

QUESITO N. 1
È possibile diseredare un legittimario?

La risposta, allo stato attuale, non può che essere negativa.

Infatti, la diseredazione consiste nell'esclusione, effettuata a mezzo di apposita clausola, di un soggetto successibile *ex lege* dalla successione del testatore.

Orbene, la più attenta dottrina e la recente giurisprudenza sono arrivati ad ammettere una siffatta clausola diseredativa per il successibile *ex lege* non legittimario.

Precedenti orientamenti mostravano un atteggiamento più intransigente in ordine all'ammissibilità di siffatta clausola.

Infatti, un primo orientamento riteneva inammissibile *tout court* siffatta clausola in quanto il testamento può e deve contenere disposizioni a contenuto positivo, ossia attributive di beni.

Un secondo orientamento invece riteneva ammissibile tale disposizione solo se accompagnata da una volontà istitutiva di altri soggetti. In altri termini essa era ammissibile purché non avulsa da una scheda testamentaria dalla quale si potesse evincere una volontà attributiva ad un soggetto e non solamente una mera disposizione a carattere negativo.

L'orientamento oggi sposato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n.8352/2012) ritiene possibile un atto dispositivo delle proprie sostanze a contenuto negativo, quale appunto la clausola di diseredazione, in quanto lo stesso concretizza una precisa volontà di dare un assetto al patrimonio del testatore. In tal senso lo stesso art. 587 c.c. nel definire il testamento come l'atto con cui un soggetto "dispone delle proprie sostanze" non dà una specifica definizione del concetto di disporre, per cui in esso può benissimo rientrarci una volontà ablativa, o meglio di esclusione di taluno dalla successione.

Ma analogo discorso, per lo meno nei medesimi termini, non può essere fatto per un legittimario.

Dello stesso avviso appare la recente giurisprudenza di legittimità sopra citata, che espressamente stabilisce che una clausola a contenuto negativo debba essere rispettosa dei diritti del legittimario.

Ad esso infatti, non può giammai essere tolto il diritto di agire in riduzione, sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 457 c.c.

Secondo una parte della dottrina, siffatta clausola sarebbe nulla, perché costituente un peso sulla legittima, mentre altra parte della dottrina ritiene che la tutela del legittimario si concretizzi nella possibilità di agire in riduzione.

L'autorevolissima dottrina (Barba) che ammette la diseredazione di un legittimario la ammette nei soli limiti della quota disponibile.

Ma questo, si badi bene, è un modo nuovo ed originale di intendere la diseredazione, perché si ammette che non vi può essere esclusione dalla successione di un legittimario.

Infatti, lui potrà in ogni caso agire in riduzione ed ottenere la propria quota di legittima, con ciò vanificando l'intento del testatore di escluderlo dalla successione.

Al testatore, in altri termini, non resta che pretermettere un legittimario, sperando che quest'ultimo dia ossequio alla manifestata volontà.

Aldilà delle differenze tra diseredazione e pretermissione, che sarebbero esclusivamente rinvenibili in una manifestazione di volontà espressa nella prima ma assente nella seconda, il legittimario in ambedue le ipotesi mantiene la stessa tutela.

In questo senso non può ammettersi una diseredazione, intesa come esclusione dalla successione, di tali soggetti, proprio perché siffatta clausola non potrebbe privare il legittimario della tutela che la legge gli riconosce, che consiste in ultima istanza nella possibilità di esperire l'azione di riduzione.

Bibliografia:

- V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 763-777.
- G. GORLANI, R. DE PAOLI AMBROSI (a cura di), *Clausole testamentarie, La diseredazione*, Milano, 2014, 95 ss.
- L. GENGHINI, M. GENGHINI, *Ammissibilità della mera diseredazione testamentaria*, in *Rivista Notarile*, 2013, n. 1, 3 ss.

QUESITO N. 2

Ammissibile la cancellazione d'ipoteca direttamente col testamento?

La risposta che deve darsi al quesito è sicuramente di carattere negativo. In altre parole, la cancellazione dell'ipoteca non può essere consentita direttamente pel tramite del negozio testamentario.

La suesposta affermazione trova le sue giustificazioni in considerazioni di carattere testuale ed anche in argomentazioni logico – sistematiche.

Sotto il primo profilo, l'**art. 2882 cod. civ.**, rubricato come “formalità per la cancellazione” di ipoteca, nell'affermare che la cancellazione consentita dalle parti interessate debba essere eseguita dal conservatore previa presentazione di un atto contenente il consenso del creditore, **rinvia espressamente, con il secondo comma, al rispetto delle formalità prescritte, fra gli altri, dall'art. 2821 cod. civ. in tema di concessione di ipoteca.**

L'art. 2821 cod. civ., nel permettere la costituzione di ipoteca anche mediante atto unilaterale, espressamente, al secondo comma, vieta che ciò possa avvenire mercé il negozio testamentario.

Con ciò il legislatore, per inciso, ha sopito un dibattito dottrinario antecedente il codice civile del 1942, che aveva ad oggetto proprio la possibilità di costituire per testamento ed in via diretta l'ipoteca testamentaria. In questa sede basti osservarsi che già all'epoca la dottrina probabilmente prevalente propendeva per la tesi negativa.

Per quanto concerne le ragioni, di ordine logico – sistematico, che impediscono la cancellazione / costituzione diretta per il tramite del testamento, si ritiene comunemente che **il testatore non possa alterare, dopo la sua morte, la cd. *par condicio creditorum*. Ciò perché questi potrebbe palesare una preferenza per l'uno o l'altro creditore / debitore al momento della morte, tenendo per altro occulta tale sua volontà sino al momento del trapasso.**

In verità l'argomentazione dell'alterazione della *par condicio creditorum* mentre è molto chiara per il legato costitutivo di ipoteca, sembra offuscarsi dinanzi ad un legato volto a cancellare un'ipoteca già costituita e quindi volto a ristabilire formalmente la *par condi-*

cio creditorum. Tuttavia si deve sviluppare l'argomentazione in una diversa direzione. **Al testatore non è vietato solo alterare la *par condicio creditorum* mediante il negozio testamentario; egli, più precisamente, non può alterare la “gradazione” delle posizioni creditorie / debitorie così come esse si palesavano un istante ideale prima della sua morte.**

Se quindi è certo che il testatore non possa cancellare in via diretta un'ipoteca per il tramite del testamento, si deve ritenere che, sebbene in dottrina la questione sia tutt'altro che risolta, sia possibile provvedere alla cancellazione di ipoteca tramite un legato di natura obbligatoria ovvero sia che obblighi gli eredi o un terzo a consentire alla cancellazione di un'ipoteca costituita in favore del *de cuius* successivamente all'apertura della successione.

La dottrina che si è occupata dell'argomento, lo ha fatto in riferimento al legato costitutivo di ipoteca, ma le medesime considerazioni possono estendersi, per identità di *ratio*, anche all'istituto in esame.

La tesi negativa a questo legato trova il proprio fondamento nel principio per cui anche con una disposizione di tal fatta si perseguirebbe il risultato impedito dal legislatore, cioè l'alterazione della *par condicio creditorum* tramite un atto comunque riconducibile alla volontà del testatore, anche se mediata. Per altro il beneficiario della disposizione, qualora l'obbligato non prestasse il consenso, potrebbe sempre agire in forza dell'art. 2932 cod. civ. ottenendo una sentenza che produca gli effetti voluti dal testatore, ovvero sia la cancellazione dell'ipoteca.

Altra parte della dottrina, che si ritiene preferibile, ritiene che il legato obbligatorio di ipoteca (e quindi, *mutatis mutandis*, di cancellazione di ipoteca) sarebbe ammissibile in quanto tecnicamente al momento dell'apertura della successione la *par condicio creditorum* rimarrebbe invariata e la cancellazione di ipoteca verrebbe consentita con un atto successivo e differente rispetto al testamento.

In conclusione, ed in estrema sintesi, la risposta al quesito deve così articolarsi.

Non è possibile consentire alla cancellazione dell'ipoteca direttamente pel tramite del testamento, per ragioni di ordine testuale e sistematico. Pare possibile, benché non pacifico

in dottrina, perfezionare un legato di cancellazione d'ipoteca avente natura meramente obbligatoria.

Bibliografia:

L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, in *Manuali Notarili*, 2011, 1506.