

LUCA ALBERTAZZI E GABRIELE VARRASI\*

## LA DISEREDAZIONE

SOMMARIO: 1. Nozione e cenni storici - 2. Teorie a confronto - 3. La sentenza del 25 maggio 2012 n. 8.352 II Sezione Civile della Corte di Cassazione - 4. Diseredazione e legittimari - 5. Pensiero degli autori

### 1. Nozione e cenni storici.

La clausola testamentaria di diseredazione è lo strumento giuridico con cui il *de cuius* dichiara di non volere che alla sua successione prenda parte un determinato soggetto, il quale, in forza delle norme sulla successione legittima, avrebbe invece titolo a prendervi parte<sup>1</sup>. In altri termini, con una disposizione a carattere patrimoniale a contenuto negativo, il testatore estromette un suo successibile dalla propria successione in difformità con quanto sancito dal legislatore codicista, che non ha espressamente previsto un istituto con le predette caratteristiche, stante probabilmente la disciplina che regolamenta le quote di riserva<sup>2</sup>.

Tale fenomeno giuridico affonda le sue radici nel diritto romano in cui rappresentava una sanzione civile di fonte privata e si risolveva nel potere riconosciuto al *pater familias* di escludere dalla successione i propri eredi necessari verso i quali nutriva un risentimento per qualche offesa ricevuta.

---

\* Avvocato – Dottore in giurisprudenza e dottore in economia.

<sup>1</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESIGGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 1172.

<sup>2</sup> L. GENGHINI – C. CARBONE, in *Manuali notarili* a cura di L. GENGHINI, *Le successioni per causa di morte*, Padova, 2012, 445.

Detto fenomeno era inizialmente visto come un diritto illimitato che venne poi relegato da Giustiniano ad alcuni casi determinati; si mantenne nel diritto intermedio italiano, ma scomparve nel codice francese e nei nostri codici<sup>3</sup>.

In una prima fase del periodo antico, la diseredazione non era conosciuta o perlomeno non era ammissibile. In questo periodo erano eredi essenzialmente i *sui heredes*, ossia i *fili familias* del defunto e probabilmente era addirittura preclusa la facoltà di fare testamento. Nella seconda fase del periodo antico, si diffusero invece negozi *mortis causa* attraverso i quali era possibile regolare, anche in presenza di figli, la sorte dei propri rapporti giuridici per il tempo successivo alla morte<sup>4</sup>.

Le fonti menzionano due tipi di testamento: il *testamentum calatis comitiis* e il *testamentum in procinctu*, ma solo dall'introduzione, tra la seconda metà del IV e la prima metà del III secolo a.C., della *mancipatio familiae*<sup>5</sup>, apparve un nuovo e più efficace tipo di testamento, noto come *testamentum per aes et libram*.

Quest'ultimo era un testamento costituito da disposizioni imperative immediatamente efficaci che non richiedevano alcuna attività del *familiae emptor* per essere attuate; con questo atto il testatore enunciava oralmente e pubblicamente le sue ultime volontà oppure (a partire da un certo momento storico) dichiarava di aver scritto tali volontà in tavolette di cera, che esibiva sigillate<sup>6</sup>.

Se da un lato la disposizione più importante del *testamentum per aes et libram* era l'istituzione di erede, altra importante disposizione era rappresentata dalla diseredazione (*exhereditatio*).

Questa disposizione testamentaria consisteva in una solenne dichiarazione con la quale il *pater familias* escludeva uno o più discendenti dalla propria successione, privandoli della (connaturata) qualità di *sui heredes*, ossia dello *status* che, in epoca arcaica, aveva impedito di istituire eredi

---

<sup>3</sup> L. GENGHINI – C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, op. cit., 444.

<sup>4</sup> M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, 51 e ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Volume VI, *Le successioni. Parte generale* (Ristampa corretta della I edizione), Milano, 1974, 47 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 157 ss..

<sup>5</sup> Atto *inter vivos*, con il quale si effettuava una *mancipatio* del patrimonio a favore del soggetto al quale si voleva far pervenire la maggior parte dei propri beni, il *familiae emptor*.

<sup>6</sup> M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento. Lezioni di diritto romano raccolte da R. Martini*, Volume I, Torino, 1966, 29 e ss..

persone diverse e che, nella prima fase del periodo antico, probabilmente, aveva addirittura impedito di fare testamento<sup>7</sup>.

Nel diritto giustiniano, la diseredazione fu regolata dalla Novella 115. I discendenti e gli ascendenti potevano essere diseredati soltanto nelle ipotesi in cui avessero posto in essere gravi atti, tassativamente previsti dalla legge (*instae causae*), fermo restando il potere del testatore di perdonarli<sup>8</sup>.

Scorrendo quindi velocemente tra i secoli, i Germani, non conoscevano in origine né il testamento né la diseredazione e i sistemi giuridici settecenteschi precedenti alla Rivoluzione Francese, confondevano la diseredazione con l'incapacità a succedere per ingratitudine o indegnità. La situazione rimase identica anche durante la Rivoluzione, periodo in cui si manifestò un atteggiamento ostile nei confronti dell'istituto e, sotto il vigore del Codice Civile Napoleonico, ci si limitò a disciplinare l'indegnità<sup>9</sup>.

La diseredazione riapparve quindi nei codici degli Stati italiani. Nel Codice Albertino, la figura della diseredazione e quella dell'indegnità corrispondevano a due diversi istituti. Nel caso di comportamenti particolarmente gravi, si rendeva indegno *ipso iure* colui che li compiva, indipendentemente dal fatto che si trattasse di un parente o di un estraneo<sup>10</sup>. Nel caso di atti meno gravi, veniva attribuito al testatore il potere di diseredare sia i discendenti che gli ascendenti<sup>11</sup>.

## 2. Teorie a confronto.

Posto quanto accennato in apertura del presente lavoro in ordine alla inesistenza nel nostro ordinamento di una disciplina positiva della diseredazione, dottrina e giurisprudenza hanno prospettato alcune opinioni a riguardo.

---

<sup>7</sup> R. MARTINI, *Appunti di diritto romano privato*, Padova, 2007, 79 e ss..

<sup>8</sup> F. CANCELLI, voce: "Diseredazione, a) Diritto romano", in Enc. Dir., XIII, Milano, 1964, 95 e ss..

<sup>9</sup> A. MARONGIU, voce: "Diseredazione, b) Diritto intermedio", in Enc. Dir., XIII, Milano, 1964, 99 e ss..

<sup>10</sup> Il testatore poteva comunque riabilitare l'autore e evitargli la sanzione

<sup>11</sup> L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in Riv. Dir. Cic., 1941, 228 e ss..

Secondo una prima teoria conosciuta come teoria positiva, il testatore può disporre di tutte le proprie sostanze attraverso istituzioni di erede e/o legati a favore di taluni soggetti da lui scelti, senza fare alcuna menzione di colui che intende escludere<sup>12</sup>. L'esclusione dalla successione, in questo caso, sarebbe una conseguenza indiretta delle disposizioni *mortis causa*: non potrebbe parlarsi propriamente di diseredazione, ma di preterizione<sup>13</sup>.

Un testamento che realizzi una pretermissione è pienamente ammissibile e fonda la sua legittimità sul principio dell'autonomia testamentaria derivante non solo dall'art. 1322 c.c., norma di carattere generale, ma anche da molte altre norme tra le quali l'art. 733 c.c. 14, l'art. 647 c.c. 15, l'art. 752 c.c. 16 e l'art. 737 17 c.c.<sup>18</sup>.

Una seconda teoria conosciuta come teoria negativa, seguita dalla prevalente dottrina e da una considerevole parte della giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>19</sup>, si basa sul 1° comma dell'art. 587 c.c., il quale definisce il testamento come l'atto con cui «taluno dispone di tutte le sue sostanze o di parte di esse»: il testatore, se vuole validamente escludere dall'eredità, in modo esplicito od implicito, un erede legittimo, deve attribuire i beni ereditari ad altri soggetti nelle tipiche forme dell'istituzione di erede o del legato<sup>20</sup>.

---

<sup>12</sup> M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, op. cit., 269; P. RESCIGNO, *Recensione a M. BIN, La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, in Riv. dir. civ., 1969, 95 e ss.; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in Riv. dir. civ., 1970, 39 e ss.; App. Firenze, 9 settembre 1954, in Foro pad., 1965, I, col. 47; Trib. Parma, 3 maggio 1977, in Riv. not. 1977, 689; App. Genova, 16 giugno 2000, in Giur. Merito, 2001 937, con nota di D. MORELLO DI GIOVANNI.

<sup>13</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., 199.

<sup>14</sup> Assegno divisionale semplice.

<sup>15</sup> Onere testamentario.

<sup>16</sup> Ripartizione dei debiti ereditari tra gli eredi.

<sup>17</sup> Dispensa da collazione.

<sup>18</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., 199; L. GENGHINI – C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, op. cit., 444.

<sup>19</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 47 e ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in Tratt. dir. civ. comm., a cura di A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1999, 22 e ss.; Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000, in Vita not., 2001, 694, con nota di L. CAVANDOLI; App. Catania, 28 maggio 2003, in Giur. merito, 2005, 2, 274, con nota di L. BARRECA; Cass. civ. 20 giugno 1967, n. 1458, conf. Cass. civ. 18 giugno 1994, n. 5895, in Giur. it., 1995, I, 1, 1564, con nota di C. CECERE.

<sup>20</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., 201.

Esiste infine una terza argomentazione di attenuazione e compromesso rispetto al rigore della tesi negativa e di ossequio al principio del *favor testamenti*<sup>21</sup>, con cui la Corte di Cassazione in numerose pronunce<sup>22</sup>, pur dichiarando nulla la clausola di diseredazione contenuta nel testamento, ne ha fatti salvi gli effetti, individuando nella stessa clausola, attraverso un'opera di interpretazione, un' autentica istituzione implicita. È stato inoltre osservato che non si può sempre, attraverso la diseredazione, individuare compiutamente la volontà che soggiace ad una manifestazione implicita<sup>23</sup> e che, nel diritto moderno, l'erede testamentario è essenzialmente un *heres scriptus*, nel senso che la determinazione del destinatario non può essere fatta indirettamente con riferimento a fonti di designazione estranee al contenuto della dichiarazione testamentaria<sup>24</sup>.

### 3. La sentenza del 25 maggio 2012 n. 8352 II Sezione Civile della Corte di Cassazione.

Con la sentenza n. 8.352 del 25 maggio 2012, la II Sezione Civile della Corte di Cassazione ha giudicato valida la clausola testamentaria con cui il *de cuius* ha inteso escludere dalla propria successione uno o più eredi legittimi non legittimari senza che detta clausola contenesse disposizioni attributive a favore di altri soggetti.

Con tale sentenza, la II Sezione Civile della Corte di Cassazione ha ritenuto di “sostituire la propria interpretazione a quella del giudice di merito”<sup>25</sup> che aveva fatto proprio il noto precedente orientamento del Supremo Collegio risalente alla pronuncia del 20 giugno 1967 n. 1458.

Il principio di diritto sancito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 1458 del 20 giugno 1967 prevedeva che: “Ai sensi dell'art. 587, primo comma, cod. civ., il testatore può validamente escludere dall'eredità, in

---

<sup>21</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., 202.

<sup>22</sup> Cass. civ. 23 novembre 1982, n. 6339, in *Giust. civ. mass.*, 1982, 10-11; Cass. civ. 18 giugno 1994, n. 5895, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 6;

<sup>23</sup> Si pensi al caso di un erede legittimo in sesto grado addirittura sconosciuto al testatore.

<sup>24</sup> S. CORONA, *La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, in *Riv. not.*, 1992, 506.

<sup>25</sup> Nel caso di specie la Corte d'appello di Genova.

modo implicito o esplicito, un erede legittimo, purché non legittimario, a condizione, però, che la scheda testamentaria contenga anche disposizioni positive e cioè rivolte ad attribuire beni ereditari ad altri soggetti, nelle forme dell'istituzione di erede o del legato. È quindi nullo il testamento con il quale, senza altre disposizioni, si escluda il detto erede, diseredandolo. Peraltro, qualora dall'interpretazione della scheda testamentaria risulti che il *de cuius*, nel manifestare espressamente la volontà di diseredare un successibile, abbia implicitamente 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 particolare, la Corte, pur ritenendo che il testamento avesse carattere necessariamente attributivo, aveva ammesso la validità della clausola non solo quando si accompagnava a disposizioni attributive espresse, ma anche quando esauriva il contenuto del testamento, purché se ne potesse 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 della Corte, si era 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 l'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”<sup>26</sup>.

Con la sentenza n. 8.352 del 25 maggio 2012, la II Sezione Civile della Corte di Cassazione ha voluto esplicitamente discostarsi dai precedenti della stessa Corte sostenendo espressamente che contenessero “una sostanziale contraddizione” ed è arrivata a sostenere che “per diseredare non è quindi necessario procedere ad una positiva attribuzione di beni, né - sulla scorta dell'espedito che escludere è istituire - alla prova di un'implicita istituzione.”.

Nel ragionamento che ha connotato i tratti salienti di quest'ultima pronuncia del Supremo Collegio, la Corte si è riferita al dato legislativo affermando 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)...”, con ciò sostenendo un vero e proprio “rapporto di reciproca integrazione” tra le due forme di devoluzione e smentendone una gerarchia. La Corte ha quindi ripercorso i richiamati precedenti che hanno inteso riconoscere l'ammissibilità di una volontà di diseredazione ove in essa si fosse ravvisata o una disposizione principale attributiva, esplicitamente o implicitamente presupposta, della quale la volontà del testatore era una modalità di esecuzione<sup>27</sup>, o un'implicita istituzione di tutti gli altri successibili non diseredati, volontà che non si presume ma che va provata<sup>28</sup> (quest'ultimo orientamento ammette la clausola di diseredazione solo se fondata sull'equivalenza tra l'esclusione e l'istituzione implicita di altri).

La Corte ha ritenuto quindi che dalla disposizione testamentaria tipica a contenuto patrimoniale non discenda la conseguenza che il testamento, per essere tale, debba avere necessariamente una funzione attributiva.

Altre volte, il Supremo Collegio, ha osservato che 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.*

<sup>26</sup> Cass. n. 6339 del 1982 e Cass. n. 5895 del 1994.

<sup>27</sup> Cass. n. 1458 del 1967.

<sup>28</sup> Cass. n. 6339 del 1982 e Cass. n. 5895 del 1994.

587, primo comma, c. c., avendo utilizzato il termine "disposizione" nel senso riferito in questa sede<sup>29</sup>.

La Corte ha quindi proseguito il proprio ragionamento sostenendo che 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, e ha continuato precisando che "...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."<sup>30</sup>

La II Sezione Civile della Corte di Cassazione ha quindi sancito che: "...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, primo comma, cod. civ., può dunque includere, non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva."

La Corte ha richiamato poi 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.

In conclusione ed in risposta al quesito di diritto formulato dai ricorrenti principali la II Sezione Civile della Corte di Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto: "È valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili".

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Alla stessa conclusione giunge F. PENE VIDARI, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. SACCO, *Le Successioni*, 4, *La successione legittima e necessaria*, Torino, 2009, 176.

#### 4. Diseredazione e legittimari.

La tutela codicistica dei più stretti congiunti precluderebbe al testatore la facoltà di escludere un legittimario dalla propria eredità; appare interessante domandarsi quale sia la sorte di una clausola testamentaria che diseredi espressamente un riservatario<sup>31</sup>.

Secondo una prima tesi, la tutela del legittimario espressamente escluso dalla successione sarebbe affidata, al pari di ciò che accade per il riservatario pretermesso o leso, all'azione - presidio - di riduzione (artt. 553 ss., c.c.): la scheda testamentaria resterebbe valida ed efficace fino al vittorioso esperimento della predetta azione<sup>32</sup>. Anche coloro che sostengono la piena cittadinanza nel nostro ordinamento della diseredazione accolgono la tesi della possibile riduzione: l'espressa esclusione di un legittimario, benché non costituisca una disposizione attributiva, sarebbe comunque idonea ad individuare i legittimati passivi dell'azione di riduzione nei beneficiari *ex lege* dei beni ereditari<sup>33</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, la posizione del legittimario sarebbe tutelata dalla sanzione della nullità, per alcuni ex art. 549 c.c. e per altri come nullità per contrarietà a norme imperative.

Sotto le scure dell'art. 549 c.c. ricadrebbero tutte le disposizioni, accessorie o autonome, che incidono sulla quota del legittimario, senza costituire lascito o liberalità a favore di terzi. Accogliendo la nullità della clausola, si aprirebbe a favore del legittimario, come corollario, la successione ab intestato<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> E. BERGAMO, *Brevi cenni su un'ipotesi di diseredazione anomala implicita*, in *Giur. it.*, 2000, 1801e ss.; M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, 27 e ss.; M. QUARGNOLO, *Il problema della diseredazione tra autonomia testamentaria e tutela del legittimario*, in *Famiglia*, 2004, 299 e ss. Relativamente a una peculiare ipotesi di diseredazione indiretta di un successore necessario: F. GAZZONI, *E' forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?*, in *Giust. civ.*, 1993, 2522 e S. T. MASUCCI, *Non è ammessa la diseredazione occulta dei legittimari: brevi cenni sull'usucapione a domino*, in *Giur. it.*, 1995, 917.

<sup>32</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., 133; F. MIRIELLO, *In margine alla clausola di diseredazione: la tematica della c.d. volontà meramente negativa*, in *Riv. not.*, 1991, 746; G. PFNISTER, *La clausola di diseredazione*, in *Riv. not.*, 2000, 915; C. SAGGIO, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Vita not.*, 1983, 1789.

<sup>33</sup> F. CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, in *Riv. not.*, 1996, 1121. Alcuni ritengono che l'azione di riduzione presupporrebbe il carattere attributivo della disposizione impugnata: l'espressa esclusione di un legittimario, sarebbe riducibile, solo qualora si accogliesse la tesi della diseredazione ricostruita come implicita istituzione a favore dei soggetti non esclusi.

<sup>34</sup> L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, Milano, 1999, 22.

Si potrebbe obiettare che la disposizione negativa non potrebbe configurarsi tecnicamente come - peso o condizione - come sancito dall'art. 549 c.c. e neanche rappresenterebbe una semplice limitazione: configurerebbe una consapevole privazione del diritto alla legittima, assumendo una sfumatura non contemplata dal medesimo art. 549 c.c.<sup>35</sup>.

A dire di altra dottrina, la disposizione diseredativa di un legittimario sarebbe nulla per violazione delle norme imperative cardine della successione necessaria, tra cui l'art. 457, comma 3, c.c.<sup>36</sup>.

Anche questa tesi lascia insoddisfatti: la non derogabilità delle norme a tutela dei legittimari non è assoluta, ma relativa. Il successore necessario, potendo - liberamente - decidere se impugnare o meno le disposizioni lesive, potrà rinunciare proprio a quelle norme; inoltre il legislatore ha voluto sanzionare la violazione di tali presidi non con la nullità, ma con la possibilità di esperire l'azione di riduzione<sup>37</sup>. Per di più l'accoglimento di questa tesi determinerebbe una inspiegabile disparità di trattamento tra la diseredazione di un legittimario (nullità) e pretermissione di un legittimario (mera riducibilità)<sup>38</sup>.

Da ultimo esiste una tesi secondo la quale la clausola di diseredazione di un legittimario sarebbe irrilevante, dovendo considerarsi come non apposta. A tale risultato si arriverebbe ragionando secondo i canoni dell'interpretazione secondo buona fede oggettiva *ex* art. 1366 c.c. Si rammenta, però, che è decisamente discussa in materia testamentaria l'applicabilità del canone ermeneutico della buona fede<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, 198.

<sup>36</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 1994, 1503; M. QUARGNOLO, *Il problema della diseredazione tra autonomia testamentaria e tutela del legittimario*, op. cit., 302; D. RUSSO, *La diseredazione*, op. cit., p. 200.

<sup>37</sup> Tutela azionabile dal legittimario leso nei suoi diritti a sua discrezione. Il presidio della quota di legittima è sicuramente incisivo e non previsto in tutti gli ordinamenti giuridici, ma la forza di tale rimedio è a nostro parere giustamente rimessa all'arbitrio del diretto interessato, che, da un lato, potrebbe accontentarsi di quanto ricevuto o disinteressarsi dell'eredità, se pretermesso, magari assecondando la volontà diseredativa del *de cuius*, come, dall'altro, potrebbe esperire l'azione di riduzione rivendicando pienamente i suoi diritti.

<sup>38</sup> F. CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, op. cit., 1120, che condivide il dato normativo sulla tutela del legittimario: sarà legittimato a promuovere non un'azione di nullità, ma la meno "aggressiva" azione di riduzione.

<sup>39</sup> Cass., 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Riv. not.*, 2008, 453 e ss.: all'interpretazione del testamento, volta ad identificare l'effettiva volontà del *de cuius*, si dovranno applicare le norme ermeneutiche dettate in materia di contratti, in quanto norme comuni per l'interpretazione dei negozi giuridici, con gli opportuni adattamenti e con l'esclusione di quelle (tra cui proprio gli artt. 1366, 1368 e 1370 c.c.) incompatibili con

Rimanendo discussa nel nostro sistema giuridico la diseredazione di un legittimario, sembra invece possibile escluderlo dalla disponibile<sup>40</sup>.

Istituendo il legittimario nella sola quota di riserva si raggiungerebbe lo stesso risultato di una sua diseredazione: nel primo caso sarebbe appunto erede in tale quota, nel secondo caso lo sarebbe ugualmente, ma a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione<sup>41</sup>.

Giova ricordare che per aversi un legato in sostituzione di legittima ex art. 551 c.c., la volontà del testatore dovrà essere chiara ed inequivoca, poiché nel dubbio, la disposizione sarà inquadrata come legato in conto di legittima e quindi quale attribuzione da imputarsi alla quota di riserva<sup>42</sup>.

Si consideri il legittimario che non rinunci a tale legato: perderà la quota di eredità; sarà al massimo compito dell'interprete verificare se, nelle intenzioni del *de cuius*, il legatario dovesse essere escluso dalla devoluzione *ex lege* dei beni residui o se, invece, dovesse beneficiare, eventualmente in concorso con altri coeredi, dei beni medesimi.

Tenuto conto della difficile indagine sulla reale volontà del testatore, risulta opportuno, onde evitare contrasti interpretativi del testamento, che il *de cuius* non si limiti ad effettuare un legato in sostituzione di legittima, ma precisi le sue volontà in merito al patrimonio residuo.

Per non far diventare erede un legittimario, il testatore potrà astrattamente optare per: a) un'esclusione espressa dalla successione legittima; b) pretermetterlo<sup>43</sup>.

---

la natura di negozio *mortis causa* propria del testamento medesimo. L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, op. cit., 1503 e *Il testamento*, op. cit., 136 ss.; M. QUARGNOLO, *Il problema della diseredazione tra autonomia testamentaria e tutela del legittimario*, op. cit., 301.

<sup>40</sup> Con un'istituzione di erede nella sola quota di riserva ovvero mediante un legato in sostituzione di legittima.

<sup>41</sup> Il legittimario che rifiuta il legato ex art. 551 c.c. viene a trovarsi nella medesima situazione del legittimario pretermesso, in quanto la volontà del testatore era diretta a fargli conseguire il legato e non già la quota di eredità. Pertanto, nel caso considerato, il successore necessario non partecipa alla comunione ereditaria se non dopo aver esperito vittoriosamente l'azione di riduzione, conseguendo la legittima di sua spettanza: Trib. Trieste, 30 agosto 2004, in *Famiglia*, 2005, 1193 e App. Brescia, 17 marzo 1955, in *Foro pad.*, 1955, 1057. L'accettazione del legato in sostituzione di legittima non fa divenire il legittimario erede. Il successore necessario acquista la qualità di erede solo se rinuncia al legato e chiede la legittima: Cass., 10 maggio 1963, n. 1147, in *Foro it.*, 1963, 1545 e in *Giust. civ.*, 1964, 673.

<sup>42</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., 296.

<sup>43</sup> La prima soluzione, secondo la dottrina più moderna, non desterebbe particolari perplessità sia perché la clausola di diseredazione, in questo caso, si accompagnerebbe ad una disposizione attributiva (il legato privativo), sia perché, pur essendo coinvolto un legittimario, l'esclusione concernerebbe soltanto la porzione disponibile.

Nella prassi, considerata l'alea interpretativa in merito alla clausola diseredativa, gli operatori optano per la seconda soluzione: una preterizione, attuata attraverso l'istituzione a titolo universale di altri soggetti nell'intero asse ereditario accompagnata da una serie, più o meno cospicua, di sostituzioni<sup>44</sup>.

## 5. Pensiero degli autori.

Nel caso un testatore voglia avvalersi della clausola testamentaria in esame dovrà tenere presente le seguenti considerazioni.

La prassi degli operatori<sup>45</sup> utilizza come rimedio pratico, alla pura diseredazione, un'istituzione di erede con una serie di sostituzioni (diseredazione indiretta). In questo caso diventa difficilmente probabile che nessuno non possa o non voglia accettare: si eviterà l'apertura della successione legittima e il diseredato non diventerà erede, salvo ovviamente il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione in caso di legittimario. In questo modo si potrà diseredare indirettamente sia un erede legittimo (che non avrà rimedi), sia un riservatario.

Se il testatore decidesse invece per una esplicita diseredazione (diseredazione diretta) potrà sicuramente effettuarla se nel contempo avrà disposto un'istituzione<sup>46</sup>. Nel caso di erede legittimo *nulla quaestio*, mentre alcuni dubbi potrebbero sorgere per la diseredazione di un legittimario<sup>47</sup>. Per chi scrive, anche in questo caso si avrebbe una piena ed efficace disposizione testamentaria eventualmente ridotta dall'esperimento vittorioso dell'azione posta a tutela del riservatario.

Nell'ipotesi in cui voglia diseredare e basta, ormai da una lettura più moderna dell'istituto e, da ultimo, dalla recente pronuncia giurisprudenziale riportata, sembra concedersi giustamente al *de cuius* anche questa possibilità; ciò sia nei confronti di un erede legittimo<sup>48</sup>, sia nei confronti di un legittimario, giustificandolo per le stesse ragioni sopra espresse. Unico appunto da farsi è che non sembrerebbe ammissibile una clausola che diseredi tutti gli eredi legittimi, perché in questo caso, si andrebbe contro un

---

<sup>44</sup> Inserendo a volte, come ultimo sostituto, lo Stato.

<sup>45</sup> Soluzione accolta dalla dottrina anche nei confronti dei legittimari.

<sup>46</sup> Pacifico in dottrina e in giurisprudenza.

<sup>47</sup> A dire di alcuni Autori.

<sup>48</sup> Ormai classificabile come soluzione percorribile visto il riconoscimento in giurisprudenza.

principio cardine del diritto successorio, ossia che il patrimonio deve necessariamente giungere ad un soggetto, da ultimo lo Stato<sup>49</sup>.

In conclusione, il diritto successorio è pacificamente imperniato sul *favor testatoris* e sulla libertà testamentaria. Per questi principi, a parere di scrive, la volontà - ultima - del *de cuius* dovrebbe essere tutelata e rispettata al massimo; risulta preferibile concedere una possibilità - libertà al testatore, magari non pieno conoscitore della materia, di esprimere liberamente la sua volontà e poi dotare alcuni soggetti, i legittimari, di strumenti idonei a tutelare i loro interessi eventualmente lesi. Sarebbe una soluzione poco condivisibile quella di incidere direttamente sulla libertà testamentaria e tutelare a priori dei soggetti, magari ignari o disinteressati alla disposizione lesiva o addirittura accondiscendenti.

Il legislatore ha voluto tutelare con le quote di riserva i prossimi congiunti. Probabilmente avrà un peso specifico maggiore una diseredazione nei confronti di questi soggetti rispetto ad altri eredi legittimi. Proprio in questi casi si dovrebbe tutelare la volontà del *de cuius* e nel nostro ordinamento è presente uno strumento, l'azione di riduzione, idoneo ad attivare le rispettive riserve, piegando - in un secondo momento - la volontà del disponente<sup>50</sup>.

Come in tutte le norme si è di fronte ad una situazione conflittuale da dirimere. Quali sono gli interessi opposti? Quali quelli maggiormente da tutelare?

A parere di chi scrive l'interesse primario è la libertà del testatore di poter disporre come crede del proprio patrimonio<sup>51</sup>, fornendo dei correttivi azionabili dagli interessati. Il legittimario, come più volte ripetuto, avrà comunque l'azione di riduzione a presidio delle sue ragioni<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Dubbie sarebbero anche alcune disposizioni che diseredino eredi legittimi non prossimi o addirittura lo Stato. Sarà necessario vedere nel caso concreto se all'apertura della successione vi rimanga comunque un erede.

<sup>50</sup> Si pensi anche al caso, forse un po' astratto, in cui il testatore per un valido motivo (fuori dai casi di indegnità) diseredi un legittimario; questi, consapevole del motivo sottostante alla disposizione, non esperisca l'azione di riduzione per in qualche modo assecondare e rispettare la volontà del suo avo. Si osserva inoltre come la famiglia patriarcale abbia ceduto il passo a quella nucleare (genitori e figli); la funzione della famiglia non è più in senso produttivo, ma affettivo - assistenziale.

<sup>51</sup> Art. 42 Cost..

<sup>52</sup> Parte della dottrina si è addirittura soffermata sull'opportunità di non conservare la disciplina di tutela dei legittimari nel nostro sistema giuridico: il sistema della successione necessaria appare "ormai superato dalla storia" sia per il venir meno delle ragioni ad esso sottese, sia per la nascita e la diffusione di interessi e valori confliggenti: così G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in

Giuridicamente non si capirebbe l'ammissibilità di una soluzione, come quella pratica degli operatori, di effettuare un'istituzione con una serie di istituzioni, avente come unico correttivo l'azione di riduzione e, una soluzione vietata (nullità) diretta esclusivamente a diseredare. Per la prima soluzione, si rammenta, al fine di non fare diventare erede un soggetto, si obbligherebbe addirittura il *de cuius* ad istituire un altro, provvedendo inoltre ad una serie di sostituzioni di ulteriori soggetti, creando probabilmente situazioni lontane dalla primaria e una semplice volontà di diseredare<sup>53</sup>.

LUCA ALBERTAZZI E GABRIELE VARRASI, *La diseredazione*, 4 *Businessjus* 15 (2012)

Unless otherwise noted, this article and its contents are licensed under a

Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>

Se non altrimenti indicato, il contenuto di questo articolo è rilasciato secondo i termini della licenza

Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.

---

Riv. not., 2007, 803. Si sono occupati del tema: G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in Tratt. dir. succ. e donaz., diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, 727 e ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in Riv. not., 2007, 815 e ss.; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in Giust. civ., 2006, 3 e ss..

<sup>53</sup> Questi risultati muovono tutti da una lettura più moderna e coerente dell'art. 457, comma 3, c.c. Si riconosce comunque che il rimedio dell'azione di riduzione potrebbe provocare incertezze sulla circolazione dei beni, in quanto una vittoriosa azione di riduzione renderebbe le disposizioni lesive inefficaci nei confronti del legittimario: questo meccanismo renderebbe non stabile, per un dato periodo di tempo, gli acquisiti per causa di morte e per donazione.