



GIORGIO DE NOVA

Professore ordinario di diritto civile – Università Statale di Milano

IL TESTATORE ANZIANO E LA FORMA DEL TESTAMENTO

In una relazione sui rapporti tra autonomia privata e successioni *mortis causa* di vent'anni fa sottolineavo da un lato che il testamento è un particolare negozio, che suole essere redatto in età tarda, o quantomeno redatto per l'ultima volta in età tarda, e dall'altro che oggi la vita media si è molto allungata, ma non sempre, purtroppo, garantendo la conservazione sino all'ultimo della capacità di intendere e di volere. E concludevo che occorre rimeditare, per il caso in cui il testatore sia anziano, sulla idoneità della forma olografa del testamento¹.

Il problema del testamento del testatore anziano, che è discusso in più ordinamenti², è stato di recente ripreso anche nella nostra letteratura³.

E si è, fra l'altro, proposto, *de iure condendo*, di precludere o scoraggiare l'utilizzo del testamento olografo alla persona anziana o le cui capacità intellettive siano dubbie⁴, e, in modo più netto, di introdurre un limite di età, oltrepassato il quale – ove l'interessato intenda fare testamento – sia necessario l'intervento di un pubblico ufficiale⁵.

Pietro Rescigno⁶ ci ha riferito che viene dalla Germania la proposta di un intervento legislativo per il testamento formato “in prossimità della morte” (così Rescigno traduce *todesnahe*): si propone di precludere la forma dell'olografo e di imporre l'onere della forma notarile in una serie di casi, al fine di garantire i soggetti che, per motivi di età o di salute, sono più esposti alle

¹ G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, p. 277 ss.

² Per l'Inghilterra si veda R. KERRIDGE, *Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator*, in *Cambridge Law Journal*, 59(2), 2000, p. 310; per la Germania si veda A. RÖTHEL, *Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge*, in *Fam RZ*, 2004, p. 999 ss. Per considerazioni comparatistiche vedi J.C. SONNEKUS, *Freedom of Testation and the Ageing Testator*, in K. REID, M. DE WAAL e R. ZIMMERMANN (eds.), *Exploring the Law of Succession*, Edinburgh, 2007, p. 78 ss.

³ A. BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in *Fam. persone e succ.*, 2006, p. 711 ss.; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. persone e succ.*, 2007, p. 586 ss.; S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. persone e succ.*, 2009, p. 259 ss.; M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator*, in *NGCC*, 2011, p. 1032 ss.; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, 992, p. 1000 ss.; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità senile"*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 361 ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 562 ss.

⁴ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 586.

⁵ S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., p. 1007.

⁶ P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1942 ss.

JUS CIVILE



pressioni o alle suggestioni di chi materialmente li assiste o ne orienta la vita spirituale⁷. E Rescigno ci ha detto che tale proposta può essere valutata anche nel nostro paese.

La proposta di precludere il testamento olografo oltre una certa età lascia perplessi, soprattutto perché prospetta una soluzione fondata su una valutazione in astratto in punto di capacità⁸.

Ma non è di una modifica legislativa che intendo occuparmi, e ciò anche per sottrarmi a soluzioni in astratto.

Per parte mia, vorrei tornare sull'argomento in una prospettiva diversa, e cioè chiedermi se il testatore anziano possa autotutelarsi imponendo per propria volontà la forma del testamento pubblico quale requisito di validità di propri futuri (ed eventuali) testamenti.

Mi chiedo cioè se il testatore anziano possa, ad esempio, redigere un testamento olografo quando ancora le sue condizioni sono tali da assicurarne la validità sul piano della capacità di intendere e di volere, ed in esso prevedere che ogni proprio eventuale futuro testamento, che dovesse voler porre in essere per modificare il precedente, debba necessariamente essere nella forma del testamento pubblico, al fine di meglio garantire che anche il futuro eventuale testamento risponda alla sua effettiva volontà.

Se è vero che tutte le forme legali previste per il testamento hanno come finalità quella di garantire l'effettività della volontà del testatore⁹, dò qui per scontato che la forma del testamento pubblico sia più idonea della forma del testamento olografo a garantire che il testamento risponda alla effettiva volontà del testatore¹⁰.

Per rispondere al quesito occorre affrontare una questione di principio, e liberarsi dal dubbio sollevato da Francesco Carnelutti sul potere dei privati di imporre una forma necessaria per la validità dei propri negozi.

Rodolfo Sacco lo ha già fatto da par suo nel *Contratto* del 1975, chiarendo che i dubbi in merito non sono fondati, e che «in via di principio, i privati non possono semplificare le fattispecie stabilite dal legislatore, ma possono subordinare gli effetti dei loro negozi al verificarsi di circostanze non richieste dalla legge: possono perciò statuire che le loro convenzioni future saranno rilevanti solo quando assistite da una forma speciale»¹¹.

Ma sussiste ancora una diffusa ritrosia a riconoscere appieno tale potere dei privati, come vedremo anche più là, e dunque conviene tornare sul luogo del delitto.

Lorenzo Mossa, in un suo scritto del 1919 sulla Commerciale, scrive: «è un vecchio principio quello secondo il quale i privati possono stabilire come requisito per l'efficacia dei loro ne-

⁷ M. ADEN, *Das todesnahe Testament*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, p. 83 ss., il quale indica i settant'anni come confine.

⁸ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 2.2, V ed., Milano, 2015, p. 276, nota 97, e M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 566.

⁹ È questa la conclusione cui perviene A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 102 ss., seguito da F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 520.

¹⁰ Sul tema M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 567.

¹¹ R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 431.



JUS CIVILE

gozi, sia contratti che atti unilaterali, la forma e particolarmente la forma scritta, quando essa non sia imposta dalla legge. Nessuno dubita di questo, né della reale efficacia dell'accordo»¹².

Aurelio Candian, nel volume *Documento e negozio giuridico* del 1925¹³, scrive: «che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione della esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma (...) è fuori di ogni possibile discussione»¹⁴.

Interviene, con il consueto piglio polemico, Cornelutti¹⁵: «Domando scusa se oso dubitare».

E prosegue: «la volontà dei contraenti domina il contenuto del contratto, non la sua efficacia (...). Chi ha mai pensato che dipenda, per esempio, dalla volontà delle parti la validità di una donazione per scrittura privata?». Aggiunge che per sostenere che le parti abbiano la facoltà di far dipendere la efficacia delle loro dichiarazioni da una data forma occorrerebbe una previsione di legge (come si trova nel § 125 BGB)¹⁶, e conclude: «se la legge tace, dov'è la ragione per ammetterla?».

È importante sottolineare che Cornelutti prosegue affermando: «ciò non significa che a un accordo delle parti, anzi, in genere, a una manifestazione della volontà di ciascuna parte intorno alla forma del negozio non si debba riconoscere alcun valore. Ma, per arrivare a riconoscerlo, la strada è un'altra». E la strada è quella di interpretare tale accordo, o tale manifestazione di volontà, nel senso che in difetto della forma prevista difetta l'*animus obligandi*.

Rileggere queste pagine non è solo un omaggio (pieno di nostalgia) ai tempi in cui i giuristi discutevano, anche animatamente, tra loro. Una rilettura mi pare utile, anche se oggi, si potrebbe dire, la legge non tace, perché parla all'art. 1352 cod. civ.

Un primo punto riguarda l'estensione del potere dei privati, una volta che lo si riconosca.

Il riferimento di Cornelutti alla donazione per scrittura privata è ovviamente polemico (ed infatti egli soggiunge: «So bene che Candian non ha voluto dir questo»). Ma induce a precisare che, in presenza di forme legali, il potere dei privati di imporre forme volontarie va inteso non già nel senso di poter escludere la necessità della forma legale, bensì nel senso di adottare una forma che la legge non considera necessaria.

Questo ci pare il modo migliore per chiarire tale aspetto¹⁷: altri argomenta in termini di divieto di adottare forme «meno rigorose» della forma legale¹⁸.

¹² L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 414 ss., a p. 431. Alla successiva p. 434 l'autore precisa che per ritenerne che le parti facciano dipendere dalla forma la validità del contratto è necessaria una chiara manifestazione della loro volontà in tal senso.

¹³ A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925.

¹⁴ A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵ F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 217 ss.

¹⁶ § 125 BGB: «*Nichtigkeit wegen Formmangels*. Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge» [*Nullità a causa di vizio di forma*. Il negozio giuridico che difetta della forma prescritta dalla legge è nullo. Il difetto della forma stabilita con un negozio giuridico comporta nel dubbio anch'esso la nullità].

¹⁷ Così lo imposta E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 177.

¹⁸ Della necessità che si introduca un regime formale «più rigoroso di quello previsto dal diritto oggettivo» parla M. TALAMANCA, *Forma degli atti*, voce in *Enc. Forense*, Milano, 1958, p. 814; del divieto di prevedere forme «meno



JUS CIVILE

Con specifico riferimento al nostro tema, questo limite al potere dei privati comunque non opera, perché il testatore sceglierrebbe una fra le più forme legali, giovandosi della pluralità di forme legali che caratterizza il testamento¹⁹.

Ma il tema centrale posto da Carnelutti è ovviamente quello della necessità che il potere dei privati in tema di forma volontaria si fondi su una norma espressa che lo riconosca. Perché, se si ritiene che non è necessaria una norma autorizzativa il nostro quesito già si orienta verso una risposta affermativa; se invece si ritiene che una norma autorizzativa è necessaria l'interprete deve addentrarsi sul cammino, percorribile ma in salita, dell'applicabilità per analogia dell'art. 1352 cod. civ. al testamento.

All'entrata in vigore dell'art. 1352 gli interpreti si sono divisi tra chi tendeva a limitare il potere dei privati in tema di forma volontaria alla sola ipotesi espressamente regolata dalla norma (una convenzione per un futuro contratto)²⁰ e chi invece considerava di natura non eccezionale il potere delle parti in materia di formalismo volontario²¹.

Meno preoccupazioni di principio si riscontrano nella giurisprudenza, che ad esempio riconosce il potere dei privati di pattuire una forma volontaria anche con riferimento agli atti unilaterali che conseguono alla conclusione di un contratto²².

In oggi, una voce autorevole si esprime con chiarezza nel senso che «il potere delle parti di dettare regole di forma non suppone esplicite previsioni normative e si estende potenzialmente (vale a dire in mancanza di disposizioni contrarie) a tutti gli atti che costituiscano espressione dell'autonomia privata»²³.

Poste queste premesse di principio, avviciniamoci al quesito chiedendoci se il vincolo della forma possa nascere unilateralmente.

Non penso qui alla forma imposta ad altri, secondo quanto consente l'art. 1326, 4° comma²⁴, bensì alla forma imposta, unilateralmente, a se stesso, in vista di un proprio atto unilaterale²⁵.

rigorose» parla A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte Generale*, IV ed., Torino, p. 122, nota 4. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 151 precisa che l'autoregolamentazione si può realizzare mediante la previsione di una forma diversa sia pure nell'ambito dello stesso tipo di forma, ad esempio quanto alle modalità attuative.

¹⁹ Sulla pluralità delle forme legali del testamento v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VIII ed., Milano, 1952, § 182 I bis; A. LISERRE, *op. cit.*, p. 126 ss.

²⁰ Così M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, 1002.

²¹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, pp. 15 e 17 ss.

²² Per la forma volontaria della scrittura per il recesso del lavoratore v. Cass. 27 marzo 1982, n. 1922 e Cass. 13 luglio 2001, n. 9554. Per la forma volontaria della revoca della procura a vendere v. Cass. 13 giugno 1958, n. 1999 (pubblicazione sul foglio annunci legali), e in Cass. 21 dicembre 1984, n. 6662 (raccomandata con avviso di ricevimento), in *Foro it.* 1989, I, p. 92 ss. Per la forma volontaria della scrittura per il recesso dalla fideiussione v. Cass. 6 agosto 1992, n. 9349, in *Foro it.*, I, 1, p. 1256 ss., a p. 1267.

²³ A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 122.

²⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 246, riconosce che il vincolo di forma può derivare da un esercizio unilaterale di autonomia, ma ciò con riferimento all'art. 1326, 4° comma, cod. civ.

²⁵ Esula dall'indagine l'ipotesi esaminata da L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*.



JUS CIVILE

Gli interpreti si sono divisi sull'ammissibilità di una imposizione unilaterale di forma a se stessi: ad opinioni favorevoli²⁶ si accompagnano opinioni contrarie²⁷, motivate soprattutto sulla ritenuta assenza di un interesse giuridicamente rilevante ad una siffatta limitazione.

Per parte mia osservo innanzitutto che nel caso dell'imposizione unilaterale a se stesso per un proprio atto unilaterale è certamente assolto il requisito secondo cui le statuzioni relative alla forma del negozio possono essere prese solo da chi è legittimato a regolare gli interessi che del negozio sono materia²⁸.

Per fare riferimento ad un negozio unilaterale *inter vivos*, nessun ostacolo sembra porsi alla previsione, in una procura, di una clausola secondo cui la revoca della procura da parte del rappresentato possa essere validamente espressa solo con una determinata forma: la statuzione giurisprudenziale, che riconosce la validità di un patto, in un mandato con rappresentanza, in tal senso²⁹, ben può essere estesa alla procura come autonomo atto unilaterale.

Venendo al nostro caso, non ci pare dubbio che la previsione in un testamento olografo di una clausola come quella oggetto di quesito risponda ad un interesse meritevole di tutela.

Non occorrono infatti molte parole per dimostrare che la soluzione di prevedere per testamento una forma necessaria per un futuro testamento risponde al meglio all'esigenza di adeguamento al caso di specie. Potrà prevederla un testatore che abbia ragione di temere il futuro, ed in misura rilevante perché è rilevante il suo patrimonio, e non prevederla un altro, che è più sicuro di sé, o ha meno da lasciare.

Giunti a questo punto non ci sembra vi siano ostacoli a concludere che al quesito iniziale si deve dare risposta affermativa. Per concludere diversamente dovremmo rinvenire una disposizione di legge contraria.

Non è tale quella dell'art. 679 cod. civ. secondo cui «non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie: ogni clausola o condizione contraria non ha effetto»³⁰. Perché la scelta del testamento pubblico per manifestare una propria futura

no, Napoli, 2011, p. 437, il quale ammette che con un negozio unilaterale si possa imporre una forma vincolata, come nel caso di una procura che vincoli il procuratore ad adottare una determinata forma per i contratti rappresentativi, e nel caso di un testamento che imponga la forma dei contratti che l'erede dovrà compiere (casi, dunque, di forma imposta ad atti).

²⁶ A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 24; F. CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 501 ss.; R. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, p. 104; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002, p. 304.

²⁷ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, III ed., 1980, p. 218 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, sub art. 1352, p. 455; A. RENDA, *Forme convenzionali*, in *Il Codice Civile. Commentario Schlesinger e Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1352, p. 125.

²⁸ Pone questo quesito E. BETTI, *op. cit.*, p. 179.

²⁹ Vedi *supra*, nota 22.

³⁰ Su questa norma, e sulla invalidità delle clausole derogatorie diffuse nel diritto intermedio, si veda M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1965, sub art. 679, p. 2 e G. D'AMICO, *Revoca del testamento*, in *Enc. Dir.*, Milano 1989, 237.

La posizione degli interpreti è nel senso che sono invalide non solo le clausole derogatorie assolute (con cui si



JUS CIVILE

nuova volontà testamentaria non può essere considerata una rinunzia a revocare o mutare le disposizioni testamentarie, dato che tale scelta è volta non già ad impedire che una revoca o un mutamento possa intervenire, bensì a prevedere che ciò debba avvenire con una forma che garantisca che la volontà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie precedenti sia effettiva.

Una chiosa.

Borsari, nell'annotare l'art. 916 del codice civile del 1865, che già disponeva quanto ora previsto dall'art. 679³¹, ricorda che il Cardinale De Luca vede nelle clausole derogatorie alla revocabilità del testamento un lato positivo, perché con esse il testatore «provvede alla propria libertà per quel tempo in cui gli potrebbe essere tolta». Ma conclude che bene ha fatto il legislatore ad escludere ogni effetto a tali clausole perché, osserva, «che tipo d'uomo è quello che si sgomenta di un avvenire e fa per sé proprio una confessione di debolezza (...) *Jus scriptum non est*, per uomini siffatti». Parole vibranti, con le quali tuttavia non mi pare si debba oggi dover consentire, per le ragioni esposte all'inizio.

esclude la revocabilità o la modificabilità), ma anche quelle relative (con cui si prevede che sia necessario, per la revoca o la modifica, che il nuovo testo contenga espressioni predefinite, come l'invocazione della Vergine: di "ciertas palabras o señales" parla il corrispondente secondo comma dell'art. 737 del codice civile spagnolo): solo in senso atecnico si può parlare per queste ultime di clausole che predeterminano una forma (così si esprime invece A. ALBANESE, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna e Roma, sub art. 679, p. 34).

È interessante notare che C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, II ed., vol. I, 1952, p. 48 argomenta nel senso che nel caso in cui un testamento sia fatto in dispregio di una clausola derogatoria relativa si deve valutare se non ci si trovi dinanzi ad un mero progetto di testamento: qui è palese la simmetria con la *pars construens* dell'argomentazione di Cornelutti. Nel caso in cui una clausola derogatoria sia dichiarata nulla, il testamento che la contiene rimane valido (Trib. Napoli, 24 giugno 1972, *Temi*, 1972, 236; M. C. TATARANO, *Il testamento*, Napoli, 2013, p. 508; A. ALBANESE, *op. cit.*, 34).

³¹ L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, 1874, sub art. 916, p. 864.