



GIULIANO ZANCHI

*Ricercatore di Diritto privato - Università Ca' Foscari Venezia***PERCORSI DEL DIRITTO EREDITARIO ATTUALE E PROSPETTIVE DI RIFORMA****DEL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI.**

Sommario: 1. La presunta crisi del diritto successorio. – 2. Le ragioni dell'inattualità delle regole successorie. – 3. L'obsolescenza del diritto ereditario quale causa, e non effetto, della marginalizzazione dei meccanismi successori. - 4. Autonomia, solidarietà e funzione della circolazione generazionale della ricchezza. - 5. I patti successori: ragioni e fondamenti del divieto. - 6. Ragioni per il ripensamento del divieto dei patti dispositivo e rinunciativo. - 7. La non contrastanza dei patti successori istitutivi con i principi fondativi del sistema. - 8. Ragioni per il superamento del divieto dei patti successori istitutivi. - 9. *Segue*: le sollecitazioni provenienti dalla comparazione tra ordinamenti e dal diritto dell'Unione Europea. - 10. Modificazione o abrogazione dell'art. 458 cod. civ.?

1. Ha una certa ricorrenza l'affermazione secondo la quale il diritto successorio sarebbe entrato in crisi, scoprendosi ormai "irrilevante" nelle dinamiche circolatorie correnti se misurato con altri circuiti di distribuzione della ricchezza, in particolare il contratto¹. La successione per causa di morte, regolata nel Libro Secondo del Codice Civile, non riuscirebbe più a veicolare le risorse attraverso le generazioni, relegando il diritto ereditario ad un ruolo vieppiù marginale in ragione dell'inattualità della massima parte dei suoi meccanismi.

L'affermazione non è del tutto condivisibile. Che vi sia un declino di alcuni istituti del diritto successorio è fuor di dubbio; ma estendendo indiscriminatamente all'intero sistema successorio il giudizio critico si restituisce un'immagine distorta del rapporto che corre tra il

¹ L'opinione si fa risalire a S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, 1971, 13 ss. da cui è tratto l'aggettivo citato. Denuncia negli stessi anni lo iato tra la disciplina successoria italiana e le trasformazioni sociali in essere già a quel tempo V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Edizioni di Comunità, 1972. Cfr., in tempi più recenti, anche M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Jovene, 2008. In senso parzialmente difforme L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Cedam, 2008, 1 ss. Si è anche evidenziato che in corrispondenza dell'ascesa della classe media e quindi di una maggiore diffusione del benessere a ceti sociali che prima non erano in grado di accumulare ricchezza da trasmettere alle più giovani generazioni si è ampliato lo spettro di soggetti in condizione di elaborare un programma successorio. In tal senso, P. SCHLESINGER, *Successioni (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, XVIII, UTET, 1972, 748 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, t. 1, Giuffrè, 1999, 11, nota 22; G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009, 42; ID., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, I, 2000, 795 in cui l'Autore critica la posizione espressa da S. Rodotà.



diritto vivente e la disciplina di diritto positivo². Una diagnosi attenta dello stato di salute del sistema normativo può aiutare ad elaborare un'ipotesi diversa.

Indubbiamente il diritto ereditario italiano mostra il peso degli anni. Il legislatore è stato incapace di adeguarlo all'evoluzione delle relazioni sociali ed economiche nel corso dei decenni successivi all'emanazione del Codice Civile vigente. Esso è rimasto 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, mantenendo sostanzialmente inalterata l'originale tessitura normativa³.

La dottrina ha invocato a più riprese l'introduzione di riforme per colmare la distanza tra la disciplina normativa e la realtà sociale e dei traffici⁴, testimoniata da un fenomeno di "fuga" della prassi verso meccanismi atipici di circolazione della ricchezza tra privati⁵, non sempre del tutto adeguati allo scopo. Il legislatore non ha tuttavia voluto o saputo raccolto queste sollecitazioni, o meglio, le ha raccolte solo in parte e con risultati largamente insoddisfacenti⁶.

La riluttanza ad intervenire in questa materia ha matrici differenti che è utile analizzare, sia pure per linee generali, al fine di comprendere quali siano le ragioni per le quali il diritto ereditario abbia subito un processo di progressiva marginalizzazione nell'agenda dei lavori

2 V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 6 ss. sostiene che il diritto successorio non sia affatto in declino, invitando a prestare attenzione al diritto vivente e non solo ai meccanismi successori tipici previsti dal Libro secondo del Codice Civile.

3 È di facile constatazione che il Libro Secondo del Codice Civile è stato oggetto di minimi interventi da parte del legislatore successivamente all'entrata in vigore del Codice, specie se lo si compara con gli interventi legislativi effettuati sugli altri Libri del Codice. Oltre agli adeguamenti resisi necessari in conseguenza della caduta del regime fascista (d.r.l. n. 25/1944 e d. leg. lgt. n. 287/1944), e successivamente con la riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975), altre novelle legislative hanno interessato solo marginalmente o di riflesso il diritto successorio (a titolo di esempio si pensi agli adattamenti collegati alle riforme via via succedutesi in materia di filiazione – dalla l. 184/1983 fino alla l. 219/2012). Solo due recenti interventi si segnalano come significativamente innovativi dell'originario ordito del Libro Secondo: la riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ. (art. 2, comma 4-*novies*, lett. a, d.l. n. 35/2005, conv. in l. n. 80/2005, e art. 3 l. n. 263/2005) e l'introduzione degli artt. da 768-*bis* a 768-*octies* cod. civ. recanti la disciplina del patto di famiglia (nuovo Capo V-bis al Titolo III relativo alla divisione ereditaria).

4 Cfr. P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, 1942 ss.; G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, diretto da G. Bonilini, Giuffrè, III, 2009, 279 ss.

5 A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie « in forma indiretta »*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, 1998, 919 ss. S. TEODORA MASUCCI, *Le successioni mortis causa in generale*, in *Diritto Civile* diretto da N. Lipari e Rescigno, Giuffrè, II, 2009, 7. Cfr. però *contra* P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, 1995, 5; A LISERRE, «*Quid novi*» in tema di successioni mortis causa?, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1997, 13. Mette in luce l'inadeguatezza delle principali alternative elaborate dalla prassi L. CAROTA, *Il contratto*, cit., 15 ss.

6 Il riferimento va naturalmente al patto di famiglia, che – introdotto con il dichiarato intento di fornire uno strumento pattizio di programmazione successoria di beni produttivi più moderno e aderente alle esigenze dell'impresa rispetto al testamento - ha dato prova della sua incapacità di intercettare l'interesse degli operatori del mercato, come risulta dalla sua scarsissima ricorrenza nella prassi notarile. Sul punto si tornerà *infra*.



parlamentari e se tale processo abbia prodotto o meno un'irreversibile regressione dei congegni successivi in sé e per sé considerati.

2. Il diritto successorio storicamente manifesta una complessità che pochi altri settori del diritto privato esprimono⁷. Per essere il diritto deputato a regolare le conseguenze giuridiche dell'ineluttabile fine dell'esistenza di ogni individuo, in esso trova ospitalità la tutela di valori fondamentali della persona, ma sono anche riconosciuti e rispettati i modelli organizzativi fondamentali della comunità⁸. La morte di un individuo non priva semplicemente di titolarità una fascia di situazioni giuridiche soggettive a questi facenti capo⁹, ma provoca conseguenze relazionali sul consorzio familiare a cui l'individuo apparteneva. Il diritto si trova così a contemperare la dimensione individuale della vicenda successoria con quella familiare, dosando con prudenza spazi di autonomia e margini di tutela della solidarietà familiare. In ciò, la disciplina del fenomeno successorio si incrocia con la regolazione dei principali rapporti di diritto privato, dalla proprietà alla famiglia, dal contratto ai diritti reali, e anche oltre le relazioni interprivate fino ai rapporti di diritto pubblico. Ogni rapporto giuridico, patrimoniale e non patrimoniale, privato e pubblico, viene travolto dall'evento della morte e il diritto successorio è chiamato a decidere della sorte dei rapporti facenti capo al soggetto deceduto, ora per ritenerli esauriti ora per metterli a disposizione di nuovi potenziali titolari.

Questa forte caratterizzazione sistemica spiega la ragione per la quale il diritto successorio costituisce un segmento normativo tendenzialmente statico, innervato com'è sulla tradizione e sui valori che esprime la società di riferimento. Per queste stesse ragioni, esso manifesta anche le maggiori resistenze all'innovazione legislativa, cedendo spesso alla tentazione di rinchiudersi a difesa di un diritto positivo reputato sostanzialmente intoccabile perché espressione di valori dichiaratamente irrinunciabili.

7 Non è occasionale la circostanza che studiosi sensibili alla comparazione si siano occupati di investigare i connotati essenziali del diritto successorio, giacché nel loro insieme essi esprimono il carattere di un sistema giuridico nazionale. Cfr. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, UTET, 2002, 2 ss.; ID., *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 185 ss.; P. FRANZINA, A. LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2013, 279 ss.

8 Verrebbe quasi da rovesciare il senso della nota affermazione di A. DE TOCQUEVILLE nel suo *De la Démocratie en Amérique*, Parigi, II, 1840, 76 in base alla quale "Il diritto delle successioni appartiene al diritto civile, ma dovrebbe essere collocato in cima a tutte le istituzioni politiche, perché esso influenza significativamente lo stato sociale dei popoli di cui le istituzioni politiche sono espressione", nel senso che è invece il diritto delle successioni a riflettere lo stato sociale (nel senso in cui lo intendeva l'Autore nel passaggio menzionato).

9 A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in S. Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Cedam, 2007, 6 ss.



Alla staticità intrinseca delle regole successorie, si è aggiunto il fatto che il legislatore italiano, e ancor prima quello europeo, negli ultimi decenni si è occupato dei rapporti interprivati quasi esclusivamente nel prisma del contratto. L'attenzione crescente alle dinamiche del mercato concorrenziale ha determinato l'affidamento al contratto del ruolo di strumento elettivo di regolazione dei suoi assetti in ragione della flessibilità ed adattabilità ai più svariati contenuti del congegno contrattuale, della sua neutralità valoriale, in ultima analisi della sua piena aderenza alle logiche individualistiche del mercato contemporaneo. Il contratto ha conquistato territori che un tempo gli erano preclusi¹⁰ o in riferimento ai quali la legge ha previsto forme diverse di realizzazione degli interessi degli individui, quali sono tipicamente quelli del diritto delle successioni¹¹. La disattenzione del legislatore per il diritto successorio è proceduta di pari passo con un certo disinteresse della prassi, che ha progressivamente sviluppato circuiti alternativi al testamento, di matrice proprio contrattuale, per raggiungere i medesimi obiettivi del testamento (ed altri ancora, che l'atto unilaterale tipico *mortis causa* non è in grado di perseguire) in relazione agli spostamenti più consistenti di ricchezza tra le generazioni¹².

In linea generale si può riconoscere che l'accento paternalistico del diritto ereditario intercetti interessi ed esigenze meno avvertite oggi rispetto al passato, e l'elevato grado di astrazione dei meccanismi successori appaia eccessivo in un mercato dei diritti a contenuto patrimoniale in cui la speditezza e l'efficienza dei sistemi di circolazione della ricchezza assurgono a criterio di misurazione delle preferenze accordate dagli interessati ad uno strumento piuttosto che ad un altro.

10 Dai rapporti tra privati e pubblici poteri alle relazioni non patrimoniali tra coniugi. Interessanti indicazioni si possono leggere, con particolare riferimento al rapporto tra contratto e famiglia, in G. OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regola contrattuali ad esso applicabili*, in *Fam. dir.*, 1999, 601 ss.; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Giappichelli, 2005, *passim*; S. PATTI, *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 197 ss.; M.R. MARELLA, *The old and the new limits of freedom of contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, 257 ss.; ID., *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in giusristeditalia.files.wordpress.com/2010/11/marella.pdf; M.N. BUGETTI, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 519 ss.

11 In realtà il contratto non è di per sé estraneo o incompatibile con il fenomeno successorio in generale, né con la sua disciplina legale. Anche prima della recente introduzione del patto di famiglia, i contatti tra contratto e successioni erano plurimi e di varia natura: a solo titolo di esempio si pensi al contratto divisionale, o alla vendita di eredità, o ancora agli strumenti contrattuali di amministrazione dei beni dell'eredità giacente. Un'antinomia tra contratto e successioni si produce esclusivamente sul piano dell'istituzione ereditaria, ovvero quando il contratto pretenda di avere ad oggetto una eredità futura e determini un'attribuzione *mortis causa*. Sui vari rapporti tra contratto e successioni si rinvia a C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del Contratto* a cura di V. Roppo, VI, Giuffrè, 2006, 405 ss.; F. PENE VIDARI, *Successione legittima e necessaria*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, UTET, 2009, 106 ss. In prospettiva storica cfr. A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, 1995, 17 ss.

12 "I ricchi muoiono poveri" è l'efficace espressione utilizzata a tale proposito da G. Marini. L'affermazione è citata da M. IEVA, *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. not.*, I, 2005, 938.



Vi sono anche più specifiche ragioni che palesano la disaffezione della prassi per i meccanismi tipici del diritto ereditario italiano.

Pesa anzitutto un fattore demografico. Secondo l'*id quod plerumque accidit*, non è più vero che il fenomeno successorio svolga oggi ancora una delle sue funzioni più antiche e socialmente caratterizzanti, ovvero la trasmissione ai figli del patrimonio familiare. Le assegnazioni per via ereditaria assicuravano un tempo alla successiva generazione quanto necessario per sostenere la nascente vita familiare, proprio quando le risorse individuali dei giovani coniugi sono ancora limitate o del tutto assenti¹³. Tuttavia, oggi, il prolungamento della vita media delle persone ha esteso l'esistenza individuale dei genitori ben oltre la giovinezza dei figli, con la conseguenza che all'apertura della successione le attribuzioni dei beni residui nel patrimonio del *de cuius* vengono messe a disposizione quando la generazione immediatamente successiva ha per lo più già affrontato gli iniziali difficili passaggi della vita adulta. Il sostegno economico che un tempo veniva assicurato con l'eredità oggi è garantito prima del decesso dei genitori attraverso donazioni, anche indirette¹⁴; il momento della solidarietà intergenerazionale si anticipa dunque ad una fase pre-successoria. Avendo perduto il diritto ereditario questa sua funzione originaria, l'intera impostazione dell'ordine dei successibili, nonché il novero stesso dei legittimari, appaiono oggi inadeguati rispetto all'estensione della vita biologica del disponente e al salto generazionale che essa ha comportato rispetto al passato¹⁵.

Peraltro, sempre rispetto all'epoca della compilazione del codice civile, è profondamente mutato il ruolo familiare e sociale della donna, la quale non si trova più relegata alle mere

13 È peraltro in questa direzione che vanno lette le regole che nel corso dei secoli passati hanno limitato questo beneficio ad alcuni, quando non a un solo, dei figli (nella nostra tradizione europea, il primogenito maschio): la distribuzione delle risorse familiari tra tutti i figli ne avrebbe infatti pericolosamente disperso la consistenza e la polverizzazione del patrimonio familiare non avrebbe consentito a nessuno dei successori di potervi fare affidamento per dar vita ad un nuovo nucleo familiare e continuare la casata. Spunti interessanti a proposito delle regole successorie nelle più risalenti testimonianze di organizzazioni politico-sociali cfr. H.S. MAINE, *Ancient Law*, Londra, 1930; A. S. DIAMOND, *Primitive Law*, London, 1935.

14 Naturalmente, le liberalità ricevute dal genitore dovranno poi essere tenute in considerazione in sede di attribuzione delle quote successorie e quindi di distribuzione dell'eventuale *relictum* dopo l'apertura della successione dei genitori; ma con tutta evidenza non è più la successione di per sé ad assolvere alla funzione di sostegno economico ai discendenti di prima generazione. Svolgono riflessioni sulla rilevanza della questione demografica e sul "salto" generazionale nella fenomenologia successoria D. LEIPOLD, *Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1980, 185 ss.; AA. VV., *Wills, inheritance and families*, OUP, 1996, 6 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato (note introduttive)*, in G. Alpa (a cura di), *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, 2004, 320; F. PENE VIDARI, *La successione*, cit., 5 ss.

15 Si producono semmai le condizioni per sostenere la seconda generazione di discendenti, secondo la "generation skipping rule", di cui dà conto F. PENE VIDARI, *La successione*, cit., 90 ss. *De iure condito*, la seconda generazione riceve un trattamento peggiore rispetto alla generazione che la precede, sia rispetto alla tutela della legittima, dalla quale i discendenti di secondo grado sono esclusi, sia in relazione all'ordine di successione legittima, ove sono in posizione secondaria rispetto ai figli del *de cuius*, sebbene con la disciplina della rappresentazione la seconda generazione in linea retta recupera considerazione da parte del Codice Civile, anche se collegata alla rinuncia o comunque all'impossibilità di accettare del genitore.



funzioni materne e domestiche, ma integrata nel mondo del lavoro, anche autonomo e professionale, oltre che imprenditoriale. La donna dispone, al pari dell'uomo, di un proprio patrimonio autonomo che è in grado di alimentare autonomamente con il lavoro. Diventano allora meno attuali i dispositivi di protezione degli interessi della donna coniugata assicurati dalla disciplina successoria in caso di premorte del marito¹⁶.

Infine, la centralità, unicità ed indissolubilità della famiglia legittima ha lasciato il posto ad una molteplicità di famiglie¹⁷ o, se si preferisce, di relazioni affettive stabili, concorrenti con la famiglia fondata sul matrimonio¹⁸; essa, per parte sua, ha nel frattempo perduto il carattere di indissolubilità “civile” con l'introduzione della legge sul divorzio. Ancora una volta le evoluzioni sociali hanno determinato l'inattualità di norme elaborate per sostenere e promuovere il modello di consorzio familiare dell'unione monogamica eterosessuale formalizzata nel matrimonio. La dimensione plurale delle organizzazioni familiari odierne chiede al legislatore di considerare e sostenere scelte di convivenza diverse da quella del matrimonio e fa apparire sempre più discutibile l'esclusività della tutela accordata alla famiglia legittima. Se sul piano della filiazione il nostro legislatore ha saputo attuare progressivamente una piena equiparazione tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori del matrimonio anche sul versante successorio¹⁹, non altrettanto può

16 Vanno considerate non solo la quota di riserva in concorrenza con i figli de *de cuius* sull'ordine di preferenza dei successibili, ma anche ulteriori previsioni quali l'usufrutto dell'abitazione familiare al coniuge superstite nel caso in cui il proprietario fosse il defunto (540, comma 2, cod. civ.); usufrutto che grava, giova ricordarlo, sulla porzione disponibile del patrimonio del disponente, che, se insufficiente, verrà a limitare *de residuo* la quota di legittima spettante ai figli. Sebbene siffatte disposizioni considerino il coniuge *tout court*, e quindi si possa indifferentemente applicare al marito tanto quanto alla moglie, è indubbio che tali previsioni abbiano avuto quale precipuo referente storico la donna coniugata, in ragione della situazione di fatto più ricorrente del marito proprietario della casa familiare in uno con la maggiore longevità media delle donne rispetto agli uomini.

17 Il dibattito sulla pluralità dei modelli familiari ha sviluppato una letteratura consistente. Senza alcuna pretesa di completezza si segnalano tra i contributi più recenti e con attenzione alla dimensione europea della nozione di famiglia F. GRILLINI, M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Jovene, 2001; P. RESCIGNO, *Considerazioni in tema di diritto della famiglia e successorio*, in AA.VV., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, XXXIX Congresso Nazionale del Notariato, Giuffrè, 2002; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 97 ss.; S. BARIATTI, C. RICCI, L. TOMASI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, 2007; S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, 2008; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in De Cesari (a cura di), *Persona e famiglia*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea* diretto da G. Ajani, G.A. Benacchio, Giappichelli, 2008, 349 ss.; D. AMRAM, A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, 2011; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7 ss.

18 Sul rapporto tra famiglia e successioni nel diritto contemporaneo cfr. di recente S. STEFANELLI, *Famiglia e successioni tra eguaglianza e solidarietà*, in *Vita not.*, 2012, 475 ss.;

19 Il processo di equiparazione ha trovato il suo culmine con la promulgazione della l. 10 dicembre 2012, n. 219 («Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»). In tema cfr. C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.; A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 245 ss.; F. DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, in *Corr. giur.*, 2013, 545 ss.; R. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, 201 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525 ss.; M. SESTA,



dirsi con riguardo alle relazioni tra conviventi *more uxorio*, specialmente riguardo alla quota di riserva e all'usufrutto della casa familiare (art. 540, comma 2, cod. civ.), ai quali il mero convivente non è ammesso, alla partecipazione, pure negata, all'eventuale azienda familiare, e ad alcune rilevanti ipotesi di c.d. successioni anomale legali come la successione nel trattamento di fine rapporto (art. 2122 cod. civ.), anch'esse precluse al convivente superstite non coniugato.

Altro fattore di diffidenza per i meccanismi ereditari 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. Sul piano della funzione attributiva, la proprietà privata non è più criterio e misura di organizzazione gerarchica della società e di replicazione degli *status* individuali e di gruppo. La proprietà è divenuta un mezzo di diffusione orizzontale della ricchezza nel mercato ed il principale veicolo di omogeneizzazione sociale²⁰. Il dogma dell'unicità del patrimonio, elaborato al tempo della codificazione napoleonica quale connotato necessario dell'unicità della personalità giuridica (*“le patrimoine est, en principe, un et indivisible, comme la personnalité meme”*²¹), si è andato confrontando con il moltiplicarsi di discipline che ne hanno messo in discussione il fondamento²², definendo pluralità di patrimoni autonomi e corrispondenti autonomi statuti di responsabilità patrimoniale, dai patrimoni separati agli atti di destinazione, fino al *trust*.²³

I beni, a loro volta, hanno subito un processo evolutivo radicale rispetto alla loro configurazione all'epoca della redazione del Codice Civile e delle regole successorie in esso contenute. Si è assistito al passaggio da un'economia di accumulo ad un'economia di scambio, e quindi allo spostamento dei valori economicamente rilevanti dalla proprietà di beni e mezzi produttivi alla capacità di produrre reddito (da lavoro, professionale o d'impresa), nonché al sorgere di nuove forme di ricchezza²⁴. Lo scenario in cui questi valori economici acquistano rilevanza è naturalmente il mercato, e protagonista ne è il contratto con una pluralità di ruoli; non solo *“quello di definire il paradigma dello scambio, ma [...] altresì quello di creare beni di*

L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari, in *Fam. dir.*, 2013, 231 ss.

²⁰ Per un approccio singolare al tema degli *status* che, in relazione alle nuove configurazioni nei rapporti tra soggetto, proprietà e Stato, esigono nuove forme di tutela C. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, 733 ss

²¹ G. AUBRY, G. RAU, *Cours de droit civile français*, 4° ed., Parigi, 1873, 336.

²² Sul superamento del nesso tra personalità e patrimonio si rinvia in particolare a L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato. Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Giuffrè, 1998, 534 ss.; ID., *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 280 ss.

²³ Per una panoramica su questi temi cfr. G. DORIA (a cura di), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Giappichelli, 2010.

²⁴ Per fare solo qualche esempio, si pensi all'informazione commerciale, al *know how*, alla conoscenza scientifica, all'attività organizzata: tutti intesi come valori economicamente rilevanti *ex se*. Per una precursione di questi temi, con particolare riguardo al rapporto tra capacità imprenditoriale e aumento marginale del valore dell'impresa ad opera dell'attività imprenditoriale, R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e sui nuovi orizzonti del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1956, 181 ss.



secondo grado, definendo modalità di selezione nel godimento dei beni”²⁵. Questa nuova tipologia di ricchezza non è facilmente riconducibile al concetto di bene giuridico, ma ciononostante chiede di essere “reificata”, sia per essere ammessa alle forme di tutela tipiche dello statuto proprietario, sia per essere fatta circolare più agevolmente nel mercato, anche per via successoria²⁶.

Ebbene: il modello proprietario classico e le forme di ricchezza tradizionali hanno perso in gran parte la capacità di definire forme di appropriazione e processi circolatori adeguati a queste nuove proprietà²⁷. Anche il congegno successorio di conservazione endo-familiare della ricchezza e di replicazione degli assetti proprietari lungo le generazioni della stessa stirpe appare molto distante dalle dinamiche richieste per la circolazione della “nuova” ricchezza²⁸. Peraltro, sul piano tecnico-normativo, le norme del Libro Secondo del Codice Civile sono prevalentemente configurate per assecondare la trasmissione di ricchezza immobiliare²⁹ e non tanto di quella mobiliare-finanziaria di cui è oggi prevalentemente costituito il patrimonio familiare³⁰, ponendo

25 F. GALGANO, *Le istituzioni della società postindustriale*, in F. Galgano, S. Cassese, G. Tremonti e T. Treu, *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazioni*, Il Mulino, 1993, 13 ss.

26 Tra i contributi essenziali della teoria dei beni e sulla diversificazione semantica della nozione di proprietà, in generale G. PUGLIESE, *Dalle « res incorporales » del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1137 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, 1982; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 1990, 36 ss.; G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI E G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, FrancoAngeli, 1991; A. JANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà ed impresa nel codice del 1942*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, 17 ss.; P. RESCIGNO, *Gli interessi e il diritto: qualificazione e tutela*, in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato (1988-1999)*, Cedam, 1999; A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2000, 185 ss.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, 2013. Nella letteratura straniera, di particolare interesse i contributi raccolti in AA.VV., *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisième Journées René Savatier, PUF, 1991, 155 ss.

27 La declinazione al plurale della nozione di proprietà rinvia al celebre contributo di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*, in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Giuffrè, 1964, 150 ss., ma assume oggi in dottrina un significato diverso, come avverte A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà*, cit., 191 ss. Cfr. anche M. MARTINO, *Le « nuove proprietà »*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009, 355 ss.

28 S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 520 ss.

29 In prospettiva comparatistica cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Nuove frontiere della successione necessaria*, Giappichelli, 2008, 83 ss. Il legislatore non sembra rendersene conto appieno, poiché anche nel recente intervento di riforma sugli artt. 561 e 563 cod. civ., orientato proprio ad agevolare la circolazione dei beni nel mercato (di provenienza donativa) provando a ridurre i rischi di coinvolgimento in un'azione di riduzione, si è occupato esclusivamente di intervenire nella trasmissione ereditaria di beni immobili. La stessa ricchezza immobiliare, invece, tende ad essere trasformata in ricchezza mobiliare. Si pensi al fenomeno diffuso delle società immobiliari in cui vengano fatti confluire i beni immobili, i quali circolano e vengono divisi tra eredi non direttamente ma indirettamente tramite la cessione, eventualmente pro quota, delle partecipazioni sociali. In generale sul fenomeno della mobilitazione della ricchezza e con attenzione ai fenomeni successori cfr. J. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Il Mulino, 1981; A. PRETTO, *Strumenti finanziari. La nuova proprietà*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2000, 669 ss.

30 Hanno riscosso un certo interesse a proposito della trasformazione della composizione dei patrimoni familiari le riflessioni di J.H. LANGBEIN, *The Twentieth-Century revolution in family wealth transmission*, in *Michigan Law Review*, 1988, 742 ss. Esprime invece l'idea che gli assetti patrimoniali prevalenti nella



seri problemi di adeguatezza della disciplina vigente alla trasmissione a causa di morte di valori patrimoniali di “ultima generazione”³¹.

La molteplicità delle forme di ricchezza patrimoniale mette anche in discussione la tenuta del principio di unità della successione³². La molteplicità delle relazioni tra soggetti e beni, richiede percorsi di trasmissione differenziati, flessibili, in grado di fornire soluzioni diverse in ragione della diversa natura dei beni da trasmettere e delle qualità personali degli aventi causa. Ed invece, come l'insegnamento tradizionale ci consegna, il dogma dell'unità della successione incide severamente sulla capacità del diritto successorio di distinguere la circolazione dei valori di nuova generazione. Laddove infatti non si provveda con testamento, la legge assegna l'insieme delle relazioni patrimoniali, nella totalità delle sue componenti attive e passive, ad un continuatore in base ad una serrata *consecutio*: unica vicenda successoria, unica regolazione, unico destinatario³³, senza che possa venire in rilievo ciò che concretamente cade in successione.

successione familiare della ricchezza siano di natura immobiliare P. SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, 131.

31 Vi è un autorevole dottrina che ritiene non incompatibili le norme sulla successione *mortis causa* con la regolazione della trasmissione dei nuovi beni, come anche di alcune situazioni giuridiche di diritto pubblico o del possesso, ed anche diritti della personalità: A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà*, cit., 213 ss. L'Autore trae le sue conclusioni procedendo sia da alcuni indici normativi - anche codicistici (come nel caso dell'art. 1146 cod. civ. sulla successione nel possesso), sia dall'esperienza giurisprudenziale e dalle riflessioni dottrinali straniere (ma anche dalla giurisprudenza italiana, come nel caso di Cass., 18 giugno 1981, n. 4009, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 702, sulla collazione dell'avviamento commerciale). In generale sui problemi legati alla definizione dell'oggetto della trasmissione ereditaria, ma con riguardo ai diritti non patrimoniali si rinvia a A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Cedam, 1988.

32 Il principio dell'unità della successione non trova addentellati nel diritto positivo. Esso deriva dalla tradizione romanistica (*hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* - D. 50, 17, 62, Iulianus) ed è transitato nel nostro codice attraverso il Code Civil che conteneva all'art. 732, oggi modificato, una previsione espressa di divieto generale di diversificazione della successione in base alla natura e all'origine dei beni (*La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession*). Il nostro Codice Civile intenzionalmente non ha riprodotto questa norma (cfr., in relazione al Codice del 1865, la *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del codice civile*, in Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia, 1866, 309) anche se il principio in essa contenuto è stato comunque assorbito nella disciplina successoria dal momento che - salvo alcuni casi di vocazioni c.d. anomale - il sistema successorio rispecchia ancora oggi il vecchio dogma francese dell'unità. Sul tema cfr. G. DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1979, 509; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Jovene, 1974, 175 ss.; A. ZACCARIA, *Diritti*, cit., 3 ss.. In prospettiva storica cfr. E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, 1961, 71 ss.. Sull'influsso che l'idea dell'unità ed universalità della successione ha esercitato nella definizione delle regole di conflitto in materia successoria nel nostro diritto internazionale privato ed in particolare nella definizione dell'art. 46 della l. n. 218/1995 cfr. M DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* diretto da P. Rescigno, Cedam, 2011, 726; F. TROMBETTA PANIGADI, *La successione mortis causa nel diritto internazionale privato*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, V, Giuffrè, 2009, 212 ss.

33 È solo il caso di ricordare che, secondo l'insegnamento tradizionale, l'ultimo segmento di questa *consecutio* non muta il suo carattere unitario quando la legge chiami all'eredità più successibili, dal momento che i plurimi chiamati che accettino subentrano in una quota ideale di comproprietà della massa ereditaria del *de cuius*. Sul punto per tutti cfr. R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 611 ss.



Esistono certo eccezioni legali al principio di unità (ad esempio la successione nel contratto di locazione, o la successione nell'indennità di fine rapporto di lavoro subordinato, o ancora la riserva del diritto di abitazione nella casa familiare assicurata al coniuge superstite), ma esse non scalfiscono il principio, il quale resta canone fondamentale nell'attribuzione ereditaria³⁴.

3. Il rapido *excursus* sulle matrici dell'inattualità della disciplina successoria evidenzia che i profili di arretratezza dei suoi meccanismi investono direttamente i due pilastri sui quali ogni sistema successorio è fondato, ossia famiglia e proprietà³⁵. Sicché è legittimo domandarsi se la denunciata "crisi" delle successioni a causa di morte vada riferita (radicalmente) all'obsolescenza del fenomeno successorio in quanto tale o (più semplicemente) all'incapacità del diritto positivo di regolare in modo soddisfacente il fenomeno del subentro generazionale come attualmente si prospetta nel nostro ordinamento. I due termini del quesito - fenomeno successorio da un lato, sistema positivo dall'altro - sono ovviamente connessi, ma è importante distinguere tra cause ed effetti dell'inattualità; ciò che invece non emerge in modo univoco esaminando la pur copiosa letteratura in materia.

Nella prima ipotesi, la disciplina legale tipica del diritto ereditario sarebbe destinata irrimediabilmente ad essere ancor più marginalizzata dal contratto e dal diritto societario, finendo per diventare un diritto di applicazione residuale. Verrebbe data ragione in tal caso alla preferenza che il legislatore ha accordato ad altri circuiti di trasmissione della ricchezza, giacché occuparsi di ammodernare una disciplina ormai marginalizzata costituirebbe un'inutile sforzo. Nella seconda ipotesi, al contrario, si dovrebbe riconoscere una specificità al diritto successorio non altrimenti replicabile attraverso formule diverse di trasmissione della ricchezza tra le generazioni. In tale evenienza si dovrebbe risvegliare l'attenzione del legislatore, chiamato ad intervenire per

34 In tal senso da ultimo A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, Giappichelli, 2012, 18, ma già L. MENGONI, *Successioni*, cit., p 103 ss. La difficoltà a trovare spazi di autonomia nel sistema successorio per differenziare il destino *post mortem* dei valori patrimoniali in ragione della loro origine o qualità e della qualità dei beneficiari, assume tinte particolarmente preoccupanti quando si tratti di valori inerenti ad un'attività produttiva, anche in ragione della necessità avvertita particolarmente dal mondo imprenditoriale di non gestire il fenomeno successorio solo in termini di subentro in un diritto dominicale, bensì anche come trasmissione di poteri gestori ed amministrativi che non (necessariamente) transitano assieme alla quota sociale o all'azienda o al ramo d'azienda. Per di più, l'alternativa testamentaria alla successione legittima è anch'essa inadatta a provvedere ad una circolazione efficiente di questa categoria di beni, come segnala la prassi, mentre la delazione contrattuale è vietata e l'esperienza del patto di famiglia si è rivelata fallimentare. Sulle peculiarità delle successioni nell'impresa cfr. A. BORTOLUZZI, *Successione nell'impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento, 2003, 871 ss.

35 Sul riconoscimento di questo doppio fondamento del diritto successorio per tutti P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 1 ss. e da ultimo ID., *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* diretto da P. Rescigno, Giuffrè, 2010, 3 ss. Accentua invece la proprietà come principale fondamento politico-istituzionale della successione *mortis causa*, anche in ragione della collocazione costituzionale della disposizione che se ne occupa L. MENGONI, *Successioni*, cit., 11 ss. Per una prospettiva comparatistica si rinvia a A. ZOPPINI, *Le successioni*, cit., 315 ss.; G. BONILINI, U. CARNEVALI, *Successione (Dir. comp. e str.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Treccani, 1993.



ammodernare il diritto ereditario per restituire alla prassi e al mercato un sistema successorio all'altezza delle esigenze della società contemporanea.

La ricostruzione preferibile è la seconda, sia pure con una doverosa precisazione.

Tralasciando le argomentazioni di sistema sul carattere necessario del diritto successorio che talvolta ricorrono in dottrina e che possono tradire un certo apriorismo logico³⁶, non si fatica a constatare che il diritto successorio non possa essere sostituito dal diritto dei contratti. Valga in primo luogo l'elementare considerazione che sia indispensabile disporre di un insieme di regole che disciplinino il fenomeno successorio in assenza di scelta dell'interessato o quando tale scelta non sia attuabile (ad esempio, perché la consistenza del patrimonio al momento della morte è mutata rispetto a quella considerata nella disposizione *mortis causa*). Quand'anche si prenda in considerazione la pianificazione in previsione della morte, ossia il piano sul quale indubbiamente il diritto successorio subisce la concorrenza del contratto, la funzione svolta dall'atto tipico di autonomia del diritto ereditario, ossia il testamento, non può essere in tutto e per tutto svolta dal contratto: si considerino le disposizioni di ultima volontà a contenuto non patrimoniale che solo per via testamentaria possono essere predisposte. Sul versante patrimoniale, poi, se pur esistono valori che meglio si prestano ad una circolazione negoziata, e di fatto circolano già attraverso contratti, sia pure non a causa successoria, è doveroso riconoscere al testamento assoluta vitalità ed attualità tutte le volte in cui la natura del bene non desti perplessità in ordine ad una loro destinazione successoria decisa unilateralmente dal disponente. Il testamento offre un modello di pianificazione successoria, solitaria e revocabile, anziché condivisa e vincolante, che conserva una primaria valenza nell'immaginario e nella pratica sociale corrente³⁷.

Come si accennava in precedenza, però, una precisazione deve essere effettuata circa l'adesione alla tesi della "crisi" successoria come crisi normativa, e riguarda la trasmissione del patrimonio imprenditoriale, in particolare quando l'impresa ha forma societaria³⁸. In questo

36 Va tuttavia segnalata, per la profonda e ragionata prospettiva critica da cui muove, l'opinione di G. MAZZELLA, *Gli elementi irridutibili dei sistemi giuridici*, Catania, 1918-20 in base alla quale il diritto delle successioni rientra tra i dieci "elementi irridutibili" di ogni sistema giuridico, sul quale si leggano anche le riflessioni di M.G. LOSANO, *Dagli elementi irridutibili d'ogni diritto al sistema giuridico universale*, in C. FARALLI, A FACCHI (a cura di), *L'etmologia giuridica di Giuseppe Mazza (1868-1958)*, Unicopli, 1988, VII e ss.

37 Talvolta, come è stato acutamente osservato da G. BONILINI, *Le successioni mortis causa e la civilistica italiana. La successione testamentaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1997, 226 ss., la svalutazione del testamento è figlia dell'incapacità della prassi di sfruttare tutte le potenzialità offerte dalle norme del Codice Civile, le quali consentono di modulare con un'ampiezza per certi versi inesplorata le disposizioni successorie, anche generando previsioni che inducano un certo comportamento nel destinatario dell'attribuzione, specie attraverso un uso accorto della clausola condizionale. È altrettanto vero, però, che nel diritto successorio vi siano istituti di scarsissima frequentazione della prassi, non solo in tempi recenti e non solo per via della loro complicatezza: dalla liquidazione concorsuale dell'eredità beneficiata ai testamenti speciali, fino alle disposizioni in favore dell'anima.

38 Sul tema la dottrina si è soffermata a lungo. Tra i principali contributi, oltre a quelli già in precedenza citati, cfr. L. CALVOSA, *Divieto dei patti successori e clausole di riscatto di azioni*, in AA. VV., *La*



ambito si deve riconoscere che il diritto societario abbia effettivamente sottratto al diritto successorio la regolazione della trasmissione della ricchezza dei patrimoni imprenditoriali, al di là degli orientamenti della prassi. L'enucleazione della successione nell'impresa dal diritto successorio in favore del diritto societario è avvenuta con la riforma del diritto societario del 2003, che consente espressamente all'autonomia statutaria di limitare la circolazione *mortis causa* delle quote sociali in favore dei soci superstiti o comunque col loro gradimento, anche mero, spostando così il fulcro della successione nell'impresa dagli interessi personali e familiari del socio, agli interessi dell'impresa³⁹, come peraltro richiesto in modo esplicito dalla Comunità Europea a partire dalla Raccomandazione della Commissione C.E. del 7 dicembre 1994⁴⁰. La regolazione del passaggio generazionale nell'impresa societaria tende così a spostare l'attenzione della regolazione del subentro dalla tutela degli interessi personali e familiari del socio cedente agli interessi dell'impresa, autonomizzando – per così dire – le sorti della quota di partecipazione societaria da quelle delle restanti componenti del patrimonio personale del socio. Proprio il fatto che il diritto societario realizzi per tale via una forma “anomala” (ulteriore rispetto a quelle espressamente previste nel Libro Secondo e di cui si è fatto rapido cenno in precedenza) di deviazione dal principio di unità della successione, porta a concludere che la regolazione successoria nell'impresa societaria sia stata traghettata dal diritto societario fuori dal perimetro del diritto successorio in senso stretto⁴¹.

trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio, Cedam, 1995, 207 ss.; F. SCAGLIONE, *Successioni anomale e contratto di società*, Quaderni della Rassegna di diritto civile, ESI, 1998; P. REVIGLIONE, *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni sociali tra principi successori e regole societarie*, in *Dir. Priv.* 1998, 1999, 171 ss.; E. VIGANÒ, *Il valore dell'impresa nella successione familiare. Primi appunti*, Cedam, 2005; M. ORLANDI, M. ONORATO, *Successione nell'impresa e nei rapporti societari*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009, 643 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1197 ss.; C.E. PUPO, *Sulla validità della clausola di consolidazione in capo ai soci superstiti della quota del socio defunto di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, II, 1997, 733 ss.; M. D'AURIA, *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. not.*, 2003, 657 ss.; M. TATARANO, *Patti successori e partecipazioni sociali*, ESI, 2004; G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 891 ss.; M. IEVA, *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. not.*, 2003, 1361 ss.

39 Sia consentito il rinvio a G. ZANCHI, *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza e autonomia privata*, Cedam, 2011. Cfr. anche A. BORTOLUZZI, *Successione nell'impresa*, cit., 874; A. BUCELLI, *Interessi nell'impresa e interessi familiari*, in S. delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Cedam, 2007, 273 ss.

40 Pubblicata in G.U.C.E. 31 dicembre 1994, L. 385. I contenuti della Raccomandazione verranno approfonditi *infra*.

41 Il diritto societario prevale dunque, per scelta legislativa, sul diritto successorio quanto alla regolazione delle clausole di predisposizione successoria. Evidentemente, la stretta inerenza delle quote del capitale sociale con le sorti dell'impresa ha fatto prevalere in un certo senso questa relazione rispetto a quella proprietaria individuale. Il differente trattamento giuridico riservato alla successione nelle quote del capitale sociale dal diritto societario e dal diritto ereditario dipende dalle priorità e degli obiettivi della regolazione: mentre il diritto successorio opera come disciplina del subentro nel patrimonio della persona fisica in



La natura dei beni e la peculiare conformazione dell'impresa hanno dunque attuato con riferimento alla successione nell'impresa uno scavalcamento del diritto delle successioni a causa di morte da parte del diritto societario. Ciò non significa che il diritto ereditario sia del tutto irrilevante rispetto alla trasmissione della ricchezza d'impresa: si pone comunque un problema di compatibilità tra meccanismi societari e successori sotto vari profili, come ad esempio per ciò che riguarda il rispetto della riserva di legge in favore dei legittimari e del divieto dei patti successori. Tuttavia la giurisprudenza più recente tende a dare applicazione restrittiva alle norme successorie (in particolare al divieto di cui all'art. 458 cod. civ.⁴²) quando nel subentro generazionale interferiscono atti di autonomia assunti sulla base del diritto societario, garantendo ampi spazi di manovra all'autonomia statutaria e assecondando così il processo di autonomizzazione della successione nell'impresa.

4. In ogni sistema giuridico contemporaneo, il diritto ereditario si compone di un'architettura complessa in cui trovano collocazione norme imperative e norme che esaltano l'autonomia privata. Le prime sono poste a protezione degli interessi familiari operando come limite alla libera disponibilità dei diritti patrimoniali in funzione successoria del singolo componente del nucleo familiare; le seconde, per contro, consentono di individuare per il futuro la migliore allocazione possibile delle proprietà del disponente che residueranno al momento della sua morte, anche in direzioni opposte alla solidarietà familiare.

L'equilibrio tra i due sistemi di valori - famiglia e proprietà - individua il tratto qualificante del singolo sistema successorio e ne attribuisce il carattere distintivo. Ove maggiore sia il vincolo gravante sulla libera autonomia del disponente in funzione solidaristica, tanto più quel diritto

ragione della sua morte, il diritto societario si occupa di preservare la continuità dell'impresa *nonostante* la morte del socio o dell'amministratore. Non secondari, peraltro, alcuni inconvenienti tecnici nell'assoggettamento al diritto successorio dell'avvicendamento generazionale nell'impresa, conseguenza dell'indifferenziazione delle componenti della massa ereditaria che non considera la naturale oscillazione di valore dell'impresa o delle quote sociali. E così può accadere che dal momento della donazione a quello dell'apertura della successione il valore dei beni produttivi donati vari di molto, rendendo problematica l'applicazione di istituti quali collazione e riduzione rispetto ai quali il valore da assegnare al *donatum*, come noto, va computato al momento dell'apertura della successione. Peraltro, proprio le capacità imprenditoriali del donatario possono aver contribuito in modo significativo all'incremento del valore di quanto è stato oggetto di liberalità. Cfr. E. MARMOCCHI, *La circolazione delle partecipazioni sociali tra statuto e contratto*, in *Riv. not.*, 2004, 63 ss.; M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* diretto da P. Rescigno, Cedam, 2010, 318. In giurisprudenza si segnala una recente decisione della Suprema Corte (Cass. 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Giust. Civ.*, 2010, 1903 ss.) che ha qualificato il divieto dei patti successori quale eccezione al principio di autonomia privata con riferimento all'autonomia statutaria nella disciplina della circolazione *post mortem* della quota del socio di una società di capitali, segnalando, a suo modo, la prevalenza della disciplina societaria (aderente alla regola dell'autonomia privata, aderendo al ragionamento della Cassazione) su quella successoria (eccezionale).

42 C. CECERE, *Il divieto dei patti successori nella giurisprudenza*, in *Dir. priv.* 1998, Cedam, 1999, 343 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 29 dicembre 2011, n. 30020; Cass. 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1903.



successorio si caratterizza per un'impostazione paternalistica, conformativa dei destini della proprietà privata in funzione anti-individualista, e la disciplina legale favorisce la perpetuazione (endo-familiare) dell'assetto proprietario esistente. Quanto maggiore sia invece la libertà di scelta del disponente, tanto più elevato è il carattere liberale del sistema successorio e, quindi, tanto maggiore l'attenzione da esso prestata alla circolazione efficiente della ricchezza, aprendo a logiche di mercato anche la trasmissione della proprietà attraverso le generazioni.

Nel disegno del Libro Secondo del Codice Civile, l'equilibrio tra famiglia e mercato ha visto il netto prevalere della prima sul secondo. La protezione degli interessi familiari e la tendenziale conservazione al suo interno dei medesimi assetti proprietari sacrifica l'autonomia dispositiva dei singoli in una misura che oggi appare irragionevole se confrontata con i nuovi assetti dei rapporti familiari e con la necessità di adeguarsi alle particolarità delle composizioni dei patrimoni ereditari⁴³. L'ordine di preferenza del testamento sulla delazione legittima stabilito dall'art. 457, comma 2, cod. civ. non suggerisce una diversa conclusione, poiché la prevalenza del testamento – come ben noto – non si estende fino al punto di sovvertire l'ordine di precedenza assicurato ai legittimari e non esenta dal rispetto della quota di riserva, né comunque è consentito all'interessato di scegliere forme consensuali di istituzione successoria⁴⁴.

Per recuperare l'aderenza perduta dal diritto ereditario vigente ai modelli organizzativi e ai sistemi di valori correnti sono necessari interventi legislativi decisi poiché la distanza da colmare si è fatta consistente. L'espansione delle logiche di mercato accostata ad una nuova dimensione della protezione sociale e familiare, affidata prevalentemente a strumenti esterni alla trasmissione *mortis causa* della ricchezza, anche di diritto pubblico, suggerisce di ri-bilanciare l'equilibrio tra famiglia e mercato spingendo più verso il mercato⁴⁵.

È questa la direzione del rinnovamento che viene anzitutto suggerita dalla prassi. I

43 Nonostante in dottrina si ritenga superata l'opinione di L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. La successione legittima*, cit., 6 ss. secondo la quale la fonte delle posizioni giuridiche derivanti da un fenomeno successorio sarebbe sempre la legge, anche quando si dia corso ad una successione testamentaria (*contra* utilizzando l'argomento della centralità del testamento nel nostro diritto successorio A. PALAZZO, *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, 289 ss. e da ultimo A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato*, cit., 9 ss.), va riconosciuta l'asimmetria complessiva tra legge e volontà nella programmazione successoria in Italia, che si manifesta principalmente nei divieti legali di patti successori, di rinuncia preventiva alla legittima, di rinuncia alla revocabilità del testamento, e nella tutela della legittima.

44 La questione si pone ovviamente sul piano della politica legislativa, ma va affrontata nella consapevolezza di quanto detto sulla funzione e la complessità del diritto successorio. La "naturale" tendenza alla stabilità del diritto successorio, anche in considerazione del mito del suo radicamento su valori incrollabili, non può esimere da un'analisi continua sulla permanenza nella società di riferimento (ed oggi anche nel contesto europeo e internazionale) del sistema di valori e dell'assetto di interessi che chiedono protezione. Ciò che vale per ogni esperienza giuridica, deve valere a maggior ragione per il diritto successorio, per il fatto di possedere una forte carica identitaria e una consistenza ideologica e culturale maggiore di altri settori del diritto, come ad esempio il diritto dei contratti.

45 In una prospettiva comparatistica, J.G. FLEMING, *Changing functions of succession laws*, in *American Journal of Comparative Law*, 1978, 233 ss.



consociati chiedono di poter sistemare i loro rapporti patrimoniali per il periodo in cui avranno cessato di vivere con un'autonomia maggiore, nei mezzi prescelti come nei contenuti della disposizione; chiedono di poter contare anche sulla programmazione successoria per gestire liberamente il loro patrimonio; chiedono di poter esercitare questa libertà nei modi e con le forme più appropriate a seconda della natura e della qualità della ricchezza e dell'identità dei predestinati successori.

Come detto, il testamento è istituto ancora di straordinaria suggestione e vitalità⁴⁶ e non è sostituibile dal contratto. Deve evidenziarsi ora che l'affermazione vale anche all'inverso. Il testamento non basta da solo ad assecondare i *desiderata* di chi intenda pianificare la propria successione; lo dimostra l'ampio ricorso al contratto in funzione alternativa al testamento che emerge in modo prepotente dalla prassi. L'insoddisfazione non risiede nel decadimento dell'istituto testamentario, che non è di per sé stesso in declino⁴⁷. Essa investe semmai la sua esclusività e il necessario coordinamento con la successione necessaria.

Su piani diversi la tutela della legittima e il divieto di delazione contrattuale dei beni ereditari limitano l'autonomia del disponente: la prima rende incerta l'efficacia della disposizione *mortis causa*, mentre la seconda impedisce di condividere la pianificazione successoria con i destinatari delle assegnazioni patrimoniali. Se in passato l'organizzazione familiare e la consistenza dei patrimoni rispondevano a prototipi unitari e ricorrenti, rispetto ai quali il testamento calzava alla perfezione, oggi non è più così; famiglia e proprietà si declinano al plurale e si aggettivano invocando la loro novità per distinguerli dal passato. La polimorfia del fenomeno successorio richiede nuove capacità di adattamento del sistema normativo, che invece è restato per troppo tempo rinchiuso all'interno dei suoi vecchi cancelli. L'inserimento nel diritto successorio di maggiori livelli di autonomia privata rispetto a quelli presenti *de iure condito* può giungere ad equilibrare meglio il ruolo di legge e volontà nella devoluzione ereditaria e riportare il sistema successorio ad una maggiore aderenza alle esigenze della prassi e del mercato.

Nell'esplorare queste direttrici di necessario rinnovamento del diritto successorio italiano, in questo lavoro ci si concentrerà sulla riforma del divieto dei patti successori, contenuto all'art. 458 cod. civ. La scelta è caduta in particolare su questo istituto perché la sua revisione in nome del rafforzamento dell'autonomia privata nel sistema successorio è particolarmente controversa e pone questioni, anche di carattere generale, che non sempre hanno trovato completo

46 G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, I, 2000, 789 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* diretto da P. Rescigno, Cedam, 2010, 46.

47 Segnalano al contrario una ripresa di vigore del testamento P. RESCIGNO, *Attualità*, cit., 5 ss.; L. CAROTA, *Il contratto*, cit., 3 ss. G. BONILINI, *Autonomia*, cit., 802 ss. condivide l'idea che il testamento non abbia perduto la sua importanza nella fenomenologia successoria, ma ammette comunque che debba essere prestata mano alla disciplina del testamento per "rivitalizzare" l'istituto.



approfondimento in dottrina. Inoltre si assiste in questi tempi alla singolare convergenza storica di plurime sollecitazioni alla revisione del divieto in esame (specie del divieto dei patti istitutivi) provenienti tanto dall'interno quanto dall'esterno del sistema normativo, in particolare dalla contaminazione con ordinamenti stranieri e dal diritto europeo.

5. Il divieto dei patti successori è riconosciuto come uno dei principali ostacoli normativi al dispiegamento dell'autonomia privata nella pianificazione successoria⁴⁸: in dottrina ne è stata sollecitata una revisione, almeno parziale⁴⁹, e sono state avanzate alcune proposte di riforma⁵⁰, ma il divieto è rimasto sostanzialmente inalterato.

La sua resistenza va ricondotta all'insegnamento tradizionale, che riconosce nella proibizione degli accordi a causa successoria uno snodo cruciale del nostro sistema successorio, anche per via del trattamento di massima severità riservato dal legislatore ai patti vietati, più elevato di quello previsto in altri luoghi della disciplina successoria, pure presidiati da norme cogenti, come per il caso della violazione della quota riservata ai legittimari⁵¹. Il proposito di riforma dell'art. 458 cod. civ. deve allora procedere dalla ricerca del suo fondamento onde verificare l'attendibilità, oggi, dell'insegnamento tradizionale e confrontare la *ratio* del divieto

48 L. MENGONI, *Conclusioni*, in *Jus*, 1997, 309 afferma che “vi sono delle rigidità nella legge. La principale è in divieto dei patti successori: la giurisprudenza cerca di allentarlo, ma la lettera dell'art. 458 è quella che è, e l'interprete non può fare più di tanto”.

49 Tra i molti commenti in favore di un ripensamento complessivo del divieto di cui all'art. 458 cod. civ. R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1989, 1209 ss.; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, 1281 ss.; ID., *Attualità*, cit., 1 ss.; C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 74 ss.

50 Si segnalano, fra gli altri, il progetto di legge n. 1512, presentato alla Camera dei Deputati il 13 giugno 1996, ad iniziativa dei deputati Becchetti, Amorosino e Rosso, commentata da A. PALAZZO, *Osservazioni sulla centralità del testamento*, in *Dir. priv.* 1998, Cedam, 1999, 7 ss. e la proposta presentata dal Consiglio del Notariato (CNN) all'esito del Congresso Nazionale del 2011 di Torino, ma già presentata in occasione del Congresso Nazionale di Stresa del 1996, che si trova esposta nella pubblicazione *Nuove regole tra affetti ed economica. Le proposte del Notariato. Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, edita dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2011. La proposta della categoria notarile si riferisce in particolare alla riforma dei soli patti rinunciativi. Su entrambi i progetti si tornerà *infra*.

51 Il patto successorio, infatti, è nullo mentre le disposizioni testamentarie o le donazioni che eccedano la quota disponibile non sono nulle, bensì solo oggetto di esercizio di un'eventuale azione di riduzione. Inoltre, secondo la giurisprudenza, il patto successorio (nullo) non sarebbe convertibile ex art. 1424 cod. civ. in altro negozio valido, ed in particolare in un testamento, poiché così si realizzerebbe proprio lo scopo, vietato dall'ordinamento, di non ammettere patti successori. Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, in *Vita not.*, 1984, 829 con nota di A. LEPRE, *Sull'applicabilità dell'art. 1424 cod. civ. ai patti successori istitutivi*; Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, in *Giust. civ.*, I, 2010, 1985 con nota di G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, e in *Dir. giust.*, 2009, con nota di G. MILIZIA. In dottrina però le opinioni sulla conversione del patto successorio in testamento sono più variegate: cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., ESI, 1994, 100 ss.; L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, 1947, 302 ss.; M. VIGNALE, *Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione del negozio illecito*, in *Dir. giust.*, 1962, 310; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976, 97 ss.; V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Giuffrè, 2001, 172 ss.; C. CECERE, *Patto successorio*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, Aggiornamento, 2003, UTET, 1023 ss.



con le esigenze di revisione della proibizione emerse nel tempo.

L'art. 458 cod. civ. vieta i patti successori in relazione alla funzione che essi svolgono rispetto ad una successione non ancora aperta⁵². Qualunque contratto che sia diretto a realizzare l'assetto di interessi vietato è nullo, indipendentemente dalla sua struttura e dal riscontro di particolari elementi oggettivi. In tal senso la nullità comminata per i patti successori è stata definita “*sostanziale*”: il legislatore intende con essa impedire un certo risultato (negoziare successioni non ancora aperte) senza dar particolare peso a quale strumento pattizio venga utilizzato dalle parti per raggiungerlo⁵³.

È pertanto necessario, sul piano teorico, individuare gli assetti di interessi contrastati dalla norma in esame, in modo da riconoscere, sul piano pratico, i connotati dell'atto compatibile rispetto a quello incompatibile con l'art. 458 cod. civ.

Se si passa in rassegna la copiosa produzione scientifica che si è occupata del divieto dei patti successori, si incontrano opinioni di vario genere sul fondamento e sulla *ratio* del divieto.

Secondo un'opinione tradizionale, il divieto in parola si fonda sulla constatazione che i patti successori siano convenzioni mediante le quali si determini 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. Quest'ultimo è il solo atto *mortis causa* ammesso dalla legge ed è destinato a disciplinare situazioni che si perfezioneranno dopo la morte del testatore ed in ragione della sua morte, ed ha ad oggetto, in tutto o in parte, il patrimonio che residua all'apertura della successione. Qualsiasi atto giuridico diverso dal testamento che ambisca a raggiungere, per altra via, il medesimo risultato, o risultati comparabili, non può conseguentemente essere ammesso⁵⁴. In altra impostazione, si sottolinea che il divieto dell'art. 458 cod. civ. troverebbe ragione nella repulsione sociale di suscitare un *votum corvinum* o *votum captandae mortis* e quindi troverebbe un fondamento di ordine morale⁵⁵.

Diversa prospettiva analitica, che ha il merito di non generalizzare il contenuto dei divieti

52 Il divieto dell'art. 458 cod. civ. assume carattere generale; sono rintracciabili nel codice civile nome che ne danno applicazione particolare, come l'art. 2122, ult. co., cod. civ. Cfr. sul punto A. MORA, *La successione nelle indennità ex art. 2122 cod. civ.*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, III, Giuffrè, 2009, 1003 ss.

53 A. CICU, *Testamento*, Giuffrè, 1951, 22.

54 G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2009, 27 ss.; Cfr. F. REALMONTE, *Autonomia privata e successioni a causa di morte*, in A. Belvedere, C. Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, 2001, 59.

55 Si tratta di una corrente di pensiero risalente ed ora minoritaria. Cfr. A. LISERRE, *Disposizioni generali sulle successioni. Sezione I: Introduzione*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P. Rescigno, V, UTET, 1982, 40; C. GANGI, *La successione testamentaria nel diritto italiano vigente*, Giuffrè, 1952, 40. La contrarietà al buon costume insita in questa prospettiva è talora ripresa dalla dottrina più recente per spiegare la *ratio* dei patti dispositivi e rinunciativi, su cui vedi *infra*.



contenuti nell'art. 458 cod. civ. ed oggi largamente seguita dagli interpreti⁵⁶, è assunta da chi sostiene l'irriducibilità ad una categoria unitaria del divieto dei patti successori, essendo diversi gli interessi che la norma protegge in relazione alle tre tipologie di patti proibiti dal testo normativo: istitutivi, dispositivi e rinunciativi⁵⁷. I tre divieti vanno considerati ed analizzati distintamente – o almeno quelli istitutivi da un lato e quelli dispositivi e rinunciativi dall'altro – nonostante siano contenuti in un'unica previsione normativa⁵⁸. Sono state così elaborate distinte *rationes* per i diversi divieti.

Per il patto istitutivo (quello con cui “*taluno dispone della propria successione*”) si è detto che il relativo divieto andrebbe ricercato nell'esigenza di tutelare la libertà di disporre della propria successione per testamento e nella conflittualità dello strumento convenzionale con l'assoluta ed incondizionata revocabilità *usque ad mortem* dell'atto di ultima volontà⁵⁹; connotato ineliminabile dell'atto *mortis causa*, che l'art. 679 cod. civ. esplicita con riferimento al testamento, la revocabilità è incompatibile con l'impegnatività tipica del contratto⁶⁰. Sul piano formale, il divieto di istituire un erede per contratto è corollario del sistema duale di delazione successoria previsto dall'art. 457 cod. civ.; non essendoci spazio per una terza ipotesi di delazione oltre alla legge e al testamento, giocoforza un'eventuale delazione convenzionale non può essere ammessa. Il patto istitutivo, come suggerisce il lemma, è quindi 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 testamento⁶¹.

56 C. CECERE, *Patto*, cit., 1002.

57 Il diverso fondamento politico delle due specie di patti successori (istitutivi e dispositivi/rinunciativi) spiega perché la nullità dei patti dispositivi sia comminata anche in quegli ordinamenti che pure ammettono il patto istitutivo. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, 1954, 43, M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 201 ss.

58 Segnalano la pluralità di *rationes* e l'irriducibilità ad unità del divieto dei patti successori fra gli altri G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, 1965, 400 ss.; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 40 ss.; A. AZZARITI, *Successione testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, UTET, 1971, 805 ss.; ID., *Successioni e donazioni*, Cedam, 1979, 10 ss.; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1977, 59 ss.; M.V. DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 533; ID., *I patti*, cit., 2; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia, le successioni*, Giuffrè, 2005, 556 ss.; F. GAZZONI, *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. Not.*, 2001, 227 ss.; V. PUTORTI, *Morte*, cit., 78 ss.; C. CACCAVALE, *Contratto*, cit., 429 ss.; L. BALESTRA, M. MARTINO, *I patti successori*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009, 63.

59 Per tutti L. FERRI, *Le successioni*, cit., 101.

60 In giurisprudenza è frequente il riferimento a questo genere di argomentazioni. Cfr. Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, 1610.

61 L'affermazione è comune in dottrina. Oltre agli autori già menzionati nelle precedenti note, 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.; G. BONILINI, *Autonomia*, cit., 791 ss.; S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario. Regole e scopo individuale nel testamento*, Jovene, 2000; 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



In relazione invece ai patti dispositivi (quelli a mezzo dei quali “*taluno dispone dei diritti che gli possono spettare da una successione non ancora aperta*”) e rinunciativi (“*o rinuncia ai medesimi*”), la ragione della scelta normativa di vietarli è diversa. Essi non sono contratti *mortis causa*⁶², dal momento che il disponente o il rinunciante non negoziano l’*id quod superest* della propria successione; il divieto troverebbe ragione, allora, nell’intollerabilità di convenzioni che presuppongano la morte di un’altra persona, e con ciò inducendo la speranza dell’altrui decesso⁶³, oppure nel fatto che con essi si finirebbe per disporre di beni altrui o futuri al di fuori dei casi in cui ciò è tollerato dal legislatore⁶⁴, o ancora nella protezione accordata al disponente per evitare che disponga in via definitiva di ciò di cui non può apprezzare le dimensioni e il valore al momento della prestazione del consenso⁶⁵.

La diversità delle fattispecie proibite dall’art. 458 cod. civ. e di *rationes* a loro fondamento produce un diverso impatto dei singoli divieti rispetto al fenomeno successorio.

Mentre al divieto dei patti dispositivi e rinunciativi non sembra che il legislatore abbia assegnato il compito di difendere valori fondanti del nostro diritto ereditario, non interferendo questi ultimi con la devoluzione dei beni del *de cuius*, per contro il divieto dei patti istitutivi viene riconosciuto generalmente quale presidio dell’assetto complessivo che il legislatore del 1942 ha inteso assegnare al sistema circolatorio dei diritti a causa di morte, dal momento che la proibizione in termini di nullità di una delazione contrattuale consolida la struttura dualistica dell’istituzione successoria (proclamata dall’art. 457 cod. civ.) ed ha una valenza strategica nell’escludere che il destino del patrimonio di un soggetto dopo la sua morte possa essere consegnato al dialogo intergenerazionale anziché alla solitudine del testamento. In altre parole, il divieto dei patti successori istitutivi individua la direzione che il legislatore ha voluto imprimere al fenomeno successorio, mentre il divieto dei patti dispositivi e rinunciativi si dispone in posizione sistematicamente più periferica⁶⁶.

che la nozione di patto successorio anche alle convenzioni che abbiano per oggetto l’assunzione dell’obbligo di istituire eredi in un futuro testamento, che costituisce adempimento del patto vietato (c.d. patto successorio obbligatorio). Cfr. C. CECERE, *Patto*, cit., 1021 ss. In tal senso in giurisprudenza cfr. Cass. 6 gennaio 1981 n. 63; Cass. 7 marzo 1960 n. 418.

62 L’affermazione, pacifica in dottrina, lo è anche in giurisprudenza. Cfr. Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, 227, con nota di F. GAZZONI, *Patti*, cit.; Cass. 3 marzo 2009, n. 5119, in *Giust. civ.*, I, 1261 e in *Not.*, 2009, 662 con nota di M.T. LIGOZZI, *Sulla presunta erosione del divieto dei patti successori*.

63 L. FERRI, *Le successioni*, cit., 293 ss.; R. LENZI, *Il problema*, cit., 1216. Ritengono che questa sia la *ratio* riferibile solo ai patti dispositivi G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., 44; C. CACCAVALE, *Il divieto*, cit., 48. Cfr. anche S. TEODORA MASUCCI, *Le successioni*, cit., 12.

64 Per la qualificazione del patto dispositivo come contratto avente ad oggetto cose future M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 3. Qualifica invece i patti dispositivi come contratti aventi ad oggetto cose altrui C. CACCAVALE, *Contratto*, cit., 447. Sul punto cfr. anche V. PUTORTÌ, *Morte*, cit., 79 ss.; S. PIRAS, *La successione per causa di morte. La successione necessaria*, in Trattato di Diritto Civile diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Giuffrè, 1965, 75 ss.

65 M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 71 ss.; L. FERRI, *Disposizioni*, cit., 93 ss.

66 Sulla stessa linea V. PUTORTÌ, *Morte*, cit., 84.



Proprio in ragione della maggior incisività sistemica del divieto dei patti istitutivi, sono utili alcune considerazioni aggiuntive per definire in modo più preciso la fattispecie sulla quale ricade questo specifico divieto e quindi la funzione della proibizione.

Quando viene in considerazione il problema della trasmissione di diritti in conseguenza della morte di una persona fisica, va tenuto distinto il fenomeno successorio *tout court* dall'ambito oggettivo di applicazione del diritto successorio, cui appartiene il divieto dei patti successori istitutivi: la prima locuzione è, naturalmente, più ampia della seconda, ma la distinzione proposta è solo apparentemente ovvia.

Come noto, il termine successione può assumere una pluralità di significati nel discorso giuridico, che variano a seconda del contesto in cui il lemma è utilizzato⁶⁷. Quando in particolare si riferisce la successione al fenomeno del subentro di un soggetto nel patrimonio di altro soggetto in relazione alla morte di quest'ultimo, si descrive un ampio genere di situazioni che non include solo la specie dell'attribuzione di diritti facenti capo ad un soggetto che diviene efficace una volta deceduto il dante causa e che trova nella morte di quest'ultimo la causa dell'attribuzione, ma anche la diversa ipotesi del subentro in semplice *previsione* della morte del disponente, che non identifica nella morte la causa attributiva del diritto, ma la degrada a mero motivo o "*occasio*"⁶⁸ dello spostamento di ricchezza, oppure ad elemento accessorio, prevalentemente condizionale o modale, del subentro⁶⁹.

Solo nel primo caso, stando alla nozione di causa che viene utilizzata in relazione agli atti di ultima volontà, la trasmissione avviene per causa di morte, poiché regola "*rapporti e situazioni che vengono a formarsi, in via originaria, con la morte del soggetto che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione*"⁷⁰, sicché anche l'entità dell'attribuzione sarà percepibile solo al momento dell'apertura della successione di chi ha compiuto l'attribuzione, avendo ad oggetto i beni relitti nel patrimonio del *de cuius*.

Nel secondo caso, invece, si è di fronte ad atti che, pur esprimendo la volontà di occuparsi del destino dei propri beni dopo la morte, non determinano l'attribuzione successoria a causa di (e quindi dopo la) morte del disponente, producendo immediatamente effetti giuridici, anche solo parziali o provvisori. Questi ultimi non sono contratti *mortis causa* (nulli) bensì accordi (validi),

67 R. NICOLÒ, *Successione*, cit., 609 ss.

68 L'espressione è di V. PUTORTI, *Morte*, cit., 94.

69 Per un'analisi del rapporto tra causa e motivi nel testamento si rinvia a S. PAGLIANTINI, *Causa*, cit.; cfr. anche N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, 1970.

70 Il contributo insuperato sul tema, e da cui è tratta la citazione del testo, è di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., in particolare 41. Cfr. anche G. BONILINI, *Il testamento*, Giuffrè, 1995, 10 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in Dig. disc. priv., IV, UTET, 1987, 520 ss.; F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Giuffrè, 2011.



in relazione ai quali la dottrina ha coniato la nozione di “successioni anomale contrattuali”⁷¹ verso cui convergono diverse categorie elaborate dalla dottrina, principalmente i c.d. contratti (ad effetti) *post-mortem*⁷² e i c.d. contratti *trans-mortem*⁷³. Si tratta di strumenti pattizi con caratteristiche peculiari ma uniti dalla comune funzione pratica di regolare un passaggio generazionale di diritti per via contrattuale al di fuori del perimetro del diritto successorio in senso stretto (ma non del fenomeno successorio *tout court*). Sono figure che la dottrina ha analizzato traendole prevalentemente dalla prassi, che a sua volta le ha elaborate con l'intento di “spingere” quanto più possibile l'operatività del contratto all'interno del fenomeno successorio, fino al limite massimo possibile imposto dall'art. 458 cod. civ., fornendo in concreto proprio ciò che la norma di legge tende a vietare, ossia un'alternativa pattizia al testamento⁷⁴.

La rassegna e l'esame critico di queste alternative ha molto impegnato la dottrina, nella consapevolezza che esse traccino l'unica strada possibile, *de iure condito*, per acquisire alla

71 Difficile dar conto esaustivamente della vastissima letteratura in materia di successioni anomale contrattuali. Ci si limita a segnalare i contributi principali: I. ANTONINI, *Il divieto dei patti successori*, in *Studium Juris*, 1996, p. 601 ss.; C. CACCAVALE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Not.*, 1995, 552 ss.; ID., *Contratto e successioni*, cit., 480 ss.; M. COSTANZA, *Negozi mortis causa o post mortem*, in *Giust. civ.*, I, 1991, 956; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2005, 58 ss.; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, 273 ss.; E. DEL PRATO, *Sistemazioni*, cit., 625 ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, *Riv. not.* 1988, 1139 ss.; ID., *I fenomeni*, cit.; G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissione familiare della ricchezza*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, 97 ss.; F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, I, 1992, 1411 ss.; M.R. MARELLA, *Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 91 ss.; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990; A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 435 ss.; ID., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, 17 ss.; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da P. Perlingieri, ESI, 2003; V. PUTORTÌ, *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 789; P. RESCIGNO, *Trasmissione*, cit., 1281 ss.; P. SCHLESINGER, *Interessi*, cit., 131 ss.; A. ZOPPINI, *Contributo*, cit., 919 ss.; M. CALOGERO, *Disposizioni*, cit., sub art. 458.

72 La categoria risale all'elaborazione di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., *passim*.

73 L'espressione è stata conosciuta da A. PALAZZO, *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.

74 Si esprime in toni critici nei confronti di tali alternative contrattuali, ritenute appannaggio del ceto più ricco della popolazione A. LISERRE, *Introduzione*, in *Jus*, 1997, 270 “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”.



programmazione successoria l'assenso (o rendersi conto per tempo del dissenso) di tutti coloro che a diverso titolo verranno coinvolti dall'ipotizzata sistemazione patrimoniale⁷⁵. Deve essere bene inteso, tuttavia, in che senso questo coacervo di strumenti contrattuali possa essere considerato *alternativo* al testamento.

Non si tratta di un'alternativa omogenea; i due strumenti (testamento e contratto) non sono concorrenti sul piano strettamente giuridico, giacché ove opera il testamento per definizione non può operare il contratto a mente dell'art. 458 cod civ. Rispetto al momento di produzione degli effetti, poi, il testamento, proprio *perché* atto a causa di morte, produce i suoi effetti interamente ed esclusivamente dopo la morte del disponente, mentre le alternative contrattuali, valide *perché non* a causa di morte, anticipano sempre - almeno in parte - gli effetti dell'operazione negoziale tra disponente e beneficiario⁷⁶. Una prospettiva fattuale, tuttavia, svela che colui che si accinga a programmare il destino dei propri beni per il tempo in cui sarà morto percepisce il testamento e il contratto come modi concorrenti di destinare il proprio patrimonio personale per il tempo in cui il disponente abbia più a vivere⁷⁷. In una visione quindi orientata agli effetti pratici degli strumenti giuridici, testamento e contratto recuperano un'alternatività che sul piano formale e strutturale non possiedono. E così l'interessato potrà scegliere tra solitudine e condivisione delle scelte pianificatorie a seconda di come meglio rispondano alla sistemazione dei suoi interessi personali e familiari e in ragione della struttura del suo patrimonio, che gli suggerirà di percorrere di volta in volta l'una strada o l'altra⁷⁸.

75 Per un'epitome delle variegate proposte dottrinali, alcune tradizionali altre di più recente formulazione, altre ancora che non trovano la dottrina unanime, cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in S. Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Cedam, 2007, 139 ss.; F.A. MONCALVO, *I così detti negozi "transmorte"*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009, 187 ss.; ID., *I negozi connessi alla morte. Il mandato post mortem*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, 2009, 225 ss.; V. PUTORTI, *Morte*, cit. 191 ss.; S. SAMMARTANO, *La fideiussione del donante e del legittimario in favore dell'acquirente di un bene proveniente da donazione*, in *Gazz. not.*, 1996, 659 ss.

76 Sull'effetto anticipatorio delle alternative contrattuali al testamento si sono particolarmente soffermati A. ZOPPINI, *Contributo*, cit., 919 ss.; G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, 869 ss.; ID., *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Atti del Convegno di studi in onore del professor Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002*, Giuffrè, 2004, 652 ss.

77 In questa direzione va inteso quanto asserisce M. IEVA, *Divieto*, cit., 935 si riferisce al divieto dei patti successori qualificandolo come "divieto di mezzi" e non "di risultati, perché determinate finalità possono legittimamente, appunto, essere raggiunte con il testamento". Un invito all'approccio fattuale nel confronto tra alternative negoziali al testamento è seguito anche da L. TONELLI, *Esigenze empiriche di revisione del sacro dogma*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, 1995, 201 ss.

78 La scelta per l'uno (testamento) o gli altri (alternative contrattuali) si pone peraltro sullo stesso piano quanto alla necessità in entrambi i casi di tenere in considerazione la tutela della legittima, e il divieto di rinunciarvi vivente il disponente, con il comune rischio di sovvertimento *post mortem* della programmazione. Mentre per testamento e donazioni l'applicazione della disciplina relativa all'azione di



Di certo la diversità degli strumenti resta, ed è quasi inutile rimarcarlo. Non bisogna sottovalutare però il dato dell'esperienza concreta. Sarebbe un errore metodologico avvicinare il fenomeno successorio considerando solo gli strumenti tipici del diritto successorio contenuti nel Libro Secondo del Codice: lo spettro di analisi del giurista che si interroghi sui meccanismi successori deve estendersi allo studio di tutti i percorsi attraverso i quali la ricchezza migra tra le generazioni, superando la dicotomia tra testamento e contratti anticipatori di effetti successori, specie quando l'obiettivo non sia quello di svolgere l'esegesi delle fonti attuali del diritto successorio, ma di prospettare linee di riforma del sistema vigente, attente a cogliere dalla prassi e dalla giurisprudenza le indicazioni per orientare le proposte di revisione legislativa⁷⁹.

Riprendendo ora il discorso relativo alla distinzione tra contratti *mortis causa* e contratti conclusi in previsione di una futura successione, va riconosciuto, sul versante fenomenico, che la morte della persona fisica (si elevi o meno a fattore causale) sia in ogni caso l'elemento caratterizzante il senso economico-sociale della programmazione successoria, a prescindere dagli strumenti utilizzati per realizzarla. In questa prospettiva è legittimo considerare gli uni e gli altri quali diverse graduazioni all'interno di una categoria unitaria di atti predisposti in vista del subentro generazionale.

La distinzione deve essere però recuperata quando l'attenzione si sposti dall'analisi empirica a quella del diritto positivo. Il Libro Secondo del Codice Civile si occupa esclusivamente di successioni a *causa* di morte, e quindi di successioni la cui autonoma qualificazione consiste non tanto nella morte del titolare del diritto - tale elemento essendo comune anche ai contratti di programmazione successoria non a causa di morte, quanto la funzione attributiva ricollegata alla morte del disponente. Allorquando il trasferimento del diritto avvenga in previsione, ma non (anche) a causa della morte del suo titolare, la disciplina codicistica sulle successioni *mortis causa* non trova applicazione.

La connotazione, chiara in linea di principio, non lo è affatto sul piano pratico, ove non è sempre facile distinguere casi che debbano essere ricondotti sotto l'una o l'altra specie; ciò che invece e con tutta evidenza ha un'importanza cruciale, dipendendo da tale qualificazione l'applicabilità o meno del divieto dei patti successori istitutivi. La dottrina si è così impegnata a proporre distinzioni teoriche tra modelli validi e modelli invalidi, facendo anche ricorso a schemi legali tipici (specialmente contratto in favore del terzo con prestazione da eseguire dopo la morte dello stipulante, specie nella forma di assicurazione in favore del terzo⁸⁰, donazione con

riduzione è testuale, per atti diversi viene in considerazione o attraverso l'attrazione alla disciplina sulla donazione (c.d. donazioni indirette) o valorizzando la causa in concreto, o ancora riconoscendo i termini per l'applicazione dell'art. 1345 cod. civ.

⁷⁹ In questa stessa direzione le parole di V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., 6.

⁸⁰ G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione in funzione successoria*, in AA.VV., *Trasmissione*



condizione di riversibilità o condizionata⁸¹, la donazione con riserva di usufrutto⁸²), senza tuttavia riuscire a fornire sempre indicazioni applicative certe alla prassi⁸³

Per parte sua, la giurisprudenza non ha svolto percorsi argomentativi omogenei nell'affrontare il problema della qualificazione di un accordo come patto successorio istitutivo o contratto con causa non successoria. La Cassazione ha elaborato una serie di indici di riconoscimento di un patto successorio che hanno conferito una parvenza di stabilità alla valutazione giurisprudenziale delle operazioni negoziali sospettate di incorrere nel divieto di patti istitutivi⁸⁴. Una stabilità solo apparente, però, giacché non ha impedito l'adozione di orientamenti e soluzioni altalenanti delle Corti, così sottoponendo la prassi ad un rischio permanente di assoggettamento dei contratti *post mortem* o trans-morte al divieto dei patti istitutivi.

Nondimeno, se esaminate nel loro complesso, le decisioni che hanno qualificato un contratto come patto successorio non sono molto numerose e sono sempre meno ricorrenti nella giurisprudenza più recente⁸⁵, dimostrando – al di là delle incertezze qualificatorie – un

familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio, Cedam, 1995, 85 ss.; S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo*, in *Dir. Priv.* 1998, Cedam, 1999, 195 ss.

81 In genere sulla donazione condizionata come strumento di anticipazione successoria cfr. M. MORETTI, *La donazione sotto condizione*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, VI, Giuffrè, 2009, 866 ss.; A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 1991, 16 ss.

82 Su alcune sventurate dinamiche sociali che si producono nella prassi con l'utilizzo di questo meccanismo cfr. F. GALGANO, *Gli strumenti offerti dal nuovo diritto societario*, in *Contr. Impr.*, 2004, 227 ss.

83 Va tuttavia considerato con attenzione quanto afferma F. GAZZONI, *Patti successori*, cit., 233 ss., il quale enfatizza l'importanza della volontà in materia successoria e sostiene che un'indagine sui motivi comuni illeciti ex art. 1345 cod. civ. o sulla frode alla legge ex art. 1344 cod. civ., potrebbe condurre a ritenere nulli per contrarietà al divieto di cui all'art. 458 cod. civ. la gran parte dei contratti che vengano conclusi in previsione della morte del disponente. Avverte la necessità di un approccio rigoroso alla portata del divieto dei patti successori M CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-461*, in *Codice Civile commentato* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2006, 135 ss.

84 Il *leading case* è Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, I, 1972, 70 e in *Giust. Civ.*, I, 1971, 1536, la cui motivazione è ripresa dalla successiva giurisprudenza. Gli indici rivelatori di un patto successorio, stando alla citata decisione, sono i seguenti: 1) l'esistenza di un *vinculum iuris* della pattuizione abbia la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi a 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 alla propria successione, privandosi così dello *jus poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato. Cfr. anche Cass. 16 febbraio 1995, n. 1663, in *Giust. Civ.*, I, 1995, 1501 e in *Vita not.*, 1996, 260.

85 Tra le più recenti pronunce in favore della compatibilità dell'operazione contrattuale sospettata di violare l'art. 458 cod. civ. cfr. Cass. 11 novembre 1988, n. 6083, in *Foro It.*, I, 1989, 1163 e *Riv. Not.*, 1989, 647; Cass. 23 aprile 1992, n. 4912, in *Giust. Civ.*, I, 1993, 727 e in *Giur. it.*, I, 1993, 378 e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1087 e in *Vita not.*, 1995, 135; Cass. 14 maggio 1996, n. 4484, in *Riv. Not.*, 1996, 1490; Cass. 11 novembre 2008, n. 26946, *Riv. not.*, I, 2010, 226, con nota di CARADONNA. In materia societaria, 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.*



atteggiamento prudente nell'interpretazione dell'art. 458 cod. civ., ma anche una capacità di intercettare il disagio che la comunità esprime nei confronti di questo divieto⁸⁶. È vero, come è stato rilevato, che la giurisprudenza non ha mai messo in discussione il fondamento concettuale tradizionale del divieto dei patti istitutivi, riproducendo nelle motivazioni delle decisioni le elaborazioni dottrinali sul fondamento del divieto dei patti successori ogni qual volta ha affrontato la questione dell'applicabilità del divieto, anche qualora non ne avesse ravvisato la ricorrenza⁸⁷. Si ha l'impressione, però, che il richiamo sia più formale che sostanziale, nel senso che la reiterazione di formule motivazionali ricorrenti possa non significare adesione piena e consapevole alla ricostruzione tradizionale, quanto piuttosto serva per dare legittimazione sul piano formale alla scelta di esentare dal divieto l'accordo di volta in volta analizzato, dando prova di averlo sottoposto a "prova di resistenza" alla luce di principi ermeneutici consolidati.

Una cosa però è certa: la nullità dei patti successori ha generato una contrapposizione quasi ideologica tra testamento e contratto, tale per cui solo il primo potrebbe essere considerato compatibile con i principi fondanti del diritto successorio, a differenza del secondo che troverebbe il suo territorio di elezione altrove, là dove il libero dialogo tra domanda ed offerta non ponga perplessità di alcun genere. La contrapposizione, però, non si riesce facilmente a spiegare quando si analizzino le ragioni che si pongono alla base del divieto dei patti successori, specie di quelli istitutivi.

La scelta del legislatore di escludere il contratto dalla regolazione *mortis causa* del subentro generazionale, infatti, non si giustifica in ragione di un sistema di valori che l'utilizzo di moduli convenzionali di programmazione successoria potrebbe pregiudicare; neppure è collegabile ad una inadeguatezza tecnica del contratto a far circolare i beni residui del patrimonio del *de cuius* dopo la sua morte, il che anzi risulterebbe paradossale. L'unica ragione è quella di garantire il potere di revoca *usque ad mortem* dell'atto di ultima volontà, irrinunciabile baluardo a difesa della libertà del disponente di determinare il destino dei propri beni una volta deceduto, e che solo il testamento, e non anche il contratto, sarebbe in grado di assicurare⁸⁸. Il testamento

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. Per una rassegna ragionata delle decisioni più significative sul divieto dei patti successori cfr. C. CARNEVALE, *Art. 456-586*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina* diretta da C. Ruperto, II, *Delle successioni*, Aggiornamento 2005-2008, Giuffrè, 2009, sub art. 458, 31 ss.

86 P. RESCIGNO, *Attualità*, cit., 13; L. BERTINO, *I patti successori nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2003, 199 sostiene che sarebbe in opera un'opera di progressivo inserimento per via giurisprudenziale di una disciplina permissiva in materia di patti successori nonostante il permanere formale del divieto.

87 Sottolinea la sensibilità della giurisprudenza alle ragioni fondamentali che si invocano a giustificazione del divieto P. RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili ai diritti familiare e successorio*, in *Famiglia*, I, 2004, 451 ss.

88 In tal senso V. TAGLIAFERRI, *Il divieto*, cit., 432; G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 28 ss.



consegnerebbe al disponente, e solo a lui, il potere di decidere la sorte dei diritti trasmissibili dopo la sua morte, senza dover condividere questa scelta con altri, senza dover tener conto dell'affidamento generato nei beneficiari, trovando l'autonomia testamentaria il suo unico limite nell'illiceità dei motivi⁸⁹.

Queste argomentazioni ricorrenti nella tradizione degli studi in materia successoria⁹⁰ generano alcune perplessità.

Anzitutto procedono da un'idea discutibile di libertà negoziale in base alla quale la volontà del disponente non potrebbe subire limitazioni volontarie e consapevoli da parte del suo stesso titolare⁹¹. La capacità di autolimitazione, di assunzione volontaria di un impegno nei confronti di terzi, è invece un'espressione tipica e genuina di autonomia negoziale che la scelta legislativa frustra nel momento in cui vieta l'assunzione di un impegno contrattuale.

La dottrina che difende la scelta legislativa di non ammettere il contratto ereditario osserva, a tale proposito, che il testamento esprime una libertà più ampia di quella che consentirebbe il contratto, e ciò in ragione del principio assoluta revocabilità del testamento, non replicabile in ambito contrattuale. L'impressione, però, è che la dimensione del testamento talvolta condizioni *ex ante* queste opinioni, nel senso che l'apprezzamento sull'ampiezza dell'esercizio dell'autonomia testamentaria viene contrapposto all'autonomia contrattuale senza discutere la possibilità che l'atto di ultima volontà possa assumere forma pattizia anziché unilaterale. In altre parole, la difesa della libertà testamentaria contro le proposte di modifica del divieto dei patti successori istitutivi viene svolta all'interno della disciplina vigente, ma il dibattito è posto prima, a monte della scelta del legislatore di consegnare allo strumento testamentario il "monopolio" della delazione volontaria. Il senso dell'invito che si rivolge al legislatore di conferire un maggior tasso di autonomia al diritto successorio non pone in dubbio che la disciplina vigente configuri il testamento come atto in cui la libertà del disponente trovi massima espressione⁹². Ma anche vincolarsi al rispetto di un programma, "*in funzione di interessi non futili e socialmente apprezzabili che egli intende perseguire*"⁹³, è esercizio di una scelta di libertà e configura esercizio di autonomia privata. Una scelta che il divieto della prima parte dell'art. 458 cod. civ. non consente, poiché non riconoscere la possibilità di optare per una programmazione successoria condivisa significa negare, e non affermare, un principio di libertà.

89 P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Id., Giappichelli, 1982, VIII.

90 Per tutti G. BONILINI, *Autonomia*, cit., 795 ss. Questa classica spiegazione della *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi costituisce anche la formulazione più ricorrente che si rintraccia in giurisprudenza. Cfr. ad esempio Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, cit.; Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, in *Riv. not.*, 1984, 2459 e in *Vita not.*, 1984, 829.

91 Discorre dell'antinomia tra autonomia testamentaria e autonomia negoziale in generale L. COVIELLO JR., *Diritto*, cit., 251 ss.

92 In tal senso G. BONILINI, *Autonomia*, cit., 793 ss.

93 R. LENZI, *Il problema*, cit., 1221.



L'argomentazione tradizionale sembra allora celare una petizione di principio. Si assume che la revocabilità assoluta sia la cifra degli atti a causa di morte per legittimare la scelta legislativa di aver consentito solo la delazione testamentaria e non anche quella contrattuale, mentre il discorso andrebbe rovesciato, nel senso di dimostrare prima che la scelta di riservare al testamento il ruolo di unica alternativa volontaria alla delazione legale risponda a necessità di ordine tecnico-giuridico o di principio, per poi eventualmente concludere che la disciplina del testamento, *in primis* la libera recedibilità *usque ad mortem*, risulti essere l'unica regolazione possibile degli atti *mortis causa* validi in Italia.

Questo itinerario argomentativo, però, non sembra percorribile.

In un'ottica aperta di apprezzamento del grado di autonomia riconosciuto all'individuo dal diritto successorio vigente, senza alcun pregiudizio nei confronti del contratto come strumento di delazione successoria, il divieto assoluto di revocazione del testamento va letto in termini di restrizione della capacità di autodeterminazione del testatore, poiché gli impedisce di dare una stabilità alla pianificazione successoria. Essa garantisce libertà, ma non autonomia⁹⁴, giacché è il legislatore che scelga per l'individuo invece di lasciare che sia questi ad autodeterminarsi. Pertanto, un'autentica protezione dell'autonomia negli atti di ultima volontà dovrebbe consentire anche l'attribuzione volontaria ed irrevocabile dei beni residui, lasciando così consumare – a scelta del disponente - il potere di disporre ulteriormente degli stessi *mortis causa*, esattamente come avviene nell'esperienza tedesca dell'*Erbvertrag* (§1941 BGB)⁹⁵.

Del resto, impedire *ex lege* la conclusione di un contratto in nome della protezione della libertà di uno dei contraenti di “cambiare idea” in ogni momento, e identificare quindi nel rispetto di eventuali impegni assunti nell'esercizio di *autonomia* contrattuale un pericolo da scongiurare, significa negare la capacità di quel soggetto di valutare quale sia il miglior assetto da fornire ai propri interessi. E ciò, ancora una volta, in assenza di giustificazioni teoriche o pratiche che spieghino perché, quando sono in gioco beni inerenti la successione del disponente, questi non sarebbe in grado di valutare liberamente (qui nel senso di *consapevolmente*) la convenienza di assumersi degli impegni con il beneficiario della disposizione e dovrebbe essere protetto dall'ordinamento. Al contrario, proprio il fatto che l'atto a causa di morte trasferisca ciò che residua del patrimonio del *de cuius*, gli consente di poter liberamente disporre in vita anche di

94 Sull'uso semanticamente diverso nel discorso giuridico dei termini “libertà” e “autonomia” cfr. R. SACCO, *Autonomia*, cit., 517 ss.

95 M.R. MARELLA, *Il divieto*, cit., 91 afferma che “il contratto ereditario proprio del diritto germanico affonda le proprie radici in una concezione dell'autonomia privata colorata di istanze comunitarie, alle quali meglio risponde l'assunzione di responsabilità nei confronti del gruppo realizzata attraverso l'accordo, che un atto unilaterale come il testamento”. Per uno sguardo comparatistico tra la nostra disciplina e il contratto successorio tedesco cfr. anche M.V. De Giorgi, *I patti*, cit., 226; A. IANNACCONE, *Legittimari ed eredi legittimi nel diritto comparato*, in *Not.*, 1997, 464 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni*, cit., 166 ss.



tutti i beni del suo patrimonio (non derivando obblighi di conservazione in favore del beneficiario)⁹⁶; pertanto il contratto *mortis causa* incide meno sulla libertà di disposizione del patrimonio rispetto ai contratti in previsione ma non anche a causa successoria, i quali producono già effetti vincolanti sul patrimonio del disponente prima della sua morte⁹⁷.

Si osserva talora che la revocazione *usque ad mortem* dell'atto a causa di morte trovi la sua ragion d'essere (anche) in virtù del fatto che la manifestazione di ultima volontà sarebbe destinata a produrre effetti solo dopo la morte del disponente e pertanto non vi sarebbe ragione per negare che la volontà possa essere modificata sino ad allora⁹⁸. Se intesa in senso pieno, però, questa osservazione non darebbe ragione della possibilità di concludere contratti destinati a produrre effetti solo dopo una certa data successiva alla loro stipulazione, incerta nel *quando* ma non nell'*an*. Un contratto sottoposto a termine iniziale o a condizione di premorienza del disponente, sono destinati a produrre effetti dopo un certo momento futuro (*post mortem*), quando comunque la volontà delle parti contrattuali non può più esprimersi rispetto al contenuto e alla produzione degli effetti di quel contratto⁹⁹.

Peraltro, lo stesso assunto in base al quale il contratto sarebbe incompatibile con la finalità di consentire la revocazione della disposizione *mortis causa* in ragione dell'assunzione, con esso, di un vincolo obbligatorio¹⁰⁰, non è condivisibile. In primo luogo va considerato che il patto istitutivo (come del resto anche quello dispositivo e rinunciativo) può essere sia a titolo gratuito che a titolo oneroso¹⁰¹ e dalla diversa configurazione causale discendono considerazioni di non poco momento sull'applicazione della disciplina legale sullo *ius poenitendi*. In secondo luogo, sarebbe comunque sufficiente prevedere l'apposizione di una clausola legale di recesso *ad nutum* del disponente dal patto successorio per ritenere soddisfatta quella finalità. Di talché sarebbe bastato prevedere un meccanismo di inserimento automatico ex art. 1339 cod. civ. di una clausola di recesso per mettere testamento e contratto sul medesimo piano rispetto alla libera recedibilità anziché optare per la soluzione drastica della proibizione e la severità della "sanzione" della

96 M. CALOGERO, *Disposizioni*, cit., 115.

97 C. CACCAVALE, *Contratto*, cit., 438 ss.

98 G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 543 secondo il quale "La ragione politica della revocabilità è evidente: poiché si vuol disporre per dopo la morte e la volontà non deve aver effetto prima di questo momento, non vi è motivo di impedire che la volontà già manifestata possa essere mutata".

99 Salvo, ovviamente, espresso patto contrario.

100 L. FERRI, *Disposizioni*, cit., 85 pone l'accento sul *vinculum iuris* che sorgerebbe da una delazione contrattuale, che pone sulla medesima linea il divieto dei patti successori non solo con il divieto di rinunciare alla revocazione del testamento (art. 679 cod. civ.), ma anche al divieto del testamento collettivo (art. 589 cod. civ.).

101 L'affermazione è condivisa dalla dottrina unanime. Oltre agli autori già citati, cfr., E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, 625 ss.; C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 77.



nullità¹⁰².

Le osservazioni appena svolte inducono a ritenere che il divieto dei patti successori istitutivi non ripeta il suo fondamento in un interesse superiore protetto dalla norma proibitiva. Tale non è assicurare che l'atto di ultima volontà assuma la forma del testamento e non anche del contratto. Sicché la contrapposizione tra contratto e testamento appare di natura storico-ideologica, fondata più sulla preferenza tradizionalmente accordata al testamento che ad un'incompatibilità sistemica del contratto con i fenomeni successori che non trova fondamento¹⁰³. A monte della scelta di limitare gli atti *mortis causa* validi al testamento, e quindi di riservare al solo disponente il potere di programmare la sua successione, non c'è altro che una scelta di politica legislativa che non risponde ad alcuna superiore indicazione, neppure di natura costituzionale, come si evidenzierà a breve.

Siffatta conclusione consente di prendere posizione, criticamente, anche nei confronti della tesi secondo la quale il fondamento del divieto dei patti successori istitutivi riposerebbe sulla difesa di un principio di ordine pubblico. Non si scorge alcun valore irrinunciabile a difesa del quale si erge il divieto; non certo l'autonomia privata, ché anzi il divieto di rinunciare alla revocazione del testamento e il divieto di programmazione pattizia della successione costituiscono limiti ad una certa idea di sistemazione successoria, di per sé meritevole di tutela. Ne consegue che non vi sia alcuna finalità di ordine pubblico che sorregga la previsione dell'unicità del testamento tra i possibili strumenti volontari di delazione successoria¹⁰⁴. Del resto, non basterebbe all'individuazione di una norma di ordine pubblico la mera constatazione che essa sia presidiata da dispositivi di tutela particolarmente elevata in caso di sua violazione. L'elevato livello di tutela non è di per sé significativo. Può essere certo una conseguenza (peraltro non

102 C. CACCAVALE, *Il divieto*, cit., 37 ss.; F. MAGLIULO, *Il divieto*, cit., 1418. Osserva, tuttavia, M.R. MARELLA, *Il divieto*, cit., 91 che – con riferimento all'esperienza tedesca – così facendo si priverebbe il contratto ereditario della sua tipicità, facendone un clone del testamento, ove invece proprio l'impegnatività del contratto e la responsabilità che il disponente si assume nei confronti dei predestinati eredi o legatari a caratterizzare in positivo la delazione convenzionale. In senso critico anche C. CECERE, *Patto*, cit., 1002; T. FORMICHELLI, *Riflessioni sulla qualificazione del contratto di attribuzione dopo la morte*, in *Quadrimestre*, 1993, 484.

103 Come avverte L. FERRI, *Disposizioni*, cit., 101, nota 1, in Paesi in cui la tradizione del testamento è meno consolidata, e quindi meno sentita è l'esigenza di tutelare la libertà testamentaria, sia stato riconosciuto, ed espressamente disciplinato dalla legge, il patto istitutivo, come accade in Germania. Peraltro anche in Italia in epoca preunitaria era diffusa la successione contrattuale accanto a quella testamentaria. Lo rileva M. CALOGERO, *Disposizioni*, cit., 106.

104 Riconoscono invece il divieto dei patti successori istitutivi come norma di ordine pubblico, pur rilevando il progressivo scemare della valenza della proibizione sul piano sociale T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, 523 ss.; AA. VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1993, 1291 ss.; F. PENE VIDARI, *Trust e divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 881; V. TAGLIAFERRI, *Il divieto*, cit., 431 e ss. Sostengono invece l'opinione tradizionale G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 543; M. CALOGERO, *Disposizioni*, cit., 111; M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 81 ss.; V. PUTORTÌ, *Morte*, cit., 168. Anche la giurisprudenza tende a sostenere la qualificazione dell'art. 458 cod. civ. come norma di ordine pubblico. Cfr. Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, cit.; Cass. 15 luglio 1983, n. 4827, in *Riv. not.*, 1984, II, 245 ss.; Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, cit.



univoca) della considerazione di una norma come protettiva di un principio di ordine pubblico, ma anche semplicemente esprimere una scelta tecnica resasi necessaria in relazione alla fattispecie normativa in questione¹⁰⁵.

Concludendo allora sul punto, il divieto dei patti successori non costituisce un dover-essere nell'attuale sistema del diritto ereditario, ma è frutto di una scelta storica riconducibile alla cultura e alla tradizione del nostro Paese alla fine degli anni '40; una cultura e una tradizione che si sono evolute successivamente e che appaiono molto diverse in questo nostro tempo.

6. Le logiche che dovrebbero sorreggere la *ratio* del divieto lasciano da tempo indifferente la prassi, da cui anzi si ricava “*l'impressione che il divieto non sia molto sentito e che ormai, salvo qualche ipotesi eccezionale, resti largamente disapplicato*”¹⁰⁶. Inoltre, il divieto è percepito come un irragionevole ostacolo al “*libero dispiegarsi dell'autonomia privata, come un obsoleto fattore di blocco frapposto al perseguimento di interessi sostanzialmente meritevoli di tutela*”¹⁰⁷.

Anche la delegittimazione sociale del divieto suggerisce pertanto un suo ripensamento. Per misurare l'impatto di un'eventuale riforma e calibrarne le dimensioni, dopo averne prospettato gli esiti, occorre considerare separatamente il divieto dei patti dispositivo e rinunciativo da un lato, e istitutivo dall'altro¹⁰⁸.

La questione certamente meno problematica, in prospettiva di riforma, si pone in relazione ai patti dispositivo e rinunciativo¹⁰⁹. Quale sia la funzione che si preferisca assegnare al divieto che li riguarda, una sua revisione non pone ostacoli insormontabili, in considerazione dell'esposta posizione periferica del divieto, oltre che per il suo incerto fondamento¹¹⁰.

105 Sembra essere proprio questa la ragione della scelta per la nullità all'art. 458 cod. civ. Poiché la morte del disponente acquista valore causale rispetto alla produzione degli effetti traslativi, la proibizione di porre in essere contratti a causa di morte, non poteva che condurre all'utilizzo dello strumento della nullità, per coerenza con quanto stabilito in linea generale dall'art. 1418 cod. civ. M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 81 ss. In questa stessa direzione sembra dirigersi, se non si è mal interpretato, in un certo senso anche V. TAGLIAFERRI, *Il divieto*, cit., 438.

106 M.V. DE GIORGI, *Patto*, cit., 533. Cfr. anche F. MAGLIULO, *Il divieto*, cit., 1412 ss.

107 V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., 7.

108 È generalmente condiviso questo approccio differenziato, tant'è che vi sono autori che propongono la riforma di alcuni patti e non di altri. Cfr. ad esempio C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 74 ss. i quali ipotizzano una riforma dei soli patti dispositivo, o la proposta presentata dal Consiglio del Notariato (vedi *supra* nota 50) in cui si avanza la proposta di riformare i soli patti rinunciativo.

109 La dottrina è tendenzialmente unanime nel ritenere che queste due fattispecie possano essere studiate unitariamente, essendo il patto rinunciativo una forma di disposizione di un'eredità futura altrui. Tuttavia, nel solo patto rinunciativo e non necessariamente anche in quello dispositivo, il beneficiario è una persona chiamata alla eredità in luogo del rinunciante, ovvero una persona che, per effetto della rinuncia, vedrebbe accrescere la sua quota. Così L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, ESI, 1962, 46 ss.; L. FERRI, *Disposizioni*, cit., 106 ss.; C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 87 ss.; M. CALOGERO, *Disposizioni*, cit., 161. Per certi versi, come si vedrà, è opportuno invece tenere distinte le due ipotesi, specie quando se ne descriva la rispettiva dimensione pratica e il rapporto con altre norme del codice civile.

110 Sono favorevoli alla riforma del divieto dei patti successori, oltre agli autori citati nelle note precedenti,



Si è detto che, secondo parte della dottrina, il divieto di patti dispositivo e rinunciativo troverebbe la sua ragion d'essere nella protezione da accordare agli improvvidi partecipanti al patto per non essere questi in grado di valutare l'effettiva consistenza patrimoniale di quanto pongono ad oggetto dell'atto dispositivo o abdicativo. Il divieto garantirebbe lo *ius poenitendi* a chi abbia disposto dei diritti che gli spettino dalla futura successione di un terzo. Questa spiegazione del divieto è poco soddisfacente alla luce di una revisione critica della permanenza del divieto. Per un verso essa cela un accento paternalistico che non si confà con l'aspirazione espressa dalla prassi ad una maggiore apertura del diritto successorio al dispiegamento della privata autonomia e quindi ad una maggior fluidità della vicenda successoria. Non è facile comprendere peraltro la ragione per la quale la contrattualizzazione di un elevato rischio connaturato all'operazione economica debba qui generare logiche protettive, mentre il diritto comune dei contratti ammette senza perplessità contratti aventi ad oggetto beni altrui (art. 1478 cod. civ.) o beni futuri (art. 1348 cod. civ.), ovvero contratti che implicano un tasso di incertezza anche maggiore. L'incertezza dell'operazione, infatti, si pone nei patti successori in termini economici più che giuridici, almeno tutte le volte – e sembrerebbe la situazione ipoteticamente più ricorrente - in cui il patto dispositivo o rinunciativo fossero a titolo oneroso. In tal caso, infatti, le prestazioni oggetto del contratto sarebbero già determinate al momento della conclusione del patto (la futura eredità vs il corrispettivo pattuito). La congruità del prezzo della vendita della futura eredità non può evidentemente essere verificata in anticipo, ma non vi è in senso tecnico *alea* nell'identificazione delle prestazioni oggetto del patto¹¹¹.

Peraltro, in caso di corrispettività della cessione o della rinuncia dell'altrui eredità non ancora devoluta, si elide ogni perplessità sulla prodigalità dello scambio, ponendo semmai e se del caso una questione di adeguatezza, che impinge però verso il merito dell'operazione negoziale, rispetto al quale la previsione di una sanzione in termini di invalidità apparirebbe quantomeno incoerente¹¹². Per altro verso, la verifica dell'avvedutezza chi disponga o rinunci in relazione a diritti che non conosce mal si concilia con la scelta per la nullità del patto. La considerazione per la prodigalità del disponente si adatta meglio ad una valutazione in concreto ed *ex post*, piuttosto che ad un indiscriminato divieto *ex ante*. Invero, la disciplina generale sulle invalidità contrattuali ha elaborato una soluzione diversa dalla nullità del contratto quando venga

M.T. LIGOZZI, *Sulla presunta erosione*, cit., 662 ss.; F. GAZZONI, *Patti*, cit., 232 ss.

111 Cfr. in questo senso C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 83. Cfr. sul punto anche M. IEVA, *Commento all'art. 458*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni. Artt. 456-564*, UTET, 2009, 49 ss.

112 Va segnalata, peraltro, la tendenza alla perdita di importanza, nel diritto vivente, del rischio di prodigalità, che tende ad essere assorbito nel fisiologico rischio contrattuale, salva l'applicazione della disciplina in materia di vizi della volontà. Cfr. L.V. MOSCARINI, *Rinuncia (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, 1991, 5; C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 88 ss.; CNN, *Nuove regole*, cit., 53.



in considerazione l'incapacità del contraente (artt. 428 e 1425 ss. cod. civ.). All'interno dello schema dell'annullamento, il legislatore bilancia opportunamente la protezione dal contratto accordata all'incapace con l'eventuale profittabilità dell'operazione economica (comunque) conclusa, da valutarsi, appunto, in concreto ed *ex post*. Sicché la scelta della nullità del patto dispositivo e rinunciativo, valutata nell'ottica della protezione da operazioni eccessivamente rischiose, appare incongrua; altrettanto dicasi nel caso in cui si volesse riconoscere nel patto dispositivo e rinunciativo una convenzione iniqua, poiché risulterebbe incomprensibile la scelta per la nullità senza dare alcuna rilevanza all'eventuale approfittamento dell'altro contraente a danno del disponente¹¹³

Altrettanto difficile è condividere una valutazione di immoralità, o di contrarietà al buon costume¹¹⁴ nel porre la morte di un individuo quale presupposto per il perfezionamento di un atto negoziale che abbia ad oggetto i suoi beni. La fragilità di questa opinione, pure ancora diffusa in dottrina, è evidente se si riflette sulle molte ipotesi lecite di contratti i cui effetti siano collegati alla morte di un soggetto, senza che ciò comporti valutazioni negative dell'ordinamento, tantomeno di tipo proibitivo. L'assicurazione sulla vita di un terzo (art. 1919 cod. civ.), il contratto in favore del terzo con prestazioni da eseguire dopo la morte dello stipulante (1412 cod. civ.), la donazione con riserva di usufrutto, e la congerie di contratti con effetti *post mortem* e transmorte enucleata dalla dottrina, sono tutti casi di operazioni contrattuali nelle quali si prevede che la morte di un soggetto determina la produzione di effetti giuridici, voluti dalle parti o previste per legge, al pari di ciò che accade nei patti dispositivi o rinunciativi¹¹⁵. In un'auspicabile visione laica e meno rugiadosa¹¹⁶ di quella che emerge dalla disamina della disciplina vigente, non vi è spazio per valutazioni di stampo moralistico sul *votum captandae mortis*, tanto più se essa determina una disparità di trattamento rispetto alla regolazione di contratti che, connotati dal

113 Così C.M. BIANCA, *Diritto*, cit., 558 ss.

114 Sulla ricostruzione di questo concetto giuridico, cui viene attribuito significato spesso oscillante in quanto fortemente connotato ideologicamente, cfr. A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, 1959, 400 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, ESI, 1973; C.M. BIANCA, *Diritto*, cit., 621. Interessante notare che l'art. 16 della l. n. 218/1995, nello stabilire il limite dell'ordine pubblico all'applicazione della legge straniera, non fa menzione anche del limite del buon costume che invece appariva nella corrispondente norma previgente (art. 31 delle disp. prelim. cod. civ.).

115 In tal senso A. PALAZZO, *Declino*, cit., 289 ss. il quale evidenzia come esistano strumenti contrattuali analoghi di grande diffusione come l'assicurazione sulla vita o in generale contratti a favore terzo (art. 1412 cod. civ.) in relazione ai quali non emerge alcuna valutazione negativa da parte del legislatore. Cfr. anche V. PUTORTI, *Morte*, cit., 79. Secondo F. MAGLIULO, *Il divieto*, cit., 1141 ss. il *votum captandae mortis* connota anche la posizione degli eredi e legatari che sappiano di essere stati istituiti come tali dal disponente, e quindi non costituisce un tratto esclusivo e caratterizzante dei patti successori.

116 L'espressione è liberamente tratta dal saggio di P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, 409 ss., anche in ID., *Contratto rugiadoso e contratto mite nel diritto europeo e comunitario*, in A. D'Angelo, P.G. Monateri, A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Giappichelli, 2005, 57 ss.



medesimo potenziale *votum*, non siano per ciò solo considerati invalidi¹¹⁷.

Nella valutazione sulla permanenza di questo divieto è utile poi riflettere sul trattamento irragionevolmente differenziato che ricevono il patto dispositivo (nullo) e la vendita di cosa altrui (valida), che non appaiono facilmente distinguibili sul piano pratico. A ben vedere, infatti, qualora taluno disponga a titolo oneroso di un bene altrui, compie esattamente la stessa operazione di chi disponga di una eredità futura, giacché nell'uno come nell'altro caso oggetto del contratto è un bene appartenente al patrimonio di un terzo. Il contratto potrà essere ricondotto all'una o all'altra fattispecie normativa solo sotto il profilo della qualificazione del venditore/disponente come chiamato all'eredità del proprietario attuale del bene o dei beni oggetto dell'operazione, riposando in ciò la distinzione tra le due fattispecie. Tuttavia non è possibile sapere con certezza se un soggetto possa essere considerato ereditando di un terzo attuale proprietario di un bene (né se tale bene sarà ancora presente nel patrimonio del dante causa *successionis*) prima che si apra la successione di quest'ultimo, avvenga la vocazione del chiamato e il chiamato accetti l'eredità. Ma dopo l'apertura della successione e l'accettazione dell'eredità, l'eventuale atto dispositivo non consisterà più nella vendita di una cosa altrui o nella vendita di una eredità futura, bensì di una vendita di eredità ex artt. 1542 ss. cod. civ. La distinzione tra le due figure non è possibile allora sul piano della ricorrenza degli elementi oggettivi della due fattispecie, potendo al più poggiare su una valutazione dei motivi che hanno determinato il venditore/disponente all'operazione negoziale, con tutte le incertezze e le difficoltà di ricostruire l'intimo proposito delle parti. Peraltro, se si trattasse del motivo individuale del solo venditore/disponente esso non potrebbe essere considerato rilevante ai fini della qualificazione del contratto come patto successorio o vendita di cosa altrui; se si trattasse invece di motivi comuni e determinanti, sarebbero bensì rilevanti, ma solo nei limiti e ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.¹¹⁸

A non dissimili conclusioni si giunge, poi, nell'ipotesi in cui l'atto dispositivo o rinunciativo sia a titolo gratuito, stante l'ampia portata dell'art. 769 cod. civ. che, secondo una certa impostazione dottrinale, includerebbe anche l'assunzione di una obbligazione, e quindi anche l'obbligazione di procurarsi la disponibilità della cosa altrui oggetto di disposizione¹¹⁹. Anche questa posizione è discutibile, ritenendo, con altra parte della dottrina, che la donazione di cosa altrui ricada nell'oggetto del divieto di donazione di cosa futura ex art. 771 cod. civ., postulando il concetto di "presenza" dei beni nel patrimonio del donante richiesta dalla norma

117 Non condividono la tesi sul fondamento di immoralità del divieto dei patti dispositivi e rinunciativi A PALAZZO, *Le successioni*, cit., 209; V. PUTORTÌ, *Morte*, cit., 82 ss.; C. CACCAVALE, *Contratto*, cit., 540 ss.

118 Accenna alla sovrapposizione delle due figure L. FERRI, *Disposizioni*, cit., 98.

119 A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 20 ss.; F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Cedam, 1996, 176 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto*, cit., 51.



non solo come esistenza ma anche come appartenenza al patrimonio attuale del donante¹²⁰. Se anche si propendesse per quest'ultima tesi e si rinvenisse una sovrapposizione tra divieto di patto successorio e divieto di donazione di cosa altrui, il fondamento del patto successorio dispositivo e rinunciativo non ne uscirebbe rafforzato, giacché non vi è identità di *rationes* tra le due previsioni¹²¹.

Un cenno conclusivo merita l'assunto secondo il quale il divieto dei patti rinunciativi sarebbe la regola generale rispetto alla quale il divieto di rinuncia preventiva alla legittima (art. 557, comma 2, cod. civ.) costituirebbe applicazione¹²². La tesi – fondata sulla parziale sovrapposizione della *ratio* dei due divieti – non appare del tutto corretta perché la rinuncia alla quota riservata non implica rinuncia all'eredità, bensì sottrae al rinunciante la possibilità di ridurre le disposizioni eventualmente lesive della sua quota, senza con ciò rinunciare a quanto gli sia trasmesso per testamento. L'art. 458 cod. civ. vieta invece la rinuncia all'eredità, che è altra cosa dalla quota di riserva.

7. A differenza che per i patti dispositivi e rinunciativi, la cui eventuale riforma non solleva perplessità sulla tenuta complessiva del sistema successorio, si potrebbe sospettare che un'eventuale abrogazione o ridimensionamento del divieto dei patti successori istitutivi tocchi una nervatura essenziale del diritto successorio, essendo posto a protezione di valori che configurano il diritto ereditario per quello che è nel nostro ordinamento.

Già si sono espressi dubbi sull'esistenza di un sistema di valori che l'art. 458 cod. civ. difenderebbe e sulla eventuale inadeguatezza tecnico-giuridica del contratto rispetto al testamento. L'analisi della norma, nel contesto in cui è inserita, rivela la sua neutralità rispetto a principi che si assumano come fondanti il diritto ereditario italiano. Il divieto in parola difende esclusivamente un'opzione di politica legislativa che attribuisce al testamento l'esclusività nella pianificazione delle vicende successorie, in omaggio alla tradizione e ad un certo *comune sentire* che ammantava di “*sacertà*”¹²³ lo strumento testamentario. Sì che un eventuale intervento

120 Così R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, Vol II, Cedam, 1994, 220; L. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Giuffrè, 1972, 222, che pure considera la donazione di cosa altrui titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà in uno col trasferimento del possesso ex art. 1153 cod. civ.; Sulla stessa linea, ma con argomentazioni parzialmente difformi, A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXII, Giuffrè, 1956, 406.

121 *Contra* V. TAGLIAFERRI, *Il divieto*, cit., 439.

122 Il collegamento tra i due divieti è risalente in dottrina, per tutti cfr. A. CICU, *Le successioni*, cit., 271 ss. Più di recente ne richiama il nesso fra gli altri V. TAGLIAFERRI, *Il divieto*, in *Not.*, 2003, 431; M. IEVA, *Commento*, cit., 31 ss. Sulla recente introduzione in Francia del patto rinunciativo inteso come patto col quale si può rinunciare preventivamente all'esercizio dell'azione di revocazione si dirà *infra*.

123 L'espressione è di G. BONILINI, *Autonomia*, cit., 801 ss.; In tal senso anche C. CACCAVALE, *Il divieto*, cit., 46 ss.



legislativo di riforma non dovrebbe provocare dissesti sistemici.

La questione merita di essere ulteriormente approfondita allargando l'analisi oltre la mera esegesi dell'art. 458 cod. civ. prima di passare ad apprezzare l'opportunità di un intervento di riforma dei patti istitutivi. Vi sono infatti altri indici che concorrono a ritenere che il divieto di patti successori non assurga allo statuto di norma irrinunciabile.

a) Anzitutto non può essere coltivato alcun dubbio di copertura costituzionale del divieto di delazione contrattuale dei beni ereditari. La disposizione costituzionale che si occupa di successioni, ossia l'ultimo comma dell'art. 42, prevede una riserva di legge per la definizione di “*le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità*”.

Si è discusso se questa norma abbia costituzionalizzato la protezione accordata dal Codice Civile ai legittimari. Si è posta in particolare una questione ermeneutica sul significato da attribuire ai “*limiti*” alla successione testamentaria e se nell'affidare alla legge la regolazione della “*successione legittima*” si sia inteso riconoscere l'esistenza anche della successione necessaria, anch'essa una successione *ex lege* al pari di quella legittima; di tal che la tutela della legittima potrebbe essere degradata da tutela reale ad obbligatoria, ma non potrebbe essere elisa dal nostro sistema¹²⁴. Nessun dubbio, invece, può essere sollevato in ordine ad un'eventuale elevazione a rango costituzionale del divieto di delazione ereditaria contrattuale, né all'art. 42 né in altra previsione della Costituzione. Il riferimento esclusivo alla successione legittima e testamentaria che si legge nell'ultimo comma dell'art. 42 della Costituzione non esclude di per sé che possano essere previste altre forme di devoluzione alternative alla legge e al testamento. La norma costituzionale semplicemente non si occupa di (e quindi, per quanto qui interessa, non vieta) eventuali altre forme di delazione. Sotto altro profilo, la previsione costituzionale non può neppure essere interpretata nel senso di attribuire alle due menzionate ipotesi di delazione ereditaria una funzione sociale, alla stregua del comma 2 dell'art. 42, donde altre ipotesi di delazione volontaria sarebbero precluse perché non conformi alla funzione sociale assoluta dalla delazione legale e testamentaria¹²⁵. Nessun vincolo costituzionale, pertanto, osta ad un'eventuale

124 In dottrina si preferisce tuttavia la soluzione negativa, in ragione del fatto che la disposizione costituzionale si limita a creare una riserva di legge con riferimento ai limiti della successione legittima (oltre che testamentaria), che è altro dalla successione necessaria. Cfr. G. PANZA, E. PANZA, *Successioni in generale tra Codice civile e Costituzione*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da P. Perlingieri, ESI, 2004, 10 ss.; A. D'ALOIA, *La successione mortis causa nella costituzione*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, Giuffrè, 2009, 43 ss.; M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, 31 ss.; E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 171. P. RESCIGNO, *La successione*, cit., 8; G. BONILINI, *Successione in generale, e successione testamentaria, nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Famiglia, persona e successioni*, 2006, 584 ss. Cfr. sul punto anche G. GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Famiglia*, 2001, 11 ss.

125 In tal senso P. RESCIGNO, *Attualità*, cit., 7 ss. anche per un confronto con la disciplina costituzionale



ridimensionamento del divieto dei patti successori.

b) Allargando ora lo sguardo oltre i confini nazionali, ed in particolare osservando i casi in cui il diritto successorio straniero trova applicazione in Italia sulla base del rinvio ad esso operato da norme di conflitto del nostro diritto internazionale privato, è possibile mettere alla prova la criticità del divieto dei patti successori istitutivi tutte le volte in cui il nostro ordinamento debba confrontarsi con regole provenienti da ordinamenti stranieri che ammettano i patti successori. Le ipotesi in considerazione sono quelle in cui avanti ad un giudice italiano venga posta la questione del riconoscimento della validità ed efficacia di un patto successorio in applicazione di una *lex successiois* straniera, o in cui venga posta in esecuzione in Italia una decisione assunta da un'autorità giurisdizionale straniera che attribuisca al soggetto richiedente un diritto in forza di un patto successorio valido ed efficace secondo la *lex fori*. In entrambi i casi le autorità italiane si trovano a dover riconoscere diritti successori acquisiti attraverso strumenti vietati nel nostro ordinamento.

Sorge qui il dubbio, accreditabile dall'idea che l'art. 458 cod. civ. presidi principi irrinunciabili del nostro sistema successorio, che si debba opporre all'applicazione del diritto straniero il limite dell'ordine pubblico internazionale ex art. 16 l. 218/1995¹²⁶. Come noto, se una norma di diritto interno sia considerata esponentiale di un principio fondamentale dell'ordinamento, un principio cioè irrinunciabile e per questa ragione caratterizzante il settore in cui tale norma è inserita, tale norma impedisce l'applicazione di una norma straniera ad essa eventualmente contrastante applicabile in virtù del rinvio ad esso operato da una norma di conflitto, come prescrive oggi l'art. 16 della l. 218/1995¹²⁷.

Dottrina¹²⁸ e giurisprudenza¹²⁹ unanimi, però, sostengono che non sia ravvisabile nel divieto dei patti successori un presidio di ordine pubblico internazionale. E così i giudici italiani non oppongono il contrasto con l'ordine pubblico internazionale quando viene in considerazione un patto successorio valido in base ad una *lex successiois* straniera che ammetta quel patto, così

tedesca; G. BONILINI, *Autonomia*, cit., 800 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., 150 ss.

126 Questo era esattamente l'indirizzo espresso da una risalente sentenza della Cass. Firenze, 12 dicembre 1895, in *Foro it.*, 1896, I, c. 142 ss. che si era espressa, vigente il Codice Civile del 1865, in favore del riconoscimento del divieto di patti successori come principio di ordine pubblico.

127 Sulla nozione di ordine pubblico internazionale G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Jovene, 1965, 70 ss.; G. SPERDUTI, *Sul limite dell'ordine pubblico*, in *Riv. dir. int.*, 1960, 303 ss. Sulla funzione sistematica del principio di ordine pubblico internazionale cfr. T. BALLARINO, *Diritto*, Cedam, 2011, 303 ss.

128 L. FERRI, *Disposizioni*, cit., 103; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., 214; P. MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, ESI, 1996, 216 ss.; S. BARIATTI, *Riforma del sistema italiano di diritti internazionale*, in ID. (a cura di), *Riforma del diritto internazionale privato*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 1996, 1353; P. PICONE, *La legge applicabile alle successioni*, in AA. VV., *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile*, Giuffrè, 1991, 95 ss.; F. MAGLIULO, *Il divieto*, cit., 1411 ss.

129 Cfr. Cass. 6 ottobre 1955, in *Foro it.*, Rep. 1955, voce Successione, n. 8; Trib. Bolzano 8 marzo 1968, in *Foro it.*, Rep. 1969, voce Successione, n. 34; Cass. 5 aprile 1984, n. 2215, in *Foro it.*, I, 1984, c. 2253.



come danno piena esecuzione alle decisioni straniere che riconoscano diritti derivanti da un patto successorio istitutivo ritenuto valido ed efficace in base alla legge sostanziale applicabile. È pacifico, infatti, anche per coloro che qualificano il divieto di cui all'art. 458 cod. civ. norma di ordine pubblico (interno) che il divieto non rientri nel nucleo ristretto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano che, come tali, possono essere opposti all'applicazione di una legge straniera, pure applicabile secondo il diritto internazionale privato italiano, che non li riconosca¹³⁰.

Questa linea interpretativa trova una conferma dalla lettura dell'art. 46 della l. n. 218/1995¹³¹ che contiene la disciplina sulla scelta della legge regolatrice in caso di successioni aventi carattere internazionale¹³². La disposizione citata individua quale criterio per determinare la legge regolatrice della successione quello della nazionalità del *de cuius* al momento della morte. Accanto a questo criterio legale, la medesima norma consente all'interessato di scegliere, quale legge applicabile alla sua successione, la legge del Paese in cui egli abbia residenza al momento della scelta, a patto che sia anche il Paese ove questi sia residente al momento dell'apertura della successione. Il secondo comma dell'art. 46 prevede tuttavia un limite di diritto materiale all'operatività della *electio iuris* in favore della legge del Paese di residenza: se l'opzione è stata effettuata dal cittadino italiano in favore di una legge straniera che pregiudica i diritti successori dei legittimari residenti in Italia al momento dell'apertura della successione, l'*electio iuris* non vale ad escludere l'applicazione della disciplina italiana in materia di successione necessaria. Si tratta evidentemente di una norma che ha l'obiettivo di evitare che il disponente modifichi "ad arte" la sua residenza al fine di effettuare l'*electio iuris* e disinnescare i limiti della tutela della legittima rispetto a donazioni e disposizioni testamentarie.

La natura di questo limite, operando sul piano dei rapporti giuridici aventi carattere di internazionalità con una previsione inderogabile, indubbiamente enfatizza l'importanza strategica per il nostro diritto successorio attuale della tutela della legittima. Essa si configura quale norma

130 M. CALOGERO, *Disposizioni*, cit., 138 ss., il quale proprio in virtù dell'estraneità del divieto di patti successori dal novero dei principi di diritto pubblico internazionale, sostiene che non vi sarebbero ragioni di sistema al ridimensionamento o anche all'abolizione del divieto.

131 Per un'analisi dettagliata della disposizione in commento cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, UTET, 2010, 160 ss.; A. MIGLIAZZA, *Successione (diritto internazionale privato)*, Nov. dig., XVIII, Torino, 1971, 881 ss.; M.B. DELI, *Commento all'art. 46 della l. n. 218/1995*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1996, 1294 ss.; E. CALÒ, *Patto successorio tra conviventi olandesi*, in *Riv. not.*, 2000, 1325 ss.; F. TONOLO, *Successioni*, in G. Conetti, S. Vismara, F. Tonolo, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2001, 204 ss.; F. TROMBETTA PANIGADI, *La successione*, cit., 231 ss.; P. MENGOZZI, *Diritto internazionale privato*, ESI, 2004, 168; T. BALLARINO, *Diritto*, Cedam, 2011, 523 ss.; F.P. LOPS, *Le successioni per causa di morte*, in AA. VV. *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2001, 225 ss.; U. VILLANI, *Le successioni e le donazioni (art. 46.51 e 56)*, in *Corr. giur.*, 1995, 1249 ss..

132 Come si avrà modo di approfondire oltre, gli articoli da 46 a 50 della l. n. 218/1995 resteranno in vigore solo sino al 17 agosto 2015, data in cui entrerà in vigore per intero il Regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni a carattere internazionale (art. 84).



inderogabile, o più precisamente ineludibile¹³³, una barriera all'applicazione in Italia, nei confronti di cittadini italiani residenti in Italia, di un diritto materiale straniero che non riconosca analoga tutela. A prescindere dalle perplessità suscitate da un simile limite¹³⁴, giova qui osservare che un analogo limite non sia stato elaborato con rispetto al divieto dei patti successori, che non riceve pertanto un trattamento normativo comparabile. Sicché solo la tutela della legittima, e nei limiti di cui all'art. 46, comma 2, l. n. 218/1995, acquista valore di norma imperativa nei rapporti successori internazionali, confermando, per contro, la non essenzialità del divieto dei patti successori nel sistema successorio vigente.

c) Vi è un ulteriore argomento, tratto dallo stesso diritto successorio, a supporto della tesi in base alla quale il divieto dei patti successori non è (o almeno non è più) un cardine del sistema successorio. Si tratta dell'introduzione nel Libro Secondo del Codice Civile del patto di famiglia ad opera della l. n. 55/2006¹³⁵.

133 È discusso se il secondo comma dell'art. 46 l. n. 218/1995 costituisca norma di ordine pubblico internazionale o meno. Secondo parte della dottrina (P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Giuffrè, 2001, 201 ss.; F. TROMBETTA PANIGADI, *La successione*, cit., 226, nota 42) il limite avrebbe natura comparabile alle cc.dd. Norme imperative "semplici" tipiche della Convenzione di Roma del 1980 (cfr. artt. 5 e 6); esse cioè avrebbero carattere sostanziale, nel senso che non opererebbero necessariamente ma solo quando la disciplina straniera applicabile in ragione della scelta di legge del disponente non offra ai legittimari residenti in Italia la medesima protezione che la tutela della legittima assicurerebbe loro.

134 Peraltro destinato a scomparire per effetto dell'entrata in vigore del regolamento UE n. 650/2012 e peraltro sospettato da più parti di essere incostituzionale sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto ai legittimari non residenti in Italia, e per le stesse ragioni contrario all'art. 12 della Carta di Nizza. Cfr. A. MIGLIAZZA, *Successione*, cit., 4.; G. CONETTI, *La riforma del diritto internazionale privato e processuale civile internazionale*, in *Studium iuris*, 1995, 3; A. BONOMI, *La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé et ses implications dans les relations italo-suissees*, in *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 500 ss.; P. PICONE, *La legge*, cit., 74.

135 La letteratura formatasi sul patto di famiglia è diventata in pochi anni vastissima. Tra i principali contributi si segnalano M.C. ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, 41 ss.; F. CORRENTE, *Il patto di famiglia: una nuova legge al servizio dell'impresa*, in *Gazz. not.*, 2006, 90 ss.; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, 893 ss.; ID., *Divisione e patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 767 ss.; G. DE NOVA, F. DELFINI, S. RAMPOLLA, A. VENDITTI, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Giuffrè, 2006; G. DI GIANDOMENICO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Il patto di famiglia nella sistematica del codice*, in AA. VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Giuffrè, 2006, 140 ss.; A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Dir. fam.*, 2007, 289 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, II, 2006, 217 ss. e in www.judicium.it; B. INZITARI, P. DAGNA, V. FERRARI, V. PICCININI, *Il Patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Giappichelli, 2006; S. LANDINI, *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?*, in *Famiglia*, 2006, 839 ss.; F. MAGLIULO, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in AA. VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Giuffrè, 2006, 282 ss.; P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. impr.*, 2006, 551 ss.; A. MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in AA. VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Giuffrè, 2006, 22 ss.; E. MINERVINI (a cura di), *Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Giuffrè, 2006; G. OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2006, 407; ID., *Il patto di famiglia*, Padova, 2006; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, 401



Il controverso dettato normativo ha introdotto un nuovo Capo V-bis al Titolo IV del Libro Secondo, al termine del capo dedicato alla divisione ereditaria, nel quale hanno trovato collocazione i nuovi articoli da 768-bis a 768-octies cod. civ. nei quali è stata delineata una nuova figura contrattuale, appunto il patto di famiglia, a mezzo del quale un imprenditore o il titolare di una partecipazione societaria cede, rispettivamente, l'azienda o un suo ramo, o in tutto o in parte la partecipazione societaria, ad un discendente (art. 768-bis cod. civ.), con il consenso degli altri potenziali legittimari "attuali" (768-quater, comma 1, cod. civ.), sancendo l'impegno del beneficiario del patto di liquidare agli altri legittimari una somma pari a quanto spetterebbe loro a titolo di quota riservata se si aprisse la successione al momento della conclusione del patto (art. 768-quater, comma 2, cod. civ.). Quanto trasmesso con il patto viene esentato dal rispetto della disciplina sulla collazione e sulla riduzione (art. 768-quater, ultimo comma, cod. civ.).

La novella ha inoltre previsto un ulteriore intervento nel Codice Civile a modifica dell'art. 458 cod. civ., il legislatore del 2006 ha fatto precedere l'inizio del testo originale dalla seguente esenzione: "*Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti*".

Dalla semplice dislocazione della novella nel corpo del codice e dall'utilizzo del termine "*patto*"¹³⁶, si comprende quale fosse il proposito del legislatore della riforma: prevedere un'ipotesi eccezionale di patto successorio valido inserendo *ad hoc* una deroga testuale all'art. 458 cod. civ.

Il legislatore ha evidentemente inteso prestare attenzione alle indicazioni della dottrina nel senso di alleggerire la rigidità del divieto di patti successori quando oggetto della trasmissione intergenerazionale fossero beni produttivi, in ragione di quella indubbia specificità dei valori d'impresa già addietro segnalata¹³⁷. A differenza delle alternative contrattuali al testamento

ss.; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 808 ss.; ID., *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Giuffrè, 2006, 150 e ss.; L. ALBERTINI, *Conclusioni e formazione progressiva del patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2007, 911 ss.; G. AMADIO, *Profili funzionali del Patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 267 ss.; ID., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati, Patto di famiglia e funzione divisionale*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Giuffrè, 2006, 75 ss.; ID., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, 867 ss.; L. BALESTRA, *Il patto di famiglia ad un anno dalla sua introduzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 727 ss.; D. DAMASCELLI, *Il patto di famiglia nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 619 ss.; M. IEVA, *Patto*, cit., 317 ss. (in particolare 327, nota 17, per un'ampia rassegna bibliografica); ID., *Art. 768 quater cod. civ. (commi 1°, 2° e 4°)*, in *Nuove leg. civ. Comm.*, 2007, 55 ss.; U. LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, UTET, 2007; A. MERLO, *Appunti sul patto di famiglia*, in *Società*, 2007, 948 e ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2007, 261 ss.; F. PARENTE, *Le disposizioni in « forma indiretta » connesse alla morte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 107 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 164 ss.; F. VOLPE, *Patto di famiglia. Artt. 768bis-768octies*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2012, *passim*.

¹³⁶ Di per sé non si tratta di un sinonimo di contratto molto consueto nel lessico codicistico, come rileva P. RESCIGNO, *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di), *Trattato dei Contratti* diretto da P. Rescigno, I, Giappichelli, 1999, XXIX.

¹³⁷ Esprime dubbi di principio sull'opportunità di una successione separata per via contrattuale dei beni produttivi, confortato in tal senso dall'inesistenza di simili disposizioni in altri Paesi, particolarmente di



elaborate dalla prassi, il patto di famiglia avrebbe prefigurato un vero e proprio contratto *mortis causa*, fornendo così al diritto successorio uno strumento efficiente di gestione del passaggio generazionale della ricchezza d'impresa concorrente a quelli usualmente definiti dal diritto societario¹³⁸.

Fatto si è che il patto di famiglia non presenti affatto le caratteristiche di un patto successorio¹³⁹. Nonostante la clausola di salvezza inserita nell'art. 458 cod. civ. e i proclami che hanno accompagnato i lavori preparatori¹⁴⁰, esso prevede un trasferimento attuale, al valore attuale¹⁴¹, dei beni produttivi (inequivocabile la coniugazione al presente del verbo trasferire all'art. 768-bis) e non *de residuo*¹⁴², quindi i partecipanti al patto restano liberi di rinunciare all'eredità dell'imprenditore o del socio disponente quando si aprirà la sua successione, ad esclusione solo dell'assegnazione dell'azienda o della partecipazione effettuata con il patto¹⁴³. Si tratta di un modello contrattuale, dapprima accostato alla donazione modale¹⁴⁴, poi al contratto

area europea, A. BORTOLUZZI, *Successione*, cit., 881 ss.

138 Più che alla trasmissione di aziende e rami d'azienda, il patto successorio appare pensato, in effetti, per la trasmissione delle quote sociali. Quando un imprenditore individuale giunge al momento della programmazione successoria del compendio aziendale e percepisca l'esistenza di una pluralità di aspettative relative alla loro trasmissione generazionale spesso si determina a creare una società *ad hoc* e a distribuirne (già in vita o solo *mortis causa*) le quote tra coeredi. Sulla polverizzazione proprietaria e gli inconvenienti che ne derivano tornano utili le riflessioni svolte a proposito dei rischi connessi all'eccessiva numerosità delle persone dalle quali dipendano decisioni strategiche su risorse scarse di F.I. MICHELMAN, *Ethics, Economics and the Law of Property*, in J.R. Pennock, J.W. Chapman, *Nomos XXIV: Ethics, Economics, and the Law*, New York University Press, 1982, 9 ss.; M. HELLER, *The tragedy of Anticommons. Property in the transitino from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 1998, 621 ss.

139 Sostengono la tesi opposta, in conformità alla formale eccezione al divieto di cui all'art. 458 cod. civ., M.C. ANDRINI, *Il patto*, cit., 41 ss.; F. CORRENTE, *Il patto*, cit., 90 ss.; A. RESTUCCIA, *Divieto dei patti successori, successione nell'impresa e tutela dei legittimari: esigenze di protezione a confronto*, in U. La Porta (a cura di), *Il patto*, cit., 43 e ss.

140 Così la relazione al disegno di legge 8 aprile 2003 n. 3870 da cui ha preso le mosse la novella legislativa in commento: "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 di impresa".

141 E quindi contrariamente alla valutazione dei beni ereditari che avviene necessariamente al tempo dell'apertura della successione ex artt. Art. 556, 747 e 750, primo comma, cod. civ.

142 Se anche si volesse dar pieno credito alla modifica dell'art. 458 cod. civ., non sarebbe del tutto chiaro rispetto a quale specie di patto successorio dovrebbe considerarsi eccezione il patto di famiglia. Ritengono che il patto di famiglia sia un patto successorio dispositivo A. MASCHERONI, *Divieto*, cit., 19 ss.; F. MAGLIULO, *L'apertura*, 282 ss.; B. INZITARI, P. DAGNA, V. FERRARI, V. PICCININI, *Il Patto*, cit., 63 ss.; G. DE NOVA, *Articolo 1*, in G. De Nova, F. Delfini, S. Rampolla e A. Venditti, *Il patto*, cit., 5 ss.; G. OBERTO, *Il patto*, cit., 54; M. CALOGERO, *Disposizioni*, cit., 96 e ss.; L. BALESTRA, *Il patto*, cit., 727 ss.; S. LANDINI, *Il c.d. patto*, op. cit., 851; M. C. LUPETTI, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in CNN Notizie del 14 febbraio 2006; A. MERLO, *Il patto di famiglia*, CNN Notizie del 14 febbraio 2006.

143 Fra gli altri F. GAZZONI, *Appunti*, cit., 217 ss.

144 M. C. LUPETTI, *Patti*, cit.; ID., *Il finanziamento dell'operazione: family buy out*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Giuffrè, 2006, 361 ss. (ove ha ritenuto però che il patto di famiglia configuri una liberalità non donativa); A. MERLO, *Divieto*, cit., 101; A. PALAZZO, *Il patto*, cit., 267.



divisionale¹⁴⁵, ed anche considerato tipo contrattuale a sé¹⁴⁶, la cui intersezione con il diritto successorio va riconosciuta non tanto nell'asserita eccezione al divieto dei patti successori, bensì nella – pure rilevante – segregazione dei beni assegnati rispetto all'applicazione della collazione e dell'azione di riduzione.

Non è questa la sede per approfondire questi e i molti altri problemi ermeneutici che emergono dall'esame di una disciplina complessivamente mal congegnata e che ha suscitato tanto interesse nella dottrina quanto disinteresse nella prassi. È sufficiente soffermarsi sul dato di politica legislativa, ossia che il legislatore abbia finalmente maturato la consapevolezza di dovere e potere intervenire nel “sacro recinto” dell'art. 458 cod. civ.

L'intervento del legislatore del 2006 è stato indubbiamente improvido, e non solo per l'abbaglio di aver considerato il patto di famiglia un patto successorio a tutti gli effetti. L'insoddisfazione della prassi per un modello che avrebbe dovuto brillare per *effectiveness*¹⁴⁷ e che invece non cattura l'interesse del mondo dell'impresa, in un'ottica più ampia e *de iure condendo* non priva tuttavia la significatività del tentativo di modificare il divieto dei patti successori, che peraltro indica per il futuro un metodo di intervento di modernizzazione del divieto attuale dai patti successori di carattere non meramente erosivo dell'art. 458 cod. civ.¹⁴⁸

8. Si è riferito del mutamento delle forme e della natura della ricchezza nel mercato contemporaneo, ed in particolare alla generazione e ad assunzione di rilievo di ricchezza in vario modo correlata con interessi di carattere strettamente personale, imprenditoriale o collettivo.

145 G. AMADIO, *Profili*, cit., 267 ss.; ID., *Divieto*, cit., 75 ss.; ID., *Patto*, cit., 867 ss.; M. IEVA, *Art. 768 quater cod. civ. (commi 1°, 2° e 4°)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2007, 55; ID., *Il patto di famiglia*, cit., 345 (in cui si dà atto di un parziale cambiamento di opinione dell'Autore rispetto al suo originario orientamento); F. GAZZONI, *Appunti*, cit., 219; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Giuffrè, 2006, 150 ss.; S. DELLE MONACHE, *Spunti*, cit., 889 ss.; ID., *Divisione*, cit., 767 ss.; G. RIZZI, *Il patto di famiglia, Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, *Not.*, 2006, 429 ss.; Con argomentazioni anche di stampo comparatistico A. DI SAPIO, *Osservazioni*, cit., 289 e ss.

146 G. PETRELLI, *La nuova disciplina*, cit., 407 ss.; N. DI MAURO, *Il patto di famiglia, Commentario alla Legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in E. MINERVINI (a cura di), *Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Giuffrè, 2006, 54 ss.; G. OBERTO, *Il patto*, cit., 27; A. PISCHETOLA, *Prime considerazioni sul patto di famiglia*, in *Vita not.*, 2006, 462 ss.

147 Come già ricordato, ce lo chiedeva l'Europa nella Comunicazione della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese (pubblicata in G.U.C.E. 98/C 93 del 28 marzo 1998). Sull'importanza della *effectiveness* nella definizione delle politiche comunitarie e per la comprensione del sistema della fonti europee, cfr. F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law review*, 1993, 19 ss.

148 Sul punto si tornerà *infra*. A. BORTOLUZZI, *Successione*, cit., 874 ss.; ID., *L'impresa, l'azienda e il suo trasferimento*, Giappichelli, 2001, dubitava, prima della novella del 2006, che si potesse puramente e semplicemente abrogare l'art. 458 cod. civ. per introdurre un patto successorio per l'impresa, dovendo anche prevedere la regolazione ad hoc del contratto successorio introdotto in via di eccezione rispetto al divieto. Condivide l'importanza dell'intervento legislativo del 2006 in un'ottica di prospettiva futura F. VENTURINI, *Profili di contrattualizzazione a finalità successoria*, Firenze University Press, 2012, 228 ss.



Quando il patrimonio di un individuo coinvolga proprietà connotate da tali elementi di complessità, il disponente può avere un particolare interesse che la loro trasmissione alle più giovani generazioni avvenga nel rispetto di certe condizioni di utilizzo da parte del futuro beneficiario, di cui assicurarsi prima dell'atto di disposizione in suo favore¹⁴⁹; il beneficiario, a sua volta, può essere interessato, in ragione proprio della natura della proprietà oggetto della programmata trasmissione generazionale, a sapere con anticipo, e senza timore di ripensamenti, di poter contare sull'attribuzione *mortis causa* di tale proprietà in suo favore.

Si pensi, a titolo di esempio, alla trasmissione delle quote di una società di capitali che l'attuale socio di maggioranza intenda assegnare a quello, tra i suoi figli, che si impegni con il padre a lavorare sin d'ora con lui nell'attività imprenditoriale, maturando così l'esperienza necessaria e la *leadership* per condurre in futuro l'attività imprenditoriale. La trasmissione *mortis causa* della quota di controllo si configura come il premio che il genitore intende conferire al figlio che dimostri interesse e responsabilità, a beneficio della prosecuzione familiare dell'attività imprenditoriale. Per il figlio, l'assunzione di un simile impegno può significare rinuncia ad altre sue aspirazioni, bilanciate però dalla consapevolezza di divenire – alla morte del padre – il socio unico di riferimento.

Una considerazione particolare meritano anche quelle situazioni in cui patrimoni individuali di diversi individui siano strettamente interconnessi, di tal che i destini anche *post mortem* di uno di essi non sono indifferenti per l'altro, e appaia opportuno coordinare le rispettive pianificazioni successorie attraverso una regolazione “quadro” condivisa¹⁵⁰. È il caso dei beni comuni dei coniugi in regime di comunione o delle quote di comproprietà di un bene appartenenti a soggetti diversi¹⁵¹. In tali casi può essere utile raggiungere un certo grado di consenso reciproco sulle condizioni di subentro patrimoniale, non solo con riguardo ai singoli partecipanti all'accordo, ma anche con riferimento ai loro discendenti (che, nel caso dei coniugi in regime di comunione, possono anche essere figli di una precedente relazione), onde evitare che scelte unilaterali ed egoistiche di un soggetto possano danneggiare gli altri¹⁵².

149 Sul punto T. FORMICHELLI, *Riflessioni*, cit., 480 ss.

150 Cfr. sul punto F. PENE VIDARI, *La successione*, cit., 11.

151 Nella prassi societaria si assiste a casi in cui i soci provvedono a stipulare accordi sui criteri di preferenza dei successibili e sulle condizioni di subentro attraverso patti parasociali, e quindi strumenti contrattuali sebbene tipicamente societari, i quali tuttavia scontano il carattere necessariamente precario della convenzione sulla quale i soci non possono fare affidamento di medio-lungo termine. A proposito dei patti parasociali con funzione successoria si rinvia a M. LAMANDINI, *La trasmissione della ricchezza familiare: i patti parasociali*, in *Giur. comm.*, 2004, 350 ss.

152 È opportuno evidenziare che l'ipotesi qui in esame intercetta situazioni diverse da quelle che si verificano in caso di testamenti congiuntivi e reciproci. Rispetto ai primi, le convenzioni successorie qui all'esame non sono meramente plurisoggettive, ma sono causalmente correlate; mentre rispetto ai secondi, non necessariamente i beneficiari delle convenzioni successorie sono gli stessi stipulanti, bensì possono essere – come detto – anche soggetti diversi. Il divieto di redigere testamenti congiuntivi e reciproci (art.



In tutte queste situazioni, un piano di avvicendamento generazionale suggerisce l'utilizzo del contratto. Si propone utile cioè una valutazione comune tra disponente e potenziale beneficiario sulla reciproca e corrispettiva convenienza a determinare un certo assetto patrimoniale che presuppone un loro confronto e un dialogo *ex ante* nella direzione di una eventuale assunzione reciproca di impegni. Il confronto, in prospettiva successoria, esiterà in un accordo se vi sia convergenza di interessi rispetto alla prospettata successione. In caso contrario non si darà corso all'anticipata pianificazione successoria, scongiurando i pericoli di una predisposizione successoria sgradita e pertanto difficilmente attuabile dopo la morte del disponente, e in tal caso quest'ultimo potrà con anticipo determinarsi diversamente. Il potenziale beneficiario diviene così protagonista e non semplicemente spettatore di scelte che lo coinvolgeranno direttamente in futuro¹⁵³.

Beninteso, già oggi il disponente interroga disponibilità ed interessi del potenziale beneficiario nell'ottica di un subentro *post mortem* prima di redigere testamento o, più frequentemente, prima di predisporre anticipazioni successorie, specie quando si tratti di porre le condizioni perché il designato successore acquisti il comando dell'attività imprenditoriale una volta aperta la successione (per esempio negoziando clausole statutarie di circolazione *mortis causa* della partecipazione, ovvero concludendo patti parasociali con gli altri soci¹⁵⁴). Senza un patto successorio, però, residua sempre un margine di incertezza sulla realizzazione di quanto concordato sul piano informale. La consapevolezza dell'inesistenza di un *vinculum* al rispetto delle pattuizioni potrebbe dissuadere il disponente dall'operazione o, per converso, persuadere il beneficiario a fare promesse che poi non necessariamente verranno mantenute. Ove dunque difetti, *ex ante* o *ex post*, la fiducia tra le generazioni, solo il contratto può mettere a disposizione congegni utili a vincolare disponente e beneficiario all'adempimento delle promesse. Finché però l'istituzione ereditaria per contratto sarà vietata, si continueranno a produrre i frequenti cortocircuiti nella trasmissione ereditaria dei patrimoni complessi a cui assistiamo da tempo, e che si possono misurare anche in termini di inefficienza allocativa.

Un primo profilo di inefficienza si traduce in un ostacolo alla circolazione della ricchezza. L'indisponibilità di un modello regolativo che consenta di programmare in contraddittorio con i promissari assegnatari può indurre l'attuale titolare di tali diritti non tanto a riconsiderare gli

589 cod. civ.) non interferisce quindi con l'analisi che si sta qui conducendo sul divieto dei patti successori, stante l'eterogeneità delle fattispecie e delle rispettive *rationes*.

153 Condividono l'idea che sia indispensabile la condivisione del programma successorio anche da parte del destinatario dell'assegnazione successoria A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, 1995, 43; A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Dir. priv.* 1998, Cedam, 1999, 256.

154 M. LAMANDINI, *La trasmissione*, cit., 350 ss.



obiettivi allocativi per via testamentaria, bensì a rinunciare alla loro trasmissione *mortis causa*. È il caso del genitore che, consapevole della complessità del suo patrimonio, della numerosità e litigiosità dei suoi figli e della inaffidabilità sulla loro fedeltà “morale” ai suoi desideri, preferisca consumare in vita le sue proprietà piuttosto che conservarle perché vengano distribuite tra i suoi discendenti (o distribuite a terzi estranei alla famiglia), onde non generare liti o evitare la frantumazione di una ricchezza accumulata con fatica e rinunce¹⁵⁵.

Sono da considerare anche i costi e i tempi di assegnazione e distribuzione dell'attivo ereditario che un contratto *mortis causa* potrebbe ridurre significativamente. Il disponente che, non potendo concordare il passaggio generazionale, si determini a redigere comunque un testamento spinto dal desiderio di raggiungere comunque gli obiettivi che avrebbe potuto realizzare con un patto successorio, farà transitare il suo patrimonio attraverso la complessa e lunga sequenza procedimentale tipica del nostro diritto ereditario (dall'accettazione dell'eredità fino alla divisione e al pagamento dei debiti ereditari), senza poter contare sul alcun grado di certezza circa la effettiva realizzazione del programma di distribuzione della ricchezza desiderato dal disponente dopo la sua morte¹⁵⁶.

Inoltre, sul piano del diritto vivente va considerato in quest'ottica il fenomeno, più volte rammentato, del ricorso a contratti anticipatori in funzione alternativa al testamento. Questa prassi dimostra quanto alta sia la percezione sociale dell'importanza del consenso dei beneficiari, ma costringe gli interessati a sostenere costi a volte anche molto elevati per congegnare contratti che vadano esenti dal pericolo di una comminatoria di nullità ex art. 458 cod. civ. Anche se la giurisprudenza – come visto - ha raramente riconosciuto in relazione ad essi la violazione del divieto dell'art. 458 cod. civ., lo ha fatto in ragione del riconoscimento che il divieto in esame possa essere neutralizzato per mezzo di alcuni meccanismi, e non di altri, la cui conoscenza è affidata a professionisti legali specializzati a cui potrebbe non essere necessario ricorrere se si disponesse di un modello legale, oppure ai quali si potrebbe o dovrebbe ricorrere senza sostenere

155 Cfr. R. COOTER, T. ULEN, *Law & Economics*, VI ed., 2011, 156 ss., che parlano a proposito di questo genere di disincentivi alla circolazione *mortis causa* dei beni di *depletion cost*, ovvero di costo collegato alla consumazione dei beni o della loro capacità produttiva prima della morte del proprietario. Il “costo” qui si configura appunto come impedimento alla libera circolazione dei beni causato da una scelta normativa inefficiente che impedisce o comunque non agevola il trasferimento successorio dei beni e comunque come riduzione del valore di mercato di tali beni qualora la *depletion* non li abbia totalmente consumati, come nell'esempio del campo agricolo la cui fertilità viene completamente esaurita da una intensa coltivazione durante la vita del proprietario. In tale ipotesi il bene produttivo, che non si è potuto trasferire a causa degli impedimenti di diritto ereditario ad una efficiente destinazione successoria, verrà comunque ereditato dalle più giovani generazioni della famiglia del proprietario, ma con un valore di mercato nullo o comunque significativamente ridimensionato in negativo.

156 Affronta questi temi, sebbene in prospettiva di critica al sistema di tutela della legittima e non nell'ottica qui preferita di emersione di inefficienze collegate al divieto assoluto di patti successori, F. PENE VIDARI, *La successione*, cit., 11.



i costi di “confezionamento” di un modello negoziale *ad hoc*¹⁵⁷.

Complessità ed efficienza sono dunque i concetti chiave per comprendere i pregi di una delazione contrattuale. Lo strumento di programmazione successoria non è quindi indifferente, in linea di principio, alla natura e alla qualità dei beni da trasmettere, e quindi anche alla natura dei soggetti a cui destinare i beni¹⁵⁸. Il testamento fatica ad proporsi come strumento efficiente per la distribuzione di una certa categoria di beni e valori economici che appaiono di complessa assegnazione e circolazione senza il consenso del destinatario. Si tratta di situazioni in cui proprio l'efficienza allocativa è ricercata dal disponente, il quale indubbiamente sarà indotto a cercare nell'ambito dei suoi affetti l'assegnatario di tali beni, ma pur sempre utilizzando un'ottica non orientata, o non orientata esclusivamente, alla solidarietà familiare. Con altre porzioni del suo patrimonio, o attraverso strumenti diversi da quelli successori, il titolare di patrimoni complessi può assecondare più autentici obiettivi solidaristici e di conservazione familiare della ricchezza. Per questo genere di attribuzioni non è necessario avviare un dialogo intergenerazionale e ricercare accordi, anche perché non si incontrerebbero grandi difficoltà nell'acquisizione di un consenso *ex post* (l'accettazione dell'eredità, la non rinuncia al legato) salva sempre la possibilità di una verifica della consistenza effettiva del patrimonio ereditario all'apertura della successione e con l'attivazione dei dispositivi di protezione dalla *damnosa hereditas* (rinuncia dell'eredità o accettazione con beneficio di inventario).

La riforma del divieto dei patti successori, nella prospettiva che qui si è proposta, avrebbe allora la funzione di dotare il diritto successorio di uno strumento alternativo ma non concorrente al testamento. Il patto successorio non si sostituirebbe al testamento là dove il testamento svolga già egregiamente il suo compito, ma potrebbe essere utilizzato in tutti quei casi in cui il testamento si dimostri invece inadatto e venga scelto malvolentieri o sia già oggi di fatto “sostituito” dal contratto.

Non possono essere condivise, pertanto, le posizioni di chi intravede nell'apertura a forme contrattuali di delazione successoria una sorta di attentato alla genuinità e alla autentica libertà dell'atto di ultima volontà¹⁵⁹. Queste opinioni, che a monte ripropongono quella sineddoche

157 Fanno utilizzo del termine *circumvention costs* R. COOTER, T. ULEN, *Law*, cit., 156 ss. per riferirsi ai costi di aggiramento delle norme che limitano o coartano la libertà di sistemazione del patrimonio in prospettiva successoria, e che può essere riferito anche ai costi di creazione di uno schema contrattuale valido rispetto al divieto dei patti successori.

158 E. LUCCHINI GUASTALLA, *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in S. Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Cedam, 2007, 139 ss.

159 C. CACCAVALE, *Il divieto*, cit., 46, ivi postula la necessità di “Bandire questi congegni negoziali, i quali, alla stregua dei generali principi del diritto vigente, avrebbero imposto, una volta apertasi la successione, di tener conto, come della volontà e delle esigenze che erano proprie del *de cuius*, così, parimenti, degli interessi e della volontà della controparte”.



concettuale per la quale la disciplina del testamento viene elevata a disciplina generale e principio fondamentale di ogni disposizione *mortis causa* anche *de iure condendo*, non considerano la valenza dell'autodeterminazione dell'interessato nello scegliere l'uno strumento o l'altro. Il patto successorio non si propone come sostituto del testamento, bensì come sua alternativa di pari grado rimessa alla libera scelta del disponente.

Lo scenario prospettato è del resto quello che già il legislatore del 2006 aveva prefigurato con l'introduzione del patto di famiglia e che sarebbe già diritto vigente se il patto di famiglia fosse stato elaborato con maggiore accortezza dal legislatore. Testamento e contratto l'uno accanto all'altro a fornire vere alternative a chi intenda sistemare per il periodo in cui avrà cessato di vivere il proprio patrimonio, selezionando l'uno o l'altro in un'ottica nuova, smarcata da pregiudizi paternalistici o ideologici, affidata all'efficienza dello strumento legale, anche oltre e a prescindere da matrici mercantili. L'efficienza non è infatti patrimonio concettuale esclusivo delle discipline che prestino attenzione alle *res mercatorum*, ma è un principio fecondo anche in contesti, e nel perseguimento di obiettivi, diversi. Efficienza è adeguatezza del mezzo con riguardo allo scopo; è un pregio della norma neutrale rispetto ai contenuti e all'oggetto della regolazione.

In questo senso, allora, l'apertura del diritto ereditario ad una maggiore autonomia non si sostanzia in una violazione della sacralità del testamento (sempre che con ciò non se ne voglia affermare l'assolutezza tra gli strumenti di delazione ereditaria), ché anzi il testamento uscirebbe rivitalizzato dalla convivenza con uno strumento pattizio in un ruolo che più è consono alla sua fisionomia; bensì nella predisposizione di un modello successorio ulteriore e diverso che ogni interessato potrebbe liberamente valutare come più o meno adatto del testamento alla sistemazione dei suoi interessi. Si passerebbe da una scelta unica possibile imposta *ex lege* ad una soluzione multipla lasciata alla libera determinazione del privato¹⁶⁰.

Non vi è più ragione oggi per ritenere che il diritto successorio debba rinunciare ancora ai benefici di un'opzione aggiuntiva nei processi di predisposizione volontaria della successione in virtù di una supposta specialità disciplinare che appare retaggio esclusivo del passato.

La Corte di Cassazione si è collocata in questa linea di pensiero in una recente decisione del 2010¹⁶¹. Nelle pieghe della motivazione si dice che l'art. 458 cod. civ. è “*norma che, costituendo un'eccezione alla regola dell'autonomia negoziale, non può essere estesa a rapporti che non integrano la fattispecie tipizzata in tutti i suoi elementi*”. Questa affermazione, utile nel

160 Contra A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., 8 e ID., *Declino*, cit., 305 ss. il quale, pur riconoscendo che l'attuale sistema normativo sviluppa la necessità di sistemare per via contrattuale anticipatamente il destino del patrimonio in previsione della morte, non ritiene che sia necessario introdurre un temperamento ai patti successori, ritenendo che si debba semmai intervenire con miglioramenti nella disciplina del testamento, donde la tesi dell'Autore sulla centralità del testamento.

161 Cass.12 febbraio 2010, n. 3345, in *Giust. Civ.*, 2010, 1903.



contesto della decisione in commento per sostenere la tesi della validità di una clausola di preferenza in favore dei soci superstiti rispetto alla quota del socio premorto in una società a responsabilità limitata, ha suggerito di qualificare il divieto dei patti successori come una deviazione dal tracciato del diritto privato, un'eccezione ad un principio trasversale, quello di autonomia negoziale, che si estende oltre la *sedes materiae* elettiva del contratto, per estendersi al diritto societario e, appunto, al diritto successorio, in cui la norma che vieta l'istituzione contrattuale ne rappresenta eccezione. Non sarebbe appropriato trarre ulteriori conclusioni da un passaggio motivazionale che appare un *obiter dictum*. Ciononostante va riconosciuto nell'iter argomentativo della Suprema Corte il pregio di aver riconosciuto l'autonomia contrattuale quale principio fondamentale del diritto privato nel suo complesso.

9. Un particolare impulso al superamento del divieto dei patti successori proviene dal confronto con gli ordinamenti stranieri e con le fonti di diritto internazionale e sovrastatale.

a) I patti successori sono ammessi in diversi ordinamenti europei e in altri sistemi giuridici storicamente e culturalmente prossimi al nostro¹⁶². Tra gli ordinamenti europei figurano la Germania, l'Austria, la Francia, la Svizzera e la Spagna, oltre al Regno Unito¹⁶³.

L'interesse che proviene dall'esame comparatistico delle soluzioni adottate nei Paesi a noi vicini è duplice. Anzitutto va notato che una parte degli ordinamenti giuridici che riconoscono validità ad un patto successorio istitutivo lo ammettono accanto al testamento e senza quindi vietare i patti successori istitutivi (è il caso del diritto tedesco e svizzero), mentre altri ordinamenti consentono forme concordate di devoluzione ereditaria solo in via di eccezione rispetto al generale divieto di istituzione contrattuale; così è nel caso del diritto francese¹⁶⁴ e

162 R. CLERICI, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 1995, 1140; D. DAMASCELLI, *La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 85 ss.; E. CALÒ, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Ipsoa, 2007, 203 ss.

163 Per una disamina comparatistica delle soluzioni adottate dagli ordinamenti che ammettono patti successori cfr. G. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Giuffrè, 1952, 39 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 201 ss.; E. CALÒ, *Dal probate al family trust*, Giuffrè, 1996, 111 ss.; M.D. PANFORTI, *Privilegio ed eguaglianza nell'evoluzione del modello familiare di common law. Riflessioni comparative sulla trasmissione intergenerazionale dei beni*, in *Familia*, 2002, 425 ss. in particolare. In ambito europeo cfr. anche il portale <http://www.successions-europe.eu/it/> in cui sono caricate, ad opera delle istituzioni europee, informazioni basilari sui diritti materiali dei Paesi Membri in materia successoria.

164 Il Code Civil vieta i patti successori, prevedendo tuttavia salvezza per una serie di eccezioni legali (art. 722), che sono proliferate negli anni: dalla *clause commerciale* alla *donation-partage*, che restano tuttavia collegate alla dimensione endo-familiare della trasmissione della ricchezza. Da segnalare che la Loi n. 728/2006 "*portant réforme des successions et des libéralités*", ha introdotto anche in Francia, ai novellati artt. 929 ss, il patto rinunciativo nella configurazione di rinuncia anticipata è espressa a promuovere l'azione di riduzione (oltre ad aver introdotto le *libéralités-partage* e il *mandat a effect postume*). Sulle riforme che hanno interessato il diritto francese delle successioni cfr. A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, in *Contr. impr. Eur.*, 2009, 427 ss.



austriaco (*Erbverträge unter Ehegatten*, §§ 602 e 1249 ABGB), mentre per il diritto spagnolo non è possibile un discorso univoco in ragione del fatto che il potere legislativo in materia successoria è rimesso al *Derecho Foral* (*pactos sucesorios* sono comunque ammessi nella gran parte delle legislazioni locali spagnole¹⁶⁵)¹⁶⁶.

Al di là poi della diversa soluzione tecnica adottata dai vari ordinamenti per definire limiti e forme del contratto successorio, esito in buona parte del contesto normativo in cui il contratto *mortis causa* è inserito, in molti casi l'istituzione contrattuale è regolata come convenzione tra coniugi, acquisendo le medesime forme e pubblicità delle convenzioni matrimoniali¹⁶⁷. È ciò che accade nel diritto francese, austriaco, svizzero e spagnolo; in quello tedesco, invece, il contratto successorio (*Erbvertrag*, § 1941 BGB) non è collegato alle convenzioni coniugali¹⁶⁸.

Il panorama comparatistico è dunque variegato; ora il patto successorio figura come regola, ora come eccezione; talvolta è considerato come strumento generale, talaltra come strumento

165 Si segnala come particolarmente liberale la disciplina del patto successorio del diritto civile della Navarra, la cui legge istitutiva del *Derecho Civil Foral* (Ley 1 de marzo 1973, n. 1) dedica un intero titolo a “*los pactos o contratos sucesorios*” a partire dall'art. 172. Tali patti possono assumere veste di contratti istitutivi, dispositivi o rinunciativi (stando alla nostra consueta tripartizione), sono irrevocabili (art. 178 e 182), hanno carattere generale nel senso che possono avere qualunque contenuto (art. 177: “*Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan*”) salvo specifiche limitazioni legali di matrice solidaristico-familiare. Il disponente mantiene il potere di disporre dei beni oggetto del patto successorio usque ad mortem, ma serve il consenso dell'istituto se si tratta di atti dispositivi a titolo oneroso (art. 179: “*El instituyente conservará hasta su muerte la propiedad de los bienes, pero no podrá disponer de éstos a título lucrativo sin consentimiento del instituido*”).

166 Nel diritto svizzero i patti successori istitutivi (art. 494 cod. civ. svizzero, ma anche quelli rinunciativi art. 495 cod. civ. svizzero) sono regolati come mezzo generale di delazione dei beni residui del disponente accanto al testamento. Così l'art. 481, comma 1, “Ognuno può disporre di tutti i suoi beni, o di parte di essi, per testamento o per contratto successorio, nei limiti della porzione disponibile”. Da notare, tuttavia, che il patto istitutivo è un contratto obbligatorio, nel senso che da esso non discende l'effetto traslativo al verificarsi dell'evento della morte del disponente, ma solo l'impegno a trasferire. Art. 494 cod. civ. svizzero: “Il disponente può obbligarsi, mediante contratto successorio, a lasciare la sua successione od un legato alla controparte o ad un terzo. Egli conserva la libera disposizione del suo patrimonio. Le disposizioni a causa di morte e le donazioni incompatibili con le sue obbligazioni derivanti dal contratto successorio possono essere contestate”.

167 Ne discute A. BORTOLUZZI, *Successione*, cit., 897 ove si sostiene che anche in Italia eventuali patti successori (sia pure con riferimento alla trasmissione intergenerazionale dei valori d'impresa) dovrebbero opportunamente essere previsti quali patti accessori alle convenzioni matrimoniali.

168 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'eredità contrattuale), non potendo però disporre dei medesimi beni oggetto del contratto ereditario attraverso altri atti *mortis causa* (un altro *Erbvertrag* o un testamento). Cfr. B. ECCHER, *Antizipierte Erbfolge*, Duncker & Humblot, 1980; H. KOLLHAUSER, *Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge*, in *Archiv für Civil Praxis*, 1994, 231 ss.; C. REITHMANN, A. ALBRECHT, *Handbuch der Notariellen Vertragsgestaltung*, Munich, 2001; A. ROETHEL, *Law of succession and Testamentary freedom in Germany*, in M. Andersen, E.A. Amayuelas, *The Law of succession. Testamentary Freedom*, European Law Publishing, 2011, 165 ss.; H. BROX, *Erbrecht*, Beck, 2003.



particolare collegato ai rapporti (patrimoniali) tra coniugi¹⁶⁹. È interessante notare che, nella loro diversità, le due principali tradizioni giuridiche europee, quella francese e quella tedesca, ammettono convenzioni successorie, e che in un ordinamento giuridico spesso accostato al nostro quale quello spagnolo sia largamente riconosciuto il patto successorio. L'elemento che accomuna le diverse soluzioni, e che al contempo differenzia quei sistemi dal nostro, è in ogni caso la pluralità degli strumenti di devoluzione volontaria: non c'è solo il testamento per gestire il passaggio della ricchezza tra le generazioni.

Questa convergenza 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 generazionale¹⁷⁰.

Questa osservazione ne evoca subito un'altra relativa alla circolazione trans-nazionale dei modelli regolativi e al processo di unificazione internazionale del diritto.

A partire dal secondo dopo guerra, ha ripreso vigore a livello internazionale un movimento di convergenza settoriale delle legislazioni nazionali in materie in cui la segmentazione delle regolazioni domestiche poneva ostacolo al processo di internazionalizzazione ed integrazione dei mercati locali¹⁷¹. Esso si articola in una pluralità di iniziative e tecniche di intervento, che danno vita a loro volta ad un fenomeno multiforme che svolge un ruolo sottile, pervicace, avvolgente, e qualche volta determinante nei processi evolutivi degli ordinamenti nazionali¹⁷².

169 Dall'esame comparatistico delle discipline legali emergono altre differenziazioni tra i modelli normativi (ad esempio, non tutti i sistemi di programmazione contrattuale *mortis causa* istituiscono direttamente eredi e/o legatari, ma semplicemente impegnano il disponente a istituirli in un successivo testamento) di cui tuttavia non è rilevante in questa sede dar pienamente conto. Per un approfondimento sin rinvia a A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 165 ss.

170 Sul processo di interazione tra i modelli nazionali di diritto successorio cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi*, cit., 495 ss.

171 Sull'unificazione internazionale del diritto, sulle sue matrici storiche e sulle direttrici di sviluppo cfr. J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in AA. VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, IV ed., Laterza, 2011, 3 ss. anche per riferimenti bibliografici ulteriori.

172 Il movimento di unificazione trova la sua espressione tipica, oltre che di maggior consistenza sul piano giuridico-formale, nell'unificazione legislativa operata per il tramite della ratifica di convenzioni internazionali di diritto uniforme, per lo più adottate per iniziativa o con il patrocinio di organizzazioni internazionali create *ad hoc* (ad es. Unidroit) o che perseguono istituzionalmente obiettivi di ravvicinamento delle legislazioni nazionali (è il caso dell'Unione Europea). Ma l'unificazione si muove anche attraverso interpretazioni ed applicazioni giurisprudenziali uniformi delle norme convenzionali, specie quando la funzione ermeneutica venga affidata (anche) ad un organismo giudiziario internazionale. Caso emblematico è la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sul cui ruolo nel processo di unificazione, specie del diritto privato, in Europa cfr. I. KLAUER, *Die Europäisierung des Privatrechts*, Nomos, 1998; J. SMITS, *The making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Intersentia, 2002, 19 ss.; W. VAN GERVEN, *The ECJ Case-law as a means of Unification of Private Law?*, in A.S Hartkamp, E.H. Hondius, *Towards a European Civil Code*, III ed., Wolters Kluwer, 2004, 101 ss.; ID., *The case-law of the European Court of Justice and National Courts as a contribution to the Europeanisation of Private Law*, in *European Review of Private Law*, 1995, 367 ss.; C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, Taylor & Francis, 2008. Sempre maggiore importanza assume, poi,



Se si analizzano queste direttrici del movimento di unificazione con riferimento al diritto successorio, si noterà, forse inaspettatamente, che quest'ultimo non sia affatto estraneo al processo di unificazione. Nonostante il diritto successorio sia strettamente conformato alle tradizioni giuridiche nazionali, si rintracciano diverse iniziative intenzionali di unificazione del diritto ereditario. Tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso sono state infatti adottate diverse convenzioni internazionali aventi ad oggetto istituti del diritto successorio¹⁷³, alcune delle quali di diritto uniforme¹⁷⁴, a cui vanno aggiunte le Convenzioni bilaterali tra singoli Stati¹⁷⁵, dai trattati di amicizia alle convenzioni consolari, che spesso coinvolgono aspetti che si spingono all'interno del diritto successorio, specie sul versante dell'amministrazione dei poteri dei pubblici ufficiali relativi agli atti *mortis causa*.

Ma è sul versante del diritto comunitario prima, ed europeo oggi, che il movimento di unificazione acquista una dimensione ed una valenza uniche, in ragione della particolare effettività del diritto comunitario per i Paesi Membri. Tra le azioni fondamentali che le istituzioni europee sono tenute dai Trattati istitutivi ad intraprendere si annovera il ravvicinamento delle legislazioni dei Paesi Membri in tutti settori che, per essere oggetto di attribuzione alla competenza dell'Unione, abbiano attinenza con le sue politiche e quindi con i suoi obiettivi¹⁷⁶.

nel processo di convergenza delle legislazioni nazionali, il fenomeno di spontaneo avvicinamento delle legislazioni nazionali, non "guidato" dall'iniziativa di organizzazioni internazionali o sovranazionali, ma generato dalla circolazione trans-nazionale dei modelli regolativi propiziata dalla crescente integrazione economico-sociale delle persone fisiche e delle imprese nell'età contemporanea. Sul processo di unificazione, oltre agli Autori già citati, cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato* diretto da R. Sacco, UTET, 2008, 27 ss.; H. COING, C.M. SCHMITTHOFF, J. HELLNER, K. GLEICHMANN (a cura di), *Methoden der Rechtsvereinheitlichung*, Frankfurt a.M., 1974.

173 La Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sui conflitti di leggi concernenti la forma delle disposizioni testamentarie, la Convenzione di Basilea del 16 maggio 1972 che ha istituito un sistema di registrazione dei testamenti e di cui è parte anche l'Italia, e la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni.

174 Si tratta della Convenzione (Unidroit) di Washington del 26 ottobre 1973 che istituisce una legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale, che è stata ratificata anche dall'Italia, e soprattutto la Convenzione dell'Aja del 1° agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte, che tuttavia non è mai entrata in vigore risultando essendo stata ratificata solo dai Paesi Bassi, ma che rappresenta un punto di riferimento costante negli studi sull'unificazione internazionale del diritto delle successioni. Accanto a questi trattati, deve essere ricordata anche la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 in materia di trust.

175 Per una rassegna delle vigenti Convenzioni bilaterali che l'Italia ha stipulato e sono vigenti cfr. F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, III ed., Giuffrè, 1999.

176 Come per ogni altra azione interna dell'Unione, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali è, in realtà, un meta-obiettivo rispetto all'obiettivo finale della creazione, del funzionamento e rafforzamento del mercato interno (art. 26 TFUE). Lo scopo dell'azione di ravvicinamento è quello di ridurre le differenze tra le legislazioni nazionali tutte le volte in cui esse siano di ostacolo alla unificazione dei mercati nazionali. La barriera legislativa, in effetti, costituisce uno dei principali freni all'implementazione del mercato comune, espressione massima della resistenza degli ordinamenti nazionali alla omogeneizzazione delle "regole del gioco" a beneficio del rafforzamento del mercato interno comune. Questo doppio livello di funzionalizzazione delle azioni interne dell'Unione ha svolto e continua a svolgere un ruolo decisivo nell'elaborazione degli strumenti e dei contenuti degli interventi delle istituzioni europee.



I Paesi Membri pongono sovente resistenza al ravvicinamento legislativo in difesa di valori ed interessi nazionali che potrebbe venir pregiudicati dalla modificazione degli assetti normativi domestici¹⁷⁷. La difesa di tali interessi si manifesta *in primis* in seno alle stesse istituzioni europee per il tramite dei rappresentanti dei Governi nazionali. Le istituzioni comunitarie hanno così maturato la consapevolezza che per raggiungere i loro obiettivi istituzionali sia necessario dosare volta per volta azioni decise e azioni più morbide, a seconda di quale soluzione appaia caso per caso quella più efficace. E così, alcune azioni di ravvicinamento legislativo, per via dell'opposizione che manifestata dai Governi nazionali, specie di quelli più influenti nella geografia politica europea, vengono avviate attraverso un'opera di graduale avvicinamento all'obiettivo dell'armonizzazione o dell'unificazione attraverso la predisposizione di strumenti di *soft law*, se del caso anche riducendo in corso d'opera il livello di convergenza originariamente auspicato. Ed è per questa ragione che soluzioni di *hard law* in certi settori vengono precorse da consultazioni aperte, raccolte di opinioni, formulazioni di Raccomandazioni tecnicamente non vincolanti, ma che possono preparare il terreno ad interventi più decisi.

È ciò che sta accadendo nell'ambito del diritto successorio.

Alla fine del 1994 è stata adottata la Raccomandazione della Commissione C.E. del 7 dicembre 1994¹⁷⁸ sulla successione delle piccole e medie imprese. La Raccomandazione trovava collocazione nel programma di sostegno per le piccole e medie imprese europee, nella consapevolezza che il passaggio generazionale costituisca una fase delicatissima per la continuità e la crescita del complessivo sistema economica europeo e per salvaguardare con esso un livello occupazionale ottimale¹⁷⁹. Tra i problemi che la Commissione intravedeva nella gestione dei passaggi di consegne nel mondo delle piccole e medie imprese, costituite prevalentemente da comunità familiari, ai primi posti figuravano ostacoli di ordine squisitamente giuridico, relativi al diritto societario, fiscale, ed anche successorio.

L'art. 1 della Raccomandazione ha elencato gli obiettivi che i Paesi Membri erano invitati a

177 Si può parlare in senso proprio di ravvicinamento di legislazioni nazionali e di azioni volte al superamento delle barriere legislative intracomunitarie solo nel caso in cui le disposizioni degli Stati nazionali non violino già una norma del Trattato dell'Unione o del Trattato sul Funzionamento dell'Unione direttamente applicabili, o di una delle altre fonti da questi immediatamente richiamate (com'è il caso della Carta di Nizza). In tale ultima ipotesi, infatti, non si è nel contesto delle azioni volte a raggiungere obiettivi posti dalle norme dei Trattati, bensì in quello della repressione di comportamenti illegittimi, di violazioni del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri. Ciò avviene, per esempio, nel caso di discipline che creino o mantengano monopoli nazionali, o che stabiliscano per via legislativa le tariffe per l'erogazione di determinati servizi, o ancora che impongano dazi doganali all'ingresso di merci provenienti da altri Paesi membri. In tali casi l'intervento dell'Unione è di tipo repressivo, transitando per l'avvio di una procedura di infrazione assoggettata all'eventuale controllo successivo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

178 Pubblicata in G.U.C.E. 31 dicembre 1994, L. 385.

179 Il Programma integrato a favore delle PMI e dell'artigianato COM(94) 207 del 3 giugno 1994 prevedeva l'adozione di una raccomandazione della Commissione sulla successione nelle imprese, "nell'ambito dei contributi comunitari intesi a migliorare il contesto in cui operano le imprese".



perseguire nell'ottica del miglioramento delle politiche interne a sostegno della piccola e media impresa¹⁸⁰, e tra di essi vi era quello di “consentire all'imprenditore di preparare efficacemente la sua successione mettendo a sua disposizione gli strumenti adeguati”¹⁸¹.

Nel marzo del 1998 veniva quindi pubblicata la Comunicazione della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese¹⁸², con la quale si presentava la relazione sull'implementazione delle indicazioni della Raccomandazione del 1994 e venivano definiti i passi successivi nella direzione dell'armonizzazione dei diritti nazionali in tema di passaggio generazionale nell'impresa. Tra i punti critici sui quali l'attenzione della Commissione si posava vi era il problema della garanzia della continuità dell'impresa, per la quale si sarebbe potuto prevedere negli ordinamenti nazionali un ventaglio di opzioni più articolato e vario a disposizione delle imprese, tra cui anche l'introduzione di “patti d'impresa/accordi di famiglia” da utilizzare “per mantenere talune regole gestionali da una generazione all'altra” al fine precipuo di “attenuare le conseguenze della proibizione dei patti sulla futura successione”, con invito espresso ai Paesi in cui “i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo)” di “considerare l'opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica inutilmente una sana gestione patrimoniale”.

La Commissione europea ha quindi invitato ad adottare un approccio efficiente e *market oriented* al tema della riforma del diritto successorio, almeno tutte le volte in cui esso coinvolge il destino di un'impresa, cui sono completamente aliene valutazioni che valorizzino interessi familiari o personali. Significativo che non venisse riconosciuto alcun ruolo rilevante al testamento, ed anzi fosse per lo più contrastato ogni tentativo di assecondare iniziative individuali che potessero incidere unilateralmente sul destino dell'impresa, specie quando essa assuma forma societaria. Si proponeva con forza, quindi, la preferenza per la dimensione del contraddittorio nel passaggio generazionale dell'impresa (col mezzo statutario soprattutto, ma anche con i patti d'impresa e gli accordi di famiglia), che coinvolgesse non solo i continuatori dell'attività, ma anche tutti coloro che fossero portatori di interessi qualificati in ordine all'attività economica, dai consoci, ai creditori e ai lavoratori. In questa direzione si è mosso il legislatore italiano, prima con la riforma del diritto delle società di capitali (D. Lgs. n. 5/2003) e quindi con il patto di

180 La Raccomandazione non si presentava fine a se stessa, ma delineava un programma di armonizzazione che avrebbe da lì preso avvio. Ed infatti, l'articolo 9 della Raccomandazione stabiliva che gli Stati Membri avrebbero dovuto presentare una relazione sui progressi compiuti, da inviare alla Commissione; la quale a sua volta avrebbe poi steso una relazione sullo stato di avanzamento degli ordinamenti interni nella direzione tracciata dalla Raccomandazione.

181 Non è l'unico aspetto inerente il diritto successorio che veniva affrontato nel citato art. 1, poiché si segnala che la necessità di “assicurare la continuità delle società di persone e delle imprese individuali in caso di decesso di uno dei soci o dell'imprenditore” oppure “incoraggiare fiscalmente l'imprenditore a trasferire la sua impresa tramite vendita o cessione ai dipendenti, soprattutto quando non vi sono successori nell'ambito della famiglia”.

182 Pubblicata in G.U.C.E. 98/C 93 del 28 marzo 1998.



famiglia¹⁸³.

L'interesse dell'Europa per i diritti ereditari nazionali non si è tuttavia fermato alla successione nell'impresa.

A seguito dell'allargamento delle competenze comunitarie dopo il Trattato di Amsterdam, ed in particolare in materia di libertà, sicurezza e giustizia, in occasione del Consiglio europeo di Vienna del dicembre 1998, è stato presentato dal Consiglio un piano d'azione¹⁸⁴ nel quale si sanciva – fra l'altro - la necessità per l'Unione di “*garantire ai cittadini europei un pari accesso alla giustizia ed agevolare la cooperazione delle autorità giudiziarie. In materia civile, la cooperazione giudiziaria deve mirare ad una semplificazione dell'ambiente dei cittadini europei*”. Il seguente Piano d'azione di Vienna ha quindi dato il via alla preparazione di uno strumento europeo destinato ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia di successioni partendo dalla definizione di regole di comuni di conflitto e dall'attuazione in questa materia del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni in materia successoria¹⁸⁵.

La Commissione veniva invitata a presentare un libro verde che illustrasse i problemi connaturati alle differenze – anche profonde – tra le legislazioni di diritto internazionale privato con specifico riguardo al diritto ereditario. Il Libro Verde: successioni e testamenti varato dalla Commissione¹⁸⁶ ha dato avvio ad un'ampia consultazione sul ravvicinamento complessivo (quindi non più solo collegato alla successione nell'impresa) dei diritti successori nazionali al fine di dare vita, per intanto, ad uno strumento di armonizzazione delle discipline di diritto internazionale privato in materia successoria. Tra le questioni sulle quali la Commissione ha esteso la consultazione rientra anche quella relativa agli strumenti di trasmissione volontaria della ricchezza, intitolati “*Testamenti e patti successori*”¹⁸⁷.

Il Parere che il Comitato Economico e Sociale Europeo ha rilasciato ai sensi dell'art. 262

183 L'Italia è unica legislazione europea ad aver delineato un'ipotesi di patto intrafamiliare per la successione dell'impresa. Discutono della relazione tra le fonti europee e le prospettive di riforma nel nostro ordinamento E. CALÒ, *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1997, 217; AA. VV., *La successione ereditaria nei beni produttivi*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 353; F. SANTI, *Su alcuni significati del termine impresa negli studi del diritto*, in AA. VV., *Hominum causa constitutum. Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte*, Giuffrè, 2009, 144 ss.; C. CARNEVALE, *Art. 456-586*, cit., 276 ss.

184 Pubblicato in G.U. C 19, 23.01.1999. Il Piano di Vienna è stato adottato dopo che il Consiglio Europeo di Cardiff del giugno 1998 ha dato mandato al Consiglio e alla Commissione di presentare un programma d'azione su "il miglior modo di applicare le disposizioni del Trattato di Amsterdam relative all'introduzione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia".

185 L'obiettivo era di adottare una disciplina unitaria di diritto internazionale privato che si andasse a sostituire a quelle nazionali, nella convinzione che le differenze nella individuazione della legge applicabile, nella definizione della competenza e nel riconoscimento dei provvedimenti amministrativi e giudiziali fosse il primo ostacolo da superare.

186 COM(2005) 65 in data 1° marzo 2005, pubblicato in GU C 28 del 3 febbraio 2006.

187 Tra le risposte ai quesiti proposti dalla Commissione si segnalano le “*Reponses au questionnaire en matiere de successions et testaments. Livre Vert de la Commission Européenne*”, a cura di D. Damascelli, Giuffrè, 2005.



TCE (oggi 304 TFUE) sul contenuto del Libro Verde¹⁸⁸ ha tracciato la strada che le istituzioni comunitarie sono chiamate a percorrere, dando indicazioni utili nella ricostruzione dell'orientamento delle istituzioni europee nel loro complesso in questa materia e che giova esaminare nel dettaglio. Il Comitato parte da una constatazione di carattere generale: *“Per gli aventi diritto una successione transnazionale presenta difficoltà e problemi particolari, dovuti alla diversità delle norme sostanziali, procedurali e di diritto internazionale privato vigenti in ciascuno degli Stati membri”*.

L'individuazione del diritto sostanziale, processuale e internazionale privato dei singoli Paesi come fattori caratterizzanti le diversità tra gli ordinamenti potrebbe apparire banale, ma invece non lo è se si considera a qual fine il Comitato lo ha evidenziato, ossia suggerire di adottare un regolamento di diritto internazionale privato in materia successoria relativo sulla *“competenza giurisdizionale, sul diritto applicabile e sul riconoscimento reciproco in materia di successioni che presentino aspetti internazionali”* (punto 2.4), ma di considerare anche *“l'ipotesi di adottare delle norme sostanziali di diritto comunitario”* (punto 2.8.4).

È interessante il ragionamento che svolge il Comitato sulla prospettata adozione di norme uniformi. In linea di massima il Comitato non auspica un diritto comune europeo delle successioni, essendo ben consapevole delle differenze troppo marcate tra le legislazioni: *“Nonostante alcune evoluzioni recenti, persistono profonde differenze tra le legislazioni nazionali in vigore; inoltre, il numero dei paesi che hanno ratificato le convenzioni internazionali in materia di testamenti e successioni è ancora molto limitato. Per queste ragioni il Comitato concorda sull'impossibilità, allo stato attuale, di concepire un diritto sostanziale uniforme in materia, valevole per tutti gli Stati membri”* (punto 2.8). Ciononostante, ritiene che su alcune materie si possa trovare una convergenza, e ciò in base all'accertamento di una certa tendenza registrata nei diritti continentali ad ampliare gli spazi di autonomia privata riconosciuti agli interessati, apprezzata *apertis verbis* per la capacità di *“consentire alla volontà del de cuius e a quella dei suoi eredi di svolgere un ruolo molto più incisivo nel regolamento delle successioni, anche per meglio garantire la continuità delle imprese”* (punto 2.8.2).

Nel novero dei temi sui quali il dispiegamento dell'autonomia privata sembra aprire alla possibilità di una regolazione comune europea rientrano anche i patti successori, sia pure con una posizione ambivalente. Per un verso il Comitato sostiene che *“Alcune questioni, come quelle relative ai patti successori o ai trust, restano di competenza dei singoli Stati membri”* (punto 2.13 e nota 4) dal momento che diversi ordinamenti non ammettono i patti successori ed essi potrebbero risultare strumenti attraverso i quali eludere l'applicazione delle norme sulla collazione o sulla riserva in favore dei legittimari, salvo poi riconoscere che *“Dovrebbe essere*

188 Pubblicato in G.U.U.E. C 28 del 3.2.2006.



ammessa la possibilità di accettare l'eredità nei limiti dell'attivo ereditario, nonché di stipulare patti successori o contratti ereditari che prevedano una ripartizione ineguale dell'asse ereditario per scopi legittimi (continuazione dell'esercizio di un'impresa, vantaggi a favore di un erede incapace o disabile) oppure una ripartizione uguale dello stesso tra figli di genitori diversi o tra figli legittimi e naturali, laddove il diritto applicabile non consentirebbe tale uguaglianza, o ancora la trasmissione diretta dei diritti successori dall'erede ai propri discendenti, tenuto conto dell'aumento dell'aspettativa di vita” (punto 4.6).

Un ultimo aspetto merita attenzione. Nel testo del Parere compare l'affermazione in base alla quale il diritto successorio “*concerne una forma particolare di trasmissione di un diritto umano fondamentale come quello di proprietà*” (punto 2.4). Il pilastro proprietario del diritto successorio, e con esso la sua funzione circolatoria della ricchezza, viene quindi riconosciuto in modo netto, addirittura menzionandone la tutela a livello di diritto umano (“tacito” riferimento all’art. 17 della Carta di Nizza). Per contro non viene mai fatto un cenno alla famiglia, se non per un rapido accenno al Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Anche laddove il Parere osserva le indicazioni che si traggono dai diritti nazionali, non fa menzione della famiglia o dei suoi interessi, quasi a significare che nella regolazione del fenomeno successorio la posizione della famiglia acquisisca una posizione secondaria¹⁸⁹. Impressione enfatizzata dal riferimento all'autonomia privata come fattore di modernizzazione dei diritti ereditari continentali, giacché libertà di scelta del destino della ricchezza personale significa libertà di scegliere destinatari all'esterno della famiglia.

L'analisi del Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo sul Libro verde della Commissione pone in luce le linee della politica dell'Unione Europea anche per il futuro. Il fenomeno successorio, in quanto strumento di circolazione della ricchezza, tende a cercare una regolazione armonica nei Paesi membri. Non si intravede al momento la possibilità di giungere alla formulazione di un diritto europeo delle successioni, stante le marcate differenze tra ordinamenti e la ritrosia degli Stati a consentire una europeizzazione del diritto ereditario¹⁹⁰. Ma la definizione (oltre che di norme di conflitto, di competenza, sul riconoscimento reciproco delle decisioni in materia successoria, anche) di norme sulla regolazione uniforme di alcuni istituti,

¹⁸⁹ Ma non insignificante. Basti pensare proprio ai casi in cui è contemplata dal Comitato l'ipotesi di procedere ad una regolazione dei patti successori (punto 4.6).

¹⁹⁰ I vari progetti di codificazione europea del diritto privato nati nell'alveo di iniziative comunitarie hanno sempre escluso dal loro ambito oggettivo le successioni a causa di morte. Da ultimo cfr. il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo, che in apertura del Book VIII intitolato “*Acquisition and loss of ownership of goods*” dichiara di non applicarsi “*to the acquisition or loss of ownership of goods by (a) universal succession, in particular under the law of succession and under company law*” (1:101 *Scope of application*).



come il patto successorio, appare possibile e certamente auspicabile¹⁹¹.

Non è di secondaria importanza la constatazione che lo scenario in cui questo movimento di armonizzazione ed unificazione parziale del diritto successorio si muove è quello dell'autonomia degli interessati. Tanto maggiore è l'apertura delle legislazioni statali ed europea al libero dispiegamento della volontà degli interessati (non solo del disponente), tanto minori saranno le differenze residue tra le regolazioni nazionali e tanto più facile sarà per i cittadini europei decidere di circolare all'interno dell'Unione, stabilendo senza condizionamenti "legislativi" il centro della loro vita e dei loro affari ove meglio ritengono.

L'interesse dell'Unione per il diritto delle successioni in generale, non necessariamente collegate al subentro nell'impresa, si spiega in ragione della consapevolezza che, stanti le dimensioni economiche delle ricchezze trasmesse per via successoria sia particolarmente consistente¹⁹², l'interposizione di ostacoli normativi alla libera circolazione di questa ricchezza potrebbe condurre ad una allocazione inefficiente di risorse nel mercato interno e le differenze tra le legislazioni dei Paesi Membri in materia potrebbe scoraggiare la circolazione delle persone e dei capitali all'interno del mercato unico, nonché le unioni tra cittadini di differenti Stati dell'Unione. Poiché la mobilità di persone, capitali e lavoro è uno degli obiettivi principali dell'Unione, e l'accrescimento delle sue competenze in materia di cooperazione giudiziaria a partire dal Trattato di Amsterdam sta a significare quanto sia importante, nell'ottica europea, il ravvicinamento legislativo tutte le volte in cui proprio le differenze nelle tradizioni giuridiche dei Paesi Membri siano d'ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dai Trattati.

In questo quadro, basandosi sulle competenze assegnate nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile che l'art. 81 del TFUE affida alle istituzioni europee, e facendo seguito al Libro verde e al Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo, la Commissione ha presentato un progetto di regolamento di diritto internazionale privato in materia successoria¹⁹³

191 Deve però essere rilevato che attualmente l'Unione Europea non dispone di competenza diretta in materia di unificazione del diritto successorio, ma proprio l'inerenza delle vicende successorie con caratteri di internazionalità all'interno dell'Unione con la libertà di circolazione, stabilimento e movimento di capitali nel mercato unico ha consentito e potrà consentire alle istituzioni europee di occuparsi di questa materia ex art. 65 TCE (oggi 81 TFUE), ossia – come detto – nel quadro delle azioni sulla cooperazione in materia civile. Sul punto cfr. W. PINTENS, *Europeanisation of Family Law*, in AA. VV., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, 22 ss.; R. BARATTA, *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 587 ss.

192 Riferisce il Parlamento europeo nel preambolo della sua Risoluzione recante Raccomandazioni alla Commissione sulle successioni e testamenti che "secondo lo studio preparato nel 2002 dal *Deutsches Notarinstitut* su incarico della Commissione europea, ogni anno si aprono nel territorio dell'Unione europea tra le 50.00 e le 100.00 successioni a causa di morte caratterizzate da elementi di internazionalità" e che "questo dato statistico è destinato a essere rivisto in aumento, a seguito della recente adesione all'Unione europea di dieci nuovi Stati membri e in vista dei prossimi allargamenti". Per un commento alla Risoluzione si rinvia a E. CALÒ, *Le successioni*, cit., 159 ss.

193 La procedura legislativa è stata avviata con la Proposta della Commissione Europea al Parlamento del



che ha portato all'adozione del Regolamento (UE) n. 650/2012¹⁹⁴, che entrerà in vigore nella sua interezza in tutti Paesi Membri, con esclusione però di Danimarca, Gran Bretagna e Irlanda, il 17 agosto 2015 (art. 84 del Regolamento)¹⁹⁵.

Ciò che spinge ad esaminare un Regolamento europeo di diritto internazionale privato¹⁹⁶ nella riflessione dedicata alla riforma del divieto dei patti successori in Italia è riconducibile in parte al contesto in cui esso si iscrive e nel quale, come si è detto, il Regolamento costituisce tassello iniziale di un più ampio interessamento dell'Unione Europea al diritto successorio, anche materiale, ma soprattutto alla presenza di indicazioni nei considerando iniziali e si norme nel corpo della disciplina delle norme di conflitto che non appaiono affatto "neutrali" rispetto ad una ben precisa scelta di politica legislativa europea, in prospettiva, anche di diritto materiale¹⁹⁷.

Qualche cenno preliminare all'impostazione e al contenuto del Regolamento è opportuno. Esso ha confermato l'orientamento emergente nella disciplina europea di diritto internazionale privato nella direzione di far convergere *ius e forum*, improntato all'intento pratico di ridurre i casi in cui le Corti debbano dare applicazione ad una legge straniera¹⁹⁸, scegliendo per entrambi il criterio di collegamento della residenza. Rispetto al criterio della nazionalità (adottato anche nel

14 ottobre 2009 (COM/2009/154/def.).

194 Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, pubblicato in G.U.U.E. 27 luglio 2012 L. 201/107. Per una rassegna delle opinioni dottrinali che hanno accompagnato i lavori preparatori del Regolamento cfr. P. FRANZINA, A. LEANDRO, *Il nuovo diritto*, cit., 277, nota 3.

195 Tranne gli artt. 77 e 78 che si applicheranno a far data dal 16 novembre 2014 (data così determinata in base alla Rettifica pubblicata in G.U.U.E. L. 201 del 27 giugno 2012). Il Regolamento n. 650/2012 viene così a coprire il vuoto lasciato dall'esclusione della materia successoria ad opera del Regolamento CE n. 44/2001 (cd. Regolamento "Bruxelles I"), ora sostituito dal Regolamento UE n. 1215/2012 (cd. Regolamento "Bruxelles I-bis"), sulla competenza giurisdizionale e sulla legge applicabile in generale alle controversie in materia civile e commerciale, ponendosi nel tracciato della crescente attenzione dell'Unione Europea, dopo il Trattato di Amsterdam, ad occuparsi dell'armonizzazione delle regole di diritto internazionale privato nel contesto continentale. Cfr. F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una « European Conflict of Laws Revolution »?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, 873 ss.; A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in Id. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Giappichelli, 2009, 1 ss.; P. DE CESARI, *Diritto Internazionale Privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2011, *passim*.

196 Il Regolamento n. 650/2012 contiene anche una disciplina di diritto uniforme relativa al certificato successorio europeo, di cui si occupa nella parte conclusiva, che tuttavia non è rilevante ai fini del presente lavoro. Sul punto, per una prima lettura del Regolamento, si rinvia a P. PASQUALIS, *Successioni, certificato di eredità e circolazione in Europa dell'atto pubblico notarile*, in *Not.*, 2012, 495 ss.

197 Analizzano l'impatto del regolamento nel nostro diritto successorio anche A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato*, cit., 6, 20 ss.

198 Gli articoli 4 e 21 del Regolamento, con parallela formulazione normativa, individuano infatti la residenza abituale del defunto al momento della morte quale criterio generale di determinazione, rispettivamente, della competenza giurisdizionale e della legge applicabile alla successione del *de cuius*. Il considerando 24, in termini generali, chiarisce che "Le disposizioni del presente regolamento sono concepite in modo da far sì che l'autorità che si occupa della successione applichi, nella maggior parte delle situazioni, la propria legge".



diritto internazionale privato italiano quanto alla scelta della legge applicabile all'art. 46 l. n. 218/1995), quello della residenza è apparso preferibile con riguardo al maggior grado di effettività che tale criterio comporta, rendendo applicabile la legge del luogo ove il *de cuius* aveva scelto di stabilire il proprio centro di vita e di interessi¹⁹⁹. Il collegamento con il Paese di provenienza può tuttavia essere recuperato, quanto alla legge applicabile alla successione, per mezzo di una scelta espressa effettuata dal *de cuius* in vita (e assoggettata a severi requisiti formali). La *professio iuris* è possibile esclusivamente verso la legge di cittadinanza²⁰⁰.

Il ricorso ad un criterio di collegamento mobile²⁰¹ qual è quello della residenza abituale, che rifletta il dinamismo dello svolgersi della vita, del lavoro e della localizzazione degli interessi del singolo rispetto a quello della *lex patriae*, induce a qualche riflessione di carattere generale. Nella prospettiva del diritto europeo, infatti, la *ratio* che giustifica la scelta per questo criterio di collegamento, al quale il legislatore comunitario ha mostrato di mostrare un crescente interesse²⁰², non si identifica semplicemente nella generale recessività del criterio della cittadinanza nel panorama internazional-privatistico²⁰³. In un'Europa in cui l'integrazione dei mercati nazionali e

199 In tal senso la residenza (abituale) è criterio maggiormente aderente alla “realtà delle cose” rispetto al domicilio, che viene utilizzato nei Paesi di *common law* per individuare la legge applicabile e il foro della successione che abbia ad oggetto beni mobili, la cui individuazione dipende da requisiti di carattere giuridico, non fattuale come invece per la residenza.

200 Art. 22 del Regolamento n. 650/2012. Anche rispetto alla competenza è prevista la possibilità di individuare una diversa *lex fori* rispetto a quella individuata dalla residenza abituale (cfr. artt. 6, 7, 9, 10 e 11).

201 Sono ricorrenti i casi in cui un individuo cambi oggi la sua residenza collocandola in uno Stato diverso da quello di origine, mentre molto meno frequente è il caso in cui un individuo muti la sua cittadinanza. Proprio la stabilità delle cittadinanza, comunque, viene indicata come il grande pregio delle norme di conflitto che utilizzano questo requisito per individuare la legge applicabile; e ciò proprio in ragione della sua facile individuabilità rispetto a criteri fattuali come quello della residenza abituale che produce oneri probatori più faticosi, specie quando – come è il caso delle successioni – la residenza abituale non sia riferita all'attore, ma ad un soggetto diverso (nel caso delle successioni il *de cuius*).

202 Oltre al Regolamento (UE) n. 650/2012 in materia successoria, tra i principali regolamenti comunitari che hanno adottato il criterio della residenza abituale cfr. Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (artt. 5 e 8); Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (art. 3); Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 Sulle leggi applicabili alle obbligazioni contrattuali. Roma I (artt. 5, 6, 7, 10 e 11); Regolamento (CE) n. 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali. Roma II (art. 4); Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (artt. 3 e 8). Cfr. anche il Regolamento (CE) n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza, che agli artt. 3 e 4 parlano di “centro degli interessi principali del debitore” per indicare il criterio di collegamento alla legge applicabile.

203 La dottrina internazionalistica parla anche in tal senso di “declino della nazionalità”. A ben vedere, però, se da un lato l'abbandono del criterio della nazionalità fa venir meno un trattamento diversificato per situazioni identiche sul piano oggettivo in cui l'unica differenza si rinviene sul piano soggettivo della cittadinanza dei protagonisti, tuttavia esso conduce ad una esaltazione della *lex fori*, e quindi in definitiva della sovranità nazionale, giacché per il tramite del criterio della residenza abituale la legge nazionale si applicherà non più solo ai cittadini, ma anche agli stranieri, residenti abituali. Cfr. E. CALÒ, *L'inarrestabile*



la creazione di uno spazio comune di libertà e giustizia sono obiettivi perseguiti principalmente attraverso il superamento delle barriere nazionali, prescindere dai legami nazionali di provenienza o di appartenenza costituisce un ideale corollario della libera circolazione di persone e capitali nel mercato unico europeo. La residenza abituale favorisce l'integrazione del cittadino straniero nel Paese ospitante, estendendogli il trattamento giuridico del cittadino (residente)²⁰⁴. Per il tramite della sua applicazione, il legame con il Paese di cittadinanza si dirada nel momento in cui il singolo cittadino europeo sceglie di trasferirsi stabilmente in un Paese diverso da quello di origine, conducendo all'applicazione del medesimo *ius* tanto per lo straniero quanto per il cittadino stabilmente residenti in un medesimo Paese. Il nesso con l'ordinamento di appartenenza può essere sempre recuperato per il tramite di espressa e formale *professio iuris* in tal senso; ma in sua assenza il diritto di origine si ferma – per così dire – al confine²⁰⁵. Proprio il fatto che il cittadino e lo straniero sono accomunati dall'applicazione a loro del medesimo diritto in caso di residenza abituale in uno stesso Paese, fa venir meno quella discriminazione sfavorevole allo straniero rispetto al cittadino residente abituale determinata dall'utilizzo del criterio della cittadinanza, ed anzi lo favorisce dando (solo) a lui (e non anche al cittadino) il diritto di scegliere l'applicazione della legge di cittadinanza²⁰⁶.

L'adozione del criterio della residenza abituale non elimina quindi la discriminazione basata sull'appartenenza nazionale. Poiché il Regolamento consente allo straniero residente abituale di optare per l'applicazione della propria *lex patriae*, questi viene messo in condizione di

declino della cittadinanza altrui: il Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012, in *Corr. giur.*, 2013, 549 ss. Per un confronto tra i *pro* e i *contra* dei due criteri nell'ottica dell'individuazione della legge applicabile in materia di successioni internazionali P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione Europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e professio iuris*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 422 ss. Sulla definizione del concetto di residenza abituale cfr. M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 685 ss.

204 Osserva A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, cit., 883 (anche per ulteriori indicazioni dottrinarie) che in ragione del valore universale della disciplina contenuta nel Regolamento, e quindi della sua applicazione *erga omnes*, il criterio della residenza abituale evita in un paese Europeo il rischio dover fare ricorso alla riserva dell'ordine pubblico – il cui esercizio è sempre problematico, non solo sul piano strettamente giuridico - qualora la *lex causae* fosse quella di un Paese musulmano, poiché talvolta il diritto successorio di tali Paesi conduce a soluzioni che confliggono con valori e principi irrinunciabili nella nostra tradizione costituzionale, in particolare con riferimento al divieto di discriminazione.

205 Di diverso avviso A. BONOMI, *Prime considerazioni*, cit., 882 ss., laddove sostiene che tale criterio di collegamento disincentivi la mobilità transfrontaliera dei cittadini europei nella misura in cui essi possono temere di mettere in discussione la validità o l'efficacia di disposizioni *mortis causa* assunte in forza del diritto nazionale, ma giudicate incompatibili con il diritto del luogo di residenza abituale al momento della morte. Tuttavia la riconosciuta possibilità di scelta assegnata al disponente di indicare quale legge applicabile quella di cittadinanza, elimina questo tipo di titubanze.

206 Sulla possibilità che il criterio della residenza abituale possa generare forme di discriminazione tra cittadini e stranieri, cfr. H.P. MANSEL, *The impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free movement of persons on the Private International Law Rules of Member States*, in AA. VV. (a cura di), *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing-Schulthess, 2010, 291 ss.; P. KINDLER, *La legge*, cit., 426.



scegliere l'applicazione di quella, tra la legge di residenza e di cittadinanza, che gli appaia più favorevole; scelta che evidentemente al cittadino residente non compete. Si viene così a creare una discriminazione inversa rispetto a quella che discende dal criterio della cittadinanza, questa volta in favore dello straniero. Indubbiamente questo trattamento differenziato, che almeno in parte è giustificabile sulla base della considerazione che il diritto di cittadinanza è sovente il diritto di origine (giacché la cittadinanza, a differenza della residenza, è più difficile che muti, essendo più frequente semmai il cumulo di cittadinanze) e quindi è il diritto “familiare” dello straniero residente, incoraggia la mobilità dei cittadini europei oltre i confini nazionali, palesando ancor più chiaramente la *ratio* che sorregge l'opzione per un simile criterio di collegamento.

Come già accennato, poi, la scelta di un criterio di tipo territoriale, e il suo utilizzo sia come criterio di identificazione del giudice competente che come criterio di determinazione della legge applicabile, riduce il numero dei casi in cui il giudice nazionale è chiamato ad applicare la legge straniera²⁰⁷. Sincronizzare giurisdizione e *lex causae* con il luogo in cui l'individuo localizza i suoi interessi patrimoniali (anche se non necessariamente i suoi beni) e conduce le principali relazioni personali ed affettive, significa fare in modo che le controversie che dovessero coinvolgere tali interessi e tali relazioni, si instaurino con soggetti anch'essi residenti in quello stesso Paese, siano essi creditori, debitori, familiari o eredi. Va considerato, infatti, che la crescente mobilità intracomunitaria ha facilitato lo stabilimento all'estero, consentendo all'individuo che coltiva interessi di qualunque natura in un Paese straniero di risiedervi stabilmente.

La scelta del criterio della residenza abituale rivela allora un preciso disegno della Commissione: incoraggiare la mobilità dei cittadini dell'Unione e, assieme a loro, dei loro beni e dei loro valori patrimoniali. Il criterio della residenza minimizza le barriere giuridiche nazionali che si frappongono alla migliore, nel senso di più efficiente, circolazione della ricchezza, anche *mortis causa*. La libera movimentazione di persone e capitali – ed è questo il punto - accentuerà il fenomeno di circolazione dei modelli giuridici di pianificazione successoria, ivi compresi quelli di matrice contrattuale, poiché l'ingresso in Paesi il cui diritto ereditario non ammettesse i patti successori che questi ha validamente concluso in forza del diritto di cittadinanza, sarà sufficiente manifestare una scelta di legge in favore della legge di cittadinanza (art. 25, comma 3) per eludere il problema²⁰⁸.

207 Per una panoramica sulle difficoltà di ordine teorico e pratico che discendono dall'applicazione della legge straniera, con particolare riguardo all'esperienza italiana e al periodo successivo alla riforma del nostro diritto internazionale privato cfr. P. IVALDI, *In tema di applicazione giudiziale del diritto straniero*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 585 ss.; I. QUEIROLO, *Conoscenza del diritto straniero e contraddizioni della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 603 ss.

208 È significativo, a tale proposito, un passaggio della Risoluzione del Parlamento europeo recante Raccomandazioni alla Commissione sulle successioni e testamenti del 16 novembre 2006, in cui viene



E così, l'avente causa da un *Erbvertrag* concluso con un cittadino tedesco stabilitosi da tempo in Italia potrà vedersi riconosciuto dal Giudice italiano i diritti che gli spettano da quel contratto ereditario qualora il cittadino tedesco abbia optato, nelle forme previste dal regolamento, per la sua legge nazionale come *lex successionis*; il *pacto sucesorio* valido ed efficace per il *Dereho Civil* Navarro potrà senza tema essere fatto valere in Italia dagli aventi causa del *pacto* qualora il cittadino spagnolo abitualmente residente in Italia abbia esercitato la *professio iuris* in favore della sua legge di cittadinanza.

Il riconoscimento giudiziario del diritto straniero e, per tale via, del patto successorio valido ed efficace in base alla legge straniera, non troverà ostacolo nel limite dell'ordine pubblico. E ciò non solo per l'atteggiamento liberale della nostra giurisprudenza, ma anche perché il Regolamento n. 650/2012 non lo consente.

Sebbene nel considerando 58 venga richiamato il canone tradizionale dell'ordine pubblico internazionale²⁰⁹, nel precedente considerando 49 il medesimo Regolamento chiede di “*agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio*” senza che, per altra via, venga trovato un limite nella violazione dei diritti riservati ai legittimari, giacché al considerando 50 si precisa che il riconoscimento dei patti successori “*non dovrebbe pregiudicare i diritti di chiunque, in forza della legge applicabile alla successione, abbia diritto a una quota di legittima o abbia un altro diritto di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta.*” Difficile allora sostenere che si possa invocare il limite dell'ordine pubblico, pure richiamato in linea generale dal Regolamento n. 650/2012, rispetto al divieto dei patti successori di cui il medesimo Regolamento auspica la più ampia circolazione.

Dal complesso dei documenti europei analizzati emerge pertanto un dato di chiaro favore per strumenti di programmazione successoria non solo (come è per il testamento) improntati alla massima libertà del disponente, ma anche alla più ampia condivisione con tutti gli interessati, specie quando venga in considerazione la successione nell'impresa. Lo scenario in cui si muove il diritto europeo è quello in cui il fenomeno successorio si manifesta come strumento di

dedicata una raccomandazione (la terza) allo “spazio da riconoscere all'autonomia privata” con riferimento alla scelta della legge applicabile alla successione e alla competenza giurisdizionale, ed altra raccomandazione (la quinta) alla “legge applicabile ai patti successori” in cui il Parlamento auspica che anche “in materia di patti successori lo strumento legislativo da adottare dovrà attribuire un certo spazio all'autonomia della volontà consentendo alle parti di convenire, con dichiarazione espressa, di sottoporre il patto successorio alla legge dello Stato in cui la persona o una delle persone della cui successione si tratta ha la residenza abituale al momento della conclusione del patto o di cui nel medesimo momento possiede la nazionalità”.

209 “In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico gli organi giurisdizionali e altre autorità competenti in materia di successione degli Stati membri dovrebbero poter disapplicare determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie, l'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato”.



trasmissione della ricchezza e non (anche) come congegno di protezione degli interessi familiari²¹⁰.

Ne è prova finale la lettura di un passaggio della Proposta della Commissione Europea al Parlamento di adozione di quello che poi sarebbe diventato il Regolamento UE n. 650/2012. Interrogandosi sul rapporto tra diritto di famiglia e successioni, si afferma che la funzione del primo *“si sostanzia nella protezione dei legami familiari. Inoltre, contrariamente al diritto di famiglia, in cui la volontà degli individui assume una rilevanza marginale e la grande maggioranza dei rapporti è disciplinata da disposizioni di ordine pubblico, il diritto successorio resta una materia in cui la volontà del titolare dei diritti riveste un ruolo considerevole.”*

Non sorprende allora che i patti successori non solo non vengano osteggiati, ma a più riprese vengano promossi dalle istituzioni comunitarie; ancora e sempre sotto il vessillo del principio di autonomia negoziale.

La giurisprudenza è chiamata svolgere un ruolo decisivo nel processo di diffusione dei modelli regolativi e di omogeneizzazione dei diritti nazionali. Il Regolamento europeo sulle successioni favorirà la circolazione delle persone e dei loro capitali, ma consentirà a tutti di portare con sé anche il più favorevole diritto nazionale che il giudice italiano sarà tenuto a riconoscere ed applicare, specie con riguardo ai patti successori in cui più facilmente accadrà che lo straniero opti per l'applicazione della sua legge nazionale. La frequentazione giudiziale di norme e modelli regolativi stranieri asseconderà il processo di penetrazione tra ordinamenti, contribuendo a de-mitizzare alcuni dogmi del diritto ereditario italiano. Tra di essi il monopolio del testamento nella devoluzione volontaria.

10. Si legge nella Relazione al progetto di legge n. 1512, presentato alla Camera dei Deputati il 13 giugno 1996, che *“la necessità di modificare il regime giuridico dell'art. 458 in materia di patti successori si fa sempre più presente e, sempre da più parti, si tenta la ricostruzione giuridica in chiave moderna di questo istituto che sembra, per alcuni versi, essere diventato antistorico”*.

Promozione della modernità e superamento di istituti anacronistici sono proprio le direttrici lungo le quali viene suggerito di ripensare al divieto dei patti successori. Il momento storico sembra propizio per il convergere dei diversi fattori analizzati: le aperture della giurisprudenza verso forme contrattuali di predisposizione successoria in senso lato; la persistente negazione del limite dell'ordine pubblico internazionale con riferimento all'art. 458 cod. civ.; la disponibilità mostrata nel 2006 dal nostro legislatore a ridimensionare l'assolutezza del divieto dei patti successori, sia pure rimasta nelle intenzioni; la permeabilità internazionale del sistema

210 In tal senso anche S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi*, cit., 507.



successorio, tutt'altro che alieno ai percorsi di unificazione convenzionale e al confronto con gli ordinamenti stranieri; l'energica spinta delle istituzioni europee all'introduzione di maggiori spazi di autonomia e condivisione nella trasmissione ereditaria dei diritti e la tracciatura dell'obiettivo di una maggiore integrazione ed omogeneizzazione dei modelli di pianificazione successoria tra gli Stati Membri di cui il Regolamento n. 650/2012 è solo il primo tassello; non ultima la pressione che da più parti rivolge la dottrina ad alleggerire il peso del divieto dei patti successori (sia pure con accenti e in direzioni diverse), sono tutti elementi che indicano un percorso chiaro e segnalano un'occasione che il nostro diritto successorio (*rectius*, il nostro legislatore) dovrebbe saper cogliere, come accaduto in altri ordinamenti a noi prossimi per cultura e tradizione giuridica.

Naturalmente una proposta di modifica legislativa deve porre con chiarezza tanto le direttrici quanto gli obiettivi della novella.

Le direttrici di una riforma del divieto dei patti successori sono molteplici. Aumentare, anzitutto, le scelte a disposizione degli interessati, differenziando i percorsi successori di natura volontaria. Rendere possibile, in secondo luogo, la circolazione di forme ricchezza che difficilmente potrebbero essere trasmesse in via successoria per il tramite del testamento e, così facendo, rendere più efficace il diritto ereditario nella sua funzione pro-circolatoria. Una terza direttrice è infine quella della trasparenza²¹¹: i percorsi contrattuali alternativi al testamento transitano nella prassi attraverso formule contrattuali talora opache e poco trasparenti, rese "invisibili" dall'assenza di forme pubblicitarie tipiche, all'opposto delle logiche – pienamente condivisibili – che sorreggono il formalismo testamentario²¹². Positivizzare un modello di contratto successorio consentirebbe una maggiore trasparenza dei traffici.

Quest'ultimo punto aiuta a procedere alla definizione degli obiettivi della riforma. Se l'art. 458 cod. civ. è indubbiamente oggetto principale di attenzione dell'auspicata revisione, non è sufficiente cancellare i divieti dell'art. 458 cod. civ., ma serve anche profilare (almeno per ciò che riguarda i patti istitutivi, ma discorso analogo vale anche per i patti dispositivi) un modello legale di patto successorio valido, che funga da alternativa tipica al testamento e che consenta – al contempo - di prevedere tutte le cautele necessarie per dotare il patto successorio di una regolazione che contemperi tutti gli interessi, anche oppositivi, suscitati dall'inserimento di questa ulteriore specie di devoluzione volontaria²¹³. Un'alternativa convenzionale generica o atipica,

211 Così V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., 7 ss.

212 P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, 1987; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Giuffrè, 1966; ID., *Il formalismo testamentario*, in S. Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Cedam, 2007, 181 ss..

213 Nello stesso senso C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 75. Concorda sulla necessità di definire un tipo contrattuale dettagliato anche A. BORTOLUZZI, *Successione*, cit., 881 ss.



come avverrebbe in caso di mera rimozione delle proibizioni dell'art. 458 cod. civ., non costituirebbe un'alternativa credibile alla raffinatissima disciplina testamentaria e non troverebbe peraltro alcun riscontro negli altri Paesi che già conoscono analoghe soluzioni. Del resto, la disciplina del patto di famiglia dimostra che la soluzione preferita dal legislatore italiano è proprio quella di delineare un tipo contrattuale e non semplicemente di rimuovere (in parte, nel disegno del legislatore del 2006) il divieto dell'art. 458 cod. civ.

Dal confronto comparatistico emerge poi una ulteriore questione di carattere assiologico, che al contempo definisce i contenuti della rivisitazione del sistema complessivo di devoluzione volontaria, e cioè se si proponga – accanto alla formulazione di un modello legale di patto successorio - l'abrogazione degli attuali divieti o un loro temperamento. Il quesito ha carattere assiologico nella misura in cui la scelta per l'una o l'altra soluzione cambia il rapporto tra regola ed eccezione²¹⁴ e si propone come suggestione comparatistica perché lo scenario europeo presenta entrambe le possibili soluzioni: la soluzione tedesca o svizzera, in cui l'*Erbvertrag* o il patto successorio si affiancano a testamento senza che gli uni prevalgano sull'altro, si contrappone a quella francese, in cui i *pactes successoraux* sono vietati, salvo prevedersi numerose eccezioni.

La scelta per l'una soluzione o l'altra conduce naturalmente ad una diversa valutazione sulle dimensioni e sui contenuti di una eventuale riforma. Qui il discorso però deve essere necessariamente differenziato, dovendo distinguere ancora una volta le tipologie di patti successori in cui si articola il divieto dell'art. 458 cod. civ.

a) Si registra una sostanziale unanimità per l'abolizione del divieto dei patti rinunciativi²¹⁵, rispetto alla quale non si può che concordare. In effetti si è detto che la matrice storica del divieto che lo riconduce ora alla protezione dalla prodigalità intrinseca all'atto abdicativo di una successione futura, ora alla immoralità – che questo divieto condividerebbe con quello relativo al patto dispositivo – di disporre in ordine alla successione di una persona ancora viva, ha un fondamento discutibile, recessivo rispetto alla consistente limitazione all'autonomia del rinunciante che discende dal divieto²¹⁶, cui corrispondono “*insopportabili ostacoli alla*

214 V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., 10.

215 Sostengono la riforma dei patti rinunciativi sia il progetto di legge n. 1512 del 13 giugno 1996, sia la proposta di riforma dei patti successori avanzata dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2011, sia la proposta avanzata da C. Caccavale e F. Tassinari e che trova illustrazione nel già citato contributo di ID., *Il divieto*, cit., 74 ss.

216 Non si condivide – come già accennato in precedenza – la tesi in base alla quale l'abolizione del divieto di patti rinunciativi comporti *sic et simpliciter* l'abolizione anche dell'art. 557, comma 2, cod. civ., Il divieto di rinuncia preventiva alla legittima dell'art. 557, comma 2, cod. civ. ha una natura complessa che non si esaurisce in una applicazione specifica del divieto contenuto nell'art. 458 cod. civ., ma si riconduce – anche - alla disciplina sulla tutela della legittima, di cui costituisce un tassello essenziale.



*circolazione della ricchezza sul mercato*²¹⁷.

b) Quanto ai patti dispositivi, perplessità legate alla riprovevolezza di pattuizioni con cui si disponga di beni di una persona viva figurandosi che sia già morta consiglierebbero per qualcuno di mantenere il divieto. Il divieto del patto successorio dispositivo non impedirebbe la circolazione della ricchezza in una misura comparabile a quanto invece accade nel caso del divieto dei patti rinunciativi²¹⁸.

Anche in relazione ai patti dispositivi, però, si è detto della insoddisfazione per le spiegazioni “classiche” del suo fondamento, specie rispetto alle giustificazioni di carattere morale (o moralistico) che nascondono in realtà un paternalismo inattuale²¹⁹ che non trova riscontro in analoghe situazioni regolate dal Codice Civile. Quanto all’opportunità di riformare o eliminare il divieto, l’idea che il divieto del patto dispositivo non sia di per sé una proibizione che ostacoli la circolazione della ricchezza è fortemente discutibile. Il patto dispositivo può ben inserirsi in pattuizioni più articolate che non si risolvono nella pura e semplice cessione di diritti successorii non ancora acquisiti, ma costituiscono tassello di un piano più complesso, che coinvolge, ad esempio, gli interessi di tutti i membri di una famiglia e nel contesto del quale taluno dei familiari acconsente a trasferire porzioni dei diritti successorii che gli perverranno dal disponente, parte anch’egli del medesimo accordo. In una situazione come questa, che costituisce – almeno a livello funzionale – una sorta di divisione anticipata tra coeredi con l’accordo e la supervisione del disponente causa, non ci si deve far trarre nell’errore più volte denunciato di ragionare avendo a mente la disciplina del testamento, estendendola ad ogni atto *mortis causa*; in particolare non si deve pensare che la revocabilità *usque ad mortem* della trasmissione ereditaria promessa dal genitore possa rendere del tutto vano ogni preventivo sforzo latamente divisionale. Il genitore verrebbe infatti anch’egli a trovarsi vincolato dal patto e non potrebbe poi sciogliersene, salvo improvido inserimento di una clausola di recesso *ad nutum*. Quanto poi all’ipotesi che l’architettura divisionale, nel senso precisato, possa facilmente crollare se dopo il patto ma prima dell’apertura della successione il genitore disponesse del bene oggetto del patto “familiare”, così di fatto minimizzando nella concretezza la rilevanza del patto dispositivo, basti dire che nel patto “familiare” ben si potrebbero inserire clausole che vincolino il genitore a non disporre ulteriormente del bene (*inter vivos* o *mortis causa* o in entrambi i casi) analogamente a quanto

217 C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 93.

218 Considerano sconsigliato, secondo la coscienza sociale, il patto dispositivo C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 95.

219 Riconosce nel divieto dei patti successorii (istitutivi) un esempio di paternalismo legislativo che limita l’autonomia privata F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, 119 ss. Concorda nell’analisi G. BONILINI, *Autonomia*, cit., 802 ma condivide l’opportunità di mantenere questo limite all’autonomia privata in materia successoria.



previsto dall'ordinamento tedesco.

La prassi notarile, peraltro, conosce diverse ipotesi contrattuali che – pur sottraendosi al divieto dei patti successori – vengono comunemente stipulati per raggiungere *faticosamente* i medesimi obiettivi che sarebbero raggiungibili *semplicemente* con l'abolizione del divieto dei patti dispositivo. Si pensi ad esempio alla donazione da parte dei genitori della nuda proprietà della casa di abitazione ai figli, contestualmente costituendo un usufrutto in favore di se stessi, cui consegue un patto tra i figli donatari di divisione in quote anche diseguali della nuda proprietà dell'immobile²²⁰. Questa soluzione è faticosa nel senso che per il completamento dell'operazione negoziale nel suo complesso è necessario che entrambi i contratti (vendita/donazione con riserva di usufrutto e accordo divisionale) vengano perfezionati. Non è remota l'ipotesi che i fratelli, concordi nel ricevere in comunione indistinta l'appartamento dei genitori, si trovino poi in disaccordo sulla divisione. È vero che per scongiurare tale pericolo i genitori potrebbero prevedere che l'intera operazione avvenga contestualmente, in un unico atto in cui la doppia operazione traslativo-divisionale si perfezioni avanti il notaio, ma tale operazione si rivela appunto complicata dal collegamento negoziale tra i due contratti, che restano necessariamente distinti, non fosse altro che per la loro disomogeneità soggettiva (i genitori non partecipano alla divisione). L'esempio smentisce poi ulteriormente la tesi che il divieto del patto dispositivo non costituisca un ostacolo alla circolazione dei diritti successori, giacché come visto esso può ben rientrare come tassello indispensabile in accordi più complessi che già oggi, con plurime difficoltà, vengono stipulati²²¹.

Come per i patti rinunciativi, anche per quelli dispositivo è dunque auspicabile il ripensamento del divieto. A differenza, però, che nel caso dei patti rinunciativi, in cui l'abolizione del divieto realizza in sé e per sé l'obiettivo di riforma, per i patti dispositivo, invece, potrebbe essere utile un intervento legislativo che formuli la disciplina di diritto positivo che regoli il patto dispositivo e che ne sancisca quantomeno vincoli di forma e pubblicità onde porre massima trasparenza in queste operazioni.

c) Per quanto riguarda i patti istitutivi, si è detto che il fondamento del divieto poggia su una concezione di libertà negoziale che desta perplessità. L'estensione della *ratio* della disciplina legale del testamento ad ogni atto *mortis causa* appare arbitraria. Il Codice Civile non espone una

220 L'esempio è tratto da C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto*, cit., 87.

221 V'è poi da dire che, nella prospettiva del superamento di ogni inutile compressione dell'autonomia privata nelle scelte successorie, è preferibile abbandonare valutazioni *ex ante* ed astratte sull'utilità o meno di un meccanismo negoziale in ragione di una sua presunta infrequenza applicativa, specie quando tale valutazione implichi proibizioni assolute da parte dell'ordinamento. Se non vi sono ragioni di principio, di sistema, di protezione di valori o interessi che consiglino di prevedere o mantenere una proibizione che limita l'autonomia del singolo, è la libera scelta di quest'ultimo che meglio potrà effettuare la selezione tra mezzi adeguati agli scopi per perseguire i suoi interessi.



disciplina generale degli atti di ultima volontà di cui solo il testamento possieda i requisiti, ma, all'inverso, il legislatore ha scelto in conformità alla tradizione che il testamento fosse l'unico atto di ultima volontà da regolare, e così ha fatto. Si è tentato di dimostrare che non sia vera l'asserzione che il contratto non possa adeguarsi a quella che viene individuata come la caratteristica fondamentale dell'atto di ultima volontà tratte dalla disciplina del testamento, ossia l'assoluta revocabilità delle disposizioni negoziali. È dunque la concezione di autonomia collegata agli atti di ultima volontà che va sottoposta a revisione critica: essa va declinata anche come capacità di porre regole alle quali le parti che liberamente hanno aderito all'ordito contrattuale si assoggettano, appunto, volontariamente. In tal senso autonomia non si ha solo quando si possa sempre "cambiare idea", ma quando si possa anche scegliere di assumere un impegno con i terzi, poiché anzi un indiscriminato *ius poenitendi* può esitare in un limite alla possibilità di concludere contratti per l'indisponibilità dell'altra parte ad assoggettarsi ad un vincolo che tale non è. Questo scrupolo non sorge invece in relazione ad un atto unilaterale, o non sorge quantomeno con la medesima forza, sicché ne esce confermata l'impressione che la revocabilità *usque ad mortem* sia connotato caratteristico non tanto dell'atto a causa di morte *tout court*, quando dell'atto unilaterale tipico a causa di morte, ossia il (solo) testamento.

Il quadro che si verrebbe a delineare con l'introduzione del patto istitutivo, come già detto, sarebbe quello di una convivenza tra testamento e contratto. L'esperienza comparatistica giova nel maturare la consapevolezza che il patto successorio si affianchi al testamento e non lo sostituisca, venendo ad arricchire e non a travolgere il sistema successorio negli strumenti di disposizione volontaria per il periodo seguente alla morte. Tra i modelli disponibili, la soluzione preferibile appare quella tedesca, che assegna pari dignità giuridica a testamento e contratto successorio, anche quest'ultimo vero e proprio atto *mortis causa* (*Verfügung von Todes wegen*) al pari del primo, piuttosto che quella francese, che mantiene salda l'unicità testamentaria di principio salvo farla convivere con numerose eccezioni legali, o quella sperimentata dal nostro legislatore con il patto di famiglia, che ha dato vita ad una disciplina di settore dedicata a specifiche tipologie di beni e quindi conformata alla circolazione (esclusivamente) di quei beni²²². Peraltro, solo un congegno successorio pattizio non caratterizzato rispetto a specifici beni da trasferire consente di porre il contratto davvero accanto al testamento e di lasciar decidere liberamente il singolo disponente se e in relazione a quali beni optare per la soluzione contrattuale, anche in ragione della connotazione soggettiva che la nuova ricchezza talvolta assume e che la rende unica agli occhi del suo *dominus*.

Indubbiamente l'abolizione del divieto verrebbe a determinare una reazione a catena nel sistema normativo attuale e implica una riforma che non si può limitare, come detto, alla semplice

222 Cfr. P. SCHLESINGER, *Interessi*, cit., 131 ss.



cancellazione del divieto della prima parte dell'art. 458 cod. civ. Imporrebbe di elaborare una disciplina di coordinamento tra patto istitutivo e testamento; comporterebbe una revisione di tutti gli istituti del diritto ereditario che valorizzano contenuto ed oggetto del testamento (come collazione e riunione fittizia); richiederebbe di considerare la doppia natura, contrattuale e successoria, del patto e quindi di definire i rapporti tra la disciplina del patto come atto *mortis causa* e la disciplina generale del contratto al cui "genere" pur sempre appartiene il patto sul piano strutturale²²³. Ma ciò non può scoraggiare una riforma; troppo importanti sono gli interessi che vengono sacrificati dal divieto di delazione contrattuale, troppo esplicite le sollecitazioni che provengono dalla prassi, dal mercato, dall'Europa. Occorre in ogni caso assumere un atteggiamento scevro da preconcetti e timori reverenziali²²⁴, soprattutto uscendo da quella latente ma persistente contrarietà ideologica ad estendere al contratto il raggio d'azione finora riservato al testamento. Il testamento manterrà comunque e sempre una sua unicità di funzione, non ultima quella di regolare una pluralità di interessi di natura non patrimoniale (art. 587, comma 2, cod. civ.) di cui il contratto per definizione non può occuparsi²²⁵. Una convivenza contratto-testamento non schiaccerebbe dunque quest'ultimo atto in un ruolo deteriore o secondario, tanto più che la convivenza, in una prospettiva più ampia di fenomeno successorio, già esiste e si protrae da lungo tempo.

Altri vincoli restano presenti nel diritto successorio vigente, primo tra tutti la riserva in favore della famiglia legittima nucleare. In una prospettiva più ampia di libera(lizza)zione dell'autonomia privata nel diritto ereditario italiano anche questo limite dovrà essere affrontato, come chiede a gran voce una buona parte della dottrina. È facile peraltro rendersi conto che il superamento del divieto dei patti successori si intrecci con il proposto superamento della tutela dei legittimari²²⁶, o con la trasformazione della tutela della legittima da tutela reale a tutela obbligatoria²²⁷, e che tanto più profondo sarà l'intervento sul divieto dei patti successori, tanto più

223 È ciò che avviene nel diritto tedesco, che regola minuziosamente requisiti di capacità, oggetto ed effetti dell'*Erbvertrag*.

224 Sembra leggersi qualche perplessità di tal genere nelle parole di C. CACCAVALE, F. TASSINARI *Il divieto*, cit., 98 laddove affermano che "non è difficile ipotizzare, tra l'altro, che la possibilità di ricorrere ad un nuovo strumento contrattuale accentuerebbe la tendenza, tipica dell'attuale società, ad abbandonare definitivamente lo strumento testamentario, al quale il codice vigente ritiene di dedicare un centinaio di articoli, alla stregua di un istituto obsoleto e non più concorrenziale".

225 Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., *passim*; A. CICU, *Testamento*, cit., 10 ss.; A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione*, cit., *passim*; V. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Cedam, 1994, 753 ss.; G. BONILINI, *Introduzione*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. Bonilini, II, Giuffrè, 965 ss.

226 Osserva M. IEVA, *Divieto*, cit., 297 ss. che il presupposto della difesa della legittima si fonda sul binomio testamento e donazione (anche indiretta, art. 809 cod. civ.). Pertanto, l'introduzione accanto al testamento del patto istitutivo richiederebbe – come del resto accennato già in precedenza – il ripensamento della struttura e del funzionamento della tutela della legittima. Cfr. anche ID., *I fenomeni*, cit., *passim*.

227 Sembra doversi rispondere affermativamente al quesito posto da G. DE NOVA, *Autonomia*, cit., 278 a proposito dell'estensione della disciplina sull'azione di riduzione e sulla collazione anche al patto



importante sarà coordinare questo intervento con l'assetto della successione necessaria.

La strada però sembra ormai irretrattabilmente tracciata: al legislatore la responsabilità di raccogliere la sfida.

successorio (istitutivo), come è stato chiarito in relazione ai *trust*.