



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI DIRITTI DELLA PERSONA E
COMPARAZIONE – DIRPE

DOTTORATO DI RICERCA
COMPARAZIONE E DIRITTI DELLA PERSONA

XIII CICLO

TESI DI DOTTORATO

***“STRUMENTI ALTERNATIVI AL TESTAMENTO NEGLI
ORDINAMENTI ITALIANO E TEDESCO”***

Coordinatore

Ch.mo Prof. Pasquale Stanzione

Tutor della dottoranda:

Ch.ma Dott.ssa Gelsomina Salito

Dottoranda:

Luisa Golia D’Augè

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

*“Ci sono due cose durature che possiamo lasciare
in eredità ai nostri figli: le radici e le ali.”*

WILLIAM HODDING CARTER II

*Ancora a mamma e papà.
E a Giuseppe.*

Sommario

INTRODUZIONE

Capitolo I

DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI VS ERBVERTRAG: ORDINAMENTO ITALIANO E TEDESCO A CONFRONTO

1. Il divieto dei patti successori nell'ordinamento italiano: considerazioni introduttive e terminologiche.
2. Il fondamento giustificativo dei “divieti” di patti successori.
 - 2.1. Il divieto di patti istitutivi.
 - 2.2. Il divieto di patti dispositivi.
 - 2.3. Il divieto di patti rinunciativi.
3. Criteri di individuazione del patto successorio.
4. L'emersione della categoria degli “strumenti alternativi al testamento”.
Precisazioni in tema di negozi *inter vivos*, *mortis causa*, *post mortem* e *trans mortem*.
5. *Der Erbvertrag*: il contratto successorio tedesco.

Capitolo II

LA TRASMISSIONE DEI BENI PRODUTTIVI E IL PATTO DI FAMIGLIA

1. L'introduzione del “patto di famiglia” nel sistema codicistico. Brevi premesse.
2. Quadro storico in cui è maturata la proposta di riforma.
 - 2.1. (segue) “Patto di famiglia” e “patto d'impresa” nel progetto Masi-Rescigno.
3. Interessi tutelati e criteri interpretativi.
4. Il patto di famiglia: definizione e caratteri dell'istituto.
 - 4.1. (segue) Profilo soggettivo - strutturale del patto di famiglia.
 - 4.2. (segue) Causa e natura giuridica del patto di famiglia. Il fenomeno della “successione anticipata”.
5. Il rapporto con il divieto dei patti successori.

6. Profilo Comparatistico. La trasmissione dell'impresa di famiglia in Germania.

Capitolo III

CONTRATTI A FINALITÀ *LATO SENSU* SUCCESSORIA.

1. Brevi premesse di metodo.

2. Il contratto a favore del terzo con prestazioni da eseguirsi dopo la morte dello stipulante. La figura dell'assicurazione sulla vita a favore del terzo.

3. Mandato *post mortem*, mandato *mortis causa* e mandato *post mortem exequendum*.

4. La donazione come strumento alternativo al testamento: donazione *mortis causa*, *si praemoriar*, *si moriar*, *cum moriar*.

5. Accordi statutari per la predisposizione successoria delle partecipazioni societarie. Le clausole di consolidazione e le clausole di continuazione, nelle società di persone e nelle società di capitali.

Bibliografia

INTRODUZIONE

La presente trattazione ha ad oggetto l'individuazione di strumenti negoziali, che, nel nostro ordinamento, possano validamente essere utilizzati, in funzione di alternativa al testamento, nella trasmissione trans-generazionale della ricchezza.

Un'indagine di tal guisa, che si incentri sul rapporto tra lo strumento contrattuale e l'area del diritto ereditario, può apparire di dubbia utilità ad un esame sommario e poco attento delle disposizioni vigenti nel nostro ordinamento in materia di successioni a causa.

In effetti, se, come dispone l'art. 457 c.c., "l'eredità si devolve per legge o per testamento", e se inoltre, come afferma il successivo art. 458 c.c., sono nulle tutte le convenzioni "con cui taluno dispone della propria successione" ovvero "dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi", nessun senso dovrebbe avere l'affannarsi nella ricerca di strumenti giuridici che possano fungere da valida alternativa al testamento: la risposta dovrebbe essere immediata e nel senso che nessuna interferenza è concepibile tra fra la figura contrattuale e l'ambito delle successioni *mortis causa*.

Tuttavia, una simile conclusione si dimostra del tutto approssimativa sol che si sposti l'attenzione su una serie di fattori in grado di evidenziare profili di inattualità della disciplina successoria e di arretratezza dei suoi meccanismi.

Innanzitutto, viene in rilievo che il diritto ereditario italiano, nel corso dei decenni successivi all'emanazione del Codice Civile vigente, ha mantenuto sostanzialmente inalterata l'originale tessitura normativa, rimanendo insensibile al mutamento negli assetti delle relazioni familiari e patrimoniali, alle interferenze e alle contaminazioni provenienti dalla prassi mercantile e dalla circolazione globale dei modelli regolativi, oltre che poco reattivo alle sollecitazioni provenienti dall'Europa comunitaria.

L'esigenza di colmare la distanza tra la disciplina normativa e la realtà sociale e dei traffici, spinge costantemente la prassi negoziale verso il perfezionamento di

meccanismi atipici di circolazione della ricchezza tra privati, sorretti palesemente da finalità di natura successoria.

Vi sono anche ragioni più specifiche che palesano una certa disaffezione per i meccanismi tipici del diritto ereditario italiano.

In primo luogo, pesano senz'altro le evoluzioni sociali che hanno modificato il tradizionale concetto di famiglia: la centralità, unicità ed indissolubilità della famiglia legittima ha lasciato il posto ad una molteplicità di "famiglie" o, se si preferisce, di relazioni affettive stabili, concorrenti con la famiglia fondata sul matrimonio, rispetto alle quali le tutele previste dal sistema successorio vigente risultano insufficienti.

Altro fattore di diffidenza deriva dall'attuale composizione dei patrimoni successori, e più in generale dall'evoluzione delle relazioni proprietarie, che non sono più quelle sulle quali il legislatore del codice aveva plasmato le regole successorie.

Le norme del Libro Secondo del Codice Civile sono prevalentemente configurate per assecondare la trasmissione di ricchezza immobiliare e non tanto di quella mobiliare-finanziaria di cui è oggi prevalentemente costituito il patrimonio familiare.

Peraltro, il dogma dell'unità della successione, pone seri problemi di idoneità della disciplina vigente a consentire percorsi di trasmissione differenziati e flessibili, in grado di fornire soluzioni diverse in ragione della diversa natura dei beni da trasmettere e delle qualità personali degli aventi causa.

Questo rapido *excursus* sulle matrici dell'inattualità della disciplina successoria mette in evidenza la concreta sussistenza di un sostanziale rapporto tra lo strumento contrattuale e l'area tematica di cui al secondo libro del codice civile, e, con ciò, l'effettiva rilevanza pratica della tematica in questione.

Ovvia dimostrazione di una raggiunta consapevolezza, anche da parte dello stesso Legislatore contemporaneo, in ordine alle istanze "contrattualistiche" manifestatesi nella prassi negoziale, è costituita dalla novellazione codicistica operata con la legge n. 55 del 2006, con la quale si è introdotto nell'ordinamento l'istituto del patto di famiglia.

Appurata, così, l'effettiva essenza e ragione giustificatrice di un'indagine quale quella oggetto della presente trattazione, nelle pagine che seguono l'attenzione sarà concentrata sull'analisi delle tipologie concettuali attraverso le quali prende vita il fenomeno della "contrattualità a finalità *lato sensu* successoria", alla luce dei limiti ordinamentali più ostici al pieno dispiegarsi dell'autonomia privata in ambito successorio.

In questa prospettiva, si cercherà di comprendere l'effettiva portata del divieto dei patti successori, nonché quali siano gli assetti di interessi contrastati dall'art. 458 cod. civ., in modo da riconoscere, sul piano pratico, i connotati dell'atto compatibile rispetto a quello incompatibile con la norma richiamata.

Sul piano teorico, risulterà significativo il confronto con il diverso approccio ai patti successori dell'ordinamento tedesco, ove è generalmente ammessa la figura del c.d. *Erbvertrag*.

In via di anticipazione, rispetto a quanto si verrà appresso articolando nel corso dell'esposizione, può dirsi che, all'esito del percorso argomentativo emergerà con evidenza, un "indebolimento" dell'art. 458 c.c. nel ruolo di limite applicativo nei riguardi dell'ammissibilità di contratti a finalità successoria.

Ciò non solo a causa dell'esistenza di figure che, seppur funzionalmente rivolti alla realizzazione di intenti *lato sensu* successori, non possano tuttavia considerarsi formalmente confliggenti con il suddetto disposto; ma, ancor di più, considerata l'apertura dell'ordinamento verso veri e propri negozi *mortis causa*, dichiarati espressamente leciti ed ammissibili ad opera di norme codicistiche.

A riguardo, risulterà particolarmente eloquente la considerazione che, le "rotture" più significative con i principi che governano il sistema successorio si registrino quando quest'ultimo si trovi a doversi confrontare con le dinamiche del mercato e gli interessi d'impresa.

Capitolo I

DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI VS ERBVERTRAG: ORDINAMENTO ITALIANO E TEDESCO A CONFRONTO

1. Il divieto dei patti successori nell'ordinamento italiano: considerazioni introduttive e terminologiche.

Approfondire la tematica dei contratti a finalità *lato sensu* successoria significa, inevitabilmente, doversi confrontare con la disposizione di cui all'art. 458 c.c, che sancisce il “*divieto dei patti successori*”, e che costituisce, a tutt'oggi, uno dei principali ostacoli al libero dispiegarsi della autonomia privata nell'ambito della pianificazione successoria.

La norma recita: “*Fatto salvo quanto disposto dagli artt. 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi*”.

Pur in presenza di tratti comuni, quali, in particolare, l'oggetto e la conseguenza “sanzionatoria” che l'ordinamento riserva a tutti i patti successori, è ricorrente, sia per ragioni derivanti dal tenore letterale della norma citata sia in relazione alla funzione che essi svolgono rispetto ad una successione non ancora aperta, la distinzione tra patti successori istitutivi (ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione), patti successori dispositivi (ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta), patti successori rinunciativi (o rinunzia ai medesimi).

Ai fini meramente classificatori, il patto successorio istitutivo è quello che può definirsi il vero e proprio contratto testamentario, cioè il contratto, avente come parti il futuro *de cuius* e il futuro erede o legatario, con cui il primo attua - in forma

pattizia, appunto -, una vera e propria disposizione dei propri beni, per il tempo in cui avrà cessato di vivere¹.

In altri termini, si tratta di un contratto *mortis causa*, con cui le parti convengono che una sarà erede dell'altra.

Il patto successorio dispositivo ha, invece, la diversa natura di un atto *inter vivos* mediante il quale un soggetto dispone non della propria successione, ma di diritti che potrebbero spettargli su una successione altrui non ancora aperta.

Il patto successorio rinunciativo è, anch'esso, un negozio *inter vivos*, mediante il quale un soggetto rinuncia a diritti che potrebbero spettargli sulla successione futura di un terzo.

Già da queste prime considerazioni si coglie, in tutta la sua evidenza, l'eterogeneità delle tre figure di patti successori.

I patti successori istitutivi, da una parte, sono posti in essere mediante l'impiego di un negozio a struttura contrattuale e hanno funzione indubbiamente *mortis causa*, al contrario di quanto deve affermarsi in merito ai patti successori dispositivi e rinunciativi, entrambi da ricondurre alla categoria degli atti *inter vivos*.

Risulta chiaro, sol che ci si soffermi sul profilo strutturale delle richiamate ipotesi, che legislatore ha inteso non vietare un certo schema negoziale, ma impedire un preciso risultato (negoziare successioni non ancora aperte), indipendentemente dallo strumento utilizzato per raggiungerlo².

Tanto è vero che la nullità comminata per i patti successori è stata definita “*sostanziale*”, in quanto volta a sanzionare qualunque atto che sia diretto a realizzare l'assetto di interessi considerato dal legislatore non meritevole di tutela.

Pertanto, sono patti successori vietati non solo quelli “*aventi per oggetto una vera e propria istituzione di erede, rivestiti della forma contrattuale, ma anche quelli che abbiano per oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad*

¹ Secondo la definizione di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

² CICU A., *Testamento*, Milano, 1969.

una successione non ancora aperta, e facciano sorgere un vinculum juris di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca un adempimento”³.

Si impone allora, la necessità di individuare quale sia lo scopo contrastato dalla norma in esame, in modo da poter riconoscere, sul piano pratico, i connotati dell'atto compatibile con l'art. 458 cod. civ. e poter, poi, apprezzare la concreta incidenza che tale disposto normativo ha sul fenomeno contrattuale a valenza successoria.

A tal proposito, occorre subito evidenziare che la sostanziale diversità intercorrente fra ognuna delle figure descritte all'art. 458 c.c. costituisce il riverbero di altrettanto diverse *rationes* sottese a ciascuno dei divieti suddetti.

Di qui, innanzitutto, l'esigenza di parlare di “*divieti*” al plurale, nonostante lo sforzo normativo di semplificazione profuso nel testo dell'art. 458 c.c. che, usando il termine al singolare, tende ad accomunare la sorte delle tre fattispecie suddette.

Del resto, è la stessa norma che, correggendosi, prosegue riferendosi ai “patti” successori, con ciò confermando di rivolgersi a una pluralità di figure diverse quanto a struttura e funzione. Tale eterogeneità finisce per coinvolgere, assai più in radice, lo stesso fondamento del divieto ivi contenuto. Tanto che, aderendo alla tradizione civilistica più moderna, appare più corretto parlarsi non di “*ratio*” del divieto, ma, al plurale, di “*rationes*”.

³ V. Cass. 1971 n.2477: “I patti successori vietati, sono da un lato quelli aventi per oggetto una vera e propria istituzione di erede, rivestiti della forma contrattuale e dall'altro quelli che abbiano per oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, e facciano sorgere un *vinculum juris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca un adempimento”; Cass. 1979 n.2228: “La nullità dei patti successori é comminata dall'art 458 cod civ, al fine di conservare al testatore la libertà di disporre dei propri beni per tutta la durata della sua vita; ne consegue che una convenzione é qualificabile come patto successorio solo se attui la trasmissione di diritti relativi a una successione non ancora aperta e faccia sorgere un *vinculum iuris*, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento”.

2. Il fondamento giustificativo dei “divieti” di patti successori.

La produzione scientifica che si è occupata della materia dei patti successori è copiosa e variegata quanto alle ragioni di politica del diritto che si ritiene abbiano giustificato il disposto imperativo in esame.

Secondo l'opinione tradizionale, che tende a ridurre il divieto in parola ad un'unica matrice, esso trarrebbe fondamento dall'essere i patti successori convenzioni dirette a determinare il destino di un bene di origine ereditaria rispetto ad una successione non ancora aperta, funzione che invece il nostro ordinamento giuridico riserva esclusivamente al testamento. Essendo quest'ultimo il solo atto *mortis causa* ammesso dalla legge a disciplinare situazioni che si perfezioneranno dopo ed in ragione della morte del testatore, ogni altro atto giuridico che ambisca a raggiungere, per altra via, il medesimo risultato, o risultati comparabili, non può che essere respinto⁴.

Stando ad altra ricostruzione, la *ratio* di tutte e tre le figure di patto successorio troverebbe un fondamento di ordine morale e, cioè, andrebbe ricercata indistintamente nell'esigenza di evitare il ricorrere del c.d. *votum corvinum* o *votum captandae mortis*, vale a dire l'intimo e celato desiderio dell'altrui morte.

Un'altra impostazione sottolinea, invece, l'opportunità di non generalizzare il contenuto dei divieti di cui all'art. 458 c.c., essendo diversi gli interessi che la norma protegge, in relazione alle tre tipologie di patti proibite dal testo normativo.

Come si è già sottolineato, infatti, nonostante sia unica ed unitaria la previsione normativa⁵, pare impossibile ridurre ad una categoria unitaria il divieto dei

⁴ Cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002; REALMONTE F., *Autonomia privata e successioni a causa di morte*, in A. Belvedere, C. Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, 2001.

⁵ Segnalano la pluralità di *rationes* e l'irriducibilità ad unità del divieto dei patti successori fra gli altri CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980; TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in Riv. dir. civ., 1970; AZZARITI A., *Successione testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, UTET, 1971; ID., *Successioni e donazioni*, Cedam, 1979, 10 ss.; FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1977; DE GIORGI M.V., *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982; ID., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; BIANCA C. M., *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, 2001;

patti successori. Pertanto, vi è necessità di considerare ed analizzare distintamente i tre divieti, procedendo parimenti ad un esame che tenga conto delle differenti *rationes* sottese a ciascuno di essi.

2.1. Il divieto di patti istitutivi.

L'indagine sulle ragioni di politica legislativa sottese ai divieti di patti successori, non può che muovere dall'analisi delle ragioni giustificatrici del divieto di patti successori istitutivi, i soli per i quali la dottrina e la stessa relazione al codice danno una sufficiente spiegazione.

Il patto istitutivo, come suggerisce il lemma, è una convenzione per mezzo della quale viene istituito un erede o un legatario ed è nullo nella misura in cui esso ricopre la medesima area funzionale del testamento⁶.

Al riguardo, sul piano tecnico giuridico, la dottrina individua il fondamento del relativo divieto in un principio di tipicità delle fonti di delazione, cioè nell'intento del legislatore di circoscrivere la provenienza della delazione ereditaria alle sole fonti legale e testamentaria.

Secondo questa ricostruzione, dunque, l'esclusione della delazione di origine contrattuale, sarebbe necessario corollario del sistema duale di delazione successoria imposto dall'art. 457 cod. civ., che, con la lapidaria disposizione “*delazione*

GAZZONI F., *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. Not.*, 2001; CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006; BALESTRA L., MARTINO M., *I patti successori*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009.

⁶ L'affermazione è comune in dottrina. Cfr. in particolare P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in ID. (a cura di) *Successioni e donazioni*, Cedam, 1994, 10; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit.; ID., *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 232 ss.; L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, Laterza, 1962, 246 ss.; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, diretto da F. Vassalli, UTET, 1977. Altrettanto comune in dottrina è la precisazione che la nozione di patto successorio si adatti anche alle convenzioni aventi ad oggetto l'assunzione dell'obbligo di istituire eredi in un futuro testamento, che costituisce adempimento del patto vietato (c.d. patto successorio obbligatorio).

dell'eredita può aver luogo solo per legge o per testamento”, non lascerebbe alcuno spazio alla possibilità di una terza ipotesi di delazione convenzionale.

Bisogna riconoscere, però, che così ricostruito, il divieto enunciato dall'art. 458 altro non sarebbe che la logica conseguenza dell'articolo che precede, i cui motivi di fondo continuerebbero a rimanere inspiegati.

Il rischio, in questo caso, è di incappare nel classico circolo vizioso del “serpente che si morde la coda” e ridurre l'indagine in oggetto alla affermazione tautologica che “i patti successori istitutivi sono vietati sulla base del principio di tipicità delle fonti di delazione; le fonti di delazione sono tipiche perché i patti successori istitutivi sono vietati”⁷.

Allo stesso modo, nessuna utilità ai fini del discorso potrebbe essere apportata dal tentativo di fondare il divieto dei patti istitutivi sulla esigenza di sfuggire al pericolo del *votum corvinum*, atteso che, come è stato osservato in dottrina, non sconosciuti al nostro sistema civilistico, istituti del tutto leciti in cui l'acquisto di un diritto (o la naturale espansione del medesimo) sono diretta conseguenza della morte di un soggetto terzo rispetto al beneficiario finale del diritto⁸.

Pertanto, sembra portare a soluzioni più appaganti impostare il calibro della ricerca tenendo conto dei caratteri intrinseci ed insopprimibili del negozio testamentario.

In quest'ottica, nell'esame del fondamento del divieto di patti istitutivi, la dottrina prevalente sembra orientata nel senso di rintracciare la motivazione a fondamento del divieto di patti istitutivi, nel carattere della libera e piena revocabilità

⁷ DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

⁸ Un lampante esempio di tale fenomeno si riscontra nell'usufrutto. Vero è che l'espansione del diritto di proprietà in capo al nudo proprietario avviene per effetto di legge e non a titolo di successione a causa di morte, ma comunque ciò si verifica pur sempre in seguito al decesso dell'usufruttuario, potendosi plausibilmente ravvisare la possibilità che il nudo proprietario riponga non encomiabili speranze sull'evento dell'altrui morte.

Analoghe osservazioni possono essere svolte con riguardo alle posizioni, rispettivamente, del soggetto obbligato alla corresponsione di una rendita vitalizia (artt. 1872 e 1873 c.c.), o del soggetto beneficiario di un'assicurazione sulla vita a favore del terzo (art. 1920 c.c.). Tali rilievi sono fatti propri, tra gli altri, da F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992.

*usque ad mortem*⁹ del negozio, in cui si declina il più ampio principio di personalità del testamento.

In virtù di tale principio la volontà del *de cuius* deve potersi formare spontaneamente e liberamente, senza dover tener conto di eventuali interessi che, per definizione, il contratto è chiamato a contemperare.

In questa prospettiva, si è detto, le ragioni del divieto andrebbero ricercate nell'esigenza di tutelare la libertà del *de cuius* di disporre della propria successione per testamento, nonché di ritornare sui propri passi, revocando le disposizioni in esso contenute, fino al suo ultimo istante di vita.

Tale libertà non collima, evidentemente, con la caratteristica irrevocabilità dello strumento contrattuale¹⁰.

Non si può negare, infatti, che il contratto avente ad oggetto una delazione ereditaria, per la sua natura bilaterale, priverebbe il futuro dante causa di ogni potere di ripensamento¹¹.

Tale rilievo sicuramente non è suscettibile di smentita, ma, si è osservato, l'irrevocabilità è caratteristica solo naturale, non anche essenziale del contratto.

Se fosse questo il solo motivo di ostacolo alla generalizzata ammissibilità, nel nostro ordinamento, della figura del contratto ereditario, esso sarebbe facilmente superabile, sol che si prevedesse pattiziamente un diritto di revoca a vantaggio del disponente¹².

⁹ FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1977.

¹⁰ Cfr. art. 1372 c.c.: "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso" o per cause ammesse dalla legge.

¹¹ Le considerazioni svolte valgono anche per il patto istitutivo ad efficacia meramente obbligatoria, con il quale ci si impegna ad istituire taluno proprio erede o legatario dell'universalità o di una quota, ovvero di singoli beni, del patrimonio ereditario.

¹² DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, voll. I e II, Milano, 2002.

In altri termini, dovrebbe ritenersi pacificamente ammesso un negozio contrattuale tra vivi ed avente funzione successoria, qualora fosse espressamente pattuita una clausola di revocabilità *ad nutum* ad opera del disponente.

In contrario, è facile rilevare che lo stesso art. 458 c.c., nel vietare i patti istitutivi, non distingue minimamente a seconda che si tratti di patti istitutivi revocabili ovvero irrevocabili, il che è sufficiente perché si possa concludere che entrambe le figure ricadano nel divieto *de quo*.

Inoltre, non può tacersi del fatto che, un patto istitutivo congegnato come atto tra vivi con patto di libera revocabilità *ad nutum* in capo all'ereditando, si rivelerebbe assai aleatorio e poco appetibile per il futuro erede (o legatario) contrattuale.

Quest'ultimo, infatti, a fronte dell'istantanea e - da parte sua - irretrattabile accettazione, nonché verso la corresponsione, eventualmente, di un corrispettivo a favore dell'ereditando, si troverebbe esposto inevitabilmente al capriccioso, ma pur sempre legittimo, ripensamento altrui; il tutto a discapito della stabilità degli assetti negoziali.

Constatata l'illiceità in cui impinge la figura del contratto successorio, sia pure liberamente revocabile, ci si accorge come il principio di libera revocabilità degli atti *mortis causa* non sia, da solo, sufficiente a giustificare il divieto dei patti istitutivi, ma occorre spingere oltre l'indagine, verso la considerazione combinata di ulteriori caratteri pregnanti del negozio testamentario, quali la spontaneità, l'unipersonalità e la non recettività.

L'attenzione deve porsi innanzitutto sulla *spontaneità* del negozio testamentario, che quale atto assolutamente istintivo, non tollera, in sede di formazione della volontà, interferenze o pressioni psicologiche ad opera di terzi.

Strettamente connesso a tale elemento, di per sé non decisivo e risolutivo, è il carattere della *unipersonalità*, che attribuisce centralità alla volontà del testatore, la sola alla quale fare riferimento, in sede di interpretazione, per la disciplina del fenomeno successorio.

In particolare, un'attenta dottrina ha ritenuto che una delle *rationes* del divieto dei patti istitutivi riposi nel diverso peso riconosciuto, da un lato, alla volontà del disponente, e dall'altro, all'affidamento della controparte.

Una cosa è che si abbia riguardo al testamento, negozio unilaterale ed unipersonale per antonomasia, in cui il disponente assume il ruolo di *dominus* indiscusso; altra cosa è avere riguardo ad un contratto bilaterale tra vivi, in cui alla volontà del disponente si sovrappone quella della controparte.

In definitiva, le regole testamentarie fanno prevalere sul principio dell'affidamento quello della volontà: il divieto dei patti istitutivi esprime l'esigenza, fatta propria dall'ordinamento italiano, di assicurare alla volontà del testatore un "diritto di esclusiva"¹³ sia nella fase genetica di formazione dell'atto a causa di morte, sia in quella successiva di interpretazione, negando *ab origine* qualsiasi rilevanza e qualsivoglia protezione giuridica all'affidamento della controparte beneficiaria.

In ultima analisi, viene in considerazione il carattere della non recettività del negozio testamentario, che conferma il riconoscimento della signoria assoluta alla volontà solitaria dell'ereditando, e spiega anche il perché, nell'ottica dell'ordinamento italiano, il sistema ripugni, oltre ai contratti successori tra due o più soggetti, anche i negozi unilaterali istitutivi diversi dal testamento: questi ultimi, in quanto recettivi¹⁴, postulerebbero una considerazione, sia pure minima, dell'affidamento della controparte.

Alla luce delle considerazioni svolte, si capiscono i motivi che devono portare ad escludere, nel nostro ordinamento, l'ammissibilità di qualsivoglia negozio, unilaterale o contrattuale, revocabile o irrevocabile che essi sia, diverso da quello testamentario.

Più in particolare, non è dato poter immaginare la configurabilità, sia pure in astratto, di un contratto successorio istitutivo, che abbia natura irrevocabile, e che

¹³ L'espressione è ripresa da CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in AA. VV., *Successioni e donazioni* (a cura di P. RESCIGNO), Padova, 1994.

¹⁴ CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006.

impedisca altresì allo stesso disponente di disporre, successivamente, del medesimo bene oggetto della stipulazione, sia *inter vivos* che *mortis causa*, ricalcando il modello tedesco di *Erbvertrag*¹⁵.

2.2. Il divieto di patti dispositivi.

Prima di procedere, nello specifico, nell'analisi dei fondamenti giustificativi del divieto dei di patti successori dispositivi, occorrono due precisazioni.

La prima: è un dato comune ad entrambe la categorie di patti dispositivi e rinunciativi che, a differenza dei patti successori istitutivi, essi non sono contratti *mortis causa*¹⁶. Di conseguenza, nell'individuare le ragioni giustificative dei relativi divieti, è opportuno muovere da riflessioni diverse da quelle che hanno riguardato il divieto dei patti successori istitutivi.

Mentre, come si è detto, al divieto dei patti istitutivi viene riconosciuto generalmente il ruolo di presidio a valori fondanti del nostro diritto ereditario, di contro, non sembra che il legislatore abbia voluto porre il divieto dei patti dispositivi e rinunciativi a salvaguardia dell'assetto complessivo assegnato al sistema circolatorio dei diritti a causa di morte, non interferendo essi con la devoluzione *mortis causa* dei beni del *de cuius*.

La seconda precisazione riguarda il diverso impatto che i singoli divieti - quello dei patti dispositivi e quello dei patti rinunciativi - hanno rispetto al fenomeno successorio, per cui è bene procedere in modo distinto per ciascuna delle due categoria, posto che diverse sono le *rationes* sulle quali sembra poggiare la scelta normativa di vietarli.

¹⁵ Sull'istituto dell'*Erbvertrag*, si rinvia al più ampio approfondimento nel prosieguo della presente trattazione.

¹⁶ L'affermazione è pacifica in dottrina e in giurisprudenza. Cfr. Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, in Riv. not., 2001, 227, con nota di GAZZONI F., *Patti successori: conferma di una erosione*, in Riv. Not., 2001; Cass. 3 marzo 2009, n. 5119, in Giust. civ., I, 1261 e in Not., 2009, 662 con nota di LIGOZZI M.T., *Sulla presunta erosione del divieto dei patti successori*, nota a Cass. Civ., Sez. II, 3 marzo 2009, n. 5119, in Notariato, 2009.

Venendo, dunque, al divieto dei patti successori dispositivi, se è opinione pressoché pacifica in dottrina che esso non sia previsto per l'esigenza di evitare il c.d. *votum corvinum* o *votum captandae mortis*, si discute, tuttavia, su quali siano effettivamente le relative ragioni giustificative.

È ricorrente l'affermazione¹⁷ secondo cui il divieto in esame troverebbe ragione nella preoccupazione di dare protezione a soggetti inesperti e prodighi, inclini a compiere atti avventati, privandosi in via definitiva di diritti su una successione futura¹⁸, di cui non è possibile apprezzare l'effettiva consistenza al momento della prestazione del consenso.

In contrario, una simile conclusione non farebbe altro che moltiplicare i dubbi, posto che, non può farsi a meno di osservare come il pericolo di prodigalità sia comune a tutti i negozi su beni futuri o, comunque, non appartenenti a chi dei medesimi dispone, eppure il codice reagisce in modo diverso rispetto ad essi, a seconda dei casi.

Infatti, se da un lato vieta espressamente la donazione di cosa futura (art. 771 c.c.)¹⁹, dall'altro appresta un'apposita disciplina per la vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.) e per la vendita di cose future (art. 1472 c.c.).

Potrebbe concludersi, allora, che il divieto di patti dispositivi di cui all'art. 458 c.c. (insieme al divieto di cui all'art. 771 c.c.) altro non sia che una deroga espressa nei confronti del principio generale di negoziabilità a titolo oneroso di diritti futuri sancito dall'art. 1348 c.c. e di cui gli artt. 1478 e 1472 c.c. costituiscono espresse specificazioni. Ma detto ciò, nulla si aggiungerebbe all'analisi in oggetto.

¹⁷ Si veda, in particolare: M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 71 ss.

¹⁸ Per la qualificazione del patto dispositivo come contratto avente ad oggetto cose future DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976. Qualifica invece i patti dispositivi come contratti aventi ad oggetto cose altrui CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Trattato del Contratto a cura di V. Roppo*, VI, Giuffrè, 2006.

¹⁹ Corre l'obbligo di precisare che, secondo orientamento consolidato, sono beni futuri ai sensi della norma di cui all'art. 771 co. 1 c.c., non solo quelli attualmente inesistenti *rerum naturae*, ma anche i beni attualmente altrui, poiché quest'ultimi, al momento, non si trovano comunque nel patrimonio del soggetto donante. In questo senso, *amplius*, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, voll. I e II, Milano, 200.

Inoltre, si presenterebbe un problema di coordinamento tra la vendita di cosa altrui e il divieto dei patti successori dispositivi in quanto, in astratto, chiunque vende un bene altrui, potrebbe essere considerato potenziale successore *mortis causa* di quest'ultimo e, pertanto, in linea di principio è sempre possibile incappare nella sanzione di nullità di cui all'art. 458 c.c.²⁰.

In altri termini, non si spiegherebbero i motivi per cui lo stesso contratto avente ad oggetto una cosa altrui, debba ritenersi nullo oppure valido, a seconda che le parti abbiano o meno considerato l'oggetto dello stesso come entità facente parte di una futura successione²¹.

Deve accettarsi, pertanto, l'idea che il fondamento del divieto dei patti dispositivi sia da ricercare altrove.

Significativi spunti di riflessione sono offerti dallo studio dell'argomento in relazione all'ordinamento tedesco, considerato che, nel suddetto contesto normativo, in cui è generalmente ammessa la figura del patto successorio, i patti dispositivi sono gli unici patti successori espressamente vietati, per ragioni di carattere etico-morale.

Si considera immorale²² utilizzare l'evento della morte come presupposto di un atto negoziale e, dunque, come occasione di speculazione ed opportunità economica.

²⁰ Cfr. CILLO C. - D'AMATO A.- TAVANI G., "*Dei singoli contratti*", vol. I, in Manuale di applicazioni pratiche dalla lezioni di Guido Capozzi, Giuffrè, Milano, 2005.

²¹ Secondo la giurisprudenza di legittimità si ha patto successorio dispositivo, vietato dall'art. 458, quando l'oggetto del contratto sia stato considerato dalle parti come compreso in una futura successione; si ha invece un valido contratto di compravendita di cosa altrui quando, secondo la comune intenzione delle parti, il contratto debba produrre l'immediato effetto obbligatorio, suscettibile di immediata esecuzione, di vincolare il venditore a procurare al compratore l'acquisto del bene venduto; in tale ipotesi la vendita non è nulla e l'effetto reale si verifica automaticamente quando, alla morte del proprietario, il bene passi *iure hereditatis* al venditore che non aveva adempiuto l'obbligo di acquisto della proprietà su di lui ricadente *ex contractu*. Analogamente, in dottrina è stato osservato che il criterio discrezionale tra patto successorio dispositivo e vendita di cosa altrui consiste nel determinare se, nella comune intenzione delle parti, il bene oggetto del contratto sia stato considerato proprio in quanto facente parte di una futura eredità, non essendo sufficiente che il bene faccia obiettivamente parte di una futura eredità. Ciò che conta, insomma, è stabilire se la vendita debba produrre l'effetto obbligatorio suscettibile di immediata esecuzione. In questo senso: FERRI L., Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli, 1977 e IEVA M., I fenomeni c.d. parasuccessori, in Successioni e donazioni, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994.

²² Cfr. in particolare: DE GIORGI, *I patti*, cit.

Lo stesso giudizio di immoralità e riprovevolezza può ritenersi idoneo a far luce, anche nel nostro ordinamento, sui motivi del divieto dei patti dispositivi, che può dirsi parimenti fondato sui principi della centralità e del rispetto della vita umana e finalizzato a impedire la “contabilizzazione” della futura morte di un uomo.

Non appare superflua una precisazione sulla sottile ma rilevante differenza tra la *ratio* ivi accolta e quella del pericolo del *votum captandae mortis alterius*, che nelle pagine precedenti della presente trattazione si è preferito scartare.

Come in dottrina è stato acutamente osservato²³, mentre nella *ratio* del pericolo di *votum corvinum* si coglie l'intento di scongiurare il compimento di atti in conseguenza dei quali possano insorgere non encomiabili speranze sull'evento dell'altrui morte, nella *ratio* che qui si accoglie si vuole evitare che vengano posti in essere atti sorretti da un sentimento di immorale e irrispettosa considerazione del valore della vita umana, ridotta a mero presupposto di sprezzante speculazione.

2.3. Il divieto di patti rinunciativi.

Quanto, infine, ai patti successori rinunciativi, emerge che, anche in questo caso ed anzi con maggiore evidenza, la *ratio* del *votum corvinum* non può in alcun modo servire a spiegare il fondamento del relativo divieto.

Infatti, non sembra affatto che la rinuncia a diritti che possono spettare su una futura successione, in modo da determinarne l'acquisto in favore di altro successibile, possa, di per sé, considerarsi offensiva del comune sentimento verso l'altrui morte.

Innanzitutto, perché manca un soggetto direttamente beneficiario dei diritti rinunciati, posto che la rinuncia è atto unilaterale, con valenza meramente dismissiva e abdicativa.

²³ CACCAVALE C., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa, nei Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.

Inoltre, l'assenza di un corrispettivo²⁴ a favore del rinunciante, esclude a monte il rischio di una immorale speculazione sull'altrui morte.

Anzi, verosimilmente, la rinuncia in esame potrebbe celare, la rispettabile intenzione di disinteressarsi dei vantaggi economici che dalla morte di una persona potrebbero derivare al rinunciante.

Pare che possa tornare utile allo scopo il richiamo alla esigenza di evitare atti avventati di prodigalità aventi ad oggetto beni che si prevede di ereditare, ma di cui attualmente non si conosca esattamente l'entità.

È opinione condivisa in dottrina²⁵, che il divieto di patti rinunciativi sia strettamente connesso con il divieto di rinuncia preventiva all'azione di riduzione²⁶, di cui all'art. 557 c.c., tanto da costituire, insieme, “due facce della stessa medaglia”.

Entrambi i divieti, infatti, esprimono lo stesso principio giuridico di tutela del futuro erede contro la possibilità di atti non adeguatamente ponderati.

Inoltre, è opinione condivisa in dottrina che il patto rinunciativo si ponga in rapporto di *species* rispetto al più ampio genere della donazione di bene futuro (vietata ex art. 771 co. 1 c.c.), concludendo, in ordine alla *ratio* giustificativa del divieto in esame, che questa sia parimenti da ravvisare nell'esigenza di evitare avventate prodigalità.

Vero è che, a differenza della donazione, la rinuncia in esame non produce effetti diretti a favore di terzi, ma, non vi è dubbio che questi ultimi ricevano comunque, di riflesso, un vantaggio patrimoniale, per di più senza alcun corrispettivo.

²⁴ Se vi fosse un corrispettivo, si ricadrebbe nella diversa ipotesi di patto dispositivo.

²⁵ Si vedano, per tutti, CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 200 e CACCAVALE C., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa, nei Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.

²⁶ Art. 557 c.c. : “ *La riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa. Essi non possono rinunciare a questo diritto, finché vive il donante, ne' con dichiarazione espressa, ne' prestando il loro assenso alla donazione. (...)*”.

Portando il ragionamento alle sue estreme conseguenze, si è anche affermato²⁷ che, qualora i patti successori rinunciativi non fossero stati vietati dall'art. 458 c.c., i medesimi sarebbero risultati comunque nulli per effetto della applicazione analogica del generale divieto di donazione di beni futuri.

²⁷ C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006.

3. Criteri di individuazione del patto successorio.

Nella ricerca dei possibili strumenti negoziali alternativi al testamento riveste importanza essenziale la corretta e puntuale precisazione dei criteri di carattere generale che consentano, di fronte a un negozio giuridico “sospetto” di essere qualificato come patto successorio, di verificarne la validità alla luce del disposto dell’art. 458 c.c.

La giurisprudenza, chiamata (anche se non frequentemente) a pronunciarsi in materia²⁸, è intervenuta a delineare gli elementi “indicatori” della ricorrenza di un patto successorio, disponendo in un “pentologo” i seguenti rivelatori: 1) specifica finalità della pattuizione di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi a una successione non ancora aperta; 2) considerazione della cosa o dei diritti formanti oggetto della convenzione come entità di una futura successione; 3) intenzione del promittente di provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi dello *jus poenitendi*; 4) considerazione dell’acquirente come avente diritto alla successione stessa; 5) circostanza che il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato²⁹.

²⁸ V. Cass. 16 febbraio 1995, n. 1683 e Cass. 22 luglio 1971 n. 2404, poi pedissequamente ripresa da Cass. 16 febbraio 1995 n. 1683, la quale, con riferimento ai diversi tipi di patti successori ha affermato che “per poter stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatorio di nullità di cui all’art. 458 c.c. occorre accertare: 1) se il vinculum iuris con esso creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto del negozio siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello *jus poenitendi*; 4) se l’acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e cioè a titolo di eredità o di legato”.

Ha affermato, inoltre, che “in applicazione del principio utile per inutile non vitiatur, la nullità del patto successorio non determina la nullità di tutto il contratto nel quale esso sia inserito, ove non risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella clausola”.

La suddetta affermazione è stata fatta propria anche da Cass 16 febbraio 1995, n. 1683, in Notariato, 1995, p. 552 con nota di CACCAVALE.

²⁹ V. Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683 che ha preso in analisi una convenzione (scrittura privata) con la quale Tizia prometteva di vendere al figlio naturale del marito Caio la quota indivisa di 2/9 della nuda proprietà di

Tale elaborazione giurisprudenziale, pur avendo il pregio di aver provveduto ad individuare parametri fissi ai fini della distinzione teorica tra fattispecie valide e modelli invalidi ai sensi dell'art. 458 c.c., tuttavia non ha risolto i problemi sul piano pratico, ove è operazione non sempre facile stabilire quando sia applicabile o meno il divieto in esame.

A ciò si aggiunga che, pur restando fermi i suddetti criteri, la stessa giurisprudenza³⁰ ha adottato orientamenti e soluzioni altalenanti, svolgendo spesso

un immobile; la stipulazione notarile, poiché la quota indivisa faceva parte della maggiore quota posseduta da Tizia in regime di comunione legale con Caio, doveva avvenire entro e non oltre sei mesi dal momento in cui la quota sarebbe stata in piena disponibilità della promittente venditrice. La Suprema Corte ha escluso l'esistenza di un patto successorio dispositivo, atteso che Tizia non si era impegnata a vendere beni facenti parte dell'eredità di Caio, la cui morte non era dunque causa dell'acquisto di quei beni, ma segnava solo il momento della loro libera disponibilità.

E v., da ultimo, Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, in Riv. not., 2001, II, p. 227: "Ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c., nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura eredità a titolo di erede o legatario. Tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento. Conseguentemente, deve essere esclusa la sussistenza di un patto successorio quando tra le parti non sia intervenuta alcuna convenzione e la persona della cui eredità trattasi abbia solo manifestato verbalmente all'interessato o a terzi l'intenzione di disporre dei suoi beni in un determinato modo, atteso che tale promessa verbale non crea alcun vincolo giuridico e non è quindi idonea a limitare la piena libertà del testatore che è oggetto di tutela legislativa." La decisione è annotata da GAZZONI F., Patti successorii: conferma di una erosione, in Riv. Not., 2001.

³⁰ Quanto alla giurisprudenza di merito si vedano: Trib. Napoli, Sez. VI civ., 30 giugno 2009 ha affermato che non costituisce patto successorio vietato l'accordo con cui i genitori che, senza ricevere alcun personale vantaggio, ripartiscono i loro beni tra i figli in maniera tale da assicurare la parità di trattamento degli stessi; Trib. Biella, 27 novembre 2007 dichiara in materia di società di persone, la nullità di una clausola che dispone che in caso di decesso di un socio gli eredi abbiano diritto alla liquidazione della quota al valore nominale in quanto una tale clausola "si sostanzia in un accordo reciproco tra soci sull'ammontare del valore da attribuire in sede di liquidazione della quota agli eredi in caso di morte di ciascuno dei soci" e in questo modo "i soci limitano reciprocamente la loro libertà testamentaria, perché dispongono del valore della loro quota – bene che cade in successione – per il tempo della loro morte, attribuendo agli eredi una quota fissa e lasciando alla società quanto resta". Tale accordo avrebbe quindi "tutti i requisiti di un patto successorio istitutivo"; Trib. Terni, 13 settembre 2007, n. 712 (in Corr. merito, 2008, 307 ss., con nota di G. Vecchio, Due testamenti uguali, reciproci, redatti in simultanea sul medesimo foglio, non integrano il divieto ex art. 589 c.c.) si è occupato del caso di due coniugi che avevano redatto i loro testamenti olografi sulla stessa pagina di un foglio uso bollo, istituendosi reciprocamente eredi universali concludendo che la loro identità, contestualità e reciprocità non avrebbe comunque consentito, "in mancanza di prove specifiche idonee", di ritenere che gli stessi fossero stati redatti in esecuzione di un preciso vincolo giuridico.

percorsi argomentativi non univoci nell'affrontare il problema della qualificazione di un accordo come patto successorio.

In alcuni casi, la Suprema Corte ha esaminato e risolto in termini di nullità singole fattispecie.

Così, ad esempio, è stato affermato che costituisce un patto successorio vietato l'atto con il quale due soggetti acquistano in comune la proprietà di un immobile con contestuale pattuizione che la quota ideale di comproprietà di ciascuno debba successivamente pervenire a chi sopravviva, in quanto quest'ultimo acquisterebbe l'altra quota non dall'originario venditore, che l'aveva già alienata al soggetto premorto, ma direttamente dal medesimo, al di fuori delle prescritte forme di successione *mortis causa*³¹.

In altri casi, la giurisprudenza è stata meno rigorosa mostrando di recepire gli orientamenti più liberali della dottrina.

In particolare, la Suprema Corte ha confermato la natura autonoma del diritto acquistato dal beneficiario di un'assicurazione sulla vita ai sensi dell'art. 1920 c.c. e la mancanza in detta fattispecie della "*connotazione tipica del negozio mortis causa, e cioè la manifestazione della volontà di disporre, a favore dei propri eredi, di un bene del quale si presupponga l'appartenenza - presente o futura - al proprio patrimonio*"³²; ha stabilito che "*la clausola c.d. di continuazione automatica prevista nell'atto costitutivo di società in accomandita semplice*³³ - in forza della quale gli eredi del socio accomandante defunto subentrano, per intero, nella posizione giuridica del loro dante causa entro la compagine sociale, a prescindere da ogni loro

³¹ Cass. 18 agosto 1986 n. 5079.

³² Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in Riv. Not., 1996, 1490.

³³ In materia societaria in generale la valutazione della contrarietà all'art. 458 cod. civ. delle clausole statutarie di predisposizione successoria è particolarmente liberale da parte della giurisprudenza: Cass. 18 dicembre 1995, n. 12906, in Giust. civ., 1996, I, 2647; Foro it., 1997, I, 558, Vita not., 1996, 899; Giur. it., 1996, I, 1, 1356; Cass. 16 aprile 1994, n. 3609, in Giur. comm., II, 1996, 217 e Giust. civ., I, 1995, 1063 e Società, 1994, 1185 e Vita not., 1994, 1381 e Giur. it., I, 1995, 1, 1334 e in Riv. dir. comm., II, 1995, 17.

*manifestazione di volontà – non contrasta con l’art. 458 c.c., per non essere essa riconducibile allo schema tipico del patto successorio*³⁴.

E ancora che “*la clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti di una società di capitali, in caso di morte di uno di essi, il diritto di acquistare dagli eredi del de cuius le azioni già appartenute a quest’ultimo e pervenute iure successionis agli eredi medesimi, non viola il divieto di atti successori di cui all’art. 458 c.c., in quanto il vincolo che ne deriva a carico reciprocamente dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria e dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi, con la conseguenza che la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l’opzione per l’acquisto suddetto, senza che ne risulti incisa la disciplina legale della delazione ereditaria o che si configurino gli estremi di un patto di consolidazione delle azioni fra soci, caratterizzandosi, invece, la clausola soltanto come atto inter vivos, non contrastante, in quanto tale, neanche con la norma dell’art. 2355 comma 3 c.c. che legittima disposizioni statutarie intese a sottoporre a particolari condizioni l’alienazione delle azioni nominative*”³⁵; ha affermato che “*la clausola della polizza di assicurazione contro gli infortuni, che prevede l’intrasmissibilità agli eredi dell’assicurato del diritto all’indennità per invalidità permanente non ancora liquidata od offerta alla morte di quest’ultimo, non integra un patto successorio vietato perché non assegna preventivamente ed irrevocabilmente a terzi, con il contratto di assicurazione, beni o diritti facenti parte dell’eredità dell’assicurato, né dispone (o rinuncia) ai diritti che potrebbero derivare da una successione, ma circoscrive solo l’operatività della polizza, con riguardo ai soggetti beneficiari, segnando il momento finale ed estintivo dell’obbligazione assunta dall’assicuratore in modo da conferire un carattere personale*

³⁴ Cass., 18 dicembre 1995, n. 12906, in Giust. civ., 1996, I, 2647; Foro it., 1997, I, 558, Vita Not., 1996, 899; Giur. It., 1996, I, 1, 1356.

³⁵ Cass., 16 aprile 1994, n. 3609, in Giur. comm., 1996, II, 217; Giust. civ., 1995, I, 1063; Società, 1994, 1185; Vita Not., 1994, 1381; Giur. It., 1995, I, 1, 1334; Riv. Dir. Comm., 1995, II, 17.

*all'indennità*³⁶; ha stabilito che “*non incorre nel divieto dei patti successori, né importa esclusione dell'aleatorietà, il contratto con cui il vitalizio, a fronte delle prestazioni, anche non patrimoniali, del vitalizante: a) differisca il trasferimento a quest'ultimo dei beni alla propria morte; b) lo subordini alla condizione risolutiva della sopravvenienza di una situazione di assoluta necessità di alienare in tutto o in parte i beni promessi; c) riconosca, in tal caso, al vitalizante un compenso adeguato alle prestazioni già effettuate*”³⁷.

In definitiva, le decisioni che hanno qualificato un contratto come patto successorio non sono molto numerose e sono sempre meno ricorrenti, soprattutto nella giurisprudenza più recente, a riprova del fatto che la giurisprudenza, dimostrandosi sensibile al disagio che la comunità esprime nei confronti di questo divieto³⁸, dimostra una crescente tendenza a privilegiare un atteggiamento di prudenza nell'interpretazione dell'art. 458 cod. civ.

³⁶ Cass., 23 aprile 1992, n. 4912, in Giust. Civ., 1993, I, 727; Giur. it., 1993, I, I, 378; Giur. it., 1994, I, 1, 1087; Vita not., 1995, 135.

³⁷ Cass., 11 novembre 1988, n. 6083, in Foro It., 1989, I, 1163; Riv. Not., 1989, 647.

³⁸ BERTINO L., *I patti successori nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2003, sostiene che sarebbe in corso un'opera di progressivo inserimento per via giurisprudenziale di una disciplina permissiva in materia di patti successori nonostante il permanere formale del divieto.

4. L'emersione della categoria degli "strumenti alternativi al testamento": precisazioni in tema di negozi *inter vivos*, *mortis causa*, *post mortem* e *trans mortem*.

Prima di poter procedere nella operazione di valutazione circa la validità o meno, nel nostro ordinamento, di forme di attribuzione alternative rispetto al testamento è necessario intendersi sulla distinzione tra atti *inter vivos* e *atti mortis causa*.

Non è del tutto corretta, e rischia di essere fuorviante, la tradizionale definizione degli atti *inter vivos* in contrapposizione a quelli *mortis causa*, qualora la si intenda riferita esclusivamente al piano della struttura negoziale, in quanto il negozio *mortis causa* non necessariamente si caratterizza rispetto al negozio *inter vivos* per un profilo strutturale di per sé distinto.

Infatti, mentre la qualifica di "atto *inter vivos*" si presta ad evidenziare un profilo prettamente strutturale (nel senso di negozio bilaterale oppure plurilaterale di matrice contrattuale), la qualifica di "atto *mortis causa*" assume una valenza funzionale, anziché strutturale, descrivendo l'intento empirico del disponente di regolamentare la sorte del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere, senza che prima di tale momento sia dato riscontrare alcun effetto prodromico o preliminare di sorta³⁹.

³⁹ L'atto *mortis causa* risulta avere una connotazione duplice: a) dal punto di vista "soggettivo", occorre che il beneficiario dell'attribuzione risulti in vita al momento della morte del disponente, essendo pertanto necessaria la sua sopravvivenza a quest'ultimo; b) sotto il profilo "oggettivo", ulteriormente, l'oggetto dell'attribuzione deve identificarsi in un'entità commisurata al tempo della morte dell'attribuente (c.d. quod superest), che prima dell'evento morte non può essere con esattezza quantificata né individuata nella sua consistenza.

Sul punto si veda IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in Riv. Not. Anno LVII, fasc. 6-2003, secondo il quale "logica conclusione del ragionamento è che laddove una delle due condizioni manchi, non può – di regola – qualificarsi un'attribuzione a causa di morte e pertanto l'atto deve considerarsi estraneo all'ambito di applicazione dell'art. 458 cod. civ. Occorre tuttavia sottolineare che la considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza e modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente è criterio identificativo dell'atto *mortis causa* utilizzabile solo quando si tratti di attribuzioni di beni e diritti compresi nel patrimonio del disponente. Se si dovesse ritenere tale criterio di valenza generale si arriverebbe al paradossale risultato di dover negare la natura di atto *mortis*

Pertanto, la distinzione tra le due categorie negoziali è di natura più causalistico-funzionale che strutturale e, dunque, mentre ogni atto di ultima volontà è anche, sul piano causale, sempre un atto *mortis causa*, non è vero il contrario in quanto, un atto *mortis causa* non è necessariamente (sul piano strutturale) un atto di ultima volontà⁴⁰, poiché, in astratto, anche un atto strutturalmente *inter vivos* può assumere come propria la causa “*mortis*”⁴¹.

Si può concludere, dunque, che un negozio a causa di morte ben può, in astratto e sul piano della struttura, assumere la configurazione alternativa di negozio (bilaterale o plurilaterale) tra vivi, oppure quella di negozio unilaterale di ultima volontà (ovverosia un testamento).

Proprio sulla base di tale rilievo si dimostra giustificata la stessa norma dell’art. 458 parte prima c.c., laddove a mezzo del divieto di patti successori istitutivi, mira ad escludere l’ammissibilità di negozi causa mortis aventi struttura negoziale *inter vivos*.

Tale esclusione espressa non avrebbe senso, se non fosse ipotizzabile, neppure in teoria, un negozio che sia, al contempo, strutturalmente *inter vivos* e funzionalmente *mortis causa*.

Posta questa necessaria premessa, e chiarita nei termini suddetti la inesattezza della dicotomia atto *mortis causa* - atto *inter vivos*, non resta che ricercare una

causa al legato di contratto e al legato di cose altrui. Infatti se il requisito dell’incidenza della morte sul profilo oggettivo dell’attribuzione fosse veramente carattere indefettibile dell’atto *mortis causa* e non solo dell’atto *mortis causa* a effetti reali, si avrebbe la stranezza di subspecies (legato di contratto e legato di cosa altrui) che, pur appartenendo alla species atto di ultima volontà, mancherebbero di uno dei due requisiti caratterizzanti il genus atto *mortis causa*, il che è una contraddizione in termini (la species necessariamente, per appartenere a un genus, deve partecipare di tutte le sue caratteristiche per poi ulteriormente caratterizzarsi). Deve conseguentemente concludersi che nel nostro ordinamento l’incidenza della morte sul profilo oggettivo è elemento riferibile solo agli atti *mortis causa* a effetti reali”.

⁴⁰ L’acuto rilievo si deve a GIAMPICCOLO, voce «Atto *mortis causa*», in Enc. Dir., IV, Milano, 1959, pp. 232 sgg.

⁴¹ Cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, 2001, nonché CACCAVALE C., *Contratto e successioni, in Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, il quale suggerisce di invertire i termini, ed adoperare l’espressione di “atto causa mortis”, che appare più corretta e più profondamente descrittiva.

categoria concettuale che sul piano esclusivamente funzionalistico-causale, sia maggiormente idonea a contrapporsi al *genus* degli atti *causa mortis*.

Due sono le questioni ancora irrisolte: da una parte quella del profilo strutturale dell'atto a causa di morte che, almeno in astratto, potrebbe assumere le più svariate configurazioni; dall'altra e specularmente, quella relativa al profilo causale dell'atto a struttura *inter vivos*, che, quale congegno negoziale a parti contrapposte, rimane, a questo punto, aperto ad ogni "adattamento" sul piano funzionale.

Occorre prendere le mosse dalla considerazione che l'espressione atto "*inter vivos*", accanto al significato prettamente strutturale che congenitamente le è proprio e di cui si è appena detto, assume anche una valenza semantica di segno causalistico-funzionale.

Tale ultima accezione va colta nella duplice caratteristica del negozio *inter vivos* che, da un lato, determina la produzione immediata di effetti e contiene la volontà irrevocabile di vincolarsi, e dall'altro lato, ha ad oggetto non un *quod superest*, ma un'entità da commisurarsi al momento della conclusione dell'atto o comunque in un momento precedente la morte del soggetto coinvolto nella pattuizione⁴².

In linea di principio, i negozi strutturalmente e causalmente *inter vivos* sono considerati legittimi, salvo che impattino con specifici divieti, com'è per il caso dei patti successori dispositivo e rinunciativi.

Per i negozi strutturalmente *inter vivos* ma funzionalmente *mortis causa*, opera, come si è visto, una presunzione *iuris et de iure* di illegittimità, posto che il nostro legislatore ha voluto delimitare l'area dei negozi *causa mortis* in modo che per i privati non sia possibile operare mediante forme negoziali che non siano quelle prettamente testamentarie.

A questo punto prende corpo l'idea che la scelta legislativa di escludere qualsiasi possibile sovrapposizione tra la materia dell'autonomia contrattuale e l'ambito degli atti in cui l'evento morte assurga ad elemento causale, sia il riflesso di

⁴² V. per tutti, BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1960.

una chiara presa di posizione rispetto alla misura da imprimere al rapporto tra le due grandezze dell'autonomia testamentaria e dell'autonomia contrattuale, considerate anche sul piano storico, l'una inversamente proporzionale all'altra⁴³.

Di fronte alle due possibilità di estendere la libertà contrattuale riducendo corrispondentemente quella testamentaria, o, viceversa, attribuire preminenza all'individuale libertà di testare con l'obbligata restrizione, nella *subiecta materia*, della libertà di contrattare, il nostro sistema ha optato per la seconda alternativa.

Si è trattato di una precisa scelta di campo di cui, come si è visto, non è sempre semplice scovare le più intime ragioni, e che attualmente dimostra tutti i suoi limiti a fronte della innegabile e progressiva diminuzione nel tempo del ricorso al testamento quale strumento di regolamentazione della vicenda successoria, che ancora resta, per converso, l'unica figura ammessa dall'ordinamento in funzione di successione *mortis causa*⁴⁴.

⁴³ In questo senso Cfr., per tutti, BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1960.

Sull'antinomia sussistente tra autonomia testamentaria ed autonomia negoziale in genere, si veda COVIELLO, *Diritto successorio*, Bari, 1962, il quale osserva che, se la scelta dell'ordinamento fosse stata quella di ammettere l'istituzione ereditaria per contratto, il risultato sarebbe stato sì quello di limitare la libertà testamentaria, ma, al contempo, pure quello (speculare) di ampliare la libertà di contrattare del soggetto disponente.

Sul piano, storico ed insieme comparatistico, del rapporto tra libertà di testare e libertà di contrattare, negli ordinamenti di origine germanica, da una parte, ed in quelli di stampo romanistico, dall'altra, si vedano le considerazioni di D'AVANZO W., *Delle successioni*, II, Parte speciale, Firenze, 1941. Detto Autore, a tale proposito, cita un passo di Tacito, Germania, capitolo 20: «*heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et testamentum nullum*», dal quale emerge, con chiarezza, il fatto che, nei sistemi di diritto germanico antico, la presenza di proprietà di tipo collettivo portasse a sminuire la figura del *de cuius*, conducendo a negare l'ammissibilità del negozio testamentario ed ammettendo, al più, soltanto successioni di fonte contrattuale (e, pertanto, contrattata). Al contrario, l'ordinamento romano, valorizzando il ruolo del *pater familias*-soggetto proprietario, affermava nettamente la preminenza della libertà testamentaria su di ogni altra istanza, negando, perfino in astratto, la seppur teorica configurazione di patti successori di natura istitutiva. Sulla medesima tematica si veda anche DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

⁴⁴ La progressiva diminuzione del ricorso al testamento, al fine di regolare la trasmissione della ricchezza patrimoniale ha sovente indotto la dottrina a parlare di «crisi del testamento». Sul punto si vedano, per tutti: IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008; RESCIGNO P., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.

Attraverso questo passaggio si raggiunge il cuore del problema, che è anche la ragione centrale del presente lavoro, cioè il presentarsi della esigenza di individuare strumenti alternativi al testamento, i quali possano rispondere ai segnali sociali di “insofferenza” rispetto alle rigide fissità del sistema codicistico successorio, al contempo sottraendosi ad un rigoroso giudizio di illiceità, alla luce degli artt. 457 e 458 c.c.

Rimanendo all’interno campo di indagine relativo alle cc.dd. “*successioni anomale contrattuali*”⁴⁵, la dottrina⁴⁶, intercettando le istanze della prassi, ha sviluppato lo studio di fattispecie che trovano il loro ambito operativo in quella “zona grigia” di confine tra liceità e nullità, con l’intento di “allargare” per quanto possibile lo spazio di manovra concesso alla autonomia negoziale in ordine al fenomeno successorio, fino al limite massimo consentito dall’art. 458 cod. civ.

Il perimetro di indagine si presenta molto variegato al suo interno, pur racchiudendo fattispecie accomunate oltre che dal condiviso intento di proporsi quale

⁴⁵ L’espressione, ormai invalsa nel linguaggio giuridico contemporaneo, è ripresa da PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

⁴⁶ La letteratura in materia di successioni anomale contrattuali è vastissima. Fra i contributi principali: ANTONINI I., *Il divieto dei patti successori*, in *Studium Juris*, 1996; CACCAVALE C., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Not.*, 1995; ID., CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto* Roppo, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006; COSTANZA M., *Negoziio mortis causa o post mortem*, in *Giust. civ.*, I, 1991; DELLE MONACHE S., *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2005; DE NOVA G., *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997; IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994; ID., IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un’analisi dell’evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008; IUDICA G., *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissione familiare della ricchezza*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, I, 1992; MARELLA M.R., *Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 91 ss.; PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983; ID., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995; ID., PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. Dir. Civ.*, CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003; PUTORTÌ V., *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991; RESCIGNO P., *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita Notarile*, 1993.; SCHLESINGER P., *Interessi dell’impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza, Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie “in forma indiretta”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.

alternative pattizie al testamento⁴⁷, anche dall'essere tutte veri e propri negozi *inter vivos* nella duplice accezione, strutturale e causale, chiarita nelle pagine che precedono. In ragione delle differenze sussistenti tra le fattispecie rientranti nell'ampia categoria generale di potenziali "strumenti alternativi al testamento", la dottrina ha ulteriormente distinto tra atti (con effetti) *post mortem*⁴⁸ e atti *trans mortem*⁴⁹, i cui rispettivi caratteri distintivi formeranno oggetto delle considerazioni di cui appresso.

Si tratta, in entrambi i casi, di strumenti pattizi che, ciascuno con caratteristiche peculiari, raggiungono la comune funzione pratica di programmare il passaggio generazionale di diritti per via contrattuale al di fuori del perimetro del diritto successorio.

La distinzione rispetto agli atti *mortis causa*, ormai ritenuta indiscutibile dalla scienza civilistica per entrambe le categorie dei negozi *post mortem* e *trans mortem*, deriva dal diverso ruolo che l'evento morte assume nei due grandi gruppi di casi che possono verificarsi nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

⁴⁷ Una parte della dottrina si scaglia con toni critici contro tali alternative contrattuali, ritenendole appannaggio del ceto più ricco della popolazione; cfr. per tutti LISERRE A., "Quid novi" in tema di successioni *mortis causa*? in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997: "Gli strumenti contrattuali di sistema patrimoniali alternative al testamento assumono per lo più la fisionomia di "una sorta di diritto censuario di carattere elitario, tale da relegare il sistema delle regole generali della successione al ruolo marginale di una disciplina, per così dire, residuale, legata, cioè, a vicende ereditarie o di modesta rilevanza patrimoniale o di contrastata attuazione endofamiliare".

⁴⁸ La categoria risale all'elaborazione di GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954.

⁴⁹ L'espressione è stata coniata da PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Jovene, 1983. La categoria dei contratti *trans mortem* si differenzia da quella dei contratti ad effetti *post mortem* per una maggiore aderenza, nell'intenzione dell'Autore, alle caratteristiche tipiche dell'atto *mortis causa* per eccellenza, il testamento. In particolare gli elementi caratterizzanti gli atti *trans mortem* sono i seguenti: a) l'uscita del bene dal patrimonio del disponente prima della morte del medesimo; b) l'attribuzione del bene al beneficiario si consolida, producendo interamente i suoi effetti, solo dopo la morte del disponente; c) la possibilità per il disponente di revocare o modificare a suo piacimento, *usque ad mortem*, l'assetto patrimoniale divisato nel contratto. Con tutta evidenza è quest'ultimo requisito quello che consente alla categoria di avvicinarsi al testamento senza incorrere nella violazione del divieto dei patti successori.

Come si è già avuto modo di chiarire poc' anzi, è atto *mortis causa* quello che individua nella “morte” la causa dell’attribuzione e il momento in cui si costituisce un rapporto prima inesistente.

Esso ha come contenuto la funzione tipica di “*regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, e nessun effetto, nemmeno prodromico o preliminare, è perciò destinato a produrre, e produce, prima di tale evento*”⁵⁰.

Non solo: ma sino a tale momento resta assolutamente impossibile determinare e identificare l’entità dell’attribuzione, nella sua consistenza e finanche esistenza, costituendo la medesima un *quod superest* nel patrimonio del disponente⁵¹.

L’atto *post mortem*, invece, si presenta nella propria causa e struttura quale atto tra vivi di natura solitamente irrevocabile, nel quale l’evento morte non si insinua nella causa del meccanismo negoziale predisposto, ma rimane su di un piano, assai più ridimensionato, di semplice “modalità accidentale”, mera “*occasio*” dello spostamento patrimoniale.

In questo caso il rapporto giuridico scaturisce già in vita del disponente e la morte ha la sola funzione di determinarne lo svolgimento effettuale, essendo assunta come condizione o termine di efficacia⁵² dell’attribuzione.

In altri termini, il negozio *mortis causa* regola rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto, mentre il negozio *post mortem* è

⁵⁰ GIAMPICCOLO P., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954 e ID., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

⁵¹ Sul punto in questione, si veda ancora, per tutti, GIAMPICCOLO P., *op. cit.*

⁵² In tal senso v. PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983; ID., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita notar.*, 1993; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. Dir. Civ.*, CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003.; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1960; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

destinato a regolare una situazione preesistente, sia pure subordinandone gli effetti al momento della morte⁵³.

Ma vi è di più: nel negozio *post mortem* l'attribuzione, seppur rinviata nel tempo, non è un *quod superest*, ma si presenta nella sua consistenza come attuale e commisurata alla data di conclusione dell'atto.

Inoltre, per effetto dell'irrevocabilità della stipulazione, sin dal momento della sua conclusione nasce pure in capo al beneficiario un'aspettativa legittima all'attribuzione, determinata dalla retrodatazione degli effetti della medesima a tale data.

Detta "retrodatazione", tipica degli elementi accidentali del negozio, avviene, in particolare, in applicazione delle regole in tema di retroattività reale dell'avveramento della condizione (art. 1360 c.c.) e, quanto al termine, in applicazione dell'art. 1465 co. 2 c.c., il quale estende al contratto sottoposto a termine iniziale il principio "*res perit domino*"⁵⁴.

L'attualità dell'attribuzione, riferibile nella sua consistenza al momento di stipulazione del contratto ad effetti *post mortem*, nonché l'intenzione di regolare una situazione preesistente alla morte del soggetto, consentono di escludere, a monte, il conflitto con il divieto dei patti successori istitutivi.

Pertanto, non ricorrendo nei negozi *post mortem* quella causa *mortis* ritenuta ammissibile e tollerabile soltanto se contenuta in un negozio di natura testamentaria, può concludersi nel senso che essi rappresentino una lecita manifestazione dell'autonomia in funzione "parasuccessoria"⁵⁵.

⁵³ Così GIAMPICCOLO P., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, pagg. 37 e ss., NICCOLÓ R., *Disposizioni di beni "mortis causa" in forma indiretta*, in *Riv. Not.*, 1967.; ID., *Attribuzioni patrimoniali "post mortem e mortis causa" in Vita not.*, 1971.

⁵⁴ Su tali rilievi si vedano, tra tutti: BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000.; BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.

⁵⁵ Sulla base di tali premesse, la dottrina ha escluso dal novero dei patti successori istitutivi una serie di atti che presentano una indiscussa funzione di alternativa al testamento, quali ad esempio il mandato *post mortem*, il contratto a favore di terzo con effetti *post mortem* e la donazione *si moriar*, di cui più diffusamente si dirà nel prosieguo della presente trattazione.

Parzialmente affine ai negozi *inter vivos* con efficacia *post mortem* si presenta la categoria, di elaborazione dottrinale relativamente recente⁵⁶, dei negozi *trans mortem* (o transmorte), che condividono con i primi il profilo funzionale, ma se ne differenziano in ragione di una variante strutturale di non poco conto⁵⁷.

Le caratteristiche del negozio transmorte possono schematicamente sintetizzarsi nei seguenti requisiti: 1) uscita del bene dal patrimonio del disponente prima della sua morte; 2) definitività dell'effetto traslativo (che pertanto si consolida) dopo la morte del disponente, nonostante il possibile prodursi di taluni effetti anticipati; 3) possibilità per il disponente di rendere inoperante, prima della sua morte, il meccanismo negoziale, paralizzando la definitività del trasferimento mediante la revoca dell'attribuzione *usque ad mortem*⁵⁸.

Per una rassegna che evidenzi il contrasto rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità si veda l'analisi di PENE VIDARI F., *Patti successori e contratti post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 248-251.

Pronunce che di fatto accolgono la distinzione tra atti a causa di morte e post mortem si rinvengono sia in termini generali (Cass. 9 maggio 2000, n. 5870) sia con specifico riguardo alla cd. donazione si moriar (Cass. 9 luglio 1976, n. 2619, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce Successione ereditaria, nn. 19-21). Non può comunque tacersi sull'orientamento contrario di altre pronunce secondo le quali una disposizione *inter vivos* produttiva di effetti dalla morte del disponente "concreta una disposizione successoria" (Cass. 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, 582 ss.

⁵⁶ In merito non può farsi a meno di menzionare: PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, e ID., PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. Dir. Civ.*, CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003; IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994.

⁵⁷ La ricostruzione è da attribuire al PALAZZO A., *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella civilistica del secondo dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991; e solo successivamente ripresa da IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.

⁵⁸ Si veda ancora GIAMPICCOLO. L'A. individua nei seguenti presupposti i parametri per l'individuazione di un atto *trans mortem*: 1) uscita del bene dal patrimonio del beneficiante avvenga prima della morte; 2) l'attribuzione del bene al beneficiario divenga definitiva soltanto dopo la morte del disponente; 3) il disponente possa fino alla sua morte modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale rendendo inoperante il congegno negoziale posto in essere. Rientrano in tale ipotesi il contratto a favore di terzo, l'assicurazione sulla vita a favore di terzo, la rendita vitalizia a favore di terzo, il vitalizio alimentare a favore di terzo, il negozio fiduciario, il mandato *post mortem*, le clausole di consolidazione nei contratti di società, il deposito bancario a favore di terzo, l'accollo. In mancanza del requisito sub 3) ovvero del requisito della revocabilità l'atto viene qualificato come *post mortem*. Ne costituiscono esempi la donazione modale con adempimento dell'onere *post mortem*, la donazione *si praemoriar*, ovviamente nel presupposto della sua ammissibilità,

È proprio quest'ultimo l'elemento che assume il peso decisivo nel differenziare i negozi in esame da quelli con effetti *post mortem*: la revocabilità ad opera del disponente, *ad libitum suum ed usque ad mortem*.

Resta, invece, l'affinità rispetto alla categoria dei negozi con effetti *post mortem* sotto il profilo della funzione dell'evento morte che, pure in questo caso, degrada a mero elemento accidentale che condiziona la sola efficacia del negozio.

Inoltre, al pari dei negozi con effetti *post mortem*, e a differenza di quelli *mortis causa*, i negozi *trans mortem* si caratterizzano per l'attualità oggettiva e quantitativa dell'attribuzione (sia pure con effetti subordinati al momento della morte), che non si atteggia in termini di *de residuo*, ma è perfettamente individuabile sin dal momento della stipulazione.

Così delineato il profilo del negozio transmorte, è facile escludere dal novero dei patti successori e, quindi, sottrarre alla comminatoria di invalidità dell'art. 458 cod. civ., ogni fattispecie negoziale posta in essere in vita, che produca i suoi effetti definitivi alla morte del soggetto pur producendo gli effetti negoziali già prima della morte dello stipulante, rispetto alla quale l'autore conservi in ogni caso uno *ius poenitendi*.

Il carattere di revocabilità che contraddistingue il negozio transmorte è il frutto dell'intento dottrinale di attenersi, nella ricerca di figure negoziali idonee a programmare già in vita la futura successione⁵⁹, all'indirizzo giurisprudenziale.

stante l'altalenante orientamento giurisprudenziale sopra citato, e altre ipotesi residuali, come la comunione de residuo, la vendita di cosa altrui e l'opzione su quote societarie e azioni.

In linea generale si può affermare che la dottrina tende a proseguire l'analisi intrapresa da Giampiccolo, discostandosene solo in alcuni punti; in particolare si vedano le posizioni di MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in Riv. Not., 1992, e IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, il quale sembra andare oltre la definizione di atto a causa di morte dettata da Giampiccolo, quando propone in maniera analitica la distinzione tra atti *trans mortem* e atti *post mortem*.

⁵⁹ Una completa disamina della dottrina italiana è offerta da PALAZZO A., *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella dottrina civilistica del secondo dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991. L'A. riprende l'analisi di Giampiccolo sulla distinzione tra negozi *mortis causa* e *post mortem* nella trattazione del contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo soffermandosi sulla disciplina dettata dagli art.li 1412 e 1920 c.c.; tratta, poi, la questione dei depositi bancari e dei negozi *trans mortem* sulla base delle considerazioni a suo tempo formulate da NICCOLÓ R., *Attribuzioni Patrimoniali "post mortem e*

Non bisogna dimenticare, infatti, che la ricostruzione della categoria suddetta avviene in un momento storico-giuridico particolare in cui la giurisprudenza, nel tracciare l'oramai noto "pentologo" degli elementi indicatori della ricorrenza di un patto successorio vietato ex art. 458 c.c., aveva consacrato quale *ratio* del divieto la necessità di "*preservare fino all'estremo limite della vita la libertà di testare*", a sua volta garantita dalla facoltà di revoca dell'attribuzione *usque ad mortem*⁶⁰.

Di fronte ad un simile scenario giurisprudenziale, la dottrina nel tentativo di sfuggire alla sanzione della nullità di cui all'art. 458 c.c., si è sentita in dovere di riconoscere rilievo decisivo al requisito della libera revocabilità quale elemento impeditivo della ricorrenza di un patto successorio vietato.

Proprio in ragione di tale caratteristica, v'è chi ha consegnato alla categoria dei negozi *trans mortem* la qualifica di principale alternativa convenzionale al

mortis causa" in *Vita not.*, 1971; passa, quindi in rassegna gli studi in tema di rendita vitalizia a favore di terzo e di contratti di mantenimento, utilizzati in funzione successoria; osserva, per quanto riguarda il diritto di famiglia, in particolare che "chi oggi consente alla separazione consensuale acquista e concede nello stesso tempo alla controparte un'opzione ferma e irrinunciabile al divorzio, con conseguente perdita dei diritti successori reciproci", evidenziando l'esistenza sul punto di una sorta di patto successorio ammesso dalla legge, quando afferma: "il negozio è un patto di liquidazione di speranze successorie, gli manca il nome – ma non la sostanza – del patto successorio". In particolare quest'ultimo spunto mira a dimostrare che il nostro ordinamento prevede e ammette, al di fuori delle ipotesi espressamente previste quali ad esempio quelle disciplinate dagli art. 1412 e 1920 c.c., fattispecie che violano perlomeno indirettamente il divieto dei patti successori. Anche l'art. 210 c.c. nella parte in cui prevede che oggetto della comunione convenzionale possano essere anche beni provenienti da successione può essere considerato una deroga all'art. 458 c.c. ammessa dal nostro ordinamento.

⁶⁰ Si fa riferimento, in particolare, alla seguente pronuncia: Cass. Civ., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, col. 1096, con nota di SPALLAROSSA. Essa è stata poi ripresa dall'altrettanto celebre Cass. Civ., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Vita Not.*, 1996, p. 260, a detta della quale, in tema di patti successori, per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 cod. civ., occorre accertare (presumibilmente in via alternativa e non cumulativa, così come riconosciuto, tra gli altri, da CASU G., I patti successori, in CASU, MORETTI, SANTARCANGELO, *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006: 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione, o debbano comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così, dello «jus poenitendi»; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, debba aver luogo «mortis causa», ossia a titolo di eredità o di legato.

testamento, relegando invece la categoria dei negozi con effetti *post mortem* nel ruolo di alternativa solamente “in senso lato” al testamento, o di alternativa “imperfetta”.

In effetti, la facoltà di revoca riconosciuta al disponente, fa sì che la figura del negozio *trans mortem* si avvicini al testamento molto più di quanto sia invece dato riscontrare in merito ai negozi con effetti *post mortem*.

Essi incidono sul patrimonio di colui che li pone in essere nel modo più discreto che si possa ipotizzare (per un atto tra vivi); la volontà in essi impressa, inoltre, è idonea ad attraversare ed a proiettarsi oltre la vita stessa del soggetto disponente, protesa com'è al tempo successivo alla di lui morte⁶¹.

Senonché, non può farsi a meno di ribadire quanto già in precedenza si è segnalato e cioè che il carattere della libera revocabilità del negozio non costituisce di per sé, *ratio* esclusiva ed assorbente del divieto dei patti successori, ma concorre con ulteriori *rationes* altrettanto decisive e rilevanti.

Vero è che la revocabilità consente di avvicinare il negozio transmorte al testamento molto più di quanto possa farsi per i negozi *post mortem*, ma non è requisito che di per sé sufficiente a scongiurare, in radice, un giudizio di nullità ex art. 458., posto che il negozio *trans mortem* si caratterizza, in ogni caso, per la mancanza di quel carattere di personalità che pure si è visto essere pregnante dell'atto di ultima volontà.

Pertanto, pur non volendo sminuire la rilevanza dell'aspetto della libera revocabilità della disposizione quale elemento di *discrimen* tra i negozi con effetti *post mortem* (che ne sono sprovvisti) ed i negozi *trans mortem*, tuttavia si ritiene di non condividere l'orientamento teso a qualificare i negozi transmorte come alternative convenzionali qualitativamente “migliori” rispetto ai negozi con effetti *post mortem*.

⁶¹ L'espressione è letteralmente adoperata da CASU, I patti successori, cit., nel commentare le conclusioni a cui PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in Tratt. Dir. Civ., CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, perviene in ordine alla categoria dei negozi transmorte. È in ragione di tali rilievi che v'è chi ha ipotizzato, in relazione a detti negozi, l'adozione di una diversa e nuova terminologia, spingendosi acutamente a definirli quali negozi «*trans vitam*».

In altri termini, pure in merito ai negozi transmorte si renderà necessario avere riguardo caso per caso, agli interessi effettivamente perseguiti dai contraenti per valutare in concreto i profili di liceità e di meritevolezza dell'operazione complessivamente intesa⁶².

⁶² In proposito, si veda per tutti PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

5. *Der Erbvertrag*: il contratto successorio tedesco.

Se nel nostro ordinamento il fenomeno del contrattualismo sorretto da motivazioni successorie si trova, ad oggi, ad essere frenato dal divieto dei patti successorii, l'esperienza tedesca (ma così anche quella francese⁶³) ammette e disciplina già da tempo una varia tipologia di *Erbverträge* che trovano disciplina - a fianco del testamento - nel codice civile ai parr. 1942 e 2247 e ss. BGB.

Così recita il par. 1941 del BGB: “*Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnen (Erbvertrag).*

Als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnisnehmer kann sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter bedacht werde”.

Traducendo e parafrasando, il disponente (*Erblasser*) può ricorrere al contratto successorio (l'*Erbvertrag*) per l'istituzione di eredi (*erbeinsetzung*), per disporre legati (*Vermächtnisse*) e imporre oneri (*Auflagen*); in tal modo è consentito designare erede o legatario sia la controparte che un terzo.

Dunque, il passaggio generazionale della ricchezza in Germania può essere gestito non solo attraverso lo strumento giuridico del testamento, ma anche attraverso l'alternativa, legislativamente prevista, costituita dallo strumento di devoluzione concordata dell'*Erbvertrag* (letteralmente, contratto ereditario).

Questo strumento di devoluzione volontaria alternativo al testamento espressamente offerto al disponente nell'ordinamento tedesco caratterizza - e, al contempo, differenzia nettamente dal nostro - il sistema del diritto successorio del BGB.

⁶³ La *institution contractuelle* (o *donation de biens à venir*) costituisce un'eccezione al divieto dei patti sulla propria successione sancito dal Code Civil francese (v. artt. 943 e 1130 code civil), e permette di disporre per contratto della propria eredità solo in occasione di matrimonio - sia da parte degli sposi che dei terzi - in modo irrevocabile (art. 1082 code civil). Tuttavia, proprio per il carattere di attribuzione a causa di morte che l'istituto riveste, l'istituente conserva la facoltà di disporre a titolo oneroso dei beni oggetto della convenzione sino alla sua morte (art. 1083 code civil). Secondo l'art. 1082, comma 1, code civil, «*les pères et les mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront par contrat de mariage disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant à profit des dits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire*».

Infatti, alla incidenza “limitatrice” forte e diretta del divieto dei patti successori nei riguardi dell’autonomia contrattuale in ambito successorio, propria del diritto italiano, si contrappone la facoltà di scelta alternativa tra testamento e contratto – entrambi in funzione di negozi mortis causa (*Verfügungen von Todes wegen*)⁶⁴ - offerta dal legislatore tedesco.

Attraverso lo strumento dell’*Erbvertrag*, quale strumento contrattuale alternativo al testamento, è possibile gestire il passaggio della ricchezza tra le generazioni e disporre dei propri beni successivamente alla morte, evitando l’operare della successione legittima.

Si può dire che, riguardato nell’ottica del rapporto tra l’autonomia testamentaria e l’autonomia contrattuale in genere, l’*Erbvertrag* sia frutto del preciso intento del legislatore tedesco di limitare la libertà testamentaria ed ampliare specularmente la libertà di contrattare⁶⁵, optando per un sistema diametralmente opposto a quello che, come si è visto, è fatto proprio dall’ordinamento italiano.

Si tratta, in verità, di scelta di campo assai radicale, se la si considera come “riflesso” dei valori fondamentali di cui la comunità si fa portatrice a proposito del rapporto tra la persona umana ed i beni materiali alla medesima appartenenti.

All’origine di questa divergenza tra il sistema tedesco e quello italiano nel modo di concepire il rapporto tra libertà di testare e libertà di contrattare vi sono innanzitutto ragioni di carattere storico.

Nei sistemi di diritto germanico, infatti, la presenza di proprietà di tipo collettivo ha portato a sminuire la figura del *de cuius*, fino a negare l’ammissibilità

⁶⁴ Si rinvia agli scritti di ECCHER B., *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980; OLZEN D., *Die vorweggenommene Erbfolge*, Berlin, 1984; KOLLHOSSER H., *Aktuelle Fragen der Vorweggenommene Erbfolge*, in *Archiv für civ. praxis*, 1994.

⁶⁵ Sull’antinomia sussistente tra autonomia testamentaria ed autonomia negoziale in genere, si veda COVIELLO L., *Diritto successorio*, Bari, 1962, il quale osserva che, se la scelta dell’ordinamento fosse stata quella di ammettere l’istituzione ereditaria per contratto, il risultato sarebbe stato sì quello di limitare la libertà testamentaria, ma, al contempo, pure quello (speculare) di ampliare la libertà di contrattare del soggetto disponente.

del negozio testamentario, e ad esaltare l'autonomia negoziale, privilegiando successioni di fonte contrattuale.

Al contrario, l'ordinamento romano, valorizzando il ruolo del *pater familias*-soggetto proprietario, ha concorso ad affermare la preminenza della libertà testamentaria su di ogni altra istanza, negando, perfino in astratto, la configurazione di negozi *mortis causa* diversi dal testamento⁶⁶.

Da analoghe motivazioni è dipeso anche il differente assetto del regime giuridico tedesco in materia di legittima (*Pflichtteilsrecht*), che nel sistema del BGB non ha natura reale, ma solo obbligatoria. In altri termini, la legge non riconosce ai legittimari alcuna pretesa a ricevere in natura un cespite ricompreso nell'asse, ma essi possono vantare soltanto un diritto di credito al pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore della quota in astratto spettante sul patrimonio ereditario del *de cuius*.

Passando a considerazioni più strettamente teoriche, la dottrina tedesca⁶⁷ ha definito l'*Erbvertrag* come un istituto ibrido individuandone una duplice natura: esso è un negozio *mortis causa* (*Verfügung von Todes Wegen*), ma allo stesso tempo è anche un contratto (*Vertrag*).

Tale *Doppelnatur* si riflette inevitabilmente sugli effetti giuridici dell'istituto e spesso, proprio grazie alle maggiori doti di elasticità e flessibilità che solo il contratto - e non il testamento - può offrire, l'*Erbvertrag* risponde in modo più adeguato alle esigenze dei partecipanti rispetto al testamento o al trasferimento dei beni in vita⁶⁸, meglio intercettando l'esigenza socialmente sentita di anticipare con atti tra vivi la regolamentazione della successione, senza dover attendere la morte del disponente.

⁶⁶ Sul piano storico e comparatistico, del rapporto tra libertà di testare e libertà di contrattare, negli ordinamenti di origine germanica, da una parte, ed in quelli di stampo romanistico, dall'altra, si vedano le considerazioni di D'AVANZO W., *Delle successioni*, II, Parte speciale, Firenze, 1941.

Sulla medesima tematica si veda anche DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

⁶⁷ BROX H., *Erbrecht*, Köln, 2003.

⁶⁸ Uno dei principali esempi è dato dal caso del padre che intende motivare il figlio ad entrare nell'azienda di famiglia, garantendogli in via contrattuale di poter condurre l'impresa a titolo di erede.

Da una parte, essendo atto di attribuzione patrimoniale *mortis causa* al pari del testamento, esso è diretto a disciplinare rapporti o situazioni che vengono a formarsi, in via originaria, con la morte del disponente (*Erblasser*).

Di conseguenza, sino a tale momento l'*Erblasser* non assume alcuna obbligazione in senso tecnico ("*er verpflichtet sich nicht schuldrechtlich*") e non vede limitato il diritto di disporre del proprio patrimonio attraverso negozi giuridici *inter vivos*, di là da quanto previsto dall'*Erbvertrag*, indipendentemente dal consenso dell'erede contrattuale (*Vertragserbe*).

L'unica tutela prevista per il *Vertragserbe*, peraltro di carattere meramente restitutorio, può essere attivata nel solo caso di donazione posta in essere con lo specifico intento di danneggiare l'erede contrattuale⁶⁹.

Conferma proviene dal par. 2286 BGB, secondo cui "*Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt*"⁷⁰.

Allo stesso tempo, non si è ulteriormente mancato di rilevare come prima della morte del *de cuius* non si attribuisca alla controparte (erede o legataria) un diritto attuale né alcuna aspettativa di diritto, ma soltanto un'aspettativa di fatto⁷¹.

D'altra parte però, l'*Erbvertrag* costituisce pur sempre un contratto vero e proprio, come tale produttivo di taluni effetti prodromici vincolanti già prima della morte del disponente, il quale vede limitata la propria libertà testamentaria (*Testierfreiheit*) dal fatto di perdere la possibilità di revocare unilateralmente e ad libitum le disposizioni *mortis causa*⁷².

⁶⁹ Si veda MATERA P., "*Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*", in *Comparazione e diritto civile*, diretto da G. Autorino e P. Stanzione, Torino, 2012.

⁷⁰ Traduzione: "*L'Erbvertrag non limita la capacità del disponente di disporre per atto inter vivos*".

⁷¹ Non sono quindi riconducibili alla figura dell'*Erbvertrag* figure, quali il contratto di compravendita (*Kaufvertrag*), i cui effetti siano posticipati al momento della morte, oppure la vendita dell'eredità (*Erbschaftskaufvertrag*), la donazione *mortis causa* (*Schenkung von Todes wegen*, par. 2301).

⁷² Ai sensi del par. 2289 la stipula di un patto successorio prevale rispetto ad un testamento precedente in ordine alle disposizioni incompatibili. Tuttavia, un patto successorio è superabile da altro contratto concluso

Tali effetti vincolanti consistono nella impossibilità per il *de cuius* di compiere atti di ultima volontà in contrasto con il contratto ereditario, per cui un testamento successivo o un diverso *Erbvertrag* saranno inefficaci, ove incompatibili con quanto in origine pattuito, a meno che non istituiscano l'erede contrattuale in una posizione più favorevole.

Ciò è quanto risulta dall'analisi del par. 2289 che recitando: “*eine spätere Verfügung von Todes wegen ist unwirksam*”, espressamente esclude la possibilità di revocare unilateralmente (“*Sinneswandlung*”) il patto successorio.

In estrema sintesi, con l'*Erbvertrag* il disponente (*Erblasser*) può istituire eredi (*Erbeinsetzung*) e legatari (*Vermachtmisse*), assegnando beni *mortis causa* al contraente o ad un terzo, senza essere poi limitato nell'eventuale successiva disposizione del bene in vita (salvo l'intento di danneggiare l'erede contrattuale), non potendo però disporre dei medesimi beni oggetto del contratto ereditario attraverso altri atti *mortis causa* (un altro *Erbvertrag* o un testamento)⁷³.

Dunque, l'*Erblasser* conserva integra la libertà di mutare con negozi *inter vivos* la consistenza del suo patrimonio ed il vincolo assunto con l'*Erbvertrag* riguarda solo il potere di disporre a causa di morte⁷⁴.

tra i medesimi soggetti (par. 2290), non tra uno di loro e gli eredi dell'altro. Le disposizioni aventi natura contrattuale (*Vertragsmäßige Verfügungen*) contenute in un patto successorio con le quali è attribuito un onere o un legato sono revocabili tramite testamento successivo, purché vi sia l'approvazione dell'altro contraente (par. 2291). Inoltre (par. 2292) il patto successorio concluso tra coniugi o conviventi è revocabile tramite testamento congiuntivo. Peraltra nel patto successorio è permesso riservarsi la facoltà di revoca (par. 2293); la revoca è inoltre consentita in caso di indegnità del beneficiario della disposizione (par. 2294). Qualora la disposizione testamentaria sia stata effettuata in considerazione di debiti, può essere disposta la revoca ove sia intervenuta la loro estinzione (par. 2295). Laddove consentita, la revoca può intervenire anche per testamento (par. 2297).

⁷³ Cfr. ECCHER B., *Antizipierte Erbfolge*, Duncker & Humblot, 1980; KOLLHAUSER H., *Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge*, in *Archiv für Civil Praxis*, 1994; REITHMANN C., ALBRECHT A., *Handbuch der Notariellen Vertragsgestaltung*, Munich, 2001; ROETHEL A., *Law of succession and Testamental freedom in Germany*, in M. Andersen, E.A. Amayuelas, *The Law of succession. Testamentary Freedom*, European Law Publishing, 2011; BROX H., *Erbrecht*, Beck, 2003.

⁷⁴ Cfr. DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976: in particolare, l'*Erblasser* può disporre liberamente del suo patrimonio vendendo o donando i suoi beni. Solo qualora il *de cuius* donasse i propri beni con lo specifico intento di danneggiare l'erede contrattuale, quest'ultimo potrebbe impugnare l'atto dispositivo con un'azione recuperatoria tesa ad ottenere la restituzione del bene.

Ne risultano evidentemente menomate la caratteristica revocabilità *usque ad mortem* – tipica del testamento – e la libertà di disporre *mortis causa* del proprio patrimonio, principi che, viceversa, nel nostro ordinamento rappresentano punti cardine del sistema successorio.

Il tutto è sacrificato in omaggio ad un principio di affidamento della controparte e in virtù della connaturale vincolatività del contratto, che non può essere sciolto unilateralmente.

La soluzione adottata dal legislatore tedesco è rilevante in seno all'analisi che si sta qui conducendo, poiché dimostra non solo che sia possibile, ma che sia stato ritenuto opportuno, in sistemi giuridici affini al nostro, dotare il diritto successorio di uno strumento pattizio per la pianificazione del subentro generazionale.

Tuttavia, al tempo stesso va ridimensionata l'affermazione comune di una ammissibilità generalizzata dei patti successori nei paesi di lingua tedesca.

Infatti, nel sistema del BGB il contratto ereditario ex 2274 incontra un limite ben preciso quando si tratti di contratto sulla successione di un terzo ancora vivente.

Il par. 311, infatti, sanziona con la nullità quello che il nostro Legislatore chiamerebbe patto successorio dispositivo (“*Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig*”), in quanto l'Erbvertrag può avere ad oggetto solo la propria eredità al tempo della morte, ma non può avere ad oggetto diritti che si attende possano spettare all'apertura di una successione altrui.

La *ratio* del divieto viene tradizionalmente ravvisata dalla dottrina tedesca nell'intollerabilità di convenzioni che presuppongano la morte di un'altra persona.

Invero, il patto dispositivo non è un contratto *mortis causa*, dal momento che il disponente non negozia l'*id quod superest* della propria successione ma dispone di diritti che potrebbero spettargli sulla successione futura dell'altra parte contraente o di un terzo.

Il divieto trova ragione non tanto nell'esigenza di evitare convenzioni immorali e socialmente pericolose (*votum captandae mortis*), né in una esigenza di

protezione del disponente, contro il rischio di disporre via definitiva di ciò di cui non può apprezzare le dimensioni e il valore al momento della prestazione del consenso.

Come già si è visto, il divieto in commento si giustifica nell'ordinamento tedesco sulla base di un giudizio di immoralità e riprovevolezza rispetto al fatto di porre la morte di un uomo quale presupposto di un atto negoziale concernente i suoi stessi beni ed in tale ottica il divieto in oggetto è stabilito dall'ordinamento nell'intento di impedire che l'evento della morte venga utilizzato come mera occasione di guadagno.

Capitolo II

LA TRASMISSIONE DEI BENI PRODUTTIVI E IL PATTO DI FAMIGLIA

1. L'introduzione del "patto di famiglia" nel sistema codicistico. Brevi premesse.

Per decenni il Libro secondo del Codice civile, dedicato alle successioni *mortis causa*, ha visto conservata la sua "rocciosa, monumentale, geometrica, solidità"⁷⁵. Tuttavia, come innanzi anticipato, tale è l'irruenza con cui certe istanze di derivazione sociale si sono manifestate in ordine al superamento dei limiti ordinamentali più ostici ad una indiscriminata ammissibilità di figure contrattualistiche sorrette da "*animus successionis*", che negli ultimi anni lo stesso Legislatore riformatore ha finito (o, quantomeno, ne ha dato l'impressione) col cedervi, dedicando maggiore interesse alla materia del diritto ereditario.

Così, dopo un primo momento in cui si è assistito all'impegno dei soli operatori pratici nella diffusione dell'utilizzo dello strumento contrattuale con finalità successoria, il Legislatore, presa oramai piena coscienza della interferenza tra il contratto e l'ambito delle successioni *mortis causa*, è intervenuto direttamente sul piano normativo con la legge n. 55 del 2006.

La riforma ha, da un lato, introdotto *expressis verbis* nel Libro II del codice civile la disciplina del nuovo istituto del "patto di famiglia", e dall'altro, modificato la formulazione dell'art. 458 c.c. contenente il divieto dei patti successori, antepoendo al testo originario un *incipit* di salvezza che, almeno di primo acchito, sembra avere avuto un forte impatto sistematico.

Sin dal suo ingresso nel nostro ordinamento, il patto di famiglia si è imposto all'attenzione dell'interprete come valida alternativa al negozio testamentario, per di

⁷⁵ L'espressione è di BONILINI G., tratta dalla Relazione al Convegno internazionale di Studi: "Trasmissione intergenerazionale della ricchezza tra famiglia e mercato", presentata a Venezia, il 23-24 novembre 2012.

BONILINI G., *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. III, La successione legittima, Milano, 2009; RESCIGNO P., *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012.

più in grado, a differenza di quest'ultimo, di dare luogo ad effetti non solo immediati, ma soprattutto "blindati" contro i meccanismi di riequilibrio patrimoniale costituiti dalla riduzione e dalla collazione, per mezzo dei quali la destinazione dei beni deve essere rimessa in discussione in seguito all'apertura della successione.

Del resto, che l'intento del Legislatore fosse quello di predisporre uno strumento di pianificazione della trasmissione successoria del bene produttivo, risulta implicitamente dalla stessa definizione di patto di famiglia contenuta nell'art. 768-*bis* cod. civ. ove si afferma che con tale contratto *"l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti"*.

Il patto di famiglia, dunque, si propone di favorire il delicato momento del trapasso generazionale dei beni aziendali, consentendo al soggetto imprenditore (o titolare di quote sociali) di programmare già in vita il "passaggio di mano" della propria impresa, attraverso la predisposizione di un regolamento dotato dei crismi della certezza, della stabilità e dell'incontrovertibilità.

L'intento è di evitare che le caratteristiche proprie di una donazione (ad esempio l'assoggettabilità alla collazione ed eventualmente all'azione di riduzione) possano costituire, di fatto, un impedimento al trasferimento della ricchezza e, nel contempo, un pregiudizio per la continuità dell'impresa e per le ragioni dell'economia⁷⁶.

Su un punto, tuttavia, bisogna intendersi subito, al fine di evitare trionfalismi quanto ad una presunta conquista compiuta da parte della autonomia contrattuale su un terreno fino ad allora riservato in via esclusiva al diritto successorio.

Vero è che, nelle intenzioni del legislatore, il patto di famiglia nasce come strumento a disposizione dell'autonomia privata per ovviare allo smembramento dell'impresa derivante dalla successione *mortis causa* dell'imprenditore e per sottrarre i beni produttivi ai possibili attacchi da parte dei legittimari che dovessero ritenersi lesi al momento dell'apertura della successione del disponente.

⁷⁶ PETRELLI G., La nuova disciplina dei patti di famiglia, in Riv. not., 2006.

Non vi è dubbio però che, nella determinazione del Legislatore ad introdurre il nuovo istituto, l'interesse privato del disponente abbia avuto, in definitiva, una rilevanza solo secondaria rispetto all'interesse del mercato alla razionale organizzazione e conduzione delle imprese economiche.

Pertanto, lungi dall'essere trofeo di una battaglia vinta da quanti auspicavano un intervento legislativo di indebolimento del divieto dei patti successori, che rappresenta il principale ostacolo al pieno dispiegarsi dell'autonomia contrattuale sul campo delle successioni mortis causa, il patto di famiglia nasce sotto il vessillo di un interesse di natura eminentemente pubblicistica⁷⁷.

Inoltre, non possono non esprimersi alcune perplessità circa la congruità di tale fattispecie contrattuale a realizzare anche gli obiettivi prefissati, posto che la normativa contenuta negli artt. 768-bis ss. cod. civ. si presenta, per più aspetti, vistosamente lacunosa, lasciando all'interprete l'arduo compito di delinearne (e integrarne) il contenuto sulla base dei principi generali della disciplina del contratto, tenuto conto delle norme in tema di successione.

Numerosissimi sono gli Autori⁷⁸ che si sono confrontati sull'argomento, sollevando un coacervo di questioni interpretative⁷⁹ legate spesso all'utilizzo di

⁷⁷ MATERA P., *“Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato”*, in *Comparazione e diritto civile*, diretto da G. Autorino e P. Stanzione, Torino, 2012.

⁷⁸ Dopo l'entrata in vigore della legge n. 55/2006, sono stati numerosissimi gli interventi dottrinari pubblicati al riguardo, tra i quali, in particolare: AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2006; AA.VV., *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, Padova, 2007; AA.VV., *Il patto di famiglia*, a cura di Palermo, Torino, 2009 (con contributi di Palermo, Ianniello, Giove, Minniti, De Bonis, Di Marco Gentile, Di Tillo, Bottini, Milillo, Mezzanotte, Sabatini, Meloni, Cherra, Novello, Gallelli); AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; ID., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; ID., *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007., II; ANDRINI M. C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita Not.*, 2006; ATELLI, *Prime note sul patto di famiglia*, in *Obbl. e contr.*, 2006; AVAGLIANO M., *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. Not.*, 2007, nonché in *Famiglia*, 2006; BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006; ID., BALESTRA L., *Commento all'art. 768-bis cod. civ.*, in *Il patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007; BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio fra “ragioni” dell'impresa e “ragioni” dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*,

Milano, 2006; BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. Pers. Success.*, 2007; BUSANI A., *Patto di famiglia e governance dell'impresa trasferita. Primi spunti di riflessione sulla "attrazione" nel Patto di famiglia delle donazioni anteriori alla legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *CNN Notizie*, 22 marzo 2006; ID., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; COLLURA, *Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Milano, 2008; CONDÒ, *Il patto di famiglia*, in *Federnotizie*, marzo 2006; CORRENTE F., *Il patto di famiglia: una nuova legge al servizio dell'impresa*, in *CNN Notizie* del 14/02/2006; DELFINI, *Il patto di famiglia introdotto dalla Legge n. 55/2006*, in *Contr.*, 2006; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006; ID., *Commento all'art. 1 della legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*; ID., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio – Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, cit.; DE NOVA-DELFINI-RAMPOLLA-VENDITTI, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006; DE ROSA, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il Patto di famiglia ed il suo ambito di applicazione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit.; DI BITONTO, *Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni d'impresa*, in *Soc.*, 2006; DI GIANDOMENICO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Il Patto di famiglia nella sistematica del codice*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit.; DI MAURO, *I necessari partecipanti al patto di famiglia*, in *Fam. Pers. Success.*, 2006; DI MAURO-MINERVINI E.- VERDICCHIO, *Il patto di famiglia – commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, a cura di Minervini, Milano, 2006; FIETTA, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit.; ID., *Patto di famiglia*, in *CNN Notizie* del 14 /02/2006; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, pp. 217 sgg.; GENGHINI-CARBONE, *Le successioni per causa di morte, tomo II*, in *Manuali notarili*, IV, a cura di Genghini, Padova, 2012; IEVA, *Commento all'art. 768-quater c.c. (commi 1, 2 e 4)*, in *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*; IMBRENDA, *Patto di famiglia, solidarietà familiare e family business*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007; INZITARI-DAGNA-FERRARI-PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006; LANDINI, *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?*, in *Famiglia*, 2006, pp. 839 sgg.; LA PORTA, *La posizione dei legittimari sopravvenuti*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit.; ID., *Il patto di famiglia*, Torino, 2007 (con contributi di La Porta, Restuccia, Stucchi, D'Alessandro, D'Ippolito, Colombani, Lanzi, Frattini, Cipollini); LEO, *Il patto di famiglia*, in *Contr.*, 2006, pp. 741 sgg.; LUCCHINI GUASTALLA, *Commento all'art. 768-ter c.c.*, in *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*, cit., pp. 38 sgg.; ID., *Commento all'art. 768-quater c.c. (comma 3)*, in *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*, cit., pp. 57 sgg.; ID., *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemioriar al patto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, II, pp. 303 sgg.; LUPETTI, *Il finanziamento dell'operazione: family buy out*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., pp. 354 sgg.; ID., *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *CNN Notizie* del 14/02/2006; MAGGIOLO, *Commento all'art. 768-septies c.c.*, in *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*, cit., pp. 90 sgg.; MAGLIULO, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., pp. 280 sgg.; MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 539 sgg.; MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., pp. 19 sgg.; MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., pp. 100 sgg.;

formule legislative non proprio esemplari per chiarezza e cristallinità⁸⁰, che certamente non facilitano il ruolo dell'operatore.

Proprio tali incertezze rappresentano il motivo principale dello scarso utilizzo dell'istituto nella prassi, pur applicandosi al patto di famiglia il regime tributario agevolato di cui all'art. 3 d.lgs. 346 del 1990 come integrato dalla legge n. 296 del 2006⁸¹.

ID., Il patto di famiglia, in CNN Notizie del 14/02/2006; OBERTO, *Il patto di famiglia*, in Le monografie di Contr. e impr., Padova, 2006; OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, in Riv. Dir. Civ., 2006; A. PALAZZO, Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato, in Riv. Dir. Civ., 2007, II; PATTI F., *Il Patto di famiglia, strumento di trasmissione di ricchezza*, in Vita Notarile, 2009; PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in Rass. Dir. Civ., 2008; PETRELLI G., *La nuova disciplina dei patti di famiglia*, in Riv. not., 2006; PISCHETOLA A., *Il Patto di famiglia a confronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni per la fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano.Roma, 2006; RIZZI G., *Il Patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda.*, in Notariato, 2006; VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, in Riv. dir. civ. 2006; ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006; ID., *Le successioni in diritto comparato*, in Aa. Vv., *Trattato di diritto comparato*, a cura di Sacco, Torino, 2002.

⁷⁹ Si è osservato come già dal punto di vista della tecnica legislativa, il testo della novella utilizza una terminologia quanto mai variegata, per designare sovente le medesime situazioni. Per quanto attiene ai soggetti, invero, si parla di: imprenditore, titolare, discendenti, legittimari, assegnatari, partecipanti, contraenti, partecipanti non assegnatari, soggetti che li abbiano sostituiti, beneficiari del contratto, medesime persone. Dal punto di vista oggettivo si parla invece di: azienda, partecipazioni societarie, quote, patrimonio dell'imprenditore, somme, beni in natura, beni, quanto ricevuto, pagamenti di somme, interessi legali.

⁸⁰ LUPETTI M.C., *Patto di famiglia. Note a prima lettura*, in CNN Notizie, 14 febbraio 2006; LOMBARDI G.e MAISTO G., *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. Giur.*, 2006. Sul punto cfr. anche PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in Rass. Dir. Civ., 2008, p. 147, il quale avverte la delicatezza del compito affidato all'interprete, evidenziando come gli stessi lavori preparatori rinviino per il riempimento delle lacune "ad un'adeguata attività interpretativa in funzione suppletiva" e sottolinea l'esigenza di "ricostituire l'istituto al sistema" al fine di "integrarlo con la normativa più adeguata a disciplinare il caso concreto".

⁸¹ Il riferimento è all'art. 1 co. 78 della legge n. 296 del 2007 (finanziaria 2007) che ha previsto la non assoggettabilità all'imposta per i trasferimenti di aziende effettuati anche tramite i patti di famiglia. Tale beneficio è subordinato alla condizione che i partecipati al patto assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie proseguano l'attività o detengano il controllo societario per un periodo non inferiore a cinque anni.

Né - come ha osservato autorevole dottrina - i dubbi sarebbero diminuiti qualora fosse stata approvata la modifica alla disciplina del patto di famiglia prevista dal Decreto Legge sullo sviluppo⁸².

⁸² Con il decreto-legge sullo sviluppo (D,L. 13 maggio 2011 n. 70 convertito con Legge 12 luglio 2011 n. 106), recante “prime disposizioni urgenti per l’economia” da presentare nell’ambito del semestre europeo, il governo italiano ha adottato una prima tranche di misure “finalizzate alla promozione dello sviluppo e della competitività del Paese” intese a fronteggiare l’attuale fase di crisi economica.

La prima stesura del provvedimento sottoposta all’approvazione del Consiglio dei Ministri, includeva nell’ambito delle misure “destinate a favorire la crescita e la stabilità delle piccole e medie imprese” una significativa rivisitazione del patto di famiglia, affidando al primo comma dell’art. 8 (rubricato “Impresa e credito”) la modificazione della disciplina codicistica dell’istituto.

La disposizione, già stralciata dalla versione definitiva del decreto, riproposta sotto forma di emendamento, veniva nuovamente bocciata in sede di conversione.

Si trascrive di seguito il testo originario del 1° comma dell’articolo 8 pubblicato sul Sole 24 Ore del 7 maggio 2011 :

«1. Per rafforzare la disciplina del cosiddetto “patto di famiglia”, per favorire la continuità nell’esercizio delle imprese, al Codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all’articolo 768-bis sono aggiunti, in fine, i seguenti commi:

«L’assegnatario dell’azienda o delle partecipazioni societarie può anche ricevere la titolarità dei beni alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione sospensiva non retroattiva, anche successivi alla morte dell’imprenditore o del titolare di partecipazioni societarie. In tal caso, l’imprenditore o il titolare di partecipazioni societarie nomina nel contratto un terzo, al quale si applicano le disposizioni di cui al quinto e al sesto comma di questo articolo.

L’assegnatario può anche essere designato da un terzo nominato dall’imprenditore o dal titolare di partecipazioni societarie, tra più persone, indicate dall’imprenditore o dal titolare di partecipazioni societarie ovvero appartenenti a determinate categorie, indicate dallo stesso imprenditore o titolare di partecipazioni societarie, nei limiti posti dall’articolo 784, primo comma.

L’accettazione del beneficiario così designato, resa nelle forme di cui all’articolo 768-ter, rende irrevocabile la designazione e il suo rifiuto, in assenza di ulteriori designazioni, produce effetti equivalenti all’apertura della successione dell’imprenditore, relativamente a tutti i beni oggetto del contratto.

Tra la morte dell’imprenditore e l’accettazione del beneficiario o il verificarsi di uno degli eventi di cui al secondo comma, l’azienda o le partecipazioni societarie e i relativi frutti costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello del terzo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori del terzo o nell’interesse degli stessi. Il terzo dovrà amministrare l’azienda o le partecipazioni societarie e i relativi frutti secondo le indicazioni

contenute nel contratto, con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico ed evitando situazioni di conflitto di interessi.

Il terzo dovrà render conto del suo operato ai soggetti indicati al terzo comma»;

b) l’articolo 768-quater è sostituito dal seguente:

«768-quater. Al contratto possono partecipare anche il coniuge, tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell’imprenditore o del titolare di partecipazioni societarie, e il terzo di cui 768-bis.

Qualora al contratto non partecipino tutti i legittimari di cui al primo comma l’imprenditore il titolare di partecipazioni societarie deve notificare loro, entro trenta giorni dalla conclusione del contratto, il relativo contenuto, affinché possano aderirvi nelle forme di cui all’ articolo 768-bis.

Nel caso previsto dal secondo comma, l’azienda o le partecipazioni essere oggetto di relazione giurata di un

La previsione espunta dal testo normativo definitivo, oltre che ricca di “*imperfezioni tecniche e incongruenze [...] evidenti*”⁸³, avrebbe avuto l’effetto di snaturare il patto di famiglia, rendendolo un contratto con cui realizzare un effetto analogo a quello ottenibile con il *trust*⁸⁴.

Ciò che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, e che anche in dottrina ha per lo più acceso il dibattito, è l’inciso introdotto in apertura dell’art. 458 c.c., che solleva il delicato problema di individuare correttamente il rapporto

esperto, designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società o l’impresa, contenente la descrizione dei beni e l’attestazione del loro valore.

L’esperto risponde dei danni causati ai terzi. Si applicano le disposizioni di cui all’articolo 64 del Codice di procedura Civile.

Gli assegnatari dell’azienda o delle partecipazioni societarie, o lo stesso imprenditore o il titolare di partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura.

Qualora la liquidazione di cui al precedente comma avvenga o del titolare di partecipazioni societarie, tutti i beni assegnati con il contratto, secondo il valore ivi attribuito, sono imputati alle quote di legittima spettanti ai rispettivi assegnatari;

L’assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo.

Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione».

c) all’articolo 768-sexies, il primo comma è sostituito dal seguente:

«All’apertura della successione dell’imprenditore i legittimari esistenti alla conclusione del contratto che non vi abbiano partecipato possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal terzo comma dell’articolo 768-quater aumentata degli interessi legali».

d) l’articolo 768-septies è abrogato».

⁸³ In questi termini IEVA M.- ZOPPINI A., *Brevissime note sulla proposta di modifica del patto di famiglia inserita nel testo originario del decreto sviluppo*, in *Riv. not.*, 2011.

Si veda anche SICLARI R. *La riforma mancata del patto di famiglia: occasione persa o viatico per una più attenta riflessione?*, in *Riv. not.*, fasc.1, 2012, secondo il quale “la tecnica normativa della proposta di riforma rimane piuttosto approssimativa, anzi, le difficoltà di un lessico già caratterizzato da scarso rigore e che meriterebbe semmai di essere riordinato, sono arricchite dall’ingresso di ulteriori fattori di potenziale disorientamento.

⁸⁴ La riforma prospetta, in aggiunta ed a completamento della nozione vigente, avrebbe comportato, infatti, sostanzialmente due conseguenze: 1) il riconoscimento esplicito della differibilità dell’effetto traslativo (alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione sospensiva non retroattiva) anche ad un tempo successivo alla morte dell’imprenditore; 2) la previsione a corredo di due peculiari misure: la nomina da parte dell’imprenditore di un “terzo” al quale delegare l’amministrazione dell’impresa o la designazione dell’assegnatario; la qualificazione dell’azienda, delle partecipazioni societarie e dei relativi frutti alla stregua di un “patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello del terzo”, su cui “non sono ammesse azioni dei creditori del terzo o nell’interesse degli stessi”, analogamente a quanto avviene nel trust.

intercorrente tra lo strumento del patto di famiglia ed il divieto dei patti successori di cui al medesimo articolo, per poi verificare se la nuova fattispecie contrattuale costituisca una deroga al divieto dei patti successori ed in tal caso se sia una deroga al divieto dei patti successori istitutivi, dispositivi o rinunziativi.

Sotto quest'ultimo profilo, salvo quanto si andrà meglio ad argomentare nel prosieguo della presente analisi, è sin d'ora possibile anticipare che, mentre si esclude la ricorrenza nell'istituto *de quo* di negozi *mortis causa* in deroga, dunque, al divieto di patti successori istitutivi, ben più delicata si presenta, invece, la questione relativa alla possibile interferenza con l'ambito dei patti successori dispositivi e rinunziativi.

Non si può tentare di dare una soluzione alla questione dell'esatto inquadramento giuridico del nuovo istituto, negli accennati limiti del vaglio di compatibilità con il divieto dei patti successori, senza prima analizzarne, in profondità, gli aspetti strutturali, funzionali ed applicativi, talora non chiariti dallo stesso legislatore della riforma, che affida all'interprete un testo codicistico a dir poco imperfetto e ambiguo.

Non appare superfluo procedere all'analisi del contesto storico in cui è maturata la novella del 2006, ripercorrendo preliminarmente, nelle pagine che seguono immediatamente, le fasi della evoluzione normativa che hanno portato alla introduzione del patto di famiglia nel nostro ordinamento, passando per una breve ricognizione del dibattito dottrinale che si è sviluppato intorno alla relativa proposta di riforma.

2. Quadro storico in cui è maturata la proposta di riforma.

Come anticipato, l'esigenza di una revisione delle categorie dogmatiche del diritto ereditario era già da tempo fortemente avvertita tra gli operatori giuridici ed economici, in ragione della necessità di conciliare rapidità e affidabilità dei traffici giuridici, fortemente ostacolate dalle regole del formalismo successorio.

Soprattutto, si era fatta sempre più pressante nel tempo la proposta avanzata in dottrina di intervenire con maggiore incisività sulla architettura del sistema successorio dell'ordinamento italiano, in particolare in chiave di superamento, o, per lo meno, di ridimensionamento della rigidità del tradizionale divieto dei patti successori⁸⁵.

Tale necessità si presentava ancora più lampante alla luce del raffronto con le esperienze europee che già ammettevano da tempo, sia pure con diverse varianti, la possibilità di concludere patti successori⁸⁶.

La stessa Unione Europea, dal canto suo, aveva sollevato a più riprese il problema del passaggio generazionale delle imprese e ripetutamente esortato nel senso di una riforma del diritto successorio⁸⁷ tutti gli Stati membri, ivi compreso

⁸⁵ Sull'esigenza, avvertita a livello sociale, di una revisione del divieto di patti successori, o addirittura di un superamento degli stessi, si vedano in particolare: RESCIGNO P., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; ROPPO V., *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.* 1997.

Al riguardo, cfr. anche GAZZONI F., *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. Not.*, 2001, il quale sottolinea che tale istanza di superamento del divieto abbia, negli ultimi anni, permeato a fondo pure la giurisprudenza, come confermato dal proliferare di pronunce (anche d'ilegitimità) tendenti ad affermare la liceità di figure contrattuali interferenti col suddetto divieto; pertanto, l'istanza sociale di superamento del divieto parrebbe tradursi, sul piano giurisprudenziale, in un atteggiamento volto alla progressiva erosione del precetto di cui all'art. 458 c.c.

⁸⁶ Al pari dell'ordinamento tedesco, di cui si è visto, anche altri ordinamenti appartenenti al medesimo ceppo germanico, quali quello svizzero e quello austriaco, ammettono e disciplinano espressamente alcune forme di patto successorio. Il codice civile svizzero (artt. 468, 481, 494, 495 e 512 ss. c.c.) riconosce e regola il patto istitutivo e quello rinunciativo; il codice civile austriaco (parr. 602, n. 1249 ABGB) ammette la stipulazione di patti successori solo tra coniugi, assimilandoli ai patti nuziali.

⁸⁷ Cfr. Raccomandazione della Commissione UE del 7 dicembre 1994, "Sulla successione nelle piccole e medie imprese" (94/1069/CE), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale C.E. n. L 385 del 31 dicembre 1994, pp.

quello italiano, che non prevedevano forme differenziate di successione in relazione alla qualità dei beni trasmessi in successione, né disciplinavano tipologie di contratti a finalità successoria.

In particolare, nella Raccomandazione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese, la Commissione Europea, preso atto che *“ogni anno diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili imputabili ad un’insufficiente preparazione della successione”*, aveva affermato, tra l’altro, che *“gli Stati membri dovrebbero rimuovere gli ostacoli che possono derivare da talune disposizioni del diritto di famiglia o del diritto di successione: ad esempio la cessione tra coniugi dovrebbe essere consentita, il divieto dei patti successori dovrebbe essere attenuato e la riserva in natura esistente in taluni paesi dovrebbe essere trasformata in riserva in valore”*.

Ancora, il problema relativo al passaggio generazionale delle piccole e medie imprese veniva ripreso dalla Commissione Europea che, nella Comunicazione del 28 marzo 1998⁸⁸, sollecitava gli Stati membri a *“proseguire e intensificare i loro sforzi per facilitare la trasmissione delle imprese, agendo sulla semplificazione legislativa e amministrativa”*, osservando che *“specialmente nel caso delle imprese familiari, gli accordi (interfamiliari) possono essere utilizzati per tramandare determinati criteri gestionali da una generazione all’altra”*, perciò *“là dove i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo), gli Stati membri dovrebbero considerare l’opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica inutilmente la buona gestione del patrimonio familiare”*.

14 sgg. Per approfondire la tematica dell’intervento degli organi comunitari sul fenomeno della trasmissione *mortis causa* dei beni imprenditoriali e produttivi, nonché per apprezzare quale possa essere stato l’impatto, anche sistematico, di tale intervento nell’ambito del diritto successorio del nostro ordinamento, si veda, in particolare, CALÒ E., *Piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997.

⁸⁸ Comunicazione della Commissione 28 marzo 1998, n. 98/C 93/02 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. 93/2 del 28 marzo 1998.

Di qui, l'esigenza di provvedere anche nel nostro Paese a rendere più efficienti quelle norme disciplinanti la trasmissione ereditaria delle imprese di piccole e medie dimensioni, di modo che il diritto successorio “*non possa mettere in pericolo la continuità dell'impresa*”⁸⁹.

Si spiega, alla luce di tutto quanto sopra, la sempre maggiore attenzione dedicata - dagli studiosi del diritto civile prima, e dallo stesso Legislatore poi - allo strumento contrattuale in funzione successoria, quale possibile soluzione alle necessità tipiche della programmazione aziendale.

Nel nostro Paese l'impulso riformatore proveniente dall'Unione Europea ha richiamato l'attenzione del Consiglio Nazionale delle Ricerche, il quale ha avuto il merito di commissionare lo studio sul “*regime successorio dei beni produttivi*” ad un gruppo di noti giuristi, autorevolmente coordinato dai Professori Antonio Masi e Pietro Rescigno⁹⁰.

Dalle riflessioni condotte nell'ambito del gruppo di studio⁹¹ nell'arco dell'anno 1996 - 1997, è scaturita una proposta di riforma legislativa, presentata in Parlamento

⁸⁹ La Comunicazione ha evidenziato come “la trasmissione delle imprese è un problema di enorme rilievo della politica di impresa della Commissione europea. Dopo la creazione e la crescita, la trasmissione è la terza fase cruciale nel ciclo della vita di un'impresa. Nel momento in cui il fondatore si ritira e passa le consegne, in gioco ci sono i posti di lavoro. Studi recenti hanno dimostrato che, nel corso dei prossimi anni, oltre 5 milioni di imprese nell'Unione Europea, pari al 30% circa di tutte le imprese europee, dovranno far fronte al problema della trasmissione. Il 30% circa di esse, cioè 1,5 milioni, spariranno per insufficiente preparazione alla loro trasmissione, compromettendo 6,3 milioni di posti di lavoro circa”.

⁹⁰ Del gruppo di studio facevano parte, oltre ai due coordinatori Masi e Rescigno, pure i Professori Alpa, Fedele, Portale, Puri, Stella Richter jr., Tondo e Zoppini, ed i notai Ieva e Raiti.

⁹¹ L'operato del gruppo di studio menzionato è stato oggetto di approfondita analisi durante il Convegno svoltosi il 24 marzo 1997, presso l'Università di Macerata, intitolato “Successione nell'impresa e società a base familiare”.

Delle riflessioni compiute in detto convegno e dei risultati formulativi scaturiti dalla ricerca suddetta, si legge, in particolare, in: DEL PRATO E., *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.* 2001; IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997; STELLA RICHTER M. Jr., *Il «patto di impresa» nella successione nei beni produttivi*, *Diritto Privato*, Padova, 1998; ZOPPINI A., *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Dir. Priv.*, Padova, 1998.

in due battute, prima da parte del Senatore Pastore, poi, nella legislatura successiva, da parte dell'Onorevole Buemi⁹².

Entrambe le proposte di legge sono in seguito confluite, con ulteriori modifiche e rimaneggiamenti, nel testo da ultimo approvato della legge del 14 febbraio 2006 n. 55, che ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del patto di famiglia.

2.1 (segue) “Patto di famiglia” e “patto d’impresa” nel progetto Masi-Rescigno.

Le problematiche pratiche che strettamente si collegano all'organizzazione delle imprese e del mercato e alla molteplicità di interessi che vi gravitano intorno, nonché la necessità di tutelare interessi più strettamente familiari, hanno costituito sicuramente la trama sulla quale si sono svolti gli interventi della commissione Masi-Rescigno⁹³.

La lettura delle relazioni che accompagnavano le due proposte di legge consente di desumere, in particolare, che l'elaborato progetto di riforma mirava a realizzare un non facile contemperamento fra le norme di tutela dei legittimari – mai poste in discussione – e l'esigenza dell'imprenditore di assicurare alla propria azienda

⁹² Cfr. rispettivamente il disegno di legge S/1353/XIV («Nuove norme in materia di patti successori relativi all'impresa»), comunicato alla Presidenza del Senato il 23 aprile 2002 e il disegno di legge C/3870/XIV («Introduzione dell'articolo 734-bis del codice civile, in materia di patti successori d'impresa»), presentato l'8 aprile 2003 alla Camera dei Deputati.

Le relazioni che accompagnavano le suddette proposte di legge, dopo avere evocato il principio ex art. 458 c.c., ricordano che “va diffondendosi sempre più, sia nel mondo accademico, sia in quello delle professioni, sia nella pubblica opinione, la convinzione della necessità, se non di annullare tali divieti, quanto meno di ridimensionarli, ammettendone deroghe sempre più ampie; infatti la rigidità del nostro ordinamento in materia contrasta non solo con il fondamentale diritto all'esercizio dell'autonomia privata, riconosciuto e tutelato in via generale dal codice civile e, ancor più, dalla Costituzione, ma altresì con la necessità di garantire la dinamicità degli istituti collegati all'attività di impresa, assicurando la massima commerciabilità dei beni nei quali si traduce giuridicamente l'attività stessa: l'azienda, nella quale si realizza l'impresa individuale, e le partecipazioni sociali nelle quali si concretizza l'impresa collettiva, quella svolta cioè in forma societaria”.

⁹³ Sul processo storico che ha condotto all'attuale formulazione del patto di famiglia v. IANNELLO E.M. , *I lavori preparatori, in Il patto di famiglia*, a cura di G. Palermo, Torino, 2009.

una successione non aleatoria, attraverso attribuzioni a favore di uno o più dei propri discendenti, caratterizzate da certezza e definitività⁹⁴.

In vista di tale obiettivo, anche in ossequio all'orientamento degli organi comunitari, il gruppo di studio Masi-Rescigno si è trovato dinanzi al difficile compito di superare, o comunque di provare a scalfire, due granitici principi normativi propri del nostro ordinamento: per un verso, il divieto dei patti successori, per l'altro verso la tradizionale insensibilità della disciplina delle successioni *mortis causa* rispetto alla natura dei beni trasmessi (nel senso che il regime giuridico in vigore riserva identico trattamento a tutti i beni che rientrano nel patrimonio del *de cuius*, ivi compresa l'azienda)⁹⁵.

Sotto il primo aspetto, il progetto testé citato ha preso le mosse dalla premessa di carattere generale - assunta a fondamento di ogni indagine in materia di revisione del divieto dei patti successori - secondo cui non esiste nella Costituzione alcuna preclusione in ordine all'eventuale introduzione legislativa di una forma di delazione successoria di natura contrattuale⁹⁶.

Infatti, si è osservato, l'art. 42 Cost.⁹⁷, che stabilisce un forte legame tra proprietà privata e vicenda successoria, rinvia alla legge ordinaria per la fissazione

⁹⁴ IEVA M., *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* diretto da Rescigno, coordinato da Ieva, 2010.

⁹⁵ CASU G., *Il patto di famiglia. Rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione*, Pubblicato nella rivista Studi e Materiali CNN, 2/2006.

⁹⁶ L'osservazione in questione, ormai unanimemente accolta e riconosciuta nella dottrina contemporanea, si deve, principalmente, al contributo di RESCIGNO P., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.

⁹⁷ Questo il testo dell' art. 42 Cost.: "La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità".

delle norme e dei limiti relativi alla successione legittima e testamentaria; così mostrando di voler lasciare il legislatore ordinario libero di optare, a sua discrezione, per l'eventuale introduzione di forme alternative di delazione successoria.

Quanto al secondo profilo, legato al disinteresse che l'ordinamento mostra verso la natura dei beni che cadono in successione, gli interpreti hanno messo in evidenza la pericolosità⁹⁸ di un tale trattamento indiscriminato nella trasmissione ereditaria di ricchezza, in relazione alla continuazione e alla sopravvivenza stessa della impresa⁹⁹.

Il ricambio generazionale nel controllo dell'attività gestoria, infatti, è un momento molto delicato nella vita dell'impresa, la cui continuità rischia di essere compromessa dalla litigiosità degli eredi, dalla loro inesperienza o incompetenza tecnica, oppure, nel migliore dei casi, dalla frammentazione gestionale provocata dalla successione di una pluralità di eredi¹⁰⁰.

⁹⁸ LUCCHINI GUASTALLA E., *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio – Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, 2007.

⁹⁹ Sulla tematica del passaggio generazionale dell'impresa, si vedano: SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza, Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; ZOPPINI A., *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, (nota a margine della teoria dei beni), in *Riv. dir. civ.*, 2000, il quale osserva che l'impresa ha una sua dinamica interna, che la vicenda successoria inevitabilmente si trova ad interrompere.

Al riguardo, si segnalano dati numerici piuttosto preoccupanti, i quali indicano che nel nostro Paese solo il 30% delle imprese sopravvive al primo passaggio generazionale, mentre soltanto il 15% sopravvive al secondo.

¹⁰⁰ Sul punto risultano illuminanti le parole di John Maynard Keynes il quale sosteneva che: "il seme della decadenza intellettuale del capitalismo individualistico vada ricercato in un istituto che non è affatto caratteristico del capitalismo stesso, ma che è stato mutuato dal precedente sistema sociale feudale, vale a dire il principio ereditario. Il principio ereditario nella trasmissione della ricchezza e del controllo d'impresa dà ragione della debolezza e della stupidità della direzione della causa capitalistica. In essa, infatti, predominano uomini di terza generazione. Nulla più dell'attaccamento al principio ereditario garantisce la decadenza di un'istituzione sociale. Una riprova di ciò è che la Chiesa, di gran lunga la più antica delle nostre istituzioni, si è sempre tenuta lontana da questo tarlo" (Keynes, 1925, p. 49).

Alla luce di tali considerazioni, si è posta, per la prima volta, la necessità di predisporre legislativamente un sistema differenziato di circolazione per i c.d. “*beni produttivi*”, tra i quali precipua importanza è rivestita dall’azienda.

La proposta di riforma formulata dalla Commissione Masi – Rescigno, nella sua prima stesura, suggeriva di tenere distinte la disciplina per la trasmissione dell’azienda dell’imprenditore individuale dalla disciplina per la trasmissione delle partecipazioni societarie, introducendo due nuovi istituti: il “*patto di famiglia*”, collocato nelle norme successorie dopo l’art. 734 c.c, riguardante la trasmissione dell’azienda dell’imprenditore individuale¹⁰¹, ed il “*patto d’impresa*”, da introdursi tra le previsioni in materia di società all’art. 2355-bis, riguardante le clausole di predisposizione successoria per il trasferimento delle partecipazioni societarie¹⁰² e, quindi, rivolto alle imprese esercitate in forma collettiva.

¹⁰¹ Di seguito, si riporta il testo dell’art. 734-bis c.c., secondo la formulazione proposta dalla commissione Masi- Rescigno:

“L’imprenditore può assegnare, con atto pubblico, l’azienda a uno o più discendenti.

Al contratto devono partecipare, oltre all’imprenditore, i discendenti che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione.

Coloro che acquistano l’azienda devono liquidare gli altri discendenti legittimari e non assegnatari, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma non inferiore al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti.

Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o riduzione.

All’apertura della successione dell’imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non vi abbiano partecipato possono chiedere ai beneficiari del contratto il pagamento della somma prevista dal terzo comma, aumentata degli interessi legali”.

¹⁰² Di seguito, si riporta il testo dell’art. 2355-bis c.c., secondo la formulazione proposta dalla commissione Masi-Rescigno:

“L’atto costitutivo può prevedere a favore della società, dei soci o di terzi, il diritto di acquistare le azioni nominative cadute in successione.

Per l’esercizio del riscatto, l’atto costitutivo non può prevedere un termine superiore a sessanta giorni dalla comunicazione alla società dell’apertura della successione. Se non espressamente previsto, il termine è di sessanta giorni.

Il prezzo deve corrispondere al valore delle azioni e, salvo patto contrario, deve essere corrisposto contestualmente all’esercizio del riscatto.

In caso di mancato accordo, il valore è determinato da un perito nominato ai sensi dell’art. 2343-bis.

I costi della perizia sono a carico di chi intende esercitare il riscatto.

Dalla apertura della successione all’esercizio del riscatto, o all’espresso rifiuto di esercitarlo ovvero alla scadenza del termine di cui al secondo comma, il diritto di voto per le azioni cadute in successione è sospeso, ma esse sono tuttavia computate nel capitale ai fini del calcolo delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell’assemblea. È altresì sospeso il termine per esercitare il diritto di opzione”.

Nella bozza originaria, dunque, la disciplina del “patto di famiglia”, più innovativa e che avrebbe recato deroghe a numerosi principi dell’ordinamento, sarebbe stata finalizzata a consentire il trasferimento del patrimonio aziendale ad un proprio discendente già durante la vita dell’imprenditore, realizzando contrattualmente una sorta di “*anticipata successione*”.

Il “patto di impresa”, invece, avrebbe derogato soltanto al principio della corresponsione della legittima in natura, e sarebbe stato finalizzato ad ammettere una regolazione contrattuale della sorte delle partecipazioni societarie al momento di apertura della successione, operazione peraltro in uso nella prassi, che già vedeva gli statuti di molte società ispirarsi a tali criteri¹⁰³.

I commenti che hanno seguito la prima bozza del progetto di riforma si sono concentrati, fin da subito, sull’impatto che le due norme avrebbero avuto sul divieto dei patti successori.

Sulla scorta della nozione di atto mortis causa quale atto che regola rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto¹⁰⁴, si arrivò alla

¹⁰³ Sul punto v. per tutti IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d’impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997; cfr. inoltre sul tema PALAZZO A., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita notar.*, 1993.

Interessante al riguardo il testo della clausola contenuta nello statuto della “Giovanni Agnelli e c. - Società in accomandita per azioni”, ove all’art. 6 si legge «Le azioni pervenute in proprietà o altro diritto reale per donazione o successione legittima o testamentaria a soggetti che non siano discendenti consanguinei dell’azionista dante causa o di altri possessori di azioni dovranno essere offerte in opzione a questi ultimi nei modi e con gli effetti di cui ai precedenti commi [ove sono disciplinate le modalità dell’offerta e il criterio di determinazione del prezzo di acquisto - n.d.r.]. Fino a quando, non sia stata fatta l’offerta e non risulti che questa non è stata accettata, l’erede, il legatario, o il donatario non sarà legittimato all’esercizio del diritto di voto e degli altri diritti amministrativi inerenti alle azioni e non potrà alienare le azioni, con effetto verso la società, a soggetti diversi dagli altri possessori di azioni».

Sul tema delle clausole che limitino la circolazione delle azioni nelle s.p.a. e delle quote delle s.r.l. si vedano ora, rispettivamente, gli artt. 2355-bis e 2469 c.c., così come risultanti dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 («Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366»).

¹⁰⁴ Sui requisiti del negozio mortis causa, si rimanda al rigoroso inquadramento definitorio di GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., pp. 37 sgg., e alla ricostruzione operata nel Capitolo I della presente trattazione.

conclusione che il “patto di famiglia” non configurasse un vero e proprio patto successorio istitutivo poiché, sul piano oggettivo, l’azienda era individuata in riferimento al momento dell’atto dispositivo, l’effetto attributivo avrebbe avuto decorrenza immediata e immediata sarebbe stata anche la determinazione dei soggetti beneficiari.

Cosicché, si disse, la vera portata dirompente dell’istituto del patto di famiglia riposerebbe non tanto in una deroga al divieto dei patti successori, bensì nell’inciso “quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o riduzione” (riproposto, poi, quale elemento portante pure del patto di famiglia di cui all’art. 768-bis), comportante una disattivazione dei meccanismi di riduzione e collazione, cioè degli strumenti di tutela *post mortem* che l’ordinamento riconosce ai familiari del *de cuius*¹⁰⁵.

A conclusioni diametralmente opposta si giunse con riguardo al “patto di impresa” che, invece, avrebbe configurato effettivamente un patto successorio istitutivo, eccezionalmente ammesso.

Infatti, mentre per il “patto di famiglia” veniva escogitato un meccanismo traslativo immediato, per il “patto di impresa” si immaginava la possibilità di introdurre nell’atto costitutivo un diritto di riscatto a “favore della società, dei soci o di terzi” delle azioni nominative cadute in successione.

Tale figura avrebbe consentito di prevedere nell’atto costitutivo della società l’obbligo per gli eredi del socio defunto di vendere le azioni di cui il *de cuius* fosse stato titolare al momento della propria morte, a favore della società, dei soci o di terzi.

In altri termini, l’evento morte avrebbe avuto doppia incidenza (oggettiva e soggettiva), poiché sia i beneficiari del patto, che l’oggetto dell’attribuzione, indeterminati al momento dell’introduzione nello statuto sociale del patto d’impresa, sarebbero stati individuabili solo al momento dell’apertura della successione: i primi,

¹⁰⁵ Al riguardo si veda in particolare IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d’impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997.

nelle persone dei soci sopravvissuti al *de cuius*; il secondo, nella quantità di azioni di cui il socio defunto risultava titolare al tempo della morte (ciò costituendo niente più che il c.d. *quod superest*).

Inoltre, l'obbligo di vendita a carico degli eredi non sarebbe stato contratto dal socio in prima persona e da questi trasferito agli eredi *iure successionis*, ma sarebbe stato un obbligo nascente direttamente nel patrimonio dei suoi eredi¹⁰⁶, in virtù della stipulazione precedentemente intercorsa in seno alla società (e, dunque, *inter alios*).

Un simile risultato, in mancanza di una norma siffatta, non si sarebbe potuto ottenere se non attraverso una disposizione testamentaria (ad esempio, un legato o un sublegato di vendita, oppure attraverso un *modus* apposto ad un legato o ad un'istituzione d'erede).

In definitiva, l'introduzione di queste due nuove fattispecie all'interno del sistema, come dichiarato dagli stessi ideatori del progetto di riforma, avrebbe dovuto realizzare una ripartizione consensuale del controllo dell'azienda attuata “*con l'anticipare gli effetti della divisione ereditaria e col consentire la liquidazione dei successori che non hanno la capacità o la volontà di divenire imprenditori*”¹⁰⁷.

Nonostante la mancata approvazione della proposta di riforma, le ragioni ispiratrici e molte delle scelte fondamentali compiute dal gruppo di studio Masi-Rescigno sono state poi effettivamente accolte in sede di introduzione dell'odierno istituto del patto di famiglia.

Non possono negarsi, infatti, forti aspetti di contiguità tra l'istituto delineato dall'art. 734-bis, nel descritto disegno di legge, e quello ora disciplinato agli artt. 768-bis e sgg. c.c., di cui il primo costituisce senz'altro l'antecedente logico.

Allo stesso modo, colpisce la somiglianza tra il “patto di impresa”, così come proposto nel citato progetto, e la formulazione dell'attuale art. 2355-bis c.c.,

¹⁰⁶ Al riguardo si veda ancora IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997.

¹⁰⁷ Così la presentazione del progetto di riforma a cura del gruppo di lavoro sulla successione nell'impresa di famiglia.

concretamente adottata, poi, in sede di riforma del diritto societario, con il d. lgs. n. 6/2003.

Una differenza piuttosto netta, invece, si percepisce nel fatto che l'istituto oggi delineato agli artt. 768-bis sgg. c.c., non distingue tra patto di famiglia avente ad oggetto un'azienda e patto di famiglia avente ad oggetto partecipazioni societarie.

Al contrario, nel disegno della commissione Masi-Rescigno l'ambito oggettivo del "patto di famiglia" era circoscritto alle imprese individuali di medio-piccole dimensioni, mentre la trasmissione delle partecipazioni societarie era consegnata all'istituto del "patto d'impresa", rivolto alle imprese esercitate in forma collettiva¹⁰⁸.

In definitiva, da istituto inizialmente pensato come destinato a piccolissime imprese non in grado di strutturarsi in forma societaria e, quindi, alla circoscritta realtà economica dell'impresa individuale¹⁰⁹, il patto di famiglia, viene così proiettato a soddisfare anche l'esigenza di sopravvivenza dell'impresa collettiva¹¹⁰.

Tale rilievo non è di poco conto, in quanto pone in evidenza come la spinta riformatrice del legislatore del patto di famiglia, allargando l'ambito operativo dell'istituto anche ai trasferimenti aventi ad oggetto partecipazioni in enti societari di qualsiasi dimensione, sia andata ben oltre le aspettative in origine concepite in seno al progetto Masi-Rescigno, ed abbia superato anche le soluzioni sollecitate dagli organi comunitari attivatisi con la Raccomandazione 94/1069/CE del 7 dicembre 1994¹¹¹.

¹⁰⁸ Di questo secondo ambito si approprierà la riforma del diritto societario del 2003, che intervenendo più in generale sulle regole di circolazione delle partecipazioni di società di capitali (spa e srl), detterà all'interno degli artt. 2355 bis e 2469 c.c. anche regole destinate a disciplinare le clausole di predisposizione successoria.

¹⁰⁹ IEVA M., *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari, in Tradizione e modernità nel diritto successorio, Dagli istituti classici al patto di famiglia, a cura di Delle Monache Stefano— CEDAM — Anno 2007.*

¹¹⁰ CAROTA L., *"Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia", — CEDAM — Anno 2008.*

¹¹¹ Secondo le espresse indicazioni della Commissione Europea, il processo di differenziazione del diritto successorio, sulla base della diversità dei beni trasmessi, doveva avere riguardo soltanto alla trasmissione delle piccole e medie imprese, non anche al trasferimento di quote partecipative in società aventi imponenti

dimensioni e partecipazioni assai frammentate. In questo senso si veda, per tutti, CALÒ E., *Piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1997.

3. Interessi tutelati e criteri interpretativi.

Facendo proprie le riflessioni e le linee guida che avevano orientato le esperienze progettuali pregresse, il Legislatore del patto di famiglia ha operato scelte di fondo incanalate in larga misura, anche sul piano normativo, in un'ottica di continuità con la originaria proposta di riforma¹¹².

Non si può negare che, in entrambi i casi, si avesse di mira per un verso, l'interesse generale alla promozione dell'attività di impresa e, per altro verso, quello privato di ciascun imprenditore all'autoregolamentazione del proprio assetto patrimoniale¹¹³.

Tuttavia, come si è già avuto modo di anticipare, occorre sgomberare il campo da possibili fraintendimenti su questo punto, poiché sono molteplici gli indici rivelatori di una certa preferenza del Legislatore per la prima delle due linee direttrici suddette.

Innanzitutto, bisogna riconoscere, senza ipocrisie, che l'interesse privato dell'imprenditore a una "sistemazione" sicura della propria impresa, da solo considerato, non avrebbe certo potuto giustificare la gradazione assiologica tra le diverse componenti del patrimonio del disponente, si trattasse o meno di beni produttivi ovvero di altra natura¹¹⁴.

È unicamente sulla scorta dell'interesse superiore dell'impresa che si è acconsentito a un trattamento successorio differenziato tra i beni del disponente, rispetto ai quali il patto di famiglia ha introdotto un "doppio binario", proprio in

¹¹² Si veda ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, secondo il quale non pare dubitabile che "il meccanismo tecnico allora descritto sia stato integralmente recuperato dal legislatore, seppure rendendo meno nitidi i presupposti applicativi e così pure la dinamica effettuale".

¹¹³ OBERTO G., *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F.GALGANI, Padova, 2006.

¹¹⁴ Così CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006.

ragione della diversa natura e del diverso rilievo che essi hanno nel contesto dell'economia nazionale¹¹⁵.

Tanto è vero che il patto di famiglia non pare estensibile ad alcun tipo di bene che sia diverso dall'azienda, ovvero da partecipazioni societarie¹¹⁶.

Solo per questi ultimi è consentito all'imprenditore di pianificare per tempo il passaggio generazionale, stipulando un accordo con il quale, nel contempo avviene il trasferimento a titolo liberale e si realizza un assetto destinato ad essere stabile e a non poter essere messo in discussione dall'esercizio dei diritti e dei rimedi connessi ai diritti dei legittimari.

Per tutti gli altri beni, invece, restano operanti i tradizionali, e ben più rigidi, divieti del diritto successorio.

Ciò appare confermato anche dal fatto che, come si vedrà, al disponente non è neppure consentito far ricadere sotto lo "schermo protettivo" del patto di famiglia le liquidazioni compensatorie delle quote dei legittimari diversi dagli assegnatari, dovendo necessariamente tali attribuzioni provenire dal patrimonio proprio di questi ultimi¹¹⁷.

¹¹⁵ Sul punto, nel corso dei lavori preparatori si è affermato il principio per cui il trattamento differenziato dei beni produttivi "non si pone in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza" (che impone di trattare allo stesso modo situazioni identiche), proprio perché rispetto ad essi l'interesse alla continuità dell'impresa prevale su quello di evitare il pregiudizio dell'interesse dei legittimari. Parzialmente diversa è l'opinione espressa da A. ZOPPINI, "L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia", in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 270 ss. (lo scritto si trova riprodotto anche negli Studi in onore di G. Cian, con il titolo *Profili sistematici della successione "anticipata"*. Note sul patto di famiglia), rileva che mentre "si giustifica una deroga alla disciplina generale delle successioni per l'azienda, bene produttivo non divisibile, è del tutto illogico e probabilmente incostituzionale che il presupposto di una disciplina derogatoria sia legata al fatto che nel patrimonio compaiano partecipazioni sociali".

¹¹⁶ Così ZOPPINI A., *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il Sole 24 ore*, 3 febbraio 2006.

¹¹⁷ Si è giustamente osservato in dottrina che, se la liquidazione delle quote agli altri legittimari fosse stata consentita al disponente, si sarebbe spalancata la via ad una vera e propria *divisio inter liberos* per atto tra vivi di tutto il patrimonio del disponente, inattuabile sia prima che dopo l'apertura della successione, nonostante l'eventuale violazione delle norme a tutela dei legittimari. Si sarebbe trattato di un passo troppo azzardato, per il quale il nostro sistema e la nostra cultura non sembrano ancora pronti, malgrado talune proposte legislative in tal senso, peraltro rimaste lettera morta (Cfr. la proposta di legge C/4727/XIV,

Sempre nel nome dell'interesse pubblicistico dell'impresa e del mercato si giustificano i limiti soggettivi prescritti per il patto di famiglia, dal momento che la trasmissione successoria in forma anticipata a mezzo del patto de quo può prodursi solo in favore di alcuni legittimari del disponente e non di altri.

Anche l'attribuzione in capo all'ascendente il compito di selezionare tra i suoi discendenti quello che presenti maggiori capacità manageriali, è frutto di un preciso calcolo del legislatore, ancora una volta in un'ottica di salvaguardia della continuità dell'attività di impresa.

Infatti, recuperando l'idea del *pater* quale sommo giudice di ciò che più conviene alla funzionalità futura dell'azienda, la novella ha consegnato la facoltà di scegliere il discendente al quale assegnare l'azienda proprio a colui che meglio di chiunque altro è in grado di valutare l'interesse della propria impresa.

Del resto, la prevalenza dell'interesse generale alla promozione dell'attività d'impresa, rispetto a quello privato dell'imprenditore alla autoregolamentazione del proprio assetto patrimoniale, risulta conclamato nella stessa relazione alla originaria proposta di legge n. 3870 dell'8 aprile 2003, in cui si legge che *“la ratio del provvedimento deve essere rinvenuta nell'esigenza di superare in relazione alla successione di impresa la rigidità del divieto dei patti successori, che contrasta non solo con il fondamentale diritto all'esercizio dell'autonomia privata, ma altresì e soprattutto con la necessità di garantire la dinamicità degli istituti collegati all'attività d'impresa”*.

Assodato, dunque, che il terreno guadagnato alla facoltà di scelta del disponente è, in realtà, uno spazio conquistato alla negozialità dall'interesse d'impresa, in questa prospettiva dovranno essere interpretate le singole disposizioni di cui agli artt. 768-bis e ss., se si vuole dimensionare correttamente l'istituto del patto di famiglia.

d'iniziativa dei deputati Collavini e altri, presentata il 19 febbraio 2004, dal titolo «Modifiche al codice civile in materia successoria e abrogazione delle disposizioni relative alla successione necessaria».)

4. Il patto di famiglia: definizione e caratteri dell'istituto.

La novella del 2006 ha introdotto nell'originario tessuto codicistico del titolo quarto del libro secondo il Capo V-bis, rubricato "*Del patto di famiglia*", di cui fanno parte gli articoli che vanno dal 768-bis al 768-octies, tutti di nuova formulazione.

In secondo luogo, con una tecnica di innovazione legislativa forse meno marcata, ma che ha avuto un impatto senz'altro più clamoroso, ha modificato, il dispositivo dell'art. 458 c.c., inserendo nella formulazione attuale l'inciso "*fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti*".

Tale clausola di salvezza conferma la consapevolezza del Legislatore di aprire una breccia all'interno del divieto dei patti successori sancito dalla stessa disposizione, salvo poi verificare la concreta portata della deroga, posto che, almeno stando alla lettura più condivisa, il nuovo istituto pare doversi confrontare soltanto con alcune delle tipologie di patti successori¹¹⁸.

Tant'è che alla dottrina occupatasi di questo aspetto è parso verosimile che, a dispetto della illusione suscitata nell'imminenza dell'approvazione della legge di riforma, nell'anteporre la previsione di salvezza del nuovo istituto, il legislatore si sia lasciato trasportare da un entusiasmo eccessivo per la assoluta novità introdotta nell'ordinamento e dall'intento, dunque, di dare ad essa immediata risonanza¹¹⁹.

In realtà, come si avrà modo di mettere in evidenza nel prosieguo della trattazione, l'introduzione del patto di famiglia ha avuto ripercussioni molto meno incisive di quanto ci sia spettasse, e il divieto dei patti successori ne risulta di poco scalfito.

¹¹⁸ Secondo la lettura di gran lunga più diffusa, ancorché non incontrastata, vengono in rilievo solo gli effetti di patti dispositivi e rinunciativi, che giustificerebbero la segnalata modifica apportata all'art. 458 c.c.

¹¹⁹ CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006.

Tralasciando per il momento questo aspetto, e volendo procedere ad un discorso più strettamente ermeneutico, occorre partire da una definizione dell'istituto, che sappia cogliere con esattezza i profili strutturali della figura, nonché quelli di natura oggettivo-attributiva.

Dal compito di ricostruire una nozione esauriente di patto di famiglia, l'interprete è dispensato dallo stesso art. 768-bis c.c., che, almeno in questo, si dimostra autosufficiente.

La norma definisce il patto di famiglia come *“il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti”*.

Non pare dubitabile, dunque, che il patto di famiglia è da ascrivere alla categoria generale dei contratti; anzi, è questo uno dei pochi punti non in discussione.

Di qui, l'applicabilità della normativa in tema di contratto, per quanto non previsto dagli artt. 768-bis ss., naturalmente, sempre che siano compatibili con la struttura del nuovo contratto.

Altra caratteristica del patto di famiglia, su cui le opinioni sono pressoché unanimi, è che a fronte dell'attribuzione il disponente non riceve alcun corrispettivo, il che suggerisce la natura gratuita del trasferimento¹²⁰.

Si tratta, inoltre, di un contratto forma solenne, per la cui conclusione è necessaria la forma dell'atto pubblico, a pena di nullità (art. 768-ter c.c.).

Per il resto, la disciplina in oggetto si dimostra, ad un tempo, embrionale ed incompleta¹²¹, presentando molteplici profili di incertezza.

¹²⁰ In questo senso DE NOVA G., *Commento all'art. 2, l. 14 febbraio 2006, n. 55 (art. 768-bis)*, in DE NOVA-DELFINI-RAMPOLLA-VENDITTI, 2006; DI MAURO N. - VERDICCHIO V., *Commento all'art. 768-bis c.c. (Nozione)*, in DI MAURO-MINERVINI E.-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia Civile*, 2006.

¹²¹ Così espressamente, BALESTRA L., *Commento all'art. 768-bis cod. civ.*, in *Il patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007.

Proprio in considerazione dei numerosi dubbi che aleggiavano intorno alla fattispecie negoziale in esame, e nella convinzione che non è questa la sede adatta a fugarli tutti, si è scelto di limitare opportunamente il campo di indagine della presente trattazione, agli aspetti maggiormente connessi, a parere di chi scrive, al problema del rapporto esistente tra patto di famiglia e divieto di cui all'art. 458 cod. civ., tralasciando quelli che, per quanto di grande interesse, meno si attagliano al percorso argomentativo qui intrapreso.

Innanzitutto, pur mancando di evidenziare molteplici profili dell'istituto in esame, per la ricostruzione dei quali dovrà attingersi dalle successive disposizioni, all'art. 768-bis deve sicuramente riconoscersi il pregio di sottolineare sin da subito l'aspetto essenziale del fenomeno sul piano degli effetti.

In via di prima approssimazione, nel tracciare i contorni del patto di famiglia la dottrina prevalente¹²² è concorde nell'individuare un primo carattere tipico nella immediatezza dell'effetto traslativo.

L'azienda o le partecipazioni societarie, infatti, entrano nel patrimonio dell'assegnatario immediatamente, con correlativa perdita del potere di disposizione in capo all'imprenditore-disponente, e lo stesso vale per le attribuzioni che l'assegnatario effettua in favore degli altri legittimari.

Il che rende il patto di famiglia compatibile esclusivamente con la natura di atto *inter vivos*.

Tale affermazione trova il conforto di una serie di indici che depongono nella medesima direzione.

In primis, il dato letterale della norma in esame, che, nella sua formulazione all'indicativo presente ("trasferisce"), porta ad escludere che al riguardo possa

¹²² AA.VV., *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, Padova, 2007, pp. 21 sgg.; MATERA P., "Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato", in *Comparazione e diritto civile*, diretto da G. Autorino e P. Stanzione, Torino, 2012.

Arriva alla medesima conclusione pur partendo da considerazioni diverse CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *CNN Notizie*, 22 marzo 2006.

parlarsi di attribuzione con effetti differiti ad un momento successivo alla morte dell'imprenditore¹²³.

Dal punto di vista dogmatico, poi, la funzione del patto di famiglia risulta inconciliabile con il rilievo decisivo che l'evento morte assume negli atti *mortis causa*, quanto alla determinazione sia dei soggetti, che dell'oggetto dell'attribuzione¹²⁴.

L'oggetto e i beneficiari delle attribuzioni del patto di famiglia sono individuati con riguardo al tempo in cui si perfeziona lo stesso patto e non già con riferimento al momento della morte, con la conseguenza che risultano del tutto irrilevanti le successive modifiche nella consistenza o nel valore dei beni attribuiti, e che, in caso di premorienza dell'assegnatario al disponente, i beni ricevuti con il patto di famiglia fanno parte dell'asse ereditario dello stesso assegnatario e non già della successione del disponente¹²⁵.

Ancora, risulta un dato oramai assodato che, con l'introduzione del patto ex art. 758-bis c.c., le intenzioni del legislatore fossero quelle di predisporre uno strumento di pianificazione anticipata della trasmissione successoria del bene produttivo, per così dire, a stralcio, a fronte della quale fosse esclusa ogni discussione *post mortem*¹²⁶.

¹²³ CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006, il quale però ammonisce: "la coniugazione secondo il tempo presente rappresenta sicuramente un indizio interpretativo da non trascurare, epperò non costituisce elemento decisivo, in quanto essa può venire del pari adottata per esprimere un'attitudine e così, nel caso di specie, l'idoneità dell'atto a determinare il trasferimento. D'altronde, l'uso del presente potrebbe anche spiegarsi con la circostanza che la fattispecie sia valutata, per i suoi effetti, nel momento stesso in cui possa produrli; in funzione cioè, della proiezione nel futuro del punto dal quale la si osservi. e invero, ad esempio, ai sensi dell'art. 649 c.c. "quando oggetto del legato è la proprietà di una cosa determinata o di altro diritto appartenente al testatore, la proprietà si trasmette", e non invece si trasmetterà, dal testatore al legatario, nel momento, a partire dal quale la disposizione assume rilevanza, della morte del testatore".

¹²⁴ Cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002. Sul punto si rinvia anche alle considerazioni espone nella parte II della presente trattazione..

¹²⁵ CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002.

¹²⁶ In tal senso, GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in Giustizia Civile, 2006, che richiama VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, in Riv. dir. civ. 2006.

Tale finalità risulterebbe disattesa se l'istituto del patto di famiglia dovesse qualificarsi alla stregua di un negozio *mortis causa*, come tale inefficace fino al momento della apertura della successione.

Neppure si comprenderebbero le ragioni della disattivazione delle tutele successorie - la quale, come si vedrà, costituisce la vera novità dell'istituto - se riferita ad una disposizione destinata a produrre effetti solo dopo la morte del disponente.

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che, quando il Legislatore ha inteso far riferimento ad un negozio non dotato di efficacia immediata, lo ha fatto utilizzando formule inequivoche; si pensi all'art. 587 c.c. che riferito al testamento, usa l'espressione "*per il tempo in cui avrà cessato di vivere*".

Non sono mancate in dottrina voci autorevoli¹²⁷ che hanno messo in evidenza come, in realtà, l'immediatezza del trasferimento al momento della conclusione del patto di famiglia, che fa di esso un contratto sicuramente ad effetti *inter vivos* e non *mortis causa*, è proprio della sola ipotesi base del contratto in esame.

Ma i contorni del discorso si fanno molto più labili tutte le volte in cui gli effetti traslativi siano differiti – per effetto dell'apposizione di un termine o di una condizione sospensiva – alla morte del disponente.

Rispetto a queste ipotesi, infatti, ci si chiede se sia possibile escludere con la stessa sicurezza che il patto di famiglia possa costituire, quantomeno in concreto, una deroga al divieto dei patti successori.

4.1 (segue) Profilo soggettivo - strutturale del patto di famiglia.

Stando alla lettura del solo art. 768-bis c.c., il patto di famiglia sembrerebbe doversi configurare, sul piano soggettivo, quale contratto concluso tra il disponente, soggetto che dà impulso alla stipula del patto di famiglia, e uno (o più) dei suoi discendenti.

¹²⁷ Si veda per tutti: BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006.

Pertanto, sembrerebbe, a prima vista, che al patto di famiglia debba essere riconosciuta struttura bilaterale, pure nelle ipotesi di pluralità di discendenti-assegnatari, che in tal caso verrebbero a costituire un'unica parte soggettivamente complessa.

Tuttavia, come già anticipato, la suddetta norma coglie soltanto l'essenza minima del meccanismo negoziale in oggetto, ma necessita di integrazione per poter fornire chiarimenti definitivi in ordine alla struttura soggettiva del patto.

A tal fine è necessario ricorrere, in particolare, all'art. 768-*quater*, che, rubricato "*partecipazione*", precisa che "*al contratto devono partecipare anche il coniuge¹²⁸ e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore*".

Il disposto in commento non ha ricevuto, in dottrina, unanimità di interpretazione e, tenuto conto del dato normativo, è sorta questione in dottrina sulla effettiva necessità della partecipazione al contratto dei legittimari non assegnatari dell'azienda.

Secondo una ricostruzione¹²⁹, deve ritenersi che, a dispetto dell'apparente imposizione del citato art. 768-*quater*, la partecipazione al contratto per ogni altro legittimario-non assegnatario, anziché un obbligo ai fini della validità ed efficacia del patto di famiglia, sia soltanto un onere a carico degli stessi soggetti.

Il ragionamento muove dalla considerazione dello scopo perseguito dalla riforma, che è quello di favorire la trasmissione dell'impresa, non secondo indiscriminati criteri di appartenenza al gruppo familiare - propri delle comuni regole

¹²⁸ L'inclusione del coniuge tra i soggetti che devono partecipare al patto costituisce un segno di continuità rispetto alla previsione dell'art. 734-bis, nell'originaria stesura del progetto di riforma elaborato dalla commissione Masi-Rescigno. Una simile scelta era stata dettata, nel suddetto progetto, dall'osservazione che il soggetto che fosse stato coniuge al momento della stipula del patto potesse eventualmente non coincidere, poi, con colui che fosse risultato essere coniuge al momento della morte del disponente.

¹²⁹ Si veda CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006, che colloca il patto di famiglia nello schema causale della donazione modale.

del diritto ereditario - ma secondo criteri razionali, che tengano conto di inclinazioni e abilità imprenditoriali del successore.

Se questo è l'obiettivo, non si potrebbe, poi, far dipendere la stabilità del destino dell'azienda avvenga, dalle disposizioni d'animo e dalle decisioni di quelle persone (i legittimari-non assegnatari), che proprio si rende preferibile che non vengano implicate nell'attività gestionale dell'impresa in questione¹³⁰.

In questa ottica, l'operatività del patto non può che essere svincolata dall'adesione dei legittimari lasciati fuori dall'assegnazione, e, in realtà, la norma in questione andrebbe letta nel senso che vi è soltanto un "obbligo di convocazione" a carico delle parti dello stipulando contratto, cui corrisponderebbe un diritto speculare dei legittimari-non partecipanti ad essere "invitati" alla stipulazione del patto: questi ultimi, cioè, dovrebbero soltanto essere messi in grado di partecipare al patto.

L'inosservanza dell'obbligo in questione non inciderebbe sulla validità, né sull'efficacia del patto concluso tra il disponente e il discendente assegnatario, ma solo sulla opponibilità nei confronti dei soggetti "pretermessi", degli effetti del contratto che siano diretti ad incidere nella loro sfera giuridica.

Ciò significa che, in difetto del prescritto invito, non sarebbe opponibile ai legittimari negletti la sola quantificazione convenzionale del valore attribuito ai beni trasferiti e, di conseguenza, della determinazione quantitativa della quota di loro spettanza. Essi, pertanto, avrebbero piena facoltà di far valere i loro diritti, nei confronti degli aventi causa, a titolo successorio, dal disponente, secondo le normali regole del diritto ereditario, salvo che, medio tempore, non abbiano deciso di aderire al patto stesso e di appropriarsi, per quanto di loro spettanza, dei relativi effetti.

Per converso, se l'obbligo di convocazione è stato assolto, a quei legittimari, convocati ma non intervenuti, dovrebbe reputarsi comunque opponibile la quantificazione decisa dai contraenti, ferma restando l'inattaccabilità e l'incontrovertibilità delle attribuzioni effettuate in favore dell'assegnatario, e

¹³⁰ Si veda sempre CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006.

risultando comunque possibile applicare l'esclusione da riduzione e collazione, affermata nell'art. 768-quater ultimo comma c.c.¹³¹

In realtà, la ricostruzione appena esposta non è condivisa da quella parte della dottrina che fa leva sul dato più strettamente letterale dell'art. 768-*quater* e sulla sua espressione lapidaria “*devono partecipare*”, già di per sé idonea a negare che la partecipazione dei legittimari-non assegnatari rappresenti per gli stessi soltanto un onere e non un elemento indefettibile della fattispecie.

Inoltre, non si vede come dalla stessa espressione possa desumersi, in via interpretativa, l'esistenza di un obbligo di natura diversa da quello di “partecipazione” (ossia di mera “convocazione”), peraltro, posto a carico di soggetti diversi da quelli ai quali la norma direttamente si rivolge (cioè il disponente e l'assegnatario, anziché i legittimari-non assegnatari)¹³².

Del resto, lo scopo avuto di mira dalla riforma di “*riallocazione consensuale del controllo*”¹³³, si renderebbe possibile solo con la partecipazione e il consenso dei legittimari-non assegnatari, per la semplice ragione che sono questi ultimi a sopportare il pregiudizio più rilevante per effetto della stipulazione.

Infatti, essi subiscono la “conversione” del diritto loro spettante “in natura” sulla quota di legittima relativa al bene assegnato col patto, in un diritto “per equivalente” e cioè in un di credito alla liquidazione in denaro ad opera del soggetto assegnatario.

¹³¹ Ciò in quanto “*la stabilità delle vicende giuridiche corrisponde ad un'istanza generalizzata dell'ordinamento che non merita di essere sacrificata agli interessi patrimoniali di coloro che si mostrino poco attenti alla cura dei loro stessi affari, diversamente, la liquidazione della quota dei legittimari che non siano stati convocati, pur concluso il patto, deve ancora ritenersi impregiudicata, ed è comunque loro inopponibile sebbene sia già stata decisa dagli stessi contraenti*” come osservato CACCAVALE C., *Appunti, op.cit.*

¹³² In questo senso si vedano, in particolare: MANES P., *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006, S DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006.

¹³³ BALESTRA L., *Commento all'art. 768-bis cod. civ.*, in *Il patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007; DE NOVA G., *Commento all'art. 2, l. 14 febbraio 2006, n. 55 (art. 768-bis)*, in DE NOVA-DELFINI-RAMPOLLA-VENDITTI, 2006.

Tale sacrificio non può essere loro imposto “inaudita altera parte”, ma solo a mezzo del consenso, all’uopo espressamente e contestualmente manifestato.

Poste queste premesse, è questione ancora discussa in cosa si sostanzi la obbligatorietà di tale consenso.

Sul punto è discusso se esso rivesta il ruolo, “esterno”, di condizione legale di efficacia di una fattispecie complessa a formazione progressiva, ovvero assurga a requisito essenziale per il perfezionamento stesso del contratto.

Accedere alla prima ricostruzione significa riconoscere al patto di famiglia natura di contratto essenzialmente bilaterale, rispetto al quale la partecipazione dei legittimari non assegnatari si configura come elemento necessario al “completamento” della fattispecie.

Viceversa, ritenere che il consenso dei legittimari-non assegnatari entri a far parte dell’essenza strutturale del contratto stesso, conduce a qualificare il patto di famiglia, sotto il profilo sistematico, in termini di contratto plurilaterale senza comunione di scopo¹³⁴.

Un primo argomento a sostegno della tesi del contratto strutturalmente plurilaterale può ravvisarsi, direttamente, nel dato letterale dell’art. 768-*quater*, che richiedendo ai legittimari-non assegnatari la “partecipazione” al contratto, e riferendosi anche ad essi con il termine “*contraenti*”, sembrerebbe dimostrare, il ruolo di elemento costitutivo dell’intervento in atto dei suddetti soggetti.

Nello stesso senso è anche l’art. 768-*quinquies* co. 1 c.c., che attribuisce a tutti i “partecipanti” il potere di impugnare il patto di famiglia¹³⁵.

¹³⁴ Il patto di famiglia è qualificato in termini di “contratto plurilaterale senza comunione di scopo” da BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, e DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006.

¹³⁵ Non sfugge la contraria ricostruzione proposta da CACCAVALE C., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l’impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006, il quale ritiene che la partecipazione al patto dei legittimari-non assegnatari non incida minimamente né sul piano della validità del contratto, né sul piano della sua efficacia (rectius opponibilità) nei confronti dei non assegnatari non intervenuti alla stipula.

Di qui, il carattere di contratto necessariamente plurilaterale¹³⁶ del patto di famiglia, del quale il consenso dei non assegnatari costituisce requisito di validità, con conseguente nullità *ab origine* del patto, in caso di mancata partecipazione anche di uno solo dei soggetti che sarebbe legittimario se si aprisse la successione al momento della stipula.

Un ulteriore sviluppo della teoria in commento ha portato un'autorevolissima voce¹³⁷ ad evidenziare che il patto di famiglia non sarebbe solo genericamente plurilaterale, ma più specificamente trilaterale, in quanto al suo interno vedrebbe sempre la partecipazione necessaria di tre distinte categorie di soggetti, indipendentemente dal numero effettivo dei partecipanti: il disponente (imprenditore o titolare di partecipazioni societarie), il discendente-assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni societarie, e, infine, i legittimari-non assegnatari (cc.dd. legittimari "*in pectore*").

In ogni caso, pur concludendo nel senso della plurilateralità del patto di famiglia, esso è da intendersi, tuttavia, quale contratto senza comunione di scopo¹³⁸, considerato che, nel congegno negoziale descritto, di certo non è dato riscontrarsi la attuazione di un interesse comune a tutti i contraenti.

Si segnala, che, non vale a smentire questa ricostruzione il rilievo di altra parte della dottrina¹³⁹ che, a sostegno della opposta tesi della bilateralità, richiama il testo dell'art. 768-sexies co. 1 c.c., secondo il quale "*all'apertura della successione*

¹³⁶ Salvo che al tempo della stipula non vi sia l'esistenza di legittimari "*in pectore*" che non siano assegnatari dei beni produttivi attribuiti col patto, fattispecie definita dalla dottrina che si è occupata del tema in termini di patto di famiglia «semplice», modalità da contrapporre al patto di famiglia «complesso», ove la struttura si presenta necessariamente plurilaterale.

¹³⁷ GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia Civile*, 2006.

¹³⁸ Di conseguenza, al patto di famiglia saranno inapplicabili le regole dettate, specificamente, per i contratti plurilaterali con comunione di scopo (di cui, in particolare, agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.).

¹³⁹ Si vedano, tra gli altri: DI MAURO N. - VERDICCHIO V., *Commento all'art. 768-bis c.c. (Nozione)*, in DI MAURO-MINERVINI E.-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006.

dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'art. 768-quater, aumentata degli interessi legali", e conclude nel senso non necessaria partecipazione all'atto da parte dei legittimari-non assegnatari.

Contro questa obiezione, può affermarsi che il legislatore ha inteso distinguere tra i legittimari non-assegnatari di cui all'art. 768-quater co. 1 c.c., che sono legittimari in pectore "esistenti" al momento della stipulazione, e i soggetti di cui all'art. 768-sexies co. 1 c.c., che si riferisce ai cc.dd. legittimari "sopravvenuti", cioè a coloro che, al momento della stipulazione del patto, o non erano assolutamente esistenti *in rerum natura* (perché ancora "*in mente dei*"), o non erano ancora esistenti in qualità di legittimari dell'imprenditore¹⁴⁰.

Solo questa lettura consente di giustificare un trattamento così differenziato tra le due suddette categorie soggettive, tanto che si è adombrato il dubbio di una possibile illegittimità costituzionale delle norme in questione¹⁴¹.

Infatti, mentre per i primi la conversione in credito pecuniario della legittima ad essi spettante "in natura" non può prodursi se essi non vi acconsentano, ed è proprio per questo motivo che è richiesta la necessaria partecipazione degli stessi al perfezionamento del patto di famiglia; i legittimari sopravvenuti, invece, subiscono tale conversione indipendentemente dal loro consenso.

¹⁴⁰ Esempi classici sono, tra gli altri, quello del coniuge che diventi tale solo successivamente alla stipula del patto, nonché quello del figlio naturale che venga riconosciuto medio tempore tra il perfezionamento dell'atto e la morte del disponente.

¹⁴¹ In particolare ha avanzato dubbi sulla legittimità costituzionale sul punto AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.

4.2 (segue) Causa e natura giuridica del patto di famiglia. L'emersione della categoria della "successione anticipata".

Il problema dell'individuazione del profilo funzionale del patto di famiglia, rappresenta una delle tematiche che fino ad oggi hanno maggiormente impegnato la dottrina specialistica¹⁴².

Al riguardo, le ricostruzioni proposte sono molteplici in considerazione delle caratteristiche sicuramente "atipiche" del patto di famiglia.

Difatti, già ad una prima lettura degli artt. 768-bis sgg. c.c., si scorge come il patto di famiglia non sia esattamente sovrapponibile ad alcuno degli schemi negoziali sinora conosciuti nel nostro ordinamento.

Basti, a tale fine, considerare il fatto che, dal punto di vista oggettivo, l'operazione si articola in un duplice "fascio" di attribuzioni patrimoniali.

La prima *datio* ha ad oggetto il bene produttivo e vede quale avente causa il discendente-assegnatario, e quale dante causa il disponente, che non riceve alcun corrispettivo dall'alienazione compiuta.

La seconda attribuzione ha ad oggetto, almeno nell'ipotesi "ordinaria", la liquidazione in denaro effettuata dall'assegnatario nei confronti dei legittimari-non assegnatari.

Una prima premessa, dunque, riguarda la stessa utilità e ragion d'essere di un esame interpretativo teso ad "incasellare" l'istituto in uno degli schemi negoziali tipici già previsti dal codice civile¹⁴³.

¹⁴² Sull'argomento, si vedano in particolare, le considerazioni e le riflessioni di: AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006; IEVA M., *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* diretto da Rescigno, coordinato da Ieva, 2010.

¹⁴³ Nel senso della non opportunità di un'indagine in tal senso si vedano: OBERTO G., *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F.GALGANO, Padova, 2006; PETRELLI G., *La nuova disciplina dei patti di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006.

Un simile approccio interpretativo non può che rivelarsi esercizio teorico superfluo, se rivolto a un nuovo contratto di fonte legale¹⁴⁴, avente una sua autonoma e specifica causa negoziale.

L'introduzione nel codice dell'istituto suggerisce all'interprete di abbandonare, giocoforza, l'affannoso tentativo¹⁴⁵ di ascrivere la nuova figura a tipologie contrattuali preesistenti.

D'altra parte, però, non si può negare che l'istituto evochi elementi propri di negozi già conosciuti dall'ordinamento, l'individuazione dei quali può giovare, dal punto di vista pratico, nel caso di eventuale necessità di applicare, in via analogica, norme dettate in relazione ad istituti di natura diversa.

Tale richiamo, dunque, deve assumere rilievo residuale, finalizzato esclusivamente ad ovviare ad eventuali lacune non colmabili attraverso l'esegesi delle norme, o il ricorso ai principi da esse evocati¹⁴⁶.

Deve, invece, prediligersi un'indagine volta a comprendere da quale intento il Legislatore si sia lasciato muovere nel forgiare la specifica causa - in sé composita e sfaccettata, come si vedrà - propria della figura del patto di famiglia.

Un'altra premessa è d'obbligo e cioè che, al fine di fare ordine tra le molteplici e variegate teorie che si sono confrontate nella analisi degli aspetti funzionali dell'istituto de quo, si rende opportuno prendere le mosse dal punto fermo cui si è innanzi approdati in relazione alla profilo strutturale.

Pertanto, la questione della causa del patto di famiglia necessita di essere affrontata e risolta secondo una ricostruzione compatibile e consequenziale con la

¹⁴⁴ Qualificano il patto di famiglia in termini di "nuovo tipo legale", tra gli altri: AMADIO G., *Divieto dei patti successori*, op. ult. cit.; OBERTO, op. ult. cit.; PETRELLI, op. ult. cit.

¹⁴⁵ Alcuni autori a riguardo parlano di "sindrome da sussunzione". Così, testualmente, DI MAURO N. - VERDICCHIO V., *Commento all'art. 768-bis c.c. (Nozione)*, in DI MAURO-MINERVINI E.-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006.

¹⁴⁶ Così AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.

configurazione strutturale dell'istituto, dinanzi accolta, in ordine alla necessaria partecipazione al contratto di tutti i legittimari “*in pectore*”.

Fatte queste dovute precisazioni, è possibile entrare nel merito della questione e procedere nella rassegna delle tesi più autorevoli che hanno animato il dibattito dottrinale, cercando di individuarne eventuali punti di criticità.

A venire in considerazione è, in primo luogo, la ricostruzione dottrina che, esaltandone la funzione liberale, riconduce il contratto in esame all'istituto della donazione, in particolare a quella modale¹⁴⁷. In sostanza, si tratterebbe di una liberalità, avente ad oggetto l'azienda o parte di essa, ovvero le partecipazioni sociali, realizzata a favore di uno o più discendenti, accompagnata dall'onere, direttamente stabilito dalla legge di liquidare le quote dei legittimari non assegnatari, da determinarsi avendo riguardo al momento della conclusione del contratto.

In contrario, possono addursi molteplici considerazioni.

Innanzitutto, si può osservare come tale configurazione, postulando necessariamente l'asserita struttura prettamente bilaterale del patto di famiglia, quale accordo soltanto tra disponente ed assegnatario, senza che nessun rilievo possa attribuirsi alla volontà dei legittimari-non assegnatari, risulti fallace, sotto il profilo strutturale, in considerazione della innanzi rilevata natura plurilaterale dell'istituto¹⁴⁸.

¹⁴⁷ La tesi della configurazione del patto di famiglia in termini di donazione modale è espressa, tra gli altri, da: CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006; MERLO A., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, (Profili civilistici del patto di famiglia), in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni per la fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano.Roma, 2006.; PALAZZO A., *Patto di famiglia e sistema per la trasmissione della ricchezza familiare, testamento e istituti alternativi* in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da ALPA-PATTI, Padova, 2008.

¹⁴⁸ In tal senso, tra gli altri: IEVA M., *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* diretto da Rescigno, coordinato da Ieva, 2010; OBERTO G., *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F.GALGANO, Padova, 2006; PETRELLI G., *La nuova disciplina dei patti di famiglia*, in Riv. not., 2006; ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006.

Vero è che nel patto di famiglia è dato scorgere, tra gli altri, un profilo di liberalità, che spinge a considerarne sul piano contenutistico degli interessi perseguiti, la contiguità con la categoria dei negozi di natura lato sensu liberale.

Tuttavia, la riconduzione del patto di famiglia alla donazione non convince, dal momento che l'attribuzione del disponente in favore dei discendenti assegnatari, seppure in assenza di corrispettivo, non è affatto sorretta da *animus donandi*.

Infatti, la sua funzione non mira ad arricchire la loro sfera giuridico-patrimoniale, quanto piuttosto a rendere stabile e definitiva la successione dell'azienda (o delle partecipazioni sociali), al contempo regolando i diritti dei legittimari non-assegnatari di detto bene.

A tal proposito alcuni autori hanno coniato l'espressione "*animus producendi*", per qualificare l'interesse primario dell'imprenditore il quale, senza ricevere alcun corrispettivo in cambio del trasferimento, mira a vedere conservata l'integrità e l'efficienza della sua impresa.

La natura modale, poi, stride con l'essenzialità della liquidazione dei legittimari, quale obbligo che deriva dalla legge e non già da un atto di autonomia privata nel quale dovrebbe sostanzarsi l'elemento accidentale del *modus*.

Ancora, appare significativo che il riferimento all'atto di donazione, contenuto in alcuni dei primi progetti di legge¹⁴⁹, sia poi scomparso e mai più riproposto, a conferma dell'intenzione del Legislatore di affrancare il patto di famiglia dallo schema della donazione; intento che si riverbera anche nella collocazione sistematica della nuova normativa all'interno del codice civile.

Una seconda ricostruzione proveniente da voci che, a dire la verità, restano ragionevolmente isolate¹⁵⁰, vorrebbe il patto di famiglia ricostruito in termini di contratto a favore di terzo.

¹⁴⁹ L'iniziale disegno di legge n. 2779 del 2 ottobre 1997 e n. 1353 del 23 aprile 2002, diretto ad introdurre il nuovo istituto espressamente proponeva di introdurre l'art. 734-bis, 1° comma: "L'imprenditore può assegnare, con atto di donazione, l'azienda a uno o più discendenti".

¹⁵⁰ Sostenitore di questa tesi è principalmente, da LA PORTA U., *Il patto di famiglia. Struttura e profili causali del nuovo istituto tra trasmissione dei beni d'impresa e determinazione anticipata*

A smentire questa tesi, alle argomentazioni già esposte in ordine alla necessaria partecipazione all'atto dei legittimari-non assegnatari, basti aggiungersi che sul piano metodologico, il richiamo allo schema della stipulazione a favore del terzo si rivela ingannevole ed equivoco, trattandosi di una categoria concettuale di natura preminentemente strutturale che mal si presta, dunque, a dare soluzione a questioni riguardanti il profilo squisitamente funzionale dell'istituto.

In più, si è segnalato in dottrina il paradosso in cui cadrebbe una simile ricostruzione, che pare farsi addirittura “beffa”¹⁵¹ dei legittimari-non assegnatari, rispetto ai quali la regolamentazione complessiva scaturente dal contratto, a dispetto della sua definizione in termini di stipulazione “a favore di terzo”, in realtà, si trasformerebbe da mera offerta, in una vera e propria imposizione “a danno dei terzi”¹⁵².

Brevemente, merita di essere segnalata, nel novero delle tesi che si sono occupate del versante causale dell'istituto, la ricostruzione di una parte della dottrina¹⁵³ secondo la quale, con la previsione del patto di famiglia, il Legislatore ha voluto disciplinare un nuovo contratto tipico, avente causa propria ed unitaria - la c.d. “causa familiae” - che si sostanzierebbe nella volontà di regolamentare i futuri assetti successori dei legittimari in ordine al complesso produttivo, analogamente a quanto accade con i cc. dd. accordi di separazione e di divorzio, i quali secondo un'opinione

della successione, in LA PORTA U., *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2006.

¹⁵¹ Testualmente GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia Civile*, 2006, definisce “beffardo” il fatto che la pattuizione venga definita come effettuata “in favore” dei legittimari-non assegnatari che, non essendo chiamati a partecipare alla stipulazione, non hanno il potere di rifiutare l'assetto di interessi ivi determinato, soprattutto con riferimento alla quantificazione del valore attribuito al bene produttivo trasferito

¹⁵² In tal senso: GAZZONI F., *Appunti e spunti*, op. cit.; OBERTO G., *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F.GALGANO, Padova, 2006.

¹⁵³ RIZZI G., *Il Patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda.*, in *Notariato*, 2006.

abbastanza diffusa, avrebbero come causa propria quella di fissare gli assetti familiari in occasione della disgregazione della famiglia¹⁵⁴.

Altra dottrina, con varietà di argomentazioni, riconosce al patto di famiglia natura essenzialmente divisoria¹⁵⁵.

Questa tesi trova conforto, già ad un primo sguardo, sul piano sistematico, posto che la nuova normativa trova collocazione nel capo V-bis che idealmente chiude la sezione dedicata alla divisione ereditaria.

Anche il meccanismo di liquidazione dei legittimari non assegnatari evoca quello previsto dall'art. 720 c.c. per la divisione di immobili non divisibili¹⁵⁶.

A sostegno di tale prospettazione, si richiama, inoltre, la struttura del negozio divisorio cui il patto di famiglia viene assimilato, la cui stipula richiede, al pari di quanto si è affermato in merito al patto di famiglia, la contestuale presenza di tutti i soggetti portatori di interessi coinvolti nella regolamentazione.

È significativa, poi, la circostanza che l'assegnazione del bene produttivo comporti la liquidazione ai legittimari-non assegnatari dell'ideale quota ereditaria loro spettante, sebbene con riferimento al tempo della stipulazione del patto di famiglia. Infatti, anche nel caso di liquidazione in denaro, la dazione in favore dei non assegnatari deve consistere, pur sempre, in una somma “*corrispondente al valore delle quote*”. Il che è tipico delle vicende divisorie.

¹⁵⁴ Cfr. Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, secondo la quale nei trasferimenti contenuti negli accordi di separazione o di divorzio sarebbe ravvisabile una vera e propria autonoma causa di di separazione, c.d. “*causa separandi*”, ritenuta particolarmente meritevole di tutela ex art. 1322.

¹⁵⁵ La tesi della cusa divisoria, è largamente sostenuta, sulla base di varie argomentazioni, da: AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Patti di famiglia per l'impresa, nei Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano; ID., *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007; DE NOVA G., *Commento all'art. 2, l. 14 febbraio 2006, n. 55 (art. 768-bis)*, in DE NOVA-DELFINI-RAMPOLLA-VENDITTI, 2006; DI MAURO N. - VERDICCHIO V., *Commento all'art. 768-bis c.c. (Nozione)*, in DI MAURO-MINERVINI E.-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006. Milano, 2006; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia Civile*, 2006; MANES P., *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006.

¹⁵⁶ Così IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997.

La più forte delle obiezioni rivolte alla ricostruzione che esalta la funzione divisionale dell'istituto in oggetto, è la mancanza di un pregresso stato di comunione, che il patto dovrebbe essere chiamato a sciogliere, per potersi effettivamente assimilare alla divisione.

In contrario, è facile controbattere che lo scioglimento di una preesistente comunione non costituisce presupposto costante ed imprescindibile di ogni fenomeno divisionale, come confermato dall'art. 734 c.c., che rubricato "*Divisione fatta dal testatore*", prevede un'ipotesi di divisione la quale, collocandosi in un momento cronologicamente e logicamente precedente all'instaurarsi di uno stato di comunione ereditaria, anziché scioglierlo, ne impedisce in radice l'insorgenza.

Certo è che il patto di famiglia, rispetto alla divisione vera e propria, oltre che rappresentare una divisione "anticipata", nel senso di consentire l'estromissione del bene produttivo da una comunione ereditaria che ancora non è sorta, permette anche l'anticipazione di effetti ereditari, attraverso atti di disposizione dotati dei caratteri dell'irretrattabilità e dell'immodificabilità ex post, in quanto sottratti ai meccanismi di collazione e di riduzione.

Dunque, l'idea accolta dalla maggior parte della dottrina è che il patto di famiglia risulti connotato da una causa complessa e sfaccettata, permeata da un coacervo di sfumature funzionali, "ancillari" rispetto al prevalente profilo divisorio; causa che appropriatamente può essere definita di "*successione anticipata*"¹⁵⁷.

La categoria della "successione anticipata", sicuramente molto più familiare al diritto tedesco come "*antizipierte o vorweggenommenen Erbfolge*"¹⁵⁸, non è del tutto sconosciuta al giurista italiano, in quanto era già stata oggetto di attenzione in Italia

¹⁵⁷ In questi termini si esprime ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006. Si veda anche AMADIO G., *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004.

¹⁵⁸ Cfr. KOLLHOSSER H., *Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge*, *Archiv für civ. Praxis*, 1994; KRAUSE R., *Planning Succession in International Family Business-Recent Developments in Germany*, in *Family Finances*, a cura di B. Verschraegen, Jan Sramek Verlag, 2008; ECCHER B., *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980; OLZEN D., *Die Vorweggenommene Erbfolge*, Berlin, 1984.

sotto il vigore del codice civile del 1865, con riguardo all'abrogato istituto della *divisio inter liberos*¹⁵⁹.

Allora, però, alla luce dell'originaria formulazione dell'art. 458 c.c., l'ordinamento rifiutava l'idea di una autonoma causa di anticipata successione ed escludeva che fosse enucleabile un istituto sostitutivo della successione *mortis causa*, idoneo a impedire, al tempo della morte del disponente, la riconsiderazione di quanto distribuito in vita¹⁶⁰.

Alla configurabilità in concreto nel nostro ordinamento di una “causa di successione anticipata”¹⁶¹ si giunge, invece, con l'introduzione del patto di famiglia, che sembra riportare all'attualità l'eco di dibattiti che si riteneva da tempo sopiti.

Ciò, però, con due opportune puntualizzazioni.

¹⁵⁹ La *divisio inter liberos* o “divisione di ascendente”, affonda le sue radici nel diritto romano ed era disciplinata dagli artt. 1044 ss. c.c. 1865, che riproducevano sul punto le disposizioni degli artt. 1076 ss. Code Napoléon, nonché quelle di alcuni codici preunitari.

In base a tali disposizioni il padre, la madre e gli altri ascendenti potevano dividere e distribuire i loro beni tra i figli e i discendenti non solo per testamento, come ancora oggi previsto dall'art. 734 c.c., ma anche per atto *inter vivos*.

Il codice civile del 1942, innovando rispetto alla situazione normativa disciplinata dal c.c. 1865, ha proceduto alla abrogazione della divisione d'ascendente per atto tra vivi, oltre che alla estensione a qualsiasi testatore, e non già al solo ascendente, del diritto di procedere a siffatto tipo di *partage*.

I lavori preparatori del codice vigente giustificano la scelta con le difficoltà di coordinamento tra la natura di atto tra vivi e i concetti di divisione e successione ereditaria, nonché con la possibilità di conseguire il medesimo intento divisorio mediante atti di donazione. Sul punto cfr. la Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del libro secondo del c.c. (n. 199), in Codice civile. Libro delle successioni e donazioni, Roma, 1939, p. 183: «La soppressione della divisione per atto tra vivi è stata oggetto di vivaci critiche, non sembrando ad alcuni giustificata l'abolizione di un istituto che ha una lunga tradizione e una vita rigogliosa. Ho ritenuto tuttavia di dover mantenere l'innovazione del progetto preliminare, per due ordini di considerazioni: innanzi tutto, l'istituto ha sempre costituito uno dei più gravi problemi per la dottrina, la quale non è riuscita a dargli una soddisfacente costruzione a causa del suo carattere speciale e anomalo; in secondo luogo, la pratica insegna che la divisione *inter liberos* per atto tra vivi, anziché raggiungere finalità di concordia tra i figli, si presta spesso alle più gravi iniquità, basandosi sul sentimento di rispetto che impedisce ai figli di ribellarsi alla volontà paterna. A ciò si aggiunge la considerazione, di valore decisivo, che le stesse finalità della *divisio inter liberos* si possono raggiungere dal genitore mediante atti di donazione».

¹⁶⁰ L'osservazione è ripresa da CAROTA L., “Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia”, — CEDAM — Anno 2008.

¹⁶¹ Sul piano terminologico, si è anche proposta in dottrina la diversa locuzione descrittiva, di “causa del patto di famiglia”, idonea a descrivere la complessità dei concetti funzionali suesposti.

Innanzitutto, con la locuzione “successione anticipata” non si intende indicare un fenomeno di successione *mortis causa*, ma, al contrario, un fenomeno di anticipata estromissione di determinati beni dalla futura successione, avente effetti immediati ed in vita del soggetto disponente.

Tale chiave interpretativa, ad avviso di chi scrive, meglio rappresenta il patto di famiglia, poiché ne mette in luce, accanto alla funzione che si è detta tipicamente divisionale, la portata anticipatoria della successione del disponente, consentendo, così, di giustificare l’effetto “cristallizzante”, generato dalla esplicita sottrazione delle assegnazioni realizzate con il patto alla impugnativa per riduzione e alla pretesa della collazione¹⁶².

In secondo luogo, l’espressione suddetta è utilizzata, di comodo, per sintetizzare un concetto di carattere composito e multiforme, comprendente al suo interno più tratti funzionali, tra loro eterogenei, tra i quali fa da “collante” il fenomeno, cui la fattispecie *de qua* dà luogo, di pianificazione successoria e di “anticipata successione”.

In definitiva, dall’analisi sin qui condotta emerge la conclusione - pienamente coerente con l’iniziale affermazione in apertura del presente paragrafo - che, con la previsione del patto di famiglia, il Legislatore ha voluto disciplinare un nuovo contratto tipico, connotato da causa propria ed autonoma, irriducibile ai tipi contrattuali già disciplinati dal codice civile¹⁶³.

Essa si presenta come il risultato della “fusione” di profili divisorii, liberali, liquidatori, solutori¹⁶⁴, cristallizzatori, produttivi, pianificatori, tutti convergenti, in ultima analisi, in un’ottica di anticipazione di una successione non ancora apertasi.

¹⁶² CAROTA L., “*Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*”, — CEDAM — Anno 2008.

¹⁶³ Così, in particolare, PETRELLI G., *La nuova disciplina dei patti di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006.

¹⁶⁴ Ciò se si ha riguardo ai rapporti fra l’assegnatario dell’azienda o delle partecipazioni sociali e i legittimari non assegnatari, ai quali il primo provvede a liquidare i diritti di legittima che loro spettano sull’azienda o sulle partecipazioni sociali stesse.

5. Il rapporto con il divieto di patti successori.

La funzione del patto di famiglia, quale nuovo strumento di pianificazione della vicenda successoria in forma contrattuale, e la sua collocazione nell'ambito della categoria della "successione anticipata", sollevano *naturaliter* il problema dei rapporti di siffatta figura con il tradizionale limite di cui all'art. 458 c.c.¹⁶⁵.

La necessarietà del raffronto con il divieto dei patti successori è ulteriormente alimentata da quel frammento normativo della novella, topograficamente decentrato rispetto alla collocazione della disciplina del patto, che ha espressamente modificato l'art. 458 c.c.

Come si è visto, alla formulazione degli artt. 768-bis e ss., ha fatto eco l'introduzione dell'inciso – *“fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti”* – con cui esordisce l'art. 458 c.c.

Tale clausola di salvezza, sviluppata in logica connessione con il divieto sancito dalla stessa norma, ha creato la suggestione che il Legislatore, con l'attribuire riconoscimento normativo al patto di famiglia, abbia voluto ammettere eccezionalmente una convenzione con cui disporre della propria successione¹⁶⁶.

Del resto, che il patto di famiglia volesse costituire nelle intenzioni del legislatore della riforma una deroga formale al divieto dei patti successori risultava apertamente dalla relazione di accompagnamento alla proposta di legge n. 3870

¹⁶⁵ Sulla questione, si vedano intanto, tra gli altri: AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006; LANDINI, *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?*, in *Famiglia*, 2006; DI MAURO N. - VERDICCHIO V., *Commento all'art. 768-bis c.c. (Nozione)*, in DI MAURO-MINERVINI E.-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006.

¹⁶⁶ AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, voll. I e II, Milano, 2002; DE GIORGI M.V., *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982; GIAMPICCOLO G., *“Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà”*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

dell'8 aprile 2003 in tema di patto di famiglia, nella quale si legge *“la ratio del provvedimento deve essere rinvenuta nell'esigenza di superare in relazione alla successione di impresa la rigidità del divieto dei patti successori, che contrasta non solo con il fondamentale diritto all'esercizio dell'autonomia privata, ma altresì e soprattutto con la necessità di garantire la dinamicità degli istituti collegati all'attività d'impresa”*.

Questa notazione però è rimasta ben presto a livello di prima impressione, in quanto la dottrina che ha approfondito il problema del raffronto tra patto di famiglia e divieto dei patti successori, ha messo in rilievo, peraltro con una eterogeneità di argomentazioni non trascurabile, la possibilità di dubitare della reale portata derogatoria della clausola di salvezza *de quo*.

In effetti, una ricostruzione che riconduca *tout court* il patto di famiglia a eccezione della regola successoria di cui all'art. 458 c.c. si rivela marcatamente sommaria e riduttiva¹⁶⁷, se è vero che già prima della approvazione della l. 14 febbraio 2006 n. 55 parte della dottrina aveva ritenuto di dover affermare *“con assoluta certezza che il patto di famiglia (...) non configura un patto successorio perché ciò che forma oggetto dell'attribuzione è l'azienda nella consistenza che ha al momento dell'atto dispositivo, l'effetto attributivo è immediato e allo stesso modo immediata è anche la determinazione del soggetto o dei soggetti beneficiari”*.

D'altronde, si è pure argomentato, *“il risultato che si realizza è identico a quello che già oggi si potrebbe realizzare con una donazione in quote indivise a tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione e con una contestuale cessione dei diritti a titolo oneroso da parte di alcuni donatari a colui o a coloro che sono destinati a gestire l'azienda di famiglia”*, di guisa che *“la vera portata innovativa della norma (...) non consiste in una deroga al divieto dei patti successori, bensì in una disattivazione dei meccanismi di tutela che*

¹⁶⁷ Cfr. MASCHERONI A., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, 2012.

l'ordinamento ha predisposto a favore dei familiari e segnatamente la riduzione e la collazione"¹⁶⁸.

Nel procedere con il tentativo di comprendere quale sia l'esatto dimensionamento della deroga di cui all'art. 458 c.c. risulta opportuno scomporre cartesianamente l'indagine, di modo che a un discorso complesso si possa arrivare partendo da concetti più semplici.

Innanzitutto, occorre tenere presente che l'art. 458 c.c. contempla non un solo divieto, bensì tre distinti divieti, quante sono le categorie tipologiche dei patti successori e, dunque, l'istituto di nuova introduzione necessita di essere raffrontato con ognuna di dette singole ipotesi.

Inoltre, riguardando il patto di famiglia, non deve sfuggire che lo stesso si presenta connotato da due "momenti" attributivo-traslativi, che possono aver contribuito in diversa misura, nella mente del Legislatore, alla decisione di apportare la modifica dell'art. 458 c.c.

Viene in rilievo in prima istanza il dato letterale dell'inserimento della clausola derogatoria in apertura dell'art. 458 c.c. che potrebbe costituire, ad una prima e superficiale lettura, indizio dell'identificazione dell'istituto con la figura dei patti istitutivi.

In contrario, il percorso che si è sin qui tentato diffusamente di intraprendere consente di concludere, abbastanza serenamente che, la deroga apportata nel 2006 al divieto dei patti successori non investe il patto istitutivo, non potendo il patto di famiglia rientrare nella categoria degli atti *mortis causa*¹⁶⁹.

Occorrerebbe altrimenti che l'acquisto dell'istituto per contratto fosse non immediato, ma differito alla morte del contraente che ha disposto circa la propria

¹⁶⁸ Così IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997.

¹⁶⁹ Sulla configurazione dei negozi *mortis causa* in termini di attribuzioni caratterizzate dalla doppia incidenza dell'evento-morte sia sull'elemento di natura oggettiva (c.d. requisito del *quod superest*), sia su quello di natura soggettiva (c.d. requisito della premorienza del disponente rispetto al beneficiario), si rinvia al Capitolo I della presente trattazione.

successione. Mentre nella disciplina del patto di famiglia l'acquisto dall'imprenditore è acquisto immediato e non collegato all'apertura della successione del disponente e sia l'oggetto del contratto che i beneficiari dell'attribuzione sono determinati con riferimento al momento della stipula¹⁷⁰.

Se il patto di famiglia configurasse patto successorio istitutivo e, dunque, un atto *mortis causa*, non si spiegherebbe il fatto che il legislatore abbia imposto come base di calcolo della porzione di legittima spettante a ciascun legittimario (in pectore o sopravvenuto che sia), il valore "attuale" del bene produttivo nel momento in cui il contratto venga ad essere perfezionato.

Inoltre, l'affermata esclusione di una natura *mortis causa* trova conferma nella considerazione dell'effetto tipico del patto di famiglia di disattivazione del meccanismo di collazione di cui all'art. 768-quater co. 4 c.c., che è rimedio ontologicamente collegato a liberalità attuali ed *inter vivos* e non certo *mortis causa*¹⁷¹.

Vero è che l'assegnazione del bene produttivo è compiuta anche (e forse soprattutto) in vista del periodo successivo alla sua morte, ma ciò attiene, tutt'al più, al profilo funzionale e teleologico del patto, senza intaccare il profilo degli effetti traslativi, i quali, si ribadisce, sono attuali ed *inter vivos*.

Il patto di famiglia, in altri termini, fornisce all'imprenditore uno strumento giuridico adeguato per programmare per tempo il passaggio generazionale dell'azienda, ma egli non dispone del bene per il periodo successivo all'apertura della propria successione, come in pratica potrebbe ben fare a mezzo di un negozio testamentario. Per converso, egli pone in essere un accordo con il quale attribuisce l'azienda o le partecipazioni sociali ad uno o alcuno dei suoi familiari, spogliandosene in modo attuale e definitivo.

¹⁷⁰ In questo senso, tra gli altri: CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *CNN Notizie*, 22 marzo 2006; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia Civile*, 2006; OBERTO G., *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F.GALGANO, Padova, 2006.

¹⁷¹ CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia*, op. cit.

La ricorrenza di una natura *mortis causa* è altresì smentita dal fatto che il disponente, successivamente alla stipula del patto, perda, con la titolarità e la disponibilità del bene trasferito, anche ogni possibilità di revoca, *usque ad mortem*, dell'assetto realizzato col patto.

Esclusa, dunque, con riguardo all'attribuzione (principale) dell'azienda e delle partecipazioni societarie, la qualificazione in termini di patto successorio istitutivo, resta da verificare l'interferenza tra il patto di famiglia e l'ambito dei patti successori dispositivi e rinunciativi, con riguardo alle pattuizioni *a latere*.

Su questo punto non vi è unanimità di pensiero.

Taluni autori, per salvare la coerenza fra il testo novellato dell'art. 458 — dal quale dovrebbe ricavarsi che una deroga al divieto sia stata contestualmente introdotta — e la disciplina del nuovo Capo V-*bis*, hanno concluso nel senso che l'inciso di salvezza, ad onta della sua collocazione testuale in sede di esordio della disposizione, non intenda riferirsi ai patti successori istitutivi, ma ai soli divieti “minori”, contenuti nella seconda parte della norma.

Secondo la citata posizione dottrina, prendendo le mosse dalla disamina del comma 2 dell'art. 768-*quater* c.c., nella parte in cui si prevede la liquidazione da parte dell'assegnatario a favore dei legittimari non assegnatari, sarebbe rinvenibile la disciplina di un patto successorio dispositivo, ovvero, in alternativa, rinunciativo.

In particolare, un patto successorio “dispositivo” sarebbe ravvisabile proprio nel fatto che l'assegnatario, in vita del *de cuius*, anticipa ai suoi fratelli o sorelle ed all'altro genitore quanto di loro spettanza sui beni, oggetto del patto, che altrimenti cadrebbero in successione. In cambio di ciò, i soggetti non assegnatari, nel momento in cui accettano la liquidazione della quota, in denaro o in natura, assumono il ruolo di disponenti, in quanto, in sostanza, alienano al donatario, dietro corrispettivo, la porzione di legittima sul bene oggetto del patto di famiglia.

In quest'ottica, sarebbe innegabile che i non assegnatari stanno disponendo dei diritti che possono loro competere su una successione altrui non ancora aperta¹⁷².

Da un secondo punto di vista dovrebbe, in alternativa, riconoscersi nel patto di famiglia un patto successorio "rinunziativo", qualora i non-assegnatari rinuncino alla liquidazione suddetta, poiché, in sostanza, essi abdicano preventivamente ai diritti di legittima che potranno loro competere sulla successione futura del genitore¹⁷³.

Non solo, ma sottoscrivendo l'atto, i non assegnatari accettano, in vita del soggetto disponente, l'automatica disattivazione, nei loro confronti e relativamente all'oggetto del patto di famiglia, del meccanismo dell'azione di riduzione, con ciò di fatto rinunciando alla quota di legittima loro spettante su quel bene e, così facendo, dando luogo ad un fenomeno che, contemporaneamente, sembra porsi in termini derogatori sia verso l'art. 458 c.c. che verso l'art. 557 co. 2¹⁷⁴.

Più di recente, a commento della novella sul patto di famiglia, altra parte della dottrina è approdata a conclusioni diametralmente opposte, negando pure che l'istituto *ex artt. 768-bis ss. c.c.* si ponga in qualche modo in deroga al divieto dei patti successori dispositivi e rinunziativi.

A quanto sostenuto in prima battuta pare potersi obiettare che il diritto di cui il non-assegnatario dispone non è un diritto non ancora nato, concernente una

¹⁷² In questi termini, in particolare, MERLO A., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, (Profili civilistici del patto di famiglia), in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni per la fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano.Roma, 2006.

¹⁷³ Si veda ancora MERLO, *Divieto dei patti successor*, *op. cit.* e, analogamente PETRELLI G., *La nuova disciplina dei patti di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, il quale afferma, che per l'ipotesi «in cui il legittimario rinunci in tutto o in parte alla liquidazione dei propri diritti (come ammesso dall'art. 768-quater, comma 2, c.c.), si è in presenza di un vero e proprio patto successorio rinunziativo, in deroga all'art. 458 c.c.».

¹⁷⁴ La disposizione in esame stabilisce il principio inderogabile per cui, "finché vive il donante", i legittimari non possono "rinunziare, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione", al diritto loro spettante di domandare la riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima loro riservata *ex lege*.

Sul punto si veda MERLO, *Divieto dei patti successori*, *op. cit.* il quale segnala che il testo della riforma, apportata a mezzo della legge n. 55/2006, sarebbe stato tecnicamente più corretto, ove l'inciso "fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti" fosse stato inserito anche nel contesto testuale dell'art. 557 co. 2 c.c.

successione futura, ma diritto attuale che sorge immediatamente con il contratto: è il diritto ad ottenere la liquidazione.

A quest'affermazione può aggiungersi quella di chi ha rilevato come, in ogni caso, non può ravvisarsi alcun atto di disposizione da parte del legittimario-non assegnatario, posto che la commutazione della (presunta) quota di legittima in credito pecuniario non è opera sua, ma, in realtà, effetto di natura legale, scaturente *ipso iure* dalla stessa stipulazione del contratto tipico di cui agli artt. 768-bis sgg. c.c.¹⁷⁵.

Analogamente, la sottrazione delle assegnazioni realizzate con il patto ai rimedi di collazione e riduzione, appaiono imputabili non tanto alla volontà dei contraenti, quanto, piuttosto, direttamente alla legge.

Inoltre, si afferma che il diritto di legittima non viene dismesso, ma, anzi, rafforzato dalla legge, in quanto reso subito esercitabile nella sua nuova versione, con la conseguenza che nemmeno si potrebbe scorgere, nell'operazione, una corrispondente rinuncia¹⁷⁶.

Sulla scorta delle osservazioni che precedono, non si può che riconoscere legittimità alla affermazione, ormai prevalente nell'attuale dottrina, secondo cui l'introduzione del patto di famiglia non realizzi alcuna deroga al divieto dei patti successori, ma rappresenti una mera "clausola di stile", priva di un reale contenuto precettivo.

¹⁷⁵ cfr. CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006, il quale afferma che "gli stessi accenni di natura successoria riscontrabili nella dispensa da collazione e nella sottrazione da ogni azione di riduzione, quali sancite dall'art. 768-quater, ultimo comma, se non li si voglia imputare direttamente alla legge anziché alla volontà dei contraenti, implicano una disposizione dei futuri diritti di legittima, non da parte di chi si presuma esserne il titolare, - salvo, verosimilmente, che, secondo la ricostruzione che subordina l'efficacia o l'opponibilità del patto alla convocazione dei legittimari esclusi, nella limitata ipotesi della successiva adesione da parte dei legittimari non invitati -, bensì da parte di soggetti terzi, - l'assegnante e gli assegnatari dell'azienda e delle partecipazioni sociali -, mentre l'art. 458, c.c., contempla espressamente la sola disposizione di diritti successori che appartengono allo stesso disponente".

¹⁷⁶ L'osservazione è, ancora una volta, di CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, 22 marzo 2006.

Il ragionamento, necessita di essere ulteriormente approfondito al fine di superare l'obiezione sollevata da autorevole¹⁷⁷ dottrina secondo cui, l'adesione ad uno schema legale tipico, e dal quale derivino determinati effetti legali, ha, comunque, l'obiettivo significato di una manifestazione di consenso al prodursi degli effetti medesimi.

Di fatto, è innegabile che aderendo al patto, i soggetti non assegnatari si privano sempre e comunque della possibilità di pretendere la legittima che loro spetterebbe su quei determinati beni all'apertura della successione, anche se questa dovesse eventualmente rivelarsi, in quel momento, di valore ben diverso rispetto alla somma accettata in sede di stipula del patto.

Stesso discorso si è fatto con riferimento alla rinuncia alla liquidazione posta in essere in occasione della partecipazione al patto di famiglia, visto che in tal caso, il legittimario consuma comunque il suo diritto, precludendosi di agire in riduzione, e rinunciando in tal modo a diritti sulla futura successione, nei confronti del bene oggetto del patto di famiglia¹⁷⁸.

Al riguardo, si ritiene che la questione debba essere affrontata tenendo in debita considerazione le conclusioni cui si è giunti *supra* circa l'effetto di "anticipata successione", proprio del patto di famiglia, scaturente da un contratto che vede coinvolti tutti coloro che sarebbero legittimari ove si aprisse in quel momento la successione, al fine della regolazione dei rispettivi interessi successori¹⁷⁹.

In altri termini, si ritiene che con la stipula del patto di famiglia venga a crearsi un fenomeno di "sdoppiamento" della successione *mortis causa* della stessa persona: la "prima" successione avviene in via "anticipata" e riguarda le sole attribuzioni

¹⁷⁷ OBERTO G., *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F.GALGANI, Padova, 2006.

¹⁷⁸ PISCHETOLA A., *Il Patto di famiglia a confronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento*, in *AA.VV., Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni per la fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano.Roma, 2006.

¹⁷⁹ ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006.

oggetto del patto, mentre la “seconda” è vera e propria successione in senso tecnico, che si apre in seguito alla morte del disponente.

La successione anticipata e quella futura assumono la connotazione di “compartimenti stagni”, tra loro non comunicanti (salvo l’obbligo di imputazione ex se di cui all’art. 768-quater, comma 3)¹⁸⁰, posto che l’assetto realizzato con il patto è destinato a rimanere stabile e a non poter essere rimesso in discussione dall’esercizio dei diritti e delle azioni connesse ai diritti dei legittimari, per l’evidente ragione logica che gli interessi coinvolti dall’attribuzione *ex pacto* hanno già consumato la propria rilevanza in occasione e per effetto della regolamentazione convenzionale in esso contenuta e non possono vedere rinnovata tale rilevanza, se non a seguito di una caducazione degli effetti del patto¹⁸¹.

La realizzazione di un simile risultato pratico è resa possibile, in ultima analisi, non tanto da una deroga ai divieti di cui all’art. 458 c.c., che, per i motivi innanzi esposti è esclusa dalla ricostruzione maggiormente accolta in dottrina¹⁸², ma, piuttosto, dalla disattivazione dei meccanismi di collazione e di riduzione, seppur unicamente in relazione alla azienda o alle partecipazioni societarie.

Dalle conclusioni appena enucleate si profila la convinzione che l’introduzione del patto di famiglia, interferisca in modo maggiormente incisivo non tanto con l’ambito del divieto di patti successori, quanto, piuttosto, con il sistema normativo della successione necessaria.

¹⁸⁰ Si veda AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Patti di famiglia per l’impresa, nei Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006, il quale dà atto che un parziale “canale di comunicazione” tra le due suddette successioni comunque esista, e sia rappresentato dall’obbligo di imputazione, in sede di “seconda” successione, di tutto quanto ricevuto dai contraenti in sede di “prima” successione; che obbligo, peraltro, va adempiuto avendo come riferimento il valore attribuito ai beni nel patto di famiglia, e, oltretutto, esso risulta essere accompagnato, nell’ottica di stabilizzazione caratterizzante il contratto, dall’impossibilità di rimettere in discussione (attraverso gli istituti della collazione e della riduzione) i trasferimenti realizzati.

¹⁸¹ Così AMADIO G. in *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l’impresa, nei Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.

¹⁸² In contrario si veda L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, il quale non ha mancato di evidenziare come tale ricostruzione pare porsi in contrasto con la lettera del codice e con lo stesso spirito della riforma che ha introdotto il patto di famiglia, in occasione della quale il legislatore ha avuto cura di modificare proprio l’art. 458 cod. civ.

A questo punto non resta che dare una risposta al perché il legislatore abbia ritenuto di intervenire formalmente sull'art. 458 c.c., ancorché l'inciso di salvezza non apporti deroghe sostanziali ad alcuno dei tre divieti enunciati dalla disposizione suddetta.

Contro la soluzione secondo cui sarebbe frutto di un mero equivoco o di una svista del Legislatore, si preferisce una lettura idonea a riconoscere, comunque, una utilità alla enunciazione introdotta in apertura dell'art. 458.

Pertanto, si ritiene di condividere l'interpretazione per la quale la scelta legislativa di inserire l'inciso suddetto sia da ascrivere soprattutto ai timori del Legislatore di poter tradire la coerenza del sistema o, più plausibilmente ad opinione di chi scrive, alla volontà di lasciare "aperte" tutte le interpretazioni ipotizzabili circa i possibili effetti del patto di famiglia, senza che l'art. 458 c.c. possa costituire, al riguardo, un "intralcio" di ordine dogmatico¹⁸³.

¹⁸³ Così VITUCCI P. , *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.* 2006.

6. Profilo Comparatistico. La trasmissione dell'impresa di famiglia in Germania.

Come accennato *supra*, alla introduzione nel nostro ordinamento del patto di famiglia ha fatto eco l'emersione della categoria individuata dalla dottrina tedesca con la formula di “*antizipierte o vorweggenommenen Erbfolge*”¹⁸⁴.

Tuttavia, taluna dottrina ha puntualmente evidenziato come, in relazione all'*Erbvertrag*, non possa parlarsi di circolazione del modello in senso stretto, alla luce della ricostruzione del patto di famiglia che appare maggiormente aderente al dato normativo¹⁸⁵.

Il confronto del patto di famiglia con la disciplina dell'*Erbvertrag*, non necessita, in questa sede, di essere esaminato più a fondo, posto che dalle premesse suesposte è facile concludere che il primo non costituisca un contratto ereditario e, dunque non sia sovrapponibile al modello di istituzione contrattuale di erede, propria del diritto tedesco.

Basti qui solo ricordare che il patto di famiglia ha natura di atto *inter vivos* produttivo di effetti traslativi immediati, mentre l'*Erbvertrag*, è allo stesso tempo sì un contratto (*Vertrag*), ma anche negozio *mortis causa* (*Verfügung von Todes Wegen*), che come tale resta per intero nel territorio del diritto delle successioni¹⁸⁶.

Tanto che l'acquisto compiuto dall'erede per contratto coincide nel tempo con quello dell'erede testamentario. Entrambi acquistano con l'apertura della successione e non prima di questa.

¹⁸⁴ Cfr. KOLLHOSSER H., Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge, Archiv für civ. Praxis, 1994; KRAUSE R., Planning Succession in International Family Business-Recent Developments in Germany, in Family Finances, a cura di B. Verschraegen, Jan Sramek Verlag, 2008; ECCHER B., Antizipierte Erbfolge, Berlin, 1980; OLZEN D., Die Vorweggenommene Erbfolge, Berlin, 1984.

¹⁸⁵ Ampiamente, sul tema dei patti successori nell'ordinamento tedesco v. ZOPPINI A., *Le successioni in diritto comparato*, in Aa. Vv., *Trattato di diritto comparato*, a cura di Sacco, Torino, 2002.; v. altresì MATERA P., *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁸⁶ ECCHER B., *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980; OLZEN D., *Die Vorweggenommene Erbfolge*, Berlin, 1984; KOLLHOSSER H., *Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge*, Archiv für civ. Praxis, 1994.

Al più, un punto di contatto tra i due istituti potrebbe rinvenirsi nella funzione in senso lato di indirizzo dell'azienda verso l'erede prescelto dal disponente per la sua conduzione.

Per quanto strettamente attiene alla trasmissione dell'impresa in ambito familiare in Germania, accanto agli strumenti dell'*Erbvertrag* e del testamento congiuntivo che svolgono dei ruoli centrali proprio nella successione nei beni produttivi, sono presenti soluzioni diverse che vale la pena passare in rassegna brevemente¹⁸⁷.

In primo luogo, è significativo il rilievo che nel sistema del BGB il principio della centralità del testamento non appare una realtà ineluttabile già da tempo, posto che, come è ormai noto, per disporre dei propri beni dopo la morte, in Germania è consentito ricorrere, oltre che al testamento, allo strumento dei patti successori (*Erbverträge*).

Il patto successorio realizza il desiderio degli interessati di organizzare un passaggio generazionale del patrimonio che sia stabile e prevedibile già prima dell'apertura della successione, consentendo a ciascuno dei contraenti di adottare delle disposizioni a causa di morte quali l'istituzione di erede e il legato.

In tal caso l'istituzione contrattuale, in quanto causa pattizia di vocazione ereditaria, vincola le parti e si caratterizza per la sua irrevocabilità, posto che il contratto ereditario può essere risolto solo di comune accordo dalle persone che l'hanno stipulato.

Nell'ambito della successione dell'imprenditore agricolo, poi, si ammette una sorta di successione anticipata per mezzo di contratti stipulati al fine di consentire la trasmissione *inter vivos* dell'azienda agricola¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Per un'analisi degli istituti impiegati in Germania per la trasmissione dell'impresa di famiglia si veda più ampiamente FUSARO A. *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013.

¹⁸⁸ ZOPPINI A., *Le successioni in diritto comparato*, in Aa. Vv., *Trattato di diritto comparato*, a cura di Sacco, Torino, 2002.

Inoltre, a norma dell'art. 2265 BGB i coniugi possono dichiarare congiuntamente le loro ultime volontà, in unità di atto e contesto, pur disponendo ciascuno unilateralmente del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Balza subito agli occhi che questo istituto, detto anche "*Berliner Testament*"¹⁸⁹, così come configurato ed articolato nell'ordinamento giuridico tedesco, sarebbe affetto da nullità assoluta secondo l'ordinamento giuridico italiano ai sensi dell'art. 589 c.c.¹⁹⁰, entrando in collisione, anche con il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.

Inoltre, redatto da entrambi i coniugi, esso andrebbe a cozzare irrimediabilmente con i caratteri imprescindibili di unilateralità ed unipersonalità del testamento, nonché con la libertà riconosciuta al testatore di modificare in ogni tempo le sue disposizioni.

La problematica propria dell'art. 2265 e ss. BGB (codice civile tedesco) consiste però non tanto nel testare congiuntamente in sé, quanto nel fatto che in un testamento collettivo spesso, anche se non necessariamente, vengono effettuate le cosiddette disposizioni corrispettive e cioè un coniuge determina la disposizione di sua ultima volontà solo per il fatto che anche l'altro testi nella stessa maniera.

Il caso più importante è il testamento collettivo disciplinato dall'art. 2269 BGB, il quale consente che i coniugi si istituiscano reciprocamente eredi e dispongano, che l'intera eredità dopo la morte dell'ultimo a decedere debba andare ai figli¹⁹¹.

¹⁸⁹ Si noti che il *Berliner Testament*, diverge dall'*Erbvertrag* quanto alla natura giuridica: puro negozio *mortis causa* il primo, istituto ibrido che combina in sé i caratteri del negozio *mortis causa* e del contratto, il secondo.

¹⁹⁰ Difatti l'art. 589 c.c. vieta espressamente sia il testamento congiuntivo che quello reciproco.

¹⁹¹ Oltre ai coniugi, dall'entrata in vigore della Legge sui Partners di vita in data 01/08/2001, anche i Partners di vita registrati omosessuali hanno la possibilità di redigere un testamento collettivo.

In tale ipotesi, la corrispettività delle disposizioni ha necessariamente la conseguenza, che in seguito alla morte del primo a decedere, il coniuge superstite non potrà più mutare le sue disposizioni a favore dei figli.

L'art. 2271 comma 2 BGB stabilisce infatti, che il diritto di revoca per principio viene meno con la morte dell'altro coniuge.

In questo, dunque, consiste la particolarità del testamento collettivo che può rivelarsi un'arma a doppio taglio in quanto, una volta morto un coniuge, l'altro resta definitivamente e irrimediabilmente vincolato alla disposizione *mortis causa* disposta congiuntamente, dal momento che la sua natura bilaterale ne impedisce la revoca unilaterale, nonché ogni eventualmente modifica e correzione, alla luce di una visione migliore o di mutate circostanze di vita

Ciò significa anche che il coniuge superstite non potrà neppure reagire ad una qualsiasi situazione familiare impreveduta con un altro proprio testamento.

Uno strumento classico per mantenere l'impresa all'interno della famiglia a beneficio delle future generazioni è la designazione testamentaria di eredi successivi, destinati a subentrare al primo chiamato, al verificarsi di un certo evento (par. 2100 BGB).

Di regola, l'azienda è attribuita ad un soggetto per una durata vitalizia ed alla sua morte ad un altro, realizzando un assetto accostabile alla c.d. sostituzione fedecommissaria, consentita nell'ordinamento tedesco con un ambito soggettivo ed oggettivo più ampio di quello entro cui la medesima sostituzione è ammessa dall'art. 692 del nostro codice civile¹⁹².

¹⁹² Nel vigente ordinamento l'istituto della sostituzione fedecommissaria è stato piegato a finalità assistenziali di cura di soggetti incapaci, diversamente essendo vietato a pena di nullità della relativa disposizione. Il nuovo testo dell'art. 692 cod.civ. , modificato dall'art. 238 della Legge 19 maggio 1975, n. 151, norma citata prevede infatti che "Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'art. 416 cod.civ. interverrà la pronuncia di interdizione.

Per il tramite della sostituzione fedecommissaria il testatore impone al beneficiario istituito a titolo di erede o di legato (*Vorerbe*) l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni oggetto dell'eredità o del legato ad un altro soggetto (*Nacherbe*) appellato sostituto o fedecommissario.

Nacherbe e *Vorerbe*, chiamati in ordine successivo, sono entrambi eredi dell'*Erblasser* non contemporaneamente, ma uno dopo l'altro. Il sostituto (*Nacherbe*), infatti, succede solo al momento della morte dell'istituito (*Vorerbe*).

In altri termini, la delazione del sostituto è sottoposta alla condizione sospensiva della premorienza dell'istituito, il quale è soggetto a limiti circa la facoltà di disposizione dei cespiti ereditari (parr. 2112-2115 BGB), in ragione dell'obbligo di conservare e trasmettere l'asse ai chiamati in subordine (par. 2130 BGB).

In definitiva, l'istituto in esame, connotato dalla finalità di conservare e mantenere uniti i beni familiari, consente di attribuire l'azienda a più soggetti, uno dopo l'altro, cosicché non si crei alcuna comunione ereditaria, come invece avviene tra i coeredi (*Miterben*), e, soprattutto, permette l'esclusione di taluni soggetti dall'asse ereditario, attraverso una "catena" di sostituzioni successive.

Ovviamente è possibile nominare eredi più persone, sia *Vor- che Nacherben* ed in tal caso si configurerà una comunione ereditaria tra costoro.

Si consente anche l'ulteriore forma di sostituzione successiva in cui un *Vorerbe* diventa coerede successivo o *Mitnacherbe*: si pensi all'istituzione del coniuge come unica erede, con la previsione che, a seguito di nuove nozze del coniuge, parte della eredità sia devoluta ad altri.

In tale evenienza il coniuge superstite e l'altra persona, che ha acquistato la qualità di erede in un secondo momento, saranno co-eredi successivi (*Mitnacherben*).

Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto.

La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. E' anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza. In ogni altro caso la sostituzione è nulla".

Merita di essere qui ricordata la regola generale indicata dal primo comma del par. 2109 BGB, secondo cui l'istituzione di un erede susseguente diventa inefficace se la successione ulteriore non si verifica entro trent'anni.

Dunque, in linea di principio, la sostituzione fedecommissaria perde effetto dopo trent'anni dall'apertura della successione (par. 2109, 1 co., parte 1, 2210, parte 1, BGB).

Per la trasmissione dell'impresa di famiglia in Germania risulta assai diffuso anche il mandato *post mortem*, dal momento che ove formato per atto notarile non si estingue a seguito della morte del mandante (par. 672 BGB).

Si può dare vita ad una semplice procura *post mortem*, destinata a produrre effetto solo dopo il decesso del rappresentato, che vale quale precauzione, affiancandosi a misure specifiche ed è utilizzata per transazioni che riescono difficoltose se perfezionate dopo il decesso, quali la cessione di azioni oppure operazioni bancarie. In un contesto internazionale l'impiego di questo strumento non è raccomandabile, dal momento che in molti paesi la morte invariabilmente estingue ogni procura.

In Germania la pianificazione della successione nell'impresa è perseguita anche tramite la fondazione di famiglia (*Privat-Familienstiftung*: par. 80 BGB ss.), la quale non presenta vantaggi fiscali, ma il conferimento in essa di partecipazioni sociali è immune dalle pretese dei legittimari dopo il decorso di un decennio.

Molto utilizzato è, poi, lo strumento societario, nelle forme della "*Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft*" o "*GmbH & Co.*", scelta anche per ragioni fiscali, che è una particolare forma di società in accomandita (*KG*) in cui gestore è una società a responsabilità limitata (*GmbH*), e gli altri soci sono privati, sottoposti ad un regime di responsabilità illimitata.

Capitolo III

CONTRATTI A FINALITÀ *LATO SENSU* SUCCESSORIA.

1. Brevi premesse di metodo.

Il campo di indagine che ha via via preso corpo, nel dispiegarsi sin qui della trattazione, è quello relativo alla categoria degli “*strumenti alternativi al testamento*”, ovverosia quegli strumenti negoziali idonei a realizzare la destinazione e la distribuzione del patrimonio attraverso canali diversi rispetto ai tradizionali istituti successori.

Un dato oramai acquisito è che nell’analisi della funzione che il contratto può essere chiamato a svolgere nella vicenda successoria, il punto di osservazione paradigmatico è costituito dall’art. 458 c.c.

Infatti, soltanto una compiuta definizione della portata del divieto dei patti successori può consentire di adeguatamente valutare validità ed efficacia delle varie tecniche negoziali che aspirano a collocarsi in posizione di contiguità con il testamento.

Da una prima lettura della citata disposizione pare opinarsi che essa valga a sancire l’assoluta inconciliabilità tra la logica della regolamentazione pattizia e quella della vicenda successoria¹⁹³.

Epperò, a questo punto della esposizione, reciproche interferenze tra questi due momenti sono innegabili.

È vero che nel nostro ordinamento non è possibile incidere sulla successione *mortis causa*, tuttavia è possibile perseguire una trasmissione e riallocazione della ricchezza familiare attraverso forme di trasferimento anticipato rispetto all’evento morte¹⁹⁴.

¹⁹³ Cfr. ROPPO V., *Il contratto*, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano 2001, il quale afferma che “la relazione fra contratto e successione *mortis causa* è, nel nostro attuale diritto, tendenzialmente antinominica”.

¹⁹⁴ Nelle pagine precedenti si è avuto modo di segnalare che i negozi (strutturalmente e causalmente) *inter vivos* non sono, in linea generale, tacciati di illegittimità da parte dell’ordinamento, se non quando essi,

Dunque, volendo porre, a sostegno di quanto si andrà *infra* argomentando, un iniziale dato di partenza, può osservarsi che i divieti di cui all'art. 458 c.c., seppur costituenti norme imperative dalla chiara portata limitatrice dell'autonomia contrattuale in materia successoria, non sembrano spingersi sino al punto di escludere, in radice e del tutto, un parziale dispiegarsi della suddetta autonomia in funzione di strumento concorrente e/o alternativo rispetto al testamento.

Così è a dirsi per i negozi *inter vivos post mortem e trans mortem*¹⁹⁵, sviluppatasi nella prassi e nel pensiero della dottrina quali strumenti alternativi al testamento, volti a realizzare ipotesi di successioni anomale per contratto e a dare voce, per quanto il diritto positivo lo consenta, all'esigenza, che bisogna registrare quale sempre crescente, di contrattualizzare la trasmissione della ricchezza per il periodo successivo alla morte del suo titolare.

Fatte queste premesse, l'obiettivo dell'analisi che segue è quello di mettere a fuoco lo spazio che ha l'autonomia privata nell'ambito delle successioni *mortis causa*, confrontandosi in particolare con la disciplina degli "strumenti alternativi al testamento".

La categoria in esame si presenta assai eterogenea al suo interno, ma la coesione tra le varie ipotesi è realizzata, sul piano teleologico funzionale, dal comune elemento dello scopo che con le figure medesime ci si propone di realizzare, che è pur sempre quello di alternativa testamentaria.

Dall'altro lato, vi è poi identità sotto il profilo strutturale, considerato che, a tutti gli effetti, dette figure negoziali, tra loro assai diversificate, sono da considerarsi

andando a concretare ipotesi di patti successori dispositivi o rinunciativi, oppure andando a confliggere con altri specifici divieti, si dimostrino portatori di interessi ripudiati dal sistema civilistico. A valutazioni di segno diverso si è giunti, invece, in merito ai negozi *mortis causa*, in ordine ai quali, per i motivi che si è esposto, ai quali si rinvia, opera una presunzione *iuris et de iure* di illegittimità, ogni qualvolta i medesimi abbiano ad essere contenuti in un atto che, sotto il profilo strutturale, diverga seppur in minima parte dalla forma testamentaria.

¹⁹⁵ Per la disamina dei rispettivi caratteri peculiari e distintivi si rinvia alle considerazioni che hanno formato oggetto del Capitolo I.

quali veri e propri negozi *inter vivos* (nella duplice accezione, strutturale e causale, in precedenza esposta).

In considerazione delle differenze sussistenti tra le fattispecie che presentano profili di funzionalità *lato sensu* successiva, si giustifica la scelta di metodo - che in questa sede si intende seguire - di non includere nella trattazione tutte quelle figure negoziali riguardo alle quali i risvolti di più ampio respiro sovrastano quelli che attengono invece alla specialità dell'argomento.

Infatti, nell'ampio novero degli strumenti proposti in dottrina come valida alternativa al negozio testamentario, ciascuna delle fattispecie che viene in gioco impone di esaminare anche, e talvolta in via pregiudiziale, questioni precipue della categoria tipologica di volta in volta coinvolta.

L'opzione comporta che venga lasciato fuori dal campo di osservazione tutti quegli istituti la cui trattazione coinvolgerebbe profili tematici di più vasta portata, e rispetto ai quali un'indagine sulle interferenze con la materia delle successioni *mortis causa* non si rivelerebbe soddisfacente, laddove avulsa da quella relativa a tematiche di portata generale.

Pertanto, nella trattazione che segue la materia è stata organizzata concentrando l'attenzione sull'esame analitico di alcune delle principali fattispecie negoziali che in dottrina hanno sollevato i maggiori dubbi e delle quali si rende opportuno vagliare, caso per caso, la riconducibilità sistematica all'una o all'altra delle categorie tipologiche che sinora ci hanno impegnato (*negozi mortis causa*, negozi ad effetti *post mortem*, negozi *trans mortem*), in vista dell'impiego che di tali figure potranno compiere i privati, in funzione di strumenti alternativi al testamento.

2. Il contratto a favore del terzo con prestazioni da eseguirsi dopo la morte dello stipulante. La figura dell'assicurazione sulla vita a favore del terzo.

La dottrina che si è occupata del tema dei contratti a finalità *lato sensu* successoria, ha individuato nello schema negoziale del contratto a favore del terzo la figura maggiormente idonea, in astratto, a costituire un'efficace alternativa allo strumento testamentario¹⁹⁶.

Difatti, ad una prima lettura, si percepisce che il contratto a favore di terzi, già nel suo schema di base delineato all'art. 1411 c.c., sembri avere le caratteristiche, innanzi delineate, dei *negozi trans mortem*.

È presente, di per sé, il requisito della fuoriuscita del bene dal patrimonio del disponente (che in questo caso si identifica con lo stipulante) prima della sua morte, poiché l'obbligazione dello stipulante nei riguardi del promittente ha carattere immediato ed attuale.

In secondo luogo, lo scopo che l'attribuzione del bene al beneficiario divenga definitiva solo dopo la morte dello stipulante, può essere facilmente realizzato pattuendo espressamente che il promittente debba differire, *post mortem stipulatoris*, l'esecuzione della sua prestazione a favore del terzo.

Viene in rilievo, in tal senso, la possibilità, prevista dal co. 2 dell'art. 1411 c.c. ed accordata ai privati in deroga alla disciplina dispositiva codicistica, che le parti, con espressa pattuizione, posticipino convenzionalmente il momento in cui il terzo debba ricevere la propria attribuzione.

Infine, è evidente anche il terzo requisito, ossia quello della libera revocabilità del negozio, che è addirittura elemento naturale e peculiare della figura descritta agli artt. 1411 e 1412 c.c.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Il riferimento è, in particolare, a PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, e ID., *Istituti alternativi al testamento*, in Tratt. Dir. Civ., CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003.

¹⁹⁷ M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.

Ancora più significativo, ai fini della presente trattazione, è l'esame dell'art. 1412 c.c. che disciplina una specifica ipotesi di contratto a favore del terzo, particolarmente idonea a porsi quale alternativa al testamento.

La norma citata stabilisce che se la prestazione deve essere eseguita dopo la morte dello stipulante, questi può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, salvo che, in quest'ultimo caso, lo *stipulator* abbia rinunciato per iscritto al potere di revoca.

Inoltre, la prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuore allo stipulante, purché il beneficio non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente.

In altri termini, si consente al disponente di fissare in vita un certo assetto di interessi, prevedendo un'attribuzione che sarà efficace solo dopo la sua morte, e conservando, del resto, il potere di revocare il beneficio fino al proprio decesso.

La figura negoziale ora descritta ha dato adito, in dottrina, a forti dubbi in ordine alla ricorrenza o meno di una ipotesi di patto successorio, dubbi sui quali non pare superfluo soffermarsi brevemente.

Secondo una prima ricostruzione, la fattispecie in esame avrebbe natura di atto *mortis causa* e sarebbe, pertanto, una eccezione, espressamente ammessa, al divieto dei patti successori¹⁹⁸.

In tal senso, si osserva, innanzitutto, che tra stipulante e terzo si instaurerebbe un rapporto di natura ereditaria, giacché lo stipulante, vincolando il promittente nei confronti del terzo per il tempo successivo alla sua morte, compirebbe, sia pure in via indiretta, un'attribuzione gratuita *mortis causa* a favore di questo.

¹⁹⁸ Questa tesi è sostenuta soprattutto nella dottrina più risalente e, in particolare da: BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1960, e FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1977.

Si aggiunge, poi, che sussisterebbe anche l'altro elemento caratteristico dei negozi a causa di morte, ossia la revocabilità, dal momento che lo stipulante può revocare il beneficio anche se il terzo abbia dichiarato di volerne profittare.

In quest'ottica, tra l'altro, sarebbe dato assistere, in caso di rinuncia alla facoltà di revoca ex art. 1412 c.c., a ben due deroghe espresse al divieto di cui all'art. 458 c.c.¹⁹⁹.

Tuttavia, la dottrina nettamente prevalente²⁰⁰, peraltro con argomentazioni molteplici e di varia natura, configura l'ipotesi in esame quale valido atto *inter vivos*.

Al riguardo va rilevato che la stipulazione deve ritenersi immediatamente operante a favore del terzo, come confermato dal fatto che la prestazione deve essere eseguita "a favore degli eredi del terzo" in caso di premorienza di quest'ultimo rispetto allo stipulante, ciò che non potrebbe avvenire se il terzo acquistasse per successione dallo stipulante il diritto alla prestazione (solo chi ha già acquistato, infatti, può trasmettere agli eredi)²⁰¹.

Né le cose cambiano qualora la designazione sia compiuta non nello stesso atto ma in un atto successivo, purché, come si chiarirà *infra*, non venga fatta per testamento; anche in questo caso, infatti, ricorre una stipulazione a favore del terzo (indicato con designazione non contestuale ma successiva), ossia un negozio *inter vivos*, del tutto distinto, perciò, dal fenomeno dei patti successori.

Ma vi è di più. L'inquadramento della figura nella categoria dei negozi *inter vivos* e, in particolare, tra i negozi *inter vivos trans mortem*, non muta pure

¹⁹⁹ L'una, più generale ed ampia, relativa al divieto di patti istitutivi; l'altra, verificantesi nello specifico caso di rinuncia alla revoca, relativa al divieto di patti rinunciativi. Così CACCAVALE C., Contratto e successioni, in Tratt. del contratto Roppo, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006.

²⁰⁰ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983; CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

²⁰¹ Cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002, che richiama l'argomentazione avanzata da DE GIORGI, *op. ult. cit.*, e da GIAMPICCOLO, *op. ult. cit.*

nell'ipotesi, per così dire “estrema”, in cui alla morte dello stipulante sia attribuito un ruolo ancora più marcato, prevedendosi, pattiziamente, che la prestazione a favore del terzo sia subordinata alla premorienza dello stipulante.

Anche in quest'ultima ipotesi, infatti, è comunque da ravvisare la ricorrenza di un valido negozio *inter vivos*, per la ragione che la morte non è causa della attribuzione in favore del terzo, ma è solo il termine di adempimento della prestazione.

Il diritto alla prestazione medesima è acquistato con un atto tra vivi da parte del terzo, già in vita dello *stipulans*, indipendentemente dal momento in cui sopraggiunga la morte del disponente.

Se così non fosse, il terzo non potrebbe trasferire il suo diritto, in caso di premorienza rispetto allo stipulante, in favore dei suoi eredi²⁰².

In altri termini, ciò che distingue la figura di cui all'art. 1412 rispetto al contratto in favore del terzo di cui all'art. 1411 c.c. è la differibilità *post mortem* della esecuzione della prestazione a favore del terzo.

Tale requisito, unitamente allo *ius poenitendi* offerto allo stipulante, consente di inquadrare la fattispecie in esame nell'area dei negozi transmorte ammessi dall'ordinamento, da qualificare, pertanto, a tutti gli effetti, in termini di lecita alternativa al negozio testamentario e di legittima esplicazione dell'autonomia contrattuale con finalità successorie²⁰³.

Affermata la natura di atto *inter vivos* dell'ipotesi del contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi *post mortem stipulatoris*, merita di un chiarimento anche un'altra *vexata quaestio* ad essa strettamente legata, e cioè quella inerente l'ammissibilità o meno di una designazione del terzo compiuta successivamente alla stipulazione contrattuale, e, in particolare, a mezzo di testamento.

²⁰² Cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002.

²⁰³ In senso pienamente adesivo nei riguardi di tale ultima affermazione, si vedano, tra gli altri: CACCAVALE, *Contratto e successioni*, cit., p. 510; IEVA, *op. e loc. ultt. citt.*; ROPPO, *Il contratto*, cit.

Il dubbio nasce alla luce della disciplina di cui all'art. 1920 co. 2 c.c., in tema di contratto di assicurazione sulla vita a favore di un terzo, in virtù del quale la designazione del beneficiario può essere fatta, oltre che nel contratto di assicurazione o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, anche per testamento.

Preliminarmente, occorre prendere le mosse dalla constatazione che, il contratto di assicurazione sulla vita a favore di un terzo beneficiario si pone in rapporto di specie rispetto alla generale categoria del contratto a favore di terzo.

In particolare, l'ipotesi descritta all'art. 1920 c.c. ricalca lo schema della innanzi descritta figura della stipulazione a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, di cui all'art. 1412 c.c.

Infatti, nella fattispecie *de qua* l'assicurato, in veste di stipulante, conclude il negozio con l'impresa assicuratrice (promittente) a vantaggio di un terzo soggetto, "per il caso di morte", cioè pattuendo che la prestazione (consistente nel pagamento di un capitale o di una rendita) sarà fatta al terzo dopo la propria morte.

A differenza, però, di quanto previsto in caso di generale stipulazione a favore del terzo ex art. 1412 c.c., per l'assicurazione sulla vita a favore del terzo l'art. 1920 co. 2 c.c. ammette espressamente che la designazione del terzo beneficiario, oltre che contestualmente, possa avvenire "con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore", o anche "per testamento"²⁰⁴; inoltre, risulta particolarmente emblematico il fatto che ai sensi del co. 3 di detto articolo il terzo acquisti il diritto ai vantaggi dell'assicurazione "per effetto della designazione".

Compito dell'interprete è indagare se ci si trovi di fronte ad un negozio *inter vivos* da qualificare quale "*trans mortem*", oppure se si tratti di figura di natura

²⁰⁴ Sull'istituto dell'assicurazione sulla vita a favore di terzo, in generale, si veda: BUTTARO, voce "*Assicurazione sulla vita*", in Enc. Dir., III, Milano, 1958. Sulle differenze sussistenti tra le diverse forme di designazione previste, rispettivamente, in caso di generale stipulazione a favore del terzo e in caso di assicurazione sulla vita a favore del terzo si veda: GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

diversa, in particolare di negozio *mortis causa* eccezionalmente ammesso dall'ordinamento²⁰⁵, come tale non suscettibile di applicazione analogica.

In adesione alla prevalente dottrina²⁰⁶, l'ipotesi di designazione a mezzo di un successivo atto *inter vivos*, si presenta facilmente risolvibile in termini di negozio *inter vivos* di natura *trans mortem*, posto che si tratta di ipotesi analoga, in tutto e per tutto, a quella in cui il terzo già si trovi ad essere indicato nel contratto di assicurazione. In tal caso, infatti, l'attribuzione *de qua* è compiuta tra vivi, avendo la medesima effetto dal momento stesso dell'avvenuta designazione (salva la facoltà di revoca).

Ne deriva che la forma di designazione con successivo atto *inter vivos*, non contrastando di per sé con l'art. 458 c.c., può considerarsi generalmente ammissibile in alternativa della designazione contestuale, ed applicabile a qualsiasi caso di stipulazione a favore del terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, pur in mancanza di espressa previsione all'art. 1412 c.c.²⁰⁷

Perplessità maggiori sorgono allorché si passi ad esaminare la diversa ipotesi, pur espressamente prevista all'art. 1920 c.c., della designazione successiva del beneficiario a mezzo di negozio testamentario.

La profonda diversità corrente tra questa fattispecie e quella di designazione successiva per atto tra vivi, porta, come si constaterà a breve, a conclusioni di segno opposto rispetto a quelle cui si è appena approdati rispetto a quest'ultima ipotesi.

²⁰⁵ Aderisce alla ricostruzione in termini di negozio *mortis causa* BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1960, il quale argomenta sulla base della mera osservazione della facoltà di revoca stabilita in favore dell'assicurato.

²⁰⁶ In questo senso si vedano: CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, voll. I e II, Milano, 2002; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

²⁰⁷ Cfr., tra gli altri: GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992.

Al riguardo, parte della dottrina al fine di affermare la natura *inter vivos* del fenomeno, ha fatto leva sul fatto che l'attribuzione in favore del terzo proviene non dal patrimonio ereditario dell'assicurato-*de cuius*, bensì da quello dell'assicuratore.

Quest'ultima obiezione risulta facilmente smentita dal momento che esistono nel sistema normativo casi di negozi *mortis causa* aventi ad oggetto beni che non fanno parte del patrimonio del *de cuius*, com'è dimostrato, infatti, dall'istituto del legato di cosa altrui e dalle altre ipotesi di legato ad effetti obbligatori²⁰⁸.

La dottrina preferibile suggerisce di assumere come indicazione di primaria rilevanza, al fine qualificatorio che qui interessa, il chiaro disposto dell'art. 1920 co. 3 c.c., ove si afferma che il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione, “per effetto della designazione” (e non “per effetto della stipulazione”, come invece statuito all'art. 1411 co. 2 c.c.).

Alla luce di tale puntualizzazione appare giustificata la tesi dell'attribuzione “indiretta” *mortis causa*²⁰⁹, posto che, ove la designazione avvenga mediante testamento, ogni effetto si avrà solo dopo la morte del disponente; solo allora, infatti, si conoscerà la persona del beneficiario, e dunque, il diritto del terzo non potrà che sorgere in detto momento²¹⁰.

²⁰⁸ Dall'esame di tali ipotesi, che, per certo, configurano negozi *mortis causa* pur derogando al principio del *quod superest*, si è pervenuti ad affermare da una parte che, nel nostro ordinamento, l'incidenza della morte sul profilo oggettivo sia elemento riferibile non a tutti gli atti *mortis causa* indistintamente intesi, ma soltanto agli atti *mortis causa* aventi effetti reali; e dall'altra parte che, per converso, vi siano nel sistema normativo casi di negozi *mortis causa* aventi ad oggetto beni che non facciano parte del patrimonio del *de cuius*. Si vedano in tal senso le considerazioni svolte, tra gli altri, da: IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992.

²⁰⁹ Occorre parlare di attribuzione “*mortis causa*”, in quanto il titolo da cui la medesima promana è il negozio testamentario, atto attraverso il quale viene esercitato, con effetti *post mortem* ma con funzione tipicamente *mortis causa*, il diritto potestativo di designazione spettante in capo al soggetto stipulante. Il termine “indiretta” si rende necessario al fine di indicare che il diritto *de quo* nasce, in tali ipotesi, nei confronti del soggetto assicuratore, e non nei confronti della massa ereditaria costituita dai beni del *de cuius*.

²¹⁰ Si esprimono in questo senso, in particolare: CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; GIAMPICCOLO

Non solo, ma da ciò è pure arguibile l'ulteriore conclusione della inapplicabilità, all'ipotesi in esame, dell'art. 1412 c.c., nella parte in cui viene previsto che la prestazione debba essere eseguita a favore degli eredi del terzo, in caso di premorienza di detto soggetto rispetto allo stipulante, in quanto la sopravvivenza del beneficiario è condizione necessaria affinché la stessa designazione testamentaria possa avere effetto.

L'applicazione di detta norma, infatti, postula, come si è già visto *supra*, che l'acquisto del diritto in capo al terzo sia già avvenuto.

Viceversa, stando all'art. 1920 co. 3 c.c., il diritto del terzo nasce con la designazione e, dunque, se questa è testamentaria, si concretizzerà, *ex nunc* al momento della morte del disponente (che, a sua volta, coincide con il momento in cui il testamento diviene efficace)²¹¹.

L'iter argomentativo proposto, nel suo svolgimento logico, conduce a ritenere che la fattispecie contemplata all'art. 1920 comma 2 c.c., laddove sia prevista la designazione del beneficiario per testamento, integri un'ipotesi legale di patto successorio eccezionalmente consentito²¹².

Può concludersi, allora, che in mancanza nell'art. 1412 c.c. di un'analogia espressa eccezione di legge al generale e stringente divieto di patti successori, deve

G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008. Contra PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. Dir. Civ.*, CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, il quale sostiene la diversa tesi della "attribuzione indiretta *post mortem*", sulla base di un'asserita identità tra la fattispecie regolata all'art. 1920 c.c. e quella regolata all'art. 1412 c.c.

²¹¹ Sul punto si veda GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, il quale osserva, acutamente, che sostenere un qualcosa di diverso significherebbe necessariamente ammettere che il terzo acquisti il beneficio non già alla morte del disponente, ma nel momento in cui sia stato redatto il testamento, con ciò ricadendosi nel paradosso che il titolo di acquisto del diritto del terzo si troverebbe ad essere costituito dal testamento di una persona ancora vivente.

²¹² In questi espressi termini: CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.

ritenersi vietata la designazione mediante testamento del terzo beneficiario, per contrasto con gli artt. 457 e 458 c.c.

Queste ultime disposizioni, in ragione della loro portata generale e sistematica di disposizioni imperative, debbono ritenersi pienamente operanti tutte le volte in cui non siano espressamente stabilite eccezioni ad opera dell'ordinamento.

Va detto, per completezza di esposizione, che è significativamente rappresentata anche la tesi che nega la ricorrenza, nell'ipotesi in commento, di un negozio *mortis causa*, affermandone, invece, la natura di negozio tra vivi ad effetti *post mortem*²¹³, analogamente a quanto si è osservato a proposito della designazione successiva mediante atto *inter vivos*.

Di qui la conclusione che la stipulazione a favore di terzo da designarsi con testamento, non sia patto successorio eccezionalmente ammesso, ma “strumento di valenza generale, cui si può legittimamente ricorrere anche fuori dallo specifico ambito del contratto di assicurazione”.

In contrario, ad opinione di chi scrive, non può negarsi, nel caso di designazione a mezzo di successivo testamento, la natura “*mortis causa*” della attribuzione, in quanto il titolo da cui la medesima promana è il testamento.

Prima della morte del disponente-testatore, infatti, il contenuto del negozio testamentario e, con esso, gli effetti attributivi, sono *tamquam non essent* e destinati ontologicamente a rimanere segreti.

Al fine di vedere finalmente operativa l'attribuzione, è necessario attendere la morte del disponente e, dunque, sorgendo il diritto del terzo soltanto in detto momento, la fattispecie dovrà giocoforza considerarsi in termini di “attribuzione indiretta *mortis causa*”.

²¹³ Il riferimento è, in particolare, a CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006.

3. Mandato *post mortem*, mandato *mortis causa* e mandato *post mortem exequendum*.

Il contratto di mandato, attraverso il quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra, può presentarsi, in astratto, idoneo a concretizzare un'alternativa al testamento, laddove l'accordo tra mandante e mandatario abbia ad oggetto una prestazione da eseguirsi, ad opera di quest'ultimo, dopo la morte del mandante.

Con l'espressione mandato *post mortem* si identifica, appunto, il contratto con cui una parte si obbliga a compiere, per conto del *dominus negotii*, un determinato incarico successivamente alla sua morte.

Si tratta, dunque, di una ipotesi di mandato conferito per atto *inter vivos*, e destinato ad avere esecuzione quando il mandante avrà cessato di vivere.

In vista dell'esame riguardante l'ammissibilità delle singole ipotesi di mandato con effetti successivi alla morte del mandante, nonché il rapporto tra dette figure ed il divieto di patti successori ex art. 458 c.c., conviene muovere da alcune precisazioni terminologiche, posto che in relazione ad ognuna delle descritte figure, sarà possibile riscontrare l'utilizzo, in dottrina, di espressioni concorrenti ed alternative.

L'impostazione terminologica qui adoperata, distingue nell'ambito della generale fattispecie del contratto di mandato utilizzato in funzione *lato sensu* successoria, tre diverse figure: il mandato *post mortem* in senso stretto, il mandato *post mortem exequendum*, il mandato *mortis causa* (o *post mortem* con oggetto illecito)²¹⁴.

²¹⁴ L'impostazione terminologica adoperata nel testo è ripresa da CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, vol. I, Milano, 2002. Altra dottrina, tuttavia, utilizza una diversa terminologia e ritiene che debba piuttosto parlarsi, sulla base della tradizionale distinzione tra atti *mortis causa* e negozi *post mortem*, di mandato *mortis causa*, per indicare la proposta di contratto contenuta in un testamento (fattispecie corrispondente a quella indicata come mandato *post mortem* in senso stretto), e di mandato *post mortem*, avente ad oggetto il compimento di attività materiali (ossia corrispondente al mandato *post mortem exequendum*) o giuridiche (ossia corrispondente al mandato *post mortem* con oggetto illecito o mandato *mortis causa*). Per tale classificazione cfr. IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994; GAZZONI F., *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. Not.*, 2001.

Ricorre la prima figura, quella del “mandato *post mortem* in senso stretto”, quando il *de cuius* conferisce ad un soggetto, con atto unilaterale, l’incarico di svolgere un’attività giuridica alla sua morte.

Ricorre la figura del “mandato *post mortem exequendum*” quando le parti concludono un normale contratto di mandato in vita del mandante, ma stabiliscono che esso dovrà essere eseguito, mediante il compimento di attività meramente materiali e non dispositive di diritti, dopo la morte di quest’ultimo.

Ricorre, infine, la figura del “mandato *mortis causa*” (o *post mortem* con oggetto illecito) quando il mandato, concluso in vita del mandante ha ad oggetto il compimento di attività giuridiche (dispositive di diritti) dopo la morte del mandante e, quindi, in realtà, ha lo scopo di attuare un’attribuzione patrimoniale *mortis causa*.

Parte della dottrina nega, in generale, la validità sia del mandato *post mortem exequendum*, sia del mandato *mortis causa*, perché ogni fattispecie di mandato destinato ad essere eseguito dopo la morte del mandante contrasterebbe con la regola “*mandatum morte finitur*” prevista dall’art. 1722, n. 4, alla quale tale dottrina attribuisce carattere inderogabile²¹⁵.

In contrario, la dottrina e la giurisprudenza nettamente prevalenti, ritengono che la predetta regola sia espressione di un principio non di ordine pubblico, ma, al contrario, di natura dispositiva e derogabile dalla volontà delle parti, come è confermato dal fatto che lo stesso legislatore prevede testuali deroghe sia nel medesimo art. 1722, n. 4, sia nell’art. 1723, comma 2, e sia implicitamente, nell’art. 1726.

Piuttosto, corre l’obbligo di ricondurre il dibattito al rapporto tra gli istituti suddetti ed il divieto di patti successori, profilo, quest’ultimo, più è pregnante e consono alla ricerca che si sta conducendo.

²¹⁵ Si vedano, per tutti, BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, 2, Torino, 1960; e CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980.

A tal proposito, è avendo riguardo alla natura della attività che il mandatario si obbliga a compiere dopo la morte del mandante che è possibile determinare la validità del mandato *post mortem exequendum* e del mandato *mortis causa*²¹⁶.

Le espressioni individuano due fattispecie tra loro affini ed omogenee sotto il profilo strutturale, in quanto costituenti delle reali ipotesi di contratto bilaterale di mandato negozi che hanno natura contrattuale, ma nettamente differenti sul piano effettuale e su quello funzionale.

Infatti, nel mandato *mortis causa* (o *post mortem* con oggetto illecito) il negozio ha ad oggetto l'attribuzione al mandatario dell'incarico di compiere, dopo la morte del mandante, un'attività che si concretizza nel trasferimento di diritti patrimoniali successori a favore di un soggetto terzo.

Diversamente, nel mandato *post mortem exequendum*, l'accordo si incentra, piuttosto, sul compimento di una mera attività materiale, eventualmente in esecuzione di un'attribuzione già del tutto perfezionata in vita dal mandante.

Ebbene, la circostanza che l'attività oggetto dell'incarico non abbia natura dispositiva di diritti patrimoniali successori, né abbia carattere patrimoniale, esclude che il mandato *post mortem exequendum* possa considerarsi in contrasto con il divieto dei patti successori.

Tale ipotesi, concretandosi in mere attività di *traditio* (o similari) aventi ad oggetto beni già divenuti estranei al patrimonio ereditario del *de cuius*, non desta la possibilità di una benché minima interferenza con la norma imperativa di cui all'art. 458 c.c., e pertanto merita un giudizio di piena e completa liceità.

V'è allora da verificare l'idoneità della detta figura negoziale a porsi in termini di strumento alternativo al testamento.

In ordine a tale tematica, si può osservare come il mandato *post mortem exequendum* si presti, a seconda delle modalità prescelte, a realizzare operazioni

²¹⁶ GAZZONI F., *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. Not.*, 2001; DE GIORGI M.V., *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, VI^a ediz. Torino, UTET, 2013.

negoziali riconducibili sia alla categoria dei negozi ad effetti *post mortem*, sia a quella dei negozi *trans mortem*²¹⁷.

A tale scopo, è sufficiente che, si riconosca, in capo ai contraenti, la possibilità di plasmare l'assetto negoziale in termini irrevocabilità degli effetti attributivi e dell'incarico ad essi relativo, oppure in termini di libera facoltà di revoca ad opera del mandante. Nell'un caso ricorrendo un negozio ad effetti *post mortem*, nell'altro caso un negozio *trans mortem*; entrambi, comunque e del pari, leciti e non in contrasto con il divieto di cui all'art. 458 c.c.

Ad opposte conclusioni deve giungersi nel caso di mandato *mortis causa*, in cui il mandatario viene incaricato di compiere, dopo la morte del mandante, atti dispositivi aventi ad oggetto beni facenti parte del patrimonio ereditario del mandante, e, dunque, l'operazione negoziale prende avvio, nella sua interezza, dalla morte del medesimo.

È un dato incontrovertibile che nell'ipotesi in esame l'attribuzione al terzo, attuata mediante contratto, abbia ad oggetto beni nel frattempo già entrati a far parte dell'eredità del mandante, venendosi così a creare un assetto di interessi "tipicamente successorio", attraverso forme diverse da quella testamentaria.

Del resto, dell'atto *mortis causa* paiono in questo caso ricorrere sia l'elemento della sopravvivenza del beneficiario al disponente, sia quello dell'attribuzione di un *quod superest*.

Pertanto, in ipotesi di tal guisa, non può non riconoscersi una disposizione contrattuale *causa mortis*, palesemente in contrasto con il divieto di cui all'art. 458 c.c., e, pertanto irrimediabilmente affetta da nullità²¹⁸.

Quanto alla terza figura, richiamata in principio del presente paragrafo usando la locuzione di "mandato *post mortem* in senso stretto", si pongono all'interprete

²¹⁷ Quanto alle differenze tra le due *species*, si rinvia al I Capitolo della presente trattazione. Qui è sufficiente ricordare che nella prima di esse, l'assetto congegnato ha il crisma della stabilità e dell'irrevocabilità, al contrario di quanto sia invece dato riscontrare nella seconda delle suddette figure, ossia i cc.dd. negozi transorte, in cui il disponente gode infatti di uno *ius poenitendi* esercitabile ad libitum suum sino al momento della morte.

²¹⁸ In tal senso si veda CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, voll. I, Milano, 2002.

problemi diversi da quello relativo alla sua possibile interferenza con il divieto dei patti successori, poiché la struttura stessa della figura impedisce all'esame di spingersi oltre, indagando sul piano causale la natura dell'attribuzione.

Si tratta, infatti, di una ipotesi impropriamente definita "mandato", perché non configura un contratto, ma un atto unilaterale indirizzato a conferire ad un terzo il potere (nonché l'obbligo) di svolgere un'attività giuridica per la soddisfazione di interessi che il *de cuius* voglia regolamentare in vista del tempo in cui avrà cessato di vivere.

Il problema che viene in considerazione, dunque, non è tanto quello di valutare la validità dell'assetto negoziale in relazione al divieto di patti successori, quanto, quello di verificare, in via preliminare, la stessa possibilità di inserire una simile disposizione in un documento di tipo testamentario.

La disposizione testamentaria ed unilaterale in questione, non può, giocoforza, essere qualificata come contratto di mandato.

Né può essere considerata come proposta contrattuale di mandato, poiché altrimenti al mandatario non sarebbe consentita l'accettazione dopo la morte del mandante per il principio di intransmissibilità della proposta, desumibile dall'art. 1329 co. 2 c.c., in forza del quale la proposta contrattuale è destinata a perdere ogni efficacia alla morte del proponente²¹⁹.

Se, infine, rispettata la forma, volesse considerarsi l'ipotesi in esame come vero e proprio testamento, la sua validità sarebbe consentita nei limiti in cui non vi sia contrasto con il principio della personalità dell'atto *mortis causa*²²⁰.

In tal caso, comunque, una simile volontà testamentaria potrebbe essere inquadrata, al più, nell'ampia categoria generale delle disposizioni testamentarie di conferimento di un potere a soggetti terzi, della quale di cui costituiscono fulgido

²¹⁹ Si veda, espressamente in tal senso, CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, vol. I, Milano, 2002.

²²⁰ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010

esempio la nomina del terzo arbitratore, la nomina dell'esecutore testamentario, la designazione del terzo incaricato di redigere il progetto di divisione fra coeredi.

4. La donazione come strumento alternativo al testamento: donazione *mortis causa*, *si praemoriar*, *si moriar*, *cum moriar*.

L'esame del rapporto tra autonomia contrattuale e divieto di patti successori, passa anche attraverso la valutazione di alcune ipotesi donative.

In tema di strumenti alternativi al testamento, la donazione correlata con l'evento della morte del donante è uno degli istituti che, nella dottrina recente così come in quella tradizionale²²¹, ha maggiormente richiamato l'attenzione degli studiosi di diritto civile, per la sua capacità di supportare con forza la volontà del donante, la quale assume in tale vicenda negoziale un ruolo centrale e, dunque, in coerenza con il principio che afferma quale unica volontà rilevante per la successione quella del soggetto della cui successione si tratta²²².

Va sin d'ora precisato, che il tema della donazione in funzione di alternativa testamentaria coinvolge non una singola figura negoziale, bensì molteplici congegni negoziali; tutti accomunati, tra loro, dal fatto di essere strutturati in guisa di contratto di donazione, nonché per il particolare rilievo che in essi assume l'evento-morte.

Tuttavia questi strumenti, si differenziano l'uno dall'altro, proprio in virtù del diverso grado di incidenza dell'evento suddetto sull'assetto di interessi complessivamente inteso.

²²¹ In merito alla specifica tematica della donazione utilizzata quale alternativa al negozio testamentario, e dunque in ordine al rapporto con il divieto dei patti successori, si vedano, in particolare: CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1977; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992; TORRENTE A., *Variazioni sul tema della donazione "mortis causa"*, in *Foro it.*, 1956; VIGNALE E. M., *Il patto successorio, la "donatio mortis causa" e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. e Giur.*, 1962.

²²² Cfr. CARRABBA A. A., *"Le donazioni mortis causa"*, *Riv. notariato*, 2006, relazione presentata al Convegno organizzato dal Comitato Regionale fra i Consigli Notarili Distrettuali della Puglia su «Attualità e problematiche in materia di donazioni, patrimoni separati e fallimento» - Fasano 23-24 giugno 2006.

Viene in considerazione, in primo luogo, la donazione *mortis causa*, la cui nozione deriva dal diritto romano arcaico, il quale prevede una donazione revocabile, subordinata alla premorienza del donante al donatario in caso di pericolo di morte (partenza per la battaglia o per un viaggio rischioso, ecc.)²²³.

Nel suddetto contesto, l'istituto, che prendeva il nome di "*donatio mortis causa*", si perfezionava soltanto con premorienza del donante al donatario, e poteva essere revocato in ogni momento ad arbitrio del donante stesso, *usque ad mortem*, alla stessa stregua di una disposizione testamentaria.

Balza immediatamente all'occhio che una simile figura non potrebbe ammettersi nel nostro ordinamento, poiché si risolverebbe in un patto successivo gratuito, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c.²²⁴

In altri termini, la donazione destinata a produrre i suoi effetti solo dalla morte del donante violerebbe il divieto dei patti successori perché, evidentemente, essa sortirebbe, nella forma del contratto, gli stessi effetti del testamento.

D'altro canto, se la parti realizzassero una donazione *mortis causa* aderente allo schema romanistico, ossia caratterizzato dalla libera revocabilità *usque ad mortem* ad opera del disponente, esse darebbero vita ad una figura incompatibile con

²²³ La sua funzione consisteva nella possibilità di porre in essere un'attribuzione *mortis causa* a titolo particolare, in un assetto normativo che, in origine, non permetteva la facoltà di disporre legati a mezzo del negozio testamentario. Sul punto si veda: BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955; DI PAOLA S., *Donatio mortis causa*, Napoli, 1969.

²²⁴ L'ostacolo maggiore, in un primo momento, è sembrato essere relativo all'incompatibilità di detta figura con le regole dettate dal chiaro disposto dell'art. 1050 del codice civile previgente (c.c. del 1865), ove veniva espressamente sancita l'irrevocabilità del contratto di donazione. La possibilità di revoca del negozio donativo, in tale prospettiva, era da considerare esclusa in radice, con conseguente negazione della liceità della *donatio mortis causa*, per sua natura revocabile. L'indirizzo è mutato sulla base dell'interpretazione della attuale formulazione dell'art. 769 c.c. che ha abbandonato ogni riferimento alla menzionata irrevocabilità, con ciò facendo intendere, all'interprete, la necessità di fondare il discorso sull'ammissibilità o meno della donazione de qua su basi che fossero diverse dal mero divieto di donazioni revocabili.

Cfr., *amplius*, le considerazioni di: CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di RESCIGNO, Torino, 1997; CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli*, 1977; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

lo schema della donazione, per sua natura irrevocabile, come risulta dal carattere eccezionale delle cause di revocazione previste dagli artt. 800 ss.²²⁵

Si aggiunga, poi, che se la donazione sospensivamente condizionata alla premorienza del donante fosse stipulata come liberamente revocabile da parte del donante, essa verrebbe ad essere sottoposta ad una condizione sospensiva meramente potestativa, per tale via individuandosi un ulteriore suo motivo di nullità²²⁶, ai sensi dell'art. 1355 c.c., che intende vietare i negozi dipendenti dal mero "capriccio" del disponente, in quanto privi di quella volontà seria che l'art. 1325 c.c. impone sia impressa nell'accordo.

Inoltre, una donazione a cui venisse apposta la condizione *si volam*, contrasterebbe anche con le regole di vincolatività del contratto, delle quali si fa portatore l'art. 1372 c.c., il quale ammette come casi di scioglimento del vincolo obbligatorio, solo il mutuo consenso e le altre cause previste dalla legge.

Si potrebbe obiettare che, da un lato, il regime legale di vincolatività potrebbe sempre essere pattiziamente derogato dai contraenti, e che, dall'altro lato, la regola imperativa di cui all'art. 1355 c.c. non potrebbe ritenersi estesa anche alla condizione risolutiva, che non è da tale norma contemplata in via espressa e testuale²²⁷.

²²⁵ Su tale punto, Cfr., *amplius*, le considerazioni di: CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di RESCIGNO, Torino, 1997; CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli*, 1977; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

²²⁶ Cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, 2001; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

²²⁷ Sul punto il dibattito in dottrina si presenta estremamente acceso e vivo. Secondo alcuni autori, la condizione meramente potestativa, sospensiva o risolutiva che sia, renderebbe sempre nullo l'intero contratto; così SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983. Altri autori ritengono, viceversa, che la condizione meramente potestativa risolutiva sia valida, leggendo tale disposizione in termini di conferimento di un potere di recesso unilaterale ex art. 1373 c.c. In quest'ultimo senso si vedano, per tutti: BIANCA C. M., *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, 2001; GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1988; ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2001.; TORRENTE A., *Variazioni sul tema della donazione "mortis causa"*, in *Foro it.*, 1956.

In verità, anche a voler ritenere che, nella donazione, sia pattuibile l'apposizione di una condizione meramente potestativa risolutiva, leggendo tale disposizione in termini di conferimento di una facoltà di revoca (rectius "recesso") unilaterale, ex art. 1373 c.c., ciò non servirebbe a "salvare" il negozio medesimo dal giudizio di invalidità, perché la *donatio mortis causa*, revocabile o meno che sia, costituisce, in ogni caso, un patto successorio istitutivo, in contrasto con l'art. 458 c.c., da ritenersi, conseguentemente, sempre e comunque, nullo.

Difatti, di tale ultima categoria ricorrono, in ciascuna delle ipotesi considerate, sia l'elemento soggettivo (sopravvivenza del beneficiario al beneficiante), sia l'elemento oggettivo (il costituire l'attribuzione un *quod superest*).

Inoltre, al fine di ravvisare, nella fattispecie in esame, un patto successorio istitutivo tornano utili anche le considerazioni svolte *supra* a proposito del fondamento del divieto dei suddetti patti²²⁸.

Conviene, infatti, ricordare, che la *ratio* di detto divieto non riposa esclusivamente sulla facoltà di revoca, riconosciuta al disponente nel negozio testamentario e non anche, di norma, in un negozio tra vivi, ma anche in quei principi di unipersonalità, di spontaneità e di centralità del volere del testatore, "fisiologicamente" compromessi negli atti *inter vivos*.

In definitiva, riconoscere dignità nel nostro ordinamento alla donazione *mortis causa*, significherebbe riconoscere una rilevanza all'affidamento della controparte-donataria rispetto alla delazione ereditaria, che, al contrario, l'ordinamento ripugna nel modo più radicale.

Non può che concludersi, pertanto, nel senso che la donazione *mortis causa*, a prescindere dalla sua revocabilità o meno, non può ritenersi ammissibile quale strumento alternativo al testamento.

Nella concreta esperienza negoziale la volontà del donante in funzione successoria si manifesta anche in fattispecie donative in cui l'evento morte assume un

²²⁸ Al riguardo, si rinvia al I Capitolo della presente trattazione.

ruolo più “blando” e sfumato, cosicché, in relazione ad esse, diventa più complesso l’esame in ordine alla validità o meno in rapporto al divieto dei patti successori.

Lo strumento donativo consente di accentuare la richiamata funzione, oltre che grazie alla valorizzazione dei motivi, già allo stesso tipo contrattuale naturalmente sottesa, anche attraverso l’inserimento nel contratto di elementi accidentali, quali il termine e la condizione²²⁹.

Il riferimento è a tutte quelle ipotesi in cui la morte del donante si concretizzi quale termine di adempimento o di efficacia, oppure quale condizione a cui la stessa efficacia risulti subordinata.

Si può prevedere che la morte del donante costituisca il termine iniziale di efficacia del negozio (donazione *cum moriar*), oppure che l’attribuzione sia sospensivamente condizionata alla premorienza del donante rispetto al donatario (donazione *si praemoriar*), o, ancora, che la medesima sia sospensivamente condizionata al decesso del donante entro un certo termine o in determinate circostanze (donazione *si moriar*).

Dette fattispecie pongono la necessità di un confronto della vicenda donativa in tal modo eventualmente realizzata con la c.d. donazione *mortis causa* e con il divieto dei patti successori.

L’orientamento più estremo, seguito da una dottrina minoritaria seppur autorevole²³⁰, ha affermato l’invalidità, per contrasto con il divieto dei patti successori, di qualunque donazione i cui effetti risultino subordinati alla morte del donante o alla sua premorienza rispetto al donatario.

In tali negozi, secondo questa opinione, si ritrovano, infatti, i caratteri tipici dei patti successori istitutivi, vale a dire la disposizione dei propri beni per il tempo in cui si avrà cessato di vivere e l’irrevocabilità dell’attribuzione.

²²⁹ CARRABBA A. A., Le donazioni *mortis causa*, in Riv. notariato, 2006.

²³⁰ CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977, nonché CICU A., *Testamento*, Milano, 1969, a detta dei quali vanno ritenute affette da nullità sia la donazione *cum moriar*, sia quelle *si praemoriar* e *si moriar*. In questo senso, anche: Cass., 6 marzo 1950, n.576 e Cass. 24 aprile 1987, n. 4053.

In una simile prospettiva, valida sarebbe solo la donazione con condizione di reversibilità di cui all'art. 791 c.c., in quanto sottoposta a condizione risolutiva e pertanto immediatamente attributiva *inter vivos*²³¹.

Né, è stato aggiunto con particolare riguardo alla donazione *si praemoriar*, può invocarsi in favore della liceità del negozio l'effetto retroattivo della condizione di premorienza, perché siffatta retroattività metterebbe in evidenza l'inammissibilità di un acquisto ereditario che risalga ad epoca anteriore alla morte.

Altra parte della dottrina suggerisce, diversamente, di valutare distintamente ciascuna fattispecie, tenendo conto del diverso modo di atteggiarsi, sul piano della cronologia degli effetti, della condizione da una parte, e del termine dall'altra.

Secondo questo orientamento, la donazione *cum moriar* deve ritenersi appartenente alla categoria degli atti a causa di morte (vietati), dato il carattere irretroattivo del termine, mentre la donazione *si moriar* e la donazione *si praemoriar* devono considerarsi ipotesi valide, in quanto la condizione opera, sul piano effettuale, *ex tunc*.

Dunque, si osserva, nel primo caso, il contratto produrrebbe effetti a partire dalla morte del donante, così denunciando l'intenzione di regolare un fenomeno di natura successoria.

Viceversa, nelle altre ipotesi, poiché, all'avverarsi della condizione, gli effetti retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, momento in cui il donante era ancora in vita, dimostrerebbe la mancanza della intenzione di predisporre la sistemazione del proprio patrimonio per il tempo successivo alla propria morte.

Sembra tuttavia preferibile la teoria tradizionale²³², avallata anche da altra giurisprudenza della Suprema Corte²³³, secondo la quale le suddette tre figure

²³¹ Cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, 2001.

²³² CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977; CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di RESCIGNO, Torino, 1997; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; ID., voce "Patto successorio", in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo*

donative non rientrano nell'ambito dei patti successori, essendo nient'altro che normali donazioni, a termine o a condizione, nelle quali l'evento consiste nella morte del donante, evento che nessuna norma giuridica considera illecito.

Esse, si osserva, non realizzano *donationes mortis causa*, ma donazioni tra vivi, delle quali hanno il tipico carattere della attualità dello spoglio. Ciò esclude che si possa ravvisare in capo al disponente l'intento di provvedere alla sistemazione dei propri interessi patrimoniali per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere.

In ognuno dei casi in esame, è dato scorgere, fin dalla stipula del negozio, la nascita di situazioni giuridiche aventi natura di legittima aspettativa, come tali, tutelate dal legislatore, immediatamente azionabili e trasmissibili agli eredi secondo le norme che regolano la successione nei rapporti contrattuali.

Proprio la tutela di questa aspettativa giuridica, elemento che accomuna tra loro ognuna delle figure donative sinora esaminate, consente di qualificare le ipotesi di donazioni *cum moriar*, *si moriar* e *si praemoriar* in termini di negozi *inter vivos* ad effetti rinviati *post mortem*²³⁴; con ciò definitivamente riconoscendo la loro assoluta compatibilità nei riguardi del divieto di cui all'art. 458 c.c.²³⁵

È pur vero, che una simile donazione potrebbe simulare un patto successorio istitutivo gratuito, ma occorrerebbe dimostrare che, in tal modo, le parti intesero

nella pratica negoziale, in Riv. Not., 1992; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983; TORRENTE A., *Variazioni sul tema della donazione "mortis causa"*, in Foro it., 1956.

²³³ Cfr. Cass. 9 luglio 1976, n. 2619.

²³⁴ Riconduce le dette figure donative nell'ambito della *species* dei negozi *inter vivos* ad effetti *post mortem*, IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.

²³⁵ Cfr. SANTORO PASSARELLI F., *Validità della donazione di usufrutto cum praemoriar*, in Foro it. 1950, secondo il quale la differenza dai patti successori è, quanto agli effetti, la seguente: nel patto successorio, ove fosse valido, prima della morte dell'ereditando il futuro erede avrebbe solo un'aspettativa di fatto; nelle donazioni qui considerate, invece, il donatario acquista immediatamente ciò che acquista ogni acquirente a termine iniziale o sotto condizione sospensiva, vale a dire l'aspettativa legalmente tutelata, che gli consente di compiere atti conservativi (art. 1356, 1 co.) e di disporre, sia pure con atto sottoposto alla medesima condizione, del diritto oggetto della donazione (1357).

provvedere alla futura successione del donante e che i beni donati furono considerati beni ereditari²³⁶.

Pertanto, ferma restando, in astratto, la legittimità delle donazioni *si moriar, si praemoriar* e *cum moriar*, essa necessita di essere verificata, in concreto, tenendo conto della effettiva volontà espressa dalle parti, nonché degli scopi che con il negozio le medesime abbiano inteso realmente perseguire.

Dunque, è compito dell'interprete accertare, "caso per caso", quando le parti abbiano voluto, in realtà, dissimulare, dietro un'apparente ipotesi di donazione sotto condizione o termine, un'attribuzione avente connotazione *mortis causa* (come tale, invalida), applicando il principio di interpretazione conservativa previsto dall'art. 1367 c.c. per il quale, nel dubbio, il negozio deve interpretarsi nel senso in cui possa avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno; deve cioè interpretarsi nel senso della donazione condizionata o a termine²³⁷.

²³⁶ Così CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002.

²³⁷ Cfr. Cass. 6 ottobre 1962, n. 2850, la quale ha statuito che "la clausola contenuta in un contratto di donazione, con cui il donante dona tanta parte di un immobile quanto basterà a raggiungere il valore della quota disponibile dell'intero suo patrimonio, è nulla sia per l'indeterminabilità dell'oggetto, fintanto che il donante rimanga in vita e non si formi la massa ereditaria, sia per il divieto dei patti successori, trattandosi di disposizione relativa a beni di una successione non ancora aperta".

5. Accordi statutari per la predisposizione successoria delle partecipazioni societarie. Le clausole di consolidazione e le clausole di continuazione, nelle società di persone e nelle società di capitali.

A conclusione della rassegna avente ad oggetto le principali figure che, in dottrina e in giurisprudenza, hanno sollevato dubbi sul loro inquadramento tra i patti successori e sulla loro validità, resta da esaminare l'ampia tematica relativa alla applicazione dell'art. 458 c.c. in materia di diritto delle società.

In questo ambito, soprattutto nell'epoca più recente, è fortemente avvertita l'esigenza, sempre più totalizzante, di regolamentare la sorte delle partecipazioni sociali per il periodo successivo alla morte di uno dei soci.

Su questo versante, come si è già avuto modo di mettere in evidenza *supra*, si registra un generalizzato *favor* del legislatore verso stipulazioni contrattuali che abbiano il fine di regolare, in vita del disponente, le questioni inerenti la titolarità dei beni cc.dd. "produttivi", tra i quali, in particolare, rientrano le aziende e le quote sociali.

Ciò si traduce nella tendenza a riconoscere ampi margini all'autonomia privata nell'inserimento, sempre più frequente negli statuti delle società, di clausole destinate a disciplinare la composizione degli assetti societari in conseguenza della morte di uno dei soci²³⁸.

²³⁸ Il tema generale relativo al rapporto tra il divieto dei patti successori e l'autonomia statutaria, tendente a predisporre la sorte delle partecipazioni sociali per il periodo successivo alla morte di uno dei soci, è affrontato, in particolare, da: BOERO P., *Società di capitali e successione mortis causa*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, Palermo 1982; CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006; IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003; ID., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008; LICINI C., *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. not.*, 1991; PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. Dir. Civ.*, CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003; RIVOLTA G. C. M., *Clausole societarie e predisposizione societaria*, in *AA. VV. La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995; BARALIS G., *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità*, in *Quaderni di Vita Notarile*, n. 2, Palermo, 1982; STELLA RICHTER M. jr., *Trasferimento del*

Sul piano metodologico, si rende opportuno, in via preliminare, operare una distinzione di massima tra le società di persone, da una parte, e le società di capitali, dall'altra parte.

Nelle prime, che si caratterizzano per un profilo personalistico più marcato e per un sistema di amministrazione diretta da parte dei soci, nonché di responsabilità patrimoniale illimitata degli stessi, la regola è che la morte di uno dei soci comporti la cessazione della partecipazione sociale.

Una regola opposta vige per le società di capitali, nelle quali, la prevalenza dell'aspetto oggettivo del capitale investito su quello dell'*intuitus personae*, si risolve in un regime di libera trasmissibilità delle partecipazioni sociali alla morte del socio e di continuazione della società con l'erede del socio defunto²³⁹.

Punto di contatto tra le due discipline è dato dalla esigenza, che si pone in entrambe, di introdurre, negli statuti sociali, clausole atte a dare vita a regimi derogatori, tali da consentire nelle società di persone, la continuazione della società tra gli eredi del socio defunto ed i soci superstiti, e nelle società di capitali, la limitazione o l'esclusione della trasmissibilità *mortis causa* delle partecipazioni.

Quanto alle società di persone, viene in rilievo l'art. 2284 c.c., dettato in tema di società semplice, ma applicabile in tutte le società di persone, il quale stabilisce che, salvo contraria disposizione del contratto sociale, in caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi, a meno che preferiscano sciogliere la società ovvero continuarla con gli eredi stessi e questi vi acconsentano.

La norma ora esposta, dunque, prevede tre alternative: continuazione del rapporto sociale fra i soci superstiti con liquidazione degli eredi del socio defunto;

controllo” e rapporti tra soci, Milano 1996; ZOPPINI A., *Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, (nota a margine della teoria dei beni), in Riv. dir. civ., 2000.

²³⁹ Si segnala che l'art. 2322 co. 1 c.c. estende la regola prevista in tema di società di capitali, pure alla partecipazione sociale del socio accomandante nelle s.a.s., in relazione alla quale, pertanto, vi è deviazione dalla disciplina ordinaria prevista, in generale, in tema di società di persone. Del resto, tale disciplina è coerente con la natura della partecipazione alla società del socio accomandante, il quale è mero socio di capitale, sprovvisto di diritti di amministrazione e per converso beneficiario del regime patrimoniale di responsabilità limitata.

scioglimento anticipato della società (con conseguente avvio della fase di liquidazione); continuazione della società con gli eredi del socio defunto, se questi sono d'accordo.

Di tali tre ipotesi, la prima si pone come un effetto *ex lege* della morte del socio, mentre le altre costituiscono due alternative offerte ai soci superstiti per evitare la liquidazione della quota agli eredi.

Ne consegue, come principio di *default*, che la morte del socio di società di persone produce lo scioglimento del rapporto tra tale socio e la società²⁴⁰. Alla morte del socio, gli eredi acquisiscono, *hoc ipso*, non la partecipazione sociale (stante la salvaguardia operante in materia nei confronti dell'*intuitus personae*), bensì un diritto di credito ad una somma di denaro rappresentativa del valore della quota.

Tuttavia, l'acquisizione di tale diritto di credito in capo agli eredi è sottoposta alla condizione risolutiva potestativa che i soci superstiti decidano di sciogliere anticipatamente la società, o di continuare la società con gli eredi con il consenso di questi²⁴¹.

Se i soci esercitano tale ultima facoltà, si risolve *ex tunc* l'acquisto del diritto di credito, e l'ingresso degli eredi nella società avviene in forza di un atto *inter vivos* di natura contrattuale (il c.d. accordo di continuazione), stipulato tra detti soggetti ed i soci superstiti, e non già *iure hereditatis*²⁴².

²⁴⁰ GENGHINI L. - SIMONETTI P., *Le società di persone*, in *Manuali notarili*, III, 1, a cura di Genghini, Padova, 2012; CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale*, 2, Diritto delle società, Torino, 2009; GALGANO F., *Le società in genere. Le società di persone*, Milano, 1982; GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972.

²⁴¹ GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972.

²⁴² Il dato normativo non precisa quale sia la posizione degli eredi del socio defunto qualora i soci superstiti optino per lo scioglimento della società.

La ricostruzione dottrinale più suggestiva, per la preoccupazione che gli eredi del defunto siano del tutto estromessi dalle operazioni di liquidazione, sostiene che gli eredi in caso di scioglimento della società subentrino automaticamente nella posizione del socio defunto, partecipando conseguentemente a tutte le operazioni di liquidazione. Così GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972.

Tale soluzione però urta contro il principio enunciato dall'art. 2248 c.c. secondo cui la partecipazione alla società non può prescindere dalla volontà dei soci superstiti, e presenta il grave inconveniente di esporre gli eredi alla responsabilità illimitata durante la fase della liquidazione. In questo senso si veda CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale*, 2, Diritto delle società, Torino, 2009.

La norma, già di per sé molto flessibile, lascia ai soci, grazie all'inciso iniziale “*salvo contraria disposizione del contratto sociale*”, ampia possibilità di ulteriori configurazioni pattizie, che consentano di abdicare al meccanismo di legge e di determinare in anticipo, nello statuto societario, quale dovrà essere la disciplina da seguire in caso di morte di uno di loro.

Nella prassi, le clausole derogatorie più di frequente inserite negli statuti delle società di persone sono le c.d. “clausole di consolidazione”, e le “clausole di continuazione”.

Quanto alle prime²⁴³, esse ricalcando la disciplina dispositiva tracciata nell'art. 2284 c.c., prevedono che, in caso di morte di uno dei soci, la sua quota resti senz'altro acquisita in proporzione ai soci superstiti, i quali sono obbligati a liquidare la quota all'erede.

Elemento essenziale della clausola di consolidazione è la previsione del diritto di liquidazione agli eredi del socio defunto, con conseguente esclusione del loro ingresso in società.

Di qui la distinzione tra clausole di consolidazione “pure” (o “di concentrazione”), che prevedono l'accrescimento della quota a favore dei soci superstiti, senza alcuna forma di remunerazione a favore degli eredi, e clausole di consolidazione “impure” (o “di liquidazione obbligatoria”) che riconoscono agli eredi un diritto alla liquidazione, ponendo correlativamente a carico dei beneficiari l'obbligo di pagare agli eredi del socio defunto una somma di denaro²⁴⁴.

²⁴³ Anche dette “clausole di consolidamento”, o “clausole di concentrazione” o “clausole di accrescimento”.

²⁴⁴ Per un ampio panorama delle svariate clausole di consolidazione, prevedenti discostamenti e variazioni rispetto alla disciplina dispositiva di cui all'art. 2284 c.c., si vedano: IEVA M., Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria, in Riv. Not., 2003; BARALIS G., Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità, in Quaderni di Vita Notarile, n. 2, Palermo, 1982; RIVOLTA G. C. M., Clausole societarie e predisposizione societaria, in AA. VV. La trasmissione familiare della ricchezza, Padova, 1995; DE GIORGI M. V., I patti sulle successioni future, Napoli, 1976; GENGHINI L. - SIMONETTI P., *Le società di persone*, in *Manuali notarili*, III, 1, a cura di Genghini, Padova, 2012; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, voll. I, Milano, 2002.

Parte della dottrina ritiene che le clausole di consolidazione, senza alcuna differenza, devono, in via generale, essere considerate nulle, perché costituirebbero attribuzioni *mortis causa* (in quanto tali destinate a produrre i loro effetti solo dopo la morte del socio), contenute in un atto diverso dal testamento e, quindi, impingerebbero nel divieto dei patti successori

Da ciò, al contempo facendosi discendere, secondo una prima lettura, la conseguenza che esse debbano ritenersi patti successori eccezionalmente validi, in applicazione dell'inciso di salvezza di cui all'art. 2284 c.c., che, dunque, avrebbe portata derogatoria nei confronti dell'art. 458 c.c.²⁴⁵; secondo altra lettura, la loro nullità, per contrasto proprio con l'art. 458 c.c., a cui l'art. 2284 c.c. non sarebbe in grado di apportare deroga alcuna²⁴⁶.

Altra dottrina, invece, pur ritenendo nulle le clausole che si limitano a stabilire, puramente e semplicemente, che la quota del socio defunto si accresca proporzionalmente a quella posseduta dagli altri, osserva, tuttavia, che tale nullità può essere evitata, in via generale, attraverso una formulazione delle clausole tale da eliminarne l'indeterminatezza oggettiva e soggettiva. In altri termini, non rinviando al momento della apertura della successione l'individuazione dell'oggetto e dei soggetti coinvolti dalla pattuizione, ma determinando fin dal momento della formulazione della clausola ed in modo definitivo la quota sociale che ne costituisce l'oggetto e i soggetti (obbligati e beneficiari) interessati dal patto, si realizzerebbe un negozio non più *mortis causa* (come tale nullo), ma con effetti, sia pure prodromici, immediati, e quindi, pienamente valido ed efficace²⁴⁷.

²⁴⁵ Così BOERO P., *Società di capitali e successione mortis causa*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, Palermo 1982 e LICINI C., *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. not.*, 1991.

²⁴⁶ Così IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003.

²⁴⁷ In questo senso: BARALIS G., *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale*;

La dottrina prevalente, tuttavia, e la giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁴⁸, per offrire una soluzione soddisfacente della questione, attribuiscono particolare rilievo alla citata distinzione tra clausole di consolidazione “pure” ed “impure”.

In particolare, ritengono invalide le prime, per violazione del divieto dei patti successori, poiché costituiscono un autentico patto successorio dispositivo²⁴⁹.

Infatti, tali clausole prevedono l’attribuzione *inter vivos* ai soci superstiti di un diritto successorio, quale è, appunto, la quota del socio defunto, venendo, così a determinare una sorta di “esproprio” di quota senza corrispettivo.

Le clausole di consolidazione “impure”, invece, sono considerate valide, e non contrarie al divieto dei patti successori, in quanto la consolidazione tra i soci superstiti della quota del socio defunto non priva gli eredi del diritto alla liquidazione²⁵⁰.

Non può farsi a meno di osservare che, questa ricostruzione, seppur appagante quanto al profilo della distinzione tra ipotesi valide ed invalide, appare quantomeno fuorviante nella parte in cui sembra far dipendere la natura *inter vivos* o *mortis causa* delle clausole suddette dalla loro onerosità ovvero gratuità²⁵¹.

problemi di validità, in *Quaderni di Vita Notarile*, n. 2, Palermo, 1982; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

²⁴⁸ Cfr. Cass. Civ., 17 marzo 1951, n. 685, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, II, pp. 216 sgg., la quale ha aderito alla tesi della distinzione tra clausole di consolidazione pure ed impure. In seguito, Cass. Civ., 16 aprile 1975, n. 1434, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, col. 59, è tornata sulla questione, confermando l’assunto della precedente pronuncia, e dichiarando la nullità, per violazione del divieto di patti successori, di una clausola di consolidazione pura, non prevedente liquidazione a favore degli eredi del socio defunto.

²⁴⁹ GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972.

²⁵⁰ In tal senso: CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2009; RIVOLTA G. C. M., *Clausole societarie e predisposizione societaria*, in AA. VV. *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995.

²⁵¹ La critica è mossa, tra gli altri, da: IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d’impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997.

Al riguardo, deve osservarsi che, la morte di un socio di una società di persone, di regola comporta, in favore dei soci superstiti, un fenomeno di natura accrescitiva, avente ad oggetto la quota appartenuta al primo.

Tale fenomeno, si verifica, talora *ex lege*, quando cioè mancano clausole statutarie di consolidamento; talaltra, invece, trova origine in un patto di consolidazione, stipulato in vita dai soci.

In entrambe le ipotesi si verifica un'attribuzione tecnicamente *mortis causa*, ma nel primo caso, detta attribuzione deriva direttamente dalla legge (l'art. 2284c.c.), e perciò, nel rispetto delle fonti di delazione delineate nell'art. 457 c.c., e senza contrasti con l'art. 458 c.c.; nel secondo caso, viceversa, la devoluzione successoria trova la sua fonte nella pattuizione intercorsa *inter vivos* tra i soci.

In coerenza con queste premesse, dovrebbe concludersi, allora, che qualsiasi tipo di clausola di consolidazione, traducendosi in una attribuzione *mortis causa* di fonte contrattuale, sia per sé vietata per contrasto con l'art. 458 c.c.

Del resto, la natura *mortis causa* delle fattispecie in questione è confermata dalla considerazione che, in essi, senz'altro ricorrono entrambi i requisiti dei negozi suddetti, vale a dire la sopravvivenza dei beneficiari al socio nella cui partecipazione vengano a subentrare *post mortem* (elemento c.d. "soggettivo"), e l'attribuzione di un'entità da qualificare in termini di *quod superest* nel patrimonio del socio defunto (c.d. elemento "oggettivo")²⁵².

Resta da chiarire, dunque, perché nel caso in cui nello statuto sia inserita una clausola di consolidazione, la previsione di un "ristoro" di natura liquidatoria a favore degli eredi del socio defunto, valga a trasformare in lecita un'attribuzione *mortis*

²⁵² Questa conclusione, alla quale si ritiene di dover aderire, è di IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008 e ID., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003, il quale osserva che è da escludere che le clausole in esame producano, sin dalla loro stipulazione, l'insorgenza di un vincolo di indisponibilità, anzi, deve rilevarsi come i soci restino liberi, *usque ad mortem*, di disporre come credono, mediante atti di alienazione *inter vivos*, delle partecipazioni di cui siano titolari, partecipazioni che, se ancora nella loro disponibilità, al momento della loro morte entreranno a far parte del patrimonio dei soci superstiti, secondo l'entità oggettiva e quantitativa che a tale data loro competerà e dunque, in definitiva, a titolo di *quod superest* trasmesso *causa mortis*.

causa scaturente da una stipulazione contrattuale, con ciò segnando anche un netto *discrimen* tra le clausole di consolidazione impura, da ritenersi valide, e quelle di consolidazione pura, considerate, al contrario, vietate.

Ebbene, l'idea che sembra prendere corpo in dottrina e in giurisprudenza²⁵³ è che la soluzione vada ricercata non nella diversa natura *inter vivos* e *mortis causa* tra la consolidazione impura e quella pura, bensì in una precisa scelta di politica legislativa, desumibile dalla riforma del diritto societario, di cui al d. lgs. n. 6/2003, di introdurre nell'ordinamento un nuovo principio generale, dotato di portata derogatoria nei confronti del divieto di cui all'art. 458 c.c.

La nuova formulazione dell'art. 2469 c.c. in tema di s.r.l., e dell'art. 2355-bis c.c. in tema di s.p.a., è un chiaro indice della apertura del legislatore nei confronti dei due tipi di clausole suddette, seppur entrambe si caratterizzino in termini di attribuzioni *mortis causa*.

Da dette disposizioni si arguisce che la scelta di fondo è stata quella di ampliare l'autonomia statutaria e con essa il novero delle clausole considerate legittime, con il solo limite inderogabile della salvaguardia del valore economico destinato agli eredi legittimi o testamentari.

Il fatto che il legislatore sia intervenuto, sancendo espressamente la liceità di clausole statutarie di consolidazione impura, in un ambito, quale quello delle società di capitali, ove la libera trasferibilità *mortis causa* delle partecipazioni a favore degli eredi del socio defunto era, sino a quel momento, principio indiscutibile, costituisce la lampante dimostrazione che, *a fortiori*, detto tipo di clausole debba ritenersi ammesso pure in tema di società di persone (ove è già lo stesso art. 2284 c.c., con la sua norma di carattere dispositivo, a prevedere *ex lege* un fenomeno *lato sensu* accrescitivo e "consolidativo").

²⁵³ In dottrina, si esprimono in questo senso, tra gli altri: BIANCA C. M., *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, 2001; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, voll. I e II, Milano, 2002; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

In giurisprudenza, si vedano, sullo specifico punto: Cass. Civ., 17 marzo 1951, n. 685, in Riv. Dir. Comm., 1951, II, e Cass. Civ., 16 aprile 1975, n. 1434, in Giur. it., 1976, I.

Pertanto, la linea ricostruttiva adottata consente di individuare una trama unitaria nel disegno del Legislatore rispetto alla circolazione delle partecipazioni *inter vivos* e *mortis causa* e induce a rinvenire, a monte delle scelte fatte, un giudizio di bilanciamento di interessi, per consentire, nel campo sia delle società di persone che delle società di capitali, l'utilizzo da parte dei privati di accordi di natura successoria, al fine di predisporre in modo adeguato la trasmissione della ricchezza imprenditoriale e produttiva.

In definitiva, al fine di salvaguardare la produzione e l'attività d'impresa, si è optato per la parziale disattivazione del divieto di cui all'art. 458 c.c., in modo da scongiurare il rischio che l'invalidità dei patti successori istitutivi potesse condurre alla disgregazione delle compagini sociali e alla cessazione anticipata dell'attività, a condizione, però, che la consolidazione delle partecipazioni societarie avvenga con il pagamento agli eredi di una somma a titolo di liquidazione.

In questa ottica, la liquidazione monetaria in favore degli eredi del socio defunto vale a conferire liceità ad ipotesi di atti sostanzialmente *causa mortis* e funge da baluardo della tutela degli eredi del socio deceduto, aprendo, così, la strada a forme di successione "per equivalente", in cui l'aspetto "qualitativo" dei beni devoluti all'erede lasci il posto a quello, "quantitativo", del ristoro monetario dei diritti economici spettanti a detti soggetti²⁵⁴.

Passando alla trattazione delle "clausole di continuazione", esse sortiscono un effetto opposto alla consolidazione, in quanto tendono a garantire la continuazione della società con gli eredi del socio defunto.

Tali clausole sono sempre vincolanti per i soci superstiti, mentre per gli eredi vi può essere una mera facoltà di adesione, un obbligo di adesione, o, infine, un'adesione automatica.

Si distinguono, pertanto tre tipi di clausole di continuazione.

²⁵⁴ La tematica viene approfondita da ZOPPINI A., *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, (nota a margine della teoria dei beni), in Riv. dir. civ., 2000; ID., *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in Patti di famiglia per l'impresa, Milano, 2006.

Sono definite clausole di continuazione “facoltativa”, quelle che vincolano solo i soci superstiti, mentre gli eredi del socio defunto hanno una mera facoltà di adesione, nel senso che sono liberi di aderire alla società o di richiedere la liquidazione della quota.

Sono clausole di continuazione “obbligatoria”, invece, quelle che, vincolano non solo i soci superstiti, ma anche gli eredi, i quali sono obbligati a continuare la società con i soci superstiti e ove non prestino il necessario consenso, sono tenuti a risarcire i danni ai soci superstiti.

Infine, sono dette clausole di continuazione “automatica” (o clausole “di successione” o “di libera trasmissibilità”), quelle che prevedono il subingresso in società degli eredi, che diventano automaticamente soci, per effetto della sola accettazione dell’eredità del socio defunto. In tal caso, gli eredi del *de cuius*, si possono sottrarre dall’entrata in società soltanto procedendo a rinunciare all’eredità.

Le clausole in esame sono accomunate dal fatto di influenzare in qualche modo la successione *mortis causa* nel patrimonio del socio, ma si differenziano a seconda del diverso grado di incidenza che, di volta in volta, la volontà degli eredi del socio premorto assume in relazione alla complessiva operazione.

Nei casi di continuazione facoltativa ed obbligatoria, la prosecuzione del rapporto sociale deriva, pur sempre, dalla stipula un atto *inter vivos* (il c.d. negozio di continuazione della società con gli eredi), che si viene a formare in seguito alla morte di uno dei soci, tra i soci superstiti e gli eredi del premorto.

Nei casi di continuazione automatica, al contrario, gli eredi del socio defunto entrano a far parte della società *iure successionis*, cioè a prescindere del tutto da un negozio di continuazione, operando l’accettazione dell’eredità in termini di presunzione *iuris et de iure* del consenso a subentrare nella società.

È pacifico che le clausole di continuazione facoltativa siano valide, in quanto esse non vincolano in alcun modo gli eredi. In tali casi, infatti, è facoltà dell’erede, che abbia già optato per l’accettazione dell’eredità, valutare in un secondo momento,

in modo autonomo ed in piena libertà, la possibilità di entrare a far parte o meno della compagine sociale.

È, invece, discusso se le clausole di continuazione obbligatoria e automatica siano valide, in quanto è dubbio se esse contrastino con i principi del divieto dei patti successori e della inammissibilità di assumere in maniera automatica la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Secondo una parte della dottrina²⁵⁵, sarebbero entrambe nulle, in quanto contrastanti, da un lato, con il divieto dei patti successori, e, dall'altro lato, con il principio secondo cui non si può diventare soci a responsabilità illimitata, con altre persone, senza il proprio consenso.

Secondo la teoria di altra parte della dottrina, occorre tenere distinto il momento del subingresso in società dal momento dell'accettazione dell'eredità, dovendosi esternare un giudizio di legittimità, ogniqualvolta la clausola di continuazione preveda come indispensabile, ai fini dell'ingresso in società, che gli eredi del socio defunto emettano un'apposita dichiarazione negoziale.

Partendo da tale assunto, si conclude nel senso della validità sia delle clausole di continuazione obbligatoria che delle clausole di continuazione automatica, considerato che in entrambi i casi, è lasciata libertà agli eredi di compiere, successivamente al decesso del loro dante causa, una scelta in ordine a detto subentro.

In particolare, non si ha violazione del divieto dei patti successori, perché tanto la clausola di continuazione obbligatoria, quanto quella di continuazione automatica, lasciano impregiudicata la facoltà del testatore di individuare la persona dell'erede, e pertanto non limitano la libertà di testare in alcun modo.

Non si ha neppure violazione del principio secondo cui non si può diventare soci a responsabilità illimitata senza il proprio consenso perché l'erede può evitare di acquisire la qualità di socio illimitatamente responsabile, in caso di clausola di continuazione obbligatoria, rifiutandosi di prestare il consenso al negozio *inter vivos*

²⁵⁵ SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974; IUDICA G., *Clausole di continuazione delle società con gli eredi degli accomandatari*, in Riv. dir. civ., 1975.

di continuazione (salvo però il diritto al risarcimento del danno dei soci superstiti)²⁵⁶ e, in caso di clausola di continuazione automatica, o rinunciando all'eredità²⁵⁷, o accettandola con beneficio di inventario²⁵⁸ (nel quale ultimo caso, la responsabilità per le obbligazioni sociali sarebbe limitata per le obbligazioni anteriori all'apertura della successione, illimitata per le obbligazioni sorte successivamente).

Invero, secondo la tesi preferibile²⁵⁹, in merito alle clausole di continuazione automatica si pongono problemi di inopponibilità negoziale talmente radicali da non poter essere superate in via interpretativa. Infatti, a differenza del caso di continuazione obbligatoria²⁶⁰, non si vede come sia possibile che un patto, intercorso tra i soci, possa arrivare a vincolare soggetti ad essi estranei, i quali a detto patto non partecipino in alcun modo.

Inoltre, il patto in esame sembra porsi in contrasto, ad un tempo, sia con i principi generali di diritto successorio, sia con i principi generali di diritto societario, in quanto la clausola di continuazione automatica impone agli eredi la responsabilità

²⁵⁶ Sul punto cfr. GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972 e PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, secondo cui la validità delle clausole di continuazione obbligatoria passa per la qualificazione del suddetto fenomeno in termini di promessa del fatto di terzo, di cui all'art. 1381 c.c., il cui inadempimento non legittima il ricorso all'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c., ma obbliga soltanto al pagamento di un indennizzo. Tale pagamento, in astratto, dovrebbe porsi a carico del socio defunto (che in tale ricostruzione è il promittente); tuttavia, in conseguenza del fatto che, mediante un meccanismo di tipo condizionale, tale obbligo si attivi soltanto successivamente alla morte di detto soggetto (a seguito del rifiuto degli eredi di entrare in società), esso si trova ad essere trasmesso mortis causa agli eredi medesimi, sui quali viene così ad incombere il versamento dell'indennizzo.

²⁵⁷ Così VENDITTI A., *L'eredità del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obbligazioni*, vol. I, 1953.

²⁵⁸ Tale ricostruzione si deve, in particolare a GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli 1963.

²⁵⁹ CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale*, 2, Diritto delle società, Torino, 2009; FERRI G., *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, X, Torino, 1985; GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972;.

²⁶⁰ Così FERRI G., *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, X, Torino, 1985, che osserva come mentre la ricostruzione, in termini di promessa del fatto del terzo, consente di escludere l'illiceità delle clausole di continuazione obbligatoria, qui non vi è un istituto generale che possa fungere da valido referente di validità del fenomeno.

illimitata per le obbligazioni sociali, cosa che, secondo i principi generali del nostro ordinamento giuridico non può avvenire senza il consenso del soggetto interessato.

Né sarebbe possibile rinvenire tale consenso nella accettazione (semplice o beneficiata) dell'eredità perché, una cosa è accettare l'eredità, altra e ben distinta cosa è prestare il consenso alla assunzione della responsabilità illimitata per le attività sociali.

In definitiva, al di là dal contrasto con il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., tale tipologia di clausole crea problemi di incompatibilità con principi cardine del nostro ordinamento così insanabili, da indurre la dottrina prevalente²⁶¹ ad affermarne senza dubbio l'illegittimità.

L'analisi, a questo punto, deve procedere spostandosi in direzione delle clausole di predisposizione successoria nell'ambito delle società di capitali, per le quali, la libera trasferibilità delle partecipazioni sociali, pone problematiche di ben altra natura.

In queste compagini, non può concepirsi l'applicabilità di quelle che si sono definite "clausole di continuazione", poiché la quota di partecipazione, di per sé e senza bisogno di ricorrere a pattuizioni convenzionali, viene trasmessa *mortis causa* all'erede del socio premorto, assieme peraltro alla stessa qualità di socio.

Pertanto, l'esigenza che può porsi è quella, opposta, di mantenere inalterata l'originaria compagine sociale, evitando l'ingresso in società di terzi non graditi, attraverso previsioni dell'autonomia privata volte ad introdurre elementi e valutazioni personalistici, proprio in un ambiente che si ritiene di solito "spersonalizzato".

Prima della riforma del diritto societario del 2003, per le s.r.l., il testo originario dell'art. 2479 c.c. ammetteva la possibilità di prevedere statutariamente limitazioni di vario genere al trasferimento *mortis causa* delle quote sociali, per le

²⁶¹ Tra gli altri, si esprimono in questo senso: CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, voll. I e II, Milano, 2002; CASU G., *I patti successori*, in CASU, MORETTI, SANTARCANGELO, *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006; DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; IUDICA G., *Clausole di continuazione delle società con gli eredi degli accomandatari*, in *Riv. dir. civ.*, 1975; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992; PALAZZO A., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita notar.*, 1993.

s.p.a. l'art. 2355 c.c., nella previgente formulazione, affermava che *“l'atto costitutivo può sottoporre a particolari condizioni l'alienazione delle azioni nominative”*.

La lettura di quest'ultima norma poneva il dubbio se, parlando di “alienazione”, intendesse riferirsi solo a quella tra vivi, o fosse da intendersi esteso anche ai trasferimenti *mortis causa*.

Inoltre, appariva in maniera netta la discrasia tra il regime circolatorio delle quote di s.r.l. e quello delle azioni di s.p.a.: in relazione alle prime, era possibile, con norma statutaria, spingersi sino ad escludere la trasferibilità, a qualsiasi titolo, delle quote sociali, con conseguente facoltà di introduzione di clausole di consolidazione tecnicamente intese; in relazione alle azioni, viceversa, era possibile, al più, sottoporre la circolazione a “particolari condizioni”, con il divieto di escluderla del tutto e di dare quindi luogo a vere e proprie clausole di consolidazione.

In tale panorama normativo, esclusa testualmente la possibilità di clausole statutarie di consolidazione, l'attenzione degli interpreti era tutta rivolta alla questione di ammissibilità di clausole limitative della circolazione delle azioni le quali si risolvessero “clausole di prelazione”, in “clausole di opzione” o in “clausole di gradimento”²⁶².

²⁶² In proposito, si sosteneva che le “clausole di gradimento”, più che quale autonoma figura, si ponessero quali momenti preliminari ai fini della successiva applicazione del meccanismo delle clausole di opzione; qualora i successori *mortis causa* del socio defunto non fossero, di per sé e senza bisogno di specifiche motivazioni, risultati graditi ai soci superstiti (clausole di gradimento c.d. “mero” o “in senso proprio”), oppure non fossero stati in possesso di particolari requisiti (clausole di gradimento cc.dd. “improprie” o “rigide”), sorgeva, a favore dei soci superstiti, la facoltà di acquistare (o “riscattare”) le azioni a detti soggetti pervenute per successione, ad un prezzo prefissato o comunque determinabile in base a norme statutarie. Le “clausole di opzione” (dette anche “di riscatto”), pur utilizzando sul piano strutturale lo schema civilistico di cui all'art. 1331 c.c., giungevano a porre seri problemi di compatibilità nei riguardi dell'art. 458 c.c.; problemi non dissimili, del resto, da quelli cui avrebbe parimenti dato luogo il ricorso a clausole di consolidazione vere e proprie, pure o impure che esse fossero. È dato infatti assistere, in entrambe le ipotesi considerate, alla ricorrenza degli elementi propri dei negozi a causa di morte: quello soggettivo (sopravvivenza al disponente-premorto del beneficiario della disposizione), nonché, soprattutto, quello oggettivo (l'oggetto dell'attribuzione è un *quod superest* nel patrimonio del disponente, ed egli mantiene la disponibilità di modificarlo, in riduzione o in aumento, sino al momento della sua morte). Sull'argomento si veda, in particolare, tra gli altri: IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997; ID., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.

Lo scenario giuridico è radicalmente mutato in seguito alla novellazione codicistica operata con la riforma del diritto societario n. 6 del 2003, che intervenendo più in generale sulle regole di circolazione delle partecipazioni di società di capitali (spa e srl), detta all'interno degli artt. 2355 bis e 2469 c.c. anche regole destinate a disciplinare le clausole di predisposizione successoria.

Quanto alle s.r.l., può dirsi sostanzialmente confermata, con il nuovo art. 2469 co. 2 c.c., l'ammissibilità di vere e proprie clausole di consolidazione impura, che escludano *ab origine* il trasferimento successorio delle quote, al contempo attribuendo agli eredi una liquidazione compensativa di carattere inderogabile.

In materia di s.p.a. si rinviene la novità più significativa, in quanto il nuovo art. 2355-bis co. 3 c.c., ammettendo espressamente le "*clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni*", riconosce formalmente che i limiti alla circolazione possano riguardare anche la trasmissione *mortis causa* delle partecipazioni azionarie²⁶³, purché sia preservato il valore economico destinato agli eredi.

In contrario, la Corte di Cassazione affermava la compatibilità di detti meccanismi con il divieto di cui all'art. 458 c.c., nonché, d'altro canto, il pieno rispetto del disposto di cui all'allora vigente art. 2355 c.c. pronunciandosi sulla legittimità dell'art. 6 dello statuto della società "Fratelli D'Amico Armatori s.p.a.", concretante un tipico caso di clausola di opzione o riscatto, di cui si riporta, di seguito, il testo: "In caso di successione sarà facoltà degli altri soci (o di coloro tra essi che lo vorranno) acquistare dagli eredi le azioni entro un anno dalla successione per il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato, maggiorato del dieci per cento, secondo certificazione del Comitato di borsa e secondo valutazione del Collegio arbitrale".

²⁶³ In generale, ai sensi del nuovo testo dell'art. 2355-bis c.c. lo statuto di una s.p.a. può prevedere limiti alla circolazione delle azioni. In alcuni casi, i limiti devono essere accompagnati dalla previsione di un correttivo statutario, rappresentato o dal limite temporale di cinque anni, o dal diritto di recesso del socio che intende cedere la sua partecipazione (o dall'obbligo di acquistare la sua partecipazione).

la ratio della necessità di tali correttivi è quella di evitare che il socio rimanga "prigioniero" della società. si capisce allora perché i correttivi non siano previsti per i limiti alla circolazione che non comportano tale rischio (es. prelazione, gradimento non mero), ma solo per quei limiti che comportano il rischio di rimanere prigioniero della società (divieto assoluto di gradimento, mero gradimento).

Quanto ai limiti alla trasmissione *mortis causa* delle partecipazioni azionarie, si veda, in particolare: PALAZZO M., *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in *Rivista del Notariato*, 6, 2007.

Nell'imminenza della riforma, l'analisi dell'art. 2355-bis c.c. ha suscitato perplessità interpretative a causa del mancato riferimento testuale alla intrasmissibilità *mortis causa* delle azioni, che il Legislatore ha invece ammesso, in via espressa, a proposito delle s.r.l.

La dottrina assolutamente prevalente²⁶⁴, risulta orientata nel senso di un'interpretazione estensiva della norma in esame, in linea con la scelta di fondo del Legislatore - che può dirsi oramai assorta a nuovo principio generale in ambito societario - di ampliare l'autonomia statutaria e con essa il novero delle clausole ritenute legittime, prevedendone l'inefficacia nei soli casi in cui non venga riconosciuto, agli eredi del socio defunto, il diritto ad ottenere il controvalore monetario dei titoli medesimi²⁶⁵.

In altri termini, la lettura dalla norma di cui all'art. 2469 c.c., che ammette indiscriminatamente l'introduzione statutaria di clausole di consolidazione c.d. "impure" (poiché prevedenti un corrispettivo in denaro), conferma, su di un piano generale, che in campo societario l'ordinamento abbia ritenuto di far prevalere, sugli interessi sottesi al divieto dei patti successori, interessi di tipo diverso.

La parziale disapplicazione del divieto dei patti successori di cui all' art. 458 c.c.²⁶⁶, trova giustificazione, dunque, nell'esigenza di accordare preminente tutela agli interessi del mercato e alla trasmissione "consapevole" ed "efficiente" dei beni c.d.

²⁶⁴ ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

²⁶⁵ Controvalore da calcolarsi secondo la disciplina prevista per il recesso dall'art. 2437-ter c.c., espressamente richiamato.

²⁶⁶ Dei tre profili del divieto di cui all'art 458 c.c. quello che viene in rilievo ai fini della presente trattazione è quello attinente ai patti istitutivi: le clausole in esame, infatti, non concernono la rinuncia a una successione altrui, né assumono forma di atto dispositivo dei beni compresi nel patrimonio ereditario di altri, bensì, esse vanno considerate nella loro idoneità ad incidere sulla destinazione della partecipazione sociale del *de cuius*, possono determinare certe conseguenze nella dimensione successoria.

produttivi, al fine di evitare la disgregazione delle compagini sociali originarie²⁶⁷ e, con essa, il rischio della cessazione dell'attività sociale²⁶⁸.

Con il delinearsi di questo quadro interpretativo risulta allora maggiormente comprensibile come, all'interno di una tale logica, il divieto dei patti successori sia piegato alle esigenze del controllo sulla ricchezza familiare.

In definitiva, l'articolato percorso argomentativo fin qui svolto, con riferimento alla portata precettiva dell'art. 458 c.c. in materia di diritto delle società, ha fatto constatare la disattivazione del divieto di patti istitutivi nei riguardi delle cc.dd. clausole societarie di consolidazione, con ciò portando, inevitabilmente, a concludere che il divieto dei patti successori non possa più essere riguardato alla stregua di un "tabù ad ogni costo inviolabile"²⁶⁹.

²⁶⁷ Allo stesso modo nell'ordinamento tedesco "Vinkulierungsklauseln haben in aller Regel den Sinn, die fragliche Gesellschaft gegen das Eindringen Dritter in den Kreis ihrer Gesellschafter abzuschotten", cioè "Le clausole limitative hanno in tutti i casi lo scopo di isolare la società dall'ingresso di un terzo nella cerchia dei suoi soci". In questi precisi termini LUTTER M. - GRUNEWALD B., *Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile*, in *Die Aktiengesellschaft*, 1989, XII.

²⁶⁸ Si vedano, sul punto, le considerazioni di: IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003; SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza, Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; ZOPPINI A., *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, (nota a margine della teoria dei beni), in *Riv. dir. civ.*, 2000.

²⁶⁹ Così espressamente CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006; si veda anche CALVOSA L., *Clausola di riscatto di azioni e divieto dei patti successori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, la quale ha notato come, in materia societaria e nel caso delle società di capitali in special modo, l'autonomia privata mal sopporta le strettoie del diritto successorio, tendendo piuttosto a dispiegare tutta la sua portata propulsiva "pur nel rispetto dei principi". Del resto, i due regimi legali evidenziano origini storiche e motivi ispiratori alquanto distanti fra loro, che difficilmente possono farsi armonizzare nella pratica; ciò che può tradursi nella constatazione dell'elevato grado di inattualità evidenziato dal divieto dei patti successori in questo un settore, ovvero - che è lo stesso - nella previsione di una sua progressiva, costante disapplicazione da parte delle corti. Con l'avvertenza che gli scopi perseguiti dall'autonomia privata e la ragione dei limiti ad essa posti dal legislatore con l'art. 458 c.c., tendono a coincidere laddove le esigenze di preservazione della compagine societaria si identifichino, sovrapponendosi, con la garanzia della trasmissione endo-familiare della ricchezza.

Bibliografia

- ❖ AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, in Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, Milano, 2006.
- ❖ AA.VV., *Il patto di famiglia – commentario a cura di Delle Monache*, in Le Nuove Leggi Civ. Comm., Padova, 2007, pp. 21 sgg.
- ❖ AA.VV., *Il patto di famiglia, a cura di Palermo*, Torino, 2009 (con contributi di Palermo, Ianniello, Giove, Minniti, De Bonis, Di Marco Gentile, Di Tillo, Bottini, Milillo, Mezzanotte, Sabatini, Meloni, Cherra, Novello, Gallelli).
- ❖ AMADIO G., *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004.
- ❖ AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.
- ❖ AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.
- ❖ AMADIO G., *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.
- ❖ AMBROSI-BASILE, *Le nuove norme in tema di patto di famiglia*, in *Fam. Pers. Success.*, 2006.
- ❖ ANDRINI M. C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita Not.*, 2006.
- ❖ ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.
- ❖ ANTONINI I., *Il divieto dei patti successori*, in *Studium Juris*, 1996.
- ❖ AVAGLIANO M., *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. Not.*, 2007, nonché in *Familia*, 2006.
- ❖ AZZARITI A., *Successione testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, UTET, 1971
- ❖ BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006.
- ❖ BALESTRA L., *Commento all'art. 768-bis cod. civ.*, in *Il patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007.
- ❖ BALESTRA L., MARTINO M., *I patti successori*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009.
- ❖ BARALIS G., *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio fra "ragioni" dell'impresa e "ragioni" dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.

- ❖ BARALIS G., *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità*, in *Quaderni di Vita Notarile*, n. 2, Palermo, 1982.
- ❖ BERTINO L., *I patti successori nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2003.
- ❖ BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, 2, Torino, 1960.
- ❖ BIANCA C. M. , *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, 2001.
- ❖ BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955.
- ❖ BOERO P., *Società di capitali e successione mortis causa*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, Palermo 1982.
- ❖ BOLANO A., *I patti successori e l'impresa alla luce di una recente proposta di legge*, in *Contratti*, 2006.
- ❖ BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. Pers. Success.*, 2007.
- ❖ BONILINI G., *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. III, La successione legittima, Milano, 2009.
- ❖ BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, VI^a ediz. Torino, UTET, 2013.
- ❖ BROX H., *Erbrecht*, Köln, 2003.
- ❖ BUSANI A., *Successione di impresa, spazio ai patti*, in *Il Sole 24 ore*, 1 febbraio 2006.
- ❖ BUSANI A., *Patto di famiglia e governance dell'impresa trasferita. Primi spunti di riflessione sulla "attrazione" nel Patto di famiglia delle donazioni anteriori alla legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.
- ❖ CASU G., *Il patto di famiglia. Rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione*, Pubblicato nella rivista Studi e Materiali CNN, 2/2006.
- ❖ CASU G., *I patti successori*, in CASU, MORETTI, SANTARCANGELO, *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006.
- ❖ CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in AA. VV., *Successioni e donazioni* (a cura di P. RESCIGNO), Padova, 1994.
- ❖ CACCAVALE C., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Not.*, 1995.
- ❖ CACCAVALE C., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006.

- ❖ CACCAVALE C. – TASSINARI F. , *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997.
- ❖ CACCAVALE C., *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto Roppo*, vol. VI, a cura di V. Roppo, Milano, 2006.
- ❖ CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *CNN Notizie*, 22 marzo 2006.
- ❖ CALÒ E., *Piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997.
- ❖ CALVOSA L., *Clausola di riscatto di azioni e divieto dei patti successori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992.
- ❖ CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2009.
- ❖ CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, voll. I e II*, Milano, 2002.
- ❖ CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977.
- ❖ CAROTA L., “*Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*”, — *CEDAM — Anno 2008*.
- ❖ CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di RESCIGNO, Torino, 1997.
- ❖ CARRABBA A. A., *Le donazioni mortis causa*, in *Riv. notariato*, 2006.
- ❖ CASU G., *I patti successori*, in *CASU, MORETTI, SANTARCANGELO, Testamento e patti successori*, Bologna, 2006.
- ❖ CASU G., *Il patto di famiglia. Rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione*, Pubblicato nella rivista Studi e Materiali CNN, 2/2006.
- ❖ CICU A., *Successioni per causa di morte. Parte generale (Delazione e acquisto dell'eredità)*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm., diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1954.
- ❖ CICU A., *Testamento*, Milano, 1969.
- ❖ CILLO C. - D'AMATO A.- TAVANI G., “*Dei singoli contratti*”, vol. I, in *Manuale di applicazioni pratiche dalla lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè, Milano, 2005.
- ❖ CORRENTE F., *Il patto di famiglia: una nuova legge al servizio dell'impresa*, in *CNN Notizie* del 14/02/2006.
- ❖ COSTANZA M., *Negozi mortis causa o post mortem*, in *Giust. civ., I*, 1991.
- ❖ COVIELLO L., *Diritto successorio*, Bari, 1962.
- ❖ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980.
- ❖ D'AVANZO W. , *Delle successioni, II, Parte speciale*, Firenze, 1941.
- ❖ DE GIORGI M.V., *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982.

- ❖ DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.
- ❖ DELLE MONACHE S., *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2005.
- ❖ DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006.
- ❖ DELLE MONACHE S., *Nuove prospettive sul patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2012.
- ❖ DEL PRATO E., *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.* 2001.
- ❖ DE NOVA G., *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997.
- ❖ DE NOVA G., *Introduzione*, in AA.VV., *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006.
- ❖ DE NOVA G., *Commento all'art. 2, l. 14 febbraio 2006, n. 55 (art. 768-bis)*, in DE NOVA-DELFINI-RAMPOLLA-VENDITTI, 2006.
- ❖ DI MAURO N. - VERDICCHIO V., *Commento all'art. 768-bis c.c. (Nozione)*, in DI MAURO-MINERVINI E.-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006.
- ❖ DI PAOLA S., *Donatio mortis causa*, Napoli, 1969.
- ❖ ECCHER B., *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980.
- ❖ FERRI G., *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, X, Torino, 1985.
- ❖ FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1977.
- ❖ FRIESER A., in *Handbuch des Fachanwalts für Erbrecht*, Cap. 1, Wolters Kluwer, Monaco, 2005.
- ❖ FISHER D., *The German Legal System*, 2008.
- ❖ FUSARO A., *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013.
- ❖ GALGANO F., *Le società in genere. Le società di persone*, Milano, 1982.
- ❖ GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1988.
- ❖ GALGANO F., *Gli strumenti offerti dal nuovo diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2004.
- ❖ GATT L., *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, giugno 2009.
- ❖ GAZZONI F., *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. Not.*, 2001.

- ❖ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.
- ❖ GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia Civile*, 2006.
- ❖ GENGHINI L. - SIMONETTI P., *Le società di persone*, in *Manuali notarili*, III, 1, a cura di Genghini, Padova, 2012.
- ❖ GENGHINI L. - SIMONETTI P., *Le società di capitali e le cooperative*, in *Manuali notarili*, III, 2, a cura di Genghini, Padova, 2012.
- ❖ GENGHINI L. - CARBONE C., *Le successioni per causa di morte*, tomo II, in *Manuali notarili*, IV, a cura di Genghini, Padova, 2012.
- ❖ GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972.
- ❖ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- ❖ GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli 1963.
- ❖ GROSSO G., BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, diretto da F. Vassalli, UTET, 1977.
- ❖ IANNELLO E.M. , *I lavori preparatori*, in *Il patto di famiglia* a cura di G. Palermo, Torino, 2009.
- ❖ IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994.
- ❖ IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997.
- ❖ IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003.
- ❖ IEVA M., *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio, Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache Stefano—CEDAM — Anno 2007.
- ❖ IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.
- ❖ IEVA M., *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* diretto da Rescigno, coordinato da Ieva, 2010.
- ❖ IEVA M.- ZOPPINI A., *Brevissime note sulla proposta di modifica del patto di famiglia inserita nel testo originario del decreto sviluppo*, in *Riv. not.*, 2011.
- ❖ IUDICA G., *Clausole di continuazione delle società con gli eredi*; IUDICA G., *Clausole di continuazione delle società con gli eredi degli accomandatari*, in *Riv. dir. civ.*, 1975.

- ❖ IUDICA G., *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissione familiare della ricchezza*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995
- ❖ KOLLHOSSER H., «Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge», *Archiv für civ. Praxis*, 1994.
- ❖ KRAUSE R., *Planning Succession in International Family Business-Recent Developments in Germany*, in *Family Finances*, a cura di B. Verschraegen, Jan Sramek Verlag, 2008.
- ❖ LANDINI S., *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?*, in *Famiglia*, 2006.
- ❖ LICINI C., *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. not.*, 1991.
- ❖ LIGOZZI M.T., *Sulla presunta erosione del divieto dei patti successori*, nota a Cass. Civ., Sez. II, 3 marzo 2009, n. 5119, in *Notariato*, 2009.
- ❖ LISERRE A., «*Quid novi*» in tema di successioni mortis causa? in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997.
- ❖ LOMBARDI G.e MAISTO G., *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. Giur.*, 2006.
- ❖ LUCCHINI GUASTALLA E., *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio – Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, 2007.
- ❖ LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemortis al patto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, II, pp. 303 sgg.
- ❖ LUPETTI M.C., *Patto di famiglia. Note a prima lettura*, in *CNN Notizie*, 14 febbraio 2006.
- ❖ LUTTER M. - GRUNEWALD B., *Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile*, in *Die Aktiengesellschaft*, 1989, XII.
- ❖ LOMBARDI G.e MAISTO G., *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. Giur.*, 2006.
- ❖ MAGLIULO F., *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*.
- ❖ MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992.
- ❖ MANES P., *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006.
- ❖ MARELLA M. R., *Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 199.
- ❖ MASCHERONI A., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, 2012.

- ❖ MATERA P., *“Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato”*, in *Comparazione e diritto civile*, diretto da G. Autorino e P. Stanzone, Torino, 2012.
- ❖ MERLO A., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, (Profili civilistici del patto di famiglia), in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni per la fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano.Roma, 2006.
- ❖ NICCOLÓ R., *Disposizioni di beni “mortis causa” in forma indiretta*, in *Riv. Not.*, 1967.
- ❖ NICCOLÓ R., *Attribuzioni patrimoniali “post mortem e mortis causa” in Vita not.*, 1971.
- ❖ OBERTO G., *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F.GALGANO, Padova, 2006.
- ❖ OLZEN D., *Die Vorweggenommene Erbfolge*, Berlin, 1984.
- ❖ OPPO, *Patto di famiglia e “diritti della famiglia”*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pp. 439 sgg.
- ❖ PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983.
- ❖ PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.
- ❖ PALAZZO A., *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella civilistica del secondo dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991.
- ❖ PALAZZO A., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita notar.*, 1993.
- ❖ PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. Dir. Civ.*, CNN diretto da Perlingieri, Napoli, 2003.
- ❖ PALAZZO A., *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007.
- ❖ PALAZZO M., *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in *Rivista del Notariato*, 6, 2007.
- ❖ PALAZZO A., *Patto di famiglia e sistema per la trasmissione della ricchezza familiare, testamento e istituti alternativi* in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da ALPA-PATTI, Padova, 2008.
- ❖ PATTI F., *IL Patto di famiglia, strumento di trasmissione di ricchezza*, in *Vita Notarile*, 2009.
- ❖ PENE VIDARI F., *Patti successori e contratti post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.
- ❖ PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2008.
- ❖ PETRELLI G., *La nuova disciplina dei patti di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006.

- ❖ PISCHETOLA A., *Il Patto di famiglia a confronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni per la fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano.Roma, 2006.
- ❖ PUTORTÌ V., *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991.
- ❖ REALMONTE F., *Autonomia privata e successioni a causa di morte*, in A. Belvedere, C. Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, 2001.
- ❖ REITHMANN C., ALBRECHT A., *Handbuch der Notariellen Vertragsgestaltung*, Munich, 2001.
- ❖ RESCIGNO P., *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita Notarile*, 1993.
- ❖ RESCIGNO P., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.
- ❖ RESCIGNO P., *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012.
- ❖ RIVOLTA G. C. M., *Clausole societarie e predisposizione societaria*, in AA. VV. *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995.
- ❖ RIZZI G., *Il Patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda.*, in *Notariato*, 2006.
- ❖ ROETHEL A., *Law of succession and Testamentary freedom in Germany*, in M. Andersen, E.A. Amayuelas, *The Law of succession. Testamentary Freedom*, European Law Publishing, 2011.
- ❖ ROPPO V., *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.* 1997.
- ❖ ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2001.
- ❖ SANTORO PASSARELLI F., *Validità della donazione di usufrutto cum praemoriar*, in *Foro it.* 1950.
- ❖ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983.
- ❖ SICLARI R. *La riforma mancata del patto di famiglia: occasione persa o viatico per una più attenta riflessione?*, in *Riv. not.*, fasc.1, 2012.
- ❖ SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza, Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.
- ❖ SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- ❖ STELLA RICHTER M. Jr., *“Trasferimento del controllo” e rapporti tra soci*, Milano 1996.
- ❖ STELLA RICHTER M. Jr., *Il «patto di impresa» nella successione nei beni produttivi*, *Diritto Privato*, Padova, 1998.
- ❖ TONINELLI, *Esigenze “empiriche” di revisione del “sacro dogma” del divieto di patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, pp. 201 sgg.

- ❖ TORRENTE A., *Variazioni sul tema della donazione “mortis causa”*, in *Foro it.*, 1956.
- ❖ TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970.
- ❖ VENDITTI A., *L'erede del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obbligazioni*, vol. I, 1953
- ❖ VIGNALE E. M., *Il patto successorio, la “donatio mortis causa” e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. e Giur.*, 1962
- ❖ VITUCCI P. , *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.* 2006.
- ❖ ZOPPINI A., *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Dir. Priv.*, Padova, 1998.
- ❖ ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie “in forma indiretta”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.
- ❖ ZOPPINI A., *Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, (nota a margine della teoria dei beni), in *Riv. dir. civ.*, 2000.
- ❖ ZOPPINI A., *Le successioni in diritto comparato*, in *Aa. Vv.*, *Trattato di diritto comparato*, a cura di Sacco, Torino, 2002.
- ❖ ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006.
- ❖ ZOPPINI A., *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il Sole 24 ore*, 3 febbraio 2006.
- ❖ ZUDDAS, *I limiti alla trasferibilità delle azioni nella pratica statutaria*, in *Riv. soc.* 1967.