

Considerazioni in tema di diseredazione

di GIOVANNI DI LORENZO (*)

SOMMARIO: 1. L'ambiguo riferimento alla "esclusione dalla successione". – 2. Testamento e diseredazione. L'indirizzo più risalente della giurisprudenza della Corte di cassazione. – 3. La soluzione più recente accolta dalla Corte di cassazione. – 4. Diseredazione e chiamata a succedere dei parenti non esclusi. – 5. Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza. – 6. Diseredazione e rappresentazione. – 7. Diseredazione e successione necessaria. – 8. I dubbi sollevati dalla lettura dell'art. 448-bis c.c. – 9. La perdurante attualità del dibattito sulla diseredazione di un legittimario.

1. L'ambiguo riferimento alla "esclusione dalla successione"

L'espressione "esclusione dalla successione" evoca letteralmente la situazione in cui versa un soggetto che risulti estraneo rispetto alla vicenda giuridica ricollegata alla morte di una determinata persona (1). E, poiché omette di precisare la causa di tale estraneità, pare non offrire, almeno nella indicata generica accezione letterale, alcun ausilio alla comprensione del fenomeno successorio. L'esclusione è riscontrabile, infatti, in una molteplicità di ipotesi del tutto eterogenee. Trae origine direttamente nella legge allorché ricorrano i casi di indegnità a succedere oppure in una disposizione testamentaria che imprime all'effetto successorio una determinata direzione soggettiva. E, con riferimen-

to all'ipotesi da ultimo indicata, evoca tanto la preterizione quanto la diseredazione.

L'indicato accostamento delle due ipotesi appena richiamate offre lo spunto per compiere un chiarimento ulteriore del significato dell'espressione in esame e una riflessione sul ruolo che l'ordine giuridico assegna al testamento nella disciplina della successione per causa di morte.

L'esclusione dalla successione può rappresentare la conseguenza *implicita* della scelta compiuta dal testatore in ordine alla devoluzione dell'eredità (così detta preterizione). E descrivere una situazione che persiste, in coerenza con l'argomento logico secondo cui *inclusio unius est exclusio alterius*, fintanto che assume valore giuridico la chiamata a titolo di erede o di legatario disposta per testamento (2). Fintanto che la scelta espressamente compiuta dal

(*) Il contributo riproduce con l'aggiunta delle note il testo della relazione presentata il 25 novembre 2020 presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Verona, in occasione della *conferenza di chiusura del corso di diritto delle successioni*. L'occasione appena indicata fornirà al lettore la ragione della scelta di aver tracciato nelle pagine che seguono soltanto alcune delle linee essenziali del tema, nonché di aver fornito brevi note, senza alcuna pretesa di completezza, ma anzi con la consapevolezza che la vasta bibliografia dedicata all'approfondimento delle molteplici questioni poste dall'esame della disposizione di diseredazione rende necessario il riferimento ad una ben più ampia rassegna dei profili problematici indagati dalla letteratura giuridica.

(1) Il carattere indeclinabile dell'effetto successorio consente al *de cuius* l'*esclusione*, non certamente *della* successione, ma di un soggetto determinato *dalla* successione.

Sul significato del sintagma *effetto successorio* ineludibile è il riferimento a N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano 1967, p. 76. L'insigne Autore riferisce il sintagma alla *circolazione della titolarità* e, segnatamente, alla modifica che investe il collegamento tra una determinata situazione giuridica e un soggetto. Identica è la situazione giuridica soggettiva perduta dal *de cuius* e acquistata

dal successore. Sciolta la precedente titolarità a seguito della morte, la situazione giuridica deve essere imputata ad un nuovo titolare. Nella identità della situazione giuridica soggettiva e nella discontinuità del soggetto che ne acquista la nuova titolarità si registra l'effetto successorio. Nella segnata prospettiva, l'innovazione della *realtà giuridica*, conseguente all'effetto successorio, non si identifica in una vicenda modificativa soggettiva della situazione giuridica, ma si svolge all'esterno della situazione giuridica. «Il vocabolo successione indica propriamente codesto sostituirsi di soggetti; cioè esprime il fenomeno, per cui, al verificarsi di date fattispecie, un diritto viene sciolto da una persona e riferito ad un'altra». Non sembra rigoroso discorrere, in questo caso, di modificazione soggettiva del diritto «poiché il soggetto sta al di fuori del diritto e la modifica segue sul distinto terreno della titolarità. La nascita del diritto resta legata al fatto costitutivo, mentre i fatti acquisitivi incidono sulla pertinenza del diritto al soggetto: non tanto è vero che il diritto passa da un soggetto all'altro, quanto che i soggetti si susseguono e si sostituiscono nella titolarità del diritto».

(2) L'indicata distinzione è accolta diffusamente dalla dottrina. In tema, in epoca più recente, v. S. DELLE MONACHE, *Le fattispecie di diseredazione*, in *Giust. civ.* 2017, p. 877.

de cuius indirizza l'effetto successorio, è assecondato l'implicito proposito di escludere dall'acquisto dell'eredità tutti coloro che non risultino menzionati nell'atto di ultima volontà. Di conseguenza, qualunque ostacolo frapposto alla realizzazione di tale scelta finisce per travolgere irrimediabilmente anche l'implicito proposito perseguito dal *de cuius*. Tant'è che, caducata la rilevanza giuridica della chiamata a succedere per testamento, l'effetto successorio segue la direzione impressa dalla legge e può investire, dunque, eventualmente anche coloro ai quali il testatore non aveva inteso assegnare alcun cespite ereditario.

Ora, la consapevolezza di tale limite della preterizione ha alimentato nella letteratura giuridica una "antica controversia" (3) sulla rilevanza della disposizione di diseredazione, ossia della «[...] espressa dichiarazione che alcuno non debba essere erede» (4). E, segnatamente, ha suscitato il dubbio se l'espressa dichiarazione dettata dal testatore possa condurre «alla cancellazione di ogni possibile titolo successorio» (5).

Non appena ci si accosti all'indicato dubbio, con immediatezza ci si avvede della attinenza del tema al problema più generale dei limiti posti dalla legge all'autonomia privata del *de cuius*, e del grado di rilevanza che assumono le aspettative dei familiari di quest'ultimo nella disciplina dell'acquisto *mortis causa* (6). Di fronte alle regole dettate dall'art. 457, commi 2 e 3 c.c. e al conseguente rapporto tra successione testamentaria e successione legittima, il

tema della diseredazione presenta implicazioni concrete soltanto quando la scelta cade su uno o più parenti del *de cuius* (7); e insinua il dubbio se la decisione racchiusa nella scheda testamentaria possa privare il soggetto indicato anche della chiamata *ex lege*.

2. Testamento e diseredazione. L'indirizzo più risalente della giurisprudenza della Corte di cassazione

Le premesse accolte in ordine al ruolo del testamento nella disciplina del fenomeno successorio nonché in ordine al rapporto tra autonomia privata e tutela delle aspettative successorie dei familiari del *de cuius*, costituiscono i nodi cruciali attorno ai quali si concentra l'intero dibattito sulla disposizione di diseredazione.

Sotto il primo dei profili appena indicati, il tema in esame è venuto in rilievo nella prassi anche con riferimento al caso in cui il testamento detti soltanto la disposizione di diseredazione, omettendo di menzionare i soggetti chiamati a succedere. Caso, questo, in cui un indirizzo risalente della Corte di cassazione (8) negava la validità della predetta disposizione, muovendo da una interpretazione restrittiva dell'art. 586 c.c.: «[...] il contenuto del testamento è costituito dalla disposizione patrimoniale attributiva di tutti o parte dei beni del testatore» e «non è ammissibile e non costituisce valido testamento [...] la scheda con la quale, esclusiva-

(3) L'osservazione è testualmente proposta da A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *R. d. civ.* 1970, I, p. 39 ss.; pubblicato, anche, in *Scritti in onore di Francesco Santoro Passarelli*, t. IV, Napoli 1972, p. 653; e, in epoca più recente, confluito nel volume *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, Padova 1988, p. 587 ss. Pur rinviando alle pagine che seguono per l'esame delle principali questioni e per indicazioni bibliografiche più puntuali, ineludibile anche per ricostruire il dibattito agitato nella dottrina sotto il vigore del codice del 1865 è il riferimento alla monografia di M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino 1966, p. 9 ss.; e alla recensione di tale opera monografica di P. RESCIGNO, in *R. d. civ.* 1969, I, p. 94 ss.

(4) B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, traduzione a cura di C. FADDA - P.E. BENSA, Torino 1904, par. 562. La definizione proposta da Windscheid, in riferimento al diritto successorio Giustiniano, è ormai acquisita dalla letteratura civilistica italiana. Sul punto, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, III ed., 1947, p. 256; M. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 25; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale - Successione necessaria, nel Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, XLIII, t. II, Milano, IV ed., 2000, p. 114; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1994, p. 589; G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Dir. Succ. Fam.* 2017, p. 341 ss. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, X ed., Milano 2020, p. 275; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli 2020, p. 306. È accolta nei lavori monografici più recenti, v. M. TATARANO, *La diseredazione.*

Profilo evolutivo, Napoli 2012; e di P. Laghi, *La clausola di diseredazione: da disposizione "affittiva" a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli 2013; e sia consentito il riferimento anche alla mia monografia, *Testamento ed esclusione dalla successione*, Milano 2017.

(5) A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., p. 39.

(6) L'indicazione è fornita chiaramente da G. GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Famiglia* 2001, p. 14 ss.

(7) L'osservazione è condivisa dalla letteratura civilistica. Non è, dunque, contraddetta dal rilievo che «si può escludere che taluno abbia mai ad acquistare la qualità di erede, anche indipendentemente dalla presenza di un suo titolo attuale: in questa ipotesi la dichiarazione potrà restare senza effetto, ma non è detto che non possa valere per l'eventualità di una situazione in forza della quale l'escluso possa poi essere chiamato» (A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., p. 47). Discorso differente concerne la sopravvenuta diseredazione di un soggetto istituito erede in un precedente testamento. Sul punto rileva l'insigne autore (A. TRABUCCHI, op. cit., pag. 49) che la diseredazione «[...] prevale sulla revoca, perché produrrà gli effetti radicali [...], escludendo il soggetto anche da un diverso titolo successorio». L'indicata prospettiva è accolta anche da G. BONILINI, *Diseredazione revocante la precedente istituzione a successore?*, in *Dir. Fam. Pers. Succ.* 2016, p. 941.

(8) Cass. 20 giugno 1967, n. 1458, in *F. pad.* 1967, I, c. 943.

mente senza alcuna disposizione, si escluda un determinato erede legittimo (non legittimario) dalla successione, diseredandolo» (9).

Nella segnata prospettiva l'ordine giuridico, consentendo al *de cuius* di "disporre" soltanto la *positiva* attribuzione di tutti o parte dei beni ereditari, attribuisce rilevanza al testamento che detti un'istituzione d'erede o legati e abbia, dunque, il contenuto "patrimoniale tipico" delineato dall'art. 588 c.c. (10). Al di fuori del perimetro delineato dalla indicata disposizione codicistica si colloca l'atto di ultima volontà che miri ad escludere espressamente dalla successione un soggetto determinato, senza annoverare coloro ai quali l'eredità dovrà essere devoluta a titolo universale o particolare. Di tal che, la clausola di diseredazione risulta del tutto priva di rilevanza giuridica autonoma e distinta rispetto alla così detta preterizione implicita. È nulla in assenza di tali ulteriori disposizioni patrimoniali tipiche; ovvero funge, in presenza di tali ulteriori disposizioni, da criterio ermeneutico che conferma e rafforza la decisione "attributiva" del testatore, veicolata espressamente attraverso l'istituzione d'erede o il legato (11).

Soluzione, questa, ribadita dalla Corte di cassazione in termini pressoché equivalenti anche in tre

successive pronunce (12), che ammettono la possibilità di ricavare l'indeclinabile contenuto "attributivo" del testamento anche per via ermeneutica sulla scorta dell'enunciato "negativo" veicolato dall'atto di ultima volontà (*exclusio unius est inclusio alterius*). L'esplicita esclusione di un determinato parente (non legittimario) può costituire un indice, da verificare sulla scorta di tutti i criteri ermeneutici del testamento, della scelta del *de cuius* di devolvere l'eredità ai parenti non espressamente menzionati.

3. La soluzione più recente accolta dalla Corte di cassazione

Una soluzione del tutto differente è stata accolta dalla Corte di cassazione con la sentenza 25 maggio 2012, n. 8352 (13).

In linea con l'indirizzo più ricorrente nella letteratura civilistica la Suprema Corte ha reputato valido il testamento che rechi soltanto la clausola di diseredazione di un parente non legittimario del *de cuius*, quand'anche non risulti la concorrente volontà "attributiva" dei cespiti ereditari ai parenti non esclusi.

«[...] Il "disporre" di cui all'art. 587 c.c., comma 1, può dunque includere, non solo una volontà attri-

(9) Cass. 20 giugno 1967, n. 1458, cit., c. 950.

(10) In tema, è imprescindibile anche il riferimento a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, rist., Napoli 2010, p. 11 ss.; Id., voce *Atto "mortis causa"*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, s.d., ma 1959, p. 232 s. L'autore distingue tra "contenuto tipico" e "contenuto atipico" del testamento. Il primo sintagma evocerebbe la funzione *tipica* del testamento (patrimoniale-attributiva) e, dunque, il contenuto coincidente con l'istituzione di erede, la disposizione a titolo di legato e tutte le disposizioni complementari o accessorie a quelle. Il secondo sintagma indicherebbe, invece, tutti quegli atti non direttamente attributivi, veicolati attraverso il testamento. Tali atti, a giudizio dell'autore, non rientrano nel testamento «in senso proprio» ma hanno una rilevanza giuridica autonoma rispetto alle disposizioni attributive.

(11) In tema, S. DELLE MONACHE, *Le fattispecie di diseredazione*, cit., p. 879.

(12) Cass. 23 novembre 1982, n. 6339, in *Mass. G. it.* 1982: «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, esplicita-

mente o implicitamente, nella scheda, ma alla creazione di una siffatta volontà»; e in Cass. 18 giugno 1994, n. 5895, in *G. it.* 1995, I, c. 1564: «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 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»; e in Cass. 4 dicembre 1996, n. 11195, in *Mass. G. it.* 1996: «una siffatta volontà [positiva], che non è stata espressa, neppure indirettamente, nella scheda testamentaria (ove, come risulta dalla sentenza impugnata, non si fa menzione della sorella del *de cuius*) non può essere tratta da elementi esterni dato che a questi, secondo il costante orientamento giurisprudenziale di questa Corte, può farsi ricorso solo per interpretare le disposizioni testamentarie ma non per integrare il testamento attraverso una ricostruzione di quella che avrebbe potuto essere la volontà del testatore rispetto ai beni ed alle situazioni giuridiche da lui del tutto trascurate nella redazione della scheda. In ogni caso la predetta volontà, risolvendosi in un atto di diseredazione di un erede legittimo, non avrebbe potuto escludere la successione dei figli del diseredato che a questi hanno diritto di subentrare per rappresentazione: come questa Corte ha già chiarito, infatti, la diseredazione, al pari della indegnità a succedere, non esclude l'operatività della rappresentazione in favore dei discendenti del diseredato (sent. n. 6339 del 1982)».

(13) Il testo della pronuncia della Suprema Corte è reperibile anche in *Fam. pers. e successioni* 2012, p. 767, con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*.

butiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva» (14). Se, dunque, il contenuto patrimoniale del testamento non si identifica con l'istituzione d'erede e con la disposizione a titolo di legato, «[...] 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».

Non occorre far riferimento al principio d'autonomia privata (15) o per analogia alla regola dettata dall'art. 1322, comma 2, c.c. (16), al fine di estendere il contenuto tipico del testamento al di là dei limiti segnati dalle clausole menzionate dall'art. 588 c.c. e di ammettere la validità delle «[...] disposizioni di contenuto certamente patrimoniale, che non implicano attribuzioni in senso tecnico» (17). Ma rilevare, sul piano semantico, la distanza che intercorre tra l'inciso dettato nell'art. 587, comma 1, c.c., nella parte in cui affida al *de cuius* il potere di *disporre per il tempo in cui avrà ces-*

sato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse, e le esemplificazioni di tali disposizioni patrimoniali contenute nel successivo art. 588 c.c. E, dunque, della non perfetta coincidenza tra la nozione di disposizione testamentaria patrimoniale, da una parte, e l'istituzione ereditaria o il legato, dall'altro (18).

Viene revocato in dubbio l'insegnamento tradizionale che ricostruisce il contenuto patrimoniale tipico dell'atto di ultima volontà e la nozione di testamento in *sensu sostanziale* sulla scorta dei due tipi di disposizioni menzionati dall'art. 588 c.c.; e che dubita della validità delle disposizioni patrimoniali atipiche. Ma anche dischiude una prospettiva d'indagine nuova che attribuisce al testamento il compito, non soltanto di designare il soggetto e i beni attinti dall'effetto successorio, ma più in generale di dettare la «regolamentazione degli interessi *post mortem*» (19).

E a conferma della non perfetta coincidenza delle disposizioni patrimoniali tipiche con l'istituzione d'erede e il legato, si osserva come il codice annovera nel contenuto tipico del testamento anche clausole che non hanno funzione *attributiva*: l'onere testamentario (art. 647), la disposizione contra-



(14) Cass. n. 8352 del 2012, cit., p. 769.

(15) Come ritiene A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., p. 44. Ricorre con frequenza nella successiva letteratura il rilievo dell'insigne giurista secondo cui «l'autonomia testamentaria quale risulta dalle diverse norme che prevedono un vario e vasto contenuto del testamento, e dal sistema storicamente e razionalmente concepito in cui si venne configurando l'istituto, ha un significato tutto suo proprio, collegato a quell'affermazione della personalità [...]; pertanto essa nulla ha da vedere con l'autonomia contrattuale legata al concetto di causa dell'art. 1322 del codice civile. Se, come abbiamo detto, l'atto testamentario ha una sua causa costante, riconosciuta dal diritto, non c'è ragione per esaminare ulteriormente se il contenuto dell'atto si possa inquadrare in quegli interessi meritevoli di tutela giuridica che danno giustificazione alle cause innominate dei contratti».

(16) Il tema della natura negoziale del testamento ha originato un ampio dibattito nella letteratura civilistica che, in considerazione della vastità e varietà di soluzioni proposte, non può essere imbrigliato in una breve nota bibliografica.

Sia ciò non di meno consentito di richiamare gli scritti che hanno esercitato una influenza decisiva sulla dottrina e originato approfonditi studi. «Un ripensamento della disciplina testamentaria libero da ogni assiomatico richiamato alla categoria del negozio» è compiuto da N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano 1970, p. 5. L'autore nega il carattere negoziale del testamento, sulla scorta della considerazione di tre distinti profili rilevanti per il diritto: a) l'interpretazione dell'atto; b) la disciplina della fattispecie in cui si determina l'esigenza di un raffronto tra contenuto della determinazione e contenuto dell'atto; c) il sistema delle invalidità del testamento.

Il tema è anche esaminato da N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 181, secondo cui il testamento è caratterizzato come *fattispecie minore*, poiché presuppone l'efficacia di altra fattispecie e si limita a porgerle il contenuto.

Il dibattito sulla natura del testamento è ricostruito con chiarezza da S. Delle MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 58-590*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Milano 2005, p. 10 e, segnatamente, p. 42. L'autore indica nella dichiarazione di volontà il minimo comune denominatore degli atti negoziali e l'*elemento decisivo* in vista dell'eventuale ricorso all'analogia. La tesi della natura negoziale del testamento è accolta, anche, da S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli 2000, p. 103.

(17) Così, Cass. 25 maggio 2012, n. 8352, cit., p. 766.

(18) Il punto è ribadito da V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli 2015, p. 172. Successivamente – *Id.*, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *R. d. civ.* 2017, I, p. 334 – in modo ancor più esplicito, l'autore rovescia i termini del problema tradizionale, rilevando che l'art. 588 c.c., lungi dal voler delimitare il contenuto patrimoniale «tipico» del testamento e assegnare a questo una funzione *necessariamente* attributiva dei beni ereditari, indicherebbe i soli atti di ultima volontà che debbano farsi con il testamento: «al solo testamento è riservata la possibilità di contenere istituzioni di erede o di legato». Tutti gli altri profili successori della persona e, in specie quelli non patrimoniali, e comunque, quelli non incidenti sulla delazione possono essere regolati anche con atti di ultima volontà diversi dal testamento, «la cui forma deve essere valutata, salvo che non sia espressamente prevista dalla legge, in ragione degli interessi che l'atto compone e della sua funzione».

In tema, v. anche le significative considerazioni di M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Jus civile* 2014, fasc. 10, p. 32.

(19) G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano 1990, p. 40; e, in epoca ancor più recente, V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, cit., p. 319.

ria all'accrescimento (art. 674, comma 3), l'assegno divisionale semplice (art. 733), la dispensa da collazione (art. 737), la ripartizione dei debiti ereditari (art. 752), la disposizione contraria alla costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia (art. 1062, comma 2) (20).

Ma anche la regola dettata dall'art. 448-bis c.c., e la previsione in essa contenuta della espressa possibilità di escludere dalla successione, confermerebbe il rilievo che il contenuto tipico del testamento comprenda «[...] non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva» (21).

Sotto altro profilo, l'indicata prospettiva conferma l'intuizione di autorevole dottrina che, a proposito dell'«incompatibilità logica fra successione *mortis causa* e trasferimento», avverte come «il defunto non decide intorno alla titolarità del diritto (quindi, a stretto rigore, non «dispone», come parrebbe dall'art. 587, comma 1, c.c.)» (22); e dunque, lungi dal compiere un atto che produce «immediatamente il trasferimento, la modificazione o l'estinzione di un preesistente diritto patrimoniale» (23) (*Verfügungsgeschäfte*), delibera su una *situazione* «che si verificherà soltanto dopo la sua morte e che per ora gli è dato di prevedere e di raffigurare idealmente» (24).

Il testatore si raffigura mentalmente il tema della decisione: «egli decide su qualcosa che ancora non è, e che potrà essere soltanto dopo la sua morte» (25).

Nel profilare tale situazione futura, il testatore può *imputare* il diritto, *perduto* a seguito della morte, ad *altri*; dunque, indicare «[...] cioè i termini (subiettivo e obiettivo) per i quali l'effetto tipico trapassa ad effetto della fattispecie considerata» (26). Ma

può, anche, limitarsi ad *escludere* che «la nuova titolarità» sia imputata a chi sia designato per legge.

4. Diseredazione e chiamata a succedere dei parenti non esclusi

L'indicata sentenza fornisce un autorevole e significativo contributo all'approfondimento della nozione di testamento, ma omette di chiarire se l'indirizzo della «concreta destinazione *post mortem* del proprio patrimonio», determinato dalla «sottrazione dal quadro dei successibili *ex lege*» del diseredato e dalla conseguente devoluzione dell'eredità ai non diseredati, dia luogo alla successione *ab intestato* oppure alla successione testamentaria.

La riposta all'accennata questione ha implicazioni, non soltanto teoriche sulla nozione di testamento, ma anche pratiche, essendo differente la disciplina successoria a seconda che la delazione dei parenti non esclusi abbia titolo nella legge o nell'atto di ultima volontà (27).

Sotto il profilo da ultimo indicato, sebbene identiche siano le quote e la misura del concorso di ciascuno dei chiamati a succedere, e sebbene la distinzione abbia perso rilievo in ordine alla facoltà di commutazione a seguito della abrogazione dell'art. 537, comma 3, c.c., differente resta il regime dell'accrescimento, almeno per chi accoglie l'idea che l'istituto disciplinato dagli artt. 674 e seguenti c.c. non sia applicabile alla successione legittima o, quanto meno, non perfettamente sovrapponibile all'istituto menzionato dall'art. 522 c.c., per il caso in cui un chiamato *ab intestato* rinunci all'eredità (28). Differente è anche il regime applicabile al caso di concorso, in una stessa persona, di una delazione testamentaria e di una legittima, acuendo in termini generali la questione della unicità o plu-

(20) Sul punto, M. TAMPONI, *Certezza del diritto e successioni per causa di morte*, in *Dir. Succ. fam.* 2015, p. 109, osserva che la causa attributiva non è più riguardata come elemento essenziale del testamento, «il quale ben potrebbe presentare come suo unico contenuto una dispensa da collazione, una ripartizione dei debiti ereditari diversa da ciò che prevede l'art. 1295 c.c., un divieto di divisione, un onere, l'esclusione del legittimario dalla disponibile».

(21) Le parole riportate tra virgolette sono tratte da Cass. 25 maggio 2012, n. 8352, cit., p. 767.

(22) N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 154.

(23) Rilievi sono in L. MENGONI – F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, s.d., ma 1964, p. 189.

Controverso è anche il tema della natura del testamento, quale atto unitario o scindibile nella pluralità di negozi *mortis causa* costituiti da singole disposizioni. La prospettiva da ultimo segnalata è accolta da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli 1994, p. 311. Sul tema v., in epoca più recente, V. BARBA, *La nozione di disposizione testamentaria*, cit., p. 963.

(24) N. IRTI, *ult. op. cit.*, p. 156.

(25) N. IRTI, *ult. op. cit.*, p. 173.

(26) N. IRTI, *cit.*, p. 173, distingue il piano storico, in cui gli eventi seguono (perdita del diritto e testamento), con il piano normativo, dal quale ciascuno di essi trae significato giuridico. «Nell'uno, il negozio è il *prius*, la perdita del diritto è il *posterius*; nell'altro, la perdita del diritto tiene il luogo di situazione iniziale, che si svolge nel senso indicato dal negozio».

(27) Comune a quello appena indicato è il problema che si pone allorché il testamento si limiti a rinviare alle regole sulla successione legittima per l'indicazione dei successori e per la determinazione delle quote devolute a ciascuno degli istituiti. Sul tema generale della rilevanza giuridica della decisione privata il cui contenuto sia determinato *per relationem* alla disciplina di legge, v. M. CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Padova 1988, p. 249 e, specificamente, p. 255.

(28) In tal senso, cfr. V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano 2008, p. 216. L'autore segnala che distinti sono la fattispecie e gli effetti dell'accrescimento, a seconda che l'istituto sia chiamato a operare nella successione legittima o in quella testa-



ralità della chiamata a succedere e il conseguente problema se si possa accettare o rinunciare solo l'una o l'altra (29). E ancora distinto è il regime del caso in cui concorrano ascendenti con fratelli o sorelle per quote equivalenti (30). Stabilire se la successione sia legittima o testamentaria importa conseguenze rilevanti. Nella prima delle due ipotesi, se il genitore rinuncia all'eredità la quota si devolve agli ulteriori ascendenti ai sensi dell'art. 571 c.c.; nella seconda delle ipotesi accennate, la quota vacante si accresce in favore dei fratelli del *de cuius*, chiamati congiuntamente all'eredità, ai sensi dell'art. 674 c.c.

5. Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza

A dirimere il dubbio in ordine all'individuazione del titolo della chiamata a succedere dei soggetti non esclusi contribuisce una sentenza resa in epoca più recente dalla Corte di cassazione secondo cui «[...] la disposizione puramente negativa vale di per sé a impedire la vocazione *ex lege* dell'escluso, lasciando ferma per il resto l'operatività della normale successione legittima» (31).

Ora l'indicata soluzione non trova riscontro in una parte della letteratura civilistica.

mentaria. L'accrescimento nella successione testamentaria presuppone che il chiamato non possa o non voglia accettare, mentre nella successione legittima che il chiamato abbia rinunciato. Inoltre, l'uno presuppone una chiamata in solido o una chiamata in quote uguali, mentre l'altro opera anche in caso di chiamata in quote diverse.

(29) L'idea della unicità della delazione, accolta dalla giurisprudenza, importa che in caso di concorso tra due delazioni (legittima e testamentaria) a favore dello stesso soggetto si deve considerare esistente una sola delazione complessa, per cui unica dovrà essere l'accettazione o la rinuncia all'eredità. Sul punto, v. F. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, cit., p. 592; C. GROSSO – A. BURDESE, *Le successioni*, cit., p. 98.

L'opinione non è accolta da C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, in *Commentario del codice civile*, a cura di magistrati e docenti, Torino 1959, p. 213, secondo cui «mancando un esplicito impedimento legislativo, e non urtando la soluzione in alcun principio inderogabile è stato ritenuto che l'erede istituito possa rinunciare alla qualità di erede testamentario e accettare ugualmente l'eredità nella sua qualità di successore *ex lege*».

Soluzione differente è, anche, proposta da L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 189. L'autore propone una serie di casi in cui è dato scorgere l'esistenza di più vocazioni concorrenti in capo a uno stesso soggetto; e offre la soluzione dei singoli casi sulla scorta, non già della premessa concettuale della unicità della delazione, ma del rapporto tra delazione testamentaria e legittima. E sulla prevalenza di quest'ultima sulla prima.

(30) Il tema è esaminato, in una prospettiva generale, da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 15.

(31) Cass. 17 ottobre 2018, n. 26062.

Sul punto, si segnala in particolare il contributo offerto da un'attenta dottrina che, muovendo dalla distinzione dogmatica tra *funzione* e *scopo* della disposizione testamentaria (32), propone di riscontrare nella «decisione del testatore di escludere un successibile [...]» una «volontà istitutiva» che «non è presunta, non è implicita; ma è nella disposizione testamentaria, perché essa ha detta funzione» (33). Che il testatore decida di escludere taluno o di includere altri, «appartiene allo scopo della disposizione testamentaria, al modo al quale quegli vuole e persegue il risultato istitutivo» (34). Ma altra è la funzione, «compito oggettivo della disposizione istitutiva, positiva o negativa», la quale sta di fronte «a qualunque testatore, perché implica un quadro di organizzazione e di tipicità tecnica» (35). Il testatore «escludendo taluno, sceglie, seppur rinviando, parzialmente, alla legge, chi, e in che misura, debba succedergli»; e, attraverso tale rinvio alla legge, «dà assetto complessivo agli interessi *post mortem*» (36). La scelta di escludere taluno «sconvolge» l'assetto disegnato dalle norme sulla successione legittima: «altera il rilievo dell'ordine dei successibili e la possibile misura e proporzione del loro concorso» (37); e consente di indicare nel testamento il titolo della delazione dell'eredità.

(32) V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., p. 772.

L'autore muove dalla distinzione tracciata da N. IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *R. d. civ.* 2011, I, p. 434: «funzione – è il caso di avvertire – non è scopo: lo scopo è scelto e voluto e perseguito da ciascuno di noi; la funzione appartiene all'oggettività di uno strumento, di un congegno, di un meccanismo che sta dinanzi a noi, "esteriore – diceva Scialoja – di fronte all'animo dell'agente". La funzione appartiene allo strumento, e dunque a tutti coloro che lo utilizzano; lo scopo appartiene soltanto a me, ossia a chi lo sceglie e persegue. Lo scopo, mirato dalla volontà del soggetto, può essere raggiunto o no; la funzione è un carattere tecnico dell'oggetto, qualcosa che ci sta di fronte, e attende soltanto di svolgersi e compiersi. La funzione esprime adeguatezza tecnica; e codesta adeguatezza si definisce, di tempo in tempo, nei diversi regimi dell'economia, sicché le funzioni accolte e protette in un'economia commerciale o industriale, né quelle odierne del capitalismo planetario. E questo dà altresì ragione dell'aggettivo "economica", che, di tempo in tempo, e con varietà di combinazioni, la dottrina assegnerà a "funzione": economico-giuridica, economico-sociale, economico-individuale; e via seguitando».

(33) V. BARBA, *ult. op. cit.*, p. 773.

L'idea che la clausola di diseredazione persegua la funzione tipica di «disporre le sostanze patrimoniali» e rientri nel contenuto tipico del testamento è accolta da L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.* 1994, p. 1498. La prospettiva è accolta, anche, da V. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 752.

(34) V. BARBA, *ult. op. cit.*, p. 773.

(35) V. BARBA, *ult. op. cit.*, p. 773.

(36) V. BARBA, *ult. op. cit.*, p. 781.

(37) V. BARBA, *ult. op. cit.*, p. 781.



La ricostruzione appena riferita è fondata su un ragionamento rigorosamente coerente e potrebbe suscitare perplessità soltanto se mutasse la premessa da cui muove, ossia che la disposizione di diseredazione «d[ia] assetto complessivo agli interessi *post mortem*» e «sconvolg[a] l'assetto disegnato dalle norme sulla successioni legittima: altera il rilievo dell'ordine dei successibili e la misura e proporzione del loro concorso» (38).

Pare, infatti, che l'ipotizzato *sconvolgimento* dell'assetto legale sia un esito soltanto eventuale, e non già necessario, della disposizione di diseredazione (39). Basti pensare al caso in cui sia diseredato un parente collocato dalla legge in un ordine successorio non prevalente rispetto agli altri ordini eventualmente ricorrenti (il *de cuius* disereda un fratello, sebbene i primi chiamati per grado di parentela siano i propri figli). Ma soprattutto perché la clausola di diseredazione non integra, sul piano del diritto, «una vera e propria disposizione istitutiva», con la quale il testatore «sceglie, seppur rinviando alla legge, chi, e in che misura, debba succedergli» (40).

La suggestività dell'accostamento evidenzia un punto di sicuro interesse. Entrambe le clausole testamentarie recano una *decisione attuale sulla sorte dei beni* (41) e, in quanto disposizioni patrimoniali, incidono sull'indirizzo soggettivo della delazione ereditaria. Ma tale profilo comune non può trascurare la diversità del *modo* in cui la volontà privata racchiusa in ciascuna di esse interferisce sulla delazione ereditaria. La scelta *positiva* contenuta nell'istituzione ereditaria è la fonte *immediata e autosufficiente* del contenuto concreto dell'effetto successorio, nel senso che «[...] i termini (subiettivo e obiettivo)» in essa racchiusi consentono all'effetto

tipico di «trapassa[re] ad effetto della fattispecie considerata» (42). Per contro, la scelta contenuta nella clausola di diseredazione esprime soltanto un'indicazione negativa che, sebbene imprima una direzione rilevante alla devoluzione dell'eredità, non è però *autosufficiente*, nel senso che non detta i termini concreti dell'effetto successorio.

Se non si vuole «[...] presumere quello che il testatore avrebbe dovuto volere per assicurare gli effetti delle sue disposizioni» (43), l'enunciato della clausola di diseredazione non può essere trasformato in una indicazione positiva attraverso l'argomento logico dell'*exclusio unius est inclusio alterius*. Tale argomento non conduce ad un risultato ermeneutico necessariamente univoco. L'esclusione di un chiamato potrebbe essere dettata a vantaggio di tutti gli altri soggetti che hanno titolo a succedere *ab intestato*; oppure di taluni soltanto di essi (44).

La formula testamentaria non ha un significato *implicito* univoco e, proprio a causa della propria ambiguità, non consente di sciogliere il dubbio sulla scorta di un discutibile criterio logico. Se un successore deve essere individuato, e la formula testamentaria è incompleta poiché non fornisce un indice preciso, è la legge a supplire la mancanza della decisione privata. Ma tale intervento suppletivo postula l'assenza di una indicazione positiva nell'atto di ultima volontà, nel senso che non rinviene in questo la fonte del rinvio alla legge per la determinazione del termine concreto dell'effetto successorio; impedisce di rinvenire nella formula testamentaria il titolo della istituzione ereditaria.

Il formalismo in tema di testamento non esige l'adozione di formule sacramentali né che l'indicazione nominativa del successore sia formulata in modo espresso. Esige, però, che la formula testamen-

(38) V. BARBA, *ult. op. cit.*, p. 781.

(39) Il rilievo non è affatto trascurato dall'autore della tesi in esame – «la disposizione di diseredazione *potrebbe*, cioè, alterare l'ordine dei successibili stabilito dalla legge, fino al punto che mi parrebbe dubbio che costoro debbano considerarsi chiamati per legge» (corsivo nostro) – ma ciò non di meno non impedirebbe l'esito del ragionamento, ossia che la chiamata a succedere dei non diseredati abbia titolo nella successione testamentaria: V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., p. 779.

Per ulteriori approfondimenti sia consentito di richiamare G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, cit., p. 36 ss.

(40) Così, V. Barba, *ult. op. cit.*, p. 781.

(41) Testualmente, S. Pugliatti, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, in *Temi* 1948, p. 302 (successivamente pubblicato in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica. Saggi*, Milano 1951, p. 597 e, in epoca più recente, in *Scritti giuridici*, III, Milano 2010, p. 1).

(42) N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 173.

(43) A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti. Volume terzo. Diritto privato*, Padova 1950, p. 704.

(44) A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., p. 45: «non si può infatti ritenere che, almeno nella maggior parte dei casi, il testatore miri direttamente a modificare le norme della successione legittima, le quali spesso non saranno neppure da lui conosciute: egli tende, diremmo empiricamente, a determinare la sorte della sua successione avendo una sufficiente percezione della libertà di designazione che l'ordinamento giuridico gli riserva in quelle che potranno essere le sue ultime volontà».

Si pensi al caso in cui il *de cuius* abbia due fratelli ed escluda espressamente dalla propria successione uno soltanto di questi. Ricavare dalla formula adoperata dal testatore un rinvio alla legge, può ingenerare il dubbio che sia stato chiamato alla successione testamentaria soltanto l'altro fratello, in quanto designato dalle regole sulla successione *ab intestato*; oppure anche l'eventuale discendente dell'escluso, quale soggetto designato a succedere per rappresentazione sulla scorta di un criterio legale.

ria fornisca la base testuale per la comprensione della volontà del *de cuius* (45); e in assenza di una corrispondente manifestazione nell'enunciato non è consentito inferire una volontà ipotetica del testatore. Manca sia la determinazione del successibile, ma anche l'indicazione del congegno determinativo dei termini concreti dell'effetto successorio (46).

6. Diseredazione e rappresentazione

La pronuncia della Suprema Corte richiamata nel precedente paragrafo suscita interesse, anche, sotto altro profilo. Indaga la questione, anch'essa ricorrente nei contributi offerti dalla dottrina (47), se la disposizione di diseredazione escluda dalla successione, non solo il soggetto menzionato nella scheda testamentaria, ma anche i discendenti di quest'ultimo, allorché ricorrano i presupposti della rappresentazione (48).

E, confermando un indirizzo già accolto in precedenti pronunce, perviene alla soluzione «[...] dell'efficacia meramente personale della diseredazione e della sua non estensione *ipso iure* all'intera stirpe dell'escluso» (49). Soluzione, questa, che lascerebbe «[...] salva la possibilità che il testatore disponga in modo diverso, escludendo dalla successione anche tutti i discendenti della persona contemplata» (50).

E adduce a sostegno della indicata soluzione l'idea che «[...] la disposizione testamentaria negativa impedisce la vocazione dell'escluso, ma non può eliminare l'astratta designazione contenuta nella legge». Meno convincente pare, invece, l'ulteriore argomento secondo cui la disposizione in esame conduce ad «[...] una situazione identica rispetto ad altre fattispecie di rappresentazione, in particolare rispetto a quella derivante dall'indegnità a succedere».

Nonostante la *Relazione al progetto di codice civile del 1865* rechi traccia della consapevolezza del legislatore che l'istituto dell'indegnità rappresenti l'*ultimo relitto storico* della diseredazione, l'accostamento non sembra giustificato, né sul piano tecnico, dell'incidenza che ciascuno di essi esercita sulla delazione ereditaria; né sul piano funzionale.

In ordine al primo profilo, sono noti i dubbi che ingenera l'esame degli artt. 463 ss. c.c., e, in particolare, se l'indegnità, al pari della diseredazione, «cancell[i] la stessa chiamata nell'ordine delle possibili fonti di vocazione ereditaria» (51), provocando, però, l'esclusione *ex lege* dell'indegno dalla successione (52); oppure se operi come causa di risoluzione dell'acquisto ereditario *ope iudicis*, in linea di continuità con l'insegnamento del diritto romano *indignus potest capere sed non retinere* (53).

In ordine al secondo dei profili accennati, la dottrina controverte, non già sulla circostanza che l'inde-

(45) Da interpretare anche discostandosi dal significato oggettivo delle espressioni adoperate e ricorrendo al linguaggio personale e convenzionale adoperato dal *de cuius*. Sul tema dei "modi di dire", A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, cit., p. 704 propone l'esempio del legato della biblioteca di cui il testatore ha parlato, riferendosi, non già alla raccolta dei suoi libri, ma alla collezione di pregiate bottiglie di vino. «La disposizione sarebbe stata chiara in un certo senso; ma l'interprete era autorizzato a ricercare anche una diversa intenzione del disponente». L'esempio è stato rievocato, successivamente, da G. CIAN, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, in AA.Vv., *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. DELLE MONACHE, Padova 2007, p. 165.

Una ragionata ricostruzione dell'ampio dibattito agitatosi nella letteratura civilistica è compiuta da R. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, Vol. II, cit., p. 1475.

(46) N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 195.

(47) Dedicata una accurata e approfondita indagine al tema in esame, in epoca più recente, P. LAGHI, *La rappresentazione. Profili applicativi*, Napoli 2018, p. 305 ss. e Id., *Recensione* (G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, Milano 2017), in *Dir. succ. fam.* 2018, p. 1089.

Per una ampia e approfondita disamina delle questioni poste dalla disciplina della rappresentazione, v. M. TESCARO, *La rappresentazione: nozione, soggetti ed estensione*, in questa *Rivista* 2018, p. 464 ss.

(48) La controversia giunta al giudizio della Corte di Cassazione trae origine da una disposizione testamentaria del seguente tenore: «dispongo che in caso di decesso, i miei beni

vengano ripartiti fra le persone a me care, escludendo del tutto i miei fratelli e nipoti perché immeritevoli».

(49) Cass. n. 26062 del 2018, cit.

(50) Cass. n. 26062 del 2018, cit.

(51) L'espressione è riferita alla diseredazione da A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., p. 49.

(52) La dottrina controverte in ordine alla natura dell'indegnità a succedere. L'idea che l'istituto in esame determini un'incapacità a succedere relativa che operi di diritto, nonostante la relazione al progetto definitivo del codice del '42 dichiarò di aver accolto la tesi «fondata sulla tradizione romanistica che l'indegno *potest capere sed non retinere*», è proposta da A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, II ed., 1961, p. 83; P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica (Diritto civile)*, in *Nov. Dig. it.*, vol. II, Torino, s.d., ma 1958, p. 873; L. FERRI, *Successioni in generale*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1964, p. 141; G. GROSSO – A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 83; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 483.

Per una più analitica ricostruzione del dibattito è opportuno il riferimento a R. CALVO, *L'indegnità*, in AA.Vv., *Diritto delle successioni*, a cura di R. CALVO – G. PERLINGIERI, Napoli 2008, p. 107; A. ALBANESE, *L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137*, in *Contr. impr.* 2006, p. 854; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, in AA.Vv., *La successione ereditaria*, cit., p. 937.

(53) Tale è la tesi proposta da P. SCHLESINGER, voce *Successioni (Diritto civile): parte generale*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XVIII, s.d., ma 1977, p. 755; GIUS. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli 1990, p. 37; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 58; F. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, rist., Napoli 2011, p. 297; C. RUPERTO,



gnità abbia la funzione di sanzionare la condotta pregiudizievole dell'indegno ai danni del *de cuius* o dei parenti di quest'ultimo (54); ma solo sulla indicazione del fondamento razionale di tale sanzione, ossia se la *pena* risieda nella protezione della volontà presunta del *de cuius* (55), oppure nella oggettiva offensività della condotta, riprovata dall'ordine giuridico sulla scorta di una valutazione tipica (56).

Ora, se è indubbio che l'istituto dell'indegnità assolve ad una funzione sanzionatoria, è, però, lecito dubitare che tale sia anche la *causa* della diseredazione (57). Che l'esclusione *expressis verbis*, sia dettata da un sentimento di ira o di riprovazione nutrito nei confronti del diseredato, involge l'esame dello scopo individuale perseguito dal *de cuius* attraverso la disposizione testamentaria; ma non anche quello della oggettiva funzione perseguita dalla disposizione medesima (58).

Sembra contestabile l'identità di *ratio* e il conseguente tentativo di ancorare la chiamata ereditaria dei discendenti del diseredato all'applicazione per analogia della regola dettata dall'art. 465 c.c.

7. Diseredazione e successione necessaria

Controverso è, invece, se la disposizione di diseredazione di un legittimario sia nulla per illiceità della *causa* o per espressa violazione del divieto dei pesi o condizioni sulla legittima, recato dall'art.

549 c.c. (59); o se sia assoggettata al regime della riduzione *ope iudicis*, secondo le regole dettate dagli artt. 553 ss. (60).

Chiara la scelta accolta dal testo originario del codice, anche se è apparsa di dubbia opportunità a una parte della dottrina (61), che la tutela della legittima, prescindendo dal volere del *de cuius* e dalle censure che, in relazione alle circostanze concrete, quest'ultimo possa avere espresso nei confronti dei propri eredi necessari. E chiaro è anche il fondamento razionale di tale scelta, che mira a proteggere la solidarietà familiare e la libertà del legittimario dai condizionamenti che possa esercitare il *de cuius*.

Nel quadro normativo appena brevemente tracciato l'art. 448-bis c.c. introduce una novità significativa, forse più per le implicazioni sistematiche che per quelle prevedibilmente concrete.

Detta disposizione – come già accennato nel paragrafo 3 – consente al figlio di escludere dalla propria successione l'ascendente (62) 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'art. 463. E, seppur con esclusivo riferimento al peculiare caso disciplinato, annovera la possibilità che il *de cuius* scalfisca l'intangibilità della legittima, sottraendo all'ascendente il potere di contestare la decisione raccolta nell'atto di ultima volontà e, dunque, il



voce *Indegnità a succedere*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Roma, s.d., ma 1989, p. 2; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 46; E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnità*, in AA.VV., *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. DELLE MONACHE, Padova 2007, p. 58.

(54) C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 2.

(55) Come parrebbe sostenere M. TATARANO, *La diseredazione*, cit., p. 19 e p. 20, il quale trae, dalla disciplina della riabilitazione e dalla conseguente rilevanza assegnata dal codice alla volontà privata, argomento per riscontrare nei casi di indegnità una presunzione *iuris tantum* della intenzione del *de cuius*.

(56) A. CICU, *op. cit.*, p. 88; E. MOSCATI, voce *Pena (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, s.d., ma 1982, p. 778.

In tal senso, v. Cass. 29 marzo 2006, n. 7266, in *Mass. G. it.* 2006.

(57) Chiare e inequivoche le considerazioni di A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., p. 55. L'idea che la diseredazione non abbia una funzione sanzionatoria è contestata da P. LAGHI, *La clausola di diseredazione*, cit., p. 79.

(58) Parrebbe escluso, in epoca più recente, anche da App. Venezia 7 giugno 2018, n. 1572.

(59) La tesi è accolta da M. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 257, nota 8, secondo cui l'idea di ricorrere alla disciplina della riduzione è coerente con l'inquadramento della clausola di diseredazione nella istituzione implicita d'erede; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 90; da L. BIGLIAZZI GERI, *ult. op. cit.*, p. 1498.

(60) V. BARBA, *ult. op. cit.*, p. 775; G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, cit., p. 352; G. DI LOREN-

zo, *Testamento ed esclusione dalla successione*, cit., p. 109.

(61) G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. e successioni* 2007, p. 581 il quale dà ampio conto del dibattito agitato in dottrina in occasione della presentazione del disegno di legge n. 1043, comunicato alla Presidenza del Senato il 27 settembre 2006 dai senatori Saro, Antonione, Mauro, Massida e Sanciu. Sul punto, anche G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *R. not.* 2007, I, p. 807; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *R. not.* 2007, I, p. 824; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. e successioni* 2009, p. 540.

Sul tema, ritornato d'attualità in occasione dell'approvazione del disegno di legge 19 marzo 2019, n. 1151, recante la «delega al governo per la revisione del codice civile», v. S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir. civ.* 2019, 3, p. 37; G. AMADIO, *Azione di riduzione e proprietà del legittimario (sul c.d. principio della legittima in natura)*, in *Dir. succ. fam.* 2019, p. 657 ss.; e sia consentito il riferimento anche al mio contributo, *La successione necessaria nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuova g. civ. comm.* 2020, I, p. 188 ss.

(62) L'indicata disposizione codicistica, annoverando tra i soggetti legittimati a disporre anche i *discendenti prossimi*, parrebbe consentire l'esclusione dalla successione, non solo del genitore, ma anche dell'avo, ulteriore ascendente, sempre che quest'ultimo sia stato attinto dal provvedimento di decadenza dalla responsabilità. Per approfondimenti, sia consentito rinviare a G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, cit., p. 96.

diritto a succedere anche *contra voluntatem testatoris*. Ammette, seppure entro limiti prestabiliti (v. *infra*), la deroga da parte del *de cuius* delle regole legali dettate a tutela dei legittimari (63).

Non risultano, però, chiari, almeno ad una prima lettura della disposizione codicistica in esame, i confini entro i quali è consentita la deroga. L'enunciato dell'art. 448-bis c.c. suscita dubbi in ordine alla individuazione del caso regolato e, correlativamente sul piano sistematico, alla natura speciale o eccezionale della regola in esso contenuta. Fornisce, però, certamente un indice positivo che accomuna il nostro diritto delle successioni alla disciplina accolta da altri ordinamenti europei che annoverano l'istituto della diseredazione oltre che l'indegnità a succedere e, conseguentemente, distinguono i casi in cui l'esclusione dalla successione di un legittimario è determinata per legge da quelli in cui è consentita per volontà del *de cuius* (64).

E segna una nuova fase di una lunga evoluzione storica dei due istituti che dal diritto consuetudinario francese «hanno camminato l'uno verso l'altro fino al punto d'incontrarsi e di confondersi insieme» (65); e una inversione di tendenza rispetto alla scelta accolta dal codice civile del 1865, prima, e dal codice del 1942, dopo, di «non ammettere al-

tra diseredazione al di fuori di quella operata dalla legge stessa» (66) nei casi di indegnità.

8. I dubbi sollevati dalla lettura dell'art. 448-bis c.c.

L'enunciato letterale dell'art. 448-bis c.c. non agevola, come già accennato, l'individuazione della fattispecie in cui è consentita l'esclusione dalla successione di un ascendente, né l'indicazione della *ratio* della regola in esso contenuta.

All'indicata difficoltà contribuisce la coesistenza di due differenti regole all'interno del medesimo enunciato (67). Una esonera il figlio e, in sua mancanza, i discendenti prossimi dall'adempimento della obbligazione alimentare nei confronti del genitore attinto dalla pronuncia della «decadenza dalla responsabilità»; e deroga la norma generale contenuta nell'art. 433, n. 2, c.c. L'altra disciplina, invece, la successione per causa di morte del figlio, consentendo la diseredazione dell'ascendente *per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463*; ma non chiarisce, almeno ad una prima lettura, se tra i presupposti della diseredazione ricorra anche la pronuncia della decadenza dalla responsabilità genitoriale (68).

(63) Una parte della dottrina, pur muovendo dalla distinzione tra casi di *esclusione legale* e casi di *esclusione volontaria* dalla successione, è nel senso che l'art. 448-bis c.c. «preveda un'ulteriore ipotesi di indegnità»; e che, lungi dal recare un indice positivo della *riemersione* della diseredazione, ricollegli la perdita dei diritti successori dell'ascendente alla «sentenza costitutiva pronunciata successivamente all'apertura della successione [...]». In tal senso, A. SASSI, *Esclusione legale ed esclusione volontaria nel sistema italiano dell'indegnità a succedere*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia* 2013, p. 275. Per maggiori approfondimenti v. G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448-bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, in *Rass. d. civ.* 2019, p. 1265.

(64) L'ABGB disciplina, anche a seguito della recente riforma del diritto successorio entrata in vigore il 1° gennaio 2017 (la così detta ErbRÄG 2015), nei § 539, 540 e 541 l'istituto della *Erbunwürdigkeit* e nei § 768-771 quello dell'*Enterbung*.

Per una rassegna delle principali novità introdotte dalla recente riforma nell'ABGB, v. G. CHRISTANDL, *La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi*, in *R. d. civ.* 2017, I, p. 424. In riferimento all'*Erbunwürdigkeit* e alla disciplina della *Enterbung aus guter Absicht*, v. R. WELSER, *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, *Notariats Zeitung* 2012, p. 1; CH. RABL, *Die Folgen einer Enterbung für die gesetzliche Erbfolge*, *Notariats Zeitung* 2003, p. 257.

Per una indicazione di massima, anche delle principali questioni che emergono dalla lettura delle legislazioni dei principali Paesi europei in tema di diseredazione e indegnità a succedere, si rinvia allo *Studio* n. 339 del 2012 commissionato dal Consiglio Nazionale del Notariato; ma anche al contributo di M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, t. I, Milano 2004, p. 793; e di E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità a succedere*, in *AA.VV., Tradizione e modernità nel diritto succes-*

sorio, cit., p. 62.

(65) Così, L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *R. d. civ.* 1941, p. 237.

(66) L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 241. L'idea che il codice del '42 abbia fatto confluire la diseredazione nell'indegnità a succedere è accolta, seppure con esclusivo riferimento ai diritti riservati per legge ai legittimari, da M. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 60.

(67) Il rilievo è ricorrente in tutti i contributi offerti per l'esegesi della disposizione in esame. In particolare M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448-bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 9, legge n. 219 del 2012)*, in *Nuove l. civ. comm.* 2013, p. 558, rileva come «il nuovo art. 448-bis appare per molti aspetti singolare [...] ectopico nella collocazione, approssimativo nella formulazione testuale e disarticolato nel contenuto normativo»; e abbia una genesi del tutto particolare, poiché a differenza delle altre disposizioni della legge n. 219 del 2012 che «riproducono il contenuto di un precedente disegno di legge d'iniziativa governativa, elaborato da una apposita commissione di esperti e poi decaduto per la fine della legislatura», proviene da «una distinta proposta di legge inserita nell'art. 1 dell'elaborato soltanto nella scorsa legislatura, quando detta Commissione aveva esaurito i propri lavori consegnandone il frutto agli organi competenti». A giudizio dell'autore la ricostruzione della genesi fornisce spiegazione dell'«impropria collocazione, in chiusura del Titolo XIII del Libro I, di una disposizione che incide su materie così distanti».

(68) L'enunciato si mostra ambiguo e solleva il dubbio se unico sia il caso regolato da entrambe le norme giuridiche, nonostante siano differenti le materie incise da ciascuna di esse; oppure se restino distinti i casi, e l'interprete non sia autorizzato a trarre dai presupposti della disciplina dell'obbligazione alimentare spunti per ricostruire il regime successorio. Tale seconda opzione è proposta da P. LAGHI, *Note critiche sull'art.*



Più coerente con l'enunciato letterale dell'art. 448-bis c.c. è parsa la soluzione incline ad ammettere che l'esclusione dalla successione sia consentita in tutti i casi in cui l'ascendente sia attinto da un provvedimento di decadenza dalla responsabilità. Indipendentemente dalla circostanza che gli effetti di tale provvedimento siano o meno cessati alla data di apertura della successione.

Di tal che, verrebbe in rilievo la decadenza dalla responsabilità, sia se pronunciata, non ai sensi dell'art. 330 c.c., ma in sede penale; sia se seguita da un eventuale provvedimento di reintegrazione nella responsabilità reso ai sensi dell'art. 332 c.c. Tale provvedimento *riabilita* il genitore se pronunciato entro la data di apertura della successione (in virtù dell'art. 463, n. 3-bis, c.c.); ma non assume alcuna rilevanza in vista del giudizio di validità della clausola di diseredazione.

La regola dettata dall'art. 448-bis c.c. parrebbe avere una estensione maggiore rispetto a quella dell'art. 463, n. 3-bis; e, rispetto a quest'ultima, avere carattere conseguentemente generale, anche perché ispirata alla medesima *ratio* di disciplina. All'idea che il genitore, se inadempiente rispetto ai doveri connessi al proprio *status familiae*, non possa rivendicare le aspettative ereditarie ancorate alla solidarietà familiare. Non può succedere *contra voluntatem defuncti*, tanto se la condotta pregiudizievole assuma rilevanza sul piano strettamente civilistico, ai sensi dell'art. 330 c.c.; quanto se configuri un'ipotesi di reato.

9. La perdurante attualità del dibattito sulla diseredazione di un legittimario

La soluzione incline a ravvisare nell'art. 448-bis c.c. una regola eccezionale conduce a confermare

la perdurante attualità del dibattito agitato in dottrina sul regime applicabile alla clausola di diseredazione di un legittimario.

Se la clausola in esame sia nulla, allorché superi i limiti segnati dalla sopra indicata disposizione codicistica, perché riferita al coniuge o al discendente del *de cuius* ovvero all'ascendente di quest'ultimo, ma in assenza di "giusta causa" (69). Ma soprattutto se tale soluzione sia ancora confortata dalla *tradizione storica* e dalle *ragioni sistematiche*, come affermava alla fine degli anni sessanta l'autore del principale lavoro monografico dedicato al nostro tema (70).

La regola dettata dall'art. 448-bis c.c. sembra discostarsi dalla *tradizione storica* e dalle *ragioni sistematiche* indicate nell'«assorbimento della privata "esclusione" nella indegnità a succedere [...]» come «vicenda pertinente e circoscritta [...] alla sola disciplina della posizione dei legittimari» (71) e nell'idea che, con riferimento a tale disciplina, l'indegnità rappresenti «l'ultimo relitto storico dell'antica diseredazione» (72).

L'emersione nello *jus positum* della diseredazione anche di un legittimario e il riconoscimento all'autonomia privata di uno spazio prima riservato alla legge, forniscono indici in parte contrastanti con il sistema descritto nelle pagine dell'insigne giurista (73).

Di qui, il dubbio se sulla scorta dell'attuale ordine giuridico possa, ancora, ritenersi nulla la clausola di diseredazione di un legittimario (74).

L'interrogativo ha implicazioni non solo teoriche. Soltanto la risposta affermativa conduce a ritenere irrilevante la distinzione tra legittimario preterito e diseredato, e ammette la chiamata *ex lege* di en-



448-bis c.c., in *Dir. succ. fam.* 2016, p. 86, il quale, di fronte alla comprensibile difficoltà di assegnare un significato all'inciso che *in mancanza* del figlio allude ai *discendenti prossimi*, intende l'inciso «come volto a sancire la sola liberazione di tali soggetti dall'obbligazione alimentare verso il progenitore».

(69) Le implicazioni dell'art. 448-bis c.c. sul tradizionale dibattito della clausola di diseredazione di un legittimario sono evidenziate da tutti i contributi più recentemente offerti al nostro tema. La questione relativa alla individuazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla espressa esclusione di un legittimario dalla successione, si prospetta, oltre che al di là dei limiti segnati dalla predetta disposizione codicistica, quando non possa trovare applicazione l'art. 624, comma 2, c.c. ovvero non risulti applicabile alla successione una legge straniera sulla scorta dei criteri di collegamento dettati dalla disciplina italiana di diritto internazionale privato ovvero dagli artt. 21 e 22 del Regolamento dell'Unione Europea del 4 luglio 2012, n. 650.

(70) M. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 257. Il richiamo alle *ragioni storiche* e *dogmatiche* erano state invocate nel 1941 anche da L. FERRI, come ha opportunamente rilevato V. BARBA,

La disposizione testamentaria di diseredazione, cit., p. 774, nota 51.

(71) M. BIN, *op. cit.*, p. 54.

(72) L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, cit., p. 241.

(73) Il rilievo è condiviso dalla dottrina più recente: G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, cit., p. 348, nota 20; F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448-bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, in *Rass. d. civ.* 2014, p. 1117; M. TATARANO, *L'art. 448-bis c.c. tra norma e sistema*, in AA.VV., *Il testamento: fisiologia e patologie*, a cura di F. VOLPE, Napoli 2015, p. 157; V. VERDICCHIO, *La diseredazione "per giusta causa" (chiosa a margine dell'art. 448-bis c.c., introdotto dalla legge n. 219 del 2012)*, in *Nuove l. civ. comm.* 2014, p. 281; M. ROBLES, *Osservazioni in tema di delazione ereditaria e destituzione testamentaria*, in *Dir. Succ. Fam.* 2015, p. 474; F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448-bis c.c.*, cit., p. 40; P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448-bis c.c.*, in *R. d. civ.* 2014, I, p. 73.

(74) Una parte della dottrina pone a fondamento della nullità l'«inderogabilità delle regole sulla successione necessaria» e,

trambi allorché residuino beni ereditari da ripartire al momento della apertura della successione.

Al contrario, una risposta di contenuto negativa, fondata sulla validità ed efficacia della clausola di diseredazione, conforta la distinzione e, per il caso

in cui residuino beni da ripartire, nega che il legittimario sia destinatario della delazione *ex lege*, almeno fino a quando non abbia vittoriosamente esercitato l'azione di riduzione e infirmato l'efficacia della clausola lesiva della legittima (75).



segnatamente, la regola contenuta nell'art. 457, comma 3, c.c.: *le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari*. In tal senso, v. L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, cit., p. 1498. Altra parte del-

la dottrina assume che la diseredazione possa integrare un peso sulla quota del legittimario, vietato dall'art. 549 c.c.

(75) In tal senso, G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, cit., p. 108 ss.