fa sorgere il rapporto, «nel suo valore oggettivo, non invece in termini di comportamento concludente». Nutrita, poi, è la schiera di coloro che sostengono la natura contrattuale dell'istituto contemplato dall'art. 1333 c.c., sottolineando che è il legislatore del 1942 ad avere assegnato valore di consenso al mancato rifiuto dell'oblato. In questo senso, *ex multis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari-Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 164 s.; nonché M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 396. Per G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2ª ed., Milano, 1991, p. 71, il silenzio *de quo* vale come accettazione della proposta contrattuale per presunzione legale assoluta. Distingue il comportamento «legalmente tipizzato» dal negozio «presunto» A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 348, spec. nota 16.

⁵⁵ In tal senso, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni. Casistica*, Milano, 2004, pp. 715-716, secondo il quale se in tema di donazione solo il donante potesse prendere l'iniziativa si stravolgerebbero i principi sulla conclusione del contratto, e in particolare quanto previsto dall'art. 1326, comma 1, c.c., dove manca una specificazione circa la provenienza dall'una o dall'altra parte contrattuale dei due elementi della proposta e dell'accettazione. Per l'opposta prospettiva, B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1961, p. 133 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 8; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Le donazioni*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1967, p. 244; N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 1 ss.; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994, p. 169

⁵⁶ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 96.

⁵³ Per alcuni spunti applicativi, cfr. V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, p. 254 ss.

⁵⁴ La ricostruzione dell'art. 1333 c.c. è molto controversa. Secondo taluna dottrina l'art. 1333 c.c. contemplerebbe un contratto originato da un'unica dichiarazione di volontà. In tal senso G. GORLA, *Il dogma del «consenso» o «accordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 923 ss., spec. p. 928; nonché R. SACCO, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, p. 953 ss. L'A., prendendo l'avvio dalla revisione, operata dal Gorla, dell'essenza dell'*in idem placitum consensus*, ha sviluppato in una pluralità di studi la tesi secondo la quale la contrattualità di una fattispecie non sarebbe compromessa dalla mancanza di manifestazioni di volontà provenienti da almeno due distinti centri di interesse: la bilateralità, infatti, caratterizzerebbe soltanto quei contratti nei quali «l'accettazione del promissario oblato contiene a sua volta una repromissione» (così, R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, 1, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 245). Tra i fautori della tesi secondo la quale, per la conclusione del contratto con obbligazioni del solo proponente, l'accettazione dell'oblato «deve ritenersi come data tacitamente», cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, cit., p. 604. F. NADDEO, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, Napoli, 1999, p. 92, nota 148, osserva che alcuni autori che giudicano il silenzio del destinatario di una proposta ex art. 1333 c.c. come accettazione qualificano quest'ultima «indiscriminatamente» come «tacita» o come «presunta».

Secondo C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 288, l'art. 1333 c.c. considera

debito *mortis causa*. Tale assimilazione persuade poco, proprio in considerazione dei profili effettuali della remissione, e della partecipazione del debitore alla fattispecie remissoria secondo la ricostruzione che si ritiene preferibile⁵⁷.

Non v'è dubbio che l'autonomia testamentaria possa estrinsecarsi fino al punto di confezionare un legato di remissione del debito. Quest'ultimo, però, non potrà ricalcare la fattispecie dell'omologo istituto *inter vivos*. Si vuole dire che il debitore non sembra adeguatamente tutelato dal potere di rifiuto connaturato ad ogni legato, proprio in ragione della prospettiva contrattualistica che si ritiene conformi l'istituto della remissione del debito.

Si è consapevoli di come una simile ricostruzione possa risultare capace di appesantire ed imbrigliare l'autonomia testamentaria, ma non rappresenta un *novum*. Torna utile, al riguardo, richiamare l'attenzione sull'*excursus* dottrinario e giurisprudenziale che ha conosciuto il legato di debito c.d. improprio, vale a dire il legato, rivolto al creditore, avente ad oggetto un *aliud* rispetto alla prestazione dovuta. Tale fattispecie è stata da subito accostata alla *datio in solutum*,⁵⁸ dovendosene perciò valutare la compatibilità con il negozio testamentario.

⁵⁷ La natura contrattuale della remissione del debito nel vigore del codice civile del 1865 (artt. 1279 ss.) era sostenuta, sulla scia dei noti insegnamenti del Pothier e del Demolombe, a fronte di una costante assimilazione alla donazione. Per tutti, G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, Napoli, 1890, p. 238 ss. Propende per la natura convenzionale della remissione, pur non ricomprendendo questo istituto tra le donazioni, R. NICOLA', *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 245, il quale ritiene che l'accettazione del debitore (o di un suo rappresentante) sia indispensabile al perfezionamento della fattispecie.

⁵⁸ La dottrina qualifica la *datio in solutum* come contratto tra debitore e creditore diretto ad incidere sull'oggetto della prestazione. Per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 431; S. RODOTA', *Dazione in pagamento* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 734 ss.; C. GRASSETTI, *Datio in solutum* (*dir. civ.*), in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1970, p. 174 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 46. Essa risulta divisa circa la sua struttura (se reale o consensuale) e la sua funzione (se necessariamente estintiva o anche solamente modificativa del rapporto obbligatorio). Si tratta di profili interconnessi ed evincibili già dal disposto dell'art. 1197 c.c., a mente del quale, da un lato, il debitore può liberarsi eseguendo una prestazione diversa se il creditore vi consenta (art. 1197, comma 1, c.c.); dall'altro, «l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita» (art. 1197, comma 1, seconda parte, c.c.).

Quanto alla struttura, una parte della dottrina reputa che si tratti di un contratto *reale*, il quale si perfeziona nel momento in cui il debitore esegue la diversa prestazione. A sostegno di ciò, si adduce il tenore della seconda parte dell'art. 1197, comma 1, c.c. e la collocazione topografica della disposizione nell'ambito dell'adempimento delle obbligazioni, che ne conferma la funzione direttamente solutoria. In tal senso E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, *Vicende dell'obbligazione*, IV, Milano, 1955, p. 140; C. GRASSETTI, *Datio in solutum*, cit., p.

È chiaro che lo schema di cui all'art. 1197 c.c., richiedendo il consenso del creditore, appare *ex se* incompatibile con la regola dell'acquisto automatico del legato di cui all'art. 649 c.c. Il fatto che la norma prescriva il consenso del creditore non concerne il solo profilo estintivo del rapporto obbligatorio, semmai sta a significare che l'*aliud* modifica il rapporto, il quale non è più lo stesso di prima.

Fatte tali doverose premesse, deve ora sottolinerarsi come gli atteggiamenti di giurisprudenza e dottrina siano stati antipodici. La prima, infatti, ha ritenuto e tuttora ritiene che l'incontro tra proposta e accettazione sia ossequiato anche nella *datio in solutum* testamentaria, intravedendo la prima nella disposizione testamentaria e la seconda nel mancato rifiuto⁵⁹.

La dottrina, invece, muove dalla considerazione della imprescindibilità della manifestazione del consenso del creditore, dovendosi salvaguardare la sfera giuridica di quest'ultimo da atti di terzi capaci di arrecare pregiudizio alle sue ragioni⁶⁰. La soluzione cui perviene la dottrina è pertanto quella della sottoposizione del legato alla condizione sospensiva dell'accettazione espressa⁶¹.

174; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1994, p. 337; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 2, Padova, 1943, p. 294, secondo il quale comunque «in quanto il debitore effettivamente dia o faccia [la prestazione diversa] consegue per lui la liberazione dall'obbligazione (ma è salva la diversa volontà delle parti: *datio pro solvendo*) (art. 1197 primo comma)».

In senso opposto si è affermato invece che il contratto si perfezionerebbe con il solo consenso legittimamente manifestato: «l'esecuzione della diversa prestazione [...] ben lungi dall'essere considerata un elemento di struttura del contratto, dà l'impressione di collocarsi sul piano degli effetti, ossia delle conseguenze», comunque compatibile, a prescindere dalla sua collocazione, con un effetto non direttamente estintivo ma anche soltanto modificativo. In tal senso V. BARBA, *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, *Delle obbligazioni*, I, Artt. 1173-1217, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, p. 551. Nel senso della struttura consensuale anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 557 e P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., p. 90 ss., secondo il quale la *datio in solutum* può anche non essere soltanto un comportamento esecutivo materiale direttamente estintivo, ma essere ricompresa da un accordo preventivo o sostanzarsi nella promessa di un'attribuzione nelle sue varie configurazioni.

⁵⁹ Cass., 7 luglio 1971, n. 2132, in *Foro it.*, 1972, I, c., 1756; Cass., 2 febbraio 1990, n. 706, in *Riv. not.*, 1990, II, p. 825; Cass., 12 luglio 2001, n. 6467, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 90; in *Riv. not.*, 2002, p. 825.

⁶⁰ G.F. BASINI, *L'oggetto del legato, e alcune sue specie*, in G. Bonlini - G.F. Basini, *I legati*, in *Tratt. dir. civ.* CNN Perlingieri, Napoli, 2003, p. 197.

⁶¹ S. RUPERTO, *Sul legato di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 312; N. DI MAURO, *Legato di debito e datio in solutum*, in *Riv. not.*, 1990, II, p. 825.

Questo modo di ragionare, unito alla nozione in positivo del legato di cui si è dato conto ed alla ricostruzione della remissione del debito in termini contrattuali, consente di prospettare un diverso inquadramento delle fattispecie analizzate in questo contributo.

Non vi è dubbio che l'art. 658 c.c. costituisca il disposto normativo fondamentale nella disamina della rinuncia testamentaria ed è fuor di dubbio che su di esso vada focalizzata l'attenzione. Pare però da rigettare l'impostazione che vi intravede una remissione del debito *mortis causa*, in considerazione della natura contrattuale di tale istituto. Si ripete, infatti, che la fattispecie remissoria reclama e non solo ammette l'intervento del debitore, la cui partecipazione ha un'intensità (almeno) pari a quella del creditore. Se così è, la disposizione testamentaria che volesse realizzarne gli effetti avrebbe bisogno di fare in modo che il debitore partecipi alla fattispecie, e ciò non pare possa assicurarsi con la (sola) rifiutabilità del legato.

Non sembra giustificata, sul punto, alcuna differenziazione di sorta tra la posizione del debitore nella remissione del debito e quella del creditore nella *datio in solutum*. In altri termini, la tutela del debitore a concorrere alla fattispecie remissoria non costituisce una situazione meno meritevole rispetto a quella del creditore nella prestazione in luogo dell'adempimento, o comunque non è agevole avvedersi delle ragioni che presiederebbero al loro diverso trattamento disciplinare.

A ciò deve aggiungersi un elemento ulteriore. La nozione di legato in termini positivi, alla quale si è giunti all'esito di un faticoso percorso dogmatico, ricomprendendo anche le fattispecie estintive è capace di svincolare appieno la rinuncia, offuscata dalla concezione prettamente attributiva del testamento.

Ciò detto, deve rilevarsi che ad una più attenta analisi il legato di liberazione da debito di cui all'art. 658 c.c. integra proprio la disposizione testamentaria di rinuncia al credito, sussistendone la compatibilità strutturale e riflettendone i profili funzionali. Infatti, tale disposizione è dotata di una peculiare duttilità, dal momento che consente di coniugare il nucleo caratterizzante della rinuncia, rappresentato dalla dismissione della situazione giuridica di cui è titolare il rinunciante, con l'impregiudicata facoltà di rifiuto da parte del legatario, in ossequio al principio di cui al brocardo *inuito beneficium non datur*.

I risvolti di una tale prospettiva sono sicuramente molteplici e l'economia di questo scritto non consente l'indugio che pure meriterebbero. Su tutti, però, basti osservare che si appalesa ancora una volta in tutta la sua inidoneità il distinguo tra tipicità ed

atipicità⁶², anche in materia testamentaria⁶³. È la seduzione esercitata dal tipo, la quale porta a cercare di ricondurre ogni fatto a ciò che è stato precedentemente catalogato, obliterando le specificità della fattispecie concreta. L'approccio tipologico, tuttavia, svislisce le peculiarità del fatto, impedendo di individuare correttamente il suo ordinamento concreto, in omaggio ad una schematizzazione che spesso è foriera di discipline inadeguate a regolare la fattispecie, in quanto chiamata ad acconciare il fatto allo schema astratto, con un'operazione metodologica a dir poco discutibile⁶⁴. Nella nostra mate-

⁶² Per una critica a tale approccio, v. P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 391 ss. Sul concetto di tipico, v. anche U. BRECCIA, *Le nozioni di "tipico" e "atipico": spunti critici e ricostruttivi*, in *Tipicità e atipicità nei contratti*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1984, pp. 3 e ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Milano, 1974; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 785. Di recente, in argomento G. PERLINGIERI, *«La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. "vitalizi impropri"». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 545 e 547, il quale avverte che «In definitiva, non è un problema di tipicità o atipicità ma di «giusto rimedio», ossia di controllo di congruità della *ratio* della disposizione e del rimedio in esame agli interessi coinvolti dal contratto». E, ancora, «è in sintesi, affermare che all'interno di un tipo esistono norme non necessariamente applicabili a tutte le fattispecie, sia pure riconducibili al medesimo tipo, e che le norme di un tipo si possono applicare a fattispecie atipiche significa prendere atto che affannarsi nel ricondurre un contratto ad un tipo o ad un altro è uno sforzo utile ma non esaustivo, dovendosi concentrare l'interprete piuttosto sul controllo di congruità e adeguatezza della singola norma (presente nel sistema generale del contratto e dei singoli contratti) agli interessi in concreto perseguiti dalle parti e alle peculiarità soprattutto funzionali del singolo atto di autonomia. Il che impone l'analisi non soltanto della causa ma del contenuto del contratto o dell'operazione complessa».

⁶³ Sulla tipicità del legato, v. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., p. 55, secondo il quale deve censurarsi l'idea che volesse considerare le norme previste agli artt. 651-661 c.c. capaci di descrivere una varietà tipologica del legato. «È esso, invero, un "tipo" delle tassative disposizioni testamentarie patrimoniali attributive, che può affiancarsi al sub ingresso, nella massa, di un erede; è costante il suo valore tipologico; trova nella legge anche la disciplina spicciola di alcune delle sue specie».

⁶⁴ Sul punto, per tutti, P. PERLINGIERI, *«Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare»*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455, e in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 3 e ss.; Id., *«Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa»*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 e ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti (1983)*, 3°ed., Napoli, 2006, p. 341 e ss.; Id., *«L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in clavis non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi»*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275; Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 1992; Id., *«Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti»*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 802 e ss.; Id., *«Complessità e unitarietà*

ria, pertanto, ricondurre la disposizione testamentaria di rinuncia al credito all'art. 658 c.c. non rileva ai fini della qualificazione della fattispecie in parola quale legato tipico, né smentisce l'afferenza della remissione e della rinuncia alla «famiglia» degli atti a efficacia «negativa», ma è funzionale alla selezione della disciplina applicabile, costituente il primo e precipuo obiettivo dell'interprete.

5. L'oggetto della disposizione testamentaria rinunciativa e il giudizio di meritevolezza.

Giunti a tale stadio dell'analisi, è opportuno passare in rassegna alcune delle disposizioni testamentarie rinunciative che si rinvencono maggiormente nella prassi, segnalando fin da subito che il catalogo è estremamente ampio e variegato e dunque l'elencazione è esemplificativa e non già tassativa. Volendo provare a darne conto, innanzitutto ci si imbatte in quelle attraverso le quali si rinuncia ad un diritto reale di godimento, le quali per così dire hanno per prime introdotto il tema della rinuncia testamentaria. L'ipotesi che ricorre per lo più è quella concernente il diritto di servitù⁶⁵ costituito a favore di un fondo del testatore. In tale ipotesi, il testatore, titolare del fondo dominante, avvantaggia il titolare del fondo servente, il quale si vede liberato di un peso gravante sul fondo, con indubbia utilità ai fini dell'alienazione del fondo stesso, favorita dall'assenza di pesi che ne possano decurtare verosimilmente il valore.

Un secondo gruppo è rappresentato da quelle ipotesi nelle quali la rinuncia si riferisce ad un diritto

di garanzia⁶⁶, come nel caso in cui riguardi un diritto di pegno o di ipoteca⁶⁷, oppure quando ineriscano ad una garanzia personale. Il vantaggio connesso a una tale fattispecie è la rescissione del vincolo posto a carico del bene o del patrimonio, i quali non sono più preordinati a soddisfare il creditore a fronte dell'inadempimento del debitore.

Allo stato dell'analisi, si ha la sensazione che possa costituire oggetto di rinuncia qualunque diritto di credito o diritto reale minore. Resterebbe preclusa una rinuncia al diritto di proprietà, risultando inconcepibile una rinuncia diretta a rendere *derelicta* la *res* rinunciata. Per la verità, la delimitazione dell'oggetto di disposizione testamentaria di rinuncia richiede talune precisazioni.

Innanzitutto, deve rammentarsi come sia gravida di criticità la possibilità che la rinuncia concerna diritti da far valere in giudizio. Si tratta di ipotesi nelle quali certamente viene in rilievo l'art. 24 Cost., che sancisce il diritto di agire e resistere in giudizio, per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. Più in generale, lo snodo fondamentale del tema è rappresentato dalla disponibilità dei diritti in questione. In altri termini, la rinuncia sarà valida solo se afferisce a diritti disponibili⁶⁸, altrimenti ne deriverà l'invalidità. Si pensi, ad esempio, ai diritti ai quali si riferisce il disposto normativo recato dall'art. 2113 c.c.⁶⁹ Dinanzi a tale previsione

⁶⁶ In generale, v. M. FRAGALI, *Garanzia. II. Garanzia e diritti di garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 455 ss.; G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935.

⁶⁷ Il rapporto tra testamento e garanzie è inesorabilmente influenzato dal comma 2 dell'art. 2821 c.c. Il divieto di costituzione di ipoteca per testamento, la cui *ratio* andrebbe ricercata nell'evitare che la disposizione testamentaria vada ad alterare la *par condicio creditorum*, ha favorito una chiusura del testamento rispetto alle garanzie. Si pensi, ad esempio, alla *querelle* sull'ammissibilità di un legato immediato di pegno. Sul punto, la dottrina prevalente sostiene la tesi negativa. Per tutti G. BONILINI, *L'oggetto del legato. Le specie di legato autonomamente disciplinate*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 476 ss. *Contra*, invece, D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1949, p. 45, il quale muove dall'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 2821, comma 2, c.c., in quanto norma eccezionale.

⁶⁸ Il concetto di disponibilità è positivamente individuabile nell'art. 1966 c.c., nell'ambito della disciplina della transazione. Sui rapporti tra illiceità della transazione e indisponibilità dei diritti che formano oggetto della lite, L. RUGGERI, *Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso*, Napoli, 2002, p. 49 ss. Sulla diversità tra i concetti di disponibilità e di illiceità, v. A. TARTAGLIA POLCINI, *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002, p. 287 ss.

⁶⁹ Per un quadro d'insieme, cfr. U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Milano, 1950; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976; G. COTTINO, *L'art. 2113 c.c. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in *Riv.*

dell'ordinamento giuridico vigente», in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 e ss.; ID., «Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica», in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012. Una ricostruzione efficace e documentata, con cospicui riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione del diritto civil-costituzionale, è contenuta in M. PENNASILICO, «Legalità costituzionale e diritto civile», in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss.

⁶⁵ In tema di servitù prediali, v. almeno R. TRIOLA, *Le servitù*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2008; A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007; G. BRANCA, *Servitù prediali*, 6 ed., in *Comm. cod. civ.*, A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1987; M. COMPORTI, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, vol. 8, *Proprietà*, t. II, Torino, 1982; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. comm.* A. Cicu e F. Messineo, vol. XII, Milano, 1967; G. GROSSO-G. DEIANA, *Le servitù prediali*, 3 ed., in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1963; F. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949; L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947; L. CARIOTA FERRARA, *Delle servitù prediali*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, *Libro della proprietà*, Firenze, 1942.

l'autonomia testamentaria dovrà arrestarsi, in quanto si tratta di una norma posta a presidio di interessi sottratti alla disponibilità dei privati.

Quanto ai tratti qualificanti la disposizione rinunciativa, essa non dovrà essere solamente lecita, possibile e determinabile, ma dovrà anche essere meritevole, pena l'improduttività di effetti. Ogni atto di autonomia privata, infatti, deve essere sottoposto ad un controllo di conformità ai valori fondamentali dell'ordinamento, implicante un'analisi duplice, non soltanto in negativo, ma anche e soprattutto in positivo⁷⁰. Non si tratta, cioè, di verificare che la manifestazione di autonomia non contrasta con la *littera* di un determinato disposto normativo, quanto invece di saggiarne l'attitudine attuativa dei valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico⁷¹, in un'ottica di valorizzazione del principio di sussidiarietà di cui agli art. 118 Cost.⁷²

6. Rilievi conclusivi.

dir. comm., 1949, p. 74 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, p. 53 ss.

⁷⁰ Sul binomio interpretazione-applicazione al caso concreto, per tutti, P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, ora in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 5 e ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss.

⁷¹ G. PERLINGIERI, «Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.», in *Il foro nap.*, 2014, p. 59, nota 58, chiarisce che, da un punto di vista terminologico, si potrebbe anche sovrapporre il controllo di meritevolezza a quello di liceità, purché l'ultimo sia inteso come controllo di conformità all'ordine costituzionale. «Se si dovesse accettare tale prospettiva, salvo alcune ipotesi particolari (si pensi all'elusione fiscale, dove l'atto è da considerare lecito ma non meritevole; in argomento, si veda G. PERLINGIERI, *Profili civili dell'abuso tributario, l'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, pp. 9, 70, 73, 93) e salvo i casi dell'atto futile o impossibile (ma in tali casi sembra preferibile discorrere di mancanza di causa) o, come più avanti si vedrà, del contratto non meritevole, ex art. 2645-ter c.c., la mera liceità coinciderà spesso con la meritevolezza. L'importante è la consapevolezza da parte dell'interprete che il controllo del regolamento contrattuale non si deve mai limitare alle fonti primarie ma deve essere esteso alle norme di grado superiore, con buona pace anche del falso c.d. principio di "non interferenza" tra regole di comportamento e regole di validità».

⁷² Sul principio di sussidiarietà, nella letteratura recente, v. M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014. Il principio di sussidiarietà (specie orizzontale, ex art. 118 cost.) «sconvolge» la teoria dell'interpretazione e dell'applicazione perché rende fonte anche l'autonomia privata (tanto come strumento di regolazione dei rapporti tanto come atto di autonomia). In questi termini si esprime P. PERLINGIERI, *Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 105 ss. Per una recente applicazione si veda L. RUGGERI, *La transazione*, in ID. ed E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in *Tratt. dir. civ. CNV Perlingieri*, Napoli, 2016, p. 4 ss.

Le riflessioni che precedono certamente non possono considerarsi risolutive delle questioni connesse al tema indagato. Esse, però, costituiscono un solco per ulteriori approfondimenti su di un tema ingiustamente trascurato e capace invece di acclarare la «fecondità funzionale» del testamento⁷³.

La rinuncia testamentaria è un ulteriore banco di prova attraverso il quale saggiare la bontà di una ricostruzione moderna del contenuto testamentario che, superando la concezione attributiva *tout court*⁷⁴, ne colga l'ampiezza e le potenzialità applicative. Il contenuto del testamento ne esce vivificato e con esso l'autonomia privata. Il potere di dare un ordinamento ai propri interessi, trascendente la sola attributività, è posto nelle condizioni di estrinsecarsi secondo quelli che sono i concreti interessi avuti di mira dal disponente. Si tratta, intuitivamente, di una nuova stagione delle successioni per causa di morte⁷⁵, ed in particolare dello studio del testamento, che richiede, per la sua proficuità, di andare oltre le Colonne d'Ercole rappresentate dalla inappagante sicurezza dell'approccio tradizionale⁷⁶.

⁷³ Già A. GIORDANO MONDELLO, *Legato*, cit., p. 725.

⁷⁴ Sulla distinzione tra teorie liberiste e patrimonialistiche in ordine al testamento, v. N. DI MAURO, «Contenuto e funzione del testamento», in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 354 ss. e in ID., *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, cit., p. 47 ss.

⁷⁵ Da ultimo, V. BARBA, «I nuovi confini del diritto delle successioni», in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.; ID., «Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà», in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.

⁷⁶ A riprova del fatto che la prospettiva classica, secondo la quale il verbo "disporre" di cui all'art. 587 c.c. si sarebbe dovuto intendere, in stretta connessione con quanto stabilito dall'art. 588 c.c., e come sinonimo di "attribuire", fosse condivisa da autorevole dottrina, si veda L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.* A. Cicu e F. Messineo, continuato da Mengoni, vol. XLIII, 1, 5a ed., Milano, 1993, p. 23, secondo cui la nozione di disposizione testamentaria, ex artt. 587 e 588 c.c. «implica una decisione attuale sulla sorte dei beni nella forma di una dichiarazione negoziale il cui oggetto include essenzialmente la designazione della persona o delle persone alle quali i beni sono destinati».