

Studio n. 339-2012/C

### **Clausola di diseredazione e profili di modernità**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 20 settembre 2012*

#### **Lo studio in sintesi (abstract)**

*Lo studio affronta la tematica relativa alla diseredazione, cioè la clausola negativa con la quale il testatore manifesti l'intenzione di escludere dalla sua successione determinati suoi discendenti legittimi. L'argomento presenta grande interesse, soprattutto in seguito alla recente pronuncia della Corte di Cassazione, n. 8352 del 25 maggio 2012, la quale, distaccandosi dagli orientamenti precedentemente sostenuti, ha affermato il seguente principio di diritto: "è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili".*

*Il presente lavoro si occupa quindi di ripercorrere le diverse posizioni sostenute tanto in dottrina quanto in giurisprudenza in materia di diseredazione, elencando le ragioni poste alla base sia delle teorie favorevoli all'ammissibilità di una clausola meramente negativa, sia delle teorie contrarie a tale ammissibilità.*

*La Suprema Corte, in particolare, rendendosi conto delle contraddizioni insite nelle sue precedenti pronunce, che, da un lato sancivano la validità della clausola, mentre dall'altro condizionavano tale validità, seppur in modo indiretto o implicito, all'esistenza di una volontà del testatore di attribuire le proprie sostanze a un determinato beneficiario, ha cambiato rotta. Anche la sola diseredazione rivestirebbe, come specificato dalla recente pronuncia, carattere dispositivo, in quanto il termine "disposizione" non va identificato con il termine "attribuzione". Anche l'esclusione di un determinato soggetto dal novero dei successibili, cioè, comporta un regolamento dei propri interessi per il tempo successivo alla morte, e, come tale, rientra a pieno titolo negli atti di disposizione, idonei a formare valido contenuto di un testamento.*

*L'affermazione della validità della clausola di diseredazione, a prescindere da positiva volontà attributiva, si pone in linea con il riconoscimento della più ampia e libera autonomia del testatore.*

*Ad oggi, però, tale libertà trova un limite nei principi dettati in materia di tutela dei soggetti legittimari, per i quali, in virtù della protezione accordata, è sempre stata affermata l'inammissibilità della clausola meramente negativa.*

*Alla luce delle più recenti correnti dottrinali, nonché della posizione di apertura assunta dalla Suprema Corte, il presente studio si propone quindi di analizzare la questione della diseredazione rivolta a soggetti qualificati come legittimari, interrogandosi sulla possibilità che se non oggi, almeno per il futuro, possa auspicarsi a una maggiore apertura del sistema, volta a riconoscere maggior valore al profilo della libertà testamentaria piuttosto che a quello dell'inderogabilità dei principi sanciti in materia di tutela dei legittimari.*

\*\*\*

**Sommario:** 1. Storia dell'istituto; 2. Una questione antica ma quanto mai attuale; 3. Orientamenti dottrinali inerenti alla diseredazione ed evoluzione giurisprudenziale; 4. Diseredazione e soggetti legittimari: profili d'attualità a seguito dell'intervento della Suprema Corte di Cassazione.

## **1. Storia dell'istituto**

Tale istituto trova le sue origini nel diritto romano, che conosceva, oltre all'indegnità, anche la diseredazione, quale sanzione civile di fonte privata, idonea a conferire al *pater familias* il potere di escludere dalla propria successione alcuni degli eredi, in virtù di risentimento per qualche torto ricevuto <sup>(1)</sup>. Più della metà degli ordinamenti di *civil law*, ancora oggi si ricollegano al diritto romano, che "temperava" la tutela dei soggetti legittimari tanto con l'istituto dell'indegnità, quanto con quello della diseredazione; il primo come esplicazione della volontà della legge, il secondo come estrinsecazione della volontà del *de cuius* per ipotesi di minore gravità, cioè per "giuste cause" <sup>(2)</sup>. In altre parole, se da un lato la diseredazione era diretta a tutelare l'interesse privato del *de cuius*, in quanto aveva luogo solo se esplicitamente voluta e disposta allo stesso, dall'altro, l'indegnità era tesa a tutelare l'interesse pubblico, in quanto ripugnava alla coscienza sociale che un soggetto che avesse commesso atti delittuosi nei confronti di una persona potesse succedergli <sup>(3)</sup>.

Fu il *code Napoléon* ad abolire la diseredazione testamentaria, lasciando solo la legge a prevedere l'indegnità come causa di esclusione dalla successione per fatti molto gravi. Come già detto, la maggior parte degli ordinamenti di *civil law*, conservando il sistema romanistico, oggi prevedono tanto l'indegnità quanto la diseredazione <sup>(4)</sup>, quest'ultima come esclusione dalla successione per volontà del testatore, per fatti meno gravi rispetto a quelli che legittimano

l'indegnità, ma considerati comunque assai rilevanti <sup>(5)</sup>. Invece, in Italia, la rinascita dell'istituto della diseredazione testamentaria, previsto dai codici preunitari, trovò il suo epilogo nel codice civile del 1865, nel quale la diseredazione non fu prevista. Il problema di un reinserimento di tale istituto, al tempo della redazione del codice civile del 1942, non si pose neanche <sup>(6)</sup>. In realtà, l'esclusione della diseredazione sia nel codice civile del 1865, sia in quello vigente, *"non ha evitato il sorgere di questioni"* <sup>(7)</sup>.

## **2. Una questione antica ma quanto mai attuale**

Il motivo per il quale si è ritenuto opportuno affrontare nuovamente l'istituto della diseredazione è la netta inversione di tendenza da parte della Corte di Cassazione rispetto agli orientamenti precedentemente sostenuti sull'argomento relativo alla clausola diseredativa meramente negativa <sup>(8)</sup>.

L'ammissibilità di una clausola di diseredazione, cioè di una clausola negativa con la quale il testatore manifesti l'intenzione di escludere dalla sua successione determinati suoi discendenti legittimi, configura una questione sulla quale si è molto dibattuto. Le incertezze sono sorte principalmente a causa della mancanza di un puntuale dato normativo che la disciplinasse, e quindi dal profilarsi di teorie, sostenute tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che sono approdate a conclusioni spesso tra loro contrastanti. Posto che la legge nulla dispone relativamente alla clausola di diseredazione, essa si considera come disposizione atipica, e, proprio per tale suo profilo fino ad oggi si è molto discusso sulla sua validità <sup>(9)</sup>.

Il dibattito, oggi ancora vivo in dottrina e in giurisprudenza, relativo alla qualificazione dell'istituto della diseredazione, *"presenta notevole interesse per l'operatore pratico del diritto, poiché dall'inquadramento giuridico dell'istituto scaturisce un diversificato modo di operare degli effetti giuridici"* <sup>(10)</sup>.

Si configura l'istituto della diseredazione ogni volta che *"il testatore, in modo espresso, privi uno, o alcuni, dei propri successibili legittimi della possibilità di succedergli"* <sup>(11)</sup>. La clausola mira cioè a sottrarre al quadro dei successibili *ex lege*, purché non legittimari, i soggetti diseredati; non impedisce, per i soggetti non esclusi, l'apertura della successione legittima.

## **3. Orientamenti dottrinali inerenti alla diseredazione ed evoluzione giurisprudenziale**

Il punto focale della questione relativa alla diseredazione, secondo autorevole dottrina, è costituito dal rapporto tra successione legittima e testamentaria. Il riferimento normativo è dato dal secondo comma dell'art. 457 c.c., il quale dispone che *"non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca in tutto o in parte quella testamentaria"*. Da tale norma è possibile

dedurre che non operino le norme relative alla delazione legittima se non in assenza, totale o parziale, di efficace negozio testamentario del *de cuius* <sup>(12)</sup>. Alcuni autori <sup>(13)</sup> sostengono la prevalenza della successione legittima, in quanto essa conferisce alla volontà del disponente carattere di legittimità, ed essendo indirizzata a un interesse superiore <sup>(14)</sup>, rappresenterebbe un *prius* rispetto alla successione testamentaria. Altri, invece, ritengono che prevalga la successione testamentaria, prendendo atto della formulazione della norma generale, che dà alla volontà del testatore forza prevalente sulla volontà della norma <sup>(15)</sup>. Altri ancora <sup>(16)</sup>, partendo dal campo di operatività dell'una o dell'altra successione, pongono i due tipi successori sullo stesso piano.

La questione relativa alla preminenza dell'uno o dell'altro tipo di successione non può non condurre all'interrogativo concernente la natura delle norme dettate in materia successione legittima. Secondo parte della dottrina <sup>(17)</sup>, esse avrebbero natura di norme meramente dispositive <sup>(18)</sup>, come tali derogabili da diversa volontà testamentaria. *Contra*, coloro che sostengono la natura di norme suppletive rispetto alle disposizioni testamentarie <sup>(19)</sup>.

In realtà, come autorevolmente sottolineato <sup>(20)</sup>, va fatto un passo ulteriore. Il punto cardine della questione, infatti, non è tanto il rapporto tra la successione legittima e la successione testamentaria, quanto la questione relativa ai caratteri che la successione testamentaria deve presentare per considerarsi tale, e per evitare, conseguentemente, che si faccia luogo alla successione legittima. In altre parole ci si deve chiedere: che caratteristiche deve avere la disposizione testamentaria per essere considerata valida ed ammissibile, e conseguentemente in grado di escludere l'apertura della successione legittima *ex art. 457, comma secondo, c.c.*?

Sono state a tal proposito formulate due opposte teorie.

Partendo da una interpretazione restrittiva del combinato disposto degli artt. 587 e 588 c.c., si è giunti ad affermare il carattere necessariamente attributivo delle disposizioni testamentarie.

Soltanto le disposizioni patrimoniali, le uniche in grado di incidere sul patrimonio del defunto con particolari effetti, potrebbero costituire valido contenuto del testamento. Esse, in particolare, si inquadrerebbero nei due tipi previsti dal primo comma dell'art. 588 c.c., cioè disposizioni a titolo universale, che attribuiscono la qualità di erede, e disposizioni a titolo particolare, che conferiscono al qualità di legatario. Ad avviso di questa parte di dottrina <sup>(21)</sup>, l'istituzione di erede e legato costituirebbero le due forme di disposizioni "tipiche" ammesse nel testamento. Corollario di questa teoria è la non ammissibilità disposizioni puramente negative, come quella di diseredazione, che, con contemplando una positiva disposizione di beni, non sarebbe idonea ad escludere la successione legittima in favore del diseredato.

La tendenza contraria all'ammissibilità di una clausola diseredativa si basa quindi sull'assunto che le disposizioni testamentarie debbano avere ad oggetto una positiva attribuzione,

e non già una finalità meramente negativa volta ad escludere dalla successione determinati soggetti.

Il termine “disporre” di cui all’art. 587 c.c. andrebbe quindi riferito a una disposizione necessariamente positiva, in quanto attributiva di beni, a titolo di eredità o di legato, e, come tale, idonea a incidere sugli assetti del patrimonio del *de cuius* per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Se, da un lato, il testatore è libero di disporre liberamente di tutti i suoi beni quando non lasci legittimari, anche escludendo soggetti chiamati per legge, dall’altro, lo strumento tecnico offerto dall’ordinamento al fine di raggiungere tale risultato è la positiva disposizione di tutti i beni o di parte di essi, non essendo sufficiente la mera disposizione negativa. Il comma secondo dell’art. 457 c.c., facendo riferimento alla presenza di una “successione testamentaria” idonea ad evitare che si apra la successione legittima, richiama proprio il contenuto tipico del testamento, cioè il suo valore tipico di disposizione di beni <sup>(22)</sup>.

A ciò si aggiunga che, a parere della teoria appena esposta, anche se l’art. 587, secondo comma, c.c. ammette, quale contenuto del testamento, anche disposizioni di carattere non patrimoniale, dovrebbe sempre trattarsi di disposizioni non patrimoniali tipiche, cioè espressamente previste dalla legge <sup>(23)</sup>.

Quindi, la clausola di diseredazione, secondo tale visione, non sarebbe valida in quanto da un lato carente del carattere attributivo, richiesto alla luce della suddetta interpretazione del combinato disposto degli artt. 587 e 588 c.c., e dall’altro caratterizzata da atipicità legale.

In mancanza di tale carattere positivo – attributivo, la clausola di diseredazione non potrebbe considerarsi una valida disposizione testamentaria, come tale idonea ad escludere l’apertura della successione legittima ex art. 587 comma secondo, c.c. Solo disponendo di beni, il testatore potrebbe pervenire a un risultato diverso e ulteriore rispetto all’apertura della successione legittima <sup>(24)</sup>.

In virtù di quanto detto, tale visione esclude che la clausola di diseredazione possa avere rilevanza modificativa della successione legittima.

Al contrario, è stato osservato che il termine “disporre” non coincide con il termine “attribuire”. Anche la diseredazione, seppure in maniera negativa, sarebbe quindi da considerarsi orientata al regolamento dei rapporti patrimoniali per il tempo successivo alla morte, in quanto volta a favorire, tra i successori legittimi, quelli non esclusi. Pur aderendo alla concezione secondo la quale le disposizioni tipiche del testamento sono l’istituzione di erede e il legato, il giudizio relativo alla validità della clausola di diseredazione andrebbe effettuato, come avviene in generale nell’esercizio dell’autonomia negoziale, alla luce del principio di meritevolezza.

Il riconoscimento dell'autonomia testamentaria, infatti, ha come logica conseguenza l'accoglimento di un'ampia nozione di testamento, in virtù della quale l'art. 587 c.c. va interpretato in modo da porre, quale unico limite alla libertà di testare, i motivi che la sorreggono<sup>(25)</sup>. Conseguenza di ciò è che l'atto di ultima volontà possa contenere tanto disposizioni a carattere patrimoniale, quanto disposizioni che non presentano tale carattere; ed è altresì possibile che queste ultime esauriscano il contenuto del testamento. Si pensi al caso dell'onere testamentario, di cui si tratterà più avanti.

Si pensi a quanto avviene in materia contrattuale, ove le parti possono prevedere schemi atipici di contratto, a condizione che l'interesse alla base dell'atto sia considerato dall'ordinamento meritevole di tutela.

Come conseguenza delle tesi sopra esposte, la prima volta a sottolineare la necessaria caratterizzazione positivo – attributiva delle disposizioni testamentarie, la seconda volta ad ammettere anche disposizioni prive di tale caratterizzazione, si è giunti ad ammettere o negare la validità della clausola di diseredazione.

La teoria negativa<sup>(26)</sup>, basa il convincimento dell'inammissibilità della clausola di diseredazione su molteplici ragioni:

- Innanzitutto sull'interpretazione letterale dell'art. 587 c.c., che, definendo il testamento come l'atto con cui *"taluno dispone di tutte le sue sostanze o di parte di esse"*, mira a indicare al testatore che se vuole validamente escludere dall'eredità un erede legittimo, deve attribuire i beni ereditari ad altri soggetti nelle tipiche forme dell'istituzione di erede o di legato<sup>(27)</sup>.

Alla base di questa concezione si pone la mancata corrispondenza tra il "disporre negativamente" e il "disporre" di cui alla norma in commento, intesa nel senso di decidere nella forma di una dichiarazione negoziale, il cui oggetto include la designazione della persona cui i beni sono destinati, nelle forme previste dall'art. 588 c.c.

- Altra ragione alla base della teoria contraria alla configurabilità di tale clausola risiederebbe nel timore che ammettere la diseredazione significherebbe favorire una sorta di indegnità decisa dal privato, che esulerebbe quindi dai casi di indegnità tassativamente fissati<sup>(28)</sup>. Non è infatti consentito al testatore, pur nell'ambito dell'autonomia privata, *"derogare alle cause legittime di esclusione dalla successione poste dalla legge, con carattere tassativo, in tema di indegnità"*<sup>(29)</sup>.

- Altra motivazione per la quale considerare tale clausola inammissibile consisterebbe nell'illiceità della causa, o meglio nella negatività dell'intento posto alla base della stessa. Normalmente, con la clausola di diseredazione il testatore persegue il solo intento di

escludere il diseredato dalla successione penalizzandolo. Questa volontà a contenuto negativo, secondo parte di dottrina <sup>(30)</sup>, non sarebbe meritevole di tutela.

Corollario della tesi dell'inammissibilità è la considerazione secondo la quale la clausola negativa sarebbe valida se accompagnata da un'istituzione implicita di erede.

Basti guardare il primo importante precedente giurisprudenziale in materia, costituito da una risalente pronuncia della Corte di Cassazione, la quale, nella sentenza n. 1458 del 1967 ha affermato il seguente principio di diritto: *“Ai sensi dell’art. 587 c.c., comma primo, il testatore può validamente escludere dall’eredità, in modo implicito o esplicito, un erede legittimo, purché non legittimario, a condizione, però, che la scheda testamentaria contenga anche disposizioni positive e cioè rivolte ad attribuire beni ereditari ad altri soggetti, nelle forme dell’istituzione di erede o di legato. È quindi nullo il testamento con il quale, senza altre disposizioni, si escluda il detto erede, diseredandolo. Peraltro, qualora dall’interpretazione della scheda testamentaria risulti che il de cuius, nel manifestare espressamente la volontà di diseredare un successibile, abbia implicitamente atteso attribuire, nel contempo, le proprie sostanze ad altri soggetti, il testamento deve essere ritenuto valido, contenendo una vera e propria valida disposizione positiva dei beni ereditari, la quale è sufficiente ad attribuire efficacia anche alla disposizione negativa della diseredazione”*.

L’esclusione testamentaria, avrebbe qui una duplice valenza: da un lato di dichiarazione tacita, in virtù dell’implicito contenuto positivo, e, dall’altro, di dichiarazione *per relationem*, individuandosi i chiamati per rinvio alla successione legittima, eccezion fatta per il soggetto diseredato <sup>(31)</sup>.

Tale orientamento della Suprema Corte presta il fianco a molteplici obiezioni, *“la prima delle quali fondata sullo stesso ricorso alla finzione, di fronte all’infondatezza e all’artificialità della presunzione di volontà positiva in rapporto all’atteggiamento psicologico concreto del testatore”* <sup>(32)</sup>.

Come si vedrà più avanti, gli orientamenti più recenti criticano fortemente questa visione estremamente restrittiva e troppo ancorata al dato letterale, in virtù della quale le uniche disposizioni idonee a formare oggetto di una scheda testamentaria sarebbero l’istituzione a titolo di eredità o legato, di cui all’art. 588 c.c. Tale interpretazione è anche contraddetta dall’evoluzione che altri istituti hanno avuto, e che porta a sottolineare come essa sia da considerare come segno di un tempo e di un’ottica ormai superati. Si pensi all’onere testamentario, definito quale elemento accidentale delle disposizioni testamentarie, che può essere apposto tanto all’istituzione di erede, quanto al legato, come prescrive l’art. 647 c.c. Nonostante da questa norma emerga il carattere di accessorietà, dato dal legame tra il *modus* e la disposizione cui accede, è stato

affermato che appartiene all'onere anche il carattere dell'ambulatorietà. Si vedano a tal proposito gli artt. 676, comma secondo, e 677 commi secondo e terzo, c.c., che, confermando tale carattere di autonomia dell'onere, ne sottolineano appunto l'ambulatorietà, la quale deriva dal fatto che si ha una scissione tra la successiva destinazione della disposizione modale e l'originaria chiamata testamentaria nell'*universum ius o in singula res* <sup>(33)</sup>. Ciò permette di arrivare alla conclusione che nega ogni profilo di accessorietà alla disposizione principale <sup>(34)</sup>, e che ha come logico corollario la possibilità che un *modus* possa costituire, da solo, contenuto di un testamento. Se oggi ancora si ragionasse come ragionava la Suprema Corte nel 1967, una conclusione volta a riconoscere validità soltanto alle disposizioni rientranti nel dettato di cui all'art. 588 c.c., sarebbe inaccettabile, perché l'onere, considerato come una disposizione "autonoma" e non più accessoria, esulerebbe dal dettato di cui all'art. 588 c.c. stesso e non potrebbe validamente formare autonomo contenuto di una scheda testamentaria <sup>(35)</sup>.

Successivamente, nella giurisprudenza della stessa Corte, è stato affermato il principio secondo cui *"la volontà di diseredazione di alcuni successibili può valere a fare riconoscere una contestuale volontà di istituzione di tutti gli altri successibili non diseredati solo quando, dallo stesso tenore della manifestazione di volontà o dal tenore complessivo dell'atto che la contiene, risulti la effettiva esistenza della anzidetta autonoma positiva volontà del dichiarante, con la conseguenza che solo in tal caso è consentito ricercare, anche attraverso elementi esterni e diversi dallo scritto contenente la dichiarazione di diseredazione, l'effettivo contenuto della volontà di istituzione. Pertanto, ove il giudice di merito nell'interpretazione dello scritto ritenga inesistente una tale volontà, correttamente lo stesso non ammette la prova diretta al fine di dimostrare la volontà del de cuius di disporre dei propri beni a favore di alcuni soggetti, in quanto con tale prova si mira non già ad identificare la volontà testamentaria contenuta, esplicitamente o implicitamente, nella scheda, ma alla creazione di una siffatta volontà"* <sup>(36)</sup>.

Anche la giurisprudenza di merito <sup>(37)</sup>, in diverse pronunce, si è mostrata concorde con questa teoria, negando la validità di una scheda testamentaria contenente esclusivamente una disposizione meramente diseredativa.

La teoria positiva <sup>(38)</sup>, invece, sostiene quanto segue:

- La lettura restrittiva e fortemente ancorata al dato letterale degli artt. 587 e 588 c.c., va rivista e corretta. La disposizione di cui all'art. 587 c.c. non implica una necessaria attribuzione positiva, soprattutto alla luce di una rilettura dell'art. 588 c.c. Tale articolo va infatti interpretato nel senso che il suo scopo precipuo sarebbe distinguere tra eredità e legato, e non indicare gli unici schemi tipici di disposizioni che possono formare oggetto del testamento <sup>(39)</sup>.

Conseguenza di tale visione è l'affermazione secondo la quale anche la diseredazione potrebbe considerarsi quale disposizione idonea ad assolvere la funzione tipica del testamento, cioè disporre delle sostanze appartenenti al *de cuius*, per il tempo in cui questi avrà cessato di vivere.

Si sposta così il baricentro della questione sulla libertà testamentaria <sup>(40)</sup>.

Il riconoscimento dell'autonomia testamentaria porta, infatti, a concepire un'ampia nozione di testamento <sup>(41)</sup>, da interpretare in modo da porre, quale unico limite alla stessa libertà del testatore, la liceità dei motivi che sorreggono le diverse disposizioni, alla luce del giudizio di meritevolezza, guidato dai principi generali dell'ordinamento giuridico. Da ciò si deduce come l'atto di ultima volontà possa contenere sia disposizioni a carattere patrimoniale, caratterizzate da un fine positivo – attributivo, sia disposizioni carenti di tale carattere. Queste ultime potrebbero anche esaurire l'intero oggetto della scheda testamentaria <sup>(42)</sup>.

Se, da un lato, la clausola di diseredazione non è testualmente prevista da alcuna norma giuridica, dall'altro, non esiste alcuna norma che la vieti espressamente.

- Non viene ritenuto corretto il richiamo all'indegnità a succedere, in quanto la diseredazione e l'indegnità avrebbero in comune solo l'effetto della perdita dei diritti successori. La diseredazione, infatti, prevede un regolamento successorio, sia pure in forma negativa, che comporta un privilegio per alcuni successibili, voluto dal testatore al di fuori delle ragioni poste alla base delle fattispecie che comportano l'indegnità. È diverso anche il fondamento dei due istituti: pubblicistico nell'indegnità e privatistico nella diseredazione. Ulteriore elemento di rottura è poi costituito dall'ambito di applicazione, posto che l'indegnità può colpire i soggetti legittimari, mentre è esclusa una efficace diseredazione degli stessi.

- È pur vero che l'intento del testatore è permeato da "*ragioni di antipatia*" <sup>(43)</sup>, ma è anche vero che il risvolto di tale volontà è il fine di rendere più consistente l'acquisto per i soggetti non diseredati. La diseredazione viene cioè vista come uno strumento che consente di ampliare i diritti successori riconosciuti in capo ai soggetti non diseredati.

La tesi sulla validità di un testamento contenente, quale unica disposizione, atipica e a carattere negativo, la diseredazione di uno o più successibili, è stata sostenuta anche in diverse pronunce di merito <sup>(44)</sup>.

Costituisce sicuramente un importante punto di approdo in relazione alla questione relativa all'ammissibilità di una clausola meramente negativa, che costituisca unico contenuto di una scheda testamentaria, l'ultima sentenza della Corte di Cassazione, n. 8352 del 2012, chiamata a pronunciarsi sulla stessa questione. La pronuncia della Corte muove dall'assunto in virtù del quale si ritiene contraddittorio il punto di arrivo delle precedenti sentenze, cioè da un lato sancire la

validità della clausola di diseredazione, ma, dall'altro, condizionare tale validità, seppur in modo indiretto o implicito, all'esistenza di una volontà del testatore di attribuire le proprie sostanze a un determinato beneficiario. Il nuovo indirizzo prospettato dalla Corte si basa, infatti, su una lettura degli artt. 587 e 588 c.c. differente rispetto a quella delle pronunce precedenti. La prima delle predette norme, definendo il testamento come atto di disposizione delle proprie sostanze, sottolinea sì la necessità che la disposizione testamentaria abbia contenuto patrimoniale, ma non presuppone che il testamento, per essere tale, debba necessariamente avere funzione attributiva. Inoltre, le forme di disposizione a titolo di eredità o di legato, di cui all'art. 588 c.c., sarebbero da considerare come mere esemplificazioni di disposizioni idonee a formare oggetto dell'atto testamentario, e non come le uniche forme tipiche di disposizioni che possono essere ivi contenute. Alla luce di ciò, prendendo atto del fatto che il testatore è libero di disporre delle proprie sostanze anche con disposizioni che non abbiano carattere attributivo, non si vede perché si debba negare la validità di una disposizione con la quale il testatore esprima la volontà di escludere un successibile *ex lege* mediante una disposizione negativa dei propri beni. Tale esclusione, di conseguenza, non equivale ad assenza di manifestazione di volontà, cioè a un "non disporre", ma configura una manifestazione di volontà che ha pur sempre un contenuto, ancorché negativo. In altre parole, l'art. 587 c.c. sarebbe atto a ricomprendere non solo una volontà attributiva e istitutiva, ma anche una volontà destitutiva.

Questa rilettura dell'art. 587 c.c. permette sicuramente di ampliare il possibile contenuto del testamento. Interpretare l'espressione "disporre delle proprie sostanze" nel senso di procedere a una regolamentazione dei propri interessi patrimoniali per il tempo successivo alla morte, comporterebbe, come logico corollario, il poter ricomprendere la clausola di diseredazione tra le possibili disposizioni idonee ad essere contenute in un testamento. Il termine "disporre", quindi, non andrebbe identificato con il termine "attribuire", ma con la possibilità per il *de cuius* di regolare *post mortem* l'assetto dei suoi beni. Perciò, aderendo all'indirizzo espresso dalla Suprema Corte, si ritiene più aderente al principio di libertà testamentaria associare il termine "disporre" con il termine "regolare". Ciò, con la naturale conseguenza che anche la diseredazione verrebbe ad assolvere la funzione tipica del testamento, rivestendo carattere dispositivo; alla luce di questo ragionamento, infatti, dispone dei suoi beni non solo chi dichiara di volerli attribuire ad un determinato soggetto, ma anche chi dichiara di non volerli attribuire a qualcuno.

Sempre in questa direzione, la dottrina più recente <sup>(45)</sup> ha individuato una serie di disposizioni testamentarie non attributive ma di sicuro contenuto patrimoniale. Esse, costituendo disposizioni meramente regolative e non attributive, sarebbero espressione di una più generale concezione legislativa di autonomia testamentaria e quindi della concezione *latu sensu* di atto

dispositivo assegnata dal nostro ordinamento al negozio testamentario. Ciò in quanto esse risultano autonome e ontologicamente distinte rispetto alle *figurae iuris* di cui all'art. 588, comma primo, c.c. Le disposizioni più frequentemente citate a tal fine sono l'onere (art. 647 c.c.); le norme dettate dal legislatore per la divisione (art. 733 c.c.); i divieti testamentari di divisione (art. 713 c.c.), di cessione (artt. 980 e 1260 c.c.) e di disposizione (artt. 965, comma 3 e 1881 c.c.); la revoca del testamento (art. 680 c.c.); la dispensa da collazione (art. 737 c.c.) e quella dall'imputazione (art. 564, comma 2, c.c.); la modifica dell'ordine di riduzione delle disposizioni testamentarie mediante la preferenza accordata ad una di esse (art. 588, comma 2, c.c.); le disposizioni per il pagamento e la ripartizione delle passività (art. 752 c.c.); l'esclusione del trasferimento della ditta ai successori *mortis causa* dell'azienda (art. 2565, comma 3, c.c.); le disposizioni a favore dell'anima (art. 629 c.c.); la disposizione contraria alla costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia (art. 1062, comma 2, c.c.); la riabilitazione (art. 466 c.c.); la deroga al principio dell'indivisione triennale tra gli eredi del diritto di utilizzazione dell'opera (art. 115 legge 22 aprile 1941 n. 633). Quindi, il nostro sistema conosce disposizioni testamentarie di carattere non patrimoniale che, pur non implicando una positiva attribuzione, dettano particolari prescrizioni relative alla sorte *post mortem* delle situazioni giuridiche facenti capo al soggetto della cui eredità si tratta, pur esulando dalla *summa divisio* di cui all'art. 588, comma 1, c.c. Tale *summa divisio* tra istituzione di erede e legato merita ad oggi una revisione, alla luce di tutte le disposizioni che il testatore può utilizzare per regolare la vicenda successoria.

Effetto di questo ragionamento è che per diseredare non sia necessario procedere a una positiva attribuzione dei beni in favore dei soggetti non diseredati, né ricercare la prova di una implicita attribuzione. Anche la clausola di diseredazione configurerebbe, secondo l'orientamento della Corte, un atto dispositivo delle sostanze del testatore, come tale idoneo ad incidere sul regolamento relativo all'assetto dei rapporti patrimoniali per il momento in cui il disponente avrà cessato di vivere.

L'affermazione della validità della clausola di diseredazione, a prescindere da una positiva volontà attributiva, si pone inoltre in linea con il riconoscimento della più ampia libertà e autonomia per il testatore, con i soli limiti rappresentati dalla liceità e dalla meritevolezza di tutela.

La Corte di Cassazione, alla luce di queste considerazioni, ha quindi affermato il seguente principio di diritto: "*è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili*".

Una volta chiarita la validità della disposizione di diseredazione, è opportuno esaminare la disciplina che ad essa va applicata. Un punto molto controverso a tal proposito è il seguente:

coloro i quali non vengono menzionati nella scheda testamentaria, sono chiamati alla successione per legge o per testamento?

A tal proposito, la Corte di Cassazione si è più volte pronunciata.

Nella sentenza del 1987, la Suprema Corte ha sostenuto che per i soggetti non diseredati si aprisse la successione testamentaria, discostandosi così da quanto affermato da gradi precedenti, ove si propendeva, invece, per l'apertura della successione legittima <sup>(46)</sup>.

Nella sentenza del 1982, la Corte ha asserito che, in mancanza di una manifestazione di volontà con contenuto positivo, di istituzione di erede, si fa luogo alla successione legittima, in quanto, *a contrario*, l'esercizio del potere di designazione attribuito dalla legge esclude a priori la designazione legale del successibile <sup>(47)</sup>. Alla stessa conclusione è pervenuta anche nella sentenza del 1994 <sup>(48)</sup>.

Anche nella sua più recente pronuncia, la Corte, sebbene non in maniera esplicita, afferma l'apertura della successione legittima per i non diseredati <sup>(49)</sup>.

In dottrina, è stato osservato come *“la ricostruzione in termini di istituzione implicita dovrebbe condurre a considerare che coloro i quali non vengano esclusi dalla successione dovrebbero considerarsi chiamati alla successione testamentaria”* <sup>(50)</sup>. La soluzione adottata in diverse pronunce della Corte, volta ad affermare l'apertura della successione legittima, sarebbe quindi da considerarsi incoerente: se effettivamente viene individuata una implicita chiamata positiva, non può che aprirsi la successione testamentaria in favore dei successibili *ex lege*, eccezion fatta per l'escluso <sup>(51)</sup>. In linea con le predette affermazioni, un'autrice <sup>(52)</sup> ha poi sottolineato che, sul piano teorico, dovrebbe esistere una distinzione tra il caso in cui dal testamento contenente solo una disposizione negativa possa dedursi la volontà del testatore di chiamare altri soggetti e il caso in cui questa ulteriore volontà non sia deducibile. Sarebbe evidente la diversità di risultati nei due casi: *“apertura della successione testamentaria nel primo (“scoperta” di una pur implicita volontà positivamente attributiva); della successione legittima nel secondo (validità, nonostante la mancata “scoperta” di una simile volontà, della clausola di esclusione esaurente l'intero contenuto del testamento)”*.

Sicuramente, l'ultima pronuncia della Corte di Cassazione, non richiedendo alcuna manifestazione di volontà positivo-attributiva (ancorché implicita) ulteriore rispetto alla volontà di escludere uno o più successibili, al fine di riconoscere validità a una clausola di diseredazione, è coerente con la conclusione dell'apertura della successione legittima, data l'assenza nella scheda testamentaria di una volontà volta a porre in essere una positiva istituzione.

La questione relativa alla scelta del tipo successione operante per i soggetti non diseredati, non è l'unico punto sul quale sussistono tutt'ora dubbi.

Infatti, altro profilo problematico è se la diseredazione precluda l'operatività della rappresentazione in favore dei discendenti del diseredato. La generica formulazione dell'art. 467 c.c. non aiuta a cogliere con esattezza in quali fattispecie operi la rappresentazione, e in quali, invece, essa sia esclusa <sup>(53)</sup>.

Secondo la tesi che nega valore alla clausola di diseredazione, si aprirà la successione legittima o testamentaria a favore del diseredato e, a norma di legge, qualora questi non voglia o non possa accettare, in favore dei suoi discendenti.

Ma se si ammette validità a una siffatta clausola, si deve decidere se, in mancanza di una diseredazione esplicita riguardante anche i discendenti dell'escluso, questi vengano chiamati a succedere per rappresentazione e possano quindi subentrare al diseredato.

La dottrina prevalente ha sostenuto la tesi positiva, fondando tale conclusione sull'idea che la volontà del testatore di escludere un soggetto non possa essere automaticamente estesa ai suoi discendenti <sup>(54)</sup>.

Dall'altro lato, però, altra parte di dottrina esclude che, nel caso di diseredazione, operi la rappresentazione, in quanto l'art. 467 c.c. presuppone che vi sia una delazione ereditaria e che il chiamato all'eredità non possa o non voglia accettare, mentre nella diseredazione, la quale comporta l'esclusione dalla successione, e la conseguente eliminazione del titolo di designazione dell'ascendente, non può parlarsi di delazione, e conseguentemente non potrà operare il meccanismo della rappresentazione.

A tale argomento è stato opposto che se la rappresentazione opera anche nei casi di indegnità, causati da fatti ben più gravi di quelli posti alla base della diseredazione, non si vede come possa essere esclusa nel caso del diseredato. Proprio l'ampio dato letterale dell'art. 467 c.c., che prevede che l'operare della rappresentazione faccia *"subentrare i discendenti legittimi o naturali del loro ascendente in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato"*, permette di ricomprendervi anche la diseredazione, quale ipotesi in cui il soggetto non può accettare l'eredità.

#### **4. Diseredazione e soggetti legittimari: profili di attualità a seguito dell'intervento della Suprema Corte di Cassazione**

All'interno della tematica relativa alla validità di una clausola testamentaria di contenuto meramente negativo, l'indagine dell'interprete e perciò rivolta alla funzione normativamente assegnata al testamento, alle possibili espressioni contenuto tipico dell'atto di ultima volontà, nonché ai limiti all'autonomia negoziale del disponente. La dottrina e la giurisprudenza della

Suprema Corte, nell'affrontare questa riflessione, si sono ripetutamente soffermate su questi punti.

Estremamente importante, soprattutto dal punto di vista dell'autonomia negoziale del disponente, è il confronto con il diritto alla legittima degli eredi necessari, *“al fine di delineare i requisiti soggettivi di validità della clausola de qua, nonché i rimedi apprestati dall'ordinamento a tutela del legittimario diseredato”* <sup>(55)</sup>.

Nel novero delle molteplici tesi sostenute sull'argomento, sia in dottrina che in giurisprudenza, è sempre esistita una costante affermazione: la diseredazione non può essere rivolta a chi per legge viene qualificato come legittimario <sup>(56)</sup>. Tale conclusione è stata sostenuta da diversi interpreti alla luce dell'incompatibilità strutturale tra le regole della successione necessaria e la finalità della clausola diseredativa <sup>(57)</sup>.

Le norme del codice civile aventi il precipuo scopo di tutelare i diritti propri dei legittimari sono le seguenti. *In primis*, l'art. 457, comma terzo, c.c., ai sensi del quale le disposizioni testamentarie, e quindi anche la diseredazione, non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari; *in secundis*, l'art. 549 c.c., che sancisce il divieto di apporre pesi o condizioni sulla quota dei legittimari.

Se, da un lato la clausola di diseredazione riguardante soggetti legittimari è considerata inammissibile, dall'altro, la stessa uniformità di opinioni non esiste circa la natura di tale invalidità, cioè circa la sorte giuridica della clausola negativa riguardante il legittimario.

Parte della dottrina <sup>(58)</sup> sostiene che una tale clausola possa essere considerata non *stricto iure* nulla, ma giuridicamente irrilevante; di conseguenza, sarebbe possibile eliminare la clausola, senza inficiare la validità dell'intero testamento. Si tratterebbe, cioè, di una clausola valida ed efficace, ma riducibile, come tutte le disposizioni testamentarie che integrano una pretermissione o una lesione della legittima <sup>(59)</sup>.

Altra parte di dottrina <sup>(60)</sup>, invece, considera una siffatta clausola addirittura nulla, sia per il contrasto con gli artt. 457 comma terzo e 549 c.c., considerati principi fondamentali del diritto positivo, sia perché incompatibile con la disciplina della successione necessaria, considerata inderogabile. Ciò porterebbe alla nullità dell'intero testamento, in applicazione delle disposizioni dettate in materia contrattuale. Infatti, ex art. 1419, comma primo, c.c., risultando essenziale la clausola di diseredazione all'interno dell'intero testamento, si avrebbe la conseguente caducazione delle ulteriori disposizioni positive in esso contenute. Applicando, invece, al testamento l'art. 1366 c.c., e quindi reputando ammissibile un'interpretazione *“correttiva, condotta alla stregua della buona fede oggettiva”* <sup>(61)</sup>, la nullità dell'intera scheda testamentaria contenente una clausola diseredativa relativa a un legittimario, potrebbe essere evitata.

La tesi della nullità basa il suo convincimento sulla natura superindividuale degli interessi protetti e soddisfatti dalla successione legittima, la quale consente la sistemazione testamentaria delle proprie sostanze solo mediante le figure normativamente previste <sup>(62)</sup>. E, in particolare, presuppone la natura imperativa delle norme sulla successione necessaria, la cui cogenza, però non è da tutti condivisa. Al contrario, i sostenitori della riducibilità, contrastando tale ricostruzione, affermano come le due specie di successione siano poste sullo stesso piano, negando quindi la pretesa rigida tipicità delle disposizioni testamentarie.

Proprio in virtù del fatto che non vi è concordanza di opinioni relativamente alla natura delle norme relative alla successione necessaria, in materia di diseredazione dei legittimari non esiste una soluzione univoca. Coloro che sostengono la tesi sulla riducibilità di una tale disposizione, fanno leva sull'art. 1418 c.c., e, in particolare, sull'assunto *“salvo che la legge non disponga diversamente”*. Dato che l'art. 457 c.c. prescrive che non si faccia luogo alla successione legittima se non quando manca in tutto o in parte la successione testamentaria, potrebbe sostenersi che la generale sanzione di nullità per i negozi contrari a norme imperative possa essere sostituita da una sanzione minore. In particolare si fa riferimento alla riducibilità, che di per sé presuppone non la nullità, ma la validità della clausola <sup>(63)</sup>.

Ma facciamo un passo ulteriore.

L'accoglimento dell'uno o dell'altro orientamento ha rilevanza con riferimento ai rimedi esperibili dal legittimario a difesa dei propri diritti.

*“L'alternativa tra la sanzione della nullità e quella della riducibilità della disposizione diseredativa si manifesta non solo, e non tanto, a livello teorico, ma incide profondamente anche in tema di concreta tutela del legittimario: a differenza della nullità, che può essere fatta valere in ogni tempo, l'azione di riduzione non potrà esperirsi una volta decorso l'ordinario termine decennale di prescrizione”* <sup>(64)</sup>.

Basti pensare alle conseguenze dell'una e dell'altra tesi. Qualora si seguisse la teoria della nullità della clausola diseredativa del legittimario per contrarietà a norme imperative o per violazione del divieto di pesi e condizioni, si avrebbe *l'“assurda conseguenza che il legittimario preterito potrebbe solo agire in riduzione ed ottenere la quota di riserva nella successione necessaria, mentre il legittimario totalmente diseredato potrebbe ottenere la declaratoria di nullità della clausola, limitatamente alla riserva, nullità come tale imprescrittibile e rilevabile anche d'ufficio dal giudice”* <sup>(65)</sup>.

Inoltre è stato sostenuto che i rimedi offerti dall'ordinamento per il caso di lesione dei diritti dei legittimari, cioè l'azione di nullità e l'azione di riduzione, si dimostrano, per il caso concreto, inadeguati. L'azione di nullità, intrapresa a causa della violazione dell'art. 549 c.c., viene

considerata inadatta, in quanto la disposizione negativa non configura un peso o una condizione imposto sulla quota destinata al legittimario <sup>(66)</sup>. Così anche l'azione di riduzione, dato che essa presupporrebbe il carattere attributivo della disposizione <sup>(67)</sup>.

In realtà la dottrina ha percorso entrambe le strade, propendendo tanto per l'esperibilità dell'azione di nullità, quanto per quella di riduzione. La tesi della nullità è stata sostenuta da coloro che rinvenivano nella diseredazione dei legittimari una clausola contraria a norme imperative, data l'inderogabilità delle norme relative alla successione necessaria. Altri hanno cercato di giustificare la tesi della nullità ricorrendo a ragioni storiche, richiamando l'assorbimento della diseredazione nell'istituto dell'indegnità, unico idoneo ad escludere il legittimario dalla successione al ricorrere della cause tassativamente previste <sup>(68)</sup>.

Secondo altra dottrina <sup>(69)</sup>, invece, sembra più corretta la tesi della riducibilità, il cui corollario consiste nel considerare la clausola diseredativa valida ed efficace fino a che non sia impugnata dal legittimario con l'azione di riduzione e non venga pronunciata la sentenza costitutiva di riduzione <sup>(70)</sup>. La validità della diseredazione del legittimario nella quota di legittima andrebbe a trovare il suo fondamento nella possibilità che essa venga soggetta a riduzione, come tutte le clausole che comportano pretermissione o lesione dei diritti spettanti ai legittimari.

Unica disposizione pacificamente ammessa sarebbe quella volta ad escludere il legittimario dalla disponibile, con l'effetto di non permettergli di conseguire più di quello che costituisce la sua quota intangibile. In tal caso, la volontà negativa, accompagnata dalla consapevolezza dell'intangibilità dei diritti del legittimario, può manifestarsi sia con l'istituzione del legittimario nella quota di riserva, sia con il legato sostitutivo di cui all'art. 551 c.c., diretto a privarlo della quota riservata, sostituendola con una vocazione a titolo particolare <sup>(71)</sup>.

Parte di dottrina sostiene, a tal proposito, che *"il legittimario, in cui favore sia stato disposto un legato tacitativo, è un legittimario diseredato"* <sup>(72)</sup>, aderendo così alla visione, in realtà impropria, sostenuta dalla teoria moderna della legittima, secondo la quale diseredazione è sinonimo di preterizione. Autorevole dottrina, infatti, invita a non confondere l'istituto della diseredazione con la preterizione, nella quale si verifica un fenomeno di esclusione causato dalla vocazione all'eredità di un altro soggetto <sup>(73)</sup>. La distinzione concettuale tra i due istituti è infatti molto chiara: mentre nella preterizione l'esclusione è solo indiretta e individuale, in quanto consegue all'attribuzione di tutti i beni dell'asse ereditario ad altri soggetti, nella diseredazione l'esclusione dalla successione discende direttamente dalla esplicita volontà del testatore <sup>(74)</sup>. Anche se entrambe le figure mirano a escludere un successibile, ciò che caratterizza la diseredazione rispetto alla preterizione è l'esplicita formulazione negativa della disposizione, con assenza di una contemporanea attribuzione positiva – attributiva.

In linea con quanto appena esposto, il legato tacitativo non implica, quindi, la sola volontà del testatore di diseredare, volta cioè ad escludere il legittimario anche dalla eventuale successione legittima. Una tale volontà costituisce un *quid* di ulteriore rispetto al semplice legato tacitativo, che mira esclusivamente a privare il legittimario del diritto di reclamare la quota di riserva contro gli eredi istituiti. L'ulteriore volontà di diseredazione dovrebbe quindi costituire contenuto di una disposizione autonoma rispetto al legato tacitativo, sulla cui validità si giudicherà a seconda che si accolga o meno la tesi dell'ammissibilità della clausola di diseredazione stessa <sup>(75)</sup>. Ciò sta a significare che preterizione e diseredazione non si equivalgono, in quanto il pretermesso succederà *ex lege* se tutti i chiamati gli premuoiano o divengano indegni o rinuncino all'eredità <sup>(76)</sup>.

In altre parole, *rebus sic stantibus*, anche giungendo ad ammettere la validità della clausola di diseredazione, quest'ultima, se volta ad escludere un legittimario, potrebbe configurarsi solo nella forma di attribuire al legittimario solo la quota di riserva a questi eventualmente spettante al momento di apertura della successione.

L'ammissibilità o meno della diseredazione dei soggetti legittimari è strettamente connessa alla scelta della successione necessaria degli stretti congiunti, propria dei Paesi di *civil law*, la quale trova la propria giustificazione nell'esigenza di "*tutelare la solidarietà familiare*" e nel "*dovere morale e sociale del defunto di assicurare ai suoi stretti congiunti il mantenimento e la necessaria successione almeno di una buona parte dei suoi beni*" <sup>(77)</sup>. Negli stati di *common law*, invece, in conseguenza del riconoscimento di una ben più ampia libertà testamentaria, è ammessa la diseredazione anche dei soggetti legittimari <sup>(78)</sup>. Da un'analisi comparatistica, come già sottolineato, emerge la presenza di ordinamenti di *civil law* che ammettono la diseredazione per giusta causa; ciò rappresenta, senz'altro, un temperamento alla rigidità della tutela riservata agli eredi necessari <sup>(79)</sup>.

Ulteriore approfondimento, in riferimento all'argomento oggetto del presente studio, merita la prospettiva del notaio, quale soggetto abilitato a prestare il suo ministero anche in materia testamentaria. In mancanza di una normativa puntuale relativa all'istituto della diseredazione, hanno sicuramente costituito punti di riferimento le diverse tesi sostenute tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, soprattutto le ultime pronunce della Corte di Cassazione sopra richiamate. Le tesi meno recenti della Corte, secondo le quali la clausola di diseredazione poteva considerarsi valida solo in presenza di disposizioni positive, ricavabili anche in via implicita, seguendo un'indagine relativa alla *quaestio voluntatis*, spingevano il notaio a comportarsi in maniera sicuramente molto cauta. Essendo richiesta una positiva attribuzione, affinché potesse aversi la certezza della validità della disposizione di esclusione di un erede legittimo, il notaio procedeva rendendo edotte le parti di questa circostanza, chiarendo l'opportunità di ulteriori

istituzioni a titolo di eredità o di legato (idonee magari a coprire l'intero asse ereditario), o della previsione di molteplici sostituzioni ordinarie, volte ad evitare il più verosimilmente possibile, l'apertura della successione legittima. Quest'ultima, infatti, nel caso di una sua apertura, potrebbe portare a beneficiare anche il diseredato, qualora alla clausola di diseredazione non venisse riconosciuta validità.

Ad oggi, grazie a questo ultimo intervento, uniformandosi a quanto affermato dalla Corte, il notaio potrà procedere alla redazione, ad esempio, di un testamento pubblico che contenga, come unica clausola, la disposizione di diseredazione di uno o più successori legittimi del testatore.

Di certo, non esistendo una disciplina di riferimento, lo scenario resta aperto a successivi interventi, i quali potrebbero anche percorrere strade nettamente diverse rispetto a quelle percorse dalla Corte di Cassazione. Però, è anche opportuno sottolineare che l'*iter* percorso dalla Suprema Corte, di sempre più ampia apertura nei confronti della validità di una clausola di diseredazione, ha avallato quella corposa corrente dottrinale che ha più volte affermato la validità di tale clausola, anche qualora essa costituisca l'unica disposizione contenuta nella scheda testamentaria e non sia desumibile, neanche in via implicita, una positiva volontà di attribuzione in favore di altri beneficiari.

Alla luce delle considerazioni sopra espresse, non esiste ad oggi, normativamente parlando, un appiglio che consenta al notaio di redigere "serenamente" un testamento pubblico avente ad oggetto una clausola di esclusione rivolta a un legittimario. Sia che si propenda per la sua nullità, sia che si propenda per la sua riducibilità, in ogni caso il legittimario avrebbe un rimedio per porre nel nulla la clausola lesiva dei suoi diritti e succedere al *de cuius* <sup>(80)</sup>.

Manuela Scalisi

- 
- 1) A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964, 777, a proposito di diseredazione sottolinea: "è riconosciuto dal ius civile un limite alla libertà di testare, che si sintetizza nella formula «sui heredes instituendi sunt vel exheredandi»: i sui devono cioè essere menzionati nel testamento per essere istituiti eredi o diseredati, non potendo esservi omessi (preteriti), sotto sanzione di invalidità, totale o parziale del testamento stesso; la institutio del suus non fa che confermarli la qualifica legale di heres, [...] mentre la exhereditatio toglie al suus tale qualifica, con disposizione considerata tanto grave da non potere essere in alcun modo favorita dal diritto". Dello stesso principio tratta anche V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1966, 545, evidenziando che la *exhereditatio* fu dapprima "un atto solenne a autonomo di spossessamento della qualità di erede, compiuto dal padre in punizione del figlio indegno e come necessaria preparazione all'adozione di un estraneo: ma divenne poi, col separarsi delle due idee di *fiilius* e di *heres*, una semplice dichiarazione testamentaria che escludeva certi discendenti dall'eredità. Sorse così il principio «sui aut instituendi aux exhereditandi», che impose al testatore l'obbligo alternativo d'istituire i discendenti immediati in potestà, [...] oppure di far seguire alla nomina degli eredi l'espressa diseredazione dei discendenti esclusi: restò, invece, vietato di passare i sui sotto silenzio (preterizione)".
  - 2) M. COMPORTI, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Tomo I, Milano, 2004, 790.

- 3) S. MONOSI, *L'indegnità a succedere in Trattato breve delle successioni e donazioni, diretto da Pietro Rescigno, VOL. I – Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, Padova, 2010, 197.
- 4) Tra i codici civili che prevedono e disciplinano la diseredazione troviamo:
- il codice civile austriaco (A.B.G.B.), il quale prevede l'indegnità al § 540 e la diseredazione al § 768;
  - il codice civile tedesco (BGB) prevede l'indegnità al § 2339 e la diseredazione al § 2333;
  - il codice civile spagnolo prevede l'indegnità all'art. 756 e la diseredazione all'art. 849;
  - il codice civile svizzero prevede all'art. 540 l'indegnità a succedere all'art. 447 la diseredazione;
  - il codice civile greco prevede l'indegnità all'art. 1860 e la diseredazione all'art. 1840;
  - il codice civile portoghese prevede l'indegnità all'art. 2034 e la diseredazione all'art. 2166;
  - relativamente all'America Latina, prevedono tanto l'indegnità quanto la diseredazione il codice civile argentino, il codice civile colombiano, il codice civile brasiliano, nonché il moderno codice civile peruviano.
- M. COMPORTI, *op. cit.*, 793 e ss.
- Sulla diseredazione nel diritto successorio brasiliano si veda E. DE FARIA RODRIGUES, *Testamentos. Teoria e pràtica*, Belo Horizonte, 2011, 196 e ss.
- Per quanto attiene alla Francia, si veda: *Cour de cassation, chambre civile 1*, 19 gennaio 1982, n. de pourvoi: 81-10760, la quale testualmente ritiene che “*mais attendu qu'il resulte l'article 913 du code civil que l'exheredation inseree dans un testament produit, en principe, effet dans la mesure de la quotite disponible*”. Traduzione: “ne consegue, quale risultato dell'art. 913 del codice civile, che la diseredazione inserita in un testamento, in linea di principio, produce effetti nei limiti della quota disponibile”.
- Per approfondimenti: J. HERAIL, voce *Legs*, in DALLOZ, *Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, tome VII*, 6 e ss.
- 5) M. COMPORTI, *op. cit.*, 791 e ss.
- 6) M. COMPORTI, *op. cit.*, 795.
- 7) A. TORRENTE, voce *Diseredazione, diritto vigente* in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, Milano, 1964, 102.
- 8) M. LEO, *La Cassazione cambia opinione sulla clausola di diseredazione meramente negativa*, in CNN Notizie, 4 giugno 2012.
- 9) M. MORETTI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, diretto da Giovanni Bonilini – II: La successione testamentaria*, Milano, 2009, 264, la quale sottolinea che “*controverso è, infatti, se l'autonomia testamentaria possa riconoscersi a tal punto da consentire al testatore di compiere un atto diretto al solo fine di privare qualcuno della successione, ossia di dichiarare che non può essere suo erede*”.
- 10) S. MONOSI, *op. cit.*, 199.
- 11) M. MORETTI, *op. cit.*, 264.
- 12) G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni, Parte Generale – Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, VOL. XII, Tomo I, Torino, 1977, 75.
- 13) F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 591.
- 14) D. PASTORE, *Riflessioni sulla diseredazione*, in *Vita notarile*, 2011, 1192 a tal proposito: “*le norme sulla successione legittima trovano il loro fondamento non nella presunta volontà del de cuius, ma nella tutela della famiglia, oltre che nell'interesse generale della società a che i beni del defunto non diventino res nullius: da queste considerazioni sarebbe dato ricavare la 'preminenza' della successione legittima su quella testamentaria*”.
- 15) L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 163.
- Si veda anche D. PASTORE, *op. cit.*, 1204 - 1205: “*alla tesi della preminenza della successione legittima rispetto a quella testamentaria si è obiettato, in sintesi, che se le norme disciplinanti la successione legittima rispondessero veramente ad un interesse superiore, allora dovrebbero essere cogenti e non dispositive; che tali norme contemplano la delazione a favore di parenti fino al sesto grado, ovvero di parenti con i quali spesso i rapporti sono ormai inesistenti o attenuati, sicché non esiste un'esigenza di tutela nei loro confronti; che la Costituzione (artt. 29 - 31) considera la famiglia come una 'società naturale fondata sul matrimonio', quindi tutela la famiglia nucleare, e non quella allargata*”.
- 16) G. GROSSO e A. BURDESE, *op. cit.*, 80, che, a tal proposito sostengono: “*ci pare quindi consigliabile limitarsi a constatare l'operatività, nel regime positivo [...], e della delazione testamentaria quale espressione della esigenza di lasciare di massima al de cuius la libertà di determinare soggetti e oggetto della successione a sé medesimo, e della delazione legittima, quale espressione dell'esigenza di tutelare gli interessi di persone legate da particolari vincoli al de cuius nonché di assicurare in ultima istanza la soluzione del problema aperto alla*

morte del de cuius, rinunciando a scorgere una generale preminenza della seconda rispetto alla prima (o viceversa)”.  
17)

M. BIN, *La diseredazione*, Torino, 1966, 109 e ss., il quale sostiene che tra norme “dispositive” e norme “suppletive” “esisterebbe al riguardo una precisa e praticamente assai rilevante ragione di differenziazione. Le norme dispositive sarebbero sempre ispirate a fini di utilità generale, pur se eventualmente e per particolari esigenze derogabili dalla volontà dei privati; mentre le norme suppletive sarebbero poste per l’esclusiva utilità del singolo, facoltizzato a disciplinare in via normale il rapporto, ed unicamente destinate a supplire o integrare una sua eventuale manchevole dichiarazione, cooperando quindi al conseguimento del fine individuale. Nelle seconde la volontà privata si presenterebbe come l’antecedente e la pubblica il susseguente; invece nelle prime la disciplina legale si presenterebbe come regola, l’eventuale disposizione privata come eccezione. Con la pratica conseguenza che, diversamente da quanto vale per le norme suppletive, alla disciplina legale dispositiva (e così, ad esempio, alla successione legittima, dovrebbe darsi preferenza in linea di principio, e fin dove possibile, rispetto al divergente regolamento privato.”; G. GROSSO e A. BURDESE, *op. cit.*, 75; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte – Parte generale*, Napoli, 1956, 166.

18) L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 166. Si tratta di norme dispositive “sia perché le norme sulla successione legittima non sono destinate a supplire volta per volta una qualsiasi volontà concreta che manchi, ma sono destinate ad attuare una loro volontà ed hanno una loro funzione e, inoltre, sono poste per una utilità sociale, sia perché si realizzano, con la successione legittima e con la testamentaria, regolamenti diversi, sia perché le norme sulla successione legittima rappresentano un sistema a sé, completo ed indipendente”.

19) L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 165, riporta il ragionamento di coloro che sostengono che la natura di tali norme sia suppletiva: “ove esiste una disposizione testamentaria, non si fa luogo alla successione legittima; dunque, la prima prevale sulla seconda; se a questa si ricorre solo quando manca in tutto o in parte la testamentaria, vuol dire che le norme, sulla successione legittima, sono suppletive, perché colmano la lacuna della volontà privata, in quanto mancante in tutto o in parte”; sul punto anche M. BIN, *op. cit.*, 122: “il risultato della ricostruzione ermeneutica è univoco: le regole della vocazione intestata esprimono non un “valore” superiore dell’ordinamento, ma un meccanismo puramente “suppletivo” di designazione successoria”.

20) M. BIN, *op. cit.*, 73; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1990, 22.

21) A. TORRENTE, *op. cit.*, 102.

22) A. TORRENTE, *op. cit.*, 102.

23) A. MARINI, *Tradizione e modernità nel diritto successorio, dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Stefano delle Monache, Padova, 2007, 190; A. TORRENTE, *op. cit.*, 102.

24) M. MORETTI, *op. cit.*, 266.

25) M. MORETTI, *op. cit.*, 263, che sottolinea, fra i limiti da rispettare nella redazione del testamento, il principio di intangibilità della quota di legittima.

26) Seguita da: A. TORRENTE, *op. cit.*, 102; L. MENGONI, *op. cit.*, 22 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 164; G. CRISCUOLI, voce *Testamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 19; A. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. Proc. civ.*, 1956, 391 e ss.; M. BIANCA, *Diritto Civile – II: LA famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 654; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 200 e ss.

27) Sul punto, M. BIN, *op. cit.*, 71, sostiene che “quando ci si limita ad asserire che “una vocazione può essere impedita solo da un’altra vocazione”, si avanza un’illusione riposante sopra un dato testuale che di per sé non sembra potersi stimare decisivo. Si corre cioè il rischio di immobilizzare l’esegesi dell’art. 457 c.c. su basi troppo angustamente lessicali, tralasciando di considerare come la logica che sovrintende al testo legislativo, la posizione della norma nel sistema, i suoi stessi immediati precedenti, concordino nell’assegnare all’art. 457 c.c. un significato assai più sfumato”.

28) S. MONOSI, *op. cit.*, 729.

29) G. CAPOZZI, *op. cit.*, 201.

30) M. BIANCA, *op. cit.*, 654; M. MORETTI, *op. cit.*, 267.

31) V. PORRELLO, *La clausola di diseredazione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2008, 990. M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, 28.

32) F. CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, in *Riv. Not.* 1996, 1103.

33) Sul punto si veda: G. PFNISTER, *La clausola di diseredazione*, in *Riv. not.*, 2000, 922.

- 34)** Sul punto si veda M. C. TATARANO, *Il testamento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Pietro Perlingieri, 2003, 335 e ss., la quale sottolinea che “l’ordinamento tradizionale ha qualificato il modus come elemento accidentale del testamento, accessorio all’attribuzione gratuita. [...] Invero, proprio dalla circostanza che l’onere possa superare l’utilità stessa della disposizione, o, addirittura, gravare su una *damna hereditatis*, si trae conferma dell’autonomia del modus, il quale necessita per la sua esistenza, non di un termine di riferimento oggettivo (istituzione di erede o legato), ma di un termine di riferimento soggettivo, cioè di un soggetto passivo dell’obbligazione. [...] E’ il legislatore stesso che nega accessorietà al modus, disponendo la sopravvivenza dello stesso alla risoluzione della disposizione testamentaria. Ancora, il legislatore riconosce l’autonomia del modus, prevedendone l’ampia ambulatorietà, in quanto lo stesso si trasferisce a carico di chi subentra al chiamato, nel caso di mancato acquisto, o di suo inadempimento (artt. 676, comma secondo, e 677, commi secondo e terzo, c.c.; artt. 690 e 691 c.c.).
- 35)** D. PASTORE, *op. cit.*, 1196, a proposito dell’onere: “l’onere testamentario viene da parte della dottrina configurato non come un elemento accessorio, ma come un negozio autonomo che potrebbe anche esaurire il contenuto del testamento ed in tale ipotesi il peso graverebbe sugli eredi legittimi”.
- Sul punto di veda anche Cass. 21 febbraio 2007, n. 4022 “L’onere o modus è, dunque, accidentale ed accessorio rispetto al negozio testamentario, istitutivo di erede (o contenente un legato), ma tale natura, che pure in tesi dovrebbe imporre il collegamento dell’onere a quel negozio, così da non poterne prescindere, non esclude che lo stesso onere possa collegarsi ad una istituzione d’erede per legge, nell’ipotesi in cui il testamento non istituisca un erede, dando luogo alla successione legittima”.
- Sull’argomento anche V. PORRELLO, *op. cit.*, 988: “se l’onere, in caso di rinuncia alla disposizione gravata, è in grado di trasmigrare anche a carico di coloro che non sono obbligati per testamento, esso non può avere natura accessoria, venendo a mancare, con la rinuncia, l’efficacia della disposizione principale”.
- Si veda anche M. GIORGIANNI, *Il “modus” testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1857, 921, il quale sottolinea che: “è opinione comune, che appare con l’autorità di un dogma, che il modus costituisca elemento accidentale del testamento. [...] A noi sembra che l’istituto meriti una diversa sistemazione. [...] Ci sembra che sia ormai tempo che al modus venga riservato un posto nella sistematica del meccanismo della successione e che esso abbandoni la posizione di elemento accessorio del negozio testamentario, ovvero sia di elemento che si aggiunge ad una disposizione testamentaria. [...] Può legittimamente ricavarsi che il modus deve ormai essere qualificato come una autonoma disposizione testamentaria che si pone accanto alla istituzione di erede e al legato. Il suo carattere accidentale o accessorio potrebbe essere giustificato solo in un regime di rigorosa tipicità del negozio testamentario, in un sistema cioè nel quale l’unico contenuto del testamento fosse costituito dalla disposizione dei beni del testatore. Una volta, però, che il contenuto del testamento può essere il più vario, e che il testatore può regolare la sua successione anche mediante obblighi imposti all’erede (legittimo o testamentario) o al legatario, il modus non viene affatto ad apportare alcuna alterazione dello schema del negozio testamentario”.
- 36)** Cass. n. 6339 del 1982 e Cass. n. 5895 del 1994.
- 37)** Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000, in *Vita Not.*, 2001, 694, secondo il quale: “la volontà di diseredazione di alcuni dei successibili ex lege, quale unica volontà espressa dal *de cuius*, importa la nullità della disposizione; ne consegue l’apertura della successione legittima, ove non sia rinvenibile menzione di altri successibili o altra volontà positiva del testatore che possa essere interpretata al fine della conservazione del testamento”; App. Catania, 28 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 15 e ss., secondo cui: “ai sensi dell’art. 587 comma 1 c.c., il testatore può validamente escludere dall’eredità, in modo implicito o esplicito, un erede legittimo, purché non legittimario, a condizione però che la scheda testamentaria contenga anche disposizioni positive, rivolte cioè ad attribuire beni ereditari ad altri soggetti, nella forma dell’istituzione di erede o del legato. È, quindi, nullo per illiceità della causa il testamento con il quale il “*de cuius*” diseredi tutti i suoi parenti (non legittimari) di ogni ordine e grado, qualora dall’interpretazione della scheda testamentaria non risulti che il testatore, nel manifestare espressamente la volontà di diseredare i suoi successibili, abbia inteso - anche implicitamente - attribuire, nel contempo, le proprie sostanze allo Stato”.
- 38)** A. C. JEMOLO, *Gli occhiali del giurista*, Padova, 1970, 369; M. BIN, *op. cit.*, 213 e ss.; M. MORETTI, *op. cit.*, 267 e ss.; S. MONOSI, *op. cit.*, 730 e ss.; G. GROSSO e A. BURDESE, *op. cit.*, 83; A. MARINI, *op. cit.*, 192; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. IV – LA famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, Padova, 1990, 181; L. BIGLIAZZI GERI, *Appunti sulla diseredazione in Rapporti giuridici e dinamiche sociali – Principi, norme, interessi emergenti*, Milano, 1998, 264; D. PASTORE, *op. cit.*, 1207; G. PFNISTER, *op. cit.*, 917 e

ss; P. RESCIGNO, *recensione a Bin, La diseredazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 95 e ss; TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 48-49; G. PORCELLI, *Autonomia testamentaria ed esclusione di eredi*, in *Notariato*, 2002, 49 e ss.

- 39) M. BIN, *op.cit.*, 243, il quale sottolinea come sia *“evidente che nel sistema del codice l’art. 588 non ha se non una funzione puramente accessoria rispetto al primo comma dell’art. 587 c.c. e, presupponendo appunto la definizione generale del testamento in quest’ultimo racchiusa, attende ad ausiliario e limitato scopo pratico di fornire un criterio per la qualificazione, ai noti effetti normativi, della disposizione a titolo universale”*.
- 40) A. MARINI, *op. cit.*, 193.
- 41) V.PORRELLO, *op. cit.*, 987: *“il contenuto dell’atto di ultima volontà non andrebbe, allora, circoscritto alle sole disposizioni di contenuto positivo-attributivo, ma sarebbe capace di accogliere qualsivoglia clausola diretta a definire la sorte del compendio ereditario alla morte del testatore: in tal senso, ‘disporre’ non solo chi esplicitamente nomina eredi o legatari, ma anche colui che, escludendo dalla propria successione un successibile ex lege, indirizza l’operare della successione ab intestato.”*
- 42) G. CAPOZZI, *op. cit.*, 199, sostiene che *“tale tesi si fonda soprattutto sul principio della libertà e sovranità del testatore, il quale, come può disporre di tutti o parte dei suoi beni escludendo in tutto o in parte i successori legittimi (disposizione positiva dei beni), potrebbe, altresì, esercitando il suo potere di autonomia, escludere con un’espressa ed apposita dichiarazione uno o più dei suoi congiunti ai quali la successione nel suo silenzio sarebbe devoluta per legge (disposizione negativa)”*.
- 43) M. MORETTI, *op. cit.*, 267.
- 44) Così: App. Firenze, 9 settembre 1954, in *Foro Padano*, 1955, I, col. 48; App. Napoli 21 maggio 1961, in *Foro Padano*, 1962, I, col. 939, secondo cui: *“sia in quanto la diseredazione non è vietata espressamente dalla legge; sia in quanto ha contenuto patrimoniale, importando che i beni dovranno pervenire solo ai non esclusi; sia perché le regole sulla successione legittima, ad eccezione di quelle sulla successione dei legittimari, sono modificabili e la legge non limita questa possibilità al solo caso di disposizione positiva di beni, nulla si oppone alla validità della clausola diseredativa”*; Trib. Parma, 3 maggio 1977, in *Riv. Not.*, 1977, 689, secondo cui: *“il testamento che contiene disposizioni puramente negative è valido”*; Trib. Nuoro, 15 settembre 1989, in *Riv. Giur. Sarda*, 1991, 389, secondo il quale *“è valida la disposizione testamentaria risolvendosi in una dichiarazione puramente negativa di esclusione dalla successione di taluni eredi legittimi. Nell’ipotesi in cui la disposizione testamentaria di esclusione dalla successione di tali eredi legittimi esaurisca l’intero contenuto del testamento, si apre la successione legittima in favore dei non diseredati”*; Trib. Catania, 28 marzo 2000, in *Giust. civ.*, 2001, 1110 e ss, secondo il quale *“Considerata la natura del testamento quale atto di disposizione in senso ampio, è valido il testamento a contenuto meramente negativo con il quale il “de cuius” si limita ad escludere dalla successione tutti indistintamente gli eredi legittimi, senza dettare alcuna disposizione sulla sorte dei beni dopo la morte”*; App. Genova, 16 giugno 2000, in *Giur. mer.*, 2001, 937, secondo cui *“la clausola di diseredazione contenuta in un testamento è una disposizione negativa di contenuto atipico rispetto all’istituzione di erede o di legato, espressione della più generale autonomia negoziale del de cuius. Se è sicura la validità della clausola quando contenga un’esplicita istituzione di erede, proprio dal riferimento all’autonomia negoziale del testatore discende l’affermazione di validità della clausola stessa, anche quando nella scheda testamentaria non sia contenuta alcuna disposizione positiva, non sussistendo alcun contrasto con il comma 1 dell’art. 587, per cui il testamento è l’atto con cui il soggetto dispone di tutte o di parte delle proprie sostanze”*.
- 45) F. CORSINI, *op. cit.*, 1111; G. PFISTER, *op. cit.*, 920; V.PORRELLO, *op. cit.*, 988.
- 46) Cass. civile, sez. II, 1987 n. 1458. In motivazione, la Corte, è partita dalla tesi tradizionale dell’invalidità della clausola di diseredazione, ma, anziché pervenire ad una dichiarazione di nullità, come avrebbe dovuto coerentemente fare, data la portata meramente diseredativa della richiamata disposizione, e quindi dichiarare aperta la successione legittima, ha ritenuto di poter ricavare, per via interpretativa, una volontà, implicita, del testatore di disporre col testamento stesso a favore dei successibili *ex lege* diversi dall’escluso; ha pertanto, coerentemente, affermato l’apertura della successione testamentaria.
- 47) Testualmente, Cass. civile, sez. II, 1982 n. 6339, sostiene che *“per l’art. 457 c.c., l’eredità si devolve per legge o per testamento: si che se vi è una manifestazione di volontà del testatore con contenuto positivo, di istituzione di erede, non si fa luogo alla successione legittima, perché l’esercizio del potere di designazione attribuito dalla legge esclude a priori la designazione legale del successibile. Quando, invece, difetti una positiva designazione di erede nel testamento, è la stessa legge che stabilisce il regime della successione”*.

- 48) Cass. civile, sez. II, 1994 n. 5895. La corte, in particolare, dichiara infondato e, come tale, insuscettibile di accoglimento, il motivo del ricorrente che deduce *“che contraddittoriamente la Corte di merito ha dapprima affermato che la scheda in questione è atto di ultima volontà, in quanto esprimente implicito proposito di attribuire i beni del de cuius ai fratelli non diseredati, e poi che tale atto non dà luogo alla successione testamentaria, ma a quella legittima, risolvendosi in una fattispecie impeditiva della delazione legittima dei diseredati”*. Non rinvenendo alcuna contraddizione in tale ragionamento, la Corte, implicitamente, dichiara quindi l’apertura della successione legittima in favore dei soggetti non diseredati.
- 49) Cass. civile, sez. II, 2012, n. 8352: *“In sostanza, la clausola di diseredazione integra un atto dispositivo delle sostanze del testatore, costituendo espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, che può includersi nel contenuto tipico del testamento; il testatore, sottraendo al quadro dei successibili ex lege il diseredato e restringendo la successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione post mortem del proprio patrimonio”*.
- 50) G. CAPOZZI, *op. cit.*, 271. A tal proposito si veda anche A. MARINI, *op. cit.*, 192, che, propendendo per la validità di un atto di ultima volontà di mera diseredazione, porta come conseguenza *“che in tal caso la successione sarebbe regolata da due fonti concorrenti: la legge per l’individuazione degli eredi ed il testamento per l’individuazione del soggetto escluso dalla successione”*. Concorde con l’apertura della successione testamentaria è anche M. IEVA, *op. cit.*, 28, che afferma che *“la esclusione di un successibile dal novero dei chiamati ex lege è proprio l’elemento che comporta l’apertura della successione testamentaria”*.
- 51) Così: F. CORSINI, *op. cit.*, 1105; G. PFNISTER, *op. cit.*, 926. Conclusione alla quale era già pervenuta la Corte di Cassazione nella sentenza del 1967, ma che era stata in seguito disattesa dalle successive pronunce.
- 52) L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 256.
- 53) F. CORTEGGIANO, in *Vita Notarile*, 2001, 709 e ss.; sul punto di vedano anche G. PORCELLI, *op. cit.*, 61 e ss, A. TORRENTE, *op. cit.*, 103; F. MIRIELLO, *In margine alla clausola di diseredazione: la tematica della c.d. volontà meramente negativa*, in *Riv. not.*, 1981, 748; V. PORRELLO, *op. cit.*, 991; F. BARTOLOZZI, *Diseredazione e istituzione implicita*, in *Notariato*, 1995, 17; G. PFNISTER, *op. cit.*, 926
- 54) A favore dell’operare della rappresentazione si vedano anche: Cass. civile, sez. II, 1982 n. 6339, secondo la quale *“la diseredazione ha effetti solo nei confronti del soggetto nei cui confronti è effettuata, e pertanto, non esclude che il discendente legittimo di chi sia stato diseredato dal testatore possa succedere a quest’ultimo per rappresentazione”*. Così anche Cass. civile, sez. II, 1996 n. 11195: *“la diseredazione, al pari dell’indegnità a succedere, non esclude l’operatività della rappresentazione in favore dei discendenti del diseredato”*.
- 55) V. PORRELLO, *op. cit.*, 980.
- 56) Sul punto: Cass., 12 febbraio 2000, n. 1573, in *Giur. it.*, 2000, c. 1801, con nota di Elio Bergamo, il quale sottolinea che *“il legatario che accetta il legato privativo accetta la volontà del de cuius e riconosce di non avere alcun altro diritto sulla successione aperta, testamentaria e/o legittima che sia. Il legato in sostituzione viene così a configurare una ipotesi anomala di diseredazione implicita; anomala perché si ha una vera e propria diseredazione solo nel caso in cui si escluda completamente una determinata persona dalla successione, implicita perché non enunciata expressis verbis, ma dedotta dalla presunta volontà del de cuius”*.
- 57) Conseguenza di ciò è l’assunto secondo il quale *“la questione dell’esclusione testamentaria di eredi è da valutarsi solo con riferimento alla quota disponibile del compendio ereditario, non potendo in alcun modo l’autonomia del disponente derogare alle norme sulla quota di riserva”*, come sottolineato da V. PORRELLO, *op. cit.*, 984.
- 58) F. CORSINI, *op. cit.*, 1120; A. MARINI, *op. cit.*, 189, che sottolinea come sia *“ritenuto pacificamente che il principio dell’intangibilità della legittima, radicato nel nostro ordinamento, valga di per sé ad escludere la possibilità di diseredazione dei legittimari”*.
- 59) Afferma infatti M. BIN, *op. cit.*, 257: *“per la disposizione di esclusione dalla legittima, i dubbi sono a prima vista autorizzati dal fatto che il nostro legislatore sembra individuare nella ridicibilità, e non nella nullità, la sanzione tipica contro le disposizioni testamentarie lesive della porzione di legittima”*.
- 60) L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 253, la quale ritiene affetta da nullità la clausola di diseredazione di un legittimario, preso atto dell’inderogabilità delle regole sulla successione necessaria; A. TORRENTE, *op. cit.*, 102 e ss; M. MORETTI, *op. cit.*, 265, la quale specifica che *“sempre che si ammetta in via generale la disposizione di diseredazione, essa, se rivolta a un legittimario, potrebbe configurarsi solo nella forma parziale rappresentata dalla formula “lo riduco alla sola legittima”*; concorde con questa visione anche L. MENGONI, *op. cit.*, 22; M. BIN, *La diseredazione*, Torino, 1966, 257 e ss.; D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, 200, il quale,

nell'ambito della trattazione relativa alla diversità concettuale esistente tra preterizione del legittimario e diseredazione, sottolinea che *“la diversità tra i due istituti, (...), evidenzia l'impossibilità dell'accostamento ai fini della valutazione della diseredazione dei legittimari. Beninteso la inammissibilità della preterizione del legittimario è indice dell'inammissibilità a fortiori della diseredazione, ma l'accostamento diviene improprio quando si pretenda di argomentare dalla riducibilità delle disposizioni realizzanti preterizione, l'applicazione della medesima sanzione alla disposizione negativa”*. Sottolinea la differenza tra diseredazione e preterizione anche G. PORCELLI, *op. cit.*, 51.

- 61) L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 254.
- 62) V. PORRELLO, *op. cit.*, 986.
- 63) D. PASTORE, *op. cit.*, 1189 specifica infatti che *“sia l'art. 457, comma 3, sia l'art. 554 non parlano di ‘disposizioni testamentarie che pretermettono un legittimario o ledono la sua quota’, ma più genericamente, appunto, di disposizioni che pregiudicano il legittimario o che eccedono la quota di cui il testatore poteva disporre. Ebbene, la diseredazione indubbiamente – sia dal punto di vista letterale sia da quello logico – rientra fra queste, ma allora non pare ossequioso dalle norme citate ritenere che la riducibilità sia conseguenza solo della preterizione o della lesione e non pure della diseredazione nella quota di riserva”*.
- 64) V. PORRELLO, *op. cit.*, 985.
- 65) D. PASTORE, *op. cit.*, 1189.
- 66) V. PORRELLO, *op. cit.*, 985, sostiene che *“essendo il peso una modalità dell'istituzione, l'assenza di una disposizione attributiva impedirebbe il realizzarsi della fattispecie descritta dall'art. 549 c.c.”*.
- 67) Sul punto vedasi F. CORSINI, *op. cit.*, 1120.
- 68) Anche M. BIN, *op. cit.*; 258.
- 69) F. CORSINI, *op. cit.*, 1120; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 38 nota 78; MIRIELLO, *op. cit.*, 746; G. PFNISTER, *op. cit.*, 915 e ss.; V. PORRELLO, *op. cit.*, 985; D. PASTORE, *op. cit.*, 1190.
- 70) G. AZZARITI, *op. cit.*, 38 nota 78 specifica che *“non è più ora possibile escludere dalla successione chi abbia diritto a quota di riserva, tanto vero che ove dal de cuius se ne faccia per testamento preterizione, la legge interviene a garantire il soddisfacimento di quei diritti riservati con l'azione di riduzione, che mira a far ridurre nei limiti della quota disponibile la devoluzione dei beni fatta ad estranei, ed a far prelevare dall'asse a quel modo devoluto la parte riservata da conseguirsi appunto contra testamentum dai legittimari. Sono invece validi motivi di esclusione dalla successione soltanto i casi di indegnità, tassativamente previsti dalla legge”*.
- 71) F. CORSINI, *op. cit.*, 1121. In particolare, l'autore sottolinea che la differenza tra le disposizioni *“A Tizio nulla vada”* e *“a Tizio vada solo quello che gli compete a titolo di legittimario”* *“varia a seconda della soluzione che si accolga circa la nullità o la riducibilità della prima; accogliendo la tesi della riducibilità, la sola differenza è che nel primo caso, per arrivare allo stesso risultato del secondo, di conseguire unicamente il diritto riservato dalla legge, è necessario l'intervento del giudice; accogliendo la soluzione della nullità può emergere una differenza quantitativa tra i diritti conseguiti dal legittimario, destinatario della normale delazione legittima nel primo caso, e della sola quota di riserva nel secondo; anche tale conseguenza, per l'ingiustizia di far pervenire al legittimario più di quanto la legge inderogabilmente gli assicuri nonostante la volontà del testatore di escluderlo totalmente, fa preferire la soluzione della riducibilità, salvo configurare una nullità che operi nei limiti in cui la disposizione esclude la legittima, quindi con il risultato di far pervenire soltanto la quota riservata”*
- 72) SANTORO – PASSERELLI, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 281.
- 73) D. RUSSO, *op. cit.*, 14, sottolinea inoltre che *“la differenza non è solo teorica, bensì anche pratica: la posizione del preterito non è cioè equiparabile a quella del diseredato. Nel caso della preterizione il de cuius non ha volontà di escludere bensì di istituire taluno erede: la esclusione consegue all'accettazione da parte del chiamato. Cosicché la mancanza della accettazione (o la premorienza, l'incapacità, la pronuncia di indegnità) implica l'inesistenza dell'unico presupposto della esclusione: perciò in tal caso il praeteritus può sempre succedere ex lege. La diseredazione, invece, ha la sua fonte nella volontà del testatore per cui l'exheredatus non potrà giammai succedere ex lege quand'anche l'erede istituito (per legge o per testamento) non accettasse, premorisse o fosse incapace o indegno: perché il suo fondamento, la volontà del testatore, sopravvive a tali eventi”*.
- 74) V. PORRELLO, *op. cit.*, 981.
- 75) Sul punto: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Successione necessaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 1992, 114 e ss.
- 76) A. C. JEMOLO, *op. cit.*, 369.

77) A. MARINI, *op. cit.*, 198.

78) Sul profilo dei rapporti tra Stati di *civil law* e di *common law*, nonché sulle questioni relative all'ambito del diritto internazionale privato si veda E. CALO', *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Collana diretta da Giancarlo Laurini*, 2007, 52 e ss. In particolare l'autore sottolinea che "l'art. 46, comma 2, l. 218/1995, dispone che 'il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato'. [...] La scelta della legge applicabile può portare un cittadino di uno Stato di *civil law* residente in uno Stato di *common law* ad escludere i suoi legittimari dalle attribuzioni testamentarie, purché vi risieda al momento della morte del testatore. Nel caso che il testatore sia un cittadino italiano, occorrerà tener conto anche del luogo di residenza dei suoi legittimari, perché, se costoro fossero residenti in Italia al momento della morte del testatore, diverrebbero inefficaci le disposizioni che ledessero la loro quota di riserva".

79) Nonostante l'inammissibilità della clausola diseredativa rivolta a soggetti legittimari sia stata negli anni sostenuta con una certa costanza, ad oggi non mancano autori che auspicano alla reintroduzione di una clausola di diseredazione dei legittimari per giusta causa. Infatti, a parte che per i fatti gravissimi idonei a giustificare l'indegnità, si dovrebbe prevedere la diseredazione per volontà del testatore anche in presenza di fatti di minore gravità, ma comunque assai rilevanti o fissati dalla legge.

Sul punto si vedano: M. MORETTI, *op. cit.* 265; M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, 41 e ss, secondo il quale "eccessiva sembra la tutela rigida dei legittimari stabilita dagli ordinamenti che aboliscono la diseredazione, stante anche la rarità delle gravissime cause di indegnità legale". Il medesimo autore continua sostenendo che: al di là delle tassative cause di indegnità stabilite e disciplinate dal codice, sembra iniquo che la legge continui ancora oggi a proteggere e blindare il diritto alla legittima di un figlio che abbia percosso il padre o che non abbia prestato i doveri di assistenza e cura verso il medesimo. "Se la tutela del legittimario si fonda sul valore della solidarietà familiare, tale tutela viene meno se l'essenza di tale solidarietà familiare viene calpestata. [...] Il valore di solidarietà familiare è composto da regole morali e giuridiche che danno luogo non solo a diritti, ma anche a doveri, in reciproca interazione secondo, del resto, il pieno significato dell'art. 2 Cost. Se tali doveri vengono gravemente violati, non sussiste più alcuna ragione della tutela di diritti che, compenetrandosi con i doveri, non sembrano più trovare un giusto fondamento ed una ragionevole attuazione".

Punto cardine della questione potrebbe rinvenirsi nel rapporto tra il valore della solidarietà familiare e il diritto alla libertà testamentaria. Se è pacifico che la solidarietà familiare sia posta alla base della successione *ab intestato*, non altrettanto pacifico è, però, fino a che limiti essa possa spingersi. Può arrivare questa a coartare la volontà del testatore? Una risposta certa a tale quesito, ad oggi, non esiste, ma è anche vero che l'orientamento dottrinale sempre più recente si dimostra critico verso la rigida tutela accordata dal nostro ordinamento ai legittimari. "L'esiguità delle ipotesi di indegnità e la gravità dell'istituto renderebbero opportuno poter disconoscere il diritto alla legittima in una serie di casi in cui venga violato il dovere di solidarietà familiare dei riservatari nei confronti del de cuius", V. PORRELLO, *op. cit.*, 994.

80) Ciò non toglie che una seppur minima apertura, anche in materia di esclusione dei legittimari, va segnalata. Sebbene l'impianto normativo del nostro codice civile non supporti tale possibilità, non è escluso che, come è avvenuto in passato, su impulso di casi concreti sorgano nuove questioni, e, di conseguenza, possano aversi nuove pronunce giurisprudenziali, magari tendenti ad affermare la prevalenza della libertà testamentaria e dei diritti/doveri di solidarietà, sulla necessità che i legittimari succedano in quote prestabilite dalla legge.

(Riproduzione riservata)