

CASO 1

Mortis causa

DIFFICOLTÀ F

Tizio, coniugato con Tizia e padre di tre figli, si rivolge al notaio Romolo Romani di Roma per rendere le sue volontà in testamento pubblico.

Egli vorrebbe istituire eredi universali i suoi figli Tizietto, minore, Caietto e Mevietto, senza aggiungere altro, chiedendo al notaio conferma degli effetti di una simile disposizione, e facendo in modo che quanto a loro attribuito non vada ad altri, anche ove uno dei tre non divenisse erede.

Alla moglie Tizia vorrebbe lasciare, se possibile, un immobile in Napoli in piena proprietà, facendo in modo che ella sia erede per il valore corrispondente, e chiede al notaio se ciò sia possibile, aggiungendo anche di volerla obbligare al pagamento di tutti i debiti dell'eredità, sollevando da tale peso i figli.

Vorrebbe vietare a Tizietto l'accettazione con beneficio di inventario, ed obbligare, invece, Caietto, ad accettare con beneficio di inventario.

All'anziana madre Tizona, vorrebbe lasciare il diritto di usufrutto di tutti i beni del suo patrimonio, se possibile, però, obbligandola a rinunciare a qualsiasi diritto sulla successione del marito Tizione, non ancora aperta.

All'amico Livio, poi, vorrebbe lasciare un immobile in Napoli, obbligandolo ad impegnarsi direttamente al pagamento di un debito che Tizio ha nei confronti della Banca Alfa s.p.a.

Egli ha, a causa di un infortunio, forti difficoltà a sottoscrivere e soffre di momentanee amnesie, ma vuole procedere al testamento.

Il candidato, assunte le vesti del notaio Romolo Romani, rediga quanto richiesto, sul presupposto che il testatore si adegui alle inderogabili disposizioni di legge. Dopo aver analiticamente motivato le soluzioni adottate, tratti, in parte teorica, della capacità di testare, dei rapporti e delle differenze tra istituzione ereditaria e legato, con particolare riferimento all'usufrutto universale ed alle fattispecie coinvolte nel caso proposto, della c.d. *institutio ex re certa* e dei rapporti tra essa e la divisione del testatore.

Repertorio speciale degli atti di ultima volontà n. ...

TESTAMENTO PUBBLICO

REPUBBLICA ITALIANA

L'anno ..., il giorno ... del mese ..., alle ore ... e minuti ...
(tutto in lettere per disteso).

In Roma, nel mio studio alla via ... n. ..., innanzi a me
dott. Romolo Romani, notaio residente in Roma, iscritto
al ruolo presso il Collegio notarile dei Distretti riuniti
di Roma, Velletri e Civitavecchia, con l'assistenza dei
signori:

- ... (nome, cognome, luogo e data di nascita, domicilio
o residenza, del primo testimone)
- ... (nome, cognome, luogo e data di nascita, domicilio
o residenza, del secondo testimone)

intervenuti quali testimoni, aventi i requisiti di legge,
come mi confermano

È PRESENTE

- Tizio ... (nome e cognome), nato a ... il ... e residente
(o domiciliato) in ... alla via ... n. ..., il quale mi dichiara
di essere in grado di sottoscrivere seppur con forti
difficoltà dovute a un grave infortunio, e precisamen-
te ... (precisazioni).

Il componente, della cui identità personale io notaio sono
certo, e che mi appare al momento pienamente capace di
intendere e di volere, mi richiede, alla presenza dei testi-

... (sottoscrizioni marginali ai sensi dell'art. 51, n. 12, l. not.)

moni, di ricevere il suo testamento in forma pubblica, ed all'uopo mi dichiara, sempre alla presenza continua ed ininterrotta dei testimoni, le sue volontà, che vengono a cura di me notaio ridotte per iscritto nel modo che segue:

"... (Eventuale revocazione espressa di precedenti disposizioni testamentarie ai sensi dell'art. 680 c.c.).

Istituisco erede universale del mio patrimonio mia moglie Tizia ... (generalità sufficienti alla corretta identificazione della beneficiaria ai sensi dell'art. 625, primo comma, c.c.), nella quota risultante, al momento d'apertura della mia successione, sulla base dei criteri di cui in seguito, dal valore della seguente assegnazione, cui procedo, ai sensi dell'art. 734 c.c.:

- assegno a Tizia il diritto di piena proprietà dell'immobile sito in Comune di Napoli alla via ... n. ... (descrizione sufficiente alla corretta individuazione del bene ai sensi dell'art. 625, secondo comma, c.c.).

Dispongo che la quota sia calcolata, al momento della apertura della mia successione, in base ai seguenti criteri:

- il valore del bene, da considerare ai fini del calcolo della quota, sarà quello esistente al momento ... (precisazione);
- il patrimonio da considerare ai fini del calcolo della quota sarà quello esistente al momento ... (precisazione);

- per il caso in cui il bene assegnato non si trovi nel mio patrimonio al momento dell'apertura della successione dispongo ... (precisazioni);
- per il caso in cui al momento dell'apertura della mia successione nel mio patrimonio si trovino altri beni sopravvenuti dispongo ... (precisazioni).

Pongo, a carico di Tizia, ai sensi dell'art. 752 c.c., l'onere del pagamento di tutti i debiti e pesi della mia eredità, di cui non dispongo diversamente con il presente testamento, ferma restando, nei rapporti esterni, la responsabilità di tutti i miei eredi, ciascuno in proporzione alla quota ereditaria, ai sensi dell'art. 754 c.c.

Istituisco eredi universali del mio patrimonio, in parti uguali, nella quota restante, i miei tre figli Tizietto ... (generalità come sopra), Caietto ... (generalità come sopra) e Mevietto ... (generalità come sopra) e dispongo espressamente che, nel caso in cui uno di essi non voglia o non possa accettare l'eredità, operi tra loro accrescimento ex art. 674 c.c. in parti uguali tra gli altri accettanti.

Lego, a carico dell'eredità, ed in favore di mia madre Tiziona ... (generalità come sopra), il diritto di usufrutto vitalizio su tutti i beni del mio patrimonio, alla condizione sospensiva che ella rinunci, entro ... dall'apertura della mia successione, a qualsiasi diritto a lei spettante

*nella successione di mio padre Tizione ... (generalità),
ove essa sia già aperta al momento di apertura della mia
successione.*

*Leggo, a carico dell'eredità, ed in favore di Livio ... (genera-
lità come sopra), il diritto di piena proprietà sull'immo-
bile sito in Comune di Napoli alla via ... n. ... (descrizione
sufficiente alla corretta individuazione del bene ai sensi
dell'art. 625, secondo comma, c.c.).*

*Pongo, a carico di Livio, l'onere di obbligarsi, nei con-
fronti della Banca Alfa S.p.a., a titolo di espromissione,
entro ... dall'apertura della mia successione, a pagare il
debito che io ho contratto nei confronti di questa in
virtù di ... (descrizione), ai seguenti patti e condizioni ...
(precisazioni).*

*Per il caso in cui all'apertura della mia successione
detto debito sia ormai estinto dispongo che ... (precisa-
zioni).*

*... (Eventuali disposizioni per il caso in cui i beni di cui il
testatore ha disposto non si trovino più nel suo patri-
monio al momento dell'apertura della successione).*

*... (Eventuale nomina di un esecutore testamentario ai
sensi degli artt. 700 ss. c.c.).*

*Richiesto, io notaio ho ricevuto il presente atto, da
me scritto interamente a mano su fogli due per pagine
quattro intere e quarto della successiva. Di esso, alla*

presenza dei testimoni, ho dato lettura al comparente, il quale, a mia domanda, dichiara di approvarlo riconoscendolo conforme all'espressami sua volontà e pertanto lo sottoscrive, stante la menzionata dichiarazione, in fine e in margine come per legge con i testimoni e con me notaio alle ore ... e minuti ...

... (sottoscrizione con nome e cognome di Tizio)

... (sottoscrizione con nome e cognome del primo testimone)

... (sottoscrizione con nome e cognome del secondo testimone)

Romolo Romani, notaio (impronta del sigillo ex art. 52 l. not.)

Prima di affrontare le volontà espresse dal signor Tizio, occorre chiarire **alcuni problemi formali**. Tizio dichiara espressamente di voler rendere le sue volontà in un testamento pubblico. Il notaio è pertanto chiamato a ridurre per iscritto le dichiarazioni orali di ultima volontà del testatore, alla presenza di testimoni.

Naturalmente, trattasi di atto *mortis causa*, indi conservato nel fascicolo speciale degli atti di ultima volontà: pertanto, in primo luogo, si indica il numero di Repertorio speciale degli atti di ultima volontà e non il numero di Raccolta, indicato invece negli atti *inter vivos*: negli atti *mortis causa* non esiste la distinzione tra “repertorio” e raccolta, in quanto tutti gli atti restano conservati presso il notaio; pertanto, il numero di repertorio coincide con il numero nel fascicolo degli atti di ultima volontà.

Si inserisce l'orario di apertura, per mero rispetto della prassi notarile: l'art. 90 reg. not., che imponeva tale menzione, al fine dell'applicazione dell'onorario a ore, deve ritenersi abrogato con l'entrata in vigore della nuova tariffa, non essendo più prevista tale forma di remunerazione.

Il primo problema che pone la traccia riguarda la **capacità di Tizio di disporre per testamento**, in quanto egli è affetto da momentanee amnesie. Ai sensi dell'art. 591, primo comma, n. 3), c.c. sono incapaci di testare coloro che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere o di volere nel momento in cui fecero testamento. La conseguenza dell'incapacità naturale (che sotto questo aspetto è equiparata a quella legale) è che il testamento può essere impugnato da chiunque vi abbia interesse. Essa è riconducibile alla fattispecie della **cd. annullabilità assoluta**, poiché la proponibilità dell'azione è concessa con la stessa ampiezza consentita normalmente per le fattispecie di nullità. In particolare, occorre distinguere tra **infermità tipica**, permanente o abituale, e **infermità mentale a carattere intermittente o ricorrente**: nel primo caso, quando è dichiarata l'interdizione, l'incapacità diventa lo stato normale del soggetto, che per la legge si presume in via assoluta, non rilevando ad esempio il fatto che il testamento è stato redatto in un momento di lucido intervallo; nel secondo caso, essendo, invece, la normalità rappresentata dall'alternarsi di periodi di capacità a periodi d'incapacità, non vi è fondamento logico per un'analoga presunzione, sicché colui che impugna il testamento ha l'onere di provare che questo fu redatto in un momento d'incapacità d'intendere e di volere. Il notaio non ha, naturalmente, le competenze necessarie per valutare lo stato di capacità, oltre ciò che è di palmare evidenza. Egli però ha l'obbligo di usare la diligenza professionale per accertarsi, almeno nei limiti dell'evidenza, della capacità del testatore, non potendo ricorrere ad una prova documentalmente certa, come nelle fattispecie previste dai numeri 1 e 2 del medesimo art. 591, primo comma, c.c.

Nella **prassi**, soprattutto nel caso di persone particolarmente anziane, o che hanno una storia clinica particolare, si usa richiedere un **certificato medico** attestante lo stato del testatore. Tale documentazione però non è sufficiente a costituire prova della capacità di testare, al più può assurgere ad indizio da sottoporre alla valutazione del giudice. Al notaio, comunque, non può essere richiesto altro che ricorrere alla propria diligenza professionale,

e non di certo ad accertamenti che esulano dal suo campo. Si può segnalare al riguardo l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, per l'annullamento di un testamento, l'incapacità naturale del testatore postula la **prova** che il soggetto sia stato privo, in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti, ovvero della capacità di autodeterminarsi: comunque, **spetta a colui che impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità**, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso è compito di chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo.

In ogni caso, l'attestazione del notaio circa lo stato di piena capacità mentale del comparente, ancorché, risolvendosi in un giudizio, non impedisca ai soggetti interessati di provare il contrario con qualsiasi mezzo di prova, rappresenta un fatto da cui è lecito dedurre almeno la mancanza di segni apparenti d'incapacità del testatore.

Il testatore ha **difficoltà ad apporre la propria sottoscrizione a causa di un infortunio**.

Il caso della **sottoscrizione resa con difficoltà** è contemplato dalla legge solo per i testamenti pubblici, all'art. 603 c.c. L'art. 51, secondo comma, n. 10), l. not., disciplina solo il caso in cui vi sia impossibilità totale a sottoscrivere e non quello della capacità a sottoscrivere seppur con difficoltà. In dottrina esiste autorevole opinione secondo cui l'art. 603, c.c., nel contemplare la difficoltà a sottoscrivere, legittimerebbe il comparente a non farlo, anche per evitare di «imporre» ad un soggetto in difficoltà un adempimento (la sottoscrizione) che in quel momento risulta gravoso. In parziale adesione, la giurisprudenza di legittimità, in una recente pronuncia¹, ha ritenuto che la menzione della grave difficoltà sia strettamente necessaria solo nel caso in cui il testatore non sottoscriva, dovendo essa proprio sostituire la sottoscrizione: la prescrizione dunque opererebbe nel sol caso in cui la difficoltà sia totalmente invalidante ai fini della sottoscrizione.

Altra opinione, più prudente, cui si aderisce, ritiene che la previsione normativa non legittimi la non sottoscrizione: quest'ultima costituisce un segno di conferma dell'attività d'indagine di volontà realizzata dal notaio, ed è insopprimibile; la menzione della difficoltà serve, essenzialmente, a giustificare eventuali difformità tra la sottoscrizione apposta e quella abituale del comparente.

Passando all'analisi delle **problematiche sostanziali**, la volontà principale di Tizio, emergente dalla traccia, è quella di istituire eredi universali i tre figli in quote uguali. La volontà di assicurare il subentro degli altri, nel caso in cui uno dei tre non diventi erede, è realizzabile con la previsione dell'**accrescimento** ai sensi dell'art. 674 c.c.: invero, ricorrono comunque i presupposti per l'operatività *ex lege*, ossia la *coniunctio verbis* (unico testamento) e della *coniunctio re* (quote uguali); stante l'espressa richiesta, è preferibile comunque inserire un'espressa volontà del testatore.

Occorre conciliare l'istituzione dei tre figli, con la volontà di rendere **Tizia** erede, in funzione di un bene specifico, contestualmente attribuitole: tale volontà può essere realizzata con un'espressa istituzione, mediante apporzionamento, senza predeterminazione della quota ereditaria. Il testatore cioè manifesta la volontà di istituire erede Tizia, ma non quantifica

¹ Cass. 23 febbraio 2012, n. 2743.

aritmeticamente la quota, rinviando, per la quantificazione, al calcolo, da operare all'apertura della successione, del valore del bene assegnato rispetto al patrimonio. Trattasi, dunque, di una divisione oggettivamente e soggettivamente parziale: gli altri eredi infatti non vengono apporzionati con i beni, ma solo istituiti eredi.

La richiesta del testatore, potrebbe ricadere anche nella diversa fattispecie della c.d. *institutio ex re certa* (art. 588, secondo comma, c.c.), istituto che riqualifica, come istituzione ereditaria, l'attribuzione di un bene specifico, che di regola dovrebbe configurarsi come legato (art. 588, primo comma, c.c.). Invero, secondo la dottrina prevalente, non v'è differenza tra *institutio ex re certa* e divisione del testatore come sopra configurata, in quanto entrambe determinano analogo risultato, ossia l'istituzione ereditaria senza previa determinazione della quota, ma in funzione del valore di beni specifici. La *institutio*, secondo opinione giurisprudenziale, altro non è che la riqualificazione, su basi soggettive (la c.d. *intentio*) di una disposizione che, su basi oggettive, sarebbe un legato, ed è relegata alla prassi di testamenti olografi scritti in modo atecnico. Siccome gli effetti sono analoghi, il notaio, nel corretto assolvimento dell'indagine di volontà, ove deduca la volontà di procedere all'apporzionamento in funzione di quota, ricorrerà alla divisione del testatore².

Tale scelta comporta ulteriore problema nel caso di specie: si ha la pretermissione, nella divisione, di soggetti istituiti eredi, ed altresì legittimari. L'art. 735 c.c. sanziona con la nullità la divisione testamentaria che non comprenda alcuno degli istituiti eredi oppure alcuno dei legittimari del testatore. La dottrina ha dato, invero, a tale norma, una lettura "sostanziale". La sanzione di nullità prevista dall'art. 735 c.c. per la **divisione che pretermetta alcuno degli eredi istituiti o dei legittimari**, non impedisce di ricevere le disposizioni in ogni caso. La norma vuol tutelare gli istituiti e i riservatari nella sostanza dei loro diritti, e non solo nella formale aspettativa di partecipare alla divisione: pertanto, ove essi siano altrimenti soddisfatti, con legati o magari con donazioni in vita nelle loro ragioni di riserva, o con l'apertura parziale di una successione legittima, non potrebbero far valere la nullità della divisione. Ciò che si vuole assicurare è solo che vi siano beni sufficienti a "soddisfare" tutti. La pretermissione, in altre parole, non determina con certezza un risultato illecito, in quanto la non partecipazione alla divisione non dà necessariamente luogo alla pretermissione sostanziale dell'erede o del legittimario. Il testatore potrebbe averlo soddisfatto nei suoi diritti, anche in precedenza per donazione o potrebbe farlo in seguito con nuovo testamento. Ogni valutazione va fatta al momento della successione, momento in cui, cristallizzando patrimonio relitto e relativi valori, potrà verificarsi se vi sono beni non assegnati sufficienti a soddisfare gli eredi istituiti, e se è soddisfatta la riserva dei legittimari, alla luce di ogni disposizione testamentaria efficace.

Nella divisione senza predeterminazione di quote (come nell'*institutio ex re certa*), in assenza di una predeterminazione della quota, è necessario stabilire i criteri per il calcolo della quota da operare all'apertura della successione, così da risolvere i diversi problemi pratici che possono porsi, in considerazione del possibile cambiamento del valore dei beni, e proprio della composizione del patrimonio tra il momento del testamento ed il momento

² Sul rapporto tra le due figure, cfr. *La divisione del testatore e in particolare i suoi rapporti con l'itutio ex re certa, Differenze applicative*, in NUOVI CASI NOTARILI, Vol. I, *Mortis Causa*, Parte Teorica.

dell'apertura della successione. Ad esempio, il bene assegnato potrebbe non trovarsi nel patrimonio del testatore all'apertura della successione (ponendosi, così, il dubbio circa l'intenzione di revocare la disposizione, in analogia a quanto previsto, per il legato, all'art. 686 c.c.); oppure, potrebbero trovarsi, nel patrimonio, altri beni, così da modificarsi la composizione del patrimonio ed il risultato del calcolo della quota; ancora, il testatore potrebbe riferirsi al patrimonio come composto al momento del testamento, od al momento dell'apertura della successione, con risultati diversi ove esso sia composto in maniera differente. Infine, ultimo elemento di incertezza è la valutazione dei beni: l'art. 766 c.c., dà, come riferimento, il momento della divisione (indi, nel caso di specie, il momento d'apertura della successione); è, comunque opportuno, far rendere al testatore una dichiarazione in tal senso.

Quanto alla volontà di porre, a carico della moglie, l'**onere del pagamento di tutti i debiti gravanti sull'eredità**, essa è realizzabile in quanto l'art. 752 c.c., dopo aver fissato il principio secondo cui gli eredi concorrono al pagamento dei debiti in proporzione alle rispettive quote ereditarie, prevede la derogabilità di tale regola generale per espressa volontà del testatore. Va ricordato, ed è opportuno che il notaio lo chiarisca al testatore, che non è derogabile la responsabilità degli eredi, nei rapporti esterni con i creditori, prevista dall'art. 754 c.c., per principio generale. Pertanto, l'onere posto dal testatore, ha effetti nei soli rapporti interni tra gli eredi: se uno dei figli del testatore è chiamato a pagare, non può sottrarsi, quantomeno nei limiti della sua quota, salvo poi rivalersi, nei rapporti interni, su Tizia.

Non appaiono, invece, ricevibili, le volontà di vietare a **Tizietto**, ed imporre a Caietto, di accettare l'eredità con **beneficio di inventario**. L'art. 470 c.c. dà al chiamato all'eredità la possibilità di accettare puramente o semplicemente o con il beneficio di inventario, precisando inoltre che l'accettazione con beneficio di inventario può farsi nonostante qualsiasi divieto del testatore. La disposizione, se prevista, non avrebbe effetto. Indi, è testualmente escluso che il testatore possa vietare l'accettazione beneficiata, trattandosi di una tutela in favore del chiamato, che non può essergli sottratta. Qualche dubbio interpretativo pone l'ipotesi opposta: parte della dottrina ritiene che il beneficio possa essere "imposto", quantomeno quale oggetto di onere, al chiamato. Non vi sarebbe alcun danno, configurando, il beneficio d'inventario, un sicuro vantaggio. Invero, tale opinione non è del tutto convincente: il beneficio d'inventario comporta una serie di oneri procedurali, e soprattutto limita la libera disponibilità dei beni ereditati; l'erede, inoltre, vedrebbe limitato il potere di disposizione negoziale, in contrasto con il principio di libertà dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Quanto a **Tizona**, oggetto dell'attribuzione in favore di lei è il diritto di **usufrutto universale su tutti i beni del patrimonio ereditario**. Al riguardo si ricorda che la natura di una tale disposizione è molto dibattuta, sussistendo dubbi circa la sua configurabilità in termini di legato o di istituzione di erede.

Appare prevalente in dottrina l'opinione che qualifica l'attribuzione di tale diritto come disposizione a titolo particolare, opinione fondata su due ordini di ragioni. Le prime sono di ordine concettuale, in quanto si ritiene che l'erede subentra *in locum et ius* del *de cuius*,

ossia nell'identica posizione giuridica divenendo, in tal modo, titolare di tutti i rapporti giuridici trasmissibili, mentre l'usufruttuario universale diventa titolare di un unico diritto patrimoniale che può estendersi su uno o su tutti i beni dell'eredità, non potendo, d'altra parte, se non per espressa volontà rappresentare una quota del patrimonio ex art. 588, secondo comma, c.c., date le peculiarità del diritto di usufrutto rispetto agli altri beni costituenti l'asse ereditario; l'usufrutto, inoltre, darebbe luogo ad un rapporto di nuova costituzione di cui non era titolare il *de cuius*, con la conseguenza che rispetto ad esso non si profilerebbe una vera e propria successione. Le seconde sono di diritto positivo: il beneficiario dell'usufrutto universale è titolare di un diritto essenzialmente temporaneo e ciò risulterebbe in contrasto con il principio *semel heres semper heres*, desumibile dal divieto, posto dall'art. 637 c.c., di apporre il termine iniziale o finale di efficacia ad una disposizione a titolo universale; l'erede è obbligato per tutte le passività gravanti sull'eredità, mentre l'usufruttuario di tutti i beni ereditari o di una quota di essi è tenuto esclusivamente al pagamento, per l'intero o in proporzione della quota, delle annualità e degli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata ex art. 1010 c.c. Sul punto due sentenze della Cassazione hanno alimentato la teoria contraria, ritenendo non incompatibile l'attribuzione del diritto di usufrutto universale con la qualità di erede. Si possono al riguardo brevemente schematizzare le ragioni addotte: la temporaneità del diritto di usufrutto non sarebbe in contrasto con l'istituzione d'erede ove si ponga l'attenzione all'art. 633 c.c. che prevede la possibilità di fare disposizioni a titolo universale sotto condizione risolutiva. L'usufruttuario, inoltre, come qualunque erede, risponde delle passività gravanti sull'eredità anche se in modo diverso, e ciò per la particolare natura del suo diritto. La Cassazione comunque non dà una ricostruzione univoca della disposizione, ma si limita a chiarire che il c.d. usufrutto universale non sarebbe incompatibile con una volontà d'istituire erede il beneficiario, ad esempio mediante *institutio ex re certa*, senza smentire il ruolo decisivo della *mens testantis*. Un ulteriore precedente, il più vicino nel tempo, ha riproposto la qualifica in termini di legato.

Nel caso di specie, la volontà del testatore sembra orientata in maniera non equivoca a **beneficiare la madre di un'attribuzione a titolo particolare**.

Quanto alla volontà di obbligare Tiziona a rinunciare a qualsiasi diritto sulla successione del marito Tizione, non ancora aperta, occorre fare una distinzione. Nel nostro ordinamento sono indubbiamente ammesse ipotesi di **legato rinunciativo**, aventi come contenuto l'obbligazione in capo all'onerato di rinunciare ad un suo diritto o di emettere dichiarazione di rinuncia, ma solo se rispettano requisiti minimi di liceità, possibilità, determinabilità. Imporre la rinuncia a diritti su una successione non ancora aperta sarebbe sicuramente in contrasto con il divieto dei patti successori (art. 458 c.c.).

Tale volontà può essere inserita, solo alla condizione sospensiva che la successione di Tizione sia già aperta alla morte di Tizio: in tal caso, Tiziona dovrebbe rinunciare a diritti su una successione già aperta, il che sarebbe lecito. Neppure si porrebbero problemi di contrasto con i principi costituzionali alla difesa in giudizio, rispetto ai diritti di legittimaria (Tizione è il coniuge di Tiziona)³, in quanto Tizio non sta incidendo in modo illecito sulla libertà di Tiziona, e comunque la disposizione si riferisce a diversa ed autonoma successione ereditaria.

³ Cfr. *Le clausole decadenza*, in NUOVI CASI NOTARILI, Vol. I, *Mortis Causa*, Caso 6, Parte Teorica.

Quanto all'attribuzione in favore dell'amico Livio, essa è gravata dall'onere di assumere un debito di Tizio nei confronti della Banca Alfa s.p.a., obbligandosi al pagamento del debito. L'obbligo di assumere il debito è sicuramente lecito, ma occorre chiarire a quale titolo l'assunzione deve avvenire. Il nostro ordinamento regola tre ipotesi di assunzione del debito altrui: delegazione, espromissione, accollo. Mediante onere, o legato di contratto, tutte e tre le figure possono essere utilizzate (c.d. costituzione indiretta).

Si deve sicuramente escludere la **delegazione**, in quanto Tizio non fa riferimento ad un ordine impartito dagli eredi, che è primo atto (c.d. *iussum*) della delegazione. Fermo restando che essa è ipotizzabile, quale oggetto di onere o di legato testamentari (es. legato del diritto a pretendere un contratto di delegazione, a carico di Livio, ed in favore degli eredi, od in favore del terzo creditore), e, secondo la dottrina più moderna, anche come disposizione diretta (*iussum*) contenuta in testamento (atto c.d. *post mortem*)⁴, non pare questa la volontà espressa da Tizio.

Quanto all'**espromissione**, essa è contratto tra terzo espromittente e creditore, in assenza, esteriormente, di qualsiasi ordine proveniente dal debitore; tratto essenziale dell'espromissione è la spontaneità dell'assunzione da parte del terzo. Pertanto, ove il testatore imponga l'espromissione, l'importante è che l'assunzione avvenga senza alcun riferimento all'ordine ricevuto.

L'**accollo**, infine, è accordo tra debitore ed assunto, che può perfezionarsi con effetti meramente "interni" (assunzione del solo peso economico del debito, senza alcun effetto nei rapporti con il creditore), oppure come accollo "esterno", aperto all'adesione del terzo creditore, e con l'effetto dell'assunzione, da parte dell'accollante, della qualità di debitore, in solido con l'accollato (salvo quest'ultimo sia liberato dal creditore). Esso è sicuramente deducibile in onere

Parte della dottrina ricostruisce l'espromissione e l'accollo per testamento come legati di liberazione da debito (art. 658 c.c.): legato, in favore degli eredi, ed a carico del designato, avente ad oggetto la liberazione dal debito mediante un contratto di accollo o di espromissione. Il ricorso all'art. 658 c.c. poco aggiunge, come è evidente, alla soluzione: anzi, va considerato che l'autentico legato di liberazione dal debito è quello diretto, ossia quello relativo ad un debito di terzi nei confronti del testatore, che viene estinto per testamento. Pertanto, l'onere di espromettere o di accollare è sicuramente soluzione idonea.

Facendosi espresso riferimento alla banca, **si preferisce ricorrere all'espromissione**: Livio, pertanto, è onerato di assumere il debito nei confronti della banca.

Infine, la traccia non fa menzione di precedenti testamenti: è però opportuno che il notaio chieda al testatore se abbia già formulato disposizioni testamentarie, onde eventualmente far procedere, ai sensi dell'art. 680 c.c., alla **revocazione espressa di precedenti disposizioni testamentarie**, al fine di evitare dubbi interpretativi tra disposizioni in epoche diverse non conciliabili tra loro.

⁴ Sulle problematiche della costituzione diretta mediante testamento cfr. *La delegazione per testamento*, in NUOVISSIMI CASI NOTARILI, Vol. IV, *Mortis Causa*, Caso 11, Parte Teorica.

1. La capacità di testare

La *testamenti factio activa* è l'attitudine di un soggetto a stabilire con il testamento la sistemazione dei propri interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Essa, secondo diffusa opinione, rappresenterebbe un **profilo della più generale capacità di agire**; pertanto, la capacità di testare attiene al profilo negoziale e volitivo, richiedendo di conseguenza che consti, in capo al testatore, un grado sufficiente di autodeterminazione. Invero, che la capacità di testare rappresenti un profilo della capacità di agire rappresenta un punto discusso: vi è chi afferma che l'incapacità di testare configurata dall'art. 591 c.c. rappresenterebbe una forma di incapacità giuridica, sulla scorta della considerazione che, essendo esclusa, come appresso si vedrà, ogni forma di rappresentanza, è inibita *in nuce*, al soggetto incapace, la possibilità giuridica di sviluppare il negozio testamentario. Non sarebbe decisiva in contrario la previsione dell'annullabilità; la capacità riguarda la possibilità di compiere atti validi per il mondo giuridico, essendo irrilevante che il codificatore, per ragioni di politica legislativa, abbia optato per comminare una sanzione diversa dalla nullità. A tale impostazione viene sovente obiettato che l'incapacità giuridica dipende da circostanze essenzialmente legate ad interessi generali, mentre l'incapacità di agire soddisfa un'esigenza di protezione della sfera giuridica privata.

È opportuno ribadire che, essendo il testamento una delle espressioni tipiche di atto personalissimo, lo stesso non può essere redatto per mezzo di rappresentante, nemmeno nel caso in cui il soggetto versi in uno stato di incapacità, né tantomeno è consentito che il testatore sia assistito in alcun modo nella determinazione delle sue ultime volontà.

Si può affermare che la regola generale è la capacità di testare mentre l'incapacità rappresenta un'eccezione. Tale affermazione si ricava proprio dall'**art. 591 c.c.**, il quale, sebbene non fornisca una nozione di capacità di testare asserendo – tautologicamente – che sono capaci di testare tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge, **elenca i soggetti incapaci**.

È pacifico che l'elencazione fornita dalla norma citata abbia **carattere tassativo** e pertanto non ne sia possibile l'interpretazione analogica. Logico corollario di tale affermazione è, ad esempio, che **l'inabilitato può testare e lo potrà e dovrà fare senza l'assistenza del curatore**, proprio perché, come visto, il testamento è un **atto personalissimo**. Resta ovviamente fermo, ma la problematica si sposta sul piano della prova, che **si potrà provare l'incapacità di cui al n. 3 dell'art. 591, secondo comma, c.c.**

Nelle ipotesi di cui ai numeri 1 e 2 il notaio deve procedere all'accertamento della capacità di testare, in quanto la norma gli impone di non ricevere testamenti di soggetti incapaci di testare, dall'esame dei dati anagrafici o dell'atto di nascita (le sentenze di interdizione vanno, infatti, annotate negli atti di nascita ai sensi dell'art. 49, primo comma, lettera a), D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, oltre a dover essere riportate, insie-

me agli altri dati indicati dall'art. 48 disp. att. c.c., nel registro delle tutele degli interdetti presso l'ufficio del giudice tutelare).

Nelle **ipotesi di incapacità naturale**, invece, **il notaio è chiamato a verificare la capacità del testatore nei limiti imposti dalla diligenza professionale richiesta**. Non è, pertanto, tenuto a fare indagini che esulano dalla sua competenza professionale quali ad esempio indagini mediche ecc., sebbene sia frequente nella **prassi**, proprio nei casi più dubbi, far produrre un **certificato medico attestante lo stato mentale del comparente**. È opportuno precisare che in ogni caso tali accertamenti non costituiscono di per sé prove della capacità di testare, ma possono assurgere ad indizi che saranno poi valutabili dal giudice in un eventuale giudizio di annullamento del testamento per incapacità naturale. La giurisprudenza ha, infatti, affermato che la circostanza che il testamento sia stato redatto in forma pubblica non depone, di per sé, per la sussistenza della capacità di testare al momento dell'atto, ma è indubbio che da essa sia lecito dedurre, almeno, la mancanza di segni apparenti di incapacità del testatore. È d'uopo precisare che lo stato di sanità mentale, benché sia stato oggetto di dichiarazione del notaio nel testamento pubblico, può essere oggetto di contestazione da parte di chi impugna il testamento con ogni mezzo di prova; quella del notaio è infatti mera attestazione che può essere impugnata senza la necessità di proporre previamente una querela di falso.

Sempre con riferimento all'ipotesi del **testamento dell'inabilitato** si può evidenziare una peculiare **differenza con l'emancipato**, il quale, pur avendo generalmente una posizione giuridica analoga a quella dell'inabilitato (*rectius* all'inabilitato si applicano le norme dettate per l'emancipato, in forza del richiamo generale di cui all'art. 424 c.c.), non può testare in quanto oggi l'emancipazione, *ex art. 390 c.c.*, riguarda solo chi, avendo compiuto almeno il sedicesimo anno di età, ha contratto matrimonio, giusta autorizzazione *ex art. 84 c.c.* Pertanto, la fattispecie descritta rientra inevitabilmente nell'ipotesi del n. 1 dell'art. 591 c.c.

Sono inoltre escluse dalla previsione dell'art. 591 c.c. le seguenti ulteriori ipotesi:

- 1) **il beneficiario dell'amministrazione di sostegno**, in quanto ai sensi dell'art. 409 c.c. egli conserva la piena capacità d'agire per tutti gli atti che non sono compresi nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno. Al riguardo si discute circa la possibilità per il giudice tutelare di privare il beneficiario della capacità di testare richiamando le disposizioni applicabili all'interdetto e pertanto riportando l'ipotesi nel n. 2 dell'art. 591 c.c.; sul punto, la dottrina ha osservato che sarebbe un'ipotesi eccessivamente limitativa della capacità del soggetto che non si risolverebbe in un giovamento per la posizione giuridica del medesimo. Inoltre, un'eventuale estensione dell'incapacità di testare per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non si potrebbe nemmeno giustificare con l'esigenza di tutelare i di lui legittimari, giacché a tale fine ricorre già l'azione di riduzione ed inoltre i provvedimenti devono essere generalmente rivolti alla salvaguardia del soggetto beneficiario e non di terzi;

2) l'**interdetto legale**, invero mai contemplato in tale norma, e che comunque non è più incapace di testare, sebbene non sia capace di compiere altri atti di natura patrimoniale, per effetto dell'art. 119 l. 24 novembre 1981, n. 689 che ha modificato l'art. 32 c.p. ove prevedeva per il condannato all'ergastolo, la pena accessoria dell'interdizione legale estendendola alla capacità di testare e privando di efficacia anche il testamento redatto prima della condanna.

Il **momento in cui occorre verificare la sussistenza della capacità di testare** è quello della **testamenti factio e non quello d'apertura della successione**. Merita al riguardo chiarimento l'ipotesi in cui la normativa muti tra il momento della redazione del testamento e la morte del testatore, ipotesi che involge la più generale questione della successione delle leggi nel tempo. Si può ritenere che le vicende successive non influiscano sulla regolare formazione della volontà del testatore e sulla sua capacità di testare, essendo principio generale dell'ordinamento, ai sensi dell'art. 11 disp. prel. c.c., quello per cui la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo; pertanto la nuova legge (che muti la disciplina della capacità di testare) non estenderebbe la propria efficacia ai fatti compiuti (viene, infatti, definita teoria del fatto compiuto) sotto il vigore della legge precedente.

2. Rapporti e differenze tra istituzione ereditaria e legato. L'usufrutto universale

All'apertura di una successione si possono verificare acquisti "*iure proprio* in occasione della morte" o acquisti "per causa di morte". I primi non sono strettamente il frutto di una vicenda successoria poiché non si verifica nessuna vocazione legittima o testamentaria eppure comportano ugualmente la nascita del diritto, indipendentemente da come si devolverà la successione. Gli esempi più importanti di questi acquisti sono: il diritto dei congiunti ex 2122 c.c. in ordine al TFR maturato dal lavoratore defunto; il diritto alla cessione in proprietà al convivente dell'alloggio di edilizia popolare spettante al defunto assegnatario oppure dell'assegnazione dell'alloggio di società cooperativa edilizia ex art. 17 l. n. 179/72; il diritto morale d'autore; l'azione di disconoscimento della paternità.

Al contrario, gli acquisti *mortis causa*, in particolare per effetto di disposizioni testamentarie del *de cuius*, sono strettamente il frutto della vicenda successoria ma con notevoli differenze di cui tenere conto a seconda che si tratti di disposizioni testamentarie a titolo universale o a titolo particolare.

Si ha disposizione a titolo universale e attribuzione della **qualità di erede**, ex art. 588 c.c., quando le disposizioni testamentarie hanno per oggetto l'universalità o una quota dei beni del testatore.

Si ha disposizione a titolo particolare e attribuzione della **qualità di legatario** quando le disposizioni testamentarie hanno per oggetto singoli beni o determinati complessi di beni che non costituiscono né universalità, né una quota del patrimonio.

Al fine di stabilire se la disposizione di ultima volontà sia a titolo universale o particolare occorre far riferimento di volta in volta alla effettiva volontà del *de cuius*, secondo

i criteri stabiliti dall'art. 588 c.c. e le differenze tra eredità e legato si possono riscontrare su più piani.

Sul piano strutturale:

- **quanto al rapporto in cui si succede**, l'eredità riguarda tutti i rapporti attivi e passivi (eccetto quelli che si estinguono con la morte del titolare), considerati unitariamente; il legato, invece, riflette uno o più determinati rapporti patrimoniali esclusivamente attivi, considerati nella loro specifica individualità;
- **quanto alla necessità del fenomeno successorio**, la successione a titolo universale è un fenomeno necessario, perché alla morte di ogni individuo l'ordinamento stabilisce che debba subentrare sempre un'erede e se il testatore si limita a disporre del suo patrimonio mediante legati, la qualifica di erede spetta alle persone designate dalla legge nelle norme sulla successione legittima ed ancora, in mancanza di queste persone, erede *ex lege* sarà in ultima istanza lo Stato (art. 586 c.c.); la successione a titolo particolare è un fenomeno eventuale ed accidentale e può anche non verificarsi;
- **quanto al rapporto successorio in sé**, l'erede è sempre successore mentre il legatario può non esserlo anche se generalmente lo è.

Sul piano disciplinare si può enunciare quanto segue:

- **quanto ai debiti ereditari**, l'erede subentrando nell'insieme dei rapporti giuridici del *de cuius*, risponde dei debiti del defunto anche con i propri beni, *ultra vires hereditatis* e vi è di regola la confusione tra il patrimonio del defunto e quello dell'erede. Fa eccezione l'ipotesi in cui l'erede abbia accettato con beneficio di inventario, che gli permette di rispondere dei debiti ereditari solo con i beni esistenti nell'asse e non anche con il suo patrimonio; il legatario "non è tenuto a pagare i debiti ereditari" (art. 756 c.c.), a meno che il defunto non gli abbia posto a carico espressamente il pagamento di qualche debito; in tal caso però il legatario è obbligato nei limiti del valore del legato ricevuto (*intra vires legati*) ed inoltre, anche in tal caso, non succede nei debiti perché verso il terzo risponde sempre l'erede (art. 754 c.c.), salvo rivalsa;
- **quanto al modo d'acquisto**, nel caso di erede è necessario un atto di accettazione (art. 459 c.c.); nel caso di legato, secondo l'orientamento assolutamente prevalente in dottrina, il legatario acquista il legato *ipso iure*, senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare, caducando in tal modo retroattivamente l'acquisto, secondo il chiaro disposto dell'art. 649 c.c. Va precisato però che, quando il legislatore sancisce che il legatario è tale pur non avendo accettato, intende riferirsi all'accettazione espressa della chiamata, il che vuol dire che, nell'apertura stessa di una successione regolata da un testamento contenente lasciti a titolo particolare, sia insita una accettazione tacita da parte del o dei legati che la legge presume avvenuta, finché la rinuncia non giunga a darne la prova contraria;
- **quanto al regime della prescrittibilità** il diverso valore dell'accettazione nelle due fattispecie determina che solo il diritto di accettare l'eredità si prescrive nel termine decennale di cui all'art. 480 c.c., laddove, invece, il diritto di accettare il le-

gato è imprescrittibile, dal momento che la prescrizione comporta l'estinzione del diritto per non uso da parte del titolare. Se il legatario ometterà di accettare il lascito senza mai rinunziarvi, non perderà mai il diritto legato. L'eventuale accettazione, trascorsi 10 anni dall'apertura della successione, sarà al limite un atto inutile. Viceversa, sottoposta a prescrizione decennale sarà il diritto di rinunciare al legato. Quanto alla decadenza, l'*actio interrogatoria* non si riferisce al diritto di accettare il legato, bensì al diritto di rinuncia;

- **quanto alla disciplina del possesso**, ai sensi dell'art. 1146, primo comma c.c., il possesso continua *ipso iure* nell'erede con effetto dall'apertura della successione, come conseguenza dell'efficacia retroattiva dell'accettazione dell'eredità; ai sensi del secondo comma del 1146 c.c. "il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quelle del suo autore per goderne gli effetti". Il legatario, quindi, ha solo l'*accessio possessionis*, cioè inizia un nuovo possesso al quale può unire quello del suo autore;
- **quanto alla tutela**, all'erede è concessa l'*hereditatis petitio* per ottenere la restituzione dei beni ereditari posseduti da altri a titolo di erede o senza titolo (art. 533 c.c.); al legatario competono invece solo le azioni personali relative al bene legato;
- **quanto al termine**, infine, ai sensi dell'art. 637 c.c., il termine è inapponibile alle disposizioni a titolo universale secondo il noto principio *semel heres semper heres* per impedire che, attraverso una serie di istituzioni ereditarie a termine, si mascheri una sostituzione fedecommissaria vietata ai sensi dell'art. 692 c.c.; il diritto del legatario invece può essere limitato nel tempo, e può avere un termine sia iniziale che finale, ciò argomentando dall'art. 640 c.c., nonché, *a contrario*, dall'art. 637 c.c. In particolare, se oggetto del legato a termine è il diritto di proprietà troveranno in questo caso applicazione i principi sulla proprietà temporanea con conseguenza che proprietario temporaneo sarà in tal caso il legatario se il termine è finale, ovvero l'erede se il legato è a termine iniziale.

Nello specifico, prestando particolare attenzione alle **fattispecie coinvolte nel caso** proposto, la natura dell'attribuzione che il testatore intende disporre in favore di sua madre, ossia il diritto di usufrutto universale su tutti i beni del suo patrimonio, è stata oggetto di una delle *questio iuris* più dibattute proprio per la sua configurabilità in termini di legato o di istituzione di erede. Ormai è prevalente in dottrina l'opinione che qualifica l'attribuzione di tale diritto come disposizione a titolo particolare, opinione fondata su due ordini di ragioni. Le prime sono di ordine concettuale, in quanto l'erede subentra in *locum et ius* del *de cuius*, ossia nell'identica posizione giuridica divenendo, in tal modo, titolare di tutti i rapporti giuridici trasmissibili, mentre l'usufruttuario universale diventa titolare di un unico diritto patrimoniale che può estendersi su uno o su tutti i beni dell'eredità, non potendo, d'altra parte, se non per espressa volontà, rappresentare una quota del patrimonio ex art. 588, secondo comma, c.c., date le peculiarità del diritto di usufrutto rispetto agli altri beni costituenti l'asse ereditario; l'usufrutto, inoltre, darebbe luogo ad un rapporto di nuova costituzione di cui non era titolare il *de cuius*, con la conseguenza che rispetto ad esso non si profilerebbe una vera e

propria successione. Le seconde sono di diritto positivo: il beneficiario dell'usufrutto universale è titolare di un diritto essenzialmente temporaneo e ciò risulterebbe in contrasto con il principio *semel heres semper heres*, desumibile dal divieto, posto dall'art. 637 c.c., di apporre il termine iniziale o finale di efficacia ad una disposizione a titolo universale; l'erede è obbligato per tutte le passività gravanti sull'eredità, mentre l'usufruttuario di tutti i beni ereditari o di una quota di essi è tenuto esclusivamente al pagamento, per l'intero o in proporzione della quota, delle annualità e degli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata ex art. 1010 c.c. Sul punto due recenti sentenze della Cassazione hanno alimentato la teoria contraria, ritenendo non incompatibile l'attribuzione del diritto di usufrutto universale con la qualità di erede. Si ricorda l'orientamento per cui si ritiene debba essere qualificata come istituzione di erede e non di legato, al di là della interpretazione letterale della disposizione, se indagando la reale volontà del testatore risulta che questi intendesse lasciare una quota del suo patrimonio. Si possono al riguardo brevemente schematizzare le ragioni addotte: la temporaneità del diritto di usufrutto non sarebbe in contrasto con l'istituzione d'erede ove si ponga l'attenzione all'art. 633 c.c. che prevede la possibilità di fare disposizioni a titolo universale sotto condizione risolutiva; il titolare di un diritto di usufrutto su un'eredità o su una quota di essa, secondo l'art. 1010 c.c., è obbligato a pagare per intero, o in proporzione della quota, le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata nei confronti dei creditori e non degli eredi. L'usufruttuario, inoltre, come qualunque erede, risponde delle passività gravanti sull'eredità anche se in modo diverso, e ciò per la particolare natura del suo diritto. La Cassazione comunque non dà una ricostruzione univoca della disposizione, ma si limita a chiarire che il c.d. usufrutto universale non sarebbe incompatibile con una volontà d'istituire erede il beneficiario, ad esempio mediante *institutio ex re certa*, senza smentire il ruolo decisivo della *mens testantis*. Un ulteriore precedente, il più vicino nel tempo, ha riproposto la qualifica in termini di legato.

Ciò premesso, in termini generali, è discussa in particolare la qualificazione della disposizione avente ad oggetto l'**usufrutto universale**.

Una prima impostazione della dottrina e della giurisprudenza di legittimità ritiene che l'attribuzione abbia **natura di legato**, osservando in primo luogo che l'usufruttuario non risponde illimitatamente per i debiti ereditari, come l'erede, ma solo nei limiti fissati dall'art. 1010, comma primo, c.c., e che la struttura dell'usufrutto esclude il carattere derivativo tipico dell'istituzione di erede, in quanto il beneficiario non subentra nell'identica posizione del *de cuius*, e la naturale perpetuità di essa secondo il principio *semel heres semper heres*, dal momento che l'usufrutto è per sua natura un diritto essenzialmente temporaneo.

L'impostazione sopracitata trova conforto anche nel combinato disposto degli artt. 982, 1002, ultimo comma, e 1146 c.c.

L'ultima delle disposizioni citate dispone, infatti, che il possesso continua nell'erede dal momento dell'apertura della successione, mentre dalle prime due si evince che l'usufruttuario non ottiene il possesso *ipso iure*, dovendolo chiedere al nudo proprietario.

Secondo altra parte della dottrina l'attribuzione di usufrutto universale conferisce la **qualità di erede** poiché ha ad oggetto la "universalità" dei beni del patrimonio. Anche la più recente giurisprudenza ha ammesso la compatibilità tra istituzione d'erede e attribuzione di usufrutto universale, pur non eliminando del tutto, al riguardo, il rilievo decisivo della volontà del testatore.

Si obietta in particolare all'impostazione contraria che l'art. 1010, comma primo, c.c. non è altro che una conferma del carattere universale dell'attribuzione, in quanto il legislatore proprio al fine di distinguere il titolare dell'usufrutto dal legatario lo ha gravato di un'espressa responsabilità, pur quantitativamente limitata.

Si osserva ancora che il carattere derivativo dell'acquisto *mortis causa* non implica sempre e necessariamente una successione in senso tecnico e, inoltre, che il carattere essenzialmente temporaneo dell'usufrutto non contrasta con la perpetuità della qualifica di erede, in quanto è opportuno distinguere tra irretrattabilità dell'accettazione e perpetuità dei diritti che con l'accettazione sono acquistati.

L'esatta individuazione della natura giuridica dell'attribuzione a titolo di usufrutto ha notevoli risvolti pratici.

La **tesi della natura "universale"** comporta, come corollario, la competenza del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione *ex art. 747 c.p.c.*, per il caso dell'alienazione dell'usufrutto, ove chiamato sia un soggetto incapace, nonché la partecipazione alla comunione ereditaria.

Secondo l'impostazione contraria della **natura "particolare"**, invece, il giudice competente è individuato ai sensi e per gli effetti degli artt. 320, 375, 394 e 424 c.c., e l'usufruttuario, in quanto legatario, è escluso dalla divisione.

Si precisa al riguardo che parte degli autori che sostengono la natura di legato dell'attribuzione di usufrutto universale, individuando l'usufruttuario come titolare di un diritto reale *pro quota* sul patrimonio ereditario, ne ammettono la legittimazione ad intervenire alla divisione, in quanto comunque titolare di un interesse a vedersi concentrato il godimento su una porzione concreta di beni (c.d. **comunione di godimento**).

3 *Institutio ex re certa* e rapporti con la divisione del testatore

Ai sensi dell'art. 588, comma secondo, c.c. *l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.*

La norma introduce, oltre al criterio oggettivo per la distinzione tra eredità e legato di cui all'art. 588, comma primo, c.c., un criterio suppletivo di carattere soggettivo, il quale rende compatibile l'attribuzione a titolo universale anche con l'individuazione di uno o più beni determinati.

Il vero nodo interpretativo dell'articolo sopracitato è la definizione del contenuto dell'intenzione del testatore di **assegnare beni determinati come quota del patrimonio**.

Premettendo che non rilevano in assoluto le denominazioni usate dal *de cuius*, alcuni autori hanno attribuito rilievo al valore patrimoniale della singola attribuzione, altri ancora alla circostanza che con l'assegnazione di beni determinati il testatore abbia esaurito o meno l'intero patrimonio, ma resta preferibile l'autorevole dottrina secondo

cui, nel dubbio, il lascito di beni determinati o di un complesso di beni determinati ha natura giuridica di legato, in coerenza con quanto affermato dall'art. 588, comma secondo, c.c. secondo cui si ha l'attribuzione della qualità di erede soltanto se la disposizione comprende l'universalità o una quota dei beni del testatore, mentre *le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario*.

Discusso è se l'istituto *ex re certa* partecipi anche al riparto dei **beni** che non hanno formato oggetto di disposizione, per essere stati **ignorati dal testatore o acquisiti successivamente** alla confezione del testamento.

Secondo una prima impostazione (**teoria della c.d. vis espansiva**) gli elementi patrimoniali non compresi nel testamento giungerebbero agli eredi testamentari in proporzione alle loro quote accertate *a posteriori*, poiché una volta constatata la natura di disposizione a titolo universale, essa non può essere privata della sua forza espansiva che ne costituisce un carattere essenziale.

Altra parte della dottrina sostiene che l'*institutio ex re certa* rappresenta anche un limite all'attribuzione e conseguentemente conclude per la ripartizione dei beni non disposti dal testatore tra i restanti eredi legittimi *ex art. 457*, secondo comma, c.c., e non tra gli istituiti *ex certis rebus*, anche se eredi legittimi.

Sembra preferibile l'opinione seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti secondo cui i beni non assegnati dal testatore vanno attribuiti a tutti gli eredi legittimi, ivi compresi gli istituiti *ex re certa*, aventi tale qualifica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 734, comma secondo, c.c. secondo il quale *se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, i beni in essa non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non risulta una diversa volontà del testatore*.

Molto dibattuta è anche l'ipotesi in cui il testatore abbia compiuto **successivi atti di disposizione del bene oggetto dell'*institutio ex re certa***.

Parte della dottrina e della giurisprudenza escludono un'applicazione analogica dell'istituto della revoca presunta disciplinato dall'art. 686 c.c. sottolineando che l'atto di alienazione del *de cuius* non è incompatibile con la sopravvivenza della disposizione testamentaria il cui oggetto non è costituito dalla *res certa*, ma dalla quota risultante dal rapporto tra valore del bene ed il restante patrimonio del testatore.

Altro orientamento accolto da parte della giurisprudenza di merito individua nell'atto di disposizione del testatore una causa di inefficacia dell'*institutio ex re certa* ammettendo l'applicazione analogica della **revoca presunta** di cui all'art. 686 c.c., osservando in particolare che la quota dell'*institutio ex re certa* può essere determinata solo ed esclusivamente se al momento dell'apertura della successione i beni sono presenti nell'asse ereditario.

La dottrina ha da tempo messo in luce il **rapporto di stretta implicazione esistente tra l'istituzione di cui all'art. 588, comma secondo, c.c. e la divisione testamentaria ex art. 734 c.c.**

Secondo una prima impostazione l'*institutio ex re certa* rappresenta un mezzo tecnico di attuazione della divisione fatta dal testatore.

Tale ricostruzione citata, in altri termini, ritiene che la divisione senza predeterminazione di quote si sovrapponga all'istituzione ex art. 588, comma secondo, c.c., la quale non sarebbe altro che un'istituzione di erede con la quota da determinarsi *a posteriori* in base al rapporto tra il cespite assegnato e il valore del patrimonio al momento dell'apertura della successione.

Altra parte della dottrina osserva che le fattispecie descritte in realtà non coincidono in quanto l'art. 734 c.c. presuppone un'espressa predeterminazione di quote, e che inoltre l'art. 588, secondo comma, c.c. può essere utilizzato anche in presenza di un erede soltanto. La conseguenza è che nell'*institutio ex re certa* non trova applicazione l'art. 763, secondo comma, c.c. il quale presuppone la predeterminazione delle quote.

Un'ultima impostazione individua la differenza tra gli istituti in esame non nella predeterminazione delle quote, ma nella previa istituzione di erede dei conviventi, e nella conseguente inoperatività, per l'istituzione di beni determinati, della nullità per preterizione dei legittimari ex art. 735, primo comma, c.c.

Difatti, la previa istituzione di erede manca strutturalmente nell'*institutio ex re certa*, mentre è necessaria nella divisione ex art. 734 c.c.

La dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo messo in luce il nesso esistente tra la disposizione dell'art. 588, secondo comma e quella prevista dall'art. 734 c.c.

Già da una breve indagine storica, si evince che l'attuale divisione del testatore di cui all'art. 734 c.c. ha preso il posto della vecchia divisione di ascendente (artt. 1044 ss. c.c. 1865), e che la "distribuzione" che quest'ultima realizzava è oggi assurta a istituto di carattere generale grazie al principio introdotto dal comma secondo dell'art. 588.

Non è però ben individuato il rapporto tra le due norme.

Una cospicua **parte della dottrina**, la medesima (pressoché unanime) **che ammette** l'esistenza di una **divisione senza predeterminazione di quote**, ritiene che vi sia una parziale coincidenza tra questa particolare ipotesi di divisione e l'*institutio ex re certa*, riscontrando nella seconda **un possibile mezzo tecnico della prima**.

Un fascio di istituzioni *ex certis rebus* potrebbe dunque realizzare una divisione del testatore, nella variante senza predeterminazione di quote. In tal caso, vengono a riunirsi l'effetto dispositivo della vocazione ereditaria, e l'effetto distributivo dell'apporzionamento divisorio. Ciò ha precise **conseguenze** di disciplina: il **calcolo della quota astratta** avverrà **ex post** secondo il tipico meccanismo dell'*institutio* che mette in rapporto la singola assegnazione con l'intero patrimonio avuto presente dal testatore al momento del riparto; **l'inapplicabilità dell'art. 735 c.c.**, coincidendo l'istituzione con l'apporzionamento (salvo che per i legittimari non considerati); **l'inapplicabilità dell'art. 763, secondo comma, c.c.**, essendo *in re ipsa* la proporzionalità tra la quota e la porzione assegnata.

In sostanza, si è detto, **l'art. 588 qualifica e l'art. 734 regola**, nel senso che l'attribuzione di uno o più beni determinati potrà essere interpretata come legato, ovvero istituzione di erede, secondo il criterio indicato dall'art. 588 c.c., mentre l'art. 734 c.c. disciplina le conseguenze di siffatta divisione dell'eredità.

Il rapporto tra le due norme rende possibile una sovrapposizione tra l'*institutio ex re certa* e la divisione fatta dal testatore, pur non escludendosi spazi di autonoma applicazione per le due norme. Si pensi a una divisione realizzata sulla base di preventive vocazioni in quote astratte e predeterminate; al concorso tra legati e beni specificamente determinati attribuiti in funzione di quota, in modo tale da esaurire l'asse (nel quale si riscontra, però, un'istituzione ereditaria, ai sensi dell'art. 588, secondo comma, c.c., non per quota, ma per l'intero); ancora, al concorso tra *institutio ex re certa* e apertura della successione legittima. In questo ultimo caso tra *istituito ex re certa* ed erede legittimo vi sarà concorso ma non comunione: si verifica cioè l'esito distributivo tipico della divisione testamentaria. Ma a ben vedere tale esito non rappresenta un'autentica divisione, in quanto deriva da titoli diversi e autonomi, e non da un unico atto di distribuzione, mancando così il carattere funzionale tipico della divisione.

Altra parte della dottrina, negando la configurabilità della divisione senza predeterminazione di quote, afferma che **le due figure in esame non coincidono**, perché quella prevista dall'art. 734 c.c. presuppone l'espressa predeterminazione di quote. Tale dottrina in particolare ritiene che gli spazi di applicazione autonoma delle due fattispecie, sopra evidenziati, e i necessari adattamenti di disciplina (relativi agli artt. 735, 763, secondo comma, c.c.) sopra mostrati, siano la prova che le due fattispecie sono tra loro estranee.

Si afferma, infatti, che la coincidenza non può esservi **se l'erede istituito ex re certa è uno soltanto**; inoltre la disciplina giuridica è diversa proprio per la mancanza della predeterminazione, non potendosi ad esempio, applicarsi la rescissione per lesione (art. 763, secondo comma, c.c.), perché le quote non sono predeterminate, ma si ricavano *a posteriori* valutando i beni attribuiti.

In contrario, può però osservarsi che le osservazioni portate come differenze sono in realtà relative all'esistenza di una figura di divisione senza predeterminazione di quote: una volta ammessa quest'ultima, altro e autonomo problema è il rapporto con l'*institutio ex re certa*.

Altra teoria ritrova il **criterio distintivo tra le figure** in esame non nella predeterminazione di quote, ma nella **previa istituzione ereditaria dei condividenti**, e afferma in base a tale criterio l'esistenza di una divisione del testatore senza predeterminazione di quote, autonoma e distinta dall'*institutio ex re certa* di cui all'art. 588, secondo comma, c.c. Più precisamente, la differenza consisterebbe nell'inoperatività rispetto alla prima, della nullità per preterizione di eredi istituiti, siano essi legittimari o non (art. 735, primo comma, c.c.): **solo nella divisione fatta dal testatore, infatti, è necessaria la preventiva istituzione di erede, che manca, invece, per definizione, nell'*institutio ex re certa***. Ad esempio, se Tizio istituisce eredi i suoi figli Caio e Sempronio nelle quote determinabili *a posteriori* in base al valore dei beni loro attribuiti (al momento della sua morte) e successivamente nel testamento divide tra loro i suoi beni, avremo una divisione fatta dal testatore senza predeterminazione di quote. Se, invece, l'istituzione di erede avviene in quote espresse in termini numerici (1/3 a Caio e 2/3 a Sempronio) con suc-

cessiva divisione di tutti i suoi beni, si tratterà di una divisione fatta dal testatore con predeterminazione di quote. Se, infine, Tizio non istituisce eredi i figli Caio e Sempronio, ma attribuisce a ciascuno beni determinati che esauriscono il suo patrimonio, si tratterà di *institutio ex re certa* e non di divisione fatta dal testatore.

A dire il vero, anche queste osservazioni non sembrano decisive. La previa istituzione ereditaria non assume, secondo la dottrina che ammette la divisione senza predeterminazione, un valore apporzionativo, né può assumerlo, ma solo un valore qualificativo. Se più soggetti sono istituiti eredi, senza altra specificazione, essi si intendono chiamati in quote determinate, e precisamente in quote uguali, secondo il noto principio *concurso partes fiunt*. Ove al contrario, l'istituzione sia fatta con la precisazione che le quote ereditarie saranno determinate *ex certis rebus*, allora essa non ha rilievo quantitativo, ma solo qualificativo della disposizione. In tal caso, infatti, il testatore nitidamente procede a un'*institutio ex re certa*, e ove vi siano più istituiti, per tramite di essa, procede alla divisione senza predeterminazione di quote. Ragionando diversamente, si finirebbe per sposare la tesi per cui la norma dell'art. 588, secondo comma, c.c. è un mero criterio di interpretazione di fattispecie non qualificate giuridicamente, per cui non può essere presa in considerazione ove esista una previa definizione di erede del beneficiario. Tale tesi però non sembra compiutamente esposta nella giurisprudenza citata dai suoi sostenitori, la quale anzi in un'occasione afferma che, al fine di verificare se il testatore abbia considerato i beni determinati come tali oppure come quota del suo patrimonio, nell'indagine di merito, assume rilievo sussidiario anche l'attribuzione formale del titolo di erede o di legatario, la quale, conseguentemente, è priva di qualsiasi rilevanza qualora contrasti con la intrinseca natura della disposizione testamentaria, laddove ben può essere valutata come elemento confermativo del risultato dell'indagine condotta sulla obbiettiva consistenza della disposizione.

Pertanto, nell'opinione della giurisprudenza, l'esistenza di una previa istituzione non ha in alcun caso valore decisivo, potendosi tramutare quella disposizione addirittura in legato, ove risulti che i beni determinati sono stati attribuiti "separatamente" dal patrimonio e non come "parte del tutto". Se così è, a maggior ragione l'istituzione d'erede non impedisce di qualificare una disposizione come *institutio ex re certa*, fermo restando che essa, nel caso in cui vi siano più beneficiari, realizzerà una divisione del testatore senza predeterminazione di quote, richiedendo i necessari adattamenti di disciplina rispetto a quella ordinaria della divisione del testatore.

Quanto al **calcolo delle quote**, due indici sono determinanti: la **composizione del patrimonio cui rapportare i singoli beni**, e il **valore da attribuire all'uno e agli altri**. Analizziamoli in ordine.

Per sua natura, la quota aritmetica è determinata *a posteriori*, in base al rapporto proporzionale tra il valore dei beni assegnati e il valore del patrimonio del quale essi rappresentano, nell'intenzione del *de cuius*, una frazione. Diviene pertanto fondamentale delimitare la **composizione della massa patrimoniale da assumere a riferimento della quantificazione**.

I momenti cui è possibile fare riferimento, sono quello della *testamenti factio*, e quello dell'apertura della successione.

La dottrina ha chiarito che, anche se in linea generale, ai fini delle operazioni compositive e divisorie della massa ereditaria, il momento decisivo è quello dell'apertura della successione (art. 766 c.c.), in materia di *institutio ex re certa* assume valore decisivo l'accertamento della *mens testantis* (la volontà del testatore di mantenere un rapporto tra quanto assegnato e l'insieme dei beni), per cui va considerato il patrimonio che ha avuto presente il testatore al momento dell'attribuzione. Non dovrebbe tenersi conto, conseguentemente, di beni sopravvenuti rispetto al testamento, o presenti, ma ignorati dal testatore (salva la difficoltà di dimostrare quest'ultima circostanza), che non potevano formare oggetto di disposizione. Ad essi dovrebbe, seguendo coerentemente tale ragionamento, estendersi la quota determinata in base al patrimonio considerato, in base alla *vis expansiva* caratteristica della successione universale.

Naturalmente, sono possibili diverse ricostruzioni, ove il testatore manifesti la contraria volontà di rinviare, per la determinazione, alla composizione del patrimonio al momento dell'apertura della successione.

L'accoglimento dell'uno o dell'altro criterio ha, evidentemente, forte incidenza sull'applicazione pratica nel caso in cui si trovino alla morte del testatore nuovi beni.

Quanto al **valore delle quote**, da determinare in base ai beni che vanno a costituirle, la dottrina ritiene che, anche nel caso di *institutio*, come in quello di divisione in senso stretto, in assenza di particolari precisazioni del testatore, esso vada riferito al momento dell'apertura della successione, secondo il criterio generale divisorio dell'art. 766 c.c., interpretandosi cioè il riferimento al momento della divisione come rinvio al momento in cui l'effetto divisionale si produce, e cioè nel caso di specie, quello dell'apertura della successione.

LA SOTTOSCRIZIONE CON GRAVE DIFFICOLTÀ

- L. Genghini, *La forma degli atti notarili*, in “Manuali Notarili”, a cura di L. Genghini, Vol. I, Padova, 2009, p. 164.
M. Di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, p. 204.
G. Santarcangelo, *La forma degli atti notarili*, Roma, 2006, p. 352.

CAPACITÀ DI TESTARE

- L. Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, in “Manuali Notarili”, a cura di L. Genghini, Vol. IV, Padova 2012, Tomo II, pp. 1006 ss.
G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, III Edizione interamente rivista e aggiornata a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, Tomo I, pp. 676 ss.
C. Scognamiglio, *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, II Ed., Padova, 2010, Vol. I, pp. 749 ss.

ATTRIBUZIONE DI USUFRUTTO UNIVERSALE

- L. Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., tomo I, p. 101.
C. Sgobbo, *Sulla discussa natura del lascito di usufrutto universale*, nota a Cass. 26-1-10, n. 1557, in *Giur. It.*, 2011, fasc. 3, pp. 562 ss.
M. Ieva, *Attribuzione al coniuge attributiva dell'usufrutto generale di tutti gli immobili compresi nel patrimonio: legato in conto di legittima*, nota a Trib. Bologna 6-10-08, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, fasc. 2, pp. 143 ss.

DIVISIONE DEL TESTATORE - INSTITUTIO EX RE CERTA

- L. Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., tomo I, p. 119.
G. Bonilini, *Institutio ex re certae acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, fasc. 6, pp. 532 ss.
G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., tomo I, pp. 78 ss.
L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 17.
L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Trattato Rescigno*, VI, Ed. 2, Torino, 1997, p. 143.

RIPARTIZIONE DI DEBITI E PESI EREDITARI

- G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., tomo II, p. 1143.

LA SOTTOSCRIZIONE CON GRAVE DIFFICOLTÀ

L'obbligo del notaio di menzionare, prima della lettura del testamento pubblico, ai sensi dell'art. 603, comma III, c.c. e delle connesse disposizioni della legge n. 89/1913, la dichiarazione del testatore che si trovi in grave difficoltà di firmare l'atto, sussiste solamente nell'ipotesi che il testatore non sottoscriva il documento e non già anche nel caso in cui, sia pure con grave difficoltà, egli apponga effettivamente la sua firma. Infatti, la formalità della dichiarazione e della menzione costituisce un equipollente della sottoscrizione mancante, mirante ad attestare che l'impedimento dichiarato, e realmente esistente, è l'unica causa per cui non si sottoscrive e ad evitare che la mancanza di firma possa essere intesa come rifiuto di assumere la paternità del contenuto dell'atto. (Cass., 23-02-2012, n. 2743).

Nel testamento pubblico quando il notaio fa menzione di una dichiarazione del testatore riguardante una causa impeditiva della sottoscrizione dell'atto (la quale può essere costituita da qualsiasi impedimento fisico anche temporaneo e quindi anche da una difficoltà di grafia derivante dall'estrema debolezza in cui il testatore si trovi o dalla sua età avanzata) il testamento è valido solo se tale causa effettivamente sussista, derivandone in caso contrario il difetto di sottoscrizione e quindi la nullità del testamento ai sensi dell'art. 606, comma 1, c.c. Peraltro, non essendo prevista una forma particolare o termini tassativi per la dichiarazione della parte o per la menzione che il notaio deve farne, spetta al giudice di merito stabilire (con apprezzamento incensurabile se adeguatamente motivato) se il contenuto della dichiarazione, in relazione all'oggetto e alla portata della stessa, come indicati dalla legge, soddisfi obiettivamente l'esigenza da questa contemplata. (Nella specie il giudice del merito - con sentenza confermata dalla S.C. - in un caso in cui la testatrice aveva dichiarato di non poter sottoscrivere perché analfabeta, aveva ritenuto tale dichiarazione perfettamente conforme alla situazione determinatasi al momento della sottoscrizione, non rilevando in contrario che la dichiarante, sostanzialmente analfabeta, fosse generalmente in grado di vergare seppur con difficoltà la propria firma, giacché risultava provato che per lo stato emotivo in cui essa si trovava in quel momento era venuta temporaneamente meno anche tale ridotta capacità) (Cass. 6-11-96, n. 9674, in *Vita not.*, 1996, 1373).

È incompatibile con la natura e con la struttura dell'atto pubblico la disposizione di cui all'art. 4 della legge n. 18 del 1975 in tema di assistenza a persona non vedente nella partecipazione ad atti documentali, potendo riguardare l'intervento e la firma dei due ausiliari del cieco (previsti dal comma 2 della norma in parola) la sola scrittura privata; pertanto, la validità dell'atto pubblico va valutata con riferimento all'art. 51, n. 10, della legge notarile, il quale stabilisce che il requisito formale (previsto a pena di nullità) della sottoscrizione della parte può venir meno solo nel caso di impossibilità (e non, come nella specie, di difficoltà) a sottoscrivere (Cass. 4-12-01, n. 15326, in *Riv. Not.*, 2002, 991).

INCAPACITÀ DI TESTARE

L'annullamento di un testamento per incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi, con il conseguente onere, a carico di chi quello stato di incapacità assume, di provare che il testamento fu redatto in un momento di incapacità di intendere e di volere (Cass. 15-4-10, n. 9081, in *CED Cass.* 2010).

In tema di annullamento del testamento la incapacità naturale del testatore postula la prova che il soggetto sia stato privo, in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti, ovvero della capacità di autodeterminarsi. Inoltre, perché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a colui che impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso è compito di chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo (Cass. 29-10-08, n. 26002, in *Guida al diritto*, 2009, 3, 80).

In tema di annullamento del testamento, l'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi; e, poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a colui che impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso è compito di chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo (Cass. 18-4-05, n. 8079, in *Mass. Giur. It.*, 2005).

Per l'annullabilità d'un testamento, ai sensi dell'art. 591, n. 3, c.c., per incapacità naturale del testatore, non basta una qualsiasi anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive, ma è necessario che a cagione d'una infermità, transitoria o permanente, o di altra causa perturbatrice, il soggetto sia privo in modo assoluto, nel momento della redazione del testamento, della coscienza dei propri atti oppure della capacità di autodeterminarsi; e poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello d'incapacità l'eccezione, spetta a chi impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore risulti affetto da incapacità totale permanente, nel qual caso spetta a chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo (nella specie, in applicazione di tali principi, la suprema corte ha confermato la sentenza dei giudici di merito che avevano escluso l'incapacità naturale di testare d'una persona affetta da diabete e insufficienza renale e non da una vera malattia mentale) (Cass. 5-11-87, n. 8169, in *Arch. Civ.*, 1988, 158).

L'attestazione del notaio, contenuta nel verbale di ricevimento redatto ai sensi dell'art. 605 c.c. (formalità del testamento segreto), circa lo stato di piena capacità mentale del presentatore della scheda, ancorché, risolvendosi in un giudizio, non impedisca ai soggetti interessati di provare il contrario con qualsiasi mezzo di prova, rappresenta tuttavia un fatto da cui è lecito dedurre almeno la mancanza di segni apparenti d'incapacità del testatore all'atto della presentazione della scheda al pubblico ufficiale (Cass. 4-5-82, n. 2741, in *Vita not.*, 1983, 692).

Per l'annullabilità di un testamento, ai sensi dell'art. 591 c.c., non basta la sussistenza di una qualsiasi infermità che turbi il processo di determinazione ed estrinsecazione della volontà, ma occorre che lo stato fisico-mentale del testatore sia tale da sopprimere del tutto l'attitudine a determinarsi liberamente e coscientemente; e poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore risulti affetto da incapacità totale permanente, nel qual caso spetta a chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo (Cass. 11-8-82, n. 4561, in *Mass. Giur. It.*, 1982).

ATTRIBUZIONE DI USUFRUTTO UNIVERSALE

Ove il testatore attribuisca il solo diritto di usufrutto, il beneficiario non succede in *universum ius* del defunto e, pertanto, non acquista la qualità di erede; nei suoi confronti, pertanto, non sussiste litisconsorzio necessario in sede di giudizio di divisione tra coeredi (Cass. 26-1-10, n. 1557, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1, 99).

La disposizione testamentaria di attribuzione dell'usufrutto generale sui beni (mobili e immobili) costituisce istituzione di erede e non di legato (Cass. 24-2-09, n. 4435, in *Guida al diritto*, 2009, 15, 66).

L'attribuzione per testamento dell'usufrutto generale su tutti i beni, comprendendo l'*universum ius* ai sensi dell'art. 588 c.c. e dunque conferendo al designato un titolo potenzialmente idoneo ad estendersi ad ogni bene, configura un'istituzione di erede (Cass. 12-9-02, n. 13310, in *Notariato*, 2003, 583 ss.).

L'attribuzione da parte del testatore del solo usufrutto non conferisce al beneficiario la qualità di erede, perché egli non succede in tal caso nell'*universum ius* del *de cuius*; ne consegue che il coniuge, nominato usufruttuario generale per disposizione testamentaria, non acquista la qualità di erede, e, non essendo riservatario che di una quota dell'usufrutto, ha qualità di terzo per far valere questo diritto suo proprio in contrapposizione ad ogni disposizione che lo lede, e, in qualità di terzo può provare, a norma dell'art. 1417 c.c., senza limiti, e perciò anche con presunzioni semplici, la simulazione (Cass. 15-2-79, n. 986 in *Mass. Giur. It.*, 1979).

La disposizione testamentaria con la quale il testatore attribuisce l'usufrutto generale di tutti gli immobili compresi nell'asse ereditario deve essere qualificata disposizione a titolo particolare e non a titolo universale (Trib. Bologna, 06-10-2008 in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 2, 143).

L'interpretazione del testamento è caratterizzata da una duplice indagine, l'una di carattere oggettivo, relativa al contenuto dell'atto per quanto attiene l'attribuzione dell'universalità, o di una frazione, o del complesso dei beni ovvero di un bene determinato, l'altra di carattere soggettivo, relativa all'effettiva volontà del testatore. Anche nell'ipotesi di attribuzione ad un soggetto di beni singolarmente determinati può, pertanto, ravvisarsi l'istituzione di erede nella totalità del compendio ereditario, ancorché coesistente con disposizioni a titolo particolare, ove a ciò conduca l'indagine in ordine alla volontà del testatore - nel senso che lo stesso abbia inteso, non disporre soltanto di una parte delle sostanze per il tempo successivo alla sua morte, ma destinare al designato il complesso di tutti gli elementi patrimoniali attivi e passivi (Cass. 28-11-84, n. 6190, in *Giust. Civ. Mass.* 1984, 11).

In ipotesi di divisione fatta dal testatore ai sensi dell'art. 734 c.c., lo stabilire se il testatore abbia inteso chiamare i coeredi in quote uguali o diverse è questione da risolvere attraverso la ricerca della volontà effettiva del *de cuius*, e non già sulla base del valore delle porzioni in concreto formate ed assegnate a ciascuno dei coeredi, ben potendo il diverso valore di taluna di dette porzioni, rispetto alle altre, dipendere, non dalla volontà del testatore di chiamare il destinatario di tale porzione in quota di entità diversa da quella degli altri coeredi, ma dal personale criterio di valutazione adottato dal testatore stesso (Cass. 18-11-81, n. 6110, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, 11).

Al fine di stabilire se una disposizione testamentaria sia a titolo universale o particolare, deve innanzi tutto accertarsi, in base ad elementi oggettivi e soggettivi (limitatamente al modo in cui il testatore ha considerato i beni oggetto della disposizione), l'intrinseca natura della disposizione, ossia se essa comprenda o meno la universalità od una quota dei beni del *de cuius*, ovvero se, essendovi unicamente un'indicazione di beni determinati, il testatore abbia considerato detti beni come tali oppure come quota del suo patrimonio; mentre può avere valore solo sussidiario il ricorso, agli indicati fini, ad altri elementi, come l'attribuzione meramente formale, da parte del *de cuius*, del titolo di erede o di legatario, la quale, conseguentemente, è priva di qualsiasi rilevanza qualora contrasti con la intrinseca natura della disposizione testamentaria, laddove ben può essere valutata come elemento confermativo del risultato dell'indagine condotta sulla obbiettiva consistenza della disposizione stessa (Cass. 18-11-81, n. 6110, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, 11).

Quando il testatore provvede alla ripartizione in quote tra gli eredi del suo patrimonio immobiliare, individuando i beni destinati a far parte di ciascuna di esse, non si configura l'ipotesi della cosiddetta divisione regolata (art. 733 c.c.), che ricorre se il *de cuius* si limita a dettare norme per la formazione delle porzioni nello scioglimento della comunione ereditaria, in previsione del sorgere di tale status per effetto dell'apertura della successione, bensì si verte in tema di cosiddetta *divisio inter liberos* (art. 734 c.c.), ossia di divisione fatta dal testatore attraverso la specificazione dei beni destinati a far parte di ciascuna quota, che, avendo effetto attributivo diretto dei beni al momento dell'apertura della successione, impedisce il sorgere della comunione ereditaria ed il conseguente compimento di operazioni divisionali (Cass. 18-11-81, n. 6110, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, 11).

In tema di *divisio inter liberos* il testatore non ha l'obbligo di far precedere, all'attribuzione dei beni, l'indicazione in astratto della quota che intende attribuire a ciascun coerede, potendo tale quota essere determinata attraverso il valore e l'entità dei beni in concreto comprensivi. Nel caso di divisione fatta dal testatore, il rimedio della rescissione è ammesso solo nel caso in cui il testamento contenga l'indicazione della quota astratta spettante a ciascun coerede (solo così essendo possibile il raffronto fra il valore dei beni attribuiti e l'entità della quota), e non anche nel caso in cui manchi la predetta indicazione (Cass. 8-1-69, n. 37).

ATTRIBUZIONE DI USUFRUTTO UNIVERSALE

Ove il testatore attribuisca il solo diritto di usufrutto, il beneficiario non succede in *universum ius* del defunto e, pertanto, non acquista la qualità di erede; nei suoi confronti, pertanto, non sussiste litisconsorzio necessario in sede di giudizio di divisione tra coeredi (Cass. 26-1-10, n. 1557, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 1, 99).

La disposizione testamentaria di attribuzione dell'usufrutto generale sui beni (mobili e immobili) costituisce istituzione di erede e non di legato (Cass. 24-2-09, n. 4435, in *Guida al diritto*, 2009, 15, 66).

L'attribuzione per testamento dell'usufrutto generale su tutti i beni, comprendendo l'*universum ius* ai sensi dell'art. 588 c.c. e dunque conferendo al designato un titolo potenzialmente idoneo ad estendersi ad ogni bene, configura un'istituzione di erede (Cass. 12-9-02, n. 13310, in *Notariato*, 2003, 583 ss.).

L'attribuzione da parte del testatore del solo usufrutto non conferisce al beneficiario la qualità di erede, perché egli non succede in tal caso nell'*universum ius* del *de cuius*; ne consegue che il coniuge, nominato usufruttuario generale per disposizione testamentaria, non acquista la qualità di erede, e, non essendo riservatario che di una quota dell'usufrutto, ha qualità di terzo per far valere questo diritto suo proprio in contrapposizione ad ogni disposizione che lo lede, e, in qualità di terzo può provare, a norma dell'art. 1417 c.c., senza limiti, e perciò anche con presunzioni semplici, la simulazione (Cass. 15-2-79, n. 986, in *Mass. Giur. It.*, 1979).

La disposizione testamentaria con la quale il testatore attribuisce l'usufrutto generale di tutti gli immobili compresi nell'asse ereditario deve essere qualificata disposizione a titolo particolare e non a titolo universale (Trib. Bologna, 06-10-2008, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 2, 143).