

LA FISIONOMIA DEL TESTAMENTO TRA VOLONTÀ NEGATIVA E TRADUZIONE IN REGOLA SUCCESSORIA.

Di Alessandro Purpura

| 291

SOMMARIO: 1. *Un rinnovato interesse alla volontà negativa nel testamento.* - 2. *La dimensione storica di una volontà testamentaria destitutiva e il traguardo della “disarticolazione di fonte” tra vocazione e delazione.* - 3. *L’efficacia normativa del testamento: dubbi e riflessi sulla natura giuridica.* - 4. *Disposizioni testamentarie non attributive e clausola meramente diseredativa.* - 5. *Diseredazione e rappresentazione.* - 6. *A mezza via tra diseredazione e indegnità, l’esclusione dalla successione ex art. 448-bis c.c.* - 7. *La sorte della volontà di escludere il legittimario.* - 8. *Dalla tutela del legittimario alla tutela dei creditori del legittimario.*

ABSTRACT. *Sullo sfondo del rapporto tra la libertà testamentaria e le sue costrizioni, il saggio ricerca un nuovo punto di equilibrio tra la volontà ablativa del testatore, che ha rivitalizzato la riflessione scientifica sul contenuto negativo del testamento e, segnatamente, sulla clausola meramente diseredativa e l’effettiva possibilità di tradurre in regola successoria una volontà testamentaria esplicita o implicita che sia stata ragione di frode per i creditori del legittimario leso o pretermesso.*

The essay analyzes the negative content of the act of last will, especially the relation between the power of disinherited and the effective possibility to translate the testator’s will - declared or tacit - in a successory rule, when this volition is able to defraud forced heirs creditors, as a part of the relation between the private autonomy and its limits.



1. Un rinnovato interesse alla volontà negativa nel testamento.

292

Il contenuto del testamento, com'è noto, metabolizza l'ineludibile tensione tra l'autonomia privata e i suoi argini in quel costante dissidio che intercorre tra la libera disponibilità dei beni del *de cuius* per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere e quell'istanza di solidarismo familiare che si erge a tutela dei legittimari¹. Di un tale conflitto l'art. 457 c.c. è indice rivelatore: alla preminenza che il comma 2 della previsione normativa accorda alla volontà consacrata nel testamento, rispetto alla devoluzione della successione *ad intestato*, fa seguito al comma 3 l'esigenza di preservare le ragioni dei familiari più stretti - indicati all'art. 536 c.c. - che ambiscono all'acquisto dei beni dei propri congiunti.

Eppure, i limiti di contenuto alla libertà testamentaria non si esauriscono nell'esclusiva direzione di quel presidio offerto ai legittimari con la quota di riserva, che consente loro di agire in riduzione nei confronti delle disposizioni lesive; lo testimonia la "scure" che la volontà del *de cuius* incontra quando - come nel caso in cui giunga a coartare la libertà dell'altrui persona - si esprima in senso avverso a una norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume e soggiaccia, conseguentemente, a una nullità che ne affligga la sostanza, testuale (così *ex art.* 626 c.c. per una disposizione testamentaria determinata da motivo illecito risultante dal testamento o gravata ai sensi dell'art. 647, comma 3, c.c. da un onere illecito che sia l'unico motivo che abbia indotto il *de cuius* a disporre) o virtuale che sia (in questa seconda evenienza, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 1418 c.c., come previsto dall'art. 1324 c.c.). Ma fin qui, nulla in più, insomma, di quanto già non espresso dal precetto giustiniano «in omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus»².

Quale atto di "congedo" da vita, sostanze e affetti, d'altronde, il testamento - pur nella sua essenza patrimoniale, e non soltanto in quelle estrinsecazioni di volontà dal contenuto non patrimoniale che dell'atto condividono soltanto la forma, in ossequio alla previsione normativa dell'art. 587, comma 2, c.c. o in quelle espressioni di volontà che sono prive di valore giuridico, perché sprovviste della carattere dispositivo - racchiude, specie sotto la veste del te-

stamento olografo, una traccia indelebile della personalità del suo autore, commistione di volitiva determinazione e senso di responsabilità³. L'atto di autodeterminazione della sorte delle proprie sostanze è infatti una trasposizione della più ponderata ragione, come del più intimo sentimento, che affiorano con una maggiore libertà, disinvoltura o forse disinibizione che il pensiero della morte sollecita, compensata - quantomeno in astratto - dalla coscienza che si addice alla stretta correlazione tra quell'ultimo messaggio e la memoria che i posteri serberanno del defunto.

Ma non sempre la "*latissima potestas*" è contenuta dallo scrupolo del testatore. Il testamento allora può ben mostrare un suo "volto" ablativo⁴, un contenuto inclusivo di disposizioni patrimoniali negative, tra le quali divieti testamentari o clausole meramente diseredative o destitutive (ossia ingrasso di escludere la successione) - come più diffusamente nel seguito della trattazione - che possono incarnare un intento afflittivo, dettato da sentimenti di risentimento o addirittura scherno, o talvolta più meditate ragioni di "calcolo" (ad esempio l'esigenza di evitare che il patrimonio ereditario sia esposto *post mortem* alle azioni esecutive di eventuali creditori del successibile), parimenti sintomatiche di una funzione programmatica del testamento⁵.

Questa complessità dell'animo umano al pensiero della morte espone il testamento al mantenimento di un'elevata soglia di attenzione nei confronti di un possibile risvolto illecito delle ultime volontà del *de cuius*, che precluderebbe l'estensione del *favor testamenti* ben oltre quanto già non faccia la conseguenza giuridica di una nullità soltanto parziale⁶.

³ Così S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, Quaderni, 6, Napoli, 2016, 105, che richiama F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 95 ss.

⁴ Si vedano A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 39 ss.; G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *La successione testamentaria*, vol. II, in *Tratt. dir. succ. e don.*, a cura di G. BONILINI, Milano, 2009, 19.

⁵ P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, 9 ss.; G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Dir. delle succ. e della fam.*, 2017, 341 ss.

⁶ Esempio è il caso del divieto restrittivo della libertà di contrarre matrimonio, sul quale si veda Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2009, n. 8941, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 596 ss., con nota di N. DI MAURO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio. La Cassazione apre alla Drittwirkung per le successioni mortis causa*, che ha stabilito che la condizione, apposta ad una disposizione testamentaria, tale da subordinare l'efficacia della stessa alla circostanza che l'istituto contragga matrimonio, «è ricompresa nella previsione dell'art. 634 cod. civ., in quanto contraria alla esplicazione della libertà matrimoniale, fornita di copertura costituzionale attraverso gli artt. 2 e

¹ Nella manualistica, *ex multis*, G. BONILINI, *Il fenomeno successorio*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2019, 373 ss., spec. 407; M. QUARGNOLO, *Il problema della diseredazione tra autonomia testamentaria e tutela del legittimario*, in *Famiglia*, 2004, I, 279 ss.

² Precetto tratto dal *Codex Iustiniani* (C. 6, 37, 23 § 2a).





Oltretutto, la resistenza “culturale”, sottesa al diffuso scetticismo nei confronti dell’ammissibilità di una “pena privata”⁷, in assenza di un’espressa previsione normativa che la consenta, è stata tradizionalmente congiunta a una radicata perplessità circa la possibilità di declinare l’atto dispositivo del testatore in funzione escludente. Una siffatta sfiducia, a ben vedere, più che correlarsi al convincimento dell’opportunità di identificare il disporre con l’attribuire, è piuttosto apparsa doverosa in ragione di un’esclusiva matrice legale dell’efficacia “istitutiva” del testamento⁸ e, conseguentemente, della necessità che l’attribuzione per testamento unicamente della qualità di erede o legatario fosse incapace di costituire il veicolo di un’insubordinazione nei confronti del dato normativo.

Eppure, la tematica, sotto le spinte della giurisprudenza di legittimità⁹ e - sia pur in misura infe-

riore - del legislatore¹⁰, ha rivelato nell’ultimo decennio, nel rapporto tra la libertà testamentaria e le sue costrizioni, un nuovo punto di equilibrio, assestatosi in una posizione più deferente verso la volontà ablativa del testatore, che ha rivitalizzato la riflessione scientifica sul contenuto negativo del testamento e, segnatamente, sulla clausola meramente diseredativa¹¹. Se da un lato la specifica questione appare sintomatica di una restaurata immagine dell’autonomia testamentaria dinanzi alla legge, e sotto questo aspetto il dibattito potrebbe ritenersi sopito, di recente tuttavia alcuni arresti giurisprudenziali su alcune prassi contrattuali volte a “correggere” la *voluntas testantis*¹² o dinanzi a una pressante esigenza di tutela dei creditori del legittimario

29 Cost. Pertanto, essa si considera non apposta, salvo che i risultati che abbia rappresentato il solo motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale rende nulla la disposizione testamentaria».

⁷ In proposito, cfr. E. MOSCATI, voce «Pena (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 775, che riconduce la diseredazione alla “pena privata”.

⁸ Si evocano le posizioni di R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Ann. Mess.*, 1934, ora in *Raccolta di scritti*, t. I, Milano 1980, 10 ss., e di N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, *passim*.

⁹ Il riferimento è a Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8352, in *Vita not.*, 2012, II, 665 ss., con nota di D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*; in *Guida al Diritto*, n. 25, 16 giugno 2012, 48 ss., con nota di M. LEO, *In presenza di un’unica clausola negativa difficile ricostruire il desiderio del defunto*; in *Riv. not.*, 2012, 1228 ss., con nota di M. DI FABIO, *In tema di diseredazione (anche del legittimario)*; in *Giur. it.*, 2012, 2506 ss., con nota di G. TORREGROSSA, *Nota in tema di diseredazione*; in *Fam. pers. succ.*, 2012, IX, 763 ss., con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*; in *www.personaedanno.it*, 30 giugno 2012, con nota di L. BALESTRA, *La diseredazione: un percorso interpretativo al passo coi tempi*; in *Giust. civ.*, 2013, I, 685 ss., con nota di V. OCCORSIO, «Escludo da ogni avere i miei cugini»: la Cassazione alla svolta in tema di diseredazione, e *ivi*, VII-VIII, 1473 ss., con nota di C. BRUNO, *Liceità della diseredazione esplicita*; in *www.comparazionediritto.civile.it*, marzo 2013, 12 ss., con nota di F. TROTTA, *Riflessioni sulla clausola di diseredazione alla luce del recente orientamento giurisprudenziale*; in *Notariato*, 2013, 24, con nota di R. CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del negozio testamentario*; in *Corriere giur.*, 2013, V, 614 ss., con nota di B. CALIENDO, *La diseredazione: “(non) vuoi così colà dove si puote ciò che si vuole.”*; in *Riv. dir. civ.*, 2014, 307 ss., con nota di R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, III, 1153 ss., con nota di E. PETRONE, *La diseredazione e la clausola di esclusione meramente negativa. Ultimi orientamenti giurisprudenziali*; si vedano altresì M. SCALISI, *Clausola di diseredazione e profili di modernità*, *Studio n. 339-2012/C*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici CNN del 20 settembre 2012; C. LAZZARO, *La nuova frontiera della diseredazione*, in *www.comparazionediritto.civile.it*, luglio 2014; L. DE STEFANO, *I nuovi profili della clausola di diseredazione*, in *www.ilcaso.it*, 1 agosto 2015.

¹⁰ L’art. 1, comma 9, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha introdotto l’art. 448-bis («Cessazione per decadenza dell’avente diritto dalla responsabilità genitoriale sui figli») nel codice civile, poi modificato dall’art. 66, comma 1, del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che dispone che «il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all’adempimento dell’obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all’articolo 463, possono escluderlo dalla successione», prevedendo dunque un’ipotesi di esclusione dalla successione, sulla quale si vedano M. PARADISO, *Decadenza della potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448 bis c.c., inserito dall’art. 1, comma 9°, della legge 219/2012)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 557 ss.; M. CINQUE, *Profili successori della riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 657 ss.; F. OLIVIERO, *Decadenza della responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448-bis c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, 35 ss.; M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1 ss.; F. GIGLIOTTI, *L’esclusione dalla successione nell’art. 448 bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, IV, 1096 ss.; V. VERDICCHIO, *La diseredazione «per giusta causa»*. (Chiose a margine dell’art. 448-bis c.c., introdotto dalla l. 219/12), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, II, 275 ss. Da ultimo, M. GALLETTI, *Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell’art. 448-bis c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, VII-VIII, 1080 ss.; G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448 bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, IV, 1265 ss.

¹¹ Si vedano in proposito M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012; P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, cit.; L. TRISOLINO, *La diseredazione tra giurisprudenza e problemi operativi. Breve vademecum per gli operatori del mondo forense e notarile*, Vicalvi (FR), 2016; G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, Milano, 2017; G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, cit., 341 ss.; C. LAZZARO, *La diseredazione. Analisi ed applicazioni pratiche dell’istituto*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2018; S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, in *Le parole del diritto*, in *Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. I, Napoli, 2018, 569 ss.

¹² A titolo esemplificativo, Cass. civ., sez. II, 20 ottobre 2014, n. 22183, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione necessaria*, n. 120, sugli accordi di interpretazione del testamento, conformemente a Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2011, n. 72, in *Foro it.*, 2012, I, c. 240 ss.; in *Giust. civ.*, 2012, I, 2830 ss.

leso o pretermesso¹³ (e le riflessioni che hanno ingenerato¹⁴) giustificano qualche dubbio sull'effettiva possibilità di tradurre in regola successoria una volontà testamentaria esplicita o implicita - negativa in entrambi i casi - che sia stata ragione di frode per i soggetti indicati. Pare dunque opportuno interrogarsi se il nuovo profilo di complessità - mantenendo l'indagine a livello della volontà testamentaria, piuttosto che della responsabilità patrimoniale del legittimario - induca a negare che il baricentro dei rapporti tra l'autonomia testamentaria e l'intangibilità di un principio di endofamiliarità di trasmissione della ricchezza si sia spostato più in senso favorevole alla prima.

2. La dimensione storica di una volontà testamentaria destitutiva e il traguardo della “disarticolazione di fonte” tra vocazione e delazione.

L'ammissibilità di una volontà testamentaria destitutiva induce inevitabilmente a rievocare la fisionomia che il testamento ha assunto in chiave storica, tra l'antesignano del diritto romano, la codificazione napoleonica e la civilistica italiana dei primi del Novecento¹⁵.

Dell'indubbia efficacia istitutiva del testamento di epoca romana era emblematica la sufficienza di una *heredis institutio*, che tuttavia doveva destinarsi ai soli *heredes sui* o *postumi*, e non anche ai c.d. *extranei* alla cerchia familiare, a meno che non si fosse fatto ricorso all'istituto della *exhereditio*, esplicita manifestazione di volontà destitutiva della qualità di erede dei propri congiunti, preliminarmente all'adozione di un estraneo¹⁶. L'alternatività

dell'obbligo di istituire o destituire, era dunque espressa dalla regola «sui heredes instituendi sunt vel exheredandi»¹⁷. La volontà del testatore, istitutiva o destitutiva, indirizzava quindi la successione per causa di morte, con la conseguenza dell'inefficacia di un'eventuale attribuzione di singoli beni sprovvista della nomina di un erede¹⁸.

La parabola discendente della sorte della volontà destitutiva ha origine in età repubblicana, sul finire del II secolo a.C., dall'attestarsi ad opera dei Tribunali centumvirali di una prassi avversa alle diseredazioni arbitrarie, sprovviste di una causa ragionevole, e seguita nel diritto giustiniano dalla Novella 115 dell'anno 542 d.C. L'intervento dell'imperatore bizantino circoscrisse l'ammissibilità dell'*exhereditio* all'indicazione di motivi tassativi (otto per gli ascendenti e dodici per i discendenti), attraendo quel segmento di volontà negativa a una maggiore affinità con una moderna causa di indegnità, nonostante quest'ultima non incidesse, a differenza del primo, sul “*capere*” ma solo sul “*retinere*”.

La necessità che la diseredazione rispondesse alle ipotesi tassativamente previste si mantenne immutata nel diritto intermedio¹⁹, sino all'età delle codificazioni, che ispirate ai principi egualitari, compressero la libertà testamentaria abolendo la diseredazione e riducendo le ipotesi di indegnità (come desumibile dall'art. 727 *Code Napoleon*). Da qui l'assenza di una disciplina della diseredazione sia nel codice del 1865, sia in quello del 1942, giustificata dalle motivazioni rese note nella Relazione Pisanelli al Progetto del codice civile previgente, che la considerava invisa ai principi della civiltà giuridica²⁰. L'argomento induce ad ogni modo a sottrarre

¹³ Sul punto, Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Foro it.*, 2013, I, 2245, e in *Vita Not.*, 2013, II, 715; Cass. civ., sez. II, 15 maggio 2013, n. 11737, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Fallimento*, n. 317; Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2015, n. 1902, in *www.dirittoegiustizia.it*, 4 febbraio 2015; Cass. civ., sez. VI, 18 giugno 2019, n. 16623, in *www.webgiuridico.it*.

¹⁴ In proposito S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., *passim*; e P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, aprile 2019.

¹⁵ In chiave storica, si vedano, tra i tanti, D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, 4 ss.; F. GERBO, voce «Diseredazione», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, 2008, 1 ss.; L. DE STEFANO, *I nuovi profili della clausola di diseredazione*, cit., 1 ss.; di recente, M. PIGNATA-R. CATALANO, *Indegnità e diseredazione: profili storico-giuridici*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, XII, 1 ss.

¹⁶ Tra i tanti A. BURDESE, voce «Diseredazione (diritto romano)», in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 1113 ss.; F. CANCELLI, voce «Diseredazione (diritto romano)», in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1964, 95. Nella manualistica altresì A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964,

777; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, ed. 14, Napoli, 1966, 545.

¹⁷ Come nel testo di Ulpiano, *Tit. Ulp.* 22.14, tratto dal commentario di Gaio, *Inst. Gai* 2.123: «Item qui filium in potestate habet, curare, debet, et eum vel erede insituat vel nominatim exheredet». Sul punto S. KURSA, *La diseredazione nel diritto giustiniano*, 16 s.; A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio sui aut instituendi aux exhereditandi*, in *SDHI* 59, 1993, 258 ss.; L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 80 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano, 2014, 149.

¹⁸ In proposito, A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, ed. 2, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1961, 9; nonché, F. GERBO, voce «Diseredazione», cit., 1 ss., che afferma che nel testamento romano la *heredis institutio* «era caput e fundamentum».

¹⁹ Cfr. A. MARONGIU, voce «Diseredazione (dir. interm.)», in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 99 ss.

²⁰ Nella Relazione Pisanelli al progetto del libro III del codice civile del 1865 si osserva che «nella diseredazione la legge non pronunzia, non colpisce. Essa arma il testatore del diritto di pronunziare e di colpire. Suppone che nell'ultimo atto di vita





l'illecita volontà destitutiva ad un raffronto indebito con l'indegnità, che - come accennato - preclude soltanto il consolidarsi del lascito in capo all'erede²¹.

Le considerazioni storiche svolte dimostrano che il diritto moderno avrebbe consegnato alla civilistica italiana di inizio secolo scorso l'immagine di un testatore incapace di orientare con la propria autodeterminazione il fenomeno istitutivo (la vocazione dei successibili), che avrebbe effetto *ex lege*, ma capace di incidere soltanto quello attributivo (la delazione dell'asse ereditario)²². Il che costituirebbe un'inequivoca fonte di remora ad ammettere una volontà testamentaria che, in violazione di una gerarchia di valori, sia in grado di escludere la successione per legge, alla quale sarebbe stato sotteso un'interesse superiore²³. L'assunto inoltre avrebbe convalidato l'idea di un'identità tra "disporre" per testamento e "attribuire", equivalenza generata presumibilmente dal rilievo che la disposizione testamentaria tipica abbia un contenuto patrimoniale. Per questo verso, il testamento sarebbe un atto destinato alla distribuzione dei beni del suo autore, rispetto al quale tutte le altre disposizioni assumono un ruolo complementare²⁴.

Eppure, a ben altra soluzione ermeneutica si sarebbe giunti osservando che il sistema delineato dal legislatore consente che l'individuazione degli eredi e dei legatari e il fenomeno devolutivo dei beni possano trovare indistintamente fonte sia nella legge, sia nella volontà del testatore. Lo confermerebbe, come osservato da Luigi Mengoni²⁵, la convivenza di un'attribuzione di beni per testamento, dunque una delazione volontaria, in grado di generare un fenomeno vocativo legale (così nell'*istitutio ex certa re*, ai sensi dell'art. 588, comma 2, c.c.), con l'ipotesi inversa di un'istituzione per testamento di

un erede, ossia una vocazione volontaria, alla quale si accompagni la devoluzione dell'asse o di una quota di esso per effetto di legge.

L'assunto che la successione *mortis causa* sia colta da una "disarticolazione di fonte", legale e volontaria, dinanzi ai fenomeni vocativo e delativo - dalla possibilità dunque che istituzione di un soggetto nella qualità di erede o legatario e attribuzione ad esso dei beni del patrimonio abbiano una causazione differente - rimetterebbe in discussione l'inattitudine della volontà testamentaria a mostrare efficacia istitutiva, oltre quella attributiva, e il corollario dell'illiceità di una volontà testamentaria destitutiva.

A sostegno della compenetrazione tra legge e volontà del *de cuius*, e segnatamente della rivalutazione della forza istitutiva del testamento, si è addotto che l'art. 457, comma 2, c.c., nel determinare il rapporto tra la successione legittima e testamentaria, sancisce che si faccia luogo alla successione legittima, solo quando manchi in tutto o in parte quella testamentaria. Quest'ultima è dunque idonea a derogare alla successione per legge mediante una differente allocazione dei beni, stante il carattere dispositivo della successione *ab intestato*, che promuove un'esigenza non sovrapponibile alle istanze di tutela dei legittimari, volgendo piuttosto ad assicurare la continuità dei rapporti giuridici, evitando la vacanza di titolarità nei rapporti del defunto²⁶. Alla successione legittima dovrà allora essere attribuita «una precedenza dal punto di vista logico, e non già assiologico»²⁷, smentendosi dunque una gerarchia di valori tra le due forme del regolamento successorio: è infatti sul soggetto beneficiario dal testatore che grava l'onere di fare valere il proprio titolo nei confronti dei successibili *ex lege*²⁸. Il testatore ha dunque tutta la facoltà di rimodulare gli esiti della successione, che ben diversi sarebbero stati in applicazione delle norme sulla successione legittima.

L'argomento, ripreso dalla giurisprudenza di legittimità che nel 2012 si è pronunziata in senso favorevole alla validità della clausola meramente diseredativa²⁹, costituisce la premessa per qualche riflessione sulla natura "dispositiva" del testamento, evocata dalla lettera dell'art. 587 c.c., che come già appare chiaro non può ridursi alla mera funzione attributiva dei beni dell'asse ereditario. Propedeutica all'indagine si rivela qualche ulteriore osserva-

civile, nell'ora solenne dei moribondi, un padre possa per sentimento di vendetta proclamare il disonore della prole, dichiarando sconosciuto il figlio, o deturpando il nome della figlia. La supposizione è immorale. Come può mai conciliarsi colla dottrina del perdono».

²¹ In proposito anche F. GERBO, voce «Diseredazione», cit., 1 ss.

²² R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., 10 ss.

²³ Così A. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 386 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale e testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 198 ss.

²⁴ In tal senso G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 325 ss. e 332 ss.

²⁵ Così L. MENGONI, *L'istituzione di erede «ex certa re» secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 740 ss.; ID., *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 13 ss.; pensiero rievocato da F. GERBO, voce «Diseredazione», cit., 1 ss.; nonché ID., *L'istitutio ex re certa. Contributo per una rilettura critica degli articoli 457 e 588 del codice civile*, Milano, 2011, *passim*.

²⁶ S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano, 2008, 3 ss.

²⁷ S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 583.

²⁸ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, ed. 6, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1999, 38 s.

²⁹ Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8352, cit.

zione sul rapporto tra legge e volontà testamentaria, con inevitabili ricadute in ordine alla natura giuridica del testamento.

3. L'efficacia "normativa" del testamento: dubbi e riflessi sulla natura giuridica.

296

La fisionomia restituita al testamento, non già di atto funzionale esclusivamente alla destinazione dei beni del testatore, ma di strumento di regolazione della successione, si addice a un'estensione dei suoi effetti ben oltre la sola sfera giuridica del suo autore³⁰. Se è pur vero che i destinatari della volontà testamentaria mantengono la possibilità di accettarne o respingerne gli esiti, onde non potersi discorrere di un'autorità privata quale «potere di imporre ad altri giuridicamente le proprie decisioni di vario contenuto»³¹, ciò non toglie che nel testamento si riscontra una certa «eteronomia», stante la possibilità di incidere sulla sfera giuridica di soggetti che, una volta che abbiano accettato la qualità di erede o non abbiano rinunciato al legato, siano tenuti a conformarsi alla volontà dell'autore dell'atto. Lo si evince, a titolo esemplificativo: 1) sia dal rilievo del *modus* testamentario, quale elemento che si impone ai destinatari delle volontà del *de cuius* anche come disposizione autonoma, senza dovere necessariamente far da corredo ad altra disposizione contenuta nell'atto di ultima volontà³²; 2) sia dalla previsione di conferma delle disposizioni testamentarie nulle (art. 590 c.c.), in deroga a quanto previsto dall'art. 1423 c.c., in materia contrattuale; 3) sia ancora dall'interpretazione del testamento, che radicalizza la regola conservativa, valorizzando l'intento empirico del testatore³³, purché esso sia canalizzato in un atto che del testamento abbia contenuto, forma e funzione, e dunque consista nell'esercizio, da parte

dell'autore, del proprio generale potere di disporre *mortis causa*³⁴.

L'ermeneutica testamentaria, com'è noto, enfatizza il rilievo della volontà dell'autore a tal punto da dismettere ogni considerazione dell'affidamento dei terzi e da elevare a materiale interpretativo ciò che si ricava anche solo implicitamente dalla scheda testamentaria, ossia una volontà rimasta avulsa dal tenore letterale delle espressioni utilizzate dal testatore, ma pur sempre idonea ad evitare il fraintendimento (è il caso delle abitudini linguistiche del testatore)³⁵. Rimane precluso all'interprete avvalersi di dati estrinseci per giungere al risultato di attribuire alla disposizione testamentaria un contenuto nuovo, in quanto non espresso nel testamento³⁶. Un'interpretazione così orientata corre immune dai rischi di un'eterointegrazione ed è conforme al disposto dell'art. 625 c.c., la regola della "*falsa demonstratio non nocet*", che a proposito dell'erronea indicazione o della cosa che forma oggetto della disposizione consente che la disposizione abbia effetto quando sia ricavabile o dal contesto del testamento o risulti altrimenti in modo inequivoco.

Le riferite testimonianze di un'asserita "normatività" del testamento devono ritenersi incapaci di cogliere nel segno, ove si opponga una prospettiva differente, che ritenga la *libertas testandi* incapace di sfuggire a regole e principi posti a presidio di istanze, sotto il condizionamento delle quali la volontà del testatore rischierebbe di essere resa "ineffettiva"³⁷. La suggestione sarebbe alimentata non

³⁰ M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, 149; L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, Artt. 587-600, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, diretto da F. GALGANO, Bologna-Roma, 1993, 48; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, Artt. 587-590, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2005, 123 ss.; ma anche ID., *Diseredazione*, cit., 586.

³¹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4 ss.

³² M. GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, I, 889 ss.; sul punto, di recente, A. SPATUZZI, *Autonomia testamentaria e libertà della persona*, Napoli, 2014, 43 ss.; S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 586.

³³ *Ex multis*, A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, 685 ss.; di recente A. VENTURELLI, *Gli accordi di interpretazione del testamento, in I poteri privati e il diritto della regolazione*, a cura di P. SIRENA-A. ZOPPINI, 2018, 311 ss., spec. 313 s.

³⁴ Sul punto, Cass. civ., sez. II, 2 febbraio 2016, n. 1996, in *www.dejure.it*, che ha escluso la ricorrenza di un testamento olografo in una scrittura privata con la quale il *de cuius* dichiarava che quel soggetto fosse «figlia a tutti gli effetti», quale atto valevole al riconoscimento di figlio naturale, non evincendosi univocamente da essa la volontà del disponente di determinare l'effetto accertativo della filiazione dopo la propria morte.

³⁵ S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 571 ss., che osserva che, nonostante il testamento sia anche *vestmentum*, è al contempo ciò che si ricava anche implicitamente dalla scheda testamentaria, come si evince a proposito delle disposizioni fiduciarie (art. 627 c.c.), a proposito di *falsa demonstratio* (art. 625 c.c.), ma anche in tema di *institutio ex certa re* (art. 588, comma 2, c.c.).

³⁶ Di recente, Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2019, n. 7025, in *www.quotidianogiuridico.it*, 15 marzo 2019, che ha stabilito - relativamente alla richiesta di parte di interpretare la dicitura «a fini di culto e di religione» apposta a un legato, nel senso di destinare l'appartamento abitato dalla testatrice ad ospitare religiosi indigenti, preordinando il reddito degli altri beni al loro sostentamento - che il ricorso a criteri ermeneutici come la cultura, la mentalità, le abitudini espressive e l'ambiente di vita del testatore medesimo, non può spingersi sino a integrare, sulla base dei suddetti elementi valutativi, *ab extrinseco*, tale volontà, attribuendo ad essa contenuti inespressi ovvero diversi da quelli risultanti dalla dichiarazione stessa.

³⁷ S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 30.





soltanto dalle anticipate prassi contrattuali finalizzate a disattendere la volontà del testatore, tra le quali si annoverano i patti di non pubblicazione di un testamento o gli accordi interpretativi³⁸, ma anche dal timore che le ultime volontà del disponente restino “nude”, come osservato dinanzi ad accordi di integrazione della quota di legittima o di rinuncia a fare valere il testamento che favorisca un soggetto a scapito dei successibili o dei legittimari³⁹. Si profilerebbe insomma un’interstizio che attrae a sé accordi ritenuti validi, che si collocano “a valle” rispetto alla volontà testamentaria e, che pur non sconfinando nell’illecito, infrangono la regola successoria posta dal testatore.

Eppure il rischio che i destinatari delle disposizioni testamentarie le sovvertano o eludano, pur avvalendosi di strumenti leciti, è un elemento inconfidente rispetto alla regola successoria, che si muove sui binari del rapporto tra la legge e la volontà del testatore e che avrebbe attitudine a incidere sull’altrui sfera giuridica, a prescindere dall’osservanza della stessa. Anzi, proprio quegli accordi veicolati dalla prassi, vincolanti soltanto per chi vi partecipa e finalizzati a “correggere” la *voluntas testantis*, presuppongono un’imperativo giuridico, che si apprestano a disattendere.

Vero è che il proclamato rilievo della volontà testamentaria nel regolare la successione perda inevitabilmente di valore dogmatico allo scorgere di fenomeni che, pur dall’esterno, palesino l’incapacità della regola posta a tradursi in tecnica operativa. L’osservazione ben potrebbe replicarsi nella direzione di un interesse generale, quale piuttosto potrebbe risultare, come accennato, la tutela dei legittimari, dinanzi alla quale il “dogma” della volontà non può, semmai, valere come un valore assoluto, riuscendone ridimensionato.

Sul differente modo di intendere la “forza” del testamento - l’opzione “normativa” e quella che teme una fiacca traduzione di quella volontà in una effettiva regola successoria - si scorgono le tracce del noto dibattito sulla natura giuridica del testamento.

A sostegno della tesi che negherebbe natura negoziale all’atto di ultima volontà⁴⁰ si era addotta l’incapacità della volontà testamentaria di fare sorgere il rapporto successorio, che avrebbe titolo, richiamando quanto accennato in precedenza, esclusivamente nella legge. Il che equivale a dire che il

testamento, più di imprimere una certa direzione alla vocazione, non possa fare, essendo incapace di indurre il contenuto della volontà alla produzione dell’effetto voluto, che è piuttosto un connotato essenziale dell’attività negoziale. Non dissimile è la posizione di quanti in dottrina propendono per una qualificazione negoziale del testamento⁴¹, che tuttavia considerano egualmente incapace di far sorgere una regola successoria e di muoversi fuori dal solco già tracciato dalla legge, ponendosi nell’orbita delle anticipate posizioni scettiche su un’efficacia istitutiva volontaria e proclivi alla preminenza “di valore” della successione legittima⁴². Sono state richiamate in proposito numerose previsioni normative che negano rilievo autonomo alla *voluntas testantis*⁴³, spiazzata da un diverso effetto - *ex lege* - a tutela di un interesse talvolta opposto (e oltretutto prevalente) rispetto a quello dell’autore dell’atto.

Eppure, se la negozialità di un atto si misurasse con l’assenza di previsioni normative volte a fare fronte dall’esterno a una volontà, a tratti anche illecita, si dovrebbe porre in discussione la natura di tanti negozi giuridici, dinanzi ai quali l’ordinamento pure appresta forme di reazione comune⁴⁴. Come si è osservato, allora, si sarebbe disposti a rivedere la qualificazione negoziale dell’atto testamentario soltanto nella misura in cui si sia disposti a farlo anche con riguardo alla distruzione materiale della scheda da parte di uno o più successibili *ex lege*⁴⁵.

Da sfondo allora a una volontà testamentaria idonea a regolare la successione *mortis causa* del suo autore con tutte le sue possibili declinazioni di contenuto - sia quando benefici il suo destinatario, sia quando lo svantaggi, ad esempio con un legato obbligatorio, sia quando abbia funzione devolutiva dell’asse ereditario, o istitutiva di un erede o un legatario, o destitutiva di un successibile *ex lege* - non pare possa porsi in dubbio la natura negoziale del

⁴¹ Tra i tanti, L. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 55 ss.

⁴² *Ex multis*, R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., 10 ss.; A. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, cit., 386 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale e testamentaria*, cit., 198 ss.

⁴³ Senza pretesa di esaustività, tra gli argomenti a fondamento normativo in supporto della tesi di Lipari si riscontrano: la fonte legale dell’istituto della rappresentazione (art. 467 c.c.); il regime giuridico delle condizioni impossibili o illecite (art. 634 c.c.); la nullità del termine (art. 637 c.c.); la possibilità che il legato sia oggetto di rinuncia del legatario (art. 649 c.c.); lo spettro della nullità per il legato di cosa dell’onerato o di un terzo (art. 651, comma 2, c.c.); la revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (art. 687, comma 2, c.c.); la nullità della sostituzione fedecommissaria (art. 692, comma 3, c.c.). Così N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., 1 ss.

⁴⁴ Sul punto G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, vol. I, ed. 3, Milano, 2009, 731.

⁴⁵ S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 586 nt. 49.

³⁸ S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 48 ss. e 51 ss.

³⁹ S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 37 ss.

⁴⁰ N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., 1 ss.

testamento⁴⁶, che oltretutto non è regola “per sé”, ma dagli esiti intersecanti altrui sfere giuridiche.

4. Disposizioni testamentarie non attributive e clausola meramente diseredativa.

| 298

Oltre alla combinazione tra legge e volontà nel rapporto complementare tra vocazione e delazione, generalmente sostenuta in dottrina contestualmente ai suoi corollari - in progressione, la crisi della primazia della successione legittima, la concezione “normativa” della volontà testamentaria e la qualificazione negoziale del testamento - l’ulteriore pilastro concettuale sul quale si suole fondare l’ammissibilità di una volontà testamentaria meramente destitutiva è, come anticipato, l’assenza di equivalenza tra “disporre” e “attribuire”⁴⁷. Il testamento, conseguentemente - come già da tempo sostenuto in dottrina⁴⁸ e argomentato tra le motivazioni della menzionata giurisprudenza di legittimità del 2012, nel tentativo di cogliere il significato della lettera dell’art. 587 c.c. - è un atto dispositivo, nel senso che “disporre” non può significare necessariamente attribuire in senso tecnico, ma anche “istituire” o “destituire”.

A questo punto, reimpostato il rapporto tra disposizione e attribuzione in quello tra *genus* e *species*, cadrebbe il sospetto di immeritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c. di una volontà meramente “de-

stitutiva”, egualmente sorretta dallo stesso interesse a regolare la propria successione, al quale è altresì orientato ogni intento attributivo del testatore.

In un clima in cui la successione testamentaria non è più ancillare a quella legittima, una conferma che la disposizione negativa volta ad escludere direttamente un successibile *ex lege* costituisca un segmento di autonomia privata di per sé non avvertito dall’ordinamento è stato addotto dalla presenza di ipotesi legali nelle quali il testatore predispone una disciplina della propria successione senza né attribuire in senso tecnico, né istituire, ma autodefinendosi “negativamente”. Tra queste, tuttavia - indicando cosa si voglia intendere in senso lato per “contenuto negativo” - occorre distinguere: disposizioni testamentarie la cui negatività si colloca a livello dell’espressione della volontà e dell’effetto ad essa conseguente (il divieto testamentario di divisione ex art. 713, commi 2 e 3, c.c.; la dispensa dalla imputazione *ex se* ex art. 564 c.c. e dalla collazione ex art. 737 c.c.; la disposizione contraria alla costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia ex art. 1062 c.c.); nonché ulteriori disposizioni non attributive che, pur positive nell’espressione e nell’effetto che ne consegue, potrebbero avere egualmente una carica “negativa”, in quanto gravose, svantaggiose o afflittive per i destinatari (il *modus* testamentario ex art. 647 c.c.; l’onere della prestazione del legato ex art. 662 c.c.; l’assegno divisionale semplice ex art. 733 c.c.; le disposizioni relative alla distribuzione interna tra i coeredi del carico dei debiti e pesi ereditari ex art. 752 c.c.; il complesso delle disposizioni incidenti sui diritti dei legittimari, tra le quali il legato in sostituzione di legittima ex art. 551 c.c.). Appare di tutta evidenza che la clausola meramente diseredativa sia un’espressione negativa della volontà del testatore, che tuttavia abbia la portata svantaggiosa - per i destinatari - di queste seconde disposizioni testamentarie, capaci di ingenerare una *hereditas damnosa*.

In senso favorevole alla meritevolezza dell’interesse sottostante a questa declinazione del disporre “in negativo”, come la stessa pronuncia di legittimità sopra menzionata ha osservato, rientrerebbe nel potere dispositivo del testatore - pur se non espressamente previsto dal legislatore - non soltanto la facoltà di gravare il proprio erede di una *hereditas damnosa*, ma anche quella di escludere il legittimario dalla quota disponibile mediante l’istituzione nella sola quota di legittima e quella ancora di modificare le norme che la legge pone alla delazione successiva, escludendo l’operatività del diritto di rappresentazione in favore dei propri congiunti o dell’accrescimento con la previsione di più

⁴⁶ Tra i tanti, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 2000, 19; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, cit., 60 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Il profilo negoziale dell’atto*, Milano, 1976, 72 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 180; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, 556; R. TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, 37 ss. Più di recente, F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa del negozio testamentario*, Milano, 2011, 20 ss.; S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 585. Cfr. S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 21.

⁴⁷ Sulla distinzione già L. MENGONI-F. REALMONTE, voce «Disposizione (atto di)», in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 189; a proposito dell’atto di rinuncia pura, si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ed. 9, Napoli, 1986, 220; nonché, in relazione al testamento, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1955, 291 ss.;

⁴⁸ M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 233; P. RESCIGNO, *Recensione a Bin, La diseredazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 65 ss.; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 168 ss.; A. TRABUCCHI, *L’autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., 48 s.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., 1 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, Artt. 587-600, cit., 95 ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 407.





sostituzioni ordinarie o, addirittura, con un'esclusione diretta.

Che poi, una volta escluso il conflitto di una siffatta volontà "destitutiva" con la tipicità sociale, sotto altro scrutinio - quello dell'apprezzamento degli interessi in concreto - la volontà del testatore che abbia inteso diseredare possa palesarsi illecita è una questione che non graverebbe sulla causa del testamento, ma sul terreno limitrofo del motivo, come deporrebbe una lettura degli artt. 624, comma 2, e 626 c.c., sul motivo erroneo e illecito. Si è in proposito osservato che se un determinato interesse nella materia contrattuale è assorbito nell'ambito della causa, come funzione concreta dell'atto di autonomia privata, nella materia testamentaria, quello stesso interesse dovrà elevarsi al rango di motivo rilevante, per essere capace di incidere sulla validità dell'atto, ma sempre in quanto motivo erroneo o illecito⁴⁹.

Dismissa dunque l'opzione ermeneutica intransigente nei confronti della clausola meramente diseredativa⁵⁰, consacrata per lungo tempo dalla pronuncia della Corte di Cassazione 20 giugno 1967, n. 1458 e sporadicamente dalla giurisprudenza di merito⁵¹, con l'apparato concettuale fin qui esposto ci si emancipa dal fare ricorso alla *fiction iuris* in base alla quale per escludere si debba necessariamente istituire implicitamente, che pure il Supremo consesso aveva avallato in qualche precedente giurisprudenziale⁵² (ammettendo dunque una clausola così congegnata: «Escludo dalla mia successione legittima soltanto...»). Sulla scorta di una fantoma-

tica vigenza della regola "*exclure c'est instituer*", si temperava infatti il rigore della tesi negativa in ossequio a un principio di *favor testamenti*, che tuttavia non risolveva la questione, risultando spesso dinanzi al successibile *ex lege* di difficile applicazione per l'individuazione di una reale volontà istitutiva, pur implicita, del testatore⁵³ (si pensi, ad esempio, ai parenti entro il sesto grado, magari rimasti quali unici successibili *ex lege* del testatore).

Ecco allora che escludere - espressione di un "non volere" - avrebbe la medesima dignità di attribuire - una delle tante manifestazioni di "volere" - nel costituire disposizioni delle sostanze del testatore per il tempo in cui costui avrà cessato di vivere.

5. Diseredazione e rappresentazione.

Ulteriore questione emersa tradizionalmente a proposito della volontà ablativa testamentaria ha riguardato l'incidenza dell'intento diseredativo del *de cuius* sui discendenti dell'escluso, ossia se vi siano i presupposti perché possa operare la rappresentazione, ove il testatore non abbia manifestato un espresso proposito destitutivo della stirpe del rappresentato.

Quale forma di delazione successiva, la rappresentazione opera, come previsto dall'art. 468 c.c., sia a favore dei discendenti dei figli legittimi, legittimati e adottivi, nonché di quelli naturali del defunto e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto. Nel primo caso l'eventuale esclusione espressa da parte del testatore riguarda la stirpe dei figli, ossia dei rappresentanti legittimari, dunque avrebbe effetto nella misura in cui si sia disposti ad accettare la diseredazione del legittimario, come nel seguito della trattazione.

A prescindere dal diverso esito che avrebbe la volontà testamentaria di destituire il rappresentante di cui all'art. 468 c.c. che sia anche un legittimario, è preliminare alla questione della compatibilità della rappresentazione con l'esclusione dalla successione un accertamento della volontà espressa o presunta del testatore di vietare la delazione successiva ex art. 467 c.c. in favore dei discendenti del destituito⁵⁴. Si tratta di una questione ermeneutica, che sollecita l'estensione dei criteri interpretativi per far

⁴⁹ S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 589, che osserva la marginalità del ricorso all'art. 1345 c.c. in materia contrattuale per sanzionare quegli interessi perseguiti, che si ricompongono attorno a una funzione illecita, laddove piuttosto «nel testamento la ragione da cui è sostenuta la volontà di disporre in una data maniera, quand'anche risulti dalla scheda, non rifluisce nella causa, restando invece confinata nell'ambito dei motivi, salvo potere eventualmente rilevare, come motivo illecito, sul piano della validità dell'atto». Sul punto, altresì, G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, cit., 356 ss.

⁵⁰ Così F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 2, Milano, 1952, 47; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 22 ss.; A. TORRENTE, voce «Diseredazione (dir. vigente)», in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 102 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 212 ss.

⁵¹ Sulle orme di Cass. civ., sez. II, 20 giugno 1967, n. 1458, in *Foro it.*, 1968, I, c. 574, e in *Giust. civ.*, 1967, I, 2032; Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000, in *Vita not.*, 2001, 694; App. Catania, 28 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 15 ss.; *contra*, la posizione più indulgente verso la clausola meramente diseredativa riscontrata in altra parte della giurisprudenza di merito, per la quale si vedano Trib. Nuoro, 15 settembre 1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 389; Trib. Catania, 28 marzo 2000, in *Giust. civ.*, 2001, 1110 ss.; App. Genova, 16 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2001, 937.

⁵² Ci si riferisce alle due pronunce Cass. civ., sez. II, 23 novembre 1982, n. 6339; Cass. civ., sez. II, 18 giugno 1994, n. 5895.

⁵³ Obiezione sollevata da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 24.

⁵⁴ M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 273 s.; A. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, cit., 386 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1980, 181. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., sez. II, 23 novembre 1982, n. 6339; Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8532, cit.

luce sulla volontà del testatore pur non direttamente desumibile dalla scheda testamentaria. È il caso delle richiamate abitudini linguistiche del testatore, che - in quanto convergenti a usi del linguaggio comune - fanno da sfondo a una pronuncia della Cassazione del 2018⁵⁵, sul tema dei rapporti tra diseredazione e rappresentazione. Il Supremo consesso, adito dai pronipoti dalla testatrice, era stato chiamato a verificare la legittimità della statuizione della corte territoriale, favorevole all'esclusione dalla successione che la disponente aveva rivolto ai propri «fratelli e nipoti», da intendere quale volontà riguardante l'intera stirpe dei collaterali. La Cassazione aveva poi deciso di confermare la ricostruzione del giudice di merito, in quanto mossa dalla considerazione che la parola «nipoti» utilizzata dalla testatrice nel linguaggio comune suole ricomprendere anche «i pronipoti» e non ci sarebbero ragioni per negare che diversamente abbia voluto autodeterminarsi la disponente.

In assenza di una precipua volontà testamentaria ablativa che riguardi il delato per rappresentazione, orbene una parte della dottrina⁵⁶ e l'orientamento prevalente in giurisprudenza⁵⁷ convergono nel considerare operante la delazione successiva in suo favore, stante la non automatica dissolubilità dei presupposti per la vocazione e la delazione degli ulteriori successibili. In senso contrario, si era addotto che la diseredazione recidesse il titolo della chiamata, a differenza di quanto avviene per l'indegnità, non di ostacolo allo svolgersi della delazione, come spiegherebbe la constatazione che l'indegno possa accettare l'eredità, che poi però gli è precluso di trattenere⁵⁸.

⁵⁵ Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2018, n. 26062, in *Foro it.*, 2019, I, c. 541.

⁵⁶ In senso adesivo, M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 272 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, Artt. 587-600, cit., 98 s.; M. MORETTI, *La diseredazione*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, a cura di G. BONILINI, II, Milano, 2009, 271; di recente, S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 590.

⁵⁷ In tal senso Cass. civ., 14 ottobre 1955, n. 3158 (est. Torrente), in *Foro it.*, 1955, I, c. 1451, e in *Giust. civ.*, 1956, I, 252 ss.; a seguire, Cass. civ., sez. II, 23 novembre 1982, n. 6339, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1652 ss.; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1996, n. 11195, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Successione necessaria*, n. 50, e in *Giust. civ. Mass.*, 1996; (in motivazione) Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8325, cit.; Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2018, n. 26062, cit.

⁵⁸ Si vedano A. TRABUCCHI, *Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 749 ss.; ID., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., 50 s.; G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1182 ss., spec. 1203; G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da G. VASSALLI, Torino, 1977, 83; più di recente F. GERBO, voce *Diseredazione*, cit., 1 ss.

Tuttavia sotto questo profilo d'indagine, non sembra giustificabile che, dinanzi agli ulteriori chiamati per rappresentazione, la diseredazione e l'indegnità ricevano un trattamento differente solo per le note diversità che intercorrono tra i due istituti: non soltanto perché è controverso che l'indegnità non abbia alcuna incidenza sulla delazione del rappresentato⁵⁹, ma perché anche laddove sia indiscutibile che sia stata esclusa la delazione del rappresentato, come nel caso di sua premorienza rispetto al momento di apertura della successione, non è comunque posta in discussione la chiamata dei discendenti del rappresentato ex art. 467 c.c., che ha piuttosto l'obiettivo di assicurare una delazione ulteriore, che sopperisca a quella non andata a buon fine. E ciò varrebbe a prescindere dall'impedimento (premorienza, assenza ex art. 70 c.c., perdita del diritto di accettare ai sensi dell'art. 480 c.c., rinuncia del chiamato, indegnità o diseredazione) per cui l'effetto devolutivo dell'eredità in favore del rappresentato non abbia operato: dunque egualmente, che ciò avvenga per causa di legge o volontaria. Le perplessità di un'equiparazione⁶⁰ andrebbero dunque mitigate, con un'osservazione di ordine letterale-sistematico: è lo stesso dato letterale dell'art. 467 c.c. che equipara la matrice legale o volontaria quale presupposto di operatività della rappresentazione, che ricorre, appunto, per il caso in cui l'ascendente «non può o non vuole accettare». Non si vede per quale motivo, allora, lo stesso legislatore avrebbe inteso equiparare nell'effetto l'esclusione del rappresentato per sua volontà con gli altri fatti impeditivi, che prescindono da una sua volontà, ma poi all'interno di questi ultimi - tutti sottesi al «non può (...) accettare» - l'interprete possa poi distinguere tra causa legale e volontaria traendone conseguenze opposte in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'operatività del diritto di rappresentazione.

Che esclusione della successione per causa di legge o per volontà destitutiva del testatore giungano al medesimo effetto di consentire la delazione successiva, non sbiadisce tuttavia le diversità tra diseredazione e indegnità, maggiormente apprezzabili alla luce della rinnovata fisionomia del testamento, dotato dunque - come si è precedentemente dato conto - di autonoma efficacia istitutiva.

⁵⁹ Tra i tanti E. MOSCATI, *L'indegnità*, ed. 2, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, vol. V, Torino, 1987, 114 ss.; ma già M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 134; A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 85 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, cit., 162; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 2, *La famiglia. Le successioni*, cit., 409 s.

⁶⁰ V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 786.



6. A mezza via tra diseredazione e indegnità, l'esclusione dalla successione ex art. 448-bis c.c.

A colmare la distanza tra l'esclusione automatica dalla successione per causa di indegnità e quella per volontà del testatore che manifesti l'intento di diseredare un successibile si colloca l'istituto intermedio dell'esclusione dell'ascendente dalla successione del discendente ex art. 448-bis c.c. («Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla responsabilità genitoriale sui figli»), introdotto - come anticipato - dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, che ha riformato la disciplina della filiazione, in corrispondenza degli auspici di tipizzazione di alcune ipotesi di esclusione del legittimario dinanzi a specifiche cause di rilievo⁶¹. All'esito delle modifiche apportate dall'art. 66, comma 1, del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, la richiamata disposizione ha infatti previsto un'ipotesi normativa di esclusione dalla successione, consentendo espressamente ai figli o agli altri discendenti prossimi di un soggetto decaduto dalla responsabilità genitoriale, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, di potere escludere il proprio ascendente dalla successione.

Nel contesto di un ripensamento dell'autonomia testamentaria come inclusiva di un contenuto negativo a tratti anche meramente diseredativo⁶², l'esplicita previsione ex lege di una volontà testamentaria destitutiva ricorre in presenza di ipotesi residuali rispetto a quella coperta dall'indegnità di cui all'art. 463, comma 1, n. 3-bis), c.c., ossia la decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti del soggetto della cui successione si tratta a norma dell'art. 330, senza reintegrazione alla data di apertura della successione medesima. A ben vedere,

⁶¹ M. MORETTI, *La diseredazione*, cit., 265, ove si auspica, seppur *de iure condendo*, che sia la stessa legge a prevedere ipotesi di diseredazione dei legittimari per giusta causa (come qualora ricorrano fatti gravissimi commessi contro il testatore).

⁶² Propendono per un'ipotesi di diseredazione legale M. PARADISO, *Decadenza della potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 9°, della legge 219/2012)*, cit., 580; M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 17; F. OLIVIERO, *Decadenza della responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448-bis c.c.*, cit., 1; F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448 bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, cit., 1114; R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, cit., 307; M. GALLETTI, *Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448-bis c.c.*, cit., 1081; I. RAPISARDA, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1381; G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448 bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, IV, 1265 ss.; *contra* S. TUZIO, *Capacità a succedere, indegnità e diseredazione*, in *Riv. not.*, 2018, 51.

tuttavia, la diseredazione non sarebbe inutile anche laddove sussistano le cause di indegnità di cui all'art. 463 c.c., perché permetterebbe l'esclusione della successione senza dovere necessariamente richiedere la pronuncia giudiziale⁶³.

Tornano dunque gli echi della versione giustiziana della diseredazione, prevista in presenza di una giusta causa, che costituisce l'occasione per dismettere il presidio di garanzie in favore del familiare al quale l'ordinamento riserverebbe una quota intangibile. La ragione di tutela del legittimario - in questo caso l'ascendente - cede il passo alla necessità assiologica che i doveri familiari vadano rispettati, ulteriore attestazione di solidarismo familiare che in questa sede opera all'inverso⁶⁴.

La questione esegetica ingenerata dall'art. 448-bis c.c. attiene al significato da attribuire a quei «fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463», che tratteggiano il campo applicativo della specifica ipotesi di esclusione dalla successione. Tre le soluzioni ermeneutiche più ricorrenti in dottrina: 1) o riferire il potere di esclusione dalla successione a quelle ipotesi di decadenza dalla responsabilità genitoriale che non si verificano a norma dell'art. 330 c.c., dunque che facciano a meno di una pronuncia del giudice, per una qualsiasi ragione accidentale, pur sussistendone i presupposti, come una sorta di decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale; 2) o applicare l'art. 448-bis c.c. alle violazioni di doveri familiari verso i figli che non abbiano costituito decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c.; 3) o, ancora, limitare la diseredazione nel solo caso del genitore dichiarato decaduto, ma poi reintegrato nella funzione genitoriale entro i diciotto anni del discendente, rilevando quindi la decadenza come mero antecedente storico.

Alla prima opzione, aderiscono quanti valorizzano il riferimento alla decadenza della potestà genitoriale, presunto presupposto comune sia della perdita ex art. 448-bis c.c. degli alimenti e sia di quella dei diritti successori⁶⁵. A ben vedere però l'equiparazione di presupposto tra le due conseguenze afflittive comporta una forzatura del dato normativo, essendo richiesto dall'art. 448-bis c.c. che la decadenza sia «pronunciata» dal giudice. E

⁶³ R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, cit., 323 s.

⁶⁴ C. LAZZARO, *La nuova frontiera della diseredazione*, cit., 10.

⁶⁵ M. PARADISO, *Decadenza della potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 9°, della legge 219/2012)*, cit., 567 e 576 s.; M. CINQUE, *Profili successori della riforma della filiazione*, cit., 664 ss.; I. RAPISARDA, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, cit., 1385; G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448 bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, cit., 1265 ss.



dunque delle due l'una: o si estendono sia la pronuncia giudiziale sia il fatto costitutivo della decadenza all'ipotesi di esclusione della successione e solo in tal caso vi potrà essere equiparazione tra la perdita di alimenti e quella di diritti successori (il che è precluso, perché ove vi si presupponga decadenza si sfugge dall'ambito applicativo dell'art. 448-bis c.c. per rendere operativo il diverso istituto dell'indegnità); oppure né la pronuncia giudiziale, né i fatti per i quali essa è pronunciata possono estendersi alla perdita di diritti successori, e quindi deve negarsi un'equiparazione tra le due penalità per l'ascendente.

Alla seconda linea esegetica, che sconta altresì l'obiezione di "antiletteralità" rispetto al disposto dell'art. 448-bis c.c. - nella misura in cui prevede che l'esclusione dai diritti successori sia disancorata dalla decadenza della potestà genitoriale - aderiscono quanti in dottrina valorizzano la *ratio legis* dell'istituto, quella di individuare un rimedio per il caso in cui l'indegnità non operi, ma ricorra egualmente la violazione del dovere o l'abuso del potere con grave pregiudizio per il figlio⁶⁶.

Il terzo orientamento, infine, riconosce che nel caso di reintegrazione nella funzione genitoriale essendo ormai preclusa l'automatica esclusione per indegnità, è sempre fatto salvo al discendente che costui possa escludere il legittimario tramite un proprio atto volontario⁶⁷.

Al netto delle questioni esegetiche che l'esclusione dalla successione ex art. 448-bis c.c. ha ingenerato circa il suo ambito applicativo e dell'indicazione dello specifico motivo escludente che la disposizione testamentaria del discendente in questo caso richiede, le peculiarità della fattispecie rispetto a una comune clausola di diseredazione si colgono sul piano degli effetti della volontà testamentaria: se il legittimario diseredato dal testatore in assenza di una specifica causa legale mantiene i diritti che la legge gli riserva, l'ascendente escluso ex art. 448-bis c.c. perderebbe la stessa tutela che la legge gli riserva in qualità di legittimario.

⁶⁶ S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 595 ss.; M. GALLETTI, *Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448-bis c.c.*, cit., 1081; R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, cit., 307; seppur nel perimetro applicativo dell'art. 330, si veda F. OLIVIERO, *Decadenza della responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448-bis c.c.*, cit., 48 ss. Cfr. V. VERDICCHIO, *La diseredazione «per giusta causa». (Chiose a margine dell'art. 448-bis c.c., introdotto dalla l. 219/12)*, cit., 275 ss.

⁶⁷ F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448 bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, cit., 1111; A. MENDOLA, *Il superamento dell'incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448 bis cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1536.

7. La sorte della volontà di escludere il legittimario.

Le considerazioni fin qui svolte sono apparse già rivelatrici della posizione che si intende assumere riguardo alla nota *vexata quaestio* delle conseguenze giuridiche di una volontà testamentaria che destituisca un legittimario.

Il punto cruciale si dibatte tra quanti prospettano la nullità della disposizione testamentaria e la posizione di chi la ritiene valida, fermo restando la possibilità per il legittimario di agire in riduzione contro la disposizione testamentaria evidentemente lesiva dei diritti che gli spettano per legge.

La prima linea interpretativa propone che l'intangibilità dei diritti dei legittimari, conformemente al disposto dell'art. 457, ult. comma, c.c., si trasponga in un divieto la cui violazione, ad opera della difforme volontà del *de cuius*, renda nulla la disposizione testamentaria lesiva, senza bisogno di dovere attendere l'esperimento dell'azione di riduzione⁶⁸. Un primo argomento addotto a sostegno dell'invocata nullità è costituito dall'implicita nullità⁶⁹ (o dall'inefficacia relativa *ipso iure* della disposizione⁷⁰), che l'art. 549 c.c. prevede per ogni peso o condizione gravante sulla quota riservata ai legittimari (così ad esempio per il *modus* imposto al legittimario istituito nella sola quota di legittima). Se l'azione di riduzione esplica i suoi effetti nei confronti delle disposizioni che ledono il legittimario attraverso l'attribuzione di beni ad altri soggetti; l'art. 549 c.c. tutela il legittimario contro le disposizioni che limitano gli effetti dell'attribuzione della legittima in suo favore. Si osserva poi che l'alternativa dell'azione di riduzione, posta a tutela del legittimario, costituisce una soluzione percorribile soltanto ove il testatore abbia compiuto attribuzioni liberali o testamentarie eccessive, alle quali una clausola di mera esclusione del legittimario non

⁶⁸ In tal senso, *ex multis*, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 24; M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 255 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 1994, 1498 e ss. di recente, S. DELLE MONACHE, *Diseredazione*, cit., 594. Incline a questo orientamento anche A. TORRENTE, voce «Diseredazione (dir. vigente)», cit., 102 ss., che tuttavia tratta di inefficacia della clausola testamentaria.

⁶⁹ Tra i tanti, L. FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-564, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 103; M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 2009, 11.

⁷⁰ Così L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., ed. 4, Milano, 1984, 104 ss.





potrebbe essere equiparata in assenza di una attribuzione implicita nei confronti di altri soggetti⁷¹.

Provando a ragionare in sostegno della seconda opzione ermeneutica, tuttavia, ove si applicasse la sanzione implicita della nullità, desumibile dal divieto di pesi e di condizioni sulla legittima previsto dall'art. 549 c.c., si giungerebbe al paradosso di differenziare il trattamento del legittimario diseredato per effetto di una clausola meramente diseredativa, asserita come nulla ex art. 549 c.c., e quello del legittimario preterito, la cui tutela - in ossequio a quanto previsto dall'art. 457, ult. comma, c.c. - è affidata all'esercizio dell'azione di riduzione. Si tratterebbe di una disparità non giustificata, se non per colpire una presunta volontà afflittiva del testatore che pure potrebbe essere motivazione recondita della preterizione del legittimario, sottoposta a distinto regime.

A sostegno di una parificazione delle due figure di legittimari muove la considerazione che non è neanche comunemente condiviso che l'esercizio dell'azione di riduzione richieda necessariamente una disposizione testamentaria attributiva eccessiva - impostazione che evidentemente risente del dogma ormai superato dell'identificazione del contenuto dell'attività "dispositiva" nella sola volontà attributiva - e che questa sia assente nella mera esclusione del legittimario⁷². La sua destituzione, d'altronde, potrebbe essere il frutto di una specifica programmazione della devoluzione del proprio patrimonio e che quindi il testatore miri a un effetto, che ben potrebbe essere quello di beneficiare implicitamente alcuni successibili, attraverso l'esclusione esplicita del legittimario. Orbene, istituire tutti i successibili meno il legittimario ed escludere solo un legittimario, rispetto a tutti coloro ai quali la successione spetterebbe *ab intestato*, pervengono al medesimo effetto e, pertanto, non possono ottenere un trattamento dissimile⁷³.

La nullità della diseredazione del legittimario oltretutto avrebbe il rischio di compromettere irrimediabilmente la volontà del testatore, anche quando il legittimario diseredato voglia condividere la scelta fatta dal testatore di rimanere estraneo alla successione, con l'inconveniente che, essendo nulla l'esclusione, qualora avesse intenzione di dare seguito alla volontà escludente, per l'ipotesi in cui

non volesse che si attivi la chiamata in suo favore, dovrebbe tentare o la via della conferma della disposizione testamentaria nulla (art. 590 c.c.) o quella della rinuncia del diritto di accettare l'eredità. Nella consapevolezza che gli itinerari percorsi dalla volontà del testatore al pensiero della morte siano molteplici, detta ipotesi potrebbe ricorrere quando l'esclusione sia il frutto di un programma che magari abbia inteso nuocere proprio ai creditori di quel legittimario⁷⁴.

Le considerazioni svolte rivelano con chiarezza che, più che l'afflizione del legittimario diseredato (la funzione che la disposizione lascerebbe intendere) il testatore potrebbe mirare a beneficiare gli altri legittimari successibili o a frodare i creditori dell'escluso (lo scopo che realmente muove la volontà del testatore). Risulta allora preferibile ipotizzare che la disposizione di diseredazione del legittimario non sia nulla, ma valida ed efficace, salvo poi per il legittimario diseredato la possibilità di agire con l'azione di riduzione, a meno di non voler prestare ossequio a una «concezione paterne paternalistica del diritto successorio e dal preconcetto, sempre meno solido, della sacralità della legittima»⁷⁵.

8. Dalla tutela del legittimario alla tutela dei creditori del legittimario.

Conclusivamente, l'analisi condotta ha veicolato un'immagine di negozio testamentario in cui è ancora viva, e forse con una maggiore attenzione che in passato, la centralità della *voluntas testantis*, nelle sue potenziali determinazioni anche negative, che è apparsa, a ragione, testimonianza del livello di considerazione della dignità umana e, come tale, emblema di civiltà giuridica⁷⁶.

È tuttavia opportuno - in un tempo in cui si diradano sempre più i valori innegoziabili - che si osservino quei fenomeni negoziali che portano a vanificare la regola successoria posta dal *de cuius* (gli accordi di integrazione della legittima, dei patti di rinuncia a far valere il testamento, dei patti di non pubblicazione e degli accordi interpretativi⁷⁷), nonché l'esigenza di mediare il volere del testatore con altre ragioni, come l'istanza di tutela dei creditori

⁷¹ M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 257 ss.

⁷² Come è soggetta ad azione di riduzione da parte del legittimario una disposizione tecnicamente attributiva, lo è quella meramente istitutiva in favore di altro soggetto e dovrebbe esserlo anche quella ablativa. G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, cit., 356; V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 774 ss.

⁷³ V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 776.

⁷⁴ In proposito S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 96 ss.

⁷⁵ V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 776.

⁷⁶ V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 774 ss.

⁷⁷ In proposito S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 37 ss.

del legittimario leso o pretermesso, talvolta repressa da un'attività fraudolenta, finalizzata ad assottigliare la responsabilità patrimoniale del debitore legittimario. In proposito si sono espresse alcune recenti pronunce di legittimità⁷⁸, che adombrano l'idea che la volontà testamentaria abbia un nuovo interlocutore: il creditore del legittimario, e di riflesso il patrimonio del soggetto leso o pretermesso, anche contro la volontà di quest'ultimo, che ben potrebbe desistere dall'intento di azionare le tutele che la legge gli riserva.

Un effetto di favore nei confronti della regola successoria posta dal testatore è ancora desumibile in quell'arresto giurisprudenziale che ha precluso ai creditori del legittimario la possibilità di agire in revocatoria rispetto all'atto di adesione al legato in sostituzione di legittima e a quello di rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione per lesione di legittima, trattandosi di atti rinunziativi di una facoltà, che pertanto non incidono, né in *melius* né in *peius*, sul compendio patrimoniale *quo ante* del debitore⁷⁹. L'accoglimento dell'azione conservativa, pertanto, sarebbe incapace di produrre un beneficio per il creditore perché non assicurerebbe quell'incremento della garanzia patrimoniale generica al quale è preordinata la revocatoria, secondo la *ratio* assegnata dal legislatore⁸⁰. Semmai è solo l'esperimento dell'azione di riduzione, che presuppone la rinuncia al legato, che assicurerebbe l'incremento del patrimonio del legittimario e, conseguentemente, la maggiore garanzia per i suoi creditori. Si è di contro obiettato che addurre l'argomento che i creditori personali del legittimario legatario in sostituzione non hanno di che dolersi sconta il corposo limite argomentativo del *vulnus* alla responsabilità patrimoniale⁸¹. Per ovviare all'inconveniente si è allora suggerito - in alternativa alla proposizione della questione di incostituzionalità dell'art. 524 c.c. per discriminazione dei creditori del legittimario - di applicare analogicamente l'azione di impugnazione della rinuncia all'eredità prevista dall'art. 524 c.c. per i creditori del rinunciante ai creditori del legittimario nel caso di rinun-

zia all'azione di riduzione⁸², soluzione accolta nella giurisprudenza di merito⁸³ per tentare di ovviare all'ammeno di tutela del credito dinanzi alle difficoltà generate dalla rinuncia del legittimario a "reagire" contro il legato tacitativo della legittima. In tal caso, si è osservato che il fine giustificerebbe i mezzi, consentendo una dispersione dei beni del complesso ereditario che è apparsa meno "paternalistica" del mantenere quei beni come "segregati" dalla volontà del testatore⁸⁴.

Sulla stessa rotta della soluzione prospettata, si attestano ulteriori pronunce che fronteggiano il rischio che il credito del legittimario possa rimanere insoddisfatto a fronte della corretta trasposizione in regola operativa della volontà testamentaria. Muovono segnatamente in tale direzione: 1) la giurisprudenza della Cassazione che estende l'azione di riduzione al curatore fallimentare⁸⁵, non in via surrogatoria, ma «per effetto dello spossessamento fallimentare (art. 42 l. fall.), che priva il fallito della disponibilità dei suoi beni (tra i quali sono da comprendere i diritti patrimoniali spettanti al fallito quale legittimario) e per effetto della legittimazione a stare in giudizio per i rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento, attribuita al curatore dall'art. 43 l. fall.»; 2) la pronuncia del Supremo consesso⁸⁶ che ha ammesso la revocatoria dei creditori del legittimario nei confronti dell'accordo transattivo tra l'erede universale istituito con un testamento posteriore e un soggetto che, pur non avente

⁷⁸ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 105 ss.

⁷⁹ Nella giurisprudenza di merito, Corte app. Napoli, 12 gennaio 2018, n. 118, in *Notariato*, 2018, II, 214 ss., con nota di F. PIRONE, *Rinuncia all'azione di riduzione ed art. 524 c.c.: la tutela del creditore del legittimario*; in *Riv. not.*, 2018, 3, II, 649 ss., con nota di A. LEUZZI-C. CICERO, *La rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e i mezzi di tutela dei creditori e del curatore fallimentare*; in *www.personaedanno.it*, 25 maggio 2018, con nota di V. CIANCIOLO, *L'art. 524 c.c. e la tutela del creditore del legittimario. Contra*, Trib. Brescia, sez. III, 26 gennaio 2018, n. 270, in *Giuricivile*, 2019, 1, con nota di S. VASSALLO, *Tutela dei creditori in caso di rinuncia all'asse ereditario*.

In proposito S. PAGLIANTINI, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 495 ss., spec. 498 ss.; P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, cit., 9 ss.

⁸⁰ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 118.

⁸¹ Cass. civ., sez. II, 15 maggio 2013, n. 11737, cit., sulla quale S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 85 ss.

⁸² Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2015, n. 1902, cit. sulla quale S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 87 ss.

⁷⁸ Sul punto, Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4005, cit.; Cass. civ., sez. II, 15 maggio 2013, n. 11737, cit.; Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2015, n. 1902, cit.; Cass. civ., sez. VI, 18 giugno 2019, n. 16623, cit.

⁷⁹ Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4005, cit.

⁸⁰ P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, cit., 9 ss.

⁸¹ S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., 105 ss. Sul punto anche U. STEFINI, *Atti dismissivi di diritti successori e tutela del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1737.





la qualità di legittimario pretermesso, pretenda diritti sull'eredità per essere stato istituito coerede con un testamento anteriore, poi tacitamente revocato con il successivo testamento⁸⁷, con la conseguenza della permanenza della qualità di erede in capo al soggetto indicato dal testatore come suo successore, dunque tenuto al pagamento verso i creditori dei debiti ereditari; 3) il recente orientamento dei giudici di legittimità favorevole a riconoscere ai creditori del legittimario inerte l'esercizio in via diretta dell'azione surrogatoria, prevista dall'art. 2900 c.c., nella proposizione della domanda di riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima⁸⁸.

Sullo sfondo della breve rassegna condotta incombe in una prospettiva *de iure condendo* una riforma del codice civile, che relativamente alla tutela dei legittimari è stata annunciata dall'art. 1 (Delega per la revisione e integrazione del codice civile), lett. c), del d.d.l. del 28 febbraio 2019, con il quale il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, funzionali altresì a «trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario». Una siffatta previsione normativa, ove convertita in legge, garantirebbe al legittimario un diritto già facente parte del suo patrimonio, e non già da ottenere con l'azione di riduzione; appaiono allora evidenti le conseguenze che si produrrebbero a favore dei creditori del legittimario, i quali potrebbero agire per la revocatoria dell'atto di rinuncia a un diritto soggettivo del legittimario, seguita dalla surrogatoria per il conseguimento del valore della quota a lui riservata del patrimonio ereditario, in tal modo incrementando la possibilità che la volontà testamentaria abbia una maggiore continenza rispetto alla tutela del credito, seppur non risolutiva delle problematiche esaminate⁸⁹.

⁸⁷ Siffatto accordo, secondo la Corte, non farebbe scattare l'accollo cumulativo *ope legis* per i debiti ereditari, che è invece previsto verso i terzi creditori a carico dell'acquirente dell'eredità ai sensi dell'art. 1546 c.c., per la vendita di eredità, per la quale l'art. 1543 c.c., prescrive, a prescindere dalla natura dei beni che compongono il patrimonio ereditario, l'onere della forma *ad substantiam*, che nel caso di specie sarebbe stata assente.

⁸⁸ Cass. civ., sez. VI, 18 giugno 2019, n. 16623, cit.

⁸⁹ P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, cit., 29 ss., che tuttavia osserva che «rimarrebbero comunque irrisolti il problema dell'acquisto (del valore) dell'eredità contro la volontà del legittimario che abbia rinunciato alla legittima ovvero abbia accettato espressamente o tacitamente un legato in sostituzione di valore sensibilmente

inferiore ad essa e, analogamente, il problema del recupero integrale (del valore) della legittima contro la volontà del legittimario che abbia accettato un'eredità di valore sensibilmente inferiore, attribuitagli per testamento».