

LA CLAUSOLA ARBITRALE TESTAMENTARIA

di **GIOVANNI DI MAURO**

Approfondimento del 01 giugno 2017

ISSN 2420-9651

Il trasferimento di beni mortis causa è un fenomeno complesso che involge molteplici interessi, talvolta contrapposti. Il rapporto successorio, che si instaura tra il de cuius e l'erede risponde, innanzitutto, ad un interesse sociale a che sia garantita la continuità della personalità giuridica del defunto. Strettamente connesso a tale esigenza, è il principio della certezza del diritto che non può risultare frustrato dall'evento morte, e alla cui salvaguardia, risponde parte della normativa del diritto ereditario, che predispone particolari tutele a favore degli aventi causa dell'ereditando e dei successori. Ancora, fortemente protetto, è l'interesse alla collocazione endofamiliare del patrimonio, attraverso la garanzia di una quota minima nel rispetto del vincolo di coniugio o di sangue.

In una posizione subordinata rispetto agli obiettivi appena richiamati si pone l'interesse del disponente, che, con un proprio atto di autonomia, determina la sistemazione dei propri rapporti per il tempo successivo alla sua morte. A tale interesse, sovente, si contrappone quello del beneficiario della disposizione, al quale può essere tuttavia riconosciuta una posizione di minore rilievo. L'attribuzione del bene all'erede o al legatario costituisce, infatti, una circostanza occasionale (basti considerare che la vicenda successoria si instaura a prescindere dal valore economico del relictum, che può essere anche negativo) della successione mortis causa, sia essa ab intestato ovvero per il tramite del testamento, che nel rispetto dei principi sopra richiamati è un fenomeno funzionale alla soddisfazione delle legittime determinazioni del disponente.

Nel predisporre l'assetto che più preferisce per i propri interessi, siano essi suscettibili di valutazione economica ovvero di rilievo solo morale, al testatore è riconosciuta un'ampia discrezionalità, potendo quest'ultimo disporre dei più disparati strumenti giuridici, anche qualora gli stessi siano previsti dal legislatore quali istituti tipici dei negozi tra vivi. Il testamento, quindi, è il mezzo che consente non solo la scelta dei destinatari dell'attribuzione, ma anche di incidere su diritti spettanti a terzi ([art. 651 c.c.](#)), ovvero su rapporti giuridici nuovi non riconducibili alla sfera giuridica del testatore (si pensi al legato di contratto). Se si riconosce all'autonomia testamentaria la possibilità di prevedere disposizioni la cui

efficacia, non attenga al mero momento attributivo, ma vada oltre lo stesso, incidendo sui rapporti creati in seguito all'acquisto, una sua legittima espressione può essere rinvenuta nella clausola arbitrale testamentaria. Lo studio della fattispecie appena richiamata, deve essere condotto, soprattutto, alla luce dei recenti interventi legislativi volti a sopperire ad una domanda di giustizia divenuta oramai insostenibile. Prova del favor del legislatore verso mezzi di composizione delle liti alternativi alla giurisdizione ordinaria, è l'obbligo ormai generalizzato del tentativo di mediazione obbligatoria che è condizione di procedibilità anche per i giudizi in materia successoria.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il testamento quale fonte del negozio compromissorio. - 3. Clausola arbitrale testamentaria e clausola compromissoria. - 4. I limiti della previsione testamentaria di arbitrato. - 5. La natura giuridica della disposizione arbitrale.

1. Introduzione.

La clausola arbitrale testamentaria è la disposizione diretta ad imporre agli istituiti, siano essi eredi o legatari, il ricorso alla giurisdizione privata per la composizione delle eventuali controversie occasionate dal testamento. La scarsa diffusione nella prassi della fattispecie in esame, in parte connessa ad un ancora incerto impiego dello strumento arbitrale, non deve trarre in inganno sull'importanza della stessa, sia per il contributo che lo studio del fenomeno può apportare al controverso tema della autonomia testamentaria, sia per la potenziale utilità pratica della disposizione *ex se*.

La previsione *de qua*, incidendo sulla sfera giuridica degli istituiti, può considerarsi ai limiti della legittima esplicazione della volontà del testatore ed il relativo giudizio sulla sua ammissibilità non può che dipendere dal contenuto che si desidera riconoscere a tale facoltà.

Tralasciando in questa sede l'approfondimento delle varie teorie sulla natura e sulla struttura dell'atto di ultima volontà, può ritenersi pacifica la considerazione che il testamento può prevedere, non solo disposizioni meramente attributive, ma anche manifestazioni di volontà ulteriori dirette alla produzione di diversi effetti, anche di contenuto non patrimoniale [1]. Alla tipicità pertanto del negozio giuridico testamentario si contrappone l'atipicità del suo contenuto [2], e da tale postulato è opportuno partire per la valutazione della clausola in esame.

La fattispecie rientra, infatti, sicuramente nel novero delle c.d. disposizioni complementari atipiche, e la relativa ammissibilità va vagliata innanzitutto alla luce dei principi che la teoria generale del diritto ha elaborato sull'autonomia privata. Tanto premesso, è opportuno, quindi, riprendere lo studio della norma cardine in materia di autonomia negoziale rappresentata dall'[art. 1322 c.c.](#), onde valutarne l'applicabilità anche al negozio *mortis causa*.

L'[art.1322 c.c.](#) riconosce e al contempo disciplina la facoltà dei privati di determinare l'*an* e il *quomodo* del negozio attribuendo a questi ultimi, non solo la scelta del tipo e del contenuto del contratto, ma anche il potere di creare nuovi schemi negoziali, non normativamente previsti, purché diretti a perseguire uno scopo socialmente utile [3]. Ciò che va valutato è se il limite della meritevolezza operi anche con riferimento al fenomeno testamentario, e, quindi, se lo stesso possa essere utilizzato dall'interprete per verificare la ammissibilità della disposizione [4].

In merito [5] si segnalano due orientamenti, entrambi autorevolmente sostenuti.

Secondo una prima tesi, l'esclusione del testamento dall'ambito applicativo dell'[art. 1322 c.c.](#), sarebbe da ricondursi alla peculiarità degli interessi che lo stesso persegue. Gli Autori [6] che la propugnano, discostandosi dalla tradizionale opzione interpretativa dell'articolo in esame, giustificano la sua inoperatività sulla base di un principio inespresso, frutto di una politica legislativa volta a distinguere la disciplina degli atti giuridici tra vivi dal testamento. In altre parole, dalla stessa struttura del sistema codicistico vigente può desumersi la volontà del legislatore di riservare alla materia *mortis causa*, per le sue particolarità, una regolamentazione diversa rispetto alla normativa generale del contratto. Diretta conseguenza di tale assunto è la maggiore autonomia del testatore nella regolamentazione dei propri interessi svincolati dal limite del socialmente utile; purché nei limiti della liceità pertanto, il legislatore sarebbe disinteressato al contenuto futile e bizzarro della disposizione.

A tale orientamento si contrappone l'opinione di chi ricostruisce il rapporto tra autonomia testamentaria e autonomia negoziale come una relazione di *genus e species*; secondo tali Autori [7], l'autonomia privata sancita dall'[art. 1322 c.c.](#) rappresenta un principio di carattere generale di cui l'autonomia testamentaria è solo un'espressione. Pertanto, se l'[art. 1322 c.c.](#) indica i limiti da applicarsi alla libertà negoziale dei privati nella sua formulazione più ampia, non si ravvisano ragioni per rendere tali limiti inapplicabili ad una particolare manifestazione di tale libertà. Inoltre, a sostegno di tale indirizzo, milita la considerazione secondo la quale il dovere di costruire disposizioni testamentarie nel rispetto del principio del socialmente giusto, discenderebbe in ogni caso dai principi fondamentali della nostra Carta costituzionale, si pensi tra l'altro, alla funzione (anche) sociale della proprietà, desumibile dall'[art. 42 Cost.](#)

Tanto premesso, è evidente che, qualora si aderisca all'orientamento meno rigoroso, non possono riscontrarsi dubbi sulla ammissibilità della clausola in esame. Il risultato, infatti, perseguito dalla disposizione di arbitrato, ossia la sostituzione della giustizia ordinaria con quella privata, non risulta contrario ad alcuna norma di ordine pubblico; né può ritenersi che la stessa sia illecita *ex se*, perché determina una limitazione, peraltro solo eventuale, della libertà dell'istituto [8]. Il vincolo imposto è di natura incerta e relativa, e comporta una compressione minore delle facoltà del delato, rispetto a quella rinvenibile in altre fattispecie, pur ritenute lecite. Basti considerare, ad esempio, che la Suprema Corte di recente ha considerato lecita la clausola *si sine liberis decesserit*, sul solo presupposto che la stessa non fosse diretta ad aggirare il divieto di

sostituzione fedecommissaria [9]. Se, dunque, la Corte non rileva l'illiceità di una condizione coartante la fondamentale libertà di procreare, non si vede come il problema possa porsi rispetto alla disposizione di arbitrato che imporrebbe, al più, la rinuncia ad un grado di giurisdizione.

Se, invece, si ritiene preferibile l'orientamento opposto, la valutazione di meritevolezza della disposizione *de qua*, deve compiersi in considerazione di un principio fondamentale. Il testamento è l'atto attraverso il quale il disponente conferisce l'assetto che più preferisce ai propri interessi, patrimoniali e non, per il tempo successivo alla sua morte. Dalla stessa definizione legislativa si evince che, nell'atto di ultima volontà, ciò che prevale è il momento dispositivo non quello attributivo [10]. Esso è posto in essere dall'autore per soddisfare un proprio interesse; la stessa scelta degli istituti (sempre ovviamente, in presenza di legittimari, nei limiti della quota disponibile) è funzionale a tale obiettivo. Il carattere preminente dell'interesse dell'autore della dichiarazione, rispetto al destinatario della stessa, è confermato dall'inoperatività nel negozio *mortis causa* del principio dell'affidamento [11]. In quest'ottica pare assai difficile ritenere la disposizione in esame immeritevole di tutela, anzi la stessa risulta perfettamente in linea con la logica che sovrintende l'istituto. La previsione di un arbitrato è coerente con la volontà che ha dato impulso al negozio: se l'obiettivo è conferire un determinato assetto ai propri interessi, è del tutto logico che il *de cuius* si preoccupi anche di regolare un'eventuale disputa sull'interpretazione o sull'attuazione di quanto statuito. Potrebbe quasi affermarsi che la clausola arbitrale sia disposizione di “chiusura” che contribuisce alla completezza del testamento.

È evidente, infine, la buona fede che sottende la previsione: l'unico motivo che può indurre il testatore a prevederla è la maggiore fiducia nei giudici privati, che ritiene più idonei a tutelare sia i propri interessi, che quelli degli istituti.

Non si vede pertanto come possa essere considerata non socialmente meritevole [12].

2. Il testamento quale fonte del negozio compromissorio.

Ricostruito in tali termini il rapporto tra clausola compromissoria ed autonomia testamentaria, va ora valutata, nel merito, la compatibilità tra la fattispecie in esame e la struttura del negozio *mortis causa*.

Il codice di rito prevede due diversi tipi di negozi compromissori: il compromesso arbitrale previsto dall'[art 807 c.p.c.](#) e la clausola compromissoria *ex* [art. 808 c.p.c.](#)

Il primo può essere definito come il contratto col quale le parti si obbligano a che una determinata controversia, tra di essi insorta, sia risolta, non per il tramite della giustizia ordinaria, ma attraverso l'intervento di giudici privati; la seconda fattispecie, ricorre allorché le parti convengono, nello stipulando negozio o in uno successivo, che le controversie occasionate dallo stesso siano devolute ad arbitri. Sono evidenti le differenze tra le due ipotesi, in quanto il compromesso opera a posteriori, e devolve agli arbitri la soluzione di una lite già sorta e determinata, mentre la clausola compromissoria, invece, ha ad oggetto controversie future ed eventuali, che sorgeranno da un dato rapporto, sicché la sua stessa operatività è incerta [13].

La dottrina maggioritaria [14] esclude che la seconda delle ipotesi richiamate sia compatibile con la struttura unilaterale del testamento. In effetti, suscita alcune perplessità la circostanza che il testatore possa prevedere una “clausola compromissoria in senso tecnico”, per effetto della quale l'intervento della giustizia ordinaria sia escluso in via automatica, senza alcuna manifestazione di volontà da parte dei soggetti in lite. Una tale disposizione sarebbe incompatibile, da un lato, con la previsione di cui all'[art. 808 c.p.c.](#) che postula, necessariamente, l'esistenza di un contratto bilaterale, e dall'altro, sarebbe lesiva del principio secondo cui l'incarico arbitrale può essere conferito solo dai soggetti in lite.

Merita tuttavia di essere riportata l'opinione di un Autore [15] che, discostandosi dalle suesposte argomentazioni, non ravvisa motivi ostativi alla configurabilità di tale clausola, anche per testamento.

Innanzitutto, secondo l'A. la circostanza che il legatario o l'erede, in caso di accettazione tacita *ex* [art. 476 c.c.](#), si troverebbe vincolato all'intervento degli arbitri in assenza di un suo consenso scritto, non sarebbe lesivo del disposto dell'[art. 807 c.p.c.](#) Più precisamente, per la verità, sarebbe un'eccezione al regime formale dell'istituto consentita dal legislatore. Tale possibilità è, peraltro, riconosciuta dalla legge anche in altri casi: basti pensare all'acquisto di un legato o all'accettazione tacita di un'eredità aventi ad oggetto beni immobili; in questi casi, l'acquisto del bene avviene in assenza di una manifestazione di volontà scritta, in deroga a quanto previsto per il trasferimento immobiliare *inter vivos*.

Inoltre la disposizione in esame non sarebbe lesiva dei principi fondamentali che disciplinano il compromesso arbitrale. Il postulato, secondo il quale deve sussistere identità fra coloro che stipulano l'arbitrato e coloro tra i quali sorgerà la controversia,

sarebbe, secondo tale indirizzo, privo di fondamento.

L'Autore muovendo dall'analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali, perviene alla conclusione della libera trasmissibilità del rapporto compromissorio.

Volendo sintetizzare sono tre le pronunce più indicative: nella prima la Corte di Cassazione sul presupposto, che il rapporto posto in essere con la clausola compromissoria persiste alla morte di uno degli stipulanti, e non è caratterizzato dall'*intuitu personae*, riconosce la possibilità per l'erede del *de cuius* di subentrare nello stesso [16]; ad un risultato sostanzialmente analogo giunge la seconda delle decisioni richiamate, nel prevedere l'opponibilità della clausola compromissoria (sebbene solo nell'ipotesi di arbitrato rituale), stipulata dal debitore surrogato, anche al creditore surrogante [17]; nella terza infine, la controversia posta all'attenzione dei giudici, originava da un contratto a favore di terzo recante una clausola arbitrale. In tale fattispecie si è riconosciuta la validità di siffatta clausola anche nei confronti del terzo favorito, estraneo alla sua previsione [18].

In tutte e tre le ipotesi, la Corte, sebbene argomentando su fattispecie diverse, riconosce la possibilità di succedere nella convenzione di arbitrato da altri predisposta, e di fatto, a giudizio dell'Autore, spezza il vincolo inscindibile di corrispondenza tra gli stipulanti il compromesso e soggetti in lite.

In realtà, a tale ricostruzione, può essere opposto che le fattispecie sottoposte al giudizio di legittimità differiscano, in parte, dall'ipotesi che si originerebbe dalla previsione di una clausola arbitrale testamentaria.

In particolare l'elemento di divergenza risiede nel momento genetico della previsione. Nei tre casi riportati la clausola arbitrale è prevista dagli stipulanti come destinata ad operare tra gli stessi, la circostanza che, nel corso del rapporto contrattuale, cui la stessa inerisce, mutino le parti è occasionale, e sicuramente non prevista in origine. Nell'ipotesi della clausola compromissoria testamentaria, la stessa è prevista sin dall'inizio, in via unilaterale dal *de cuius*, come destinata ad operare rispetto a soggetti estranei alla sua previsione. In altre parole, il *de cuius* dispone un arbitrato su una controversia di cui ontologicamente egli non può essere parte.

3. Clausola arbitrale testamentaria e clausola compromissoria.

Sotto il *nomen* generico di disposizione di arbitrato possono distinguersi, dunque, due distinte fattispecie: la clausola compromissoria in senso tecnico, che prevede la

devoluzione automatica delle controversie alla cognizione degli arbitri, generalmente non ammessa fatta salva la tesi contraria riportata; la clausola arbitrale testamentaria che, al contrario, impone agli istituiti, la stipula del negozio compromissorio [19]. In quest'ultimo caso ciò che è imposto dal testatore è l'obbligo di addivenire all'accordo, rispettando in tal modo, sia il principio della fonte contrattuale del compromesso, sia il su richiamato principio di identità tra stipulanti e soggetti in lite [20]. Condivisa tale ultima impostazione, va ora valutata, nel merito, la compatibilità della clausola arbitrale con i principi che regolano il testamento, in particolare con il divieto di *relatio*.

In considerazione del carattere di assoluta preminenza della volontà testamentaria riconosciuta come unica fonte della disposizione, l'intervento del terzo è ammesso in termini strettamente eccezionali.

Tuttavia non può affermarsi che la clausola arbitrale leda il fondamentale principio della personalità del testamento. Con la disposizione arbitrale, infatti, non viene affidato a terzi il potere di integrare o completare la scheda testamentaria, ma si obbligano gli istituiti, eredi o legatari, a ricorrere ad una determinata modalità di composizione delle possibili controversie. Tale principio è stato condiviso anche da una pronuncia, ormai risalente, della Cassazione la quale ha affermato che il testatore, prevedendo la clausola arbitrale, non lede il divieto di cui agli [artt. 631](#) e [632 c.c.](#) Con la stessa, infatti, il *de cuius* si limita a configurare l'intervento di un terzo in veste di arbitro, cui è demandato il compito di risolvere una controversia (eventuale) sull'attuazione di una disposizione testamentaria già, però, completa in tutti i suoi elementi.

In altre parole il terzo interviene in un momento successivo, in sede di esecuzione del lascito, e non incide in alcun modo sulla formazione della volontà testamentaria e, quindi, sulla definizione dell'attribuzione patrimoniale [21].

Chiarito in questi termini il rapporto tra clausola arbitrale e testamento, quale veicolo di espressione della sola volontà del disponente, non si rivengono ulteriori argomentazioni idonee ad escludere, o, quanto meno, a porre nel dubbio, l'ammissibilità giuridica della stessa.

L'analisi della clausola arbitrale, deve ora proseguire al fine di rilevare la potenziale utilità pratica della disposizione.

Non sono, infatti, di poco conto i benefici che siffatta previsione potrebbe apportare, sia agli interessi degli istituiti, sia alla realtà del contenzioso giudiziario.

L'istituto dell'arbitrato, così come previsto dal codice di rito, è uno strumento di assoluta

utilità sociale: esso garantisce una maggiore celerità del processo e al contempo riduce il contenzioso sottoposto alla cognizione dei Tribunali, contribuendo in tal modo all'efficienza del sistema giudiziario. Può ritenersi che lo stesso non risponda solo ad un interesse di natura privata, ma persegua anche un interesse collettivo.

Tale importanza può dirsi amplificata qualora lo stesso, calato nel testamento, venga utilizzato per comporre una controversia, per nulla rara, di “carattere familiare”.

Si consideri, ad esempio, che statisticamente un giudizio, occasionato da un trasferimento *mortis causa*, dura circa un terzo in più rispetto a quelli nascenti da contratti tra vivi; è evidente pertanto il beneficio, seppur limitato ad un solo grado di giudizio, in termini di rapidità della soluzione [22].

A tanto va aggiunto che una lite, generata da un lascito ereditario, risulta la fattispecie che più si predispone al giudizio arbitrale. Numerosi, peraltro, erano in passato, gli ordinamenti che prevedevano l'arbitrato necessario per le liti tra congiunti, tra genitori e figli e tra parenti fino al quarto grado [23].

Data la particolarità della controversia, si riteneva, ma non si ravvisano motivi per formulare oggi un'opinione diversa, che la giustizia esercitata per il tramite della procedura arbitrale risultasse più idonea ad assicurare l'equità della singola fattispecie.

In effetti, come autorevolmente sostenuto, nella formulazione della sua decisione, l'arbitro può tenere conto di elementi di natura morale ed etica che un magistrato non conosce e non può valutare, ma che sono fondamentali per definire la vertenza in maniera equanime.

In altre parole, l'arbitro, soprattutto laddove scelto dal disponente, è in grado di comporre con “maggiore facilità” la controversia, potendo vantare, ad esempio, una pregressa conoscenza dei soggetti in lite o delle volontà del *de cuius* (si pensi a colui che sia stato confidente del testatore), che un giudice togato non possiede e che risulta quanto mai opportuna [24].

In ultimo, la mancanza di preclusioni alla possibilità di comporre una lite successoria attraverso mezzi alternativi alla giurisdizione ordinaria, è confermata dalla circostanza che il legislatore ha incluso le stesse nel novero delle controversie sottoposte alle nuove ipotesi di cd. giurisdizione condizionata, per le quali cioè, è ritenuto presupposto necessario della domanda giudiziale l'esperimento del preventivo tentativo di conciliazione. Ad ulteriore riprova di quanto appena esposto va rilevato che lo stesso [art. 768-octies c.c.](#) impone, per le controversie occasionate dal patto di famiglia (i cui

effetti sebbene immediati, e non subordinati all'evento morte, sono comunque diretti ad una regolamentazione preventiva delle posizioni successorie), un analogo iter processuale.

4. I limiti della previsione testamentaria di arbitrato.

Riconosciuta per le ragioni di cui sopra la legittimità e l'utilità della fattispecie *de qua*, occorre esaminare i limiti nei quali la stessa può validamente esprimersi.

Innanzitutto occorre valutare il rapporto tra l'[art. 549 c.c.](#) e la disposizione di arbitrato.

Un'opinione minoritaria [25], riconoscendo uno spazio singolarmente ampio all'autonomia testamentaria, ritiene che la disposizione in esame possa esplicare la sua efficacia sull'intero patrimonio. Secondo l'Autore la clausola arbitrale, anche laddove operante nei confronti dei legittimari, non sarebbe lesiva dell'[art. 549 c.c.](#), perché con essa il testatore fornisce solo uno strumento processuale alternativo a quello ordinario. In altri termini l'imposizione dell'intervento arbitrale non pregiudicherebbe la quota indisponibile, ma offrirebbe una soluzione, diversa dalla cognizione del giudice ordinario, per la sua tutela.

È in contrario opinione diffusa che la clausola di arbitrato non possa incidere, in alcun modo, sulla quota di riserva. Tali autori [26] in considerazione del preminente interesse alla tutela dei rapporti familiari, che sottende la previsione di cui all'[art. 549 c.c.](#), ritengono che la norma vada interpretata in senso estensivo, ricomprendendo sotto l'inciso “pesi o condizioni”, qualunque elemento idoneo ad alterare la posizione successorie riconosciuta al legittimario.

Una disposizione che imponga l'obbligo di stipulare il negozio compromissorio, sarebbe sicuramente suscettibile di rientrare nell'ambito applicativo della norma testé richiamata e, quindi, idonea a determinare un'intollerabile lesione di una quota ereditaria fortemente protetta. In questi casi il legittimario potrebbe non dare attuazione alla clausola (che sarebbe considerata come *tamquam non esset*) per la quota di legittima, mentre, per l'eventualità in cui non sia istituito nella sola quota necessaria, sarebbe tenuto al rispetto della stessa per la porzione disponibile.

In ossequio a quanto disposto dall'[art. 806 c.p.c.](#), è, inoltre, pacifico che la disposizione arbitrale non possa riguardare diritti indisponibili, che per loro natura o per espressa disposizione di legge, non possono essere dismessi attraverso un atto di volontà del titolare. Ad esempio, sul presupposto di aderire alla dottrina maggioritaria che lo

considera un diritto di natura alimentare [27], non sarebbe compromettibile una controversia avente ad oggetto il diritto all'assegno vitalizio riconosciuto al coniuge separato con addebito [28].

Più complesso è, invece, comprendere se il potere riconosciuto al disponente, di porre in essere una clausola arbitrale, possa spingersi sino al punto di imporre, non solo la stipula del contratto compromissorio, per la composizione della lite eventuale, ma anche di designare l'arbitro o gli arbitri, ai quali affidarla. Secondo parte della dottrina [29] il potere riconosciuto ai soggetti in lite di individuare il giudice privato, sarebbe una prerogativa essenziale del compromesso, e non potrebbe essere in alcun modo, né escluso, né tanto meno, condizionato. L'Autore non ritiene peraltro condivisibile la tesi da taluno sostenuta [30], che giustifica tale possibilità ricorrendo all'istituto del *mandatum post mortem exequendum*, che, secondo tale ultima impostazione, sarebbe nella fattispecie valido perché, da un lato non conferisce al terzo-arbitro un incarico di natura patrimoniale e dispositiva, e dall'altro persiste alla morte del mandante, in quanto stipulato anche nell'interesse degli istituiti [31]. Neanche potrebbe giustificarsi la disposizione *de qua* identificando l'arbitro scelto dal testatore con l'esecutore testamentario, giacché è evidente la diversità delle funzioni esercitate dagli stessi [32]: al primo viene conferito il potere di dirimere una lite generata dall'interpretazione o attuazione del lascito, al secondo viene attribuita la legittimazione processuale, il potere di effettuare la divisione, e almeno di regola, anche l'amministrazione del patrimonio [33].

Altri interpreti [34] ammettono la disposizione compromissoria con designazione degli arbitri, ritenendo che la stessa non comporti, né una compressione intollerabile della libertà individuale, né una collisione con le norme che regolano la nomina degli arbitri di cui agli [artt. 810-815 c.p.c.](#) Si ritiene, infatti, che la nomina del giudice privato non sia prerogativa indefettibile delle parti, giacché l'[art. 815 c.c.](#) ultimo comma, chiarisce che la stessa può anche essere demandata a terzi [35]. Tuttavia va rilevato, che, in questa ipotesi, la scelta proviene sì da un soggetto estraneo alla convenzione, ma quest'ultimo è stato individuato dai paciscenti. In altre parole sulla scelta del soggetto che materialmente dovrà effettuare la nomina, il consenso delle parti si è formato: quest'ultime, di comune accordo, attribuiscono la facoltà ad un terzo nel quale ripongono entrambe fiducia. Si può ritenere che la scelta, seppur in via mediata, è, comunque, riconducibile ai soggetti tra i quali opera il compromesso. Non è frutto,

invece, del consenso negoziale l'individuazione dell'arbitro o del collegio arbitrale effettuata dal Presidente del Tribunale, nell'ipotesi di inerzia di uno dei soggetti in lite *ex art. 810, comma 2, c.p.c.* Da tale previsione normativa si potrebbe ricavare che la facoltà di scelta non spetta sempre e inderogabilmente ai contendenti e, quindi, non è elemento imprescindibile del compromesso.

Sussiste, però, perplessità su tale ricostruzione: l'intervento del giudice è, infatti, di tipo "integrativo-sostitutivo", e risponde al generale interesse alla conservazione di un rapporto negoziale lecito [36].

Quello che, invece, appare idoneo a giustificare una disposizione di tale contenuto è la tutela dell'interesse del testatore a che la lite, generatasi intorno ad una sua manifestazione di volontà, sia rimessa alla cognizione di un giudice in cui egli riponga fiducia; circostanza questa che rappresenta il motivo principale della previsione [37]. Il ragionamento è in linea con le considerazioni sopra riportate sull'autonomia testamentaria. Nei limiti della disponibile il testatore può conferire ai propri rapporti giuridici l'assetto che più preferisce, attraverso disposizioni del più disparato contenuto, purché non illecite e contrarie all'ordine pubblico. Se, quindi, su tale presupposto si ammette la validità della disposizione compromissoria, è logico concludere che il *de cuius* possa anche scegliere l'arbitro, facoltà questa, che rappresenta evidente corollario del suo interesse.

In altre parole se si riconosce la possibilità giuridica della previsione, vuol dire che si reputa lecito e meritevole l'obiettivo con essa perseguito, laddove impedire la scelta al testatore equivarrebbe ad escludere l'effettivo raggiungimento dello scopo, a monte ritenuto lecito.

Rispetto all'obiezione che un simile potere riconosciuto al disponente lederebbe la libertà individuale degli istituiti, possono essere riproposte le argomentazioni di cui sopra sul rapporto tra clausola arbitrale e condizioni coartanti le libertà individuali.

Infine un limite al potere di scelta riconosciuto al *de cuius*, peraltro solo eventuale, e non operante al momento della designazione, potrebbe rinvenirsi nel diritto alla riconsueta riconosciuta ai contendenti per i motivi di all'[art. 815 c.p.c.](#), ad esclusione dell'ipotesi di cui alla lettera *a*.

Per quanto attiene, invece, la possibilità di imporre l'arbitrato libero, le maggiori perplessità derivano dalla considerazione che, come più volte ripetuto dalla giurisprudenza di legittimità, il lodo irrituale avrebbe natura negoziale e conciliativa

[38]. Lo stesso sarebbe, pertanto, lesivo del principio dell'indisponibilità del diritto di azione processuale e coarterebbe la volontà di transigere. In senso opposto, tuttavia, alcuni interpreti [39] negano, sia che la decisione abbia natura transattiva, mancando l'elemento essenziale delle reciproche concessioni *ex* [art. 1965 c.c.](#), sia che la stessa abbia carattere negoziale. Più precisamente si afferma che l'arbitrato è una fattispecie a formazione progressiva, in cui l'unico atto, dotato del carattere della negozialità, è quello con cui si demanda la controversia alla cognizione arbitrale. Il lodo non sarebbe, pertanto, sintesi dei proponimenti individuali.

5. La natura giuridica della disposizione arbitrale.

La dottrina non è concorde sulla natura giuridica della fattispecie in esame. Secondo alcuni interpreti [40] il testatore può ottenere l'effetto di devolvere le eventuali controversie alla cognizione arbitrale, ricorrendo alla condizione risolutiva. Sarebbe, invece, inammissibile, per la particolarità dell'evento dedotto in condizione, subordinare l'acquisto del lascito sospensivamente.

Una clausola, infatti, che impedisca agli eredi di divenire titolari di quanto oggetto della disposizione, fin quando gli stessi non pervengano alla stipula del rapporto compromissorio, sarebbe sicuramente antiggiuridica e lesiva dei principi regolatori processo [41]. È evidente che gli istituiti *sub condicione* pur di ottenere le rispettive attribuzioni darebbero luogo alla procedura arbitrale con motivi pretestuosi. Tale rischio è, invece, assente nella condizione risolutiva, rispetto alla quale non si rinviene alcun profilo di illiceità [42].

Come conferma di tale assunto, può considerarsi che la Corte di Cassazione [43], e la maggioranza degli interpreti [44], ritengono valida la condizione di non impugnare il testamento. Tale fattispecie, infatti, che si inquadra nel *genus* delle disposizioni *poenae nomine*, deve ritenersi illecita, solo qualora miri a garantire efficacia ad una manifestazione di volontà del *de cuius*, che sia contraria a norme imperative: si pensi, ad esempio, al caso in cui la stessa tuteli una clausola che leda i diritti dei legittimari, ovvero salvaguardi la cd. disposizione captatoria o ancora quella prevista, in spregio all'[art. 597 c.c.](#), in favore del notaio che ha ricevuto il testamento pubblico [45]. Ciò posto, se, al di fuori di queste ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto lecita la condizione appena richiamata, che preclude il ricorso alla giurisdizione, non pare possa pervenirsi ad una conclusione opposta per la clausola arbitrale, che, al contrario, determina un

vincolo relativo, riconoscendo la possibilità di ricorrere ad un giudice privato.

Neanche si deve ritenere che tale fattispecie determini un'ipotesi di arbitrato obbligatorio più volte dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale [46] perché ritenuto contrario agli [artt. 24](#) e [102 Cost.](#) La giurisdizione degli arbitri in questi casi non è imposta da una fonte estranea (quale la legge nell'arbitrato necessario), ma da colui che ha dato vita al negozio dal quale origina la lite, e rappresenta una legittima esplicazione della sua autonomia negoziale [47].

Secondo altri [48], invece, la disposizione *de qua* andrebbe qualificata come legato di contratto. Ai beneficiari di una determinata successione sarebbe attribuito reciprocamente il diritto potestativo di chiedere la stipulazione del compromesso arbitrale, al fine di dirimere un eventuale controversia sorta in ordine al testamento. Ciascun istituito sarebbe in tale ipotesi sia beneficiario che onerato, risultando in virtù di tale disposizione, sia titolare del diritto di credito, in ipotesi di contrasto, alla conclusione del rapporto compromissorio, sia titolare della posizione passiva, essendo al contempo onerato alla stipula, qualora la stessa sia richiesta dagli altri coeredi.

Altra parte della dottrina [49] ritiene, invece, che l'obbligo imposto agli eredi o legatari, di devolvere la cognizione delle eventuali controversie alla procedura arbitrale configuri un *modus*. Invero, se si analizza la *ratio* dell'imposizione di un siffatto obbligo, la stessa appare facilmente sussumibile nello schema causale dell'onere, più che del legato di contratto. La previsione del compromesso, infatti, oltre a rivelarsi vantaggiosa per gli istituiti, garantendo riservatezza e rapidità della decisione, è funzionale, innanzitutto, ad un interesse del testatore. Per il tramite della disposizione quest'ultimo soddisfa il suo interesse a che operi, per le controversie generate dall'interpretazione o attuazione delle sue ultime volontà, la giustizia privata, eventualmente anche esercitata per il tramite di soggetti da lui scelti. In quest'ottica la disposizione si pone sicuramente, in funzione limitativa della posizione successoria dei chiamati, motivo per il quale non può essere imposta per controversie riguardanti le quote necessarie, a prescindere dalla circostanza che la stessa apporti, anche in concreto, un beneficio (indiretto e secondario) agli istituiti. Al contrario, con il legato di contratto si impone una data attività negoziale all'onerato a beneficio del legatario, esso è posto in essere con l'obiettivo di effettuare una liberalità a favore dello stesso; in tale fattispecie non si ravvisa un interesse preminente del *de cuius* rispetto al quale il beneficio dell'istituito sarebbe di tipo secondario e indiretto: la volontà che sottende la previsione è quella di apportare un

vantaggio a quest'ultimo.

Ciò posto quale ultimo profilo dell'indagine occorre valutare quali siano i mezzi di cui il testatore può disporre per ottenere l'osservanza della disposizione arbitrale e, quindi, quali siano le conseguenze di una sua eventuale violazione. È evidente che alcun problema si pone qualora la stessa sia posta in essere per il tramite del rimedio condizionale. Anzi, come opportunamente rilevato [50], potrebbe ricorrersi alla condizione, proprio per garantire che la volontà del *de cuius* sia dotata di un'effettiva *vis coartante*. Un medesimo effetto può essere ottenuto con l'onere, qualora in caso di inadempimento sia prevista la risoluzione dell'acquisto *mortis causa*; invero va precisato che, in tale ultimo caso, la risoluzione a differenza di quanto avviene nella disposizione *sub condicione*, non opera *ex lege* in via automatica, ma necessita di una pronuncia dell'autorità giudiziaria di carattere costitutivo.

Al di fuori di questi casi il testatore per garantire il rispetto di quanto statuito potrebbe prevedere una prestazione a titolo di pena a carico degli inadempienti. Sulla possibilità di configurare una penale di fonte testamentaria la dottrina non è concorde. Secondo alcuni autori [51] la stessa sarebbe un rimedio previsto dal legislatore per i soli contratti sinallagmatici e, pertanto, incompatibile con la struttura unilaterale del testamento. Peraltro, proseguono gli interpreti, pur volendo tralasciare la necessaria esistenza di un contratto bilaterale su cui innestare il rimedio sanzionatorio (e risarcitorio) in esame, va considerato il fondamentale principio della tipicità delle sanzioni che verrebbe inevitabilmente compromesso.

Secondo altri [52], invece, sebbene possa ritenersi incontroverso che la fonte tipica dell'istituto di cui all'[art. 1382 c.c.](#) sia il contratto, questo non è sufficiente a dimostrare che la penale non possa essere prevista per testamento, e garantire in tal modo le volontà del *de cuius*; non si rinviene, infatti, alcuna norma nel diritto positivo da cui possa ricavarsi tale conclusione. Inoltre la struttura bilaterale della penale, può essere rispettata (seppur in un momento successivo) anche nel testamento, con l'accettazione della eredità, ove essa sia apposta ad un'istituzione ereditaria, o con la mancata rinuncia del legato nell'ipotesi in cui si riferisca ad una disposizione a titolo particolare [53].

Tralasciando in questa sede l'ulteriore approfondimento dei due orientamenti sopra richiamati, va segnalato come attenta dottrina [54], sul punto, ha formulato alcune considerazioni di indubbia validità.

Tali interpreti distinguono sotto la definizione generica di penale testamentaria, due

diverse fattispecie, a seconda dei soggetti a favore dei quali essa opera. La prima ipotesi è rappresentata dalla penale che obbliga l'istituto, in caso di inadempimento, ad una prestazione succedanea al risarcimento del danno, a favore del creditore della prestazione rimasta inadempita. La seconda si verifica, invece, qualora la prestazione oggetto della penale deve essere eseguita a favore di un terzo. Solo nel primo caso la disposizione riprodurrebbe il modello negoziale della clausola *ex* [art 1382 c.c.](#), incompatibile con il negozio a causa di morte. Nonostante, infatti, la considerazione sopra espressa sul rispetto della struttura bilaterale della clausola in esame, attraverso il meccanismo dell'accettazione o del mancato rifiuto della disposizione, non può negarsi che la natura della clausola penale sia salvaguardata solo formalmente, restando in concreto pregiudicata. La circostanza che il consenso venga prestato solo *ex post* dall'onerato esclude ontologicamente che quest'ultimo apporti il suo contributo alla previsione del regime sanzionatorio. In altre parole, l'onerato si limita a prestare il consenso ad un regolamento da altri predisposto, in maniera quasi analoga a quanto avviene nei contratti per adesione, secondo un *modus* sicuramente non conforme all'obiettivo di salvaguardia della parità delle parti cui risponde l'istituto di cui all'[art. 1382 c.c.](#)

Le considerazioni sopra esposte, non possono essere, invece, riferite all'ipotesi in cui la penale sia disposta a favore di un terzo estraneo al rapporto tra l'onerato ed il creditore della prestazione non soddisfatta. In questo caso, infatti, la volontà manifestata dal testatore non dà vita al meccanismo della penale convenzionale, ma in realtà ad un legato (a favore del terzo), sottoposto alla condizione sospensiva dell'altrui inadempimento, sulla cui ammissibilità non possono sorgere dubbi.

Nel caso di specie, pertanto, sicuramente non possono esserci incertezze sulla possibilità per il testatore, al fine di garantire l'attuazione del suo volere, di prevedere una penale a favore di un terzo, che non sia destinatario della disposizione arbitrale.

Ultima considerazione va, infine, svolta in relazione all'ipotesi in cui la disposizione arbitrale venga configurata come legato di contratto. In questo caso occorre chiedersi, se l'obbligo di contrarre il compromesso sia passibile di esecuzione in forma specifica, e, quindi, se sia azionabile da parte dell'istituto non inadempiente, il rimedio di cui all'[art. 2932 c.c.](#)

La parte più autorevole della dottrina [55] è concorde nel ritenere il rimedio in esame esperibile in via generale, anche qualora la fonte dell'obbligo non sia un contratto

preliminare, ma la scheda testamentaria. Questo a prescindere dall'obiezione pure apprezzabile, dell'affinità tra l'obbligazione imposta dal preliminare, e quella del testamento. Resta inteso che tale possibilità può essere implicitamente esclusa dal *de cuius*, qualora lo stesso preveda un diverso rimedio per il caso di inadempimento, come appunto con la disposizione di una penale, ovvero di una clausola di decadenza.

Riferimenti bibliografici

[1] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015, 717 ss.; V. BARBA, *Le disposizioni testamentarie*, in G. BONILINI (diretto da) e V. BARBA (coordinato da), *Le disposizioni testamentarie*, Milano, 2012, 1 ss.; C. COPPOLA, *Le disposizioni testamentarie*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, II, Milano, 2009, 197 ss.; G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 10 ss.

[2] La migliore dottrina ricomprende nel novero delle disposizioni atipiche: “ tutte quelle manifestazioni di volontà del *de cuius*, non contemplate esplicitamente e preventivamente, dalla legge, quali disposizioni calabili in un testamento”, C. COPPOLA, *Le disposizioni testamentarie*, cit., 202; G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, cit., 12 ss.

[3] Sul punto, va precisato, come secondo la dottrina tradizionale il limite della meritevolezza opera solo con riferimento ai contratti atipici. Sul presupposto, infatti, della coincidenza del concetto di tipo con quello di causa, intesa in astratto quale funzione economico sociale, si sosteneva che il negozio tipico avesse già superato in sede di previsione normativa la verifica della meritevolezza dello scopo. Con l'avvento della teoria della causa in concreto, e, quindi, della rilevanza della funzione economico individuale, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che il controllo sulla meritevolezza deve essere effettuato anche con riferimento ai contratti tipici, i quali, sebbene in astratto dotati di uno schema negoziale meritevole di tutela, in concreto possono perseguire interessi non apprezzabili. Più precisamente, il controllo sulla meritevolezza dell'interesse va quindi eseguito, con riferimento ai contratti atipici sia sullo schema negoziale sia sul concreto interesse perseguito dalle parti, con riferimento ai contratti tipici solo sul momento attuativo del rapporto e, quindi, sull'effettivo interesse perseguito. M.C. DINER, *Il contratto in generale*, III, Milano, 2015, 333 ss.; G. CHINÈ-M. FRATINI-A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, V, Roma, 2014, 1206 ss.; F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, IV, 2013, Roma, 696 ss.

[4] C. COPPOLA, *Le disposizioni testamentarie*, cit., 203 ss.

[5] Per ulteriore completezza dell'analisi, va precisato, che la stessa applicabilità dell'art. 1322 al *genus* dei negozi unilaterali non può dirsi pacifica. La dottrina più recente è comunque orientata nel riconoscere la possibilità di configurare nel nostro ordinamento anche negozi unilaterali atipici, purché non pregiudizievoli per i terzi e rifiutabili. Sul

punto cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 723-724; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 91.

[6] G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, cit., 5 ss.; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1970, 39 ss.

[7] Così specialmente C. M. BIANCA, *Diritto Civile, La famiglia le successioni*, II, Milano, 1989, 558; L. BIGLIAZZI GERI, *Il Testamento*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 6, II, Torino, 1997, 100 ss.

[8] G. BONILINI, *La disposizione arbitrare*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, II, Milano, 2009, 898 ss.

[9] [Cass. civ., 14 ottobre 2013, 23278](#) secondo cui : «*nella clausola si sine liberis decesserit apposta ad un testamento non si ha una duplice e successiva istituzione come nel fedecommesso, bensì una istituzione subordinata a condizione risolutiva, verificatasi la quale il primo istituito viene considerato come se non fosse mai stato chiamato; tuttavia tale clausola è valida solo quando ha tutti i caratteri di una vera e propria condizione, risolutiva rispetto al primo istituito e sospensiva nei confronti del secondo, mentre essa è nulla quando viene impiegata per mascherare una sostituzione fedecommissaria vietata dalla legge, occorrendo quindi al riguardo un accertamento caso per caso, sulla base della volontà del testatore e delle particolari circostanze della disposizione*»; *contra* N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, 179 ss.

[10] F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1997, 94 ss., citato anche da G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 739.

[11] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 750.

[12] Sulla meritevolezza della disposizione cfr. F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2002, 819, secondo il quale la possibilità di incidere sui rapporti giuridici degli istituiti sarebbe riconosciuta al testatore dall'[art. 647 c.c.](#)

[13] L. BIAMONTI, voce *L'arbitrato. c) dir. proc. civ.*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 900 ss..

[14] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 765 ss; G. BONILINI, *La disposizione arbitrare*, cit., 896 ss.; M. CONFORTINI, *Clausola compromissoria. Nozione*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 191; S. PARDINI, *La clausola arbitrare testamentaria*, in *Riv. Not.*, 1998, 111 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di*

procedura civile, IV, Napoli, 1964, 746.

[15] F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 813 ss..

[16] [Cass. civ., 27 luglio 1990, 7597](#), in *Riv. Arb.*, 535.

[17] [Cass. civ., 25 maggio 1995, 5724](#), in *Giur. It.*, 1996, I.

[18] [Cass. civ., 18 marzo 1997, 2384](#), in *Giur. It.*, 1998.

[19] S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 113.

[20] Come autorevolmente rilevato un risultato analogo, e quindi ammesso, si produce anche nell'ipotesi in cui sia imposta non la stipula del compromesso, ma della clausola compromissoria all'apertura della successione, destinata ad operare con riferimento a successive e eventuali controversie. Ipotesi questa, ben distinta dalla disposizione compromissoria in senso tecnico. G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 897; in parte S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 114, nota 14.

[21] Cfr. Corte di Cassazione, II sezione civile, 6 giugno 1969, n. 1989. La controversia posta all'attenzione della Corte, verteva sulla validità di un disposizione con la quale il testatore attribuiva a due coeredi una porzione di un fondo, imponendo il ricorso alla procedura arbitrale per le controversie sul suo frazionamento. Secondo la Corte, la fattispecie non poteva rientrare nell'ambito applicativo dell'[art. 632 c.c.](#) giacché: «[...] il testatore non si sia rimesso alla volontà di una terza persona non individuata la quale avesse dovuto integrare la sua volontà, ma si sia preoccupato della sola eventualità che tra i fratelli insorgesse una controversia per la individuazione dell'area.. L'arbitrato di cui alla clausola de qua, dunque, lungi dall'incidere sulla determinazione dell'oggetto stesso del legato, era limitato alle eventuali controversie, com'era fatto palese dallo strettissimo collegamento istituito nella clausola fra l'arbitrato e il frazionamento, sì che il primo termine non era inteso a demandare la scelta dell'area da scorporarsi ad un terzo non indicato, e tanto meno era inteso ad integrare la volontà del testatore in ordine alla determinazione dell'oggetto della liberalità [...] la clausola arbitrale attiene esclusivamente alla fase esecutiva del legato, cioè al suo concreto adempimento, e non già alla fase volitiva, cioè all'attribuzione del legato, con la conseguenza che la nullità della clausola compromissoria non può in nessun modo incidere sulla complessiva volizione testamentaria la quale è nella specie chiara e integra di tutti i suoi elementi essenziali.».

[22] Sottolinea inoltre l'importanza della disposizione anche sotto il profilo della

riservatezza che la stessa garantisce, S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 111; *contra* G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 893, nota 31.

[23] V. PIANO MORTARI, voce *Arbitrato. b) diritto intermedio*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, 898.

[24] Così G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 894; P. COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti. Il giudice familiare*, in *Scritti vari di diritto privato*, II, Torino, 1917, 278 ss.

[25] F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 824-826, nota 69, il quale, tuttavia, riconosce che le argomentazioni sopra riportate non possono essere sostenute, nel caso in cui la disposizione di arbitrato venga posta in essere ricorrendo alla condizione risolutiva.

[26] G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 895-896, il quale riprende le argomentazioni espresse da L. MENGONI, in *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in A. CICU-F. MESSINEO (già diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, Milano, 1992, III ed., 89-90.

[27] Sulla natura alimentare del diritto in esame si confronti G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in G. BONILINI (diretto da), *Tratt. Dir. delle successioni e donazioni*, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 473 ss.; G. GABRIELLI, *Dei legittimari*, in G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Comm. al dir. It. della famiglia*, V, Padova, 1992, 80 ss.

[28] G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 900; S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 117-118.

[29] S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 116-117.

[30] A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 187.

[31] Sull'ammissibilità del mandato *post mortem exequendum* si veda G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, VIII, Torino, 2016; F. GAZZONI, *Patti successori: conferma di una erosione*, *Comm. a [Cass. civ., 9 maggio 2000, 5870](#)*, in *Riv. Not.*, 2001, I, 237; M. DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 540.

[32] S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 117; S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 72.

[33] Come opportunamente rilevato, dalla attribuzione della rappresentanza processuale all'esecutore testamentario discende l'impossibilità di cumulare tale incarico con quello

di arbitro; in caso contrario, infatti, in relazione a una data controversia lo stesso soggetto sarebbe sia giudice che titolare del diritto di azione, sebbene per un interesse altrui. Così F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 824.

[34] P. COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti. Il giudice familiare*, cit., 282 ss.

[35] F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 824.

[36] Così [Cass. civ., I sez., 20 aprile 2016, 7956](#). Sulla nomina giudiziale degli arbitri si confronti anche [Cass. sez. un., 4 dicembre 2001, 15290](#); [Cass. civ. sez. I, 14 maggio 2012, 7450](#).

[37] In questo senso, F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 823.

[38] Sulla natura negoziale e transattiva del lodo irrituale cfr, [Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2014, 13211](#), in *Guida al diritto*, 2104, 44,52; [Cass. civ., sez. I, 28 aprile 2010, 10221](#); [Cass. civ., sez. III, 1 dicembre 2009, n. 25268](#); [Cass. civ., 4 aprile 2002, 4841](#), in *Giust. Civ.*, 2002, I, 212.

[39] F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 822.; S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 116; in senso contrario A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 184.

[40] G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 900-901; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965, 187; F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 826 ss.

[41] Il principio fondamentale dell'economia dei giudizi, che nel processo ordinario trova tutela attraverso la previsione di cui all'[art. 96 c.p.c.](#), deve ritenersi operante anche con riferimento alla procedura arbitrale.

[42] Va riportato il pensiero di un Autore, che analizza la singolare ipotesi in cui la condizione gravi su un solo istituito. In presenza di tale clausola, che si qualificerebbe come mista, occorre chiedersi cosa accada qualora l'istituito sotto condizione, che si sia prodigato per la stipula del compromesso, incontri l'opposizione della controparte. Nell'ipotesi in cui quest'ultima tragga vantaggio dal mancato verificarsi dell'evento condizionato, si pensi ad esempio all'istituzione di due soggetti con diritto di accrescimento reciproco, di cui una sola sia gravata della condizione in esame, soccorre sicuramente l'[art. 1359 c.c.](#). Tale norma (espressione del generale principio di buona

fede) prevista per i contratti, ma applicabile anche all'atto *mortis causa*, stabilisce che la condizione si considera avverata (cd. *avveramento legale*) qualora l'evento in essa dedotto, non si sia verificato per fatto imputabile al soggetto interessato al mancato avveramento. Al di fuori di questa ipotesi, secondo l'A., al fine di evitare un'ingiusta lesione degli interessi dell'istituto sotto condizione, la volontà del *de cuius* deve ritenersi non diretta ad ottenere l'instaurazione del contenzioso arbitrale, ma un comportamento diligente da parte dell'istituto. La condizione si ritiene quindi verificata, se l'erede ha posto in essere tutto quanto necessario per convincere la controparte alla stipula del compromesso. Così F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 828 ss.

[43] [Cass. civ., sez. II, 2 gennaio 1997, 1](#); Cass. civ., 11 dicembre 1972, 3564.

[44] N. DI MAURO, *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento*, in *Giust. Civ.*, 5, 1997, 1321; A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 173; G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in V. DE MARTINO (diretto da), *Commentario teorico-pratico al cod. civ.*, Novara, 1982, 265; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, 177.

[45] Il caso è stato oggetto di una pronuncia di merito, Cort. App. Roma, 28 aprile 1959, in *Giust. Civ.* 1959, I, 2216.

[46] [Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 488](#), in *Riv. Arb.* 1992, p. 247 ss.; [Corte Cost., 11 dicembre 1997, n. 381](#), in *Giust. Civ.*, 1998, I, 324 ss.; Corte Cost., 24 luglio, n. 325, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2705 ss.

[47] F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, cit., 815-816; S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 115.

[48] S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., 114 ss.; M.C. TATARANO, *Il testamento*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. Dir. Civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, VIII, 4, Napoli, 2003, 457.

[49] Così G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 902 ss., secondo il quale, peraltro, anche qualora alla disposizione a titolo particolare sia apposto un *modus* che assorba del tutto il suo vantaggio economico, la funzione del legato non sarebbe snaturata.

[50] G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, cit., 900 ss.

[51] A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 90 ss.; nello stesso senso anche N.

VISSALLI, *La clausola penale testamentaria*, in *Giustizia Civile*, II, 2002, 537 ss., che conclude per la sua nullità. Secondo l'Autore, la clausola penale prevede due eccezionali deroghe ai principi del nostro ordinamento, che non possono estendersi anche al negozio *mortis causa*. Innanzitutto la stessa rappresenta una deroga al regime legale della prova del danno (art.1382comma II), in secondo luogo, consente eccezionalmente, la possibilità di determinare in via preventiva l'ammontare dello stesso.

[52] G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990,162 e ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 764.

[53] Così in particolare G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 162 e ss., secondo il quale: «è sufficiente che sussista un'intrinseca proporzionalità fra l'entità dell'inadempienza, e la correlativa sanzione, e, soprattutto, che l'obbligato possa con chiarezza conoscere, a priori, il rischio che alla sua inadempienza si connette [...] ciò è largamente assicurato anche in campo testamentario, essendo peraltro pienamente libera la scelta dell'onerato, di non accettare l'eredità, o di rinunciare al legato».

[54] M. LUPO, *Le disposizioni sanzionatorie*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, II, Milano, 2009, l'Autrice riprende il pensiero di S. MAZZARESE, *La clausola penale*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al cod. civ.*, Milano, 1999, 279 ss, e di A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 200 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*,1957, 889 ss.

[55] G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 222 ss.; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 164 ss.