

Profili evolutivi dell'autonomia testamentaria

Firenze, 18.11.2016

L'autonomia testamentaria

Il potere del testatore di regolare con atto avente efficacia *mortis causa* la propria vicenda successoria sembra continuare a caratterizzarsi per un **immobilismo legislativo**, che impedisce l'individuazione di reali profili «evolutivi».

A favore di tale rilievo depongono, in particolare, due argomenti:

1) Il rapporto con la successione c.d. necessaria

Il fallimento dei numerosi tentativi di riforma delle norme dedicate alla tutela dei legittimari si accompagna ad un **singolare inasprimento giurisprudenziale** nella rilettura delle singole previsioni dirette a comporre la quota di legittima. Basti solo pensare a quanto le Sezioni unite hanno detto in ordine all'art. 540, 2° co., c.c.

Cass., sez. un., 27.2.2013, n. 4847

In tema di successione legittima, spettano al coniuge superstite, **in aggiunta alla quota** attribuita dagli artt. 581 e 582 c.c., i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, di cui all'art. 540, 2° co., c.c., **dovendo il valore capitale di tali diritti essere detratto dall'asse prima di procedere alla divisione dello stesso tra tutti i coeredi**, secondo un meccanismo assimilabile al prelegato, e senza che, perciò, operi il diverso procedimento di imputazione previsto dall'art. 553 c.c., relativo al concorso tra eredi legittimi e legittimari e strettamente inerente alla tutela delle quote di riserva dei figli del *de cuius*.

Il valore economico del diritto di usufrutto

In virtù di tale pronuncia, ogni qual volta il coniuge superstite non abbia materialmente ottenuto l'usufrutto sulla casa familiare (ad es. perché l'ha già avuta in proprietà esclusiva in virtù di testamento o per accordo divisionale), ha diritto all'ottenimento del valore capitalizzato di tale diritto, **in aggiunta alla quota già attribuitagli *ab intestato* e nonostante quest'ultima sia maggiore di quella spettantegli a titolo di successione necessaria** e tale maggiorazione possa ledere i diritti degli altri legittimari (figli).

2) La mancata riforma dei patti successori

La centralità del testamento è altresì confermata dall'assenza di interventi legislativi sul tema dei patti successori, che continuano ad essere vietati. Anche la riforma in tema di **patto di famiglia**, in realtà, è intervenuta marginalmente sulla questione, perché il patto non è un patto successorio, ma un contratto *inter vivos* eccezionalmente capace di sottrarsi alla disciplina dell'azione di riduzione e della collazione.

L'evoluzione dell'autonomia privata

Per cogliere i profili evolutivi dell'autonomia testamentaria, è dunque necessario analizzare esclusivamente i più recenti interventi giurisprudenziali, muovendo dall'enucleazione dei più diffusi (e convinti) corollari del riconoscimento – anche costituzionale (art. 42, 4° co., Cost.) – del valore impegnativo e precettivo della manifestazione di volontà testamentaria.

Caratteri dell'autonomia testamentaria

Tradizionalmente, si è soliti porre l'accento – anche per distinguere l'autonomia testamentaria da quella contrattuale – su 3 aspetti caratterizzanti l'efficacia del testamento:

- 1) Il contenuto necessariamente dispositivo;
- 2) L'interesse esclusivo dell'erede testamentario a far valere il testamento (e a dimostrarne l'autenticità operando per così dire in sostituzione del testatore);
- 3) L'esclusività della volontà testamentaria a compiere la vicenda successoria (e l'assenza di una collaborazione precettiva degli eredi testamentari e no, autorizzati soli ad accettare o respingere il lascito)

Il confronto con l'analisi giurisprudenziale

La più recente evoluzione giurisprudenziale dimostra che i 3 connotati appena sintetizzati sono stati sottoposti ad una radicale rivalutazione critica, che ne impone un –almeno parziale – superamento.

1) Il contenuto necessariamente dispositivo

Dedotto direttamente dall'univoca formulazione letterale dell'art. 587 c.c., il contenuto necessariamente dispositivo del testamento rappresenta per tradizione connotato essenziale della parte patrimonialmente rilevante del testamento: per quanto quest'ultimo – a differenza del contratto – possa comprendere anche profili non patrimoniali, **legato e istituzione ad erede esaurirebbero la componente patrimoniale, identificandola in via esclusiva**. Ove il testatore intenda devolvere in via testamentaria il proprio patrimonio, non potrebbe non ricorrere a tali modalità di trasmissione della ricchezza.

I riflessi ermeneutici

Da tale affermazione si lasciano solitamente dedurre due ulteriori corollari ermeneutici, diretti a condizionare l'attività ricostruttiva della volontà del testatore:

- a) La ricerca della **volontà dispositiva** costituisce elemento centrale dell'attività ermeneutica: il mero dato formale non basta ad evidenziare un testamento (si pensi alla distinzione tra testamento e minuta di testamento);
- b) L'interprete non deve interrogarsi sulla **ragionevolezza** del contenuto: il testamento è regno dell'arbitrio, sicché l'eventuale irragionevolezza del lascito è di per sé irrilevante e può tutt'al più rappresentare indizio rafforzativo di una più ampia valutazione della capacità naturale del testatore o della presenza di eventuali elementi perturbatori (captazione; violenza) comunque deducibili da indici extra-testuali. **L'interpretazione diviene componente (ancillare) dell'impugnazione.**

Cass., II sez. civ., 21.2.2007, n. 4022

L'onere o *modus* si qualifica come elemento accidentale ed accessorio rispetto al negozio testamentario, istitutivo di erede (o contenente un legato), ma tale natura **non esclude che lo stesso onere possa collegarsi ad un'istituzione di erede per legge, nell'ipotesi in cui il testamento non istituisca un erede, dando luogo alla successione legittima.** Infatti, l'imposizione dell'onere all'erede legittimo è stabilita dal diritto positivo, all'art. 629 c.c., che, nel prevedere che le disposizioni a favore dell'anima «si considerano come un onere a carico dell'erede o del legatario, e si applica l'art. 648», **implica che in mancanza di istituzione testamentaria di erede l'onere possa gravare sull'erede designato per legge, in eguale misura, con applicazione della medesima disposizione dell'art. 648 c.c. sull'adempimento dovuto.**

Il caso

Il testatore lascia il seguente testamento: «Non so se il testamento si fa così. Comunque queste sono le mie volontà. Tutto quello che ho (l'appartamento a ..., i titoli e i conti che ho in banca, le cose che sono nelle case che ho abitato) **devono essere utilizzate per il finanziamento di un asilo nido per bambini extracomunitari da realizzarsi a Cesena.** Il Comune dovrebbe mettere la terra. Voglio essere sepolto nella nuda terra. Non desidero funerali o cose simili. Ho conti presso la Banca Popolare di Cesena e la parte principale presso la Banca Nazionale del Lavoro (Senato). Non ho debiti né crediti. Come ha scritto A., alla fine della vita, con o senza Dio, nessuno sa se sia salvato o perduto. Ho fatto il possibile».

La controversia

A fronte della pretesa del Comune di accettare (con beneficio d'inventario) l'eredità, il fratello del testatore (unico successibile *ab intestato*) eccepisce che il testamento non ha alcuna istituzione ad erede o legato (e dunque non ha contenuto dispositivo) ed esaurisce la sua portata in un onere indeterminato *ex art. 628 c.c.* (nullità) e inidoneo ad assumere i contorni della generica disposizione a favore dei poveri (eccezionalmente valida *ex art. 630 c.c.*).

L'intervento di legittimità

La Cassazione, confermando le decisioni dei giudici di merito, chiarisce che il contenuto dispositivo del testamento **non si esaurisce nell'istituzione di un erede o nel lascito di un legato**, ma può comprendere anche solo un onere modale, purché riferibile al successibile *ab intestato*. Il testatore, cioè, è libero di continuare a lasciare alla legge il compito di indicare l'erede, ma può modificare il contenuto dei suoi diritti, arricchendoli o impoverendoli (fino allo stesso esaurimento del loro valore economico) attraverso l'onere. L'art. 457 c.c. non impone un'alternatività assoluta tra legge e testamento, ma consente una loro **coesistenza**, da ammettersi non solo a fronte di un testamento parziale, ma anche in assenza di indicazione d'erede testamentario. Il fratello dunque è erede e deve rispettare l'onere. Il Comune, al contrario, ha il diritto di agire *ex art. 648 c.c.* (risoluzione per inadempimento della disposizione testamentaria) in caso di inadempimento dell'onere.

Cass., II sez. civ., 25.5.2012, n. 8352

È valida la clausola del testamento con la quale il testatore **manifesti esclusivamente la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili, diversi dai legittimari.**

Il caso

La testatrice aveva così disposto: «Io sottoscritta S.I. scrivo le mie volontà sana di mente. **Escluso da ogni mio avere i miei cugini E.G. fu A. - C.E. fu D. - C.P. fu D.** Nella tomba con i miei altrimenti comprarmene una». Gli altri cugini pubblicano il testamento e accettano l'eredità. I diseredati (e il figlio di uno di essi, nel frattempo morto) si oppongono lamentando la nullità del testamento per assenza di contenuto dispositivo e, comunque, l'inidoneità della diseredazione ad incidere sulla rappresentazione.

La vicenda processuale

I giudici di merito sostengono la nullità della clausola avente contenuto esclusivamente diseredativo: in forza dell'art. 587 c.c., infatti, il testatore non potrebbe limitarsi a diseredare, ma dovrebbe comunque «disporre» direttamente della sua eredità, eventualmente accompagnando alla vera e propria disposizione (istituzione ad erede o legato) una clausola diseredativa o, tutt'al più, limitandosi a comporre quest'ultima solo quando la stessa consenta implicitamente di identificare con univocità lo specifico soggetto beneficiario del lascito.

L'intervento di legittimità

La Cassazione accoglie il motivo di ricorso dei cugini non diseredati e rileva che la tesi della nullità della clausola (meramente) diseredativa si risolve in una contraddizione, perché, da un lato, predica la nullità per assenza di contenuto dispositivo e, dall'altro, individua quest'ultimo anche nell'astratta possibilità che, ove la clausola si rivolga ad un solo di due successibili *ex lege*, possa essere implicitamente dedotto dall'ineludibile necessità che il non diseredato succeda e dal fatto che tale necessità non possa non essere stata contemplata dal testatore.

L'intervento di legittimità

Se il testatore ha 2 fratelli e ne disereda uno, non è il fatto che tutta l'eredità vada all'altro (in quanto implicita manifestazione di volontà attributiva) a «salvare» la clausola diseredativa dalla dichiarazione di nullità. Occorre, al contrario, interrogarsi sul reale significato del valore «dispositivo» del contenuto patrimoniale del testamento.

L'intervento di legittimità

«escludere equivale non all'assenza di un'idonea manifestazione di volontà, ma ad una specifica manifestazione di volontà, nella quale, rispetto ad una dichiarazione di volere (positiva), muta il contenuto della dichiarazione stessa, che è negativa. Per diseredare non è quindi necessario procedere ad una positiva attribuzione di beni, nè - sulla scorta dell'espedito che escludere è istituire - alla prova di un'implicita istituzione».

L'intervento di legittimità

«In sostanza, la clausola di diseredazione integra un atto dispositivo delle sostanze del testatore, costituendo espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, **che può includersi nel contenuto tipico del testamento:** il testatore, sottraendo dal quadro dei successibili ex lege il diseredato e restringendo la successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione *post mortem* del proprio patrimonio. Il «disporre» di cui all'art. 587 c.c., **può dunque includere non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva».**

Valutazioni critiche

1) Incidenza della **rappresentazione**: la diseredazione rappresenta una clausola testamentaria che non interviene sulla vocazione, **bensì sull'attribuzione**. Il diseredato, dunque, non «può» accettare e i discendenti possono succedergli per rappresentazione. Il testatore deve prestare particolare attenzione a questo rischio e, se non vuole correrlo, **deve indicare espressamente una volontà contraria**.

Valutazioni critiche

2) La diseredazione dei **legittimari**: la Cassazione, pur non occupandosi specificamente della questione, ma ha lasciato implicitamente intendere che la diseredazione è valida solo se riferibile a non legittimari, perché altrimenti contrasta con l'ordine pubblico. Se, tuttavia, è già attributiva, che differenza c'è con la pura e semplice preterizione del legittimario, che, senza dubbio, non incide sulla validità del testamento? Del resto, il nuovo art. 448-bis c.c. espressamente ammette l'esclusione dei legittimari (genitori) dalla successione per scelta del figlio a fronte della decadenza dalla responsabilità genitoriale.

2) Il ruolo degli eredi testamentari

Stante la natura esclusivamente unilaterale e non recettizia del testamento e la conseguente assenza dell'esigenza di tutelare l'affidamento altrui, il fatto che l'autore della scheda testamentaria non possa partecipare alle controversie concernenti la sua validità o la sua interpretazione impone di salvaguardare tali interessi a coloro che, a loro volta, trarrebbero maggiori utilità dalla conservazione del testamento. Questi sono chiamati a rappresentare in causa gli interessi del *de cuius*

Corollari applicativi

Muovendo da questo assunto, era fino a poco tempo fa pacifico che **l'affermazione dell'esistenza di un testamento e della sua attribuzione al testatore fosse elemento costitutivo della pretesa dell'erede testamentario o del legatario** e, in quanto tale, dovesse formare oggetto di specifica prova da parte sua

Cass., sez. un., 15.6.2015, n. 12307

La parte che contesta l'autenticità del testamento olografo deve proporre **domanda di accertamento negativo** della provenienza della scrittura, e l'onere della relativa prova, secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo, grava sulla parte stessa.

Il caso

La vedova del *de cuius* pubblica un testamento olografo (attribuito al marito e da lui sottoscritto) che la nomina erede universale. Gli altri eredi *ab intestato* agiscono con azione petitoria contestando l'autenticità della scheda e lamentando, tra l'altro, che, alla data della sua realizzazione le condizioni di salute dell'uomo – già colpito da ictus – non avrebbero reso possibile la redazione. Il giudice di primo grado rigetta la domanda, osservando che, per il suo corretto espletamento, le parti non avrebbero dovuto limitarsi alla contestazione dell'autenticità, ma avrebbero dovuto impugnare la scheda con querela di falso.

La querela è presentata insieme all'appello, che è sospeso nell'attesa del giudizio incidentale. Quest'ultimo si conclude – in entrambi i gradi di merito – con l'accoglimento della querela e la dichiarazione che il testamento non è riconducibile al *de cuius*, ma la Cassazione, lamentando un difetto nell'integrazione del contraddittorio, annulla la sentenza di secondo grado e rinvia, senza, tuttavia, che le parti riassumano la controversia.

Il caso

Riassunto l'appello relativo alla *petitio hereditatis*, la Corte rileva che gli appellanti non hanno impugnato la parte della sentenza di primo grado relativa all'affermazione della necessità della querela e che il giudizio relativo a quest'ultima non è mai stato riassunto, sicché rigettano la *petitio*. Gli eredi *ab intestato* ricorrono in Cassazione sostenendo che è sufficiente il disconoscimento dell'autenticità del testamento per imporre all'erede testamentario l'onere della prova dell'autenticità (nella specie non fornita).

L'intervento di legittimità

Le Sezioni unite, dopo aver ricordato che il tema è stato risolto dalla giurisprudenza precedente in due modi tra loro opposti, in quanto incentrati, rispettivamente, sull'affermazione della sufficienza del disconoscimento ex art. 214ss. c.p.c. (con conseguente imposizione all'erede testamentario dell'onere della prova) e sull'affermazione della necessità della querela di falso (con conseguente imposizione ai contestatori dell'onere della prova), rileva che le due posizioni nascondono opposte valutazioni della natura costitutiva o eliminativa della relativa situazione fattuale e delle regole distributive dell'onere della prova.

Le posizioni antagoniste

In particolare, **il richiamo agli artt. 214ss. c.p.c.** muove dall'idea secondo cui il testamento olografo non è un atto pubblico, ma mera scrittura privata.

Ma a questa conclusione si è efficacemente replicato che il disconoscimento della scrittura *ex art. 214ss. c.p.c.* presuppone che il documento sia formato da una delle parti in causa, il che non si realizza nel caso in esame.

il testamento olografo, inoltre, non è una scrittura privata proveniente da terzo estraneo alla lite e non è dunque inquadrabile nella categoria delle prove atipiche valutabili liberamente dal giudice *ex art. 116 c.p.c.*

Ogni contestazione sull'autenticità dell'olografo, infine, si traduce in una contestazione della sua stessa esistenza e dunque della sua verità documentale, sicché lo strumento processuale più efficace ed opportuno dovrebbe essere identificato nella **querela di falso**.

L'intervento di legittimità

Secondo le Sezioni unite, la tesi incentrata sulla querela di falso muove da un principio che deve essere confermato: la prova del carattere non autentico del testamento olografo deve essere realizzata da colui che ne contesta l'autenticità perché rappresenta elemento costitutivo della sua qualifica in termini di erede *ab intestato* o di erede testamentario (da precedente testamento che si assume revocato in virtù di nuovo testamento oggetto di contestazione).

L'intervento di legittimità

Il contestatore, tuttavia, non deve necessariamente ricorrere alla querela di falso, essendo sufficiente che – in via di azione o di eccezione – presenti una domanda di accertamento negativo della veridicità dell'olografo, destinata ad essere analizzata dal giudice in via incidentale **all'interno dello stesso processo** già attivato, ad esempio, con la *petitio hereditatis*.

Valutazioni critiche

Le Sezioni unite, allo scopo di salvaguardare il *dictum* testamentario, hanno abilmente eluso una questione pratica nient'affatto marginale: chi si professa erede testamentario non può non assumere l'esistenza e l'autenticità del testamento come elementi costitutivi della sua pretesa: in deroga all'art. 2697 c.c., tuttavia, tali elementi non sono assoggettati alla sua prova, bensì divengono elementi di contestazione rimessi all'iniziativa probatoria della controparte.

3) La scarsa precettività dell'intervento degli eredi testamentari

Ultimo connotato dell'autonomia testamentaria da esaminare attiene all'esclusività della volontà precettiva del testatore: l'erede testamentario deve accettarla o respingerla, eventualmente confermandola *ex art. 590 c.c.*, ma non può alterarla o contribuire alla sua interpretazione.

Il riconoscimento della validità di accordi di pubblicazione o non pubblicazione del testamento evidenzia che, anche sotto questo profilo, la situazione sta cambiando ma poiché il tema sarà affrontato da altri relatori, conviene qui tralasciarlo.

Cass., 20.10.2014, n. 22183

L'atto con il quale gli eredi individuano i beni immobili oggetto di un testamento olografo, specificando i relativi dati catastali, non esaurisce la propria causa nella strumentalità alla trascrizione, in quanto definisce il contenuto delle disposizioni testamentarie, **svolgendo la funzione, tipica del negozio di accertamento, di ricognizione del contenuto del precedente negozio dispositivo, e determina l'effetto dell'attribuzione**, in favore di ciascuno dei soggetti nominati nel testamento, di determinati beni.

Alcune conclusioni

La rassegna compiuta evidenzia che i postulati connotanti l'autonomia testamentaria sono ormai superati dalla nostra giurisprudenza.

Il testamento non è più strumento solo dispositivo, bensì è inteso come mezzo derogatorio delle norme dedicate alla successione *ab intestato*.

L'erede testamentario non è chiamato a «sostituirsi» al *de cuius* nella dimostrazione della validità ed autenticità dell'atto: può assumere una veste solo passiva, cioè attendere che gli eredi *ab intestato* o coloro che si assumono tali in virtù di un precedente testamento dimostrino la falsità della scheda testamentaria.

L'erede testamentario, a sua volta, può contribuire con il proprio operato (e nei limiti dell'unanimità tra i coeredi) a reinterpretare il *dictum* del testatore, offrendogli esiti non necessariamente coincidenti con quelli imposti dall'analisi letterale dell'atto.

Interpretazione ed impugnazione

Non è difficile scorgere l'esito finale della ricostruzione: l'attività ermeneutica volta alla ricostruzione del significato attuale del testamento e alla conseguente necessità di adattarne, in funzione evolutiva, i contenuti al momento in cui deve essere eseguito si evidenzia centrale ed indipendente dalla vera e propria impugnazione della scheda testamentaria.