



SUCCESSIONE TESTAMENTARIA - DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE.

CASS. CIV., SEZ. II, 25 MAGGIO 2012, N. 8352.

È valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili (nel caso di specie, la clausola recitava "escludo da ogni mio avere i miei cugini", non seguita da alcuna clausola di carattere dispositivo).

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TRIOLA Roberto Michele - Presidente -
Dott. BURSESE Gaetano Antonio - Consigliere -
Dott. MATERA Lina - Consigliere -
Dott. PETITTI Stefano - rel. Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

Sentenza

sul ricorso proposto da:

C.S. ((OMISSIS)), CI.CA. ((OMISSIS)), CA.PI. ((OMISSIS)), CA.MA. ((OMISSIS)), ca. p. ((OMISSIS)), rappresentati e difesi dagli avvocati PROTO MASSIMO e Nicola Durante, per procura speciale a margine del ricorso, elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Roma, via delle Quattro Fontane n. 15;
- ricorrenti -

Contro

B.A.;
- intimato -
e nei confronti di: C.L., V.C., C.G., C. C.;
- intimati -
e sul ricorso iscritto al R.G. n. 23358/2007, proposto da: B.A. (C.F.: ((OMISSIS)), rappresentato e difeso dall'Avvocato Piero Scarpa per procura speciale a margine del controricorso, elettivamente domiciliato in Roma, via Tacito n. 23, presso lo studio dell'Avvocato Laura del Bufalo;



- controricorrente e ricorrente incidentale –

contro

C.S. (C.F.: (OMISSIS)), CI.CA. (C.F.: (OMISSIS)), CA.PI. (C.F.: (OMISSIS)), CA.MA. (C.F.: (OMISSIS)), CA.PI. (C.F.: (OMISSIS)), rappresentati e difesi dagli Avvocati Massimo Proto e Nicola Durante, per procura speciale a margine del ricorso, elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Roma, via delle Quattro Fontane n. 15;

- controricorrenti al ricorso incidentale –

e nei confronti di:

C.S., C.L., V.C., C. G., C.C.;

- intimati -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Genova n. 271/07, depositata in data 12 marzo 2007.

Udita, la relazione della causa svolta nell'udienza pubblica del 16 dicembre 2011 dal Consigliere relatore Dott. Stefano Petitti;

sentiti gli Avvocati Massimo Proto e Laura Del Bufalo;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PRATIS Pierfelice, che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il (OMISSIS) decedeva in (OMISSIS) S.I., la quale aveva disposto in vita con testamento olografo del 5 giugno 1977, del seguente testuale tenore: "Io sottoscritta S.I. scrivo le mie volontà sana di mente. Escluso da ogni mio avere i miei cugini E.G. fu A. - C.E. fu D. - C.P. fu D.. Nella tomba con i miei altrimenti compramene una".

Il testamento veniva pubblicato il 4 maggio 1982 e in data 18 dicembre 1982 veniva presentata denuncia di successione recante l'indicazione dei successori, in virtù del testamento, nelle persone di C.D. e Ci.Pa., altri cugini della de cuius. Deceduto Ci.Pa. gli succedevano la moglie Bo.Gi. e le figlie Ci.Ca. e A..

E.G. conveniva allora in giudizio, dinnanzi al Tribunale di Savona, C.D. nonchè le eredi di Ci.Pa., per sentir dichiarare la nullità della clausola di diseredazione contenuta nel testamento di S.I., e per sentir conseguentemente dichiarare che essa attrice era coerede legittima della de cuius ed aveva quindi diritto alla devoluzione pro quota dell'eredità.

Si costituivano C.D., Bo.Gi., C. C. e An. chiedendo il rigetto della domanda.

All'esito del giudizio, nel quale interveniva anche C.E. associandosi alla domanda dell'attrice, l'adito Tribunale respingeva la domanda dell' E. e dell'intervenuto.

Avverso questa sentenza proponeva appello B.A., erede di E.G., a sua volta deceduta.



Con sentenza depositata il 7 novembre 2000, la Corte d'appello di Genova dichiarava che B.A., erede di E. G., era erede pro quota, per rappresentazione, di S. I., e titolare della quota di legge dei beni caduti in successione, disponendo che l'eredità della S. fosse a lui devoluta per la sua quota di legge.

Proponevano ricorso per cassazione C.S., Ci.

C., Ca.Pi., Ca.Ma. e c. p.; il B. resisteva al ricorso e proponeva a sua volta ricorso incidentale.

La Corte di cassazione, con sentenza n. 8489 del 2004, rilevava la non integrità del contraddittorio nel giudizio di appello, non essendo stato chiamato a parteciparvi C.E., e cassava conseguentemente la sentenza impugnata.

B.A. riassumeva la causa convenendo in giudizio C.S., Ci.Ca., Ca.Pi., Ca.Ma. e ca.pi., in proprio e quali eredi di C.E., per sentir dichiarare la nullità della clausola di diseredazione.

Si costituivano Ci.Ca., Ca.Pi., Ca.Ma. e ca.pi., nonché C. S..

La Corte d'appello di Genova, dopo aver disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di C.S., C. L., V.C., C.G. e C.C., quali potenziali aventi diritto alla successione di C. E., con sentenza depositata il 12 marzo 2007, ha accolto l'appello e ha dichiarato la nullità della clausola del testamento olografo di S.I. del 5 giugno 1977, con la quale era stata esclusa dalla successione E.G., erede legittima, alla quale, in quanto erede legittima, è stata devoluta pro quota l'eredità morendo dismessa da S.I.; ha altresì dichiarato B.A., in qualità di erede di E.G., partecipe della comunione ereditaria istituitasi a seguito della successione della suddetta S.I. e come tale contitolare per la quota di sua competenza della proprietà dei beni mobili e immobili caduti in successione.

La Corte d'appello ha rilevato che l'art. 587 c.c., stabilisce che il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse, e che le disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente siano contenute in un testamento hanno efficacia se contenute in un atto che ha la forma di testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale.

Ha quindi condiviso quanto affermato nella giurisprudenza di legittimità circa la necessità che una clausola di tipo negativo, quale quella di diseredazione, sia accompagnata, perché possa predicarsene la validità, da disposizioni di carattere positivo, ancorché implicite, volte ad attribuire beni ereditari ad altri soggetti. Ha poi preso in esame il testo del testamento e ha escluso che la disposizione testamentaria potesse essere intesa come implicitamente affermativa di una volontà di attribuzione dei beni ad altri soggetti.

La Corte d'appello ha anche ritenuto che il Tribunale avesse errato ad affermare il diritto del B. per rappresentazione, trattandosi di attribuzione eccedente la previsione di cui all'art. 468 c.c., a norma del quale la rappresentazione ha luogo, nella linea retta, a favore dei discendenti dei figli



naturali del defunto e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto; in proposito, la Corte d'appello ha rilevato che nelle menzionate categorie non poteva rientrare E. G., in quanto cugina di S.I., dalla cui eredità era stata esclusa.

Da ultimo, la Corte d'appello ha limitato la declaratoria di nullità nei confronti del solo B.A., osservando che i successori di C.E., altro diseredato già interveniente volontario, non si erano avvalsi della facoltà di impugnare la decisione del Tribunale, per loro passata in giudicato.

Per la cassazione di questa sentenza hanno proposto ricorso C. S., Ci.Ca., Ca.Pi., C. M., ca.pi. sulla base di due motivi; ha resistito B.A., il quale ha altresì proposto ricorso incidentale affidato ad un motivo; i ricorrenti principali hanno resistito al ricorso incidentale con controricorso; non hanno svolto attività difensiva gli intimati C.L., V. C., C.G., C.C..

Entrambe le parti hanno depositato memoria in prossimità dell'udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Deve essere preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi, avendo gli stessi ad oggetto la medesima decisione (art. 335 c.p.c.).

2. Con il primo motivo del ricorso, i ricorrenti principali deducono violazione e falsa applicazione degli artt. 647 e 1362 c.c., e, in generale, delle norme che disciplinano la interpretazione del testamento; insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

I ricorrenti sostengono che la Corte d'appello avrebbe errato nell'escludere che nella scheda testamentaria oggetto di interpretazione fosse rinvenibile, utilizzando tutti i criteri ermeneutici volti a valorizzare la volontà della testatrice, una disposizione di carattere patrimoniale. In particolare, alla disposizione concernente la sepoltura, la quale imponeva un obbligo, a carico di taluni soggetti, di acquistare un bene, si sarebbe dovuto riconoscere non solo carattere patrimoniale, ma addirittura il valore di vera e propria istituzione di erede.

Inoltre, sostengono i ricorrenti, la Corte d'appello avrebbe errato nel non considerare unitariamente la manifestazione della volontà di diseredare alcuni successibili e quella di imporre un onere a carico di persone non determinate, in quanto solo una interpretazione complessiva avrebbe consentito di attribuire alla seconda un senso preciso, così come avendo riguardo alla seconda, dalla clausola di diseredazione, apparentemente negativa, si sarebbe agevolmente potuto ricavare un contenuto positivo.

La motivazione della sentenza impugnata sarebbe poi contraddittoria, o quanto meno insufficiente, in quanto la Corte d'appello, da un lato, ha ritenuto ammissibile la diseredazione negativa ove dal contesto dell'atto emerge una positiva volontà attributiva del de cuius e, dall'altro, ha invece ritenuto la



richiamata disposizione modale irrilevante al fine di interpretare la clausola di diseredazione.

A conclusione del motivo, i ricorrenti formulano i seguenti quesiti di diritto: "dica l'Ecc.ma Corte se incorre in violazione degli artt. 647 e 1362 c.c. e ss., o comunque delle norme che disciplinano l'interpretazione del testamento, il Giudice di appello che qualifichi come non patrimoniale la disposizione modale che preveda un sacrificio economico a carico degli onerati; dica, ancora, l'Ecc.ma Corte se incorre in violazione dell'art. 1362 c.c. e ss., o comunque delle norme che disciplinano l'interpretazione del testamento, il Giudice di appello che, reputando non chiara la volontà testamentaria, ometta di ricorrere ad elementi, ulteriori rispetto al significato letterale delle parole usate dal testatore, i quali, anche attraverso la valutazione complessiva delle clausole contenute nella scheda testamentaria, consentano di fugare i dubbi interpretativi e di conservare efficacia a ciascuna di esse".

2.1. Con il secondo motivo, proposto in via subordinata, i ricorrenti principali denunciano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e falsa applicazione degli artt. 587 e 588 c.c., nonché insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

La censura si riferisce alla affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui la clausola di diseredazione contenuta nel testamento della signora S.I. sarebbe invalida, perché la scheda testamentaria non conteneva anche disposizioni positive. I ricorrenti rilevano che mediante la clausola di diseredazione il testatore provvede a regolare i rapporti patrimoniali per il tempo successivo alla propria morte, favorendo, fra i successibili legittimi, quelli non esclusi con la diseredazione. Quest'ultima, pertanto, mirando, mediante l'esclusione di uno o più successibili legittimi, ad ampliare il beneficio degli altri, sarebbe di per sé una disposizione - implicitamente - positiva. In ogni caso, osservano i ricorrenti, l'art. 587 c.c., nel definire il testamento come l'atto con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse, non escluderebbe affatto che la libertà di disporre delle proprie sostanze riconosciuta al testatore, possa manifestarsi anche in un "non volere disporre" di esse in favore di uno o più soggetti determinati. La decisione relativa alla mancata attribuzione equivarrebbe, quindi, non già all'assenza di una idonea manifestazione di volontà, bensì alla manifestazione di una ben precisa volontà. Il giudizio di invalidità della clausola di mera diseredazione postulerebbe quindi che alla espressione "dispone", contenuta nell'art. 587 c.c., si assegni il significato di "attribuisce"; ma, rilevano i ricorrenti, le due espressioni hanno invece significati diversi, collocandosi in un rapporto di genere a specie, nel senso che "è atto di disposizione dei propri beni, infatti, tanto l'attribuzione di essi, quanto la dichiarazione di non volerli attribuire a determinati soggetti".

In sostanza, sostengono i ricorrenti, l'art. 588 c.c., da un lato, non esaurisce le ipotesi in cui il legislatore prevede e disciplina l'attività dispositiva; dall'altro,



non esclude che altre disposizioni - quali quelle non attributive - siano tutelate dall'ordinamento, purchè, nel realizzare la funzione testamentaria di produrre effetti successori, non contrastino con l'ordine pubblico; contrasto che deve escludersi nel caso in cui siano rispettati i diritti dei legittimari.

A conclusione del motivo, i ricorrenti, oltre a specificare il vizio di motivazione denunciato, formulano il seguente quesito di diritto:

"dica l'Ecc.ma Corte se incorre in violazione degli artt. 587 e 588 c.c., il Giudice del merito che qualifichi come invalida la clausola mediante la quale il testatore stabilisca di escludere dalla successione uno o più successibili legittimi".

3. Con l'unico motivo del proprio ricorso, il ricorrente incidentale denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 457, 467 e 468 c.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato la domanda volta a sentir dichiarare il suo diritto a succedere ad E.G. per rappresentazione.

A conclusione del motivo, il ricorrente incidentale propone i seguenti quesiti di diritto: "se sono da condividere e da applicare alla fattispecie de quo i seguenti principi, affermati dalla S.C.: 1) La diseredazione al pari dell'indegnità a succedere, non esclude la operatività della rappresentazione in favore dei discendenti del rappresentato. 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 (Cass. civ., sez. 2^a, 23.11.1982, n. 6339).

2) La diseredazione, al pari dell'indegnità a succedere, non esclude l'operatività della rappresentazione a favore dei discendenti del diseredato (Cass. civ., sez. II 14.12.1996, n. 11195)".

4. Il Collegio ritiene che il secondo motivo del ricorso principale, ancorchè prospettato dai ricorrenti come subordinato al rigetto del primo, debba essere esaminato in via prioritaria, non solo per ragioni di ordine logico, ma perchè dal suo accoglimento, a differenza di quanto potrebbe verificarsi con l'accoglimento del primo motivo, discende la possibilità di definizione del giudizio nel merito. L'accoglimento del primo motivo, infatti, postulando in entrambe le sue articolazioni l'accertamento di un vizio nella interpretazione del testamento, comporterebbe il rinvio della causa al giudice di appello, non potendo questa Corte sostituire la propria interpretazione a quella del giudice di merito.

Al contrario, l'accoglimento del secondo motivo, inerendo ad un vizio di violazione di legge, potrebbe dare luogo, sussistendone in concreto i presupposti, ad una decisione della causa nel merito, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ..

In questo senso, e cioè nel senso che deve prioritariamente esaminarsi la censura che coinvolge l'accertamento di quale sia la portata delle disposizioni legislative rilevanti in materia rispetto alle censure che coinvolgono l'interpretazione della clausola testamentaria, si è del resto già espressa Cass. n.



1458 del 1967, che costituisce il precedente di questa Corte al quale si è ispirata la decisione impugnata.

4.1. Il controricorrente e ricorrente incidentale ha eccepito, ma solo nella memoria ex art. 378 c.p.c., la inammissibilità del secondo motivo del ricorso principale per inidoneità del quesito di diritto.

L'eccezione è infondata, atteso che il quesito, nei termini testuali prima riportati, è formulato in modo tale che, ove allo stesso sia data risposta positiva, la controversia può essere decisa in senso favorevole alla tesi dei ricorrenti principali.

5. Il motivo è fondato.

5.1. La Corte d'appello si è riferita alla risalente giurisprudenza di questa Corte, la quale, segnatamente nella sentenza n. 1458 del 1967, ha avuto modo di affermare il seguente principio di diritto:

"Ai sensi dell'art. 587 c.c., comma 1, il testatore può validamente escludere dall'eredità, in modo implicito o esplicito, un erede legittimo, purchè 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 del legato. E' 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 inteso 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..".

In motivazione, la Corte, che ha esaminato una clausola testamentaria meramente negativa ("Nelle mie piene facoltà mentali e in perfetta salute, dichiaro, qualora io dovessi mancare, di escludere dalla mia eredità e cioè da quello che io possiedo, le mie due nipoti A. e G.... figlie del mio defunto fratello P..., per il loro indegno comportamento verso di me ed i miei fratelli"), è partita dalla tesi tradizionale dell'invalidità della clausola di diseredazione ma, anzichè 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 dalle nipoti escluse; ha pertanto, coerentemente affermato l'apertura della successione testamentaria.

In particolare, la Corte, pur ritenendo che il testamento abbia carattere necessariamente attributivo, ha ammesso tuttavia la validità della clausola non solo quando questa si accompagni a disposizioni attributive espresse, ma anche quando esaurisca il contenuto del testamento, purchè sia possibile ricavare in sede ermeneutica "sia in modo diretto ed esplicito, sia in modo indiretto ed



implicito la inequivocabile volontà del testatore, oltre che di diseredare un determinato successibile, di attribuire le proprie sostanze ad un determinato altro".

Successivamente, nella giurisprudenza di questa Corte, si è affermato il principio per 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 del 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" (Cass. n. 6339 del 1982; Cass. n. 5895 del 1994).

5.2. La soluzione accolta dai precedenti di questa Corte non è condivisa dal Collegio, in quanto contiene in sé una sostanziale contraddizione. Da un lato, infatti, si predica la assoluta invalidità di una clausola meramente negativa, ove la stessa non sia accompagnata ad altre che contengano disposizioni attributive, ancorchè tali da non esaurire l'intero asse ereditario; dall'altro se ne riconosce la validità anche nel caso in cui costituisca l'unica disposizione contenuta in una scheda testamentaria, a condizione però che sia possibile ricavare sia in modo diretto ed esplicito, sia in modo indiretto ed implicito la inequivocabile volontà del testatore, oltre che di diseredare un determinato successibile, di attribuire le proprie sostanze ad un determinato altro.

Un simile argomentare vanifica, in realtà, la affermazione di principio dalla quale sembra muovere la sentenza del 1967, della tendenziale invalidità della clausola di diseredazione, la quale è invece valida ed efficace allorquando dalla stessa sia possibile desumere una istituzione in favore di soggetti non contemplati ma comunque implicitamente individuabili, una volta esclusi dalla successione quelli invece espressamente menzionati nella clausola di diseredazione.

5.3. Dalla lettura della richiamata sentenza del 1967 emerge che l'argomento dirimente per escludere l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una clausola testamentaria di contenuto esclusivamente negativo, quale, appunto, la clausola di diseredazione che manifesti la volontà del testatore di escludere un successibile, senza che sia possibile individuare una volontà positiva, sia pure implicita, di chiamare altri alla sua successione, è quello desunto dal contenuto e dalla portata degli artt. 587 e 588 c.c..



La lettura delle citate disposizioni offerte nei precedenti di questa Corte deve essere rivista e superata alla luce delle seguenti considerazioni.

Ai sensi dell'art. 587 c.c., comma 1, il negozio di ultima volontà ha la funzione di consentire al testatore di disporre di tutte le proprie sostanze, o di parte di esse, per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Con una tale definizione, il legislatore sembra accogliere la natura essenzialmente patrimoniale dell'atto di ultima volontà. Le disposizioni testamentarie di carattere non patrimoniale (art. 587 c.c., comma 2), che la legge permette siano contenute in un atto privo di disposizioni di carattere patrimoniale purchè abbia la forma del testamento, condividono, invece, con il negozio di ultima volontà solo il tratto formale, ma non quello sostanziale, legittimando di conseguenza l'applicazione di un diverso regime (si pensi all'irrevocabilità, che è generalmente incompatibile con il contenuto tipico del testamento).

Peraltro, dal rilievo che la disposizione testamentaria tipica abbia contenuto patrimoniale, non discende la conseguenza che il testamento, per essere tale, debba avere necessariamente una funzione attributiva. L'articolato sistema delineato dal legislatore permette che il fenomeno devolutivo dei beni e l'individuazione degli eredi e dei legatari possano trovare indistintamente fondamento sia nella legge che nella volontà del testatore. Nel nostro ordinamento, la possibilità di un'attribuzione di beni per testamento, che genera un fenomeno vocativo legale, convive con quella, inversa, di un'istituzione per testamento di eredi, che genera la devoluzione legale dell'asse (o di una sua quota). Una simile convivenza, poi, non può che essere confermata dall'art. 457 c.c., che riconosce farsi luogo alla successione legittima, quando manca in tutto o in parte quella testamentaria, smentendosi dunque una gerarchia di valore tra le due forme del regolamento successorio, e dovendosi invece ricondurre il concorso tra le due vocazioni ad un rapporto di reciproca integrazione.

5.4. I richiamati precedenti hanno inteso riconoscere l'ammissibilità di una volontà di diseredazione ove in essa si ravvisi o una disposizione principale attributiva, esplicitamente o implicitamente presupposta, della quale la volontà del testatore è una modalità di esecuzione (Cass. n. 1458 del 1967), o un'implicita istituzione di tutti gli altri successibili non diseredati, volontà che non si presume ma va provata (Cass. n. 6339 del 1982; Cass. n. 5895 del 1994). Quest'ultimo orientamento ammette la clausola di diseredazione solo se fondata sull'equivalenza tra l'esclusione e l'istituzione implicita di altri.

Tuttavia, se si riconosce che il testatore possa disporre di tutti i suoi beni escludendo in tutto o in parte i successori legittimi, non si vede per quale ragione non possa, con un'espressa e apposita dichiarazione, limitarsi ad escludere un successibile ex lege mediante una disposizione negativa dei propri beni. Invero, escludere equivale non all'assenza di un'idonea manifestazione di volontà, ma ad una specifica manifestazione di volontà, nella quale, rispetto ad



una dichiarazione di volere (positiva), muta il contenuto della dichiarazione stessa, che è negativa.

Per diseredare non è quindi necessario procedere ad una positiva attribuzione di beni, nè - sulla scorta dell'espedito che escludere è istituire - alla prova di un'implicita istituzione.

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 dal quadro dei successibili ex lege il diseredato e restringendo la successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione post mortem del proprio patrimonio. Il "disporre" di cui all'art. 587 c.c., comma 1, può dunque includere, non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva. Altre volte, d'altronde, il nostro legislatore ha concepito disposizioni di contenuto certamente patrimoniale, che non implicano attribuzioni in senso tecnico e che possono genericamente farsi rientrare nella nozione di "atto dispositivo" del proprio patrimonio ex art. 587 c.c., comma 1, avendo utilizzato il termine "disposizione" nel senso riferito in questa sede (in materia di dispensa da collazione, di assegno divisionale semplice, di onere testamentario, di ripartizione dei debiti ereditari, di disposizione contraria alla costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia, di disposizione a favore dell'anima e di divieti testamentari di divisione).

Le varie ipotesi in cui l'attività dispositiva possa manifestarsi sono tutelate dall'ordinamento purchè non contrastino con il limite dell'ordine pubblico: ogni disposizione patrimoniale di ultima volontà, anche se non "attributiva" e anche se non prevista nominatim dalla legge, può dunque costituire un valido contenuto del negozio testamentario, solo se rispondente al requisito di liceità e meritevolezza di tutela, e se rispettosa dei diritti dei legittimari.

L'ammissibilità della clausola diseredativa, quale autonoma disposizione negativa, appare, infine, in linea con l'ampio riconoscimento alla libertà e alla sovranità del testatore compiuto dal legislatore, che in altri ambiti del diritto successorio ha ammesso un'efficacia negativa del negozio testamentario: nell'ambito del contenuto patrimoniale del testamento, non solo il testatore può ben gravare il proprio erede di una hereditas damnosa, ma può escludere il legittimario dalla quota disponibile, sia mediante l'istituzione nella sola quota di legittima, sia mediante il legato sostitutivo previsto dall'art. 551 c.c.; il testatore può inoltre modificare le norme che la legge pone alla delazione successiva, escludendo l'operatività del diritto di rappresentazione a favore dei pro-pri congiunti con la previsione di più sostituzioni ordinarie o, addirittura, con un'esclusione diretta.

5.5. In conclusione, deve in proposito, e in risposta al quesito di diritto formulato dai ricorrenti principali a conclusione del secondo motivo di ricorso, affermarsi il seguente principio di diritto: "E' valida la clausola del testamento



con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili".

5.6. Applicando tale principio al caso di specie, deve accogliersi il secondo motivo del ricorso principale, dovendosi considerare valida la clausola del testamento di S.I. volta a diseredare alcuni dei successori legittimi, trattandosi di non legittimari.

L'accoglimento del secondo motivo comporta l'assorbimento del primo.

6. L'unico motivo del ricorso incidentale è inammissibile.

Deve preliminarmente rilevarsi che i quesiti con i quali si conclude il motivo del ricorso incidentale, pur se formulati con riferimento ad affermazioni contenute in precedenti decisioni di questa Corte, appaiono idonei a dare luogo allo scrutinio nel merito del proposto motivo.

Tuttavia, deve rilevarsi che il ricorrente incidentale non ha colto la ratio della sentenza impugnata, la quale si sostanzia in ciò che in relazione al rapporto esistente tra la testatrice e la sua dante causa non sussisteva un rapporto tale da consentire la applicazione, nella specie, dell'istituto della rappresentazione. Questa, ai sensi dell'art. 468 c.c., ha luogo, nella linea retta, a favore dei discendenti dei figli legittimi, legittimati e adottivi, nonché dei discendenti dei figli naturali del defunto e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto.

Orbene, il ricorrente incidentale non ha censurato questo aspetto della sentenza impugnata, ma si è limitato a dedurre che l'istituto della rappresentazione opera anche in favore del successibile diseredato. In tal modo, il motivo di ricorso, e i quesiti che lo concludono, non attingono alla ratio decidendi; anzi, si deve rilevare che la Corte d'appello non ha affatto escluso che la rappresentazione possa operare in caso di diseredazione, ma ha ritenuto che nel caso di specie non ricorressero i requisiti soggettivi della rappresentazione.

7. In conclusione, accolto il secondo motivo del ricorso principale, assorbito il primo, e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, la sentenza impugnata deve essere cassata.

Poichè, peraltro, non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., con il rigetto dell'appello proposto avverso la sentenza del Tribunale di Savona, che aveva deciso la controversia ritenendo valida la clausola di diseredazione e disposto farsi luogo alla successione in favore dei successibili non esclusi.

In considerazione della complessità della questione sottoposta all'esame della Corte, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei giudizi di appello e dei due giudizi di legittimità.

P.Q.M.



La Corte riunisce i ricorsi; accoglie il secondo motivo del ricorso principale, assorbito il primo; dichiara inammissibile l'incidentale; cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta l'appello; compensa le spese del giudizio di appello e di quelle di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 16 dicembre 2011.

Depositato in Cancelleria il 25 maggio 2012.

RIFLESSIONI SULLA CLAUSOLA DI DISEREDAZIONE ALLA LUCE DEL RECENTE ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE

FEDERICA TROTTA

SOMMARIO: 1. La disposizione testamentaria di esclusione.- 2. La giurisprudenza.- 3. Le diverse opinioni dottrinali. - 4. Rapporti tra la disposizione testamentaria di diseredazione con la successione legittima e la rappresentazione.- 5. Breve indagine comparatista sulla diseredazione.

1. La sentenza modifica, radicalmente, la precedente giurisprudenza sulla validità della clausola testamentaria con la quale il testatore esclude dalla propria successione uno o più eredi legittimi, senza che la stessa sia accompagnata da disposizioni attributive a favore di altri soggetti.

E, con ciò, mentre chiude definitivamente la discussione su uno tra i più classici ed eleganti temi del diritto successorio¹, apre la via ad una riflessione, non più condizionata dal “problema diseredazione”, su altre questioni relative agli effetti della validità della clausola: ammissibilità o meno della rappresentazione, apertura a favore dei non diseredati della successione legittima o testamentaria.

E' pacifico che, sebbene lo stesso termine diseredazione abbia dato origine a questioni circa l'esatto suo significato, e le implicazioni che ne derivano, può dirsi che si ha diseredazione tutte le volte in cui il testatore, in modo espresso, privi uno, o alcuni, dei propri successibili legittimi della

¹ G. PORCELLI, *Autonomia Testamentaria ed esclusione di eredi*, in *Notariato* 1/2002 pp. 47 e ss..



possibilità di succedergli.

E', del pari, altrettanto pacifico che la diseredazione sia diversa dalla preterizione del successibile per legge, che è solo un effetto, indiretto, della disposizione testamentaria positiva in favore di altri successibili e che, realizzandosi solo con l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato, consente al *praeteritus*, a differenza del diseredato, di succedere, comunque, ove l'eredità appunto non venga accettata.

Va aggiunto che neppure esistono punti di contatto significativi tra indegnità che, peraltro, può colpire anche i legittimari e diseredazione potendo l'indegno "*capere sed non retinere*" a differenza del diseredato che non diventerà mai erede.

2. La questione sulla validità di una scheda testamentaria, contenente la sola esclusione di determinati eredi legittimi dalla successione, approda in Cassazione per la prima volta sotto il vigore del codice del 42, verso la fine degli anni '60.

Con la sentenza n.1458 del 20 giugno 1967, alla quale sino ad ora si è sempre successivamente uniformata, la Corte di legittimità affermava il principio che per poter riconoscere efficacia alla mera clausola di diseredazione, occorreva individuarsi nella stessa un contenuto positivo ricostruito, anche, con l'utilizzazione di elementi estrinseci alla scheda testamentaria.

La validità della clausola derivava, in definitiva, dalla possibilità, attraverso le consuete regole ermeneutiche, di poter affermare che il testatore aveva inteso designare, inequivocabilmente, un successibile cui assegnare le proprie sostanze.

Da questa posizione la giurisprudenza di legittimità non si era più allontanata attestandosi, nell'incertezza della dottrina, su un'opinione che mano a mano che cadevano le argomentazioni addotte per la nullità della clausola, consentisse di poter mantenere fermo il dogma che il testamento, per essere tale, dovesse avere, necessariamente, una funzione dispositiva attributiva designando il successibile.

3. Le diverse opinioni dottrinali alla data della sentenza risultano esposte, con chiara e insuperata sintesi, nella sentenza di una Corte di merito (Trib. di Reggio Emilia 27.09.2000).

Una prima tesi, rifacendosi alla dottrina francese, sosteneva che la clausola di diseredazione, formulata in modo negativo, anche quando esauriva il contenuto della scheda testamentaria, conteneva sempre una implicita disposizione positiva a favore degli altri successibili *ex lege*, sulla base del



principio “*exclure, c'est instituer*” e, perciò, doveva considerarsi valida.²

Una seconda opinione, al contrario, negava la validità della clausola perché un elemento essenziale del testamento "designazione della persona destinataria della vocazione" non si era tradotta nel contenuto della dichiarazione documentata nella forma testamentaria.³

Ed, infine, per una terza ricostruzione essendo di per sé la clausola invalida, occorre sempre, in via d'interpretazione, per affermarne la validità indagare se il testatore non avesse in qualche modo manifestato, oltre che l'inequivoca volontà di escludere qualcuno dalla propria successione, l'altrettanto inequivoca volontà di designare altre persone come, ad esempio, in una clausola del seguente tenore “Ho due fratelli Tizio e Caio; diseredo Tizio”⁴.

Già all'epoca della Sentenza n.1458 esisteva, però, in dottrina la diversa tesi di chi sosteneva l'ammissibilità “tout court” della mera clausola.⁵

Col tempo questa opinione si era sempre più consolidata sino ad essere divenuta, oggi, dominante se non addirittura totalitaria⁶.

Vero è che tra i fautori dell'ammissibilità della diseredazione chi la definisce atipica, chi innominata e, pur tuttavia, tipica, chi disposizione *mortis causa*, espressa in forma negativa, non in contrasto con i tipi istituzionali d'erede e di legatario, ma in definitiva tutti⁷, ne sostengono l'ammissibilità.

Se tra le tante ragioni che oggi permettono di considerare valida la mera clausola di diseredazione e, quindi, plaudire all'inversione di rotta della giurisprudenza, si volesse individuare quella, tra tutte, davvero decisiva non vi sarebbero difficoltà a riconoscerla nella ormai pacifica affermazione della totale libertà testamentaria, con l'unico limite della liceità dei motivi e dell'intangibilità di diritti riservati ai legittimari.

² F. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale e Vocazione testamentaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1942, pp. 200 e ss.; L. COVIELLO, *Delle Successioni. Parte generale*, Napoli 1932, pp. 53 e ss.; A. PINO, *L'esclusione testamentaria dalla successione legittima*, Roma 1955, pp. 21 ss.; M. NOTARI, *Volontà testamentaria e diseredazione*, in *Riv. Not.* 1957, pp.109 e ss.;

³ F. MESSINEO, *Manuale di Dir. Civ. e Comm.*, III, II, Milano, 1952, pp. 47 e ss.; L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di Diseredazione*, nota ad App. Firenze, 9.9.1954, in *Foro Padano*, 1965, I, pp. 47 e ss..

⁴ C. GANGI, *La Successione Testamentaria nel Vig. Dir. Italiano*, Milano 1, 1967 pp.9 e ss.; A. TORRENTE, Voce *Diseredazione* (Diritto Vigente) in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p.102.

⁵ A. TRABUCCHI, *Esclusione Testamentaria di Eredi e Diritto di Rappresentazione*, in *Giur. It.*, 1955, I, 2, pp.749 e ss.; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, pp.168 e ss..

⁶ G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1968, p.1189; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni*, parte gen., *Trattato Vassalli*, XII, Torino, 1977, p.83.

⁷ M BIN, *La Diseredazione Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, pp.16 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, *Trattato Rescigno*, VI, Torino, 1982, p.1119; D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, pp. 4 e ss.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 240; M. CORONA, *La cd diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, in *Riv. Notar.*, 1992, p. 505.



Il percorso per giungere a queste affermazioni, oggi scontate, nondimeno, è stato lungo e complicato perché gli ostacoli da abbattere sembravano, davvero, insuperabili.

Il primo macigno da rimuovere era costituito dalla concezione che poneva alla base della successione legittima la tutela della famiglia legittima come istituto d'importanza sociale: se la vocazione, *ex lege*, costituiva nella gerarchia dei valori un *prius* rispetto al regolamento testamentario, non c'era alcuna concreta possibilità di considerare valide le disposizioni che sovvertivano la gerarchia logica tra le due fonti di disciplina del fenomeno successorio e, di poi, non potevano, nemmeno, definirsi come testamento.

I profondi mutamenti di costume e il passaggio, da una società moderna ad una post moderna, hanno reso la preminenza degli interessi della famiglia, affermazione priva di significato; e l'arcaica concezione della famiglia patriarcale era già venuta meno all'epoca dell'attuale codificazione che tutela il solo ristretto nucleo familiare composto dai genitori e dai figli⁸: le norme della successione legittima risultavano, quindi, dettate non per la preminenza degli interessi della famiglia ma solo per quelli, più prosaici della stabilità dei rapporti giuridici, consistenti nella necessità di attribuire a viventi il patrimonio del soggetto estinto.

Quanto, invece, all'ostacolo contenuto nella stessa definizione del testamento, il punto nevralgico della questione era costituito dall'espressione "disporre" di cui all'art. 587 c.c., tradizionalmente, intesa come atto di attribuzione patrimoniale.

Ma l'individuazione di una serie di disposizioni patrimoniali non attributive (articoli 647-733-713-1260-737 c.c.) e la soppressione, nell'attuale art.587 c.c., dell'inciso "in favore di una o più persone", di cui all'art.759 del codice abrogato avevano, ben presto, consentito di ritenere che il contenuto della disposizione testamentaria potesse, più limitatamente, consistere nella statuizione di norme in ordine alla sorte del proprio patrimonio.

Può perciò, oggi, affermarsi che la diseredazione, sia pure non prevista dalla legge, consiste in una disposizione patrimoniale dispositiva di ultima volontà, idonea ad integrare il valido contenuto del testamento perché realizza quella regolamentazione, *post mortem*, degli interessi patrimoniali del testatore che dichiara di non volerli attribuire a qualcuno.

4. I due problemi che, come si diceva all'inizio, vanno nuovamente affrontati con la libertà consentita, oggi, dalla recente sentenza sono, nell'ordine, i rapporti della clausola di esclusione con la successione legittima (art. 586), e con l'istituto della rappresentazione.

Cominciando da quest'ultima, e rilevandosi come la Corte di Cassazione

⁸ M. BIN, op.cit., p. 104.



abbia, per ragioni processuali, evitato di pronunciarsi sul punto, la questione concerne l'eventuale estensione della diseredazione ai discendenti del diseredato.

Sul punto non vi è stata, mai, concordia di opinioni neppure fra coloro che, da sempre, hanno sostenuto la validità della clausola, anche se l'incoerenza maggiore va imputata proprio ai sostenitori della tesi dell' "istituzione implicita" per i quali, anche, la trasformazione della clausola diseredativa in istituzione degli altri successibili, quindi in preterizione, non determinava, comunque, l'esclusione della rappresentazione.

Le ragioni di tale incertezza sono consistite, sempre, nelle difficoltà di dottrina e giurisprudenza di stabilire se la soluzione dovesse essere fatta dipendere dalla natura che si assegnava alla diseredazione o dall'aspetto funzionale della stessa: se cioè essa elimini la designazione che, altrimenti, si produce per legge, ovvero se la lasci in vita impedendone, solo, il concretizzarsi in delazione all'apertura della successione.

Sebbene la Corte non si occupi della questione, la sentenza, nella parte in cui delinea contenuto e natura della clausola "quale autonoma disposizione negativa, in linea con l'ampio riconoscimento alla libertà e alla sovranità del testatore compiuto dal legislatore che ha (anche) ammesso un'efficacia negativa del negozio testamentario", consente di poter tranquillamente ritenere che, descritta in questi termini, la diseredazione non permette alcuna rappresentazione per i discendenti del diseredato.

Se, infatti, la diseredazione è volontà testamentaria, sia pure negativa, come dice la sentenza, per il diseredato non vi sarà più vocazione, e non vi potrà essere rappresentazione, perché nella successione testamentaria, affinché essa possa operare, occorre che il rappresentato sia chiamato alla eredità.

Si potrebbe obiettare che la designazione astratta e virtuale, operata dalla legge, deve essere tenuta distinta dalla delazione, intesa quale attuazione concreta della designazione all'apertura della successione: la diseredazione impedisce la delazione dell'escluso, ma non può eliminare l'astratta designazione del successibile contenuta nella legge; o, ancora, che il rappresentante succede *iure proprio* e direttamente al *de cuius*, essendo titolare di una posizione autonoma ed originaria sulla quale non possono ripercuotersi le ragioni che hanno indotto il testatore ad escludere il rappresentato: diversamente ne deriverebbero effetti più gravi di quelli che derivano dall'indegnità.

Ma nessuna delle obiezioni coglierebbe però nel segno.

Innanzitutto non convince l'equiparazione all'indegnità perché l'indegno, e i suoi rappresentanti, non si trovano nella stessa identica situazione del diseredato e dei suoi rappresentanti. Vero è che in entrambi i casi i rappresentanti succedono per diritto proprio, ma nei confronti dell'indegno non si è diretta la volontà testamentaria di esclusione ed è rimasta, pertanto, in capo a lui l'astratta e virtuale designazione che non ha potuto consolidarsi in



delazione solo per cause oggettive, assolutamente, estranee al volere del *de cuius*.

In secondo luogo, se una volontà positiva, attuata attraverso l'indicazione espressa di alcuni eredi, e la volontaria omissione di altro, o altri eredi legittimi, nello stesso grado, impedisce che i rappresentanti dei non nominati possano sostituirsi ai loro ascendenti, perché mai un'analogia volontaria testamentaria, espressa in maniera negativa, non dovrebbe produrre lo stesso risultato?

Sul problema della operatività della rappresentazione una prima ed autorevole dottrina⁹ aveva sostenuto che la diseredazione comporta l'estromissione dell'intera stirpe facente capo al diseredato in quanto, in presenza di una disposizione negativa, viene a mancare la designazione testamentaria dell' ascendente perché, espressamente, escluso dal testamento.

Sebbene la tesi sia stata autorevolmente sostenuta, e per quanto si dirà a, nostro avviso, ancor oggi insuperabile, l'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza è orientata diversamente, cioè nel senso dell'operatività della rappresentazione¹⁰.

A prescindere da argomentazioni marginali, quali “ la rappresentazione non ha carattere eccezionale”, “ il rappresentante è chiamato all' eredità in via autonoma e originaria”, la ragione sostanziale dell'operatività, viene fatta consistere nella distinzione tra designazione virtuale, che la clausola diseredativa non può cancellare, e delazione concreta. Si aggiunge che, poiché la rappresentazione non è collegata alla seconda, non essendo necessario che a favore del rappresentato ricorra la delazione, il rappresentante, al pari del discendente dell'indegno, può tranquillamente succedere.

Anche sul punto del se la successione da cui il testamento aveva escluso il diseredato, sia regolata dal testamento o dalla legge, non vi è concordia di opinioni.

A chi afferma che “la esclusione di un successibile dal novero dei chiamati *ex lege* è proprio l'elemento che comporta l'apertura della successione testamentaria”¹¹, si oppone che “in favore dei non diseredati non si ha delazione, e relativa successione testamentaria, bensì legittima, pur modificata rispetto all'astratta previsione legislativa, nella sua concreta applicazione, dall'esistenza della disposizione *mortis causa* negativa, che opera come fattispecie impeditiva della delazione legittima del diseredato”¹².

Non manca, peraltro, chi ritiene “la successione regolata da due fonti concorrenti: la legge per l'individuazione degli eredi ed il testamento per

⁹ G.AZZARITI, op.cit. p.1189; A. TRABUCCHI, op.cit. p.749 – A. CICU, *Successioni per causa di morte*, Parte Generale, pp. 47-48;

¹⁰ M. BIN, op.cit., p.104; D. RUSSO, op.cit., pp.4 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, op.cit. p.1119;

¹¹ M.IEVA, *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, Coordinato da M. IEVA, I, pp. 729 e ss.;

¹² G. GROSSO e A. BURDESE, op.cit., pp. 75 e ss.;



l'individuazione del soggetto escluso dalla successione"¹³ o, anche, distingue 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" con la conseguenza che "si aprirebbe nel primo caso la successione testamentaria, nel secondo quella legittima"¹⁴.

Le stesse contrastanti opinioni é dato riscontrare in giurisprudenza sostenendosi a volte l'una, a volte l'altra affermazione.

Quali siano state le tesi proposte in passato occorre, liberi da pregiudizi, riesaminare la clausola diseredativa alla luce della riconosciuta sua validità, indipendentemente dalla ricerca di un'implicita manifestazione di volontà positiva attributiva, ulteriore rispetto alla volontà di escludere uno o più successibili.

Certamente il modo migliore, e più rispettoso dell'ultima volontà di un uomo, é quello di porsi al suo posto nel momento in cui egli redige l'atto col quale chiude la propria esistenza.

Nell'esprimere la volontà di escludere taluno dalla propria successione, il testatore desidera, e vuole, che essa venga acquistata da qualcuno diverso dall'escluso, ma in maniera niente affatto implicita perché egli mira, proprio, affinché altri successibili, che saranno indicati dalle norme in tema di successione legittima, abbiano possibilità di acquistarla.

Chi fa testamento sa che, dopo la propria morte, il suo patrimonio dovrà essere attribuito a qualcuno; é probabile che, non avendo figli, o moglie, o genitori, non sappia esattamente a chi ma, certamente, sa che, escludendo taluno, amplia il beneficio di quelli che verranno alla successione; in altri termini dispone col testamento a loro favore.

Se questa, dunque, é la esatta ricostruzione della volontà del testatore, poiché la diseredazione finisce per operare non diversamente da quella di istituzione di altre persone, non vi é spazio per un'eventuale chiamata in rappresentazione.

5. In ultimo punto va, brevemente, accennato, soprattutto, per introdurre l'indagine comparatistica sul tema della diseredazione.

E' certo, e lo é anche dopo la sentenza, che ha dato origine al presente lavoro, che non esistono dubbi sul fatto che la diseredazione non é consentita nei confronti dei legittimari a tutela dei quali da un lato l'art. 457 .c.c. stabilisce che le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari, e dall'altro, l'art. 549 prevede il divieto di apporre pesi e condizioni sulla loro quota.

Sebbene sia stata sostenuta la nullità della clausola diseredativa di **un**

¹³ A. MARINI, *Tradizioni e Modernità nel diritto successorio, dagli Istituti Classici al patto di Famiglia*, a cura di S. DELLE MONACHE, Padova, 2007, p.190;

¹⁴ L. BIGLIAZZI GERI, op. cit., p.1119 e ss.;



legittimario è, di gran lunga prevalente, l'opposta opinione della irrilevanza, o meglio della riduzione della stessa alla sola esclusione del diseredato legittimario da qualsiasi possibilità di partecipazione alla disponibile del testatore.

Mentre nel nostro paese la rigida tutela riservata agli eredi necessari non soffre alcuna eccezione, in altri ordinamenti di *civil law* è ammessa la diseredazione del legittimario per giusta causa.

Più in generale può dirsi che, per quanto riguarda parte dell'Europa continentale, Austria, Germania, Spagna, Svizzera, Grecia e Portogallo, prevedono norme che disciplinano espressamente la diseredazione del legittimario.

In Germania il § 1938 BGB, espressamente, prevede la possibilità di escludere anche gli eredi legittimi e la dottrina non ha mai dubitato che la clausola diseredativa può anche esaurire da sola il contenuto del testamento avendo, come effetto immediato, quello di impedire la vocazione legale dell'escluso. Peraltro, a differenza di quanto si è cercato di dimostrare oggi per il diritto italiano, a seguito della sentenza che qui si annota, la dottrina ritiene che in favore degli altri eredi *ex lege* si apra non la successione testamentaria, bensì la successione legittima.

Nello stesso senso del Codice Tedesco, l'art. 1713 del Codice Civile Greco.

I codici civili austriaco, svizzero e spagnolo, viceversa, pur regolando l'istituto della diseredazione dei legittimari, non contengono una norma analoga al § 1938 BGB e all'art. 1713 del codice greco riguardante la semplice esclusione degli eredi legittimi.

Il § 768 del codice civile austriaco consente di poter diseredare il figlio per determinati motivi cioè, per cause espressamente previste dal legislatore.

Al § successivo è prevista anche l'ipotesi, inversa, di diseredazione dei genitori per gli stessi motivi. Con disposizione generale, il § 770 stabilisce che si può, per disposizione di ultima volontà, privare della legittima l'erede necessario per quei fatti che, in forza dei precedenti §§ 540 e 542, rendono l'erede indegno del diritto di successione.

La causa della diseredazione, che non deve essere necessariamente indicata dal testatore, deve però essere provata dall'erede perché il diseredato ha diritto ad essere considerato non colpevole sino a prova contraria.

E' consentita la revoca espressa della diseredazione § 772 ed è consentita, anche, una fattispecie particolare di diseredazione nei confronti dell'erede necessario gravato dai debiti, ma a condizione che la quota di legittima a lui spettante sia attribuita ai suoi figli.

Il Codice Civile Svizzero prevede la diseredazione indicando i motivi per i quali l'erede può essere privato della legittima (art. 477), e stabilisce, quanto agli effetti, che il diseredato non può prender parte alla divisione dell'eredità e che, salvo contraria disposizione del defunto, la porzione del diseredato è



devoluta agli eredi legittimi del disponente come se il diseredato fosse premorto.

E' prevista, espressamente, la rappresentazione, in quanto i discendenti del diseredato hanno diritto alla quota a lui spettante come se egli fosse premorto.

Occorre, poi, ai sensi dell'art. 479 che, affinché la diseredazione sia valida, il testatore ne abbia indicato la causa e, ove il diseredato ne contesti la fondatezza, occorrerà che l'erede o il legatario ne fornisca la prova. Se questa prova non può essere fornita, o se il testatore non ha indicato la ragione della diseredazione, la disposizione vale solo per la parte che eccede la legittima del diseredato.

Una singolare ipotesi di diseredazione, peraltro analoga a quella prevista nel diritto austriaco, si ha quando il discendente sia insolvente. In questo caso, è possibile che egli venga privato della metà della sua porzione legittima, a condizione che la stessa sia lasciata ai soli discendenti nati e natiuri.

Il Codice Civile Spagnolo si occupa della diseredazione agli artt. 848 e ss. indicando i motivi per i quali è possibile escludere dalla successione taluno dei successibili *ex lege*. Anche qui la dottrina ritiene che la diseredazione possa riguardare anche la sola esclusione degli eredi legittimi in quanto compatibile con il possibile contenuto del testamento.

Discorso particolare, e più approfondito, va fatto per il diritto francese in quanto, analogamente, al nostro non esistono disposizioni nel Codice Civile che prevedano la diseredazione.

Il *Code Napoléon* non prevedeva la facoltà di diseredazione; era, però, consentito al testatore, disporre di tutto o parte dei suoi beni in favore di qualcuno. La disposizione era possibile solo attraverso un legato, e non a mezzo della istituzione di erede, in quanto nel diritto successorio francese, in conformità della tradizione dei paesi di "*droit coutumier*", allora come oggi, *solus Deus heredem facere potest*.

Non essendo in potere del testatore di fare eredi non gli poteva, nemmeno, essere attribuito il potere di escludere dalla successione gli "*heritiers du sang*" e cioè, quelli creati per volontà di Dio.

A fronte di tale impossibilità l'unico modo, consentito agli interpreti, per riconoscere validità alla clausola, fu rappresentato dall'artificio interpretativo di ricomprendere in essa la implicita disposizione in favore degli "*heritiers du sang*" e, quindi, "*esclure c'est instituer*". E, nonostante il diritto italiano si fondasse sull'opposto principio che è la volontà degli uomini a creare gli eredi, la natura attributiva del testamento, quale configurata dall'art.759 del c.c. del 1865, condusse inevitabilmente, anche, dottrina e giurisprudenza italiane, a mutuare il principio francese "*esclure c'est disposer*".

La giurisprudenza francese¹⁵, a dispetto dei principi, da quasi un secolo

¹⁵ COUR DE CASSATION 05.12.1923 in *Sirey*, 1924, I, p. 297 e ss..



ha però affermato la regola per cui la disposizione di esclusione conserva la sua efficacia anche se cade l'istituzione ad essa relativa e, non risultando il principio più messo in discussione, si può ritenere che, nel diritto francese, pur con l'artificio interpretativo sopra evidenziato, l' "*exclusion se suffit a elle meme*".

Per quanto attiene alla giurisprudenza più recente¹⁶ risulta ripetutamente affermato che l' "*exhérédation est impossible en ce qui concerne le descendants qui bénéficient d'un réserve*".

Nei paesi di *Common Law* non vi sono limiti alla libertà del testatore e non esistono norme che garantiscono una quota in proprietà, ma soltanto eventualmente un reddito.

I sistemi anglosassoni non conoscono alcuna forma di successione riservata, o necessaria, limitandosi a prevedere solo alcuni strumenti legislativi volti a proteggere i familiari da eventuali difficoltà conseguenti ad una totale diseredazione.

In Inghilterra la materia è disciplinata dal "*Family Provision Act, 1966*" , il cui contenuto può essere così riassunto:

il coniuge superstite (o l'ex coniuge non risposatosi), i figli minori di ventuno anni, ed i figli incapaci a mantenersi, possono chiedere l'assegnazione di una somma capitale o la corresponsione periodica di somme a carico del patrimonio caduto in successione; nel valutare se accogliere la domanda, ed in quale misura, la Corte, con discrezionalità in *equity*, valuterà le condizioni economiche dei richiedenti e le ragioni per le quali il defunto non ha provveduto a fare testamento in loro favore.

La *Family Provision* non intacca il principio della piena libertà di testatore e costituisce un modello alternativo all'esempio italiano della successione necessaria.

¹⁶ COUR DE CASSATION, chambre civile 1, 19 gennaio 1982, n.81-10760; COUR DE CASSATION, chambre civile 1, 25 marzo 2009, n. 08-13667; COUR DE CASSATION, chambre civile 2, 22 ottobre 2009, n.08-17793; COUR DE CASSATION, chambre civile 1, 21 novembre 2012, n.10-17365.