



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PISA

**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

Dipartimento di Diritto Privato “Ugo Natoli”

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO**

Settore scientifico disciplinare IUS/01

Ciclo XXIII

TESI DI DOTTORATO:

***“Il divieto dei patti successori tra norma imperativa,  
profili di tutela dei legittimari e frode alla legge”***

RELATORE:

***Prof. Francesca Giardina***

CANDIDATO:

***Dott. Lorenzo Vito De Santis***



*«Difficult doesn't mean impossible.*

*It simply means that you have to work hard»*



# SOMMARIO

SOMMARIO.....	I
---------------	---

INTRODUZIONE.....	IV
-------------------	----

## CAPITOLO I

### GENESI E FONDAMENTO DEL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI

1.1 - Il divieto di patti successori: considerazioni (e distinzioni) preliminari.....	1
1.1.1- I patti istitutivi.....	4
1.1.2 - I patti dispositivi .....	11
1.1.3 - I patti rinunziativi e l'art. 557, comma 2 c.c. ....	13
1.2 - Alcune riflessioni in relazione alle radici storiche del divieto di patti successori	15
1.2.1 - I patti successori nel diritto romano.....	16
1.2.2 - La consacrazione del divieto di patti successori nella codificazione napoleonica e la sua trasmigrazione nel codice del 1865.....	23
1.2.3 - Il passaggio del divieto al codice del 1942 .....	27
1.3 - Il dibattito intorno al fondamento del divieto .....	30
1.3.1 - La tipicità delle fonti della delazione.....	31
1.3.2 - Il <i>votum corvinum</i> e il presunto fondamento “etico” del divieto .....	34
1.3.3 - L'analisi tripartita del fenomeno: intorno al fondamento del divieto di patti istitutivi .....	35
1.3.4 - Gli orientamenti in ordine al fondamento del divieto dei patti dispositivi e rinunziativi .....	45
1.3.5 - Una questione di grande attualità: se in vita del donante sia ammissibile la rinunzia del legittimario all'azione di restituzione nei confronti del terzo avente causa del donatario.....	56
1.4 - Una norma priva di fondamento? .....	65

## CAPITOLO II

### DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI E TUTELA DEI LEGITTIMARI

2.1 - La tesi che individua una relazione funzionale tra il divieto dei patti successori e il sistema di tutela dei legittimari. ....	69
2.1.1 - Prime osservazioni critiche .....	71
2.1.2 - Nullità (del patto successorio) e riducibilità (delle disposizioni lesive di legittima), quali indici rilevatori dell'insussistenza di legami tra divieto <i>ex art.</i> 458 c.c. e tutela dei legittimari .....	81
2.1.3 - L'inconsistenza del richiamo al principio di unità della successione .....	85
2.1.4 - L'irrelevanza, tradizionalmente intesa, della posizione del legittimario prima dell'apertura della successione: alcune considerazioni con riguardo specifico al nuovo art. 563, comma 4, c.c. ....	87
2.1.5 - Ancora sulla posizione di attesa del legittimario in termini di aspettativa di mero fatto. Notazioni a margine di un caso particolare: la donazione dai genitori al figlio minore.....	93
2.1.6 - Situazione dei legittimari prima dell'apertura della successione e nuovo patto di famiglia (artt. 768- <i>bis</i> - 768- <i>octies</i> c.c.).....	101
2.2 - Prime conclusioni intorno al carattere sostanzialmente asistemico del divieto dei patti successori .....	126

## CAPITOLO III

### DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI E ALTERNATIVE AL TESTAMENTO

3.1 - Le c.d. successioni anomale contrattuali tra atti <i>mortis causa</i> , atti <i>post mortem</i> e negozi <i>transmorte</i> : premessa.....	131
3.1.1 - La nozione di atto <i>mortis causa</i> .....	132
3.1.2 - Segue: le clausole statutarie dirette a regolare la sorte delle partecipazioni sociali dopo la morte del socio alla luce del divieto di patti successori e della nozione di atto <i>mortis causa</i> .....	136
3.2 - La categoria degli atti con effetti <i>post mortem</i> . In particolare: le donazioni con effetti <i>post mortem</i> e il c.d. mandato <i>post mortem</i> .....	149
3.3. - Il contratto a favore di terzo: l'archetipo del negozio <i>transmorte</i> . ....	163
3.3.1 - Il contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.).....	182
3.3.2 - L'assicurazione sulla vita a favore di terzo (artt. 1920-1921 c.c.).....	187
3.3.3 - Rendita vitalizia, vitalizio alimentare e contratto di mantenimento a favore di terzo.....	191

3.3.4 - Alcune riflessioni a margine dei contratti a favore di terzo in funzione successoria .....	206
3.4 - Gli altri negozi <i>transmorte</i> : breve panoramica su <i>trust</i> e contratto fiduciario in funzione successoria. ....	209

#### CAPITOLO IV

#### IL PERIMETRO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 458 C.C. TRA NORMA IMPERATIVA, FRODE ALLA LEGGE E MOTIVO ILLECITO

4.1 - Il senso di un'indagine sul rapporto tra divieto di patti successori e frode alla legge .....	217
4.1.1 - Il divieto di patti successori alla luce dei vari orientamenti sulla frode alla legge: la teoria c.d. oggettiva .....	223
4.1.2 - La teoria c.d. soggettiva.....	229
4.1.3 - L'orientamento che nega autonomia all'istituto .....	232
4.1.4 - La frode alla legge come clausola generale .....	236
4.1.5 - La vendita di cosa altrui: un'ipotesi specifica per la verifica delle osservazioni sopra svolte. ....	242
4.2 - Alcune riflessioni di sintesi.....	253
4.3 - Divieto di patti successori e motivo illecito.....	259
 CONCLUSIONI .....	 268
 BIBLIOGRAFIA .....	 273

## INTRODUZIONE

Scopo dell'indagine è quello di verificare quale possa essere, nel tempo attuale, l'effettivo ambito di applicazione delle regole contenute nell'art. 458 c.c. che, come noto, vieta, ponendole almeno in apparenza sullo stesso piano, tre diverse tipologie di *convenzioni sulle successioni future*: i patti istitutivi (art. 458, prima parte), i patti dispositivi e i patti rinunziativi (art. 458, seconda parte).

Tuttora acceso è il dibattito intorno al fondamento unitario di questa norma che, retaggio del *Code Napoléon* e genericamente giustificata come mera opzione di politica legislativa, ai più appare priva di ogni plausibile *ragione giustificativa*: almeno con riferimento ai patti istitutivi, che sono considerati i “patti successori” per antonomasia.

Eppure, come è stato messo in luce da un'autorevole dottrina, è la stessa impalcatura del nostro sistema di diritto successorio che consente di concettualizzare una categoria generale di “atto *mortis causa*”, capace astrattamente di includere al suo interno (anche) atti a struttura bilaterale.

Perfino a livello costituzionale, ove si delineano, all'art. 42 Cost., le profonde connessioni tra proprietà, famiglia e successione a causa di morte, non pare possibile rinvenire significative ragioni che inducano a ritenere indiscutibile l'incoerenza dei patti successori con il nostro ordinamento, giustificandone, di conseguenza, il loro divieto assoluto e la loro nullità.

Occorre sottolineare fin da subito che l'art. 458 c.c., almeno con riguardo ai patti istitutivi, sembra porsi soltanto quale *divieto di mezzi* (contratti ereditari), ma non anche di *risultato* (sistemazione di un assetto successorio): un risultato o scopo *lato sensu* successorio alla cui attuazione, per via diversa da quella testamentaria, non sembrano ostare ragioni tecniche o giuridiche insuperabili; né, tanto meno, se quelle alternative venissero percorse, di necessità si dovrebbe aprire un varco all'applicazione, per esse, della clausola della frode alla legge: un profilo, quest'ultimo, finora scarsamente preso in considerazione dagli interpreti e dalla giurisprudenza.

La stessa natura imperativa della norma ne impone comunque un'interpretazione bilanciata: deve infatti essere evitata un'estensione arbitraria del divieto, ed è compito dell'interprete delineare di essa i netti confini di applicabilità.

Un atteggiamento eccessivamente ossequioso nei confronti dell'art. 458 c.c. appare comunque ingiustificato già nel momento in cui ci si sofferma, da un lato, sulla difficile e non trasparente connessione tra le varie possibili *rationes* prospettabili per siffatto divieto e, dall'altro, sugli interessi sottesi a quelle forme di pianificazione successoria che, diverse dal testamento, i privati dimostrano ormai, e sempre con maggior frequenza, di preferire.

Questi interessi, pur non essendo sempre facilmente enucleabili singolarmente, nella maggior parte dei casi risultano essere pienamente meritevoli di tutela, tanto da trovare una protezione anche su base costituzionale.

Basti pensare all'interesse alla conservazione e alla trasmissione "efficiente" dell'azienda da parte dell'imprenditore, sempre più sentita in questi tempi di crisi, oppure, su tutt'altro versante, all'esigenza di protezione dei soggetti c.d. deboli dopo la morte di coloro che se ne sono presi cura.

Restando nei solchi della tradizione e di un approccio solo formalistico, il divieto dei patti successori rischia invece di essere un ostacolo insormontabile alla realizzazione di progetti di regolamentazione e destinazione *post mortem* del patrimonio, che pure sottendono interessi che, come quelli citati, appaiono degni di considerazione e tutela.

Pur non recependo *in toto* le sollecitazioni della dottrina, lo stesso legislatore ha però recentemente aperto la strada ad una significativa inversione di tendenza: dapprima in maniera velata con la riforma del diritto societario (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), e poi - più marcatamente - con l'introduzione del nuovo "*patto di famiglia*" (legge 14 febbraio 2006, n. 55). In questa occasione si è infatti provveduto per la prima volta a modificare il testo dell'art. 458 c.c.: con un inciso iniziale che - al di là del dato formale - probabilmente possiede una carica innovativa molto ridotta rispetto a quanto si potrebbe a prima vista immaginare.

Come si avrà modo di constatare, anche questi pur cauti interventi legislativi inducono, oggi, a riconsiderare il divieto di patti successori non più come divieto assoluto, bensì come un divieto che può essere, in varie direzioni, reso meno

*rigido* attraverso tecniche interpretative e soluzioni operative che, senza prospettarne aprioristicamente una totale abrogazione, *adeguino* il senso della disposizione al mutato contesto economico e sociale.

Questo studio non è dunque che un tentativo di comprendere quali siano la funzione e il fondamento giustificativo delle diverse regole contenute nella norma di cui all'art. 458 c.c., la cui centralità - o forse la stessa ragion d'essere - all'interno del "microsistema" del diritto successorio sembra essere sempre più sfumata.

Al fine di indirizzarne l'applicazione concreta, si comincerà dall'analisi esegetica della norma, che sarà condotta anche in chiave storica, così da mettere in evidenza le peculiarità delle tre tipologie di patti vietati e chiarirne, per quanto possibile, le diverse *rationes* alla luce dei risultati più rilevanti che la dottrina ha, in proposito, raggiunto.

In particolare, con riferimento alla "natura" e, dunque, al tipo di "rilevanza" proprie dei diritti successori, nonché alla posizione dei *successibili* (in particolare, dei soggetti *legittimari*), prima dell'apertura della successione, si ritiene opportuno anticipare fin d'ora che si tenterà di delineare una netta diversificazione (anche con riguardo alle ragioni che tradizionalmente li giustificano) tra patti *istitutivi* da un lato e quelli *dispositivi* e *rinunziativi* dall'altro.

Lungo questo itinerario, si avrà anche modo di riservare considerazioni critiche alla più specifica questione, di recente messa in luce e affrontata da autorevole dottrina, relativa agli "imprescindibili" legami funzionali tra il divieto dei patti successori e l'insieme di norme poste a tutela dei legittimari. A questo riguardo sia però consentito di avanzare subito le perplessità di chi scrive sulla effettiva possibilità di delineare un rapporto di "sudditanza" dell'art. 458 c.c. al sistema di tutela dei legittimari: dimostrare l'insussistenza di tale rapporto, si noti, consentirà di ridimensionare ulteriormente la portata sistematica del divieto.

L'attenzione si sposterà poi sul variegato (ma ormai anche sufficientemente circostanziato) novero dei "congegni" negoziali suscettibili di essere piegati in funzione successoria, per essere utilizzati - quantomeno in senso descrittivo - quali *alternative al testamento*.

Si tenterà dunque di enucleare quelle figure che per loro natura non rientrano nel perimetro applicativo del divieto, mettendone in luce, in sintesi, le caratteristiche salienti.

Il discorso al riguardo non potrà che prendere le mosse dalla fondamentale distinzione tra atti *mortis causa*, atti *post mortem* e atti *con effetti post mortem*, per poi passare all'esame dei c.d. negozi *trans mortem*: termini e concetti che ormai costituiscono la nomenclatura di base, imprescindibile per la sistemazione dell'intera materia.

Da ultimo l'indagine toccherà il tema di più ampio respiro della *frode alla legge* (art. 1344 c.c.) e del *motivo illecito* (art. 1345 c.c.).

Pur nella consapevolezza che l'analisi del divieto di patti successori in rapporto alla frode alla legge, fino ad oggi rimasta in secondo piano, non può essere condotta soltanto in astratto, essa può tuttavia rappresentare un valido ausilio per definire ulteriormente i contorni del divieto.

Simile analisi consentirà infatti di appurare, su un primo versante, se sia o meno possibile restituire al divieto dei patti successori, sebbene in via indiretta, un ruolo limitativo dell'autonomia privata più incisivo e, forse, persino inaspettato rispetto a quanto si sarebbe portati a pensare sulla base degli sviluppi dottrinali, giurisprudenziali e legislativi degli ultimi anni.

Su un secondo versante, al contrario, si dovrà verificare se il ruolo centripeto che al divieto dei patti successori è stato spesso, più o meno consapevolmente assegnato, è oggi definitivamente venuto meno; tant'è che, non di rado, allorché si fa riferimento all'art. 458 c.c., la si definisce come "norma eccezionale".

## CAPITOLO I

GENESI E FONDAMENTO DEL DIVIETO DEI  
PATTI SUCCESSORI*1.1 - Il divieto di patti successori: considerazioni (e distinzioni) preliminari*

L'art. 458 c.c.<sup>1</sup> recita: «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi».

Questa regola, per la perentorietà del divieto<sup>2</sup> e per il suo carattere rigorosamente imperativo, rappresenta il punto di partenza comune per ogni indagine che si proponga di dare una omogenea sistemazione al variegato insieme dei “fenomeni a rilevanza successoria”<sup>3</sup>.

Occorre in via preliminare esaminare l'art. 458 c.c. per coglierne la *ratio* sostanziale e (se possibile) gli esatti confini, per poi valutarne in concreto i limiti operativi connessi alle vicende che assumono una rilevanza - diretta o indiretta - al momento della morte.

In questa sede, pertanto, si affronteranno alcune questioni di fondo necessarie per inquadrare il tema. All'uopo, giova anzitutto richiamare l'attenzione sopra classificazioni e terminologie ormai entrate nell'uso comune<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Come modificato dalla legge 14 febbraio 2006, n. 54, che ha introdotto nel nostro ordinamento il discusso patto di famiglia, sul quale v. *amplius* Cap. II, par. 2.1.6.

<sup>2</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ediz., Napoli, 1966 (ristampa 2002), p. 223, sottolinea che si tratta di una regola senza eccezioni.

<sup>3</sup> Così efficacemente intitola la sua recente monografia sul tema IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008 (ma v. ora, ID., *I fenomeni a rilevanza successoria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, *Le successioni mortis causa, i legittimari, Le successioni legittime e testamentarie*, Padova, 2<sup>a</sup> ediz., 2010, p. 59 ss.).

<sup>4</sup> Tra gli autori che dedicano un'analisi specifica alla disposizione dell'art. 458 c.c., senza pretese di esaustività, v. DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; ID., voce “Patto successorio”, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 533 ss.; FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni (art. 456-511)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Milano, Bologna-Roma, 3<sup>a</sup>

L'art. 458 c.c. individua, vietandoli in maniera onnicomprensiva e, almeno quanto alle conseguenze sanzionatorie, del tutto indifferenziata, tre diverse tipologie di “patti sulle successioni future”<sup>5</sup>: i patti c.d. positivi<sup>6</sup> o confermativi, ma più comunemente detti istitutivi, i patti dispositivi e i patti rinunziativi.

In prima approssimazione possono essere considerate vietate tutte quelle convenzioni patrimoniali aventi ad oggetto diritti considerati provenienti da una successione *mortis causa* (propria o altrui) non ancora aperta<sup>7</sup> nel momento in cui tali convenzioni, comunque denominate, vengono perfezionate<sup>8</sup>.

---

ediz., 1997, sub art. 458, p. 98 ss.; LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 1988, p. 1411 ss.; CECERE C., *Il divieto dei patti successori nella giurisprudenza*, in *Dir. Priv.*, IV, Padova, 1999, pp. 343 ss.; ID, voce «*Patto successorio*», in *Dig. disc. priv. sez. civ.* Aggiornamento, Torino, 2003, p. 1001 ss.; ANTONINI I., *Il divieto di patti successori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 601 ss. Tra i più recenti contributi, CALOGERO M., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456 - 461 c.c.*, in *Il Codice Civile - commentario* - diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, sub art. 458; CASU G., *I patti successori*, in *Testamento e patti successori*, opera diretta da L. Iberati, Milano, 2006, p. 463 ss.; MARTINO M., *I patti successori: ragione del divieto e tendenze evolutive*, Bologna, 2007; CALVO R., *I patti successori*, in *Diritto delle successioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, I, Napoli, 2008, p. 13 ss.; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, I, 3<sup>a</sup> ediz. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, p. 39 ss.; BALESTRA L. - MARTINO M., *I patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 63 ss.; CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, *cit.*, p. 25 ss.; GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE A., *La successione per causa di morte. Parte generale*, Torino, 2009, p. 29 ss.; IEVA M., *Divieto di patti successori*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, I, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, p. 29 ss.; BANDIERAMONTE F., *Il divieto di patti successori*, Salerno, 2010.

<sup>5</sup> Così DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, *cit.*, p. 1 ss., la quale fa intendere chiaramente che l'utilizzo della onnicomprensiva espressione “patti successori” sia tecnicamente inadeguato, potendo dirsi propriamente “successori” soltanto i patti istitutivi, dal momento che i patti dispositivi e quelli rinunziativi non incidono direttamente sul fenomeno successorio. Ciò trova conferma anche nella diversa natura dei patti (*v. infra*): più corretta, dunque, appare la più ampia espressione “patti sulle successioni future”. L'ormai tradizionale tripartizione tra patti successori (istitutivi, dispositivi e rinunziativi) viene fatta risalire dall'Autrice citata, nel vigore del codice del 1865, a GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1885, p. 403 ss.

<sup>6</sup> Cfr. VISMARA G., *Storia dei patti successori*, I, Milano, 1941 (rist. 1986), p. 4.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 456 c.c., la successione si apre al momento della morte nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto. Come è noto, l'ordinamento predispone un sistema di accertamento legale dell'evento morte (cfr. art. 452 c.c.), a mezzo del c.d. atto di morte predisposto a cura dell'ufficiale di stato civile e inserito negli appositi registri dello stato civile (cfr. in particolare l'art. 73 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

Vale la pena ricordare che attualmente il concetto di morte viene identificato con riguardo esclusivo alla c.d. morte cerebrale, che si verifica con l'irreversibile cessazione di ogni attività del sistema nervoso centrale, come confermato anche dall'art. 1 della Legge 29 dicembre 1993, n. 578 che, ai fini dell'espianto di organi, parla di «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo».

Anche in relazione al tema che qui ci occupa pare opportuno segnalare la questione concernente l'ampiezza del termine “morte” utilizzato da Legislatore nell'art. 456 c.c., ovvero, se tale dizione si riferisca altresì al caso di morte presunta (artt. 58 ss. c.c.). La soluzione dipende in massima parte dalla nozione e, in particolare, dalla natura della

Ma una tale descrizione rimane del tutto generica e può persino rivelarsi fuorviante, giacché il divieto in esame può riguardare anche tipologie negoziali con struttura unilaterale, tanto da rendere vana, di fatto, la ricerca di una definizione unitaria e “tipica” di patto successorio<sup>9</sup>.

Alcuni autori rilevano, anzi, che gli unici elementi in comune ai patti successori sono l'esistenza antecedente all'apertura della successione di un negozio non testamentario (a prescindere, poi, dalla sua struttura concreta) e la considerazione delle situazioni giuridiche soggettive che sono oggetto di tale negozio come entità di una futura successione<sup>10</sup>.

E si potrebbe aggiungere, (sia pure su un piano diverso), quale elemento comune ai vari patti successori, la mancata rilevanza della previsione o meno di un corrispettivo, dato che dal tenore letterale dell'art. 458 c.c. si desume agevolmente

---

dichiarazione di morte presunta: chi nega che tale dichiarazione determini un vero e proprio fenomeno successorio limita il disposto letterale del citato art. 456 c.c. ai soli casi di morte naturale; alla soluzione opposta giunge la dottrina che assimila la morte presunta alla morte naturale, distinguendole quanto alle modalità di accertamento, ma non quanto agli effetti, come sarebbe in particolare dimostrato dall'art. 72 c.c. . Per la netta prevalenza di questa seconda tesi, anche in giurisprudenza, si esprime per tutti CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 25. In generale, sul tema v. GIORGIANNI M., *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943; BARILLARO D., *Della dichiarazione di morte presunta (art. 58-)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1970, p. 320 ss.; GENGHINI L., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, collana *Manuali notarili* a cura di L. Genghini, II, Padova, 2010, p. 179 ss. Da notare che, ai nostri fini, accogliere la prima tesi ed espungere così la morte presunta dall'ambito dell'art. 456 c.c. potrebbe portare alla conseguenza - invero, raramente verificabile - che un patto antecedentemente stipulato in funzione esclusiva dell'eventuale scomparsa e successiva dichiarazione di morte presunta del disponente, come tale, diretto a disciplinare la sorte dei beni di questo in dipendenza (soltanto) di un tale evento, non potrebbe a rigore essere considerato alla stregua di patto successorio e, pertanto, a prima vista dovrebbe optarsi per la sua liceità, salvo poi verificarne la compatibilità e i limiti in relazione alla normativa specifica in materia di morte presunta, che a prima vista difficilmente appare liberamente derogabile, sebbene la materia coinvolga principalmente interessi di natura privata.

<sup>8</sup> In particolare si sottolinea come, soprattutto in giurisprudenza, costante sia l'opinione che «*patti successori vietati siano non soltanto gli accordi aventi ad oggetto una vera e propria istituzione d'erede o un legato, bensì ogni convenzione volta a costituire, modificare o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta, ed intesa a far sorgere un vincolo di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento o il presupposto (a seconda che si tratti della successione propria o di altri)*»: così DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 66.

<sup>9</sup> In questo senso v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 533; LENZI R., *op. cit.*, p. 1214.

<sup>10</sup> Così in particolare PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 14 ss., ma si tratta di affermazione comunemente condivisa: cfr. LENZI R., *op. cit.*, p. 1214; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 39.

che ogni patto successorio è in quanto tale colpito da nullità, a prescindere dal suo carattere oneroso o gratuito<sup>11</sup>.

Si rende quindi necessario considerare separatamente le tre sopra indicate categorie, a cominciare dalla figura del patto istitutivo che è quella sistematicamente e concettualmente più rilevante<sup>12</sup>.

1.1.1- I patti istitutivi. Nel nostro ordinamento<sup>13</sup> uniche fonti della delazione sono la legge e il testamento: è infatti esclusa, ai sensi degli artt. 457, comma 1 e 458, prima parte, c.c. ogni forma di *delazione contrattuale*<sup>14</sup>, che pure è ammessa in altri ordinamenti<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Pertanto risulta assai discutibile l'affermazione talvolta ricorrente nella giurisprudenza di merito, secondo cui la mancata previsione di un corrispettivo costituirebbe indice rivelatore dell'inesistenza del patto successorio: cfr. in questo senso Trib. Napoli, 30 giugno 2009, in *De Jure Giuffrè*; Trib. Terni, 13 settembre 2007, in *Corr. merito*, 2008, p. 307 ss. con nota di VECCHIO G., *Due testamenti uguali, reciproci, redatti in simultanea sul medesimo foglio, non integrano il divieto ex art. 589 c.c.* Al riguardo cfr. altresì FARACE D., *Note sul divieto di patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 310.

<sup>12</sup> Come si vedrà *infra*, par. 1.3, questa risulta essere l'impostazione più adeguata anche al fine di esaminare nella corretta prospettiva il problema del fondamento del divieto per ciascun patto/atto successorio.

<sup>13</sup> La stessa Costituzione, all'art. 42, comma 4, sembra escludere l'ammissibilità di una delazione contrattuale, riferendosi soltanto alla successione legittima e testamentaria, e rinviando poi alla legge ordinaria la fissazione delle loro discipline e relativi limiti. Tuttavia, in materia di successioni, a differenza di quanto invece è accaduto per l'istituto della famiglia (cfr. artt. 29, 30 e 31), pare che la Costituzione si sia limitata a prendere atto di ciò che già era disciplinato all'interno del codice civile, senza innovare né pretendere di orientare in un senso particolare la vigente disciplina della successione a causa di morte. Piuttosto, dall'art. 42 Cost. emerge incontrovertibilmente lo stretto legame esistente tra gli istituti della proprietà, della famiglia e della successione *mortis causa*. Autorevole dottrina, peraltro, ha dimostrato che l'art. 42 Cost. non rappresenta in realtà un ostacolo a una riforma dell'art. 458 c.c. che, per legge ordinaria, introduca anche nel nostro ordinamento una forma di delazione contrattuale: v. in particolare RESCIGNO P., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, Padova, 1995, p. 1 ss. Sul senso della successione *mortis causa*, in generale, e sul rapporto dell'istituto con il dettato costituzionale v. anche BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento - Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 1 ss.; EAD., *La successione testamentaria (Art. 587-600)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Milano, 1993, p. 1 ss.

<sup>14</sup> VISMARA G., *op. cit.*, p. 1, delinea il testamento e il patto successorio (istitutivo) quali "forme fenomeniche" di quella medesima causa di delazione che è la delazione volontaria. Tuttavia, è bene precisare che per alcuni (cfr. NICOLO' R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 16 ss.; SANTORO PASSARELLI F., *Vocazione legale e testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 193 ss.; FERRI L., *op. cit.*, p. 83; GENGHINI L.-CARBONE C., *Le successioni per causa di morte*, 1, collana *Manuali notarili*, IV, a cura di L. Genghini, Padova, 2011, p. 10-11), la delazione è sempre e soltanto determinata dal fatto giuridico della morte: legge o testamento non sono tecnicamente "causa" della delazione, ma soltanto la fonte del suo regolamento. In sostanza, la delazione è un fenomeno legale, di creazione legislativa, sul quale la volontà privata può influire soltanto entro determinati limiti (tant'è

Più in particolare, si tende a ritenere il patto istitutivo nullo per illiceità della causa, in quanto contraria alla norma imperativa consacrata nell'art. 458 c.c. che ne dispone testualmente la nullità<sup>16</sup>.

È opinione unanime che il patto istitutivo consista in un vero e proprio *contratto successorio*<sup>17</sup>, la cui nozione "minima" è riferibile a ogni atto con struttura bilaterale avente ad oggetto la futura successione di uno dei partecipanti all'atto medesimo<sup>18</sup>. Un contratto a mezzo del quale un soggetto si accorda con un altro per istituire lo stesso e/o terze persone suoi eredi (o legatari) - ed è irrilevante la gratuità o l'onerosità - disponendo così della propria futura successione attraverso un atto strutturalmente diverso dal tipico strumento testamentario (art. 587 c.c.).

In sostanza, se fosse valido, il patto istitutivo finirebbe per avere la stessa funzione e gli stessi effetti principalmente attributivi (sul piano puramente patrimoniale) di un testamento, eccettuato il tratto - reputato essenziale - della revocabilità *usque ad vitae supremum exitum*, essendo la naturale irrevocabilità del patto non altro che la logica conseguenza della struttura bilaterale del medesimo (cfr. art. 1372 c.c.).

Il che significa, in definitiva, istituire uno o più eredi e/o disporre legati a mezzo di un contratto non revocabile unilateralmente. Ed è per questo regime che il patto

---

che secondo questa impostazione la sfera di esplicazione della volontà testamentaria sarebbe limitata alla designazione del chiamato e alla determinazione del lascito).

<sup>15</sup> Tra gli ordinamenti europei che riconoscono e ammettono il patto successorio istitutivo vi sono principalmente quelli di tradizione germanica (Austria, Germania e Svizzera), ma anche la Francia, che pure vieta in linea generale i patti successori, poi prevede rilevanti eccezioni alla regola. Patti successori specificatamente obbligatori sono i *contracts to make a will* e i *contracts not to revoke a will* comunemente ammessi in *common law*. In realtà, proprio la maggioranza degli ordinamenti stranieri ammette la validità di accordi con funzione *mortis causa*: per una rassegna di questi Paesi e delle tipologie di patti successori di volta in volta previste (non tutti gli ordinamenti disciplinano la materia nello stesso modo, come è ovviamente immaginabile), v. in particolare PETRELLI G., *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005, p. 211 ss. Per l'approfondimento degli aspetti di diritto comparato v. ZOPPINI A., *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. 154 ss.; GALLO P., voce «*Successioni in diritto comparato*», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 190 ss.; cenni anche in CASU G., *op. cit.*, p. 477.

<sup>16</sup> Per SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali, cit.*, p. 132, i patti successori (tutti) sono invece «*oggettivamente illeciti*».

<sup>17</sup> Cfr. per tutti CAPOZZI G., *op. cit.*, pp. 39 e 41.

<sup>18</sup> In questo senso VISMARA G., *op. cit.*, p. 2, il quale sottolinea, anche al di là della prospettiva puramente storica, come il dato strutturale della bilateralità sia il primo elemento essenziale, quasi sempre dato per scontato, del patto successorio istitutivo in particolare.

istitutivo, avendo riguardo alla successione dello stesso disponente, ha, per opinione unanime, natura di vero “atto *mortis causa*”<sup>19</sup>.

Il termine non ha un significato univoco nelle fonti romane, dove spesso è semplicemente riferito ai motivi dell’atto; invece, nella moderna concezione, secondo la dottrina più accreditata<sup>20</sup>, esso assume un significato tecnico per cui, in generale, può dirsi «*mortis causa quell’atto che regola rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto, o che dalla morte traggono un loro autonoma qualificazione*» Per tali atti l’evento della morte assume così un significato di *coefficientza causale*<sup>21</sup>.

Due sono gli indici rivelatori di un’attribuzione patrimoniale *mortis causa*: l’entità del bene oggetto dell’attribuzione deve essere commisurata al tempo della morte dell’attribuente, e il beneficiario deve essere fin dall’inizio considerato come soggetto esistente in quel medesimo momento («*l’attribuzione mortis causa, cioè, per esser tale, non può non avere ad oggetto che un quod superest ed implica sempre la sopravvivenza del beneficiario all’attribuente*»)<sup>22</sup>.

Allora, in sintesi, “*patto istitutivo*” è il contratto mediante il quale un soggetto dispone della propria successione; l’unica figura compresa nel divieto dell’art. 458 c.c. che può essere considerata propriamente un “*patto successorio*” in quanto partecipa della natura del testamento e che, insieme con esso, fa parte della più ampia categoria concettuale dell’atto *mortis causa*.

<sup>19</sup> Per GIAMPICCOLO G., voce «*Atto mortis causa*», in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 233, il patto istitutivo è «*l’atto col quale una persona contrae con altra il lascito di tutto o parte del suo patrimonio secondo le norme proprie della successione a causa di morte*».

<sup>20</sup> Come è noto, è a Giorgio Giampiccolo (1918-2002) che «*si deve l’elaborazione della definizione più precisa del contenuto e delle caratteristiche dell’atto mortis causa*» (così DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 66, nota 7; cfr. altresì PENE VIDARI F., *Patti successorii e contratti post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 245 ss.; CASU G., *op. cit.*, p. 465).

<sup>21</sup> Così GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss.; ID., voce «*Atto mortis causa*», *cit.*, p. 232 ss. Cfr. altresì, per l’impostazione che vede l’evento morte come giustificazione causale dell’atto, NICOLO’ R., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita Not.*, 1971, p. 146 ss. (anche in *Vita not.*, 1987, p. 190 ss. e in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, p. 195 ss.). Diversamente, invece, SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, p. 222, il quale si limita ad affermare che il tratto caratteristico dei negozi a causa di morte è il semplice fatto di avere effetto soltanto a partire dalla morte, aggiungendo (p. 224) che la revocabilità non è indice della causa di morte. Nella manualistica, nello stesso senso pare TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 438.

<sup>22</sup> Sono, ancora, parole di GIAMPICCOLO G., voce «*Atto mortis causa*», *cit.*, pp. 232-233. Il tema sarà comunque diffusamente trattato nel successivo Cap. III.

Ed è proprio la possibilità di inquadrare il patto istitutivo nella più generale categoria degli atti *mortis causa*, di cui fa parte anche il testamento, ciò che consente astrattamente di concettualizzare detto patto anche nel nostro ordinamento<sup>23</sup>.

Una sostanziale differenza rispetto al negozio testamentario è invece ravvisabile nella normale irrevocabilità del patto istitutivo, come si è già ricordato connaturata alla struttura contrattuale: ciò rende il contratto successorio negozio *mortis causa* ma non anche negozio di ultima volontà come il testamento<sup>24</sup>.

Dunque l'art. 458 c.c., letto in combinato disposto con il precedente art. 457, comma 1, c.c., nonché in relazione all'art. 587 c.c., per prima cosa vieta nel nostro ordinamento la c.d. istituzione contrattuale di erede e, parimenti, per pacifica opinione, il c.d. legato contrattuale: non assume quindi alcun rilievo distintivo il titolo universale o particolare della disposizione successoria resa oggetto del patto<sup>25</sup>.

In giurisprudenza - parafrasandosi la pronuncia che ha ormai fatto scuola - il patto successorio istitutivo viene generalmente ravvisato in quella pattuizione che presenta i seguenti caratteri: 1) il *vinculum iuris* originato dal patto deve avere la specifica finalità di costituire, modificare o estinguere diritti relativi a una successione non ancora aperta; 2) la cosa o i diritti oggetto della convenzione devono essere considerati dai contraenti come entità della futura successione o,

---

<sup>23</sup> È dunque possibile notare fin da ora che il patto successorio istitutivo è di per sé ammissibile anche nel nostro ordinamento: se vietare o meno la delazione contrattuale è soltanto questione di politica legislativa, come si avrà modo di appurare meglio nel prosieguo.

<sup>24</sup> Cfr. GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, p. 234; LENZI R., *op. cit.*, p. 1220 ss., il quale sottolinea l'ulteriore elemento distintivo consistente nella creazione di un'aspettativa per il beneficiario del patto istitutivo, contrariamente al delato nel testamento, stante l'assoluta revocabilità e il carattere non recettizio del negozio testamentario. Tuttavia, in rapporto alla disciplina dell'*Erbvertrag* e alle considerazioni della dottrina tedesca (per cui v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 201 ss.), il punto relativo all'effettiva insorgenza di un'aspettativa ereditaria in capo al beneficiario del patto istitutivo sembrerebbe alquanto controverso. Anzi, è importante ricordare che la stessa dottrina tedesca si dimostra - in generale - restia alla configurazione di un'aspettativa ereditaria in senso tecnico.

<sup>25</sup> Purché il singolo bene venga considerato parte di una futura successione e in quanto tale dedotto in contratto: anche secondo VISMARA G., *op. cit.*, p. 2, nota 5, ciò risulta sostanzialmente pacifico già nel diritto romano. Da notare, tuttavia (come esattamente rileva FERRI L., *op. cit.*, p. 103), che un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 458 c.c. dovrebbe portare all'opposta soluzione in termini di nullità dei soli contratti contenenti un'istituzione d'erede, con salvezza, *a contrario*, dei legati. Non risultano però, ad oggi, sviluppi in questo senso: la dottrina pare assolutamente concorde nel ritenere nulli *ex art.* 458 c.c. anche il patto avente ad oggetto legati.

comunque, essere compresi nella stessa; 3) il promittente deve intendere in tal modo provvedere, in tutto o in parte, alla propria successione; 4) l'acquirente deve contrattare come avente diritto alla successione; 5) il trasferimento dal promittente al promissario deve aver luogo *mortis causa*, cioè a titolo di eredità o di legato<sup>26</sup>.

Nella nozione di patto istitutivo rientra in maniera indiscussa l'ipotesi del patto avente efficacia meramente obbligatoria, a mezzo del quale, cioè, una parte si obbliga nei confronti dell'altra a istituirla erede o legatario per il tramite di un successivo o contestuale testamento, che così finisce per degradare a mero atto di adempimento dell'obbligo contrattualmente assunto con il patto successorio<sup>27</sup>.

Di conseguenza, si pone il duplice problema della sorte del testamento redatto in esecuzione del patto istitutivo obbligatorio e della possibilità o meno, ai sensi dell'art. 590 c.c.<sup>28</sup>, di successiva conferma del testamento così redatto.

Da un lato, viene comunemente negata sia la possibilità di sanare direttamente il patto successorio istitutivo obbligatorio, proprio in quanto contratto nullo (cfr. art. 1423 c.c.), sia la possibilità di convertire il patto in un valido testamento (cfr. art. 1424 c.c.)<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1536; conforme Cass. 16 aprile 1975, n. 1434, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1107; Cass. 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Vita not.*, 1996, 260 e in *Corr. giur.*, 1995, 571. Al riguardo, per tutti, v. le considerazioni di PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 1983, p. 435 ss.

<sup>27</sup> Riguardo al patto istitutivo obbligatorio v. FERRI L., *op. cit.*, p. 101, per il quale la nullità (anche) del patto meramente obbligatorio è suffragata dalla disposizione dell'art. 635 c.c.; DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 66. Per la giurisprudenza: Cass. 26 maggio 1953, n. 1959; Cass. 22 maggio 1959, n. 1556; Cass. 10 aprile 1964, n. 835, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1604; Cass. 9 luglio 1976, n. 2619; Cass. 3 novembre 1979, n. 5693. In generale, sulla distinzione tra patti successori c.d. reali e patti successori obbligatori, riferibile anche ai patti dispositivi e rinunziativi, v. pure CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 44; GENGHINI L.-CARBONE C., *Le successioni per causa di morte*, *cit.*, p. 44 ss. Da sottolineare, però, come nella sistematica del Giampiccolo (*op. ult. cit.*, p. 233), il patto successorio obbligatorio - la promessa di istituire erede o legatario - non concreti una vera attribuzione *mortis causa*, in quanto la convenzione dà origine a un'obbligazione il cui adempimento presuppone la vita del suo autore e, pertanto, non è tesa a regolare una situazione *post mortem*: nello stesso senso v. DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, *ibidem*. CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 49, afferma espressamente che i patti istitutivi di natura obbligatoria sono negozi *inter vivos* (comunque nulli). Tuttavia, il patto viene ugualmente considerato invalido anche dal Giampiccolo, in quanto lesivo della libertà testamentaria: principio di cui si è soliti evidenziare il carattere di ordine pubblico (cfr. ad esempio TAGLIAFERRI V., *Il divieto di patti successori fra autonomia e ordine pubblico*, in *Notariato*, 2003, p. 431 ss. Ma su questi aspetti, strettamente legati al problema del fondamento giustificativo del divieto, v. *infra*, par. 1.3.

<sup>28</sup> In materia di conferma ed esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie nulle v. almeno BIGLIAZZI GERI L., *La successione testamentaria (Art. 587-600)*, *cit.*, p. 148 ss.

<sup>29</sup> Per tutti v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 96.

A favore di chi sostiene l'impossibilità di convalidare il patto successorio nullo depone, infatti, sia il dato testuale dell'art. 1423 c.c., considerato direttamente applicabile al patto successorio in quanto contratto, a nulla rilevando la natura *mortis causa* dello stesso; sia l'inapplicabilità *a contrario* dell'art. 590 c.c., dettato con specifico riferimento alle sole disposizioni testamentarie e, soprattutto, considerato rimedio di carattere eccezionale comunque di per sé inapplicabile alle disposizioni nulle per illiceità.

Sul versante opposto, invece, non pare doversi escludere la possibilità di conferma *ex art. 590 c.c.* del testamento esecutivo del patto, sempre che lo stesso risulti effettivamente invalido<sup>30</sup>.

In realtà, a quest'ultimo riguardo, la dottrina appare divisa: secondo l'opinione tradizionale<sup>31</sup> il testamento esecutivo di un patto successorio istitutivo obbligatorio sarebbe radicalmente nullo, in quanto mezzo per realizzare il fine vietato dall'ordinamento che viene ravvisato nell'insorgenza del vincolo alla libertà di testare.

In sostanza, l'invalidità originaria del patto successorio si trasmetterebbe automaticamente anche al testamento esecutivo di quel patto, per ciò stesso considerato ricompreso nel contenuto dell'accordo vietato e altresì in applicazione

---

<sup>30</sup> Sul problema specifico della conversione del patto successorio istitutivo si rinvia a VIGNALE M., *Il patto successorio, la "donatio mortis causa" e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. e giur.*, 1962, p. 304 ss.; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 97 ss.; CASU G. *op. cit.*, p. 510 ss. Per la tesi della non convertibilità del patto successorio v. in particolare LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 264 ss.; BIGLIAZZI GERI L., voce «Conversione dell'atto giuridico», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 536 ss.; FERRI L., *op. cit.*, p. 108. La tesi negativa risulta comunque pacifica in giurisprudenza: v. Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, in *Vita Not.*, 1984, I, p. 829 ss., con nota di LEPRI A., *Sull'applicabilità dell'art. 1424 Cod. civ. ai patti successori*; di recente, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24.813, in *Foro it.*, 2008, I, p. 3519, e Cass. 19 novembre 2009, n. 24.450 in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 300 ss. con nota di FARACE D., *Note sul divieto di patti successori*; in *N.G.C.C.*, 2010, p. 556 ss. con nota di TODESCHINI PREMUDA A., *Patti successori obbligatori e conversione del negozio nullo*, e altresì in *Il Mondo Giudiziario* dell'8 febbraio 2010, con nota di DAGNA P., *Convenzioni vietate come patti successori e non suscettibili di sanatoria*, p. 62. L'argomento "forte" portato a sostegno della tesi negativa prevalente è rappresentato non tanto dall'illiceità dell'accordo, quanto dalla difficoltà di ipotizzare la conversione di un contratto in un negozio unilaterale come il testamento, senza il rischio di vanificare la portata dell'art. 458 c.c. *Contra*, a favore dell'ammissibilità in astratto della conversione, almeno per i patti istitutivi a titolo gratuito (ad esempio, nel caso di donazione *mortis causa*) v. DE GIORGI, *op. cit.*, p. 99 ss.; MOSCO L., *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 305 ss.; VIGNALE M., *op. cit.*, p. 320 ss. Del resto, la lettera dell'art. 1424 c.c. non distingue tra le varie cause di nullità.

<sup>31</sup> Cfr. CICU A., *Testamento*, Milano, 1951, p. 21 ss.; GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952, I, p. 39 ss.; BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, p. 279.

analogica dell'art. 635 c.c. in tema di condizione di reciprocità, in quanto norma ritenuta fondata proprio sulla presunzione dell'esistenza di un precedente accordo tra i testatori<sup>32</sup>.

Secondo l'impostazione più recente e oggi prevalente, invece, siffatto testamento non sarebbe nullo "per derivazione", ma, in applicazione dei principi generali in materia di invalidità del testamento o, alternativamente, annullabile per errore di diritto sul motivo *ex art.* 624 c.c.<sup>33</sup>, oppure nullo per illiceità del motivo ai sensi dell'art. 626 c.c.<sup>34</sup>.

Secondo altri, al contrario, tale testamento è perfettamente valido ed efficace, qualora sia possibile dimostrare che il testatore, nella piena consapevolezza della nullità del vincolo a disporre, abbia tuttavia testato in maniera conforme al contenuto del patto successorio, in modo che il successivo testamento risulti slegato da ogni riferimento al precedente contratto<sup>35</sup>.

Non manca nemmeno chi arriva a sostenere la nullità del testamento esecutivo per frode alla legge (art. 1344 c.c.), in quanto il testamento, pur in sé lecito, in virtù

---

<sup>32</sup> Cfr. altresì BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento - Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni, cit.*, p. 122. *Contra* GAZZONI F., *Patti successorii: conferma di una erosione*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 232 ss., secondo il quale l'art. 635 c.c. non può costituire un'applicazione pura e semplice dell'art. 458 c.c.

<sup>33</sup> In questo senso CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, I, 3, Napoli, 1959, p. 49 ss.; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 94.

<sup>34</sup> Così, in particolare, TOTI B., *La nullità del testamento esecutivo del patto successorio*, in *Riv. Not.*, 1985, p. 17 ss.; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 45 ss., il quale fa altresì notare come, nei fatti, per escludere la nullità del testamento *ex art.* 626 c.c. sia sufficiente che il motivo illecito, reputato consistente nel volere semplicemente rispettare l'impegno assunto con il patto successorio, non risulti espressamente dall'atto: *idem* per l'errore di diritto *ex art.* 624, comma 2, c.c. In giurisprudenza pare che l'unico precedente sia Cass. 6 ottobre 1955, n. 2860 (cfr. GENGHINI L. - CARBONE C., *op. cit.*, p. 50).

<sup>35</sup> Al riguardo v. in particolare BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento, cit.*, p. 119, la quale sottolinea come, altrimenti, il testatore non potrebbe più disporre validamente a favore di quel soggetto che risulta beneficiario del patto successorio; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 93 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 3 novembre 1979, n. 5693; Trib. Gorizia, 4 aprile 2000. La possibilità che il testamento conforme al patto successorio obbligatorio (istitutivo) risulti del tutto autonomo e, intanto, valido a prescindere dalla sicura nullità dell'accordo sembra del resto ricordare da vicino il tema del contratto "definitivo" concluso consapevolmente dalle parti di un precedente contratto preliminare in maniera difforme e comunque avulsa dal riferimento al contenuto di quest'ultimo, che resta come assorbito e superato dal contratto definitivo (in questo senso, da ultimo, v. anche Cass. 5 giugno 2012, n. 9036, in *De Jure*): ipotesi di cui non si contesta l'ammissibilità in quella logica dell'autonomia negoziale che *a fortiori* dovrebbe valere in materia testamentaria, che vede il *de cuius* indiscusso protagonista. Assurdo, allora, che proprio in nome della tutela della libertà testamentaria si impedisca di realizzare quella che in concreto appare l'effettiva volontà del testatore, sebbene sia diretta a confermare un patto successorio nullo la cui illiceità, in fondo, risiede nel mezzo e non nel fine.

del collegamento negoziale con il patto successorio nullo, assumerebbe in via indiretta causa illecita, finendo per costituire un inammissibile mezzo per eludere il divieto *ex art. 458 c.c.*<sup>36</sup>.

Come sopra accennato, nel caso in cui si propenda per l'invalidità del testamento esecutivo, sembra comunque potersene ammettere la successiva conferma *ex art. 590 c.c.*, dal momento che, semplicemente, la valutazione in termini di illiceità del patto obbligatorio, cioè del mezzo, non comporta di necessità anche l'illiceità del risultato perseguito e, pertanto, del successivo (strutturalmente diverso) testamento.

Conseguentemente, anche al fine di stabilire se il testamento in esecuzione del patto istitutivo nullo sia o meno confermabile occorre indagare se l'illiceità dell'atto confermato si trasmetta o meno all'atto di conferma<sup>37</sup>.

1.1.2 - I patti dispositivi. A differenza di quelli istitutivi, i patti c.d. *dispositivi* sono negozi, normalmente (ma non necessariamente) bilaterali, con cui una parte dispone a favore dell'altra dei diritti che suppone di acquistare, in futuro, sulla successione altrui, così trasferendo (od obbligandosi a trasferire)<sup>38</sup> alla controparte diritti che le deriveranno - se le deriveranno - per successione *mortis causa* di un altro soggetto, che formalmente rimane estraneo al patto.

Qualora il terzo (cioè il *de cuius*) prenda parte all'accordo, accanto al patto dispositivo si potrebbe avere un collegato patto istitutivo con conseguente nullità di entrambi<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Così LENZI R., *op. cit.*, p. 1230.

<sup>37</sup> Cfr. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 95; LENZI R., *op. cit.*, p. 1231 ss. Semmai, un vero problema di conferma del testamento esecutivo di patto istitutivo nullo si potrebbe porre nel caso in cui si volesse respingere la tesi (peraltro assolutamente prevalente) che al di là della stretta dizione normativa applica estensivamente l'art. 590 c.c. alle disposizioni testamentarie annullabili, almeno laddove si consideri il testamento annullabile per errore di diritto. In generale, sul tema della conferma *ex art. 590 c.c. v.* almeno CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 921 ss.; GIAMPICCOLO G., *op. cit.*, p. 209 ss.; GAZZONI F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974; BIGLIAZZI GERI L., *La successione testamentaria (Art. 587-600)*, cit., p. 148 ss.; CAPRIOLI R., *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985.

<sup>38</sup> CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 48, giustifica l'estensione della nullità ai patti obbligatori dispositivi anche con riferimento alla possibilità di ottenere una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. . Sull'estensione del divieto *ex art. 458 c.c.* al vero e proprio contratto preliminare, Cass. 9 luglio 1976, n. 2619.

<sup>39</sup> Invero, tale fattispecie era considerata valida in diritto romano, proprio in quanto interveniva il consenso del *de cuius*: al riguardo v. VISMARA G., *op. cit.*, p. 100 ss., il quale fa

Il patto dispositivo in senso stretto, «*col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta*» (art. 458 c.c.), ha natura di negozio *inter vivos*, in quanto ha per oggetto la futura eredità altrui e non può nemmeno astrattamente essere considerato titolo di una delazione ereditaria nei confronti di colui che ne risulta, direttamente o indirettamente, il beneficiario<sup>40</sup>.

In pratica, come esattamente rilevato, si tratta di negozi caratterizzati dalla particolarità che i diritti o i beni che ne sono oggetto dovrebbero essere acquistati - da parte di colui che ne dispone - “a causa di morte” e proprio perché in quanto tali sono considerati dalle parti<sup>41</sup>.

Il relativo divieto può essere considerato come specifica eccezione legislativamente prevista al principio espresso dall’art. 1348 c.c., quale ipotesi di nullità per impossibilità dell’oggetto.

Sembra dunque trattarsi di un’impossibilità giuridica, ma come si vedrà meglio tra breve per i patti rinunziativi, l’invalidità di tutti i negozi con cui si dispone di diritti successori futuri, cioè decontestualizzati dalla fase ereditaria vera e propria, che inizia soltanto con l’apertura in senso tecnico della successione del *de cuius*, pare risieda ancora prima nell’indeterminabilità dell’oggetto del negozio.

La dottrina tende a considerare nulli per contrasto con il divieto di patti dispositivi anche i negozi a mezzo dei quali le parti vogliono semplicemente regolare la loro futura, comunque eventuale, posizione successoria: si pensi a una divisione ereditaria compiuta in vita del *de cuius*<sup>42</sup>.

È fin da ora possibile notare come, diversamente dal divieto di patti istitutivi, il divieto dei patti dispositivi e così ugualmente dei patti rinunziativi, secondo la lettera dell’art. 458 c.c. colpisce ogni singolo negozio che abbia ad oggetto, in positivo o in negativo, diritti successori futuri, a prescindere cioè dalla struttura effettivamente bilaterale dell’atto.

---

specifico riferimento alla costituzione di Giustiniano C.2,3,30 (al riguardo v. anche *infra*, par. 1.2).

<sup>40</sup> Stante la natura di atti *inter vivos*, nessun dubbio sussiste sull’inammissibilità della convalida (art. 1423 c.c.) e della conversione (art. 1424 c.c.) di patti dispositivi e rinunziativi: cfr. per tutti DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 96.

<sup>41</sup> Così GIAMPICCOLO G., *op. cit.*, p. 43 ss.; DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 191 cui *adde* IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria, cit.*, p. 126.

<sup>42</sup> Cfr. CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 54; LENZI R., *op. cit.*, p. 1213, nota 12. In giurisprudenza, di recente, cfr. però Cass. 11 novembre 2008, n. 26946 in *Riv. Not.*, 2010, p. 226 ss. con nota di CARADONNA G., *Patto successorio e convenzione tra donatari legittimari*.

Come è stato esattamente rilevato<sup>43</sup>, nella seconda parte dell'art. 458 c.c. compare l'onnicomprendiva dicitura «ogni atto» riferibile sia ai c.d. patti dispositivoi, sia ai c.d. patti rinunziativi: così, a discapito della prima parte della norma, relativa ai soli patti istitutivi, nonché della rubrica (comunque priva di un effettivo valore precettivo), nella categoria dei patti dispositivoi a contenuto positivo - cioè dispositivoi in senso stretto - e in quella dei patti a contenuto negativo - cioè rinunziativi - rientrano sicuramente anche negozi a struttura unilaterale<sup>44</sup>.

Il divieto sanziona dunque di nullità il fatto stesso della disposizione negoziale di diritti facenti parte di una successione non ancora aperta, a prescindere dalle caratteristiche strutturali e/o funzionali di quello che è il mezzo in concreto adoperato per realizzare tale scopo; il che denota a chiare lettere l'intento del legislatore di sottrarre *in toto* all'autonomia privata la disponibilità di tali diritti.

1.1.3 - I patti rinunziativi e l'art. 557, comma 2 c.c. Nei c.d. patti rinunziativi, secondo l'impostazione assolutamente prevalente<sup>45</sup> rientra ogni forma di rinuncia a una eredità futura<sup>46</sup>, *ivi* inclusa la rinuncia unilaterale che pure, in quanto tale, tecnicamente non costituisce certo un "patto"<sup>47</sup>.

Anche con riferimento ai patti rinunziativi si ritiene poi nulla, non solo la rinuncia immediata e diretta, ma altresì l'assunzione dell'obbligo di rinunciare a una futura eredità, dovendosi così certamente comprendere nel divieto la promessa

<sup>43</sup> Da FERRI L., *op. cit.*, p. 106.

<sup>44</sup> Per CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 46, i patti dispositivoi e quelli rinunziativi possono essere ricondotti ad un'unica specie di patto successorio. Nello stesso senso FERRI L., *op. cit.*, *ibidem*; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 191 e la dottrina prevalente. *Contra*, recentemente, NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, p. 242, il quale ritiene che la rinuncia puramente abdicativa non possa essere considerata atto di disposizione in senso stretto.

<sup>45</sup> In senso contrario, anche nella giurisprudenza pare risulti, ad oggi, solo App. Napoli, 4 febbraio 1952, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Successione*, 34.

<sup>46</sup> Così, esempio per tutti, CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 42.

<sup>47</sup> Peraltro, secondo parte della dottrina il patto propriamente rinunziativo, per esser tale, deve intercorrere necessariamente con un soggetto che possa trarre beneficio dalla rinuncia, quale un chiamato all'eredità in subordine, o un coerede in accrescimento: cfr. FERRI L., *op. cit.*, p. 105; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 43, nota 59. Per inciso, è tuttavia possibile rilevare che tale affermazione, pur corrispondendo all'*id quod plerumque accidit*, non trova riscontro nel testo normativo, ove i termini «ogni atto» e l'indefinito «taluno» sembrano più far propendere per l'indifferenza della qualifica soggettiva delle parti del patto successorio e per l'onnicomprendività del relativo divieto.

(unilaterale) di rinuncia - nulla peraltro già ai sensi dell'art. 1987 c.c. - e il preliminare (bilaterale) di rinuncia a diritti successori futuri.

Al pari dei patti dispositivi si tratta a ogni modo e senza dubbio di negozi *inter vivos*.

Si è poi soliti leggere il divieto di patti rinunziativi insieme al disposto dell'art. 557, comma 2, c.c., norma che vieta ai legittimari, finché vive il donante, di rinunciare - sia espressamente, sia tacitamente, prestando il loro assenso alla donazione - all'azione di riduzione delle disposizione lesive della quota di legittima.

In questo senso, l'art. 557, comma 2, c.c. costituirebbe nient'altro che un'ipotesi di applicazione specifica del divieto di patti rinunziativi *ex art. 458 c.c.*<sup>48</sup>, potendosi considerare la rinuncia anticipata all'azione di riduzione quale atto dismissivo di diritti su una successione non ancora aperta e, in particolare, al diritto a far valere in giudizio la propria quota di legittima.

Tuttavia, occorre precisare fin da ora che ogni rinuncia a diritti provenienti da una successione non ancora aperta, proprio in quanto diritti futuri, come tali non attualmente esistenti nel patrimonio del rinunciante, potrebbe essere considerata inammissibile - e, più precisamente, nulla per impossibilità dell'oggetto - anche a prescindere dall'espressa disposizione dell'art. 458 c.c.<sup>49</sup>.

Allo stesso modo, in quanto trattasi di una forma di tutela irrealizzabile prima dell'apertura della successione, dovrebbe comunque considerarsi nulla anche la rinuncia all'azione di riduzione da parte del legittimario leso o pretermesso, per impossibilità giuridica dell'oggetto, oppure addirittura per mancanza di causa (in concreto).

---

<sup>48</sup> In tale collegamento non manca chi (IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria, cit.*, p. 21 ss.) ravvede un nesso tra il divieto di patti successori e l'apparato normativo a tutela dei legittimari; ma su questo specifico aspetto, avente riflessi di non poco conto sul discusso problema del fondamento della norma in esame, osservazioni critiche *infra* (v. tutto il Cap. II).

<sup>49</sup> In questo senso, in particolare, v. CACCAVALE C., *Il divieto di patti successori, cit.*, p. 56 e autori *ivi* citati alla nota 103. Sul tema v. più approfonditamente *infra*, par. 1.3.4.

### *1.2 - Alcune riflessioni in relazione alle radici storiche del divieto di patti successori*

Come è noto, l'attuale formulazione dell'art. 458 c.c. - risultato ultimo della modifica intervenuta nel 2006 a seguito dell'introduzione del patto di famiglia (legge 55/2006) - non innova il nucleo precettivo della norma che, a parte l'*incipit*, è rimasto del tutto invariato rispetto alla originaria enunciazione.

Il codice del 1942 aveva già previsto e razionalizzato la materia esplicitando in un'unica disposizione il divieto di patti successori, già in passato ricavabile attraverso il coordinamento di una serie sparsa di norme (artt. 720, 954, 1118, 1380, 1460 cod. abr.), dalle quali emergeva in maniera perentoria l'inammissibilità sia dei patti istitutivi, sia di quelli dispositivi e rinunziativi<sup>50</sup>.

Ma il divieto di patti successori, oggi consacrato nell'art. 458 c.c., non si comprende fino in fondo se considerato in modo avulso dal suo passato: si tratta, probabilmente, di un altro dei numerosi casi che esemplarmente contribuiscono alla dimostrazione di quanto il rapporto tra la storia e il diritto sia decisivo per la piena comprensione di ogni esperienza giuridica<sup>51</sup>, anche quando si tratta di indagare - apparentemente - soltanto una singola disposizione normativa.

L'evoluzione della categoria dei patti successori - come si è già visto, irriducibile ad unità - è lenta e si svolge nei secoli a fasi alterne di fortuna e (forse in maggior misura) sfortuna, che in questa sede non è certo possibile ripercorrere, se non per sommi capi.

Tuttavia, pare ugualmente necessario fornire delle indicazioni riguardo a quelle che possiamo chiamare le "radici storiche essenziali" della norma che qui ci occupa, al fine di chiarire alcuni elementi utili per intendere appieno, come

---

<sup>50</sup> Da notare che nell'impianto del codice del 1865 - a parte l'art. 720, che al pari del vigente art. 457 limitava alla legge e al testamento le fonti della delazione - le altre norme da cui si ricavava il divieto erano collocate nella parte dedicata ai contratti e, precisamente, all'oggetto del contratto: cfr. CASU, *I patti successori*, cit., p. 476. FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 100, sottolinea come la formulazione del codice del 1942 sia più aderente alla tripartizione dei patti, da tempo elaborata dalla dottrina, e che la nuova collocazione in ambito successorio (pur valevole, per ammissione dello stesso Autore, soltanto per i patti istitutivi), sia la logica conseguenza del principio per cui l'eredità si devolve solo per legge o per testamento. DE GIORGI M.V., *op cit.*, p. 54, nota 39, rileva come la dottrina prevalente dell'epoca considerasse già unitariamente le varie categorie di patti successori (cfr. dottrina *ivi* citata).

<sup>51</sup> Per un primo approfondimento al riguardo, di recente, v. CARONI P., *La solitudine dello storico del diritto*, Milano, 2009; nonché MACARIO F. - LOBUONO M., *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010.

emergerà meglio in seguito, l'annosa questione relativa al fondamento di tale divieto.

Agevolmente si potrà convenire, infatti, come l'individuazione (anche) in chiave storica della *ratio* della norma sia non soltanto imprescindibile per la sua esatta comprensione ma, anche e soprattutto, per la precisazione del suo attuale ed effettivo ambito di applicazione.

1.2.1 - I patti successori nel diritto romano. I profili storici attinenti al divieto di patti successori sono già stati, pur se in tempi non recenti, approfonditi dalla dottrina<sup>52</sup>; pare tuttavia opportuno riproporre i risultati, esaminandone brevemente e senza alcuna pretesa di analiticità, alcuni aspetti tuttora problematici.

In questo senso, assume dapprima rilievo la comune e quasi scontata affermazione, che il divieto di patti successori trovi la sua origine nel diritto romano<sup>53</sup>: è, questo, quanto spesso genericamente sostenuto (peraltro, senza riferimento ad alcuna particolare periodizzazione) dalla netta prevalenza degli studiosi<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, ristampa anastatica dell'edizione del 1941 (cfr. altresì ID., *Scritti di storia giuridica*, VI, Milano, 1988), che rimane ad oggi il punto di riferimento imprescindibile, insuperato per completezza (sebbene non contempli il diritto vigente). Ad oggi non risultano nella letteratura specialistica, di storiografia giuridica e non, opere che si occupino del tema in maniera altrettanto approfondita. Altro riferimento necessario al riguardo è la monografia, più volte citata, di DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 19 ss. Cenni e spunti sulla storia del divieto si trovano in FERRI L., *op. cit.*, *ibidem*, ZOPPINI A., *op. cit.*, p. 157 ss.; CASU G., *op. cit.*, p. 475 ss.

<sup>53</sup> Esempio in questo senso CICU A., *Testamento*, *cit.*, p. 21: «*La figura del patto successorio non fu ignota al diritto romano, non tuttavia, come figura generale; si hanno invece singole figure che possono ricondursi al concetto di patto successorio; è nello stesso diritto romano che si forma il principio della nullità, ma limitata ai singoli patti istitutivi di erede ed obbligazioni di istituire. La nullità è giustificata dicendo che questi patti sono contra bonos mores*». Cfr. COVIELLO L. Jr., *Diritto successorio*, Bari, 1962, p. 247, GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, *cit.*, p. 39, nonché gli autori citati alla nota precedente.

<sup>54</sup> Cfr. per la manualistica, ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1952, p. 534; BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1946, p. 483; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964, p. 742; DI MARZO S., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1954, p. 307, il quale parla di un divieto "reciso" di patti successori; GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, p. 453, nota 35.4; MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, p. 599; TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 777; VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, p. 526, il quale afferma in maniera decisa che il diritto romano vieta i patti successori, citando: C. 2,3,15/5,14,5; D. 45,1,61; C. 2,3,19 per i patti istitutivi (che egli chiama "acquisitivi"), D. 2,14,34; D. 38,16,16; C. 6,20,3; C. 3,28,35 per i patti rinunziativi, nonché D. 18,4, I.II e C. 2,3,30 per i patti sull'eredità di un terzo; ID., *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1960, p. 476. Peculiare la almeno iniziale posizione di BONFANTE P., *Scritti giuridici vari: famiglia e successioni*, Torino, 1916, p. 376, il quale dichiara che «*il patto successorio è assolutamente proscritto, anzi non è quasi compreso*

Tuttavia, come è stato giustamente rilevato<sup>55</sup>, a un più attento esame delle fonti, tale affermazione risulta vera solo in parte e, comunque, necessita di più di una precisazione.

Se è sicuramente esatto dire che il diritto romano mai conobbe la categoria concettuale dei patti successori - e, pertanto, logicamente nemmeno li ammise - non altrettanto esatta può dirsi, almeno alla lettera, l'affermazione che il divieto di patti successori trova la sua fonte nel diritto romano, nel senso cioè che un tale divieto costituisca il portato, giunto poi direttamente ai nostri giorni, della tradizione romanistica.

Tale affermazione, che a prima vista può apparire drastica e controcorrente, ad avviso di chi scrive - e lo si vedrà meglio in seguito - non ha il valore di una precisazione fine a se stessa.

Secondo un'altra accreditata corrente di pensiero - che, ciononostante, non sembra essere stata finora tenuta nella adeguata considerazione per i suoi possibili sviluppi (anche) nell'esegesi del diritto vigente, seppur secondo il criterio storico e, quindi, con tutti i limiti di questo - un conto è affermare perentoriamente che i patti successori sono vietati *tout court* nel diritto romano, altro è far notare come il diritto romano, nel corso della storia, non abbia conosciuto (o "riconosciuto"), in quanto ad esso estranei, i patti successori<sup>56</sup>. Il che però significa dire, almeno in ultima battuta, che nel diritto romano non sussiste alcun esplicito divieto di patti successori, come invece esiste nel nostro ordinamento.

La dottrina che più ha approfondito l'argomento ha infatti avuto modo di rilevare come, in realtà, il diritto romano non abbia mai posto un divieto assoluto e

---

*dai romani*». Altri non affrontano nemmeno l'argomento: cfr. SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, p. 299 ss.; MANFREDINI A.D., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001, p. 212.

<sup>55</sup> Cfr. VISMARA G., *op. cit.*; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 20.

<sup>56</sup> Si esprimono per la sostanziale estraneità dei patti successori al diritto romano, in particolare, DERNBURG A., *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, in *Pandette*, III, Torino, 1905, p. 475; PACCHIONI G., *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910, p. 678; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, Roma, 1930, p. 169; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1957, p. 556; anche BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, p. 28, finisce per riconoscere che (almeno con riferimento indiretto alla *mortis causa donatio* e alla *mancipatio familiae*, perché revocabili) «*il patto successorio, in linea di massima, non ripugna al diritto romano*». Cfr. poi DE GIORGI M.V., *op. cit.*, *ibidem* e autori *ivi* citati.

generalizzato di quelli che noi chiamiamo “patti successori”<sup>57</sup> e se, in senso opposto, ciò non significa necessariamente che i patti successori siano stati altrettanto in via generale ammessi in diritto romano, l’affermazione è sicuramente degna di rilievo.

In primo luogo, con riferimento esclusivo ai patti istitutivi, l’esegesi delle fonti solitamente citate<sup>58</sup> a dimostrazione dell’esistenza del divieto pare invece comprovare che, in realtà, i romani consideravano negativamente e non ammettevano soltanto il *patto obbligatorio* per via della limitazione della libertà di testare che ne sarebbe derivata, secondo l’interpretazione tradizionalmente fornita, contraria ai *bonos mores*.

Anzi, come forse è più corretto dire, in realtà i romani conoscevano ma non ammettevano la sola obbligazione di istituire taluno erede.

Ciò che risultava principalmente vietato, dunque, non era il patto successorio istitutivo in sé, ma soltanto l’obbligazione di istituire erede, a prescindere dalla fonte di essa.

Il divieto, peraltro, era considerato insuscettibile di interpretazione estensiva<sup>59</sup>. Inoltre, sempre a tale riguardo, la specifica ragione tecnica dell’inammissibilità del patto istitutivo era semmai da rintracciare nella conseguente (ma) indebita violazione dell’ordine legale della successione, tipico del sistema successorio romano (D. 17,2,52,9).

Soprattutto, l’inammissibilità dei patti istitutivi scaturiva dall’impossibilità per i romani di concepire la trasmissione dell’*hereditas* a persone estranee alla cerchia familiare mediante un atto diverso dal testamento, proprio perché lo strumento contrattuale era giudicato incompatibile con l’idea stessa di una *successio in universum ius*.

---

<sup>57</sup> Così VISMARA G., *op. cit.*, p. 77.

<sup>58</sup> Il principale riferimento sembra rappresentato da D. 45,1,61 (*Stipulatio hoc modo concepita: «Si heredem me non feceris, tantum dare spones? Inutilis est quia contra bonos mores est haec stipulatio»*).

<sup>59</sup> Cfr. VISMARA G., *op. cit.*, p. 80 ss., il quale al riguardo cita Paolo (D. 29,7,17). Tra l’altro, L’A. (p. 86) sottolinea come l’immoralità della (sola) obbligazione di istituire erede si presenti semplicemente quale *occasio legis*, mentre la vera *ratio* giuridica del divieto consiste, semmai, nella limitazione della libertà testamentaria conseguente all’assunzione dell’obbligo di testare in un certo modo.

L'eredità, infatti, poteva essere trasmessa per volontà dell'uomo soltanto per testamento<sup>60</sup>: per questo e, si noti, non già a tutela diretta della libertà testamentaria del *de cuius*, il patto istitutivo non era ammissibile in diritto romano. Senza contare, poi, quale ulteriore aspetto, il mancato riferimento delle fonti - almeno per tutto il periodo classico, in genere considerato il periodo "veramente romano"<sup>61</sup> - perfino all'irrevocabilità del patto quale ulteriore giustificazione della sua inammissibilità, in rapporto alla presunta lesione della libertà di testare<sup>62</sup>.

In quello stesso periodo, infatti, la successione a causa di morte riveste un carattere eminentemente patrimoniale, facendo sì che anche il principio della *libertas testamenti faciendi* perda la sua originaria rilevanza e assolutezza sul piano etico<sup>63</sup>.

Non si può non essere tentati dal sottolineare e riferire tali ultime considerazioni in ordine al "valore" della libertà testamentaria anche ai giorni nostri, ora che la sua portata sembra essersi ancor più ridimensionata<sup>64</sup>.

Da tutto ciò sembra discendere che il diritto romano classico non riconosce i patti successori istitutivi, né per una scelta contraria consapevole sul piano politico, né per una precisa giustificazione teorica del divieto, ma soltanto per un limite concettuale insito nel sistema e comune alla scienza giuridica dell'epoca, che di fatto rendeva pressoché inconcepibile la figura.

La vera, primaria ragione per cui il diritto romano non concepiva il patto istitutivo è semmai che in quel sistema il contratto non era in grado di produrre una successione universale: soluzione che sembra non lasciare spazio a ulteriori argomentazioni.

---

<sup>60</sup> Secondo il principio *hereditas extraneis testamento datur*: per queste considerazioni v. ancora VISMARA G., *op. cit.*, p. 87 ss.

<sup>61</sup> Cfr. del resto BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, cit., *ibidem*.

<sup>62</sup> Cfr. VISMARA G., *op. cit.*, p. 3, nonché p. 73 ss., il quale ritiene che in diritto romano vi siano sia atti *mortis causa* irrevocabili (la più antica forma di testamento, e la *mancipatio familiae mortis causa*), sia atti *mortis causa* revocabili (il testamento tipico del periodo classico e giustiniano, la *donatio mortis causa*), ma al contempo atti *mortis causa* bilaterali e irrevocabili (il riferimento va ancora alla *mancipatio familiae*), e atti *mortis causa* bilaterali ma altresì revocabili (cioè la *donatio mortis causa*). Da tenere però presente che l'A. adotta una concezione ampia di atto *mortis causa*, diversa da quella oggi comunemente accettata.

<sup>63</sup> Cfr. VISMARA G., *op. cit.*, p. 90 ss., secondo il quale, peraltro, le fonti non si pongono mai davvero un problema di limitazione della libertà di testare.

<sup>64</sup> Cfr. l'indagine sul piano sociologico di FERRARI V., *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972 (in particolare, p. 168 ss.), ove si affermano le ragioni per cui il testamento ha ormai perso gran parte della sua importanza storica.

Non solo: a rigore occorre considerare che la preclusione concettuale del patto successorio istitutivo riguardava soltanto la disposizione a titolo universale, ma non anche il c.d. legato contrattuale, a ulteriore conferma dell'assenza di un divieto onnicomprensivo<sup>65</sup>.

Infine, *a contrario*, il sistema romano conosceva e disciplinava un insieme eterogeneo di figure - prime fra tutte, la *mancipatio familiae mortis causa* e la *donatio mortis causa* - giudicate di fatto incompatibili con l'esistenza di un effettivo divieto di patti successori<sup>66</sup>, soprattutto nella prospettiva in cui siamo oggi abituati a pensare tale divieto, per noi (alla lettera) onnicomprensivo.

In sostanza, allora, almeno per tutto il periodo classico nel diritto romano non si pone nemmeno un problema di patti successori istitutivi, perché si ignora la stessa possibilità di pensare la categoria, che ha infatti origini ben più recenti rispetto ad esso<sup>67</sup>: ma da ciò non sembra si possa inferire un divieto alla stregua di quello consacrato nell'odierno art. 458 c.c.

Anche con riguardo ai patti dispositivi e ai patti rinunciativi, un esame più approfondito sul piano storico denota quantomeno imprecisioni e incongruenze rispetto alle idee comunemente diffuse in materia.

---

<sup>65</sup> Cfr. ancora VISMARA G., *op. cit.*, p. 106, sembra sostenere che una nozione sufficientemente chiara e precisa del patto successorio istitutivo a titolo universale in sostanza compaia soltanto sotto Diocleziano, con riferimento a C. 2,3,15: le fonti tacciono riguardo al patto istitutivo a titolo particolare, né si occupano mai dell'obbligazione di legare (la qual ultima sarebbe stata comunque, secondo l'A., sicuramente invalida).

<sup>66</sup> DE GIORGI M.V., *op. cit.*, *ibidem*, parla di inconciliabilità di siffatte figure con un atteggiamento di avversione verso i patti successori e, subito dopo, ricorda come nel diritto romano fossero invero vietate singole, specifiche figure, ma che il divieto di patti successori nelle fonti non si trova mai sancito espressamente con formulazione generale e astratta. Per gli opportuni approfondimenti in ordine alla discusse figure della *mancipatio familiae* e della *mortis causa donatio* (specialmente riguardo al problema della loro effettiva o meno struttura bilaterale), v. per tutti VISMARA G., *op. cit.*, p. 68 ss.; BIONDI B., *Successioni testamentarie e donazioni*, *cit.*, p. 707 ss. Anche ARANGIO RUIZ V., *op. cit.*, p. 521, finisce per affermare, in generale, che il testamento non è mai il modo esclusivo di disposizione della proprietà individuale per dopo la morte.

<sup>67</sup> Anche DERNBURG, *op. cit.*, p. 193, afferma che il patto successorio viene aggiunto alla legge e al testamento quali "cause" della successione dal diritto comune. Per VISMARA G., *op. cit.*, p. 109, il problema del divieto di patti successori è un problema tipicamente moderno. L'A. fa inoltre notare (p. 99 ss.) come, dopo i rescritti imperiali di Diocleziano e Massimiano (C. 8,38 (39),4; C. 2,3,19; C. 5,14,5), non si conoscono altri testi in materia e che soltanto verso la fine dell'impero romano è possibile trovare osservazioni in tema di patti successori (a titolo universale).

Sebbene con riferimento a tali tipologie di convenzioni un atteggiamento negativo sia forse più facilmente riscontrabile<sup>68</sup>, soprattutto per questioni morali che continuano ancor oggi, inevitabilmente, a pervadere la delicata materia, anche le ragioni dell'altrettanto mancato riconoscimento dei patti dispositivoi (a contenuto positivo o negativo) - soventemente tacciati di invalidità con riferimento al pericolo del *votum corvinum* - in realtà sembrano essere più di natura tecnica, sistematicamente legate al modo di essere dell'intero sistema successorio romano<sup>69</sup>.

In primo luogo, occorre considerare che nel periodo antico non era in sé del tutto possibile la rinuncia (pure unilaterale) ai diritti e doveri attribuiti dalla successione, anche per testamento; tanto che i primi tentativi di introdurre i patti rinunziativi sembrano risalire soltanto alla fine dell'epoca classica.

Inoltre, la portata della regola prevista da Costantino (C. 2,3,30), la quale ammetteva espressamente la validità del patto dispositivo in cui fosse intervenuto e rimasto fino alla morte il consenso del *de cuius*, sembra addirittura deporre per una generalizzata ammissibilità dei patti dispositivoi, ma allora, ugualmente - sempre salva la necessità del consenso del *de cuius* - dei patti puramente rinunziativi<sup>70</sup>.

Se poi si pone l'accento sul ruolo del consenso prestato e non revocato dal *de cuius* al patto (dispositivo o, secondo il medesimo schema, rinunziativo), si può anzi notare come, nella sostanza, C. 2,3,30 ammettesse anche un vero e proprio patto istitutivo (in sé revocabile) contestuale e collegato al patto dispositivo<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Ad esempio con riferimento a D. 8,38,4, che in effetti dichiara in genere le stipulazioni *de futura successione* contrarie ai *bonos mores* (ma il testo potrebbe essere interpolato): v. al riguardo sempre VISMARA G., *op. cit.*, p. 81 ss.

<sup>69</sup> Anche BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 483, con riferimento ai patti dispositivoi e rinunziativi parla di "inefficacia" dovuta alla mancanza di oggetto (ma non all'impossibilità dell'oggetto), dato che in riferimento a D. 18,4,1 non può esservi eredità di persona vivente. Cfr. altresì VISMARA G., *op. cit.*, p. 150 ss.

<sup>70</sup> In questo senso VISMARA G., *op. cit.*, p. 153 ss., che in riferimento a C. 3,28,35 afferma inoltre l'ammissibilità di un patto rinunziativo confermato in sede transattiva dopo l'apertura della successione, facendo l'esempio della anticipata rinuncia da parte del figlio all'*actio ad supplendam legitimam*. L'A. inoltre sostiene (p. 153) che i patti rinunziativi veri e propri non sono mai dichiarati espressamente contrari ai *bonos mores*, nemmeno durante il periodo giustiniano, per il quale si tende tuttavia a sottolineare, con riguardo alle scelte normative, la prevalenza delle ragioni morali su quelle tecnico-giuridiche.

<sup>71</sup> Così VISMARA G., *op. cit.*, p. 10 ss. Cfr. del resto, per il diritto vigente, FERRI L., *op. cit.*, p. 105.

Più che altro, anche in considerazione di tali patti, la presenza di singole proibizioni destinate a valere solo per ipotesi specifiche, a fronte della correlata varietà di eccezioni previste, finisce per far propendere a favore dell'inesistenza di un vero e proprio divieto, non solo dei patti istitutivi, ma anche dei patti successori dispositivi e rinunziativi.

In conclusione, dunque, non pare proprio potersi affermare la ripugnanza del diritto romano verso la categoria dei patti successori<sup>72</sup>; semmai, soltanto un'indistinta, generica avversione verso la diffusione di una serie di figure contrattuali nuove e atipiche rispetto alla tradizione, avversione crescente in misura direttamente proporzionale alla progressiva espansione di Roma.

Ciò sembra la naturale conseguenza del contatto con nuove norme e consuetudini verso cui la diffidenza spesso era essenzialmente dovuta alla mancanza di forme giuridiche definite, in contrasto con l'ormai acquisito tecnicismo e perfezionamento dello *ius civile*.

Soltanto sullo sfondo, certamente non decisiva, rimane invece la questione morale relativa all'opportunità di scongiurare il rischio della diffusione di comportamenti speculativi sull'altrui morte<sup>73</sup>.

Se si condividono le considerazioni che precedono, la diretta conseguenza è che l'affermazione secondo cui il divieto di patti successori, complessivamente considerato, deriva dal diritto romano è in sé errata.

Accettare la constatata impossibilità di scorgere nella tradizione romanistica, prima di tutto, la stessa possibilità di giustificare siffatto divieto porta a conseguenze di non poco conto in relazione all'esame della storia (e della normativa) a noi più vicina.

---

<sup>72</sup> Cfr. BIONDI B., *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>73</sup> Così VISMARA G., *op. cit.*, p. 110 (ma v. anche p. 15 ss.), il quale adduce a spiegazione di tale avversione anche la sentita esigenza di proteggere dagli influssi esterni l'ordine legale della successione e, soprattutto, il testamento quale istituto tipicamente romano, essendo considerato l'intero campo abbracciato dal diritto delle successioni come vitale e caratteristico dell'organizzazione sociale di ogni popolo. L'idea di fondo che l'intero diritto successorio sia strettamente legato alla natura del popolo è caratteristica di tutta la storiografia giuridica di fine '800 - inizio '900, come fa notare DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 21, nota 4.

1.2.2 - La consacrazione del divieto di patti successori nella codificazione napoleonica e la sua trasmigrazione nel codice del 1865. Pur trascurando tutto il lunghissimo arco temporale che abbraccia, quali tendenziali punti di riferimento, la fine dell'impero romano e la rivoluzione francese - comunque nella consapevolezza della sostanziale ininfluenza delle vicende storiche in esso comprese sulle conclusioni che ci si accinge a trarre - è d'uopo soffermare l'attenzione sul periodo che va dalla codificazione napoleonica fino all'emanazione del codice civile del 1865<sup>74</sup>.

In epoca a noi più vicina il divieto di patti successori, a discapito di ciò che si può essere spinti comunemente a pensare, viene introdotto ufficialmente proprio con la rivoluzione francese, i cui ideali comportano una visione dell'istituto testamentario e degli stessi patti successori quali fonte di disuguaglianze sociali, strumenti per trasferire le ricchezze fuori dall'ambito della famiglia, a favore di estranei invece di coloro che ne sarebbe eredi "naturali", tanto che nel 1794 le leggi rivoluzionarie giungono a sopprimere totalmente la libertà di testare<sup>75</sup>.

Tale divieto viene poi mantenuto nel *Code Napoléon*, dove viene sancito con una serie di norme che vanno a collocarsi - questo è l'aspetto che qui più rileva - in un sistema di diritto successorio ben preciso, derivato, come è noto, dagli studi di Pothier, ma essenzialmente basato sul modello del diritto consuetudinario nazionale, molto più vicino al diritto germanico che al diritto romano, dei cui influssi il primo è sempre rimasto pressoché immune.

Il contesto storico-giuridico in cui si incardina il diritto successorio francese è caratterizzato, in sintesi, da: (a) la netta e sicura prevalenza della successione legittima, unico mezzo di trasmissione dell'eredità; (b) una concezione della quota di legittima (non come limite ma) quale "concessione" all'autonomia del

---

<sup>74</sup> Per un'efficace analisi del periodo intermedio e, soprattutto, degli sviluppi in materia di patti successori nel diritto comune si rinvia alle interessanti considerazioni di DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 21 ss. e ai relativi richiami bibliografici. L'A. fa notare che dopo la caduta dell'impero romano e la scomparsa del testamento, per almeno cinque secoli anche in Italia - grazie agli influssi sia del diritto germanico, sia del diritto canonico - il patto successorio diventa nella prassi l'unico strumento di disposizione per dopo la morte, assumendo di fatto una importante funzione di mediazione tra due mondi diversi: il sistema romanistico, da un lato, e il sistema germanico dell'altro. Per la disciplina dei codici preunitari v. anche COVIELLO L. Jr., *Diritto successorio, cit.*, p. 248 ss.

<sup>75</sup> Ulteriori ragguagli e opportune indicazioni bibliografiche, ancora, in DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 29 ss.

testatore<sup>76</sup>; (c) una reintrodotta ma alquanto limitata libertà testamentaria: tanto che il testamento, disciplinato insieme alla donazione, viene considerato un atto di liberalità esclusivamente a titolo particolare.

Emerge quindi con forza la funzione prevalentemente familiare e sociale del diritto successorio francese della codificazione<sup>77</sup>.

Di conseguenza il divieto di patti successori si inserisce in un quadro armonico, con lo scopo precipuo di impedire la successione al di fuori dell'ambito familiare e a tutela dell'uguaglianza degli eredi di sangue contro eventuali, possibili abusi da parte del *de cuius*: non certamente quale baluardo di difesa della libertà testamentaria.

In questo quadro il divieto in questione riceve una giustificazione sostanziale, condivisibile o meno, ma sicuramente logica e ben precisa.

Tale divieto trasmigra poi pedissequamente nel nostro codice civile del 1865<sup>78</sup>, come noto, modellato pressoché interamente sullo stampo della codificazione francese del 1804.

Tuttavia, proprio con riferimento all'ambito successorio, non si è mancato di rilevare come il codice italiano presenti qui, ben più che in altri settori, elementi suoi propri di novità e distacco rispetto al modello napoleonico: al centro del sistema si colloca il diritto di proprietà, in un'ottica di puro individualismo che vede la massima espressione della logica proprietaria proprio nell'autonomia testamentaria<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Al riguardo v. per tutti MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, cit.*, p. 18 ss.

<sup>77</sup> In questo senso v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 33 ss., la quale sottolinea come, al di là della formale adesione al sistema romano delle successioni, nella sostanza il *Code Napoléon* rimane fedele allo spirito nazionale, dimostrando in questo settore il suo lato più conservatore.

<sup>78</sup> Come si è già avuto modo di indicare, sulla scia della codificazione francese il codice abrogato proibiva i patti successori in una serie di norme, le principali collocate nell'ambito della disciplina del contratto. Così l'art. 720 limitava alla legge e al testamento le fonti di delazione; l'art. 954 vietava espressamente la rinuncia all'eredità di persona vivente; l'art. 1118, comma 2, in deroga al principio per cui le cose future possono formare oggetto di contratto vietava sia le rinunce, sia le stipulazioni aventi ad oggetto successioni non ancora aperte, comprese quelle in cui il *de cuius* manifestasse il suo consenso; l'art. 1380 vietava specificatamente ai coniugi, nel contratto di matrimonio, ogni accordo o rinuncia tendente a mutare l'ordine legale della successione; l'art. 1460, in tema di vendita, prevedeva infine la nullità della vendita dei diritti di successione di una persona vivente, indipendentemente dal consenso di questa.

<sup>79</sup> In particolare v. già MELUCCI P., *Il diritto di successione*, Napoli, 1910, p. 5.

La parte dedicata al diritto di famiglia e delle successioni, infatti, a cominciare dalla diversa concezione della legittima accolta dal codice del 1865, svela un contesto normativo complessivamente diverso da quello in cui il divieto di patti successori deriva, con un più netto recupero della tradizione romanistica che nell'intenzione del legislatore è anzi dichiarato, sebbene in chiave di compromesso rispetto al modello francese<sup>80</sup>.

Tale esplicito richiamo alla tradizione romanistica comporta però il rovesciamento dell'impostazione accolta dal *Code Napoléon* in ordine alla quota riservata ai legittimari che, da mera concessione al principio della libertà di testare (*ivi* certamente relegato in secondo piano), diviene qui limite all'altrimenti libera disponibilità del testatore. Un limite posto a tutela dei c.d. eredi di sangue e non più a tutela degli interessi particolari dello stesso testatore.

Ciò al contempo segna il primato dell'autonomia individuale sulle ragioni della famiglia in campo ereditario: dunque, un sistema alquanto diverso da quello in cui origina il divieto di patti successori, di cui non può non tenersi conto<sup>81</sup>.

Da questo momento in poi, proprio nell'ottica della "riscoperta" del diritto romano e del sicuro primato assegnato alla libertà testamentaria, viene addotta la nota spiegazione dell'introduzione del divieto di patti successori nel codice italiano in termini di baluardo a difesa di tale libertà, considerata alla stregua di vero e proprio principio di ordine pubblico, inderogabile da parte degli stessi privati<sup>82</sup>.

Ma in tal modo si ha la sensazione di trovarsi di fronte a uno stesso divieto con due giustificazioni del tutto diverse; o, se si preferisce, a due gruppi omogenei di norme, aventi un identico contenuto precettivo (proibizione dei c.d. patti successori), tuttavia impiantate in due sistemi così differenti, perché teleologicamente orientati in maniera diversa, se non opposta, con risultati che però dovrebbero essere altrettanto coerentemente distinti e non, invece, appiattiti sulla stessa linea.

---

<sup>80</sup> Cfr. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 53, nota 36, ove si cita direttamente la Relazione della Commissione del Senato sul progetto de Codice civile del Regno d'Italia.

<sup>81</sup> Riguardo al tema specifico della quota di legittima v. ancora MENGONI L., *op. cit.*, p. 39 ss. e 54 in particolare; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 52 ss.

<sup>82</sup> Così MELUCCI P., *op. cit.*, p. 62.

Proprio quando si vuole rimettere al primo posto la libertà di testare e rimanere fedeli al diritto romano, nasce un “malinteso” destinato a influenzare tutta la successiva letteratura in materia di patti successori.

Se si tengono presenti le pregresse osservazioni relative alla asserita origine del divieto dei patti successori in diritto romano e con queste si fondono quelle appena svolte riguardo ai tratti essenziali del sistema successorio del codice napoleonico e del codice del 1865, affiora inevitabilmente un'incongruenza di fondo.

Da un lato: volersi rifare al diritto romano per valorizzare al massimo la libertà testamentaria e così allontanarsi consapevolmente dal modello napoleonico, implica - a rigore, stando a quanto sopra detto - accettare anche l'idea che è lo stesso diritto romano a non conoscere il divieto di patti successori, che invece nasce e si consolida solo in epoca moderna, confacendosi agli ideali della rivoluzione francese, ma non trovando alcun effettivo, probante riscontro nella tradizione romanistica.

Dall'altro lato: il divieto di patti successori, come formulato nel *Code Napoléon* e trapiantato *tout court* nel codice abrogato, trova la sua precisa ragion d'essere non nella tutela della libertà testamentaria, del resto quasi assente in quell'ordinamento, ma esclusivamente nella tutela della famiglia e forse ancor più, si potrebbe dire, nell'intento di preservare l'ordine legale della successione<sup>83</sup>.

Dato per dimostrato che in diritto romano non sussiste alcun divieto generalizzato di patti successori e che, senza considerare le numerose eccezioni in termini di validità, la loro inammissibilità deriva da ragioni per lo più attinenti al contesto socio-politico e ai limiti della stessa scienza giuridica dell'epoca, non ha più senso voler giustificare nel diritto romano un divieto consacrato soltanto nel codice del 1865 per ragioni diverse. Al contrario, la previsione di un divieto del genere rischia semmai di recidere il legame con il modello cui si vuole far riferimento.

Al tempo stesso, accogliendo formalmente un modello ben strutturato come quello napoleonico per poi modificarlo in alcuni sui pilastri (funzione del testamento e della riserva), non si può non ottenere un risultato “ibrido” che

---

<sup>83</sup> Ciò che, in realtà, proprio secondo il Vismara (vedi *retro*) costituisce la vera spiegazione del mancato riconoscimento dei patti successori in diritto romano.

difficilmente, in assenza di adeguati correttivi, può rivelarsi davvero soddisfacente.

Infatti, proprio nel momento in cui si torna, come già sottolineato, a valorizzare il principio della libertà testamentaria, viene in un certo senso reciso quel legame con la tutela della famiglia che razionalmente giustifica il divieto in Francia.

Il risultato finale è che la *ratio* del divieto di patti successori finisce così per sfuggire, perdendosi: con la previsione indistinta e assoluta del divieto di patti successori nel codice del 1865 si determina idealmente una duplice frattura, sia con il modello di diritto romano, sia con quello del *Code Napoléon*.

Paradossalmente, inoltre, sul piano puramente logico sembra quasi che l'esigenza di tutela della libertà di testare escluda ogni effettiva necessità di vietare i patti successori, corroborando piuttosto l'idea di una possibile, "pacifica" convivenza tra testamento e patto successorio: quel che di fatto avviene in Germania - un esempio per tutti - e che in fondo, almeno in senso lato e con tutte le cautele del caso, avveniva già nello stesso diritto romano.

Sul piano dell'evoluzione storica, quindi, sembra che il divieto di patti successori non abbia alcun fondato né tantomeno diretto rapporto con l'esigenza di tutela della libertà testamentaria e, soprattutto, che la sua introduzione nell'ordinamento italiano del 1865 è stata frutto, probabilmente, di una poco meditata scelta, che non trova alcuna vera razionale giustificazione sul piano sostanziale.

Non per niente, quindi, la maggior parte della dottrina già all'epoca rivolse aspre critiche a tale opzione legislativa<sup>84</sup>.

1.2.3 - Il passaggio del divieto al codice del 1942. Dal codice del 1865 il divieto trasmigra, infine, nel codice del 1942, dove anzi viene rafforzato in una duplice direzione: (a) attraverso una formulazione onnicomprensiva, volta a razionalizzare la norma in un'unica disposizione (art. 458 c.c.), la cui collocazione viene stavolta inserita nell'ambito del diritto successorio, subito dopo la norma che indica le fonti della delazione ereditaria (art. 457, primo comma, c.c.); (b) con l'abrogazione della disciplina della divisione d'ascendente (artt. 1045 ss., cod.

---

<sup>84</sup> Cfr. soprattutto COVIELLO N., *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 106; FILOMUSI GUELFY F., *Diritto ereditario*, Roma, 1899, p. 39 ss.; GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni, cit.*, p. 404 ss.

abr.), che pure poteva essere considerata una sorta di eccezione (almeno indiretta) al divieto<sup>85</sup>.

Qui il mantenimento del divieto viene però giustificato essenzialmente con il rinvio al principio della tipicità delle fonti di delazione, limitate per una precisa scelta del legislatore alla legge e al testamento<sup>86</sup>, sebbene la dottrina continui a spiegare il divieto principalmente con riferimento alla necessità di tutela dell'autonomia testamentaria e, in generale, per superiori ragioni morali.

Ma le conclusioni cui si è giunti sopra possono permanere intatte anche con riguardo alla sistematica del nuovo codice che, per tale via, finisce con l'imporre un divieto avulso, per origine storica ed effettiva funzione, dal sistema successorio italiano<sup>87</sup>: un divieto che nel nostro ordinamento nasce privo di una sostanziale, plausibile ragione giustificativa e che, anche successivamente - come si constaterà subito - con il progressivo ma sempre più rapido mutamento del contesto socio-economico, difficilmente potrà trovare una ragione.

In questa sede si può far osservare come la genesi stessa del Libro II del codice civile - inizialmente previsto quale terzo libro, il cui primo progetto venne presentato nel luglio del 1936, poi rivisto e nella versione definitiva pubblicato nell'ottobre del 1939 (in vigore dal 21 aprile 1940), ma in ragione della priorità della sua entrata in vigore rispetto agli altri diventato poi il secondo dei sei libri di cui si compone complessivamente la codificazione<sup>88</sup> - e, del resto, la genesi dell'intero codice civile risentano comunque dell'influsso più o meno velato della politica fascista, che proprio nella tradizione romanistica ritiene di rinvenire una linea di continuità con l'ideologia del regime e ha così buon gioco nel rifarsi all'impalcatura del diritto romano, in modo da "nobilitare" il proprio diritto<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Il punto non è tuttavia pacifico. Sulla divisione d'ascendente v. POLACCO V., *Sulla divisione operata da ascendente fra discendenti*, Verona-Padova, 1885; TEDESCHI G., *La divisione dell'ascendente*, Padova, 1936. Cfr. altresì DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 57.

<sup>86</sup> Cfr. la Relazione al codice civile, n. 225.

<sup>87</sup> Ciò pare oltremodo incongruente se si guarda alle eccezioni al divieto che lo stesso ordinamento francese prevede espressamente: artt. 1082, 1083, 1093, 1390 (quest'ultimo come introdotto nel 1965). Al riguardo v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 28 ss.; ZOPPINI A., *op. cit.*, p.157 ss.

<sup>88</sup> Per un'opportuna disamina delle origini del nostro diritto civile e, correlativamente, degli sviluppi della scienza giuridica in Italia: ALPA G., *la cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000; GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1950*, Milano, 2000; PADOA SCHIOPPA T., *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007.

<sup>89</sup> In questo senso v. ALPA G., *op. cit.*, p. 265 ss.

Per quanto qui interessa, in un clima del genere appare dunque logico che, anche in settore del tutto particolare, la fedeltà alla tradizione romanistica - caratterizzata, come è noto, dal primato della libertà testamentaria e, sebbene nel senso sopra visto, dall'assenza di un riconoscimento formale della legittimità di patti successori - finisca inevitabilmente per contribuire silenziosamente alla scelta - squisitamente politica - di escludere dal nostro ordinamento i patti sulle successioni future, senza necessità di addurre ulteriori specifiche motivazioni.

Il problema però, almeno se si concorda con l'impostazione adottata nei paragrafi che precedono, è che il divieto di patti successori in diritto romano non trova affatto lo stesso riscontro e quella giustificazione che trova (o si pretende che esso trovi) nel vigente codice civile.

### 1.3 - Il dibattito intorno al fondamento del divieto

Quanto finora detto sulle origini storiche del divieto di patti successori non consente, in ogni caso, di tralasciare l'annosa questione relativa alla ricerca quasi "esasperata" del fondamento del divieto in parola; fin dall'introduzione del codice del 1942 destinata a non sopirsi proprio per l'estrema difficoltà di leggere e comprendere la norma senza riferirsi alla sua "vera" storia.

Limitando ora l'osservazione alla dottrina formatasi sotto il diritto vigente, è agevole intuire come il divieto dell'art. 458 c.c. sia riferibile a una molteplicità di figure che in comune tra loro hanno soltanto l'oggetto, ovvero una successione non ancora aperta<sup>90</sup>: proprio questa considerazione consente di incontrare la prima difficoltà nell'individuazione dell'esatto fondamento di siffatto divieto<sup>91</sup>.

Le difficoltà sembrano aumentare, per di più, qualora si analizzi la disposizione nel suo insieme, senza distinguere tra le diverse tipologie di patti, tentando di trovarne una giustificazione complessiva e unitaria.

Tra l'altro è stato notato come, almeno fino a tempi relativamente recenti, l'attenzione di coloro che si sono occupati dei patti successori e delle problematiche connesse si sia concentrata essenzialmente sul tentativo di forzare i confini del divieto<sup>92</sup>, piuttosto che nella ricerca prima di tutto della *ratio*, per poi affrontare l'analisi dell'art. 458 c.c. "in positivo" piuttosto che "in negativo".

Una impostazione, questa, più consona all'atteggiamento della dottrina tradizionale, che si è sostanzialmente limitata a prendere atto della norma come "conseguenza necessaria" dell'art. 457, comma 1, c.c. e che, fin dall'inizio, si è mostrata avversa alla sua introduzione nel nostro ordinamento<sup>93</sup>.

Eppure, l'individuazione della *ratio* del divieto appare di sicura importanza ai fini dell'esatta determinazione dell'ambito di applicazione della norma<sup>94</sup>, a maggior

---

<sup>90</sup> Cfr. ad esempio gli autori citati alla precedente nota 10 e le considerazioni complessivamente svolte già nel par. 1.1. L'esistenza di un negozio giuridico diverso dal testamento avente ad oggetto una futura successione è, anche per CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 39, il solo minimo comune denominatore delle tre figure di patti successori, delle quali sottolinea l'eterogeneità.

<sup>91</sup> Così, in particolare DE GIORGI M.V., voce «*Patto successorio*», *cit.*, p. 533.

<sup>92</sup> Cfr. per tutti CASU G., *op. cit.*, p. 483, il quale pone l'accento sul «... *lento lavoro di sfaldamento del divieto di patti successori*» da parte di dottrina e giurisprudenza (p. 467). Ma sulla presunta "erosione" del divieto v. oltre, Cap. II.

<sup>93</sup> V. *retro*, par. 1.2.3.

<sup>94</sup> In questo senso anche CACCAVALE C., *Il divieto di patti successori*, *cit.*, p. 36.

ragione trattandosi di norma proibitiva il cui perimetro applicativo deve essere rigorosamente delimitato non solo per esigenze di corretta ermeneutica, ma anche e soprattutto al fine di evitare che la norma si risolva in un'aprioristica negazione della realizzabilità di interessi in sé meritevoli di tutela.

1.3.1 - La tipicità delle fonti della delazione. Volendo provare ad offrire una panoramica delle principali opinioni espresse al riguardo dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, occorre dunque iniziare dalla tesi tradizionale di coloro<sup>95</sup> che, pur non mancando di addurre spiegazioni ulteriori (quasi a nascondere, si direbbe, l'insufficienza della principale), innanzitutto vedono nel divieto *ex art. 458 c.c.* un semplice corollario del precedente art. 457 c.c., nella parte in cui dispone che l'eredità si devolve solo per legge o per testamento.

Poiché dall'art. 457, comma 1, c.c. promana il principio di tipicità delle fonti della delazione<sup>96</sup>, il successivo art. 458 c.c. non farebbe altro che ribadire tale principio sotto forma di divieto, semplicemente esprimendolo in negativo: tant'è che l'art. 457 e l'art. 458 c.c. non sarebbero altro che il rovescio della stessa medaglia, due facce dello stesso fenomeno<sup>97</sup>.

In altre parole, la "tipicità assoluta" del meccanismo negoziale previsto dall'ordinamento per regolare la propria successione esclude logicamente, di

---

<sup>95</sup> In questo senso PALAZZO A., *Divieto di patti successori*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, II, Torino, 1991, p. 7, per il quale il divieto *ex art. 458 c.c.* è «logica conseguenza dell'articolo precedente», in sé affermazione comune e generalmente condivisa: cfr. COVIELLO L. JR., *Diritto successorio*, cit., p. 246 ss.; GROSSO G. e BURDESE A., *Le successioni - Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XI, 1, Torino, 1977, p. 92; GIANNATTASIO C., *Delle successioni - Disposizioni generali - Successioni legittime*, in *Comm. cod. civ.* diretto da W. Bigiavi, II, 1, Torino, 1971, p. 21; PRESTIPINO G., *Delle successioni in generale, artt. 456-535*, in *Comm. cod. civ.* diretto da G. De Martino, Novara, 1982, p. 59. Anche CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 39, adduce quale "fondamento tecnico-giuridico" dell'art. 458 c.c. l'inammissibilità di terze cause di delazione, salvo poi specificare che la "ragione logica" del divieto di patti istitutivi è diversa ed è ravvisabile nell'assoluta libertà testamentaria, e che quello che è il fondamento del divieto di patti istitutivi non vale, in realtà, anche per i patti dispositivi e rinunziativi. Ciò testimonia quantomeno il perenne "disagio" della dottrina che muove alla ricerca del fondamento del divieto *ex art. 458 c.c.*

<sup>96</sup> Cfr. anche art. 42, comma 4, Cost. (v. *retro*, p. 4, nota 13).

<sup>97</sup> Così CACCAVALE C. in *Il divieto di patti successori*, cit., p. 38 (ma già ID., *Il divieto di patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 34); v. altresì CASU G., *op. cit.*, p. 480.

conseguenza, la possibilità di ricorrere ad altre forme negoziali per raggiungere quel medesimo fine<sup>98</sup>.

E tale idea di fondo, non per niente, è quella che si ricava dalla Relazione al Re (n. 225): «*Affermato il principio fondamentale del nostro diritto successorio, per cui le forme di successione sono due, la legale e la testamentaria, ho considerato di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione, ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della cosiddetta successione pattizia o patto successorio*».

In quest'ottica - pregevole, peraltro, per la sua impronta sistematica e all'apparenza del tutto inoppugnabile, anche perché consona alla storia - il divieto di patti successori viene posto quasi in un rapporto di causa-effetto con la disposizione che lo precede, in modo che l'inammissibilità *a contrario* di terze forme di delazione, già di per sé ricavabile dalla sola lettura dell'art. 457 c.c., non possa che costituire (anche) il fondamento giustificativo del divieto dell'art. 458 c.c.

Come a dire, cioè, che se l'eredità si devolve solo per legge o per testamento (o in parte per l'una, in parte per l'altro), *tertium non datur*, il contratto successorio "non può" essere ammesso: in pratica un sillogismo perfetto.

Tale impostazione, tuttavia, risulta del pari alquanto formalistica e, a conti fatti, non sembra spiegare quale sia effettivamente il fondamento del divieto: anche a prescindere dalle considerazioni prima svolte, come è stato esattamente rilevato<sup>99</sup>, il pur evidente e stretto collegamento tra l'art. 457 e l'art. 458 c.c. non è affatto in grado di giustificare da solo il perché, da un lato, il legislatore abbia a monte limitato le fonti della delazione alla legge e al testamento, mentre dall'altro lascia insoluto il quesito relativo alla specifica *ratio* del divieto di patti successori, posto soltanto "a valle" del principio di tipicità delle fonti di delazione.

Infatti, il riferimento alla legge e al testamento quali uniche fonti regolatrici della successione può semmai rappresentare il risultato logico del ragionamento ma non

---

<sup>98</sup> Di recente, v. GENGHINI L.-CARBONE C., *Le successioni per causa di morte*, 1, cit., p. 40. In giurisprudenza esemplare in questo senso è Cass., 14 luglio 1983, n. 4827, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 7.

<sup>99</sup> In particolare da CACCAVALE C., *op. cit.*, *ibidem*.

la spiegazione dei criteri che giustificano nel nostro ordinamento il divieto dei patti successori<sup>100</sup>.

Si tratta, in sostanza, di mutare la prospettiva e chiedersi quale sia il vero motivo per cui la delazione non possa avvenire se non per legge o testamento, escludendo il contratto: perché tale esclusione?

Salva la conclusione a cui si è sopra arrivati, solo ponendosi in questa diversa prospettiva è possibile indagare quale sia la giustificazione della presenza dell'art. 458 c.c. nel nostro attuale ordinamento.

Non solo: a rendere palese l'erroneità della consueta giustificazione in termini di tipicità della delazione è la facile constatazione che essa non può affatto valere altrettanto per i patti dispositivi e rinunziativi, accumulati nella formulazione dell'art. 458 c.c. e nulli al pari dei patti istitutivi, ma rispetto a questi ontologicamente diversi.

Si è già detto della differenza causale - e in parte anche strutturale - tra patti successori istitutivi, aventi natura di atti *mortis causa*, e patti dispositivi e rinunziativi, aventi natura di atti (non necessariamente bilaterali) *inter vivos*, i quali hanno ad oggetto diritti facenti parte di una futura successione altrui: riguardo a questi ultimi è quindi del tutto da escludere ogni possibile riferimento all'art. 457 c.c., per l'ovvia considerazione che tali patti, per loro intima natura, sono incapaci di porsi come fonti di delazione, così che il fondamento del loro divieto deve essere logicamente diverso<sup>101</sup>.

In ciò è possibile apprezzare fin da ora i limiti di tutte le concezioni che, oltre a trascurarne la storia, in ordine al fondamento del divieto mantengono una visuale ristretta, senza valorizzare la pur nota e accettata tripartizione.

L'affermazione, pur così comune, che la ragione del divieto *ex art. 458 c.c.* risieda nella tipicità delle forme di delazione, sancita dalla norma che lo precede, risulta dunque una palese petizione di principio<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Così, infatti, DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 1: «la spiegazione tecnica del patto successorio tradizionalmente detto "istitutivo", (...) si limita a prendere atto della scelta legislativa».

<sup>101</sup> In particolare, con riguardo ai patti dispositivi e rinunziativi, è da escludere che il *de cuius* possa essere considerato "dante causa" di colui che acquista diritti successori in virtù del patto: v. CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 38, nota 39.

<sup>102</sup> Esplicito in questo senso CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 37. Cfr. altresì CASU G., *op. cit.*, p. 479 ss.

Ma è bene ribadire fin da subito che a questa, comunque, la dottrina è solita aggiungere quasi sempre un'ulteriore indifferenziata spiegazione in termini di tutela della libertà testamentaria, considerata principio di ordine pubblico interno invalicabile<sup>103</sup>: ciò appare quale altro sintomo della difficoltà (per non dire impossibilità) di individuare per la norma, un fondamento plausibilmente unitario.

1.3.2 - Il votum corvinum e il presunto fondamento "etico" del divieto. Altra dottrina<sup>104</sup>, con prospettiva analoga di indagine, ravvisa il fondamento della norma nel perseguimento di un fine essenzialmente moralistico o ideale: in particolare, quello di scongiurare il rischio del c.d. *votum captandae mortis* o, altrimenti, del *votum corvinum*, cioè il desiderio dell'altrui morte in vista del vantaggio patrimoniale che da tale evento traggono i beneficiari di un patto successorio.

In tale ottica, considerazioni puramente etiche che richiamano un ampio concetto di *buon costume*, sarebbero appunto alla base del fondamento del divieto ex art. 458 c.c., proprio perché, ogni patto, sottintendendo l'auspicio dell'altrui morte, contrasterebbe inevitabilmente con il senso della morale comune.

Vero è che l'evoluzione storica dei patti successori dimostra come il tema abbia subito l'influenza di diversi fattori (non esclusi quelli a carattere religioso e/o familiare<sup>105</sup>), ma siffatta giustificazione in chiave "idealistica" del divieto non appare convincente a chi<sup>106</sup>, sulla base del diritto positivo vigente, rileva come nei fatti l'ordinamento non si preoccupi (né possa preoccuparsi) di scongiurare tali, pur deprecabili, "auspici"; ed è sufficiente, a tal proposito, porre mente a quelle

<sup>103</sup> Cfr. per tutti, oggi, TAGLIAFERRI V., *op. cit.*, p. 431 ss. V. però *retro*, par. 1.2

<sup>104</sup> Invero, minoritaria: cfr. in particolare LISERRE A., *Disposizioni generali sulle successioni, in Successioni - I*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 41; LUCARELLI F., *Solidarietà privata e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 289-290. In giurisprudenza risulta solo Cass. 7 marzo 1960, n. 418, in *Sett. Cass.*, 1960, p. 423. GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, cit.*, p. 40, si distingue per il riferire il *votum corvinum* sia ai patti dispositivi, sia a quelli istitutivi. TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 425, considera scopo dell'art. 458 c.c. quello di fornire una garanzia pratica all'assoluta revocabilità del testamento e, indirettamente, quello di evitare il *votum captandae mortis*. Tuttavia, occorre precisare che la maggior parte degli autori non ritiene tale spiegazione idonea a coprire tutte e tre le figure di patti sulle successioni future, ma soltanto (come si vedrà *infra*) i patti propriamente dispositivi e rinunziativi.

<sup>105</sup> Cfr. VISMARA G., *op. cit.*; LUCARELLI F., *op. cit.*, 288.

<sup>106</sup> Per CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 40, anzi, il pericolo che qualcuno possa volere che altri muoia è insito nello stesso sistema successorio.

numerose disposizioni che, teoricamente sottendendo lo stesso pericolo, collegano benefici patrimoniali all'evento morte<sup>107</sup>.

Possono in tal senso ricordarsi, in via esemplificativa, i contratti di assicurazione sulla vita a favore di terzi (art. 1920 c.c.) e di rendita vitalizia (art. 1872 ss., c.c.).

Così ragionando, analogo pericolo è ipotizzabile, per l'usufruttuario, da parte del nudo proprietario o, ancora, più in generale, nei confronti del testatore, da parte di chiunque sia al corrente di essere stato nominato erede o legatario. In queste come in altre ipotesi non è da escludere l'eventualità che, in colui che si aspetta un beneficio collegato alla morte altrui, insorga il biasimevole desiderio che un altro soggetto cessi di vivere il prima possibile.

Quanto appena detto sembra convalidare anche l'ipotesi che il fine ultimo del divieto non sia quello di frustrare siffatto auspicio, pur socialmente pericoloso.

Quel recondito desiderio, infatti, ben potrebbe essere presente in fattispecie che, pur diverse dai patti successori, trovano nel nostro ordinamento specifica disciplina quali contratti aleatori<sup>108</sup>.

1.3.3 - L'analisi tripartita del fenomeno: intorno al fondamento del divieto di patti istitutivi. In ragione di quanto esposto, la dottrina più moderna ha rivisitato il tema assumendo come punto d'avvio dell'indagine la constatazione che, la tripartizione tra patti sulle successioni future osta all'individuazione di un fondamento unitario del divieto contenuto nell'art. 458 c.c.

Dunque, l'indagine deve innanzitutto essere condotta in maniera diversificata per ciascuna tipologia di patto vietato<sup>109</sup>.

Riguardo ai patti successori veri e propri, ovvero, quelli istitutivi, come si è già detto, dottrina e giurisprudenza<sup>110</sup> sono solite ravvisare la *ratio* del divieto nella

---

<sup>107</sup> Si noti, anzi, che già per il diritto romano lo stesso VISMARA G., *op. cit.*, p. 91, nota 1, esprime dubbi sulla possibilità di ritenere il rischio del *votum captandae mortis* a fondamento del divieto (anche dei soli patti dispositivi).

<sup>108</sup> Per inciso, si noti che la caratteristica dell'aleatorietà sembra essere evidente in ciascuna tipologia di patto successorio.

<sup>109</sup> Così in particolare MARELLA M. R., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, in *N.G.C.C.*, 1991, p. 91 ss. ID., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, II - *I contratti atipici*, tomo 2, Torino, 1999, p. 1192 ss.; CACCAVALE C., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Notariato*, 1995, p. 552 ss. In giurisprudenza v. Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. Not.*, 2001, p. 227 ss.

necessità di tutelare in maniera assoluta la libertà testamentaria e, in particolare, la piena revocabilità del testamento, come sarebbe del resto facilmente riscontrabile con la sistematica lettura delle norme che prevedono o suppongono un siffatto requisito essenziale (artt. 587, comma 1, 589, 635, 679, 680 ss., c.c.).

A tali norme dovrebbe aggiungersi, quindi, anche l'art. 458 c.c. dal momento che la struttura contrattuale, intrinsecamente bilaterale (cfr. art. 1372, comma 1, c.c.), impedirebbe di per se stessa lo scioglimento unilaterale del vincolo da parte del disponente, privandolo così automaticamente di ogni facoltà di revocare un contratto che però, non si dimentichi, al pari del testamento, ha natura di atto *mortis causa*.

Più precisamente, attraverso l'istituzione contrattuale di erede o legatario, il disponente si priverebbe *in re ipsa* della possibilità di revocare l'istituzione senza il consenso della controparte, mentre in caso di assunzione dell'obbligo di istituzione a titolo universale e/o particolare, il disponente risulterebbe costretto a testare, con apposito e distinto atto, in senso conforme al patto successorio, di modo che, anche in questo caso, per evitare poi di violare il patto, sarebbe poi privato di un'effettiva facoltà di revoca del testamento.

In entrambi casi, ciò che ne risulterebbe massimamente ridotta sarebbe la libertà di disporre del proprio patrimonio per il tempo successivo alla morte<sup>111</sup>.

Si noti, però, che il sostanziale appiattimento della libertà testamentaria sulla piena facoltà, reputata essenziale, di revoca del testamento non è affatto scontato. A chi scrive non pare infatti del tutto peregrina la precisazione che, in astratto, le norme sopra citate in materia di revoca del testamento, proprio in quanto dedicate esclusivamente a tale peculiare negozio, non necessariamente devono e possono essere trasposte altrove con valore assoluto.

In ogni caso, la tesi non risulta esente da obiezioni: in particolare, non si comprende esattamente il perché, in relazione al testamento, il legislatore abbia

---

<sup>110</sup> Questa può essere considerata l'impostazione oggi ancora nettamente prevalente: cfr., tra gli altri, cfr. FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 101; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 60; BIANCA M., *Diritto civile*, 2, *La famiglia - Le successioni*, 4° ediz., Milano, 2005, p. 556 ss.; VIGNALE M., *Il patto successorio, la "donatio mortis causa" e la conversione dei negozi illeciti*, cit.; in giurisprudenza, per tutte, v. Cass. 21 aprile 1979, n. 2228, in *Mass. Foro it.*, 1979, p. 464.

<sup>111</sup> In giurisprudenza v. Cass. 29 maggio 1972, n. 1702, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1954; Cass. 21 aprile 1979, n. 2228, in *Giust. civ. mass.*, 1979, 4; Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, cit.

previsto l'assoluta revocabilità, mentre in relazione ai patti istitutivi, che pur sortiscono lo stesso "effetto" e ne condividono la natura *mortis causa*, sia stata prevista la nullità *tout court*.

Inoltre, si osserva che nemmeno il principio dell'assoluta libertà testamentaria sembra sufficiente a spiegare un divieto che è sconosciuto ad altri ordinamenti e che, tuttavia, conoscono ugualmente tale principio<sup>112</sup>.

Ma, soprattutto, è la storia del divieto a dimostrare che patti successori e testamento corrono su binari diversi ma sostanzialmente paralleli.

Riemerge, pertanto, il problema di fondo relativo al "come" e al "perché" della previsione normativa.

Non manca chi<sup>113</sup> ha evidenziato che, pur vertendosi in ambito contrattuale, per superare l'obiezione sarebbe stato sufficiente che il Legislatore avesse previsto una facoltà di revoca o recesso *ex lege*<sup>114</sup> a favore del disponente, al pari di quanto

---

<sup>112</sup> Così, in particolare, DE GIORGI M.V., voce «*Patto successorio*», *cit.*, p. 553. Ma ciò ottiene una spiegazione solo se si legge *retro*, in ordine alla storia del divieto: par. 1.2.

<sup>113</sup> In questo senso LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, *cit.*, p. 1222, il quale sottolinea la varietà delle ipotesi astrattamente possibili, con l'unico limite del divieto della condizione sospensiva meramente potestativa; CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>114</sup> Come è noto, il diritto di recesso è quel diritto potestativo (di fonte convenzionale o legale) che consente lo scioglimento del vincolo contrattuale attraverso un atto unilaterale di autonomia privata (AA.VV., *Diritto privato*, tomo primo, 2° ediz., Torino, 2009, p. 340). Secondo la tesi che appare prevalente si tratta di un negozio giuridico unilaterale, di secondo grado, recettizio e formale (in quanto richiede la stessa forma del negozio principale da cui si recede: cfr. DIENER M.C., *il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 510). La revoca - premessa l'inesistenza nel nostro ordinamento di una norma generale che la disciplini, a differenza del recesso - può essere definita come l'atto a mezzo del quale viene posto nel nulla un negozio già sorto per opera dello stesso soggetto che tale negozio ha posto in essere. Per alcuni (cfr. ad esempio BIANCA C.M., PATTI C., PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 2001, p. 652) la revoca è generalmente l'atto negoziale estintivo dei soli negozi unilaterali o, comunque, di contratti stipulati nell'interesse preminente di una sola parte (quella, appunto, revocante). La dottrina maggioritaria tende a distinguere tra revoca e recesso in base all'oggetto: mentre la revoca agisce direttamente sull'atto, cancellandolo, il recesso agisce sul rapporto giuridico derivato dall'atto, sciogliendo questo ma lasciando in vita l'atto che lo ha originato; inoltre, la revoca ha una connaturata efficacia retroattiva, mentre il recesso si caratterizza per la irretroattività degli effetti. Chiaramente non è questa la sede per approfondire il discusso tema del recesso (nelle sue varie tipologie) e dei suoi rapporti con la revoca: per gli opportuni riferimenti, tra i contributi più recenti v. almeno CIMMINO N., *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000; PADOVINI F., *Il recesso*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1051 ss.; ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 541 ss.; SIRENA P., *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, III, Milano, 2006. Tuttavia, almeno in astratto potrebbe chiedersi se, in relazione a un patto successorio istitutivo, la facoltà per il disponente (o per entrambe le parti: nulla lo esclude, sebbene tale evenienza sia da considerarsi quantomeno "disutile" e in concreto remota), di sciogliersi unilateralmente dal vincolo sia configurabile come vero recesso oppure come ipotesi di revoca in senso tecnico: ciò, ovviamente, mettendosi nei panni di un Legislatore chiamato a

stabilito per la disciplina di numerosi contratti tipici, potendosi per tale via - che sembra peraltro piuttosto agevole - armonizzare la struttura contrattuale con l'essenziale revocabilità dell'atto di ultima volontà e così, in definitiva, aprire le porte al contratto successorio anche nel nostro ordinamento<sup>115</sup>.

Anzi, proprio l'ammissibilità del patto istitutivo in quei Paesi che del pari conoscono il testamento sembra definitivamente comprovare l'astratta possibilità di convivenza tra i due istituti e, al contrario, in relazione al problema della revocabilità unilaterale, l'inesistenza di effettive ragioni tecniche per vietare il patto istitutivo<sup>116</sup>.

---

disciplinare il patto successorio, come esposto nel testo, e quindi a scegliere in modo immaginario tra le due opzioni. Se si accede alla tesi tradizionale che considera la revoca quale negozio estintivo limitato ai soli negozi unilaterali la soluzione non potrà che essere rappresentata dal recesso; se, viceversa (e semplificando), si pone l'accento sull'oggetto del negozio estintivo occorrerà previamente accertare la sussistenza o meno di un rapporto giuridico non ancora esaurito tra le parti del contratto successorio e individuare quale interesse risulta prevalente. Anche optando per la netta prevalenza dell'interesse del disponente, tuttavia, non sembra poi facile distinguere e conseguentemente scegliere in modo appropriato tra revoca e recesso: difficile valutare e classificare il rapporto che si instaurerebbe tra disponente e beneficiario del patto istitutivo, prima della morte del primo, alla luce degli ordinari criteri in materia contrattuale, ciò a riprova dell'estraneità dello strumento rispetto al nostro ordinamento e della problematica distinzione in concreto tra revoca e recesso. Anche in questo secondo senso, resterebbe comunque il problema di scegliere quale tipologia di recesso adottare: un c.d. recesso estintivo (cfr. DIENER M.C., *op. cit.*, p. 514 ss.), o un recesso interruttivo, meglio, di autotutela (cfr. ROPPO V., *op. cit.*, p. 550 ss.) o, ancora, un vero e proprio *ius poenitendi* a solo vantaggio del disponente, slegato da ogni presupposto? Forse la revoca risulterebbe, a conti fatti, lo strumento rigorosamente più consono allo scopo, sia in parallelo con la disciplina della revoca del testamento, sia per la prevalenza dell'interesse del disponente all'autonomia di disposizione *mortis causa*, sia soprattutto in relazione alla circostanza che, *medio tempore*, il contratto successorio non produrrebbe altri effetti, né tra le parti, né tantomeno nei confronti di terzi, eccettuato l'insorgere del vincolo contrattuale: per non negare in radice la struttura bilaterale del negozio basterebbe allora agganciare la possibilità di esercizio del potere di revoca a precisi presupposti, oggettivamente rilevabili (si può ipotizzare, ad esempio, la sopravvenuta nascita di un figlio, o il successivo matrimonio del disponente). Da notare che il BGB (§§ 2293 - 2297) prevede espressamente (oltre all'impugnativa per vizi del consenso e al mutuo dissenso), un diritto di recesso - sia convenzionale, in base ad espressa "riserva", sia legale, nei casi tassativamente previsti - a favore del disponente: per approfondimenti sul tema specifico v. DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future, cit.*, p. 239 ss.

<sup>115</sup> Particolarmente degna di nota appare, in questo senso, la posizione di COVIELLO N., *Delle successioni. Parte generale, cit.*, p. 106, il quale rilevava che, già sotto la vigenza del codice del 1865, da un lato la libertà testamentaria non rivestiva più il valore attribuitole dal diritto romano, dall'altro, che al limite indirettamente posto alla libertà testamentaria dall'ammissibilità di patti successori avrebbe corrisposto, in compenso, un ampliamento della libertà contrattuale parimenti meritevole. V. anche DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 57, nonché VISMARA G., *op. cit.*, p. 90 ss.

<sup>116</sup> Cfr. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 230, la quale, nel delineare i tratti del contratto ereditario di diritto tedesco, sottolinea come la figura susciti innegabilmente il contrasto tra due interessi contrapposti: quello del disponente, a non subire restrizioni della propria libertà di amministrazione e alienazione del patrimonio, e quello del beneficiario del contratto

Ma l'individuazione del fondamento di questo divieto nell'esigenza di tutela di un generale *ius poenitendi* del disponente può risultare persino fuorviante, se si pensa che, in virtù dell'art. 1373 c.c., non è affatto pacifica la possibilità di convenire un diritto di recesso *ad nutum*, a favore soltanto di una parte, per qualunque tipologia contrattuale<sup>117</sup>.

Senza contare poi che l'art. 458 c.c. vieta ogni concreta fattispecie sussumibile nel concetto di "patto successorio", senza distinguere in alcun modo tra patti (successori) revocabili e irrevocabili.

Per queste ragioni non sembra cogliere nel segno nemmeno la tesi che fonda il divieto di patti istitutivi sulla tutela della libertà di revoca del negozio di ultima volontà<sup>118</sup>.

---

ereditario, a veder confluire nell'asse ereditario il maggior numero di beni (*rectius*: il maggior valore). La disciplina dell'*Erbvertrag* pare considerare prevalentemente l'interesse del primo soggetto a scapito di quello del secondo (probabilmente per ragioni storiche che vedono il prevalere, anche negli ordinamenti di tradizione germanica, la logica del testamento riscoperta dalla Pandettistica). La riprova consiste nella piena capacità del disponente di disporre con atto *inter vivos* successivamente alla conclusione del contratto ereditario (v. § 2286 BGB) e nell'impossibilità di configurare un'aspettativa in senso tecnico (né di fatto, né di diritto) a favore del beneficiario del contratto, il quale può soltanto fondare il titolo della sua vocazione ereditaria sul contratto, ma non può impedire, in vita del disponente (con l'eccezione costituita dalle donazioni concluse con l'intento di pregiudicare l'erede contrattuale: v. § 2287 BGB), che costui dissipi l'intero suo patrimonio, di fatto così svuotando di contenuto economico il contratto medesimo. Maggiore tutela, in verità, spetta al legatario contrattuale, soprattutto laddove l'atto pregiudizievole abbia ad oggetto gli stessi beni oggetto del legato: ma per queste considerazioni v. ancora DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 232 ss. Peraltro, si ricordi che il diritto tedesco ammette anche il testamento congiuntivo tra coniugi (§§ 2265 - 2273 BGB), vietato in generale dal nostro art. 589 c.c.

<sup>117</sup> In dottrina si sono delineati nel tempo due diversi orientamenti che vedono il recesso, l'uno, come istituto esclusivamente limitato ai rapporti di durata, l'altro, come istituto di carattere generale, applicabile a ogni rapporto contrattuale in quanto irretroattivo (anche se, è bene precisarlo, a detta di molti la stessa regola generale dell'irretroattività del recesso è derogabile tra le parti, ferma però l'esclusione della retroattività nei confronti dei terzi). La soluzione in un senso o nell'altro sembra dipendere molto dal modo in cui si interpreta il disposto dell'art. 1373, comma 4, c.c., che fa genericamente salvo il patto contrario: da parte di alcuni riferibile soltanto al comma precedente (che collega l'efficacia del recesso all'adempimento della multa penitenziale o alla restituzione del doppio della caparra penitenziale), mentre da parte di altri riferibile all'intera norma e, in particolare, al disposto del primo comma (che esclude la possibilità di recedere da un contratto che ha già avuto un principio di esecuzione). Sul tema v. almeno la sintesi di DIENER M.C., *op. cit.*, p. 509 ss.

<sup>118</sup> Tesi che, oltre ad essere autorevolmente sostenuta, pare comunque nettamente prevalere nella giurisprudenza: v. tra le tante Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, *cit.*; e Cass. 29 maggio 1972, n. 1702, in *Giur. it.*, 1973, p. 1594, entrambe in materia di mera promessa verbale di istituire erede, come tale giudicata irrilevante in quanto inidonea a far sorgere un valido vincolo giuridico (non essendo ricompresa nella previsione dell'art. 1987 c.c.), così da non limitare in alcun modo la volontà del *de cuius*; ancora, v. Cass. 17 agosto 1990, n.8335 in *Giust. civ.*, 1991, p. 953 ss., con nota di COSTANZA M., *Negozio «mortis causa» o «post mortem»?*; e in *Giust. civ.*, 1991, p. 1791 ss., con nota di DI MAURO N., *Patti successorii, donazioni «mortis causa» e*

*A fortiori*, le considerazioni già svolte *retro* in ordine alla storia del divieto sembrano, anzi, il suggello della necessità di respingere la tesi ora esaminata: la libertà di disporre del proprio patrimonio per il tempo successivo alla morte, in genere, e la libertà testamentaria, in particolare, non necessitano - quale presupposto - dell'esclusione dei patti successori.

Un'altra opzione interpretativa, molto diffusa<sup>119</sup>, vede alla base del divieto *de quo* non tanto (o non solo) la tutela della specifica facoltà di revocare il testamento, ma l'esigenza di assicurare una generale protezione alla spontaneità del volere di colui che dispone a causa di morte.

La proibizione di patti successori istitutivi sarebbe dovuta allo scopo di impedire che colui che dispone della propria successione sia influenzato, in qualunque modo, dalla volontà di terze persone.

L'ordinamento terrebbe cioè in primaria considerazione l'interesse individuale, anche non economico, del testatore (in quanto proprietario) a proiettare liberamente la propria volontà "oltre la morte", garantendogli - a mezzo del solo strumento consentito: quello testamentario, a struttura intrinsecamente unilaterale - di poter essere il solo a decidere della sorte del proprio patrimonio<sup>120</sup>.

Eppure, tenuto conto di ciò che comunemente accade, appare quantomeno improbabile che il legislatore, nonostante la delicatezza della materia, - che comporta altresì valutazioni di carattere etico di non poco conto in relazione all'ineluttabilità della fine della vita umana - abbia ritenuto così importante

---

*contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*; Cass. 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. Not.*, 1987, p. 582 ss. e in *Giust. civ.*, 1987, II, 1650, con nota di AZZARITI G., *Alloggio familiare con arredamento dato in comodato, fallimento post mortem del comodante, pretesa restituzione dell'oggetto alla massa fallimentare*; Cass. 11 novembre 1988, n. 6083, in *Foro it.*, I, p. 1163 ss. e in *Riv. Not.*, 1989, p. 647 ss.; Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, in *Riv. Not.*, 1984, P. 245 ss. e in *Vita not.*, 1984, I, p. 829 ss., con nota di LEPRI A., *cit.*

<sup>119</sup> Cfr. ad esempio GIAMPICCOLO G., *op. cit.*, p. 104; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 60; AZZARITI G., voce «*Successioni (diritto civile) Successione testamentaria*», in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 806.

<sup>120</sup> Al testamento si riconoscono comunemente i caratteri essenziale dell'unilateralità (in rif. agli artt. 587, 470, 649 e allo stesso art. 458 c.c.), la non recettizietà, la revocabilità (artt. 587, 679 c.c.), l'accentuato formalismo (artt. 601 ss., c.c.), la natura personalissima (è esclusa ogni forma di rappresentanza: cfr. art. 591 c.c.), nonché l'unipersonalità (in rif. agli artt. 458, 589 e 635 c.c.): v. tra gli altri BIGLIAZZI GERI L., *La successione testamentaria (Art. 587-600)*, *cit.*, p. 60 ss., ID., *Il Testamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1982, p. 20 ss.; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 743 ss.; CUFFARO V., *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, *cit.*, p. 797 ss.; MARMOCCHI E., *La definizione di testamento (art. 587 cod. civ.)*, in *Riv. Not.*, 2011, p. 731 ss.

proteggere il disponente dai condizionamenti altrui, tanto da vietare *in toto* la disposizione del proprio patrimonio tramite un contratto.

Ciò in quanto, è facile constatare, che «*la volontà di ciascun individuo è la inevitabile risultante di influssi esterni*»; così nel testamento, come nel contratto, un dato di fatto è che perfino «*l'atto mortis causa non potrà mai essere espressione di una volontà scevra da condizionamenti*»<sup>121</sup>.

Una tale conclusione risulta avvalorata anche da considerazioni di carattere sistematico: nella prospettiva criticata, infatti, non si riesce ad afferrare il perché, da un lato, allorché la volontà testamentaria sia stata carpita con dolo, la conseguenza sia la mera annullabilità dell'atto (art. 624 c.c.) mentre, dall'altro lato, blandizie e semplici quanto generici “influssi esterni” siano a fondamento, addirittura, della nullità del patto successorio.

Alla luce di tutte le opinioni pur sinteticamente sopra esposte, il problema del fondamento del divieto di patti successori, in particolare, istitutivi, ad oggi sembra essere senza soluzione.

Nonostante gli sforzi della dottrina, al di là di una certa (apparente) uniformità di vedute, ogni soluzione prospettata va incontro, come si è visto, a convincenti repliche.

In ragione di questo finisce per rivelarsi oltremodo degna di nota, e quasi “accattivante”, l'idea di coloro che considerano il divieto posto dall'art. 458 c.c. il mero risultato di un'opzione di politica legislativa (nei fatti, limitativa dell'autonomia privata), portato storico di una tradizione mal compresa, di cui non resta che prendere atto e affermare l'inutilità e l'anacronismo, per chiederne al più presto l'abrogazione<sup>122</sup>.

In questo filone di pensiero si può inserire anche chi sottolinea il paternalismo del Legislatore, considerato manifesto nel dettato dell'art. 458 c.c., anche se con principale riferimento al divieto di patti dispositivi e rinunziativi<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Le parole tra virgolette sono di CACCAVALE C., *Il divieto di patti successori*, cit., p. 45.

<sup>122</sup> Già sotto il codice del 1865, il Giorgi (citato da DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 57, nota 44) definiva espressamente il divieto di patti successori come «... *una disposizione di mera utilità e convenienza politica, non giustificata punto da veruna considerazione di utilità naturale*».

<sup>123</sup> In questo senso v. COSENTINO F., *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadr.*, 1993, p. 119 ss.; NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, cit., p. 240. Cfr. altresì ZOPPINI A., *op. cit.*, p. 175, e LUCARELLI F., *Solidarietà e*

È però facilmente intuibile come anche le spiegazioni del divieto quale espressione del paternalismo del Legislatore, di per se stesso guardato con sospetto, non possano affatto valere da fondamento tecnico-giuridico del divieto e assumere una rilevanza diversa da quella puramente e semplicisticamente descrittiva.

Più di recente, la dottrina che pare aver maggiormente approfondito lo studio del problema<sup>124</sup> ha ritenuto ugualmente di poter trovare una soluzione all'annosa questione nello "speciale ossequio" che l'ordinamento da sempre sembra mostrare nei confronti delle disposizioni di ultima volontà o, meglio, nei confronti di quella volontà, quasi sacrale, che viene espressa nell'atto *mortis causa*.

In particolare, si sottolinea come, non solo nell'ambito del diritto successorio, ma anche e soprattutto nel comune sentire, assuma rilievo la volontà più intima e strettamente "privata" della persona, prima ancora di quella volontà che viene effettivamente manifestata all'esterno: ciò che all'opposto vale in ambito contrattuale, dove invece domina il principio della tutela dell'altrui affidamento. Nel porre il divieto dell'art. 458 c.c. il Legislatore non si sarebbe allora preoccupato di assicurare che questa volontà sia scevra da ogni possibile contaminazione (risultato, *de facto*, impossibile), ma avrebbe almeno fatto in modo di "ostracizzare" del tutto quei meccanismi che, per loro natura, una volta apertasi la successione del disponente, avrebbero imposto di tener conto anche della volontà e degli interessi di distinti soggetti.

Tale conclusione è supportata anche dalla considerazione dei differenti criteri di interpretazione valevoli per il testamento e per il contratto in generale: infatti, è opinione pressoché pacifica che nell'interpretazione del testamento occorra fare riferimento esclusivo alla volontà del testatore<sup>125</sup>, senza in alcun modo poter dare

---

*autonomia privata, cit.*, p. 286 ss., il quale nell'ottica della sua indagine sembra concludere escludendo la dimensione altruistica (e, per implicito, la meritevolezza) dei patti successori.

<sup>124</sup> CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, p. 46 ss. Anche MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992, p. 1411 (in particolare, p. 1418 ss.), sembra aderire alla tesi di Caccavale. Cfr. inoltre nello stesso senso PUTORTI' V., *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, pp. 92 ss. e 194.

<sup>125</sup> Le opere fondamentali sul tema restano, ad oggi, RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952 e BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento, cit.*, p. 67 ss.; ID., *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 168 ss. In ordine all'interpretazione del testamento cfr. anche - nell'ottica particolare dell'autore, che nega al testamento natura negoziale - LIPARI N., *Autonomia privata e testamento, cit.*, soprattutto p. 313 ss.

rilievo alle aspettative (di mero fatto) dei beneficiari delle disposizioni testamentarie.

Volontà unilaterale e personalissima che, peraltro, deve essere valutata secondo criteri squisitamente soggettivi, che tengano conto del significato specifico e, per ipotesi, persino “esclusivo” che il singolo - in base alla propria cultura e all’ambiente in cui è inserito - dà alle proprie espressioni, tanto da doversi intendere la dichiarazione non secondo il suo significato socialmente “tipico”, ma secondo il senso in cui è stata intesa dal suo stesso autore<sup>126</sup>.

Ciò che, al contrario, secondo i comuni canoni ermeneutici (artt. 1362 e ss., c.c.) non è possibile per il contratto e i negozi unilaterali *inter vivos* (cfr. art. 1324 c.c.), i quali necessitano di essere interpretati sulla base delle dichiarazioni effettivamente rese e in modo da tenere in uguale considerazione gli interessi di entrambe le parti (o di chi emette la dichiarazione e del destinatario della medesima, nel caso di negozi unilaterali)<sup>127</sup>.

Ne discende, secondo questa dottrina, che il divieto di patti successori istitutivi un fondamento logico e sostanziale ce l’ha: è quello rinvenibile nella esigenza di massimo rispetto delle effettive ultime volontà del disponente.

Il contratto successorio non è ammesso affinché unica sia la volontà da interpretare e di cui tener conto, in quanto il fine ultimo per l’ordinamento consiste nel dare piena rilevanza e protezione a quelle che risultano essere davvero le istanze e gli interessi del *de cuius*, in modo da poter così prescindere del tutto dalla buona fede dei terzi<sup>128</sup> e, inoltre, semplificare per tale via la situazione del disponente che (dato il pacifico carattere non recettizio del testamento), attraverso l’esclusione di meccanismi contrattuali è esente perfino

---

<sup>126</sup> Così anche SANTORO PASSARELLI G., *Dottrine generali del diritto civile, cit.*, p. 234.

<sup>127</sup> In questo senso, in particolare, GRASSETTI C., voce «*Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (diritto civile)*», in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 907. Ben noto e imprescindibile in materia risulta il ruolo del canone d’interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.), comunemente escluso dai criteri di interpretazione del testamento: v. BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento, cit.*, p. 88. Per LIPARI N., *op. cit.*, p. 329 ss. il concetto di buona fede è di per sé inapplicabile al testamento. In generale, sulle peculiarità proprie dell’interpretazione del testamento v. anche LOI M.L., *Le successioni testamentarie*, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1992, p. 24 ss.; SANTORO PASSARELLI F. *op. ult. cit.*, p. 233; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 742 ss.

<sup>128</sup> Cfr. RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento, cit.*, p. 44 ss.

dall'onere di portare a conoscenza degli interessati, sia il perfezionamento dell'atto di ultima volontà, sia soprattutto la sua eventuale revoca<sup>129</sup>.

Anzi, tale dottrina si spinge fino a ritenere nulli per contrasto con il divieto dell'art. 458 c.c. anche tutti gli atti unilaterali recettizi (sostanzialmente atipici), che possono astrattamente essere perfezionati a causa di morte, proprio in quanto idonei a generare nei loro destinatari degli affidamenti non tutelabili<sup>130</sup>.

All'obiezione che più facilmente si potrebbe muovere a tale ricostruzione e, cioè, perché il legislatore, “padrone dei giochi”, non abbia semplicemente previsto una disciplina positiva dei patti successori istitutivi, in modo da consentire non solo il recesso *ad nutum* del disponente ma, più in generale, in modo da evitare espressamente ogni rilevanza all'affidamento dei beneficiari o di terzi, l'Autore risponde in sostanza che l'esclusione di ogni rilievo degli interessi della controparte avrebbe rappresentato un inaccettabile stravolgimento dei principi in materia contrattuale che, verosimilmente, lo stesso legislatore ha preferito evitare vietando semplicemente i patti successori, piuttosto che introdurre accanto al sistema dei contratti *inter vivos*, un sistema del tutto a se stante di contratti *mortis causa*.

---

<sup>129</sup> In maniera analoga, pur in parallelo con il sistema tedesco, DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 240 vede una limitazione della libertà di disposizione, connaturata alla recettività dell'atto, nel recesso del disponente previsto per il contratto ereditario tedesco.

<sup>130</sup> Così ancora CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 48, il quale omette, però, di specificare a quali negozi unilaterali si riferisca. Tuttavia, anche laddove si voglia convenire con la dottrina che nega un principio di tipicità, nel nostro ordinamento, dei negozi giuridici unilaterali (*inter vivos*), argomentando dagli artt. 1322 e 1324 c.c. (in particolare, sul tema v. DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; di recente v. anche ASTONE A., *Contratto, negozio, regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008) e prescindendo, almeno in senso lato, da una rigida lettura del principio di tipicità delle promesse unilaterali (art. 1987 c.c.), per giungere così a sostenere l'ammissibilità di negozi unilaterali atipici, non di meno pare alquanto difficile sostenere, da qui, anche l'astratta ammissibilità di negozi unilaterali “atipici”, a contenuto patrimoniale e recettizi, di conseguenza diversi dal testamento ma al contempo atti di ultima volontà, in grado di porsi quale fonte di delazione “alternativa”: elemento, quest'ultimo, imprescindibile perché continui a sussistere un parallelo con i patti successori istitutivi, il cui effetto caratteristico, in ultima istanza, è proprio quello di porsi come specifico titolo della delazione. In questo senso, di particolare rilevanza appare l'affermazione dell'Autore che più ha approfondito la tematica dei negozi *mortis causa* in genere, secondo cui «l'assenza di controinteressati (in senso tecnico) alla dichiarazione, caratterizza non solo il testamento bensì l'intera categoria dei negozi di ultima volontà»: così GIAMPICCOLO G., voce *Atto «mortis causa»*, *cit.*, p. 235. Pertanto, chi scrive ritiene di non poter tener in conto l'argomento sopra citato, dal momento che siffatti negozi unilaterali sembrano di per se stessi inammissibili e avulsi dal sistema, anche a prescindere dall'esistenza del divieto di patti successori, cui certo non sembra corretto attribuire una portata eccessivamente generale.

E, in effetti, giova pure evidenziare che un eventuale riconoscimento dell'ammissibilità del contratto successorio avrebbe forse richiesto, quale contesto, un sistema di diritto successorio ben diverso da quello previsto dal vigente impianto codicistico<sup>131</sup>.

In quest'ottica, infatti, si potrebbe giungere alla conclusione (che però non equivale affatto a "soluzione") che un contratto successorio congegnato in modo da attribuire rilevanza alla sola volontà del disponente, cioè di una parte soltanto, nei fatti non è un contratto ma un testamento mascherato da contratto.

Ma se fra tante quest'ultima tesi appare come la più convincente, è altrettanto inevitabile sottolineare come la stessa non trovi alcun effettivo riscontro sul piano storico che, a un più attento esame, lascia propendere, malgrado tutto, per la tesi negativa secondo cui il divieto di patti istitutivi nel nostro sistema successorio è privo di ogni effettivo (e tecnico) fondamento giustificativo, risultando piuttosto frutto di una netta scelta di politica legislativa.

1.3.4 - Gli orientamenti in ordine al fondamento del divieto dei patti dispositivi e rinunziativi. Se, come sopra visto, nell'ottica della tripartizione del divieto di patti successorii non è facile individuare esattamente quale sia il fondamento del divieto dei patti istitutivi, non meno agevole è individuare il fondamento delle altre due tipologie di patti sulle successioni future altrui.

Invero, l'opinione tradizionale - che può darsi quasi per pacifica<sup>132</sup> - richiama per il divieto sia di patti dispositivi in senso stretto, sia di patti rinunziativi, il rischio di prodigalità e, insieme o alternativamente, il rischio del deprecabile *votum corvinum*<sup>133</sup>.

Almeno per i patti dispositivi sarebbe infatti palese, da un lato, il pericolo di atti lapidatori del patrimonio da parte di colui che in maniera più o meno avventata decide di disporre anticipatamente di diritti che, in realtà, non solo non ha

---

<sup>131</sup> Per queste ultime considerazioni, v. ancora CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 51.

<sup>132</sup> Per tutti v. FERRI L., *op. cit.*, p. 104; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 3 nonché p. 19, nota 1; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 40.

<sup>133</sup> Pare rimasta isolata la tesi, recentemente proposta, secondo cui la *ratio* del divieto di patti rinunziativi in fondo sarebbe la medesima del divieto di patti istitutivi, in quanto entrambi i patti nuocerebbero alla libertà di testare, dal momento che anche una preventiva rinunzia sortirebbe l'effetto pratico di impedire al testatore di disporre nei confronti del rinunziante: in questo senso v. SCORDO L.C., *La tutela giuridica dell'acquirente di un bene proveniente da donazione. Una proposta interpretativa*, in *Vita Not.*, 2002, p. 139.

attualmente, ma nemmeno è in grado di quantificare in maniera esatta, cui si aggiunge l'eventualità (seppur astratta) che, dall'altro lato, il disponente inizi ad auspicare la morte di colui dal quale conta di ricevere, per successione *mortis causa*, i diritti di cui ha già disposto in favore di altri magari verso corrispettivo.

Del c.d. *votum corvinum* o *votum captandae mortis* si è già detto parlando del divieto di patti istitutivi e, allo stesso modo, sembra lecito riproporre le considerazioni svolte in tale sede riguardo ai pur diversi patti dispositivi.

Pertanto, anche con riferimento esclusivo a questi ultimi, si può rilevare che il proposito di vietare ogni convenzione che potrebbe ingenerare (*rectius*: contribuire a ingenerare) il desiderio dell'altrui morte è, nella realtà dei fatti, del tutto estraneo al nostro ordinamento e, come tale, per coerenza logica e parità di trattamento, anche al divieto di patti dispositivi e, parimenti, rinunziativi. L'inidoneità dell'argomento appare, infatti, *in re ipsa* e non suscettibile di distinzioni.

Inoltre - è bene precisarlo fin da subito - con riferimento ai patti puramente rinunziativi (tra i quali però rientra anche la rinuncia unilaterale), pare impossibile sostenere che il divieto si fondi davvero sull'esigenza di evitare il *votum corvinum*, dato che un tale pur biasimevole desiderio sarebbe allora riferibile esclusivamente a quei soggetti che traggono indirettamente vantaggio dalla rinuncia altrui<sup>134</sup>.

Si potrebbe semplicemente dire, semmai, che il rischio del *votum corvinum* come tradizionalmente inteso è per sua natura inevitabile, potendo insorgere in chiunque rivesta la posizione di successibile, indipendentemente dall'adozione di qualunque strumento negoziale e da qualunque divieto: a maggior ragione, dunque, colui che

---

<sup>134</sup> Nota è la posizione della dottrina assolutamente prevalente che non considera vera "rinuncia" quella c.d. traslativa o effettuata dietro corrispettivo, avente struttura contrattuale, in cui prevale la volontà di trasferire ad altri il diritto cui si rinuncia e comunque ammissibile sulla base del principio espresso dall'art. 1322, comma 2, c.c. (per tutti v., di recente, BOZZI L., *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, cit.). La rinuncia vera e propria viene invece definita solitamente come negozio a struttura unilaterale, essenzialmente abdicativo, che non produce ulteriori effetti oltre alla dismissione del diritto da parte del soggetto rinunciante che, perdendo il diritto, fa sì che lo stesso si estingua senza che altri lo acquistino o, a seconda della fattispecie, che sia da altri acquistato a titolo diverso. In questo senso e per tutti v. SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, p. 90 e 217. Sulla rinuncia in genere cfr. inoltre PIRAS S., *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940; MONTECCHIARI T., *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996; MACIOCE F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato, Parte generale*, Napoli, 1992; ID., *Contributo alla teoria del negozio di rinuncia nel diritto privato*, cit.; MOSCARINI L.V., voce «Rinuncia (dir. civ.)», cit.

anticipatamente rinuncia a diritti successori, magari soltanto per odio o capriccio nei confronti del “*de cuius*”, potrebbe desiderarne la morte a prescindere dalla rinuncia.

Vano, per l'intrinseca inconsistenza dell'argomento, è dunque il parlare di *votum corvinum* o *votum captandae mortis* anche con riferimento ai soli patti dispositivo e, soprattutto, rinunziativi<sup>135</sup>.

Vero, nonché comunemente accettato, è che il divieto di patti dispositivo rappresenta una delle (poche) eccezioni legislativamente previste al principio generale espresso dall'art. 1348 c.c., che al contrario ammette la deduzione in contratto di beni futuri (cfr. art. 1472 c.c.), mentre secondo alcuni il divieto di patti rinunziativi sarebbe invece da rapportare, in parallelo, al divieto di donazione di beni futuri di cui all'art. 771 c.c.<sup>136</sup>.

Tali considerazioni, ovviamente, da sole non sono però in grado di dar pienamente conto del “perché” tali atti siano accumulati nel divieto dei diversi patti istitutivi.

In tempi recenti, peraltro, anche l'argomento costituito dal pericolo di prodigalità, pur indubbiamente insito sia nei patti dispositivo, sia in quelli meramente rinunziativi, quale possibile fondamento del divieto *ex art.* 458, seconda parte, c.c. è stato oggetto di nuova riflessione in senso critico<sup>137</sup>.

La facile constatazione che il nostro ordinamento già in via di principio ammette la contrattazione su beni futuri (art. 1348 c.c.) e, in particolare, ammette lo scambio verso corrispettivo sia di beni oggettivamente futuri (cfr. art. 1472 c.c.), sia di beni soggettivamente futuri, (cioè di altri: cfr. art. 1478 c.c.), nonché numerosi contratti aleatori tipici (cfr. artt. 1472, comma 2, 1861 ss., 1872 ss., 1882 ss., 1934 e 1935 c.c.), rende avulso dalla logica del sistema il divieto di patti successori dispositivo.

Infatti, proprio se il divieto viene visto come freno necessario alla prodigalità, non si tiene in adeguata considerazione il fatto che le convenzioni in questione ben potrebbero essere onerose e, in concreto, non risultare affatto svantaggiose per il

<sup>135</sup> Di ragioni invero poco convincenti, al riguardo, parla anche CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 40.

<sup>136</sup> In particolar modo da CACCAVALE C., *op. cit.*, p. 56. Cfr. FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni*, *cit.*, p. 104.

<sup>137</sup> V. ancora CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, p. 53 ss. Cfr. altresì MARELLA M.R., *op. cit.*, p. 1187; ZABBAN F. - PELLEGRINO A. - DELFINI F., *Delle successioni - Art. 456-809 - Commentario al codice civile*, Milano, 1993, p. 19 ss.

disponente e comunque, per entrambe le parti, rientrare nella categoria dei contratti aleatori normalmente ammessi<sup>138</sup>.

In realtà, sempre con riguardo ai patti puramente dispositivi - a differenza di quelli istitutivi - secondo l'impostazione più recente sarebbe necessario recuperare l'argomento dato dall'intrinseca immoralità di riporre nella morte altrui affidamenti e speranze di vantaggi patrimoniali.

In quanto contrario alla radicata morale comune, non sarebbe ammissibile un atto negoziale che ha il proprio presupposto nella morte altrui e ha per oggetto i beni di quella stessa persona: sarebbe il sentimento di rispetto per il fondamentale valore della vita il fondamento, dunque, almeno del divieto di patti dispositivi<sup>139</sup>.

In ultima istanza, allora, non pare del tutto inutile il richiamo alla contrarietà al buon costume quale effettivo fondamento del divieto di patti successori dispositivi.

---

<sup>138</sup> Si pensi al caso esemplare della vendita a rischio e pericolo del compratore (art. 1472, comma 2, c.c.) e, del resto, alla stessa disciplina - a successione ormai aperta - della vendita d'eredità (artt. 1542 ss. c.c.). Tra l'altro, per la citata dottrina (CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, p. 52) patti successori dispositivi possono essere soltanto atti a titolo oneroso, poiché il divieto di rinunce è già contemplato separatamente dall'art. 458 c.c. e, in relazione agli atti gratuiti, viene in considerazione il disposto dell'art. 771 c.c. in materia di donazione. Tuttavia, non può non rilevarsi come, da un lato, anche la futura eredità di altri possa essere astrattamente oggetto di un atto privo di corrispettivo e, pertanto gratuito, ma eseguito soltanto *solutionis causa* in funzione dell'adempimento di una precedente obbligazione. Il discorso, del resto, costringerebbe anche a richiamare la diatriba in ordine al c.d. pagamento traslativo, che in questa sede non può ovviamente essere affrontata. Dall'altro lato, nota e comunemente accettata è la distinzione tra atti di liberalità e atti meramente gratuiti. Al contrario, discussa e, invero, difficilmente sostenibile è la tesi dell'applicabilità agli atti meramente gratuiti (ove sia accertata la mancanza dell'*animus donandi*) del citato art. 771 c.c., di per sé norma eccezionale in quanto deroga alla regola generale dell'art. 1348 c.c.: in questo senso cfr. LENZI R., *La donazione obbligatoria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., II, p. 443. *A fortiori*, tale richiamo all'art. 771 c.c. non pare adeguato laddove si accetti l'opinione, peraltro diffusa, che ritiene la norma de quo inapplicabile, non solo agli atti gratuiti, ma altresì alle donazioni indirette.

<sup>139</sup> Così CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, p. 53; nonché ID., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, cit., p. 557, il quale sottolinea l'inammissibilità sul piano etico e morale di ogni atteggiamento di disprezzo o indifferenza nei confronti della morte di un uomo. Cfr. altresì BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 558, secondo il quale permane una «*radicata ripugnanza sociale verso tutti gli atti di speculazione sull'eredità di persona ancora vivente*». Del resto, anche l'ordinamento tedesco, che pur conosce il patto istitutivo e quello rinunziativo, non ammette il patto dispositivo (cfr. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 47) proprio in quanto considerato immorale. Da notare, tuttavia, che sebbene la maggior parte dei Paesi che ammettono il patto istitutivo non riconosca poi validità ai patti dispositivi, non mancano eccezioni: la Moldavia ammette sia i patti dispositivi, sia quelli rinunziativi (ma non quelli istitutivi), mentre la Svizzera e la Turchia, seppur con varie limitazioni, ammettono tutte e tre le tipologie di patti. Al riguardo cfr. la rassegna di PETRELLI G., *op. cit.*, p. 214.

Viceversa, riguardo ai patti rinunziativi, la pur criticata finalità di impedire il compimento di atti di sperpero troppo avventati, alla medesima dottrina<sup>140</sup> appare idonea a fondare il relativo divieto, in parallelo al fondamento che si è soliti addurre anche per il divieto di donazione di beni futuri *ex art. 771 c.c.*<sup>141</sup>.

Ma in senso contrario si può affermare che, da un lato, la donazione e le liberalità in genere devono pur sempre essere tenute distinte dai patti successori, mentre dall'altro si può dare per confutata l'idea stessa di un Legislatore paternalista, che vuole a tutti i costi evitare ai privati ogni rischio di prodigalità.

In particolare, l'art. 771 c.c. per sua natura si pone come norma eccezionale non suscettibile di applicazione analogica: se è vero che qui non si tratta di estendere automaticamente l'ambito di applicazione di una norma (l'art. 771 c.c.), ma di accumularla a un'altra (l'art. 458 c.c.) al fine di comprenderne la *ratio* e lo scopo, per poi poterla appropriatamente applicare, è altrettanto vero che il richiamo alla prima non sembra affatto risolutivo perché si può ragionevolmente ritenere che liberalità e patti successori siano collocati su binari diversi e non del tutto sovrapponibili.

Inoltre, se si recupera l'idea di fondo cui precedentemente si è soltanto accennato<sup>142</sup>, ogni rinuncia a diritti provenienti da una successione non ancora aperta, proprio perché ha ad oggetto diritti futuri, come tali, non attualmente esistenti nel patrimonio del rinunciante, potrebbe essere considerata inammissibile - e, più precisamente, nulla per impossibilità dell'oggetto - anche a prescindere dall'espressa disposizione dell'art. 458 c.c.

Il discorso finisce dunque per spostarsi sul piano dell'ammissibilità, in generale, di una rinuncia a diritti futuri<sup>143</sup>: se si propende per una soluzione in tal senso

---

<sup>140</sup> Così CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, p. 56, il quale specifica inoltre che la rinuncia unilaterale a un diritto futuro dovrebbe essere nulla anche a prescindere dalla considerazione del successivo acquisto di tale diritto a titolo successorio, data la discussa ammissibilità di una rinuncia a diritti futuri (in linea di principio, però, non esclusa dalla stessa giurisprudenza). A questo riguardo si rinvia agli approfondimenti già svolti *retro*, par. 1.1.3.

<sup>141</sup> Per tutti, v. TORRENTE A., *La donazione, cit.*, p. 406 ss., il quale pone altresì l'accento sull'imprescindibilità del requisito dell'attualità dello spoglio da parte del donante; CAPOZZI G., *op. cit.*, tomo 2, p. 1547.

<sup>142</sup> V. *retro*, par. 1.1.3.

<sup>143</sup> Sulla specifica questione e per la difficoltà di individuare una soluzione di carattere generale v. almeno BOZZI L., *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 13 ss.; nonché BOZZI A., voce «*Rinuncia (diritto pubblico e privato)*», in *Nov. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1140 ss., il quale propende per la tesi negativa. A favore, invece, dell'ammissibilità in

negativa, infatti, è giocoforza necessario sostenere che la norma dell'art. 458, così come quella dell'art. 557, comma 2, c.c. è *in parte qua* superflua, in quanto non sarebbe comunque concepibile una valida rinuncia a diritti futuri, a prescindere dalla natura o provenienza (successoria o meno) di essi.

Ma, indipendentemente dalla discussa questione dell'ammissibilità della rinuncia a diritti futuri, che non è certo dato in questa sede approfondire, pare opportuno precisare che nel caso dei diritti successori futuri (e, più in particolare, il discorso può valere anche per l'azione di riduzione), un'eventuale rinuncia preventiva potrebbe ugualmente essere reputata nulla secondo i principi generali - e ciò *a priori*, senza necessità di una norma che la vieti espressamente - perché in realtà sembra trattarsi di un negozio con oggetto indeterminato, né effettivamente determinabile (cfr. art. 1346 c.c.).

Anche volendo ammettere la validità di una rinuncia a diritti futuri, sembra imprescindibile che il diritto rinunciato sia determinato o, quanto meno, determinabile: come per ogni altro negozio giuridico, infatti, anche per la rinuncia a diritti futuri l'oggetto del negozio deve necessariamente presentare i requisiti della determinatezza o determinabilità.

In vita del *de cuius*, invero, non è però possibile determinare quali saranno e che valore avranno i diritti che, al netto dei debiti, andranno a comporre il patrimonio ereditario e poi, concretamente, saranno offerti a quel singolo chiamato; nemmeno è dato di sapere con certezza se quel soggetto sarà poi effettivamente chiamato all'eredità (o comunque destinatario almeno di una disposizione a titolo particolare).

---

genere della rinuncia a diritti futuri v. MOSCARINI L.V., voce «*Rinunzia (dir. civ.)*», *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 5, e MACIOCE F., *Contributo alla teoria del negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1988, p. 180 ss.; RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 423 ss.: tali autori fondano la tesi positiva essenzialmente sul carattere eccezionale dei singoli divieti di legge (cfr. l'art. 2937 e lo stesso art. 458, c.c.), dai quali non è dato inferire l'esistenza di un principio generale d'inammissibilità della rinuncia a diritti futuri, mentre al contempo non sussisterebbero nemmeno esigenze di carattere logico, salvi gli specifici divieti previsti espressamente a seconda delle caratteristiche del diritto rinunciato. Di recente, specificatamente sul problema cfr. anche COPPOLA C., *La rinuncia a diritti futuri*, Milano, 2005. In effetti, in ordine all'ammissibilità di una rinuncia a diritti futuri, in assenza di contrarie disposizioni di legge sembrerebbe comunque valere il generale principio della negoziabilità dei diritti futuri ex art. 1348 c.c. Per l'ammissibilità della rinuncia a diritti futuri, in giurisprudenza cfr.: Cass. 9 marzo 1971, n. 649, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Rinunzia*, n. 1; Cass. 1° giugno 1974, n. 1573, in *Giust. civ.*, 1975, I, 116; Cass. 17 gennaio 1975, n. 204, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Rinunzia*, n. 1; Cass. 18 febbraio 1977, n. 745, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Rinunzia*, n. 1

Basti pensare all'eventualità che il *de cuius* alieni validamente in vita quei beni e diritti, o alla possibilità che egli diseredi con testamento il successibile *ex lege*<sup>144</sup>.

Insomma, ad avviso di chi scrive occorre sottolineare con decisione che: «*del doman non v'è certezza*»; è l'insieme delle vicende che possono riguardare i soggetti coinvolti, e tutti i fatti non preventivabili che possono accadere, unitamente al pressoché assoluto potere di disposizione, in vita, del proprio patrimonio da parte del *de cuius* a sospingere verso l'idea di fondo di una sostanziale indeterminabilità dell'oggetto del patto successorio dispositivo e rinunziativo.

L'indeterminatezza dei diritti successori prima della morte del *de cuius* pare riferibile, in definitiva, al carattere meramente fattuale - come tale irrilevante - dell'aspettativa che, secondo l'insegnamento tradizionale, vantano i successibili (legittimi, legittimari e financo *ex testamento*, in quanto atto sempre revocabile).

Nei confronti della futura eredità, vi è infatti soltanto un'aspettativa di mero fatto, della quale non è data alcuna tutela giuridica immediata e che, necessario postulato di partenza, non assume dunque alcuna rilevanza (né teorica, né operativa) prima dell'apertura della successione<sup>145</sup>.

Anche nei confronti dei legittimari il discorso non cambia: fino all'apertura della successione non è dato calcolare esattamente la quota cui essi avranno diritto, né è possibile verificare l'esistenza di una lesione di legittima.

Si avrà miglior modo di notare in seguito che, forse, prima della morte del *de cuius* non è possibile nemmeno parlare - se non astrattamente, in senso puramente descrittivo e con un'alta dose di approssimazione - di "legittimari".

In particolare, un negozio di rinuncia avente ad oggetto diritti successori - futuri e, quindi, assolutamente eventuali - avrebbe quindi un oggetto non solo attualmente indeterminato, ma di fatto indeterminabile nel momento stesso in cui il negozio è destinato comunque a rilevare e ad acquistare la sua normale efficacia estintiva, anche perché non è possibile - salvo fare mere supposizioni - quantificare esattamente, soprattutto in termini di valore, tali diritti.

---

<sup>144</sup> Da ultimo, per la validità della clausola di diseredazione come disposizione testamentaria puramente negativa, in giurisprudenza, v. Cass. 25 maggio 2012, n. 8352, in *De Jure*.

<sup>145</sup> Sulla posizione dei successibili, legittimari compresi, prima dell'apertura della successione in termini di aspettativa di fatto si avrà modo di tornare a discorrere diffusamente *infra*, Cap. II.

Sono i meccanismi della collazione e della riduzione, a maggior ragione per quanto concerne la disciplina applicabile ai legittimari, a fornire la riprova che la misura della quota e il valore concreto di essa in rapporto al valore del patrimonio relitto è ricavabile soltanto con riferimento al tempo dell'apertura della successione.

Proprio la correlazione tra la vicenda successoria nel suo insieme e il momento successivo della morte del soggetto, con la conseguente attivazione di tutta una serie di norme *lato sensu* speciali, in quanto specificatamente rivolte a disciplinare quella vicenda, sembra confermare la carenza sostanziale di determinatezza dei c.d. diritti successori futuri.

A ciò si potrebbe però facilmente obiettare che, in realtà, l'indeterminatezza è riferibile soltanto al caso della rinuncia generalizzata a un'eredità futura, ma non anche al caso in cui il rinunciante dichiara preventivamente di abdicare a uno o più diritti specificatamente individuati, che altrimenti auspica o ritiene plausibile ottenere dall'attuale titolare per successione *mortis causa*.

Ma anche senza necessità di dimostrare che un profilo di indeterminatezza oggettiva residua comunque nell'ipotesi, ora prospettata, della rinuncia a singoli diritti successori futuri, si tratterebbe ad ogni modo di un atto proveniente da un soggetto a ciò non legittimato, in quanto destinato a risolversi, nell'immediato, in una inconcepibile rinuncia al diritto altrui, dato che la rinuncia *de qua* - che pur si pretende esplicitare un'immediata efficacia estintiva della situazione giuridica ereditaria futura - in quel contesto di tempo e di luogo riguarda una situazione giuridica che, pur potendo già esistere *in rerum natura*, si trova nel patrimonio di un altro soggetto, diverso dal rinunciante.

Il che rende impensabile siffatta rinuncia, dovendo considerare presupposto imprescindibile l'attualità della legittimazione.

Infatti, se è vero che nel nostro caso il soggetto rinunciante agisce come se il diritto fosse proprio, (almeno in futuro e a termine iniziale), per una successione *mortis causa* cui egli pretende di avere un autonomo diritto, è altrettanto vero che prima dell'apertura di tale successione la posizione del rinunciante è quella soltanto di un'aspettativa di mero fatto, come tale irrilevante.

Tale rinuncia risulterebbe allora del tutto vana sul piano giuridico, anche se configurata come atto di rifiuto in senso tecnico, volto cioè a impedire *ex ante* l'ingresso nel proprio patrimonio di situazioni giuridiche soggettive che, ciononostante, sono e restano future e indeterminabili nel momento in cui il soggetto assume di compiere il suo rifiuto; per cui il vizio che colpisce irrimediabilmente la rinuncia abdicativa in senso proprio colpirebbe altrettanto irrimediabilmente e senza eccezioni anche il generalizzato atto di rifiuto di diritti successori futuri, senza lasciare spazio, in questo senso, a utili distinzioni<sup>146</sup>.

E pare del resto logico che non possa essere volontariamente estinto ciò che ancora non esiste, che cioè non sia possibile rimuovere direttamente dal proprio patrimonio, attraverso un atto a ciò finalisticamente (ed esclusivamente) preordinato, una qualunque situazione giuridica che ancora non è entrata in quel patrimonio, né vi ha prodotto effetti, né tantomeno si è in grado di sapere se mai vi entrerà secondo quella consistenza e quelle modalità che il soggetto rinunciante ipotizza all'atto della sua rinuncia.

Non solo: in senso contrario si potrebbe far propria l'idea non del tutto peregrina che i "diritti successori futuri" e, quindi, non attualmente esistenti come tali - conseguenza necessaria della qualificazione, appunto, quali diritti compresi in una successione *mortis causa* non ancora aperta e soltanto in quanto tali presi in considerazione - rappresentino comunque un *genus* a se stante, e che il negozio che li ha per oggetto non sia più nullo per indeterminatezza dell'oggetto; questo è l'orientamento diffuso della giurisprudenza che ritiene sufficiente, ai sensi dell'art. 1346 c.c., l'indicazione della categoria di appartenenza della cosa o della prestazione (se fungibile) e, in ogni caso, l'indicazione degli elementi essenziali. Tuttavia, l'ostacolo che pare insuperabile, pur seguendo ipoteticamente questa impostazione, rimane quello dell'attuale inesistenza (giuridica) del *genus* medesimo.

---

<sup>146</sup> Per GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 928, la *rinuncia* è, più precisamente, l'atto con cui si dismette un diritto soggettivo già acquisito nel proprio patrimonio con effetto *ex nunc*, cioè solo per il futuro, a differenza del c.d. *rifiuto eliminativo*, che ha efficacia *ex tunc*, e del *rifiuto impeditivo* (rifiuto puro e semplice), che diversamente dagli altri impedisce *ex ante* l'ingresso di un diritto nel patrimonio di chi rifiuta. Sul tema, in generale, resta imprescindibile il riferimento a FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960.

Sembra allora doversi ribadire che, anche a voler ammettere la rinuncia a diritti futuri (che però siano almeno determinabili)<sup>147</sup>, non è dato rinunciare a diritti derivanti da una futura successione a causa di morte, perché, oltre a trattarsi di diritti futuri ed eventuali, l'insieme delle regole che presiedono alla vicenda successoria rendono tali diritti di fatto indeterminati e, conseguentemente, nullo il negozio dispositivo, sia in negativo, sia in positivo, che li abbia per oggetto<sup>148</sup>.

Ciò vale senza eccezioni anche per la rinuncia "anticipata" all'azione di riduzione: infatti, pure a scapito del disposto testuale del citato art. 557, comma 2, c.c., nessun legittimario è nella condizione di poter valutare anticipatamente, con presumibile certezza, ciò a cui rinuncia.

Il *quantum* spettante al legittimario a titolo di riserva e, parimenti, il fatto stesso della sussistenza di una lesione di legittima - presupposto essenziale per l'esercizio dell'azione - sono elementi esattamente accertabili e valutabili quantitativamente, soltanto dopo l'apertura della successione e mai prima di tale momento, quando si è ancora fuori dalla fase ereditaria e non possono venire in gioco gli istituti che tale fase appunto caratterizzano.

Nel caso della rinuncia *ante mortem* all'azione di riduzione, anzi, il difetto di legittimazione all'atto è ancora più evidente e ancora più accentuato il carattere futuro, sia soggettivo che oggettivo, della situazione giuridica dismessa<sup>149</sup>.

Pertanto, la rinuncia all'azione di riduzione in vita del *de cuius*, oltre che ad essere vietata con norma imperativa dall'art. 557, comma 2, c.c., risulta essere un negozio irrimediabilmente nullo per indeterminabilità dell'oggetto, così come di per sé nulli sono gli atti - bilaterali o unilaterali - di rinuncia ad altri diritti successori futuri.

---

<sup>147</sup> Per la tesi contraria anche alla possibilità di rinunciare "ora per allora", sottoponendo a condizione sospensiva l'atto di rinuncia, v. in particolare BOZZI A., voce «*Rinuncia (diritto pubblico e privato)*», *cit.*, p. 1141.

<sup>148</sup> Del resto, anche per autorevolissima dottrina (v. GIAMPICCOLO G., voce «*Atto mortis causa*», *cit.*, p. 233) il patto dispositivo è in fondo vietato «*unicamente perché ha ad oggetto diritti futuri ed implica il votum captandae mortis*».

<sup>149</sup> Nonostante le recenti novità normative (v. in particolare gli artt. 563 e 768-*quater*, c.c. sui quali *infra*, Cap. II) a prima vista possano far propendere per il contrario, come già accennato non sembra poter essere scalfito il postulato di base secondo cui la posizione di ogni successibile, incluso il legittimario, prima dell'apertura della successione è quella dell'aspettativa di fatto.

Premesso che l'inammissibilità di una rinuncia a diritti altrui non sembra lasciare adito a dubbi, impostando il problema nei termini della determinabilità o meno dell'oggetto del negozio, come si è appena visto, è consentito sorvolare sulla questione pregiudiziale relativa all'astratta ammissibilità della rinuncia a diritti futuri, che peraltro rischia di rimanere senza una soluzione univoca.

Al contempo, però, ciò fornisce un appiglio più solido per la spiegazione del problema dell'effettivo fondamento del divieto di patti successori, diversi da quelli istitutivi: nel carattere indeterminabile dell'oggetto il divieto dei patti successori dispositivi e rinunziativi trova così un comune fondamento.

Sembra dunque che la spiegazione più appagante del divieto di patti successori rinunziativi e dispositivi sia in realtà di natura puramente tecnico-formale e, in armonia con il combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 c.c., risieda nella *inammissibilità in astratto di ogni rinuncia da parte di soggetto a ciò non legittimato perché non attualmente titolare della situazione giuridica rinunciata e, comunque, nell'inammissibilità di negozi dispositivi aventi un oggetto indeterminato o indeterminabile*, appunto in quanto nulli secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico.

A ben vedere, peraltro, questa conclusione non si discosta troppo dal solco tracciato da chi tradizionalmente considera questo divieto nient'altro che un espediente normativo per scongiurare un rischio di prodigalità. Infatti, può dirsi che lo scopo di arginare la diffusione di atti troppo avventati o dilapidatori è soltanto il movente politico che, tuttavia, cela in se stesso la ragione tecnico-giuridica del divieto.

Da questo punto di vista, il rischio di prodigalità sussisterebbe appunto in quanto insito nell'indeterminatezza attuale e nell'astratta indeterminabilità "giuridica" dei diritti successori futuri di cui si vuole disporre anticipatamente: caratteri che invece costituiscono un limite invalicabile per l'autonomia privata al di là delle scelte politiche, in armonia con il quadro tracciato dalle norme degli artt. 1346, 1348 e 1418, comma 2, c.c.

1.3.5 - Una questione di grande attualità: se in vita del donante sia ammissibile la rinuncia del legittimario all'azione di restituzione nei confronti del terzo avente causa del donatario. A questo punto, preme dar conto di una problematica ulteriore - collegata al divieto di patti successori rinunziativi e, in particolare, al disposto dell'art. 557, comma 2, c.c. - che risulta di grande attualità e suscita sempre più l'interesse degli operatori del diritto.

Ci si riferisce alla tesi di chi oggi sostiene la piena ammissibilità di una rinuncia preventiva del legittimario, in vita del donante, non all'azione di riduzione, ma alla (sola) *azione di restituzione* contro gli aventi causa dal donatario (cfr. art. 563 c.c.)<sup>150</sup>.

Questa innovativa tesi muove da una netta distinzione tra l'azione di riduzione in senso stretto, rivolta verso il beneficiario delle disposizioni testamentarie e delle liberalità lesive di legittima, e l'azione di restituzione nei confronti dei terzi aventi causa, trattandosi di due azioni ontologicamente diverse per natura, *petitum* e *causa petendi* (oltre che per diverso convenuto), pur essendo la seconda subordinata al buon esito della prima<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Pur con diversa intensità e maggiore o minore cautela, risultano ad oggi sostenitori nonché principali fautori di questa tesi CAPRIOLI R., *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 1019 ss.; D'AMICO G., *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. Not.*, 2011, p. 1271 ss.; IACCARINO G., *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Milano, 2011, p. 260 ss.; ID., *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, p. 395 ss.; PENE VIDARI F. - MARCOZ G., *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 715 ss.; TAGLIAFERRI V., *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, p. 167 ss.; TORRONI A., *Azione di riduzione e azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. Not.*, 2011, p. 675 ss.; ma cfr. in senso positivo già SCORDO L.C., *La tutela giuridica dell'acquirente di un bene proveniente da donazione. Una proposta interpretativa, cit.*, p. 133 ss. Dubitative, invece, le osservazioni in passato svolte al riguardo da MAGLIULO F., *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, p. 98 ss.

<sup>151</sup> Come è noto, infatti, la tutela dei diritti dei legittimari, indicata normalmente sotto l'etichetta generica di "azione di riduzione" (in senso lato), si compone in realtà di tre diverse azioni: *in primis*, l'azione di riduzione in senso stretto, che ha ad oggetto ex artt. 554 e 555 c.c. le disposizioni testamentarie e le donazioni (anche indirette ex art. 809 c.c.) lesive di legittima, diretta a dichiararne l'inefficacia nei confronti del legittimario secondo le modalità previste, rispettivamente, dagli artt. 558 e 559 c.c.; *in secundis*, l'azione di restituzione diretta nei confronti dei medesimi beneficiari delle disposizioni lesive ridotte (azione autonoma, peraltro, non sempre necessaria laddove si tratti di disposizioni a titolo universale o il legittimario si trovi già nel possesso dei beni). Infine, ma solo eventualmente (previa l'infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario delle disposizioni ridotte: art. 563,

Stante il tenore letterale dell'art. 557, comma 2, c.c. dunque, il divieto espressamente riferito soltanto alla rinuncia all'azione di riduzione non potrebbe essere esteso anche alla distinta (e testualmente non contemplata) rinuncia all'azione di restituzione<sup>152</sup>.

Oltre all'argomento letterale, che deve comunque essere soppesato e valorizzato alla luce della distinzione tra le due azioni giudiziali, alcuni sottolineano come il "diritto alla restituzione" verso il terzo non possa essere considerato un "diritto successorio" in senso tecnico, in quanto relativo a vicende estranee e per di più eventuali rispetto alla successione in senso stretto del donante, ed afferenti soltanto alla circolazione successiva del bene donato nei rapporti tra legittimario e il terzo acquirente dopo l'apertura della successione del *de cuius*<sup>153</sup>.

---

comma 1, c.c.), l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti dei beni oggetto delle disposizioni ridotte (v. per tutti MENGONI L., *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLIII, 2, Milano, 2000, p. 307 ss.; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 569 ss.). A differenza dell'azione di riduzione in senso stretto, le due autonome azioni di restituzione sono azioni di condanna necessarie al fine di far ottenere ai legittimari la materiale apprensione dei beni oggetto delle disposizioni ridotte (anche se questi, nel frattempo, sono stati alienati a terzi). Discussa, tuttavia, è la natura delle due azioni restitutorie: secondo la tesi prevalente (cfr. per tutti CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 569; in giurisprudenza: Cass. 21 giugno 1958, n. 2199, in *Rep. Foro It.*, 1958, voce *Successione*, 155; Cass. 12 settembre 1970, n. 1392, in *Foro It.*, 1970, I, 2043; Cass. 17 maggio 1980, n. 3242, in *Giust. Civ.*, 1980, I, p. 2193), a differenza dell'azione di restituzione contro i destinatari delle disposizioni ridotte, che è personale come l'azione di riduzione (essendo diretta contro soggetti determinati), l'azione di restituzione essendo esperibile contro qualunque successivo avente causa, sebbene diretta contro terzi qualificati ha una spiccata valenza reale (così MENGONI L., *op. cit.*, p. 308). Da qui i rilevanti problemi di circolazione per i beni di provenienza donativa (soprattutto) e successoria: si noti, infatti, che per pacifica opinione (cfr. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 570 e autori citati *ivi*, nota 1228; Cass. 22 marzo 2001, n. 4130, in *De Jure*), l'applicazione dell'art. 563 c.c., sebbene testualmente riferito alle sole ipotesi di alienazione dei beni donati, deve essere estesa anche al caso di beni originariamente oggetto di una disposizione testamentaria lesiva di legittima e dal beneficiario alienati a terzi. Sottolineano le differenze tra azione di riduzione e azione di restituzione, recentemente, anche IACCARINO G., *op. cit.*, p. 261-262 e TULLIO A., *L'azione di riduzione: natura, effetti e presupposti*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 778 ss.; LA PORTA U., *Azione di riduzione di "donazioni indirette" lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal "donatario". Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 951 ss.

<sup>152</sup> *Contra* invece CAMPISI M., *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 1300-1301; IEVA M., *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 943-944; PALAZZO A., *Provenienze donative, successivi trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 320, i quali sostanzialmente considerano l'azione di restituzione collegata funzionalmente a quella di riduzione e la relativa rinuncia anticipata, pertanto, sullo stesso piano vietata ex art. 557, comma 2, c.c.

<sup>153</sup> In questo senso, in particolare, v. CAPRIOLI R., *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c.*, *cit.*, p. 1034, e D'AMICO G., *La rinuncia all'azione di restituzione*, *cit.*, p. 1295.

In questo senso, allora, la rinuncia in esame non potrebbe ricadere nemmeno nell'ambito del disposto generale dell'art. 458 c.c., nella parte in cui vieta i c.d. patti successori rinunziativi e, in realtà, ogni atto di rinuncia *ante mortem* a diritti successori.

L'opinione favorevole trae poi forza dal novellato art. 563 c.c., che ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità per il legittimario, prima dell'apertura della successione del donante, di opporsi alla donazione e altresì, eventualmente, di rinunciare a siffatto potere di opposizione, fermo restando che, trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, il legittimario che non abbia nel frattempo fatto opposizione al fine di sospendere il decorso del termine previsto dall'art. 563, comma 1, c.c. perde definitivamente la facoltà di agire in restituzione nei confronti del terzo avente causa dal donatario<sup>154</sup>.

L'importanza centrale della novella del 2005, sebbene criticabile sotto molteplici aspetti (*in primis*, per non aver risolto affatto nell'immediato il problema della circolazione degli immobili di provenienza donativa)<sup>155</sup>, consisterebbe proprio nell'aver reso disponibile, anche prima dell'apertura della successione, l'interesse

---

<sup>154</sup> L'art. 563 è stato modificato prima dall'art. 2, comma 4-*novies*, lett. a), n.3 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005, n. 80, poi dall'art. 3, comma 1, lett. a) della legge 28 dicembre 2005, n. 263. Sulla discussa novella del 2005 e sul tema della circolazione dei beni di provenienza donativa la letteratura è copiosa: senza pretese di esaustività v. almeno BEVIVINO G., *Le aspettative tradite dalla riforma degli articoli 561 e 563 del codice civile*, in *Notariato*, 2007, p. 573 ss.; CAPRIOLI R., *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, cit.; CASTRONOVO D., *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita Not.*, 2007, p. 994 ss.; DE FRANCISCO E., *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla l. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 1249 ss.; DELLE MONACHE S., *Tutela dei legittimari e nuovi limiti all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 305 ss.; ID., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 57 ss.; GABRIELLI G., *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa ma timida*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 1129 ss.; IEVA M., *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, cit., p. 943 ss.; PALAZZO A., *Vicende delle provenienze donative dopo la legge 80/2005*, in *Vita Not.*, 2005, p. 762 ss.; PENE VIDARI F. - MARCOZ G., *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, cit., p. 699 ss.; VITUCCI P., *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito. Per una lettura sistematica dei novellati artt. 561 e 563 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 555 ss.; TAGLIAFERRI V., *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, cit., p. 167 ss.; TORRONI A., *Azione di riduzione e azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, cit., p. 675 ss.

<sup>155</sup> In particolare, tra gli altri, sottolineano con forza il carattere velleitario della riforma GAZZONI F., *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 3 ss.; MARICONDA V., *L'inutile riforma degli artt. 561 e 563*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1249 ss.

del legittimario a esercitare l'azione di restituzione verso il terzo, attraverso la possibilità di rinunciare all'opposizione alla donazione reputata lesiva di legittima, o anche solamente astenendosi dal rinnovare l'atto di opposizione già validamente proposto nel termine.

In quest'ottica, la dottrina citata non scorge ragioni plausibili per considerare, all'opposto, indisponibile il medesimo interesse anche prima del decorso del ventennio previsto dall'art. 563 c.c., valorizzando la volontà attuale del legittimario di non avvalersi una volta per tutte della tutela restitutoria nei confronti del terzo (e solo verso costui)<sup>156</sup>.

Proprio il parallelo con la rinuncia all'opposizione alla donazione, espressamente prevista dall'art. 563, comma 4, c.c., è alla base dell'idea della validità di una autonoma rinuncia all'azione di restituzione prima della morte del donante e anteriormente alla scadenza del ventennio dalla trascrizione della donazione.

L'eventualità, peraltro, che il ventennio decorra interamente durante la vita del donante, quindi prima dell'apertura della successione, corrobora altresì l'idea che i rapporti tra legittimario e terzo avente causa dal donante siano del tutto sganciati (o, comunque, "sganciabili") dalla vicenda successoria del donante<sup>157</sup>.

Dunque, una volta esclusa l'operatività dei divieti dei cui agli artt. 458 e 557, comma 2, c.c., i fautori di tale tesi si spingono oltre, ammettendo anche la possibilità di validi accordi, onerosi o gratuiti - intercorrenti tra legittimari e terzo acquirente dell'immobile, oppure tra legittimari e donatario (alienante) - aventi ad oggetto o l'impegno a non agire in restituzione fino alla scadenza del ventennio dalla donazione, oppure la diretta rinuncia all'azione di restituzione, anche (e plausibilmente) dietro compenso<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Cfr. in particolare D'AMICO G., *op. cit.*, p. 1293 ss., e IACCARINO G., *op. cit.*, p. 264. Non manca nemmeno chi ritiene di poter affermare che la rinuncia all'opposizione alla donazione ex art. 563, comma 4, c.c. importi sempre e comunque rinuncia anche all'azione di restituzione: così TAGLIAFERRI V., *op. cit.*, pp. 179-180; nello stesso senso sembrano CARLINI G. - UNGARI TRASATTI C., *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 790.

<sup>157</sup> Cfr. TORRONI A., *op. cit.*, p. 703.

<sup>158</sup> Così, espressamente, CAPRIOLI R., *op. cit.*, p. 1034; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 1296; TAGLIAFERRI V., *op. cit.*, p. 178-179;

Si tratterebbe di contratti atipici *ex art.* 1322, comma 2, c.c., eventualmente onerosi, da considerare validi per l'intrinseca meritevolezza dell'interesse alla sicurezza nella circolazione immobiliare in essi sotteso<sup>159</sup>.

Nonostante queste pur valide argomentazioni, questa interessante tesi non è andata esente da critiche.

Una prima obiezione ha una spiccata valenza pratica, dovendosi comunque tener presente che, a seconda delle circostanze del caso concreto, anche a voler ritenere per sé valida l'anticipata rinuncia all'azione di restituzione, questa da sola non è in grado di risolvere una volta per tutte l'annoso problema della tutela degli acquirenti di immobili di provenienza donativa, dal momento che essa spiega effetti preclusivi all'azione soltanto nei confronti del singolo legittimario che rinuncia, ma non è in alcun modo in grado di rendere sicuro l'acquisto del terzo acquirente del bene donato in caso di sopravvenienza, nel ventennio dalla trascrizione della donazione, di altri legittimari non rinunzianti<sup>160</sup>.

La nascita di un altro figlio, o il sopravvenuto riconoscimento di un figlio naturale prima sconosciuto, così come il successivo o nuovo matrimonio del donante - durante il trascorrere del termine ventennale - sono eventi non rari o improbabili, che da soli sono in grado di riportare la situazione del terzo acquirente, dal punto di vista della sicurezza del suo acquisto, a prima della rinuncia all'azione di restituzione compiuta da altri legittimari, come se questa non fosse mai stata compiuta.

Per raggiungere lo scopo della sicurezza per il terzo acquirente sarebbe, peraltro, sempre necessario che la rinuncia provenga da tutti i possibili legittimari, essendo per converso sufficiente il disaccordo di un solo potenziale legittimario per rendere vana la tutela dell'acquirente del bene proveniente da donazione.

Di conseguenza, a seconda delle circostanze, il rimedio escogitato rischia di rivelarsi del tutto inutile a realizzare il dichiarato fine per cui lo stesso è nato: quello di rendere inattaccabile l'acquisto del bene di provenienza donativa da parte del terzo, mettendolo al riparo dalle pretese dei legittimari del donante.

---

<sup>159</sup> In questo senso, ancora, CAPRIOLI R., *op. cit.*, *ibidem*

<sup>160</sup> Esplicito in questo senso v. MAGLIULO F., *Il problema delle "provenienze donative" tra vecchie questioni e nuove norme*, in *Novità e problemi in materia di circolazione immobiliare. Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai, Roma 19 e 20 settembre 2008*, Milano, 2009, p. 119, nota 54.

Certo è che, tuttavia, nell'oggettiva impossibilità - per chiunque - di prevedere e prevenire tutti gli immaginabili accadimenti futuri, sembrerebbe opportuno cogliere ciò che ora offre questa forma di tutela pur minima e relativa, tanto più che la scelta finale sul se e come concludere l'acquisto, basandosi anche sulla convenienza dell'affare, è in pieno rimessa alla libera contrattazione delle parti.

Ma i dubbi sull'effettiva ammissibilità di una rinuncia del legittimario all'azione di restituzione fatta in vita del donante travalicano il discorso sull'opportunità del meccanismo sul piano pratico: alcuni avanzano infatti l'obiezione che, ammettendosi una rinuncia anticipata all'azione di restituzione, sarebbe poi arduo spiegare a che titolo l'avente causa dal donatario possa trattenere il bene, avendo comunque l'azione di riduzione retroattività reale<sup>161</sup>.

A tale obiezione si è però giustamente replicato<sup>162</sup> che dopo la novella del 2005 il testo dell'art. 563, comma 1, c.c. presenta come eventualità del tutto fisiologica la situazione del terzo acquirente che mantiene proprietà e possesso del bene donato nonostante il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario, una volta che è scaduto il termine ventennale trascorso il quale il legittimario perde comunque la facoltà di agire in restituzione verso il terzo. Peraltro, anche prima dei venti anni dalla trascrizione della donazione può accadere che, nonostante la proposizione dell'azione di riduzione, il legittimario attore non possa né abbia interesse ad esperire l'azione di restituzione nei confronti del terzo avente causa del donatario, in quanto tale azione rimane subordinata alla preventiva, insoddisfacente escussione del patrimonio del donatario: così, anche nel caso in cui il legittimario che agisce in riduzione trovi eventualmente soddisfazione nel patrimonio del donatario convenuto, il terzo avente causa da costui rimane nella piena titolarità del bene nonostante l'avvenuta riduzione.

Tenendo presenti le considerazioni fin qui avanzate sul rapporto tra il divieto di patti successori rinunziativi e l'art. 557, comma 2, c.c., rimane peraltro ancora da risolvere la questione se, a prescindere da ogni esplicito divieto legislativo, sia

---

<sup>161</sup> Così ancora MAGLIULO F., *op. cit.*, p. 120; e già ID., *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, *cit.*, p. 105; nonché CAMPISI M., *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>162</sup> In particolare, da TORRONI A., *op. cit.*, pp. 702-703, secondo il quale «*il trasferimento del bene in favore del legittimario vittorioso non è conseguenza automatica e diretta dell'azione di riduzione*».

plausibile considerare sufficientemente determinato o, quantomeno, determinabile il diritto cui si vuole rinunciare, in modo che la rinuncia non sia di per sé nulla per indeterminabilità del suo oggetto (ciò che invece si ritiene di poter sostenere per i patti successori rinunziativi in genere).

Parte della dottrina sottolinea che la differenza tra rinuncia all'azione di riduzione e rinuncia all'azione di restituzione si appunta, tra l'altro, sul diverso oggetto della rinuncia effettuata prima dell'apertura della successione.

Nel primo caso non si contesta l'indeterminabilità del diritto rinunciato e, in tal senso, si giustifica la permanenza del divieto dei patti successori rinunziativi; viceversa, nel caso della rinuncia alla sola azione di restituzione, il diritto del legittimario si ritiene esattamente determinato e, pertanto, immediatamente rinunciabile, dovendosi reputare il legittimario in grado di rendersi perfettamente conto di ciò che costituisce l'oggetto della sua rinuncia: «*un'azione di garanzia a tutela della sua quota di legittima*»<sup>163</sup>.

Così ragionando, il legittimario - che in ogni caso deve prima rivalersi sul patrimonio del donatario *ex art. 563, comma 1, c.c.* - si limiterebbe a dismettere una forma di garanzia *ex lege* per la realizzazione della sua quota di legittima, esattamente individuabile in relazione (e limitatamente) al bene immobile originariamente donato dal *de cuius* e poi alienato al terzo dal donatario, senza perciò intaccare il suo diritto alla legittima, che rimane integro nei confronti del donatario<sup>164</sup>.

Perfetta pare altresì l'aderenza di tale soluzione al principio ricavabile in via generale dall'art. 1238 c.c., per cui la rinuncia alle garanzie (“diritto accessorio”), non comporta la rinuncia anche al credito (“diritto principale”).

Nell'ovvio presupposto che il legittimario dismetta la propria tutela restitutoria soltanto con riferimento al singolo bene donato, e cioè già uscito dal patrimonio del donante, qui l'oggetto della rinuncia non soltanto è determinato e ben circostanziato, ma anche attuale, nel senso che il diritto all'azione di restituzione, sebbene non immediatamente esercitabile in positivo dal legittimario, è pur

---

<sup>163</sup> Così ancora TORRONI A., *op. cit.*, p. 701; cfr. altresì TAGLIAFERRI V., *op. cit.*, p. 175, nonché MENGONI L., *op. cit.*, p. 308.

<sup>164</sup> Occorre infatti tener sempre presente la distinzione tra azione di riduzione e azione di restituzione: il legittimario rinuncia qui soltanto alla seconda, non già alla prima; salvo è quindi il disposto dell'art. 557, comma 2, c.c.

sempre un diritto che soggettivamente, per sua natura, a lui spetta *ex lege*: non sembra dunque potersi parlare nemmeno di una inammissibile rinuncia a un diritto soggettivamente futuro, cioè altrui.

Pare quindi doversi concludere che non esistono ostacoli insuperabili all'ammissibilità di una rinuncia preventiva all'azione di restituzione verso il terzo da parte del legittimario, a meno che non si acceda alla tesi - non pacifica - che nega in radice l'ammissibilità della rinuncia a diritti comunque (oggettivamente) futuri.

Ma ciononostante, dopo la riforma degli artt. 561 e 563 c.c., se si richiama l'accennata ipotesi della piena disponibilità dell'azione di restituzione anche in vita del donante e della mancata assolutezza della tutela apprestata al legittimario - destinata a venir meno in caso di una sua inerzia protratta sino allo scadere del termine ventennale - allora sembra verosimile e non tautologico ritenere logicamente valida quella rinuncia, in quanto avente ad oggetto, appunto, una situazione immediatamente disponibile.

Per questi motivi la rinuncia all'azione di restituzione non sembra reputabile come rinuncia a un diritto oggettivamente futuro o indeterminabile, essendo piuttosto configurabile come rinuncia a un diritto presente e disponibile.

Per completezza resta solo da precisare che, secondo l'opinione pressoché unanime, la rinuncia all'azione di restituzione in vita del donante è ammissibile soltanto quale rinuncia all'azione nei confronti del terzo avente causa dal donatario, ma non certo nei confronti del donatario, dovendosi qui apprezzare il più stretto collegamento - a cominciare dall'identità del soggetto convenuto - con l'azione di riduzione, la cui rinuncia è vietata inderogabilmente dall'art. 557, comma 2, c.c.

Per fugare poi ogni dubbio, sarà altresì necessario che la rinuncia all'azione di restituzione sia circostanziata espressamente a quel bene donato, e mai generica.

Tuttavia, a parere di chi scrive, non sembra esatto parlare della rinuncia all'azione di restituzione in termini di vera e propria eccezione al divieto di patti successori rinunciativi, o di un "affievolimento" di tale divieto in seguito alla riforma del 2005<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Così, invece, IACCARINO G., *Liberalità indirette*, cit., p. 265.

Da un lato, come si è visto, esistono i margini per affermare che l'oggetto della rinuncia *de quo* non è propriamente riconducibile al novero dei "diritti successori" cui si riferisce invece l'art. 458 c.c.; dall'altro, se si vuol valorizzare il dettato letterale dell'art. 557, comma 2, c.c., la rinuncia all'azione di restituzione di cui all'art. 563 c.c. non rientra affatto e *a priori* nell'ambito applicativo della norma, per cui non c'è tecnicamente "eccezione" al divieto<sup>166</sup>.

Sebbene si ritenga di poter legittimamente aderire alla tesi dell'ammissibilità di una rinuncia anticipata all'azione di restituzione (specifica) nei confronti del terzo avente causa dal donatario, in assenza di pronunce in materia e stante le pesanti conseguenze previste dagli artt. 458 e 557, comma 2, c.c., è auspicabile da parte degli interpreti massima cautela<sup>167</sup>: non a caso, anche la dottrina che con più convinzione sostiene questa linea, invoca a gran voce un rapido ed ulteriore intervento del legislatore<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Cfr. TAGLIAFERRI V., *op. cit.*, p. 171, secondo la quale la rinuncia alla restituzione non contrasta affatto con il divieto di patti successori.

<sup>167</sup> «Certamente sul punto la prudenza è d'obbligo: il terreno su cui l'interprete è costretto a muoversi è minato dalla nullità che deriva dall'art. 557 c.c. e dall'art. 458 al primo collegato». Così, testualmente, PENE VIDARI F. - MARCOZ G., *op. cit.*, p. 715.

<sup>168</sup> Per tutti, v. IACCARINO G., *op. ult. cit.*, p. 267 ss.

#### 1.4 - Una norma priva di fondamento?

Riassumendo quelli che sono i risultati della dottrina più recente, si tratterebbe soltanto di distinguere appropriatamente tra loro i patti e precisare che: (a) il patto successorio dispositivo risulterebbe vietato in quanto in sé contrario alla persistente morale comune; (b) il patto rinunziativo, invece, sarebbe vietato come la donazione di beni futuri, tenendo conto dell'insito rischio di prodigalità in cui potrebbe incorrere il rinunciante; (c) il più problematico patto istitutivo, infine, sarebbe precluso in quanto intrinsecamente incompatibile con l'esigenza, reputata fondamentale, di tutelare il più possibile la volontà di colui che dispone del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere, e con quella di garantire l'attuazione del piano successorio predisposto in modo assolutamente conforme a quella volontà.

Ma anche questo meritorio tentativo di sistemazione, come è intuibile e come in parte già si è detto, sembra urtare con la storia dell'art. 458 c.c. e con le ragioni che ne hanno determinato la codificazione ed ancora, pur se con riferimento ai soli patti dispositivi e rinunziativi, è in sé parzialmente contraddittorio.

Degna di nota, tra i tentativi di rilettura più recenti, è invero anche la suggestiva ma isolata tesi di chi, in prospettiva storico-comparatistica, colloca il tema dei patti successori direttamente nel quadro del regime patrimoniale della famiglia.

Il punto di partenza, in vista dell'analisi della funzione socio-economica svolta dai patti successori, è la constatazione che un tale divieto si inserisce storicamente «*in un contesto normativo caratterizzato dall'indisponibilità dei rapporti patrimoniali tra coniugi, dall'inderogabilità del filtro successorio per i trasferimenti a titolo gratuito tra gli stessi, così come dall'intangibilità qualitativa della legittima*»<sup>169</sup>.

Non a caso, sia negli ordinamenti di Paesi dove i patti successori sono ammessi, sia nel nostro in cui vige il divieto rispetto ad essi, l'uso più significativo di tali strumenti negoziali è nella prassi statisticamente rivolto a regolare convenzionalmente i rapporti patrimoniali tra coniugi, tanto da far apparire i patti successori come “surrogati” della comunione convenzionale dei beni tra coniugi.

---

<sup>169</sup> È il pensiero di ZOPPINI A., *op. cit.*, p. 176 ss. L'autore porta a sostegno della propria tesi, nell'ottica peculiare che contraddistingue la sua opera, argomenti tratti dai sistemi tedesco, di *common law* e francese (p. 178).

Ciò contribuirebbe a spiegare, quanto meno, la permanenza del divieto nel nostro sistema successorio: dopo la riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975, n. 151), il regime legale (quello di *default*) della comunione dei beni tra i coniugi, renderebbe meno pressante l'esigenza di ricorrere ad altri strumenti idonei a ripartire la ricchezza in ambito strettamente familiare<sup>170</sup>.

Dunque, seguendo questa particolare impostazione che studia il patto successorio collocandolo allo snodo di tre istituti fondamentali: famiglia, proprietà e contratto<sup>171</sup>, il fondamento del divieto di patti successori, nuovamente considerato in maniera unitaria, in sostanza sarebbe rinvenibile nell'esigenza di tenuta complessiva del nostro regime patrimoniale della famiglia, anzi, nel modo stesso in cui è strutturato tale regime, in modo da non richiedere strumenti negoziali diversi o, almeno, non renderne pressante il bisogno.

In realtà, anche quest'ultima opinione non sembra potersi accogliere: in quest'ottica si "parzializza", per così dire, la visione del problema, non si tengono in adeguato conto le differenze strutturali e funzionali tra i vari "patti" successori e, in ultima istanza, la conclusione cui si crede di poter giungere mal si concilia con la prospettiva storica sopra verificata.

Il connubio idealmente rappresentato tra patto successorio e tutela dell'istituto familiare, giustificato sul piano storico generale e sicuramente presente nella codificazione francese, come si è avuto modo di far notare, si è infatti dissolto nel passaggio del divieto al nostro codice del 1865 e, da questo, al codice vigente; pertanto, tale stretta correlazione oggi appare, ad avviso di chi scrive, non più proponibile.

Tanto più che il riferimento alla riforma del diritto di famiglia, di oltre trent'anni successiva all'entrata in vigore del codice civile, può forse essere utilizzato (e semmai sul piano della prassi) per spiegare le ragioni che giustificano il permanere del divieto, ma non certo la *ratio* e le finalità per le quali esso è stato originariamente introdotto nel codice del 1942.

---

<sup>170</sup> ZOPPINI A., *op. cit.*, p. 179.

<sup>171</sup> ZOPPINI A., *op. cit.*, p. 172.

Da ultimo, occorre anche constatare che tali patti non urtano - secondo la tesi ormai prevalente<sup>172</sup> - con l'ordine pubblico internazionale, dato che in forme più o meno limitate il contratto successorio è ammesso in vari Paesi (europei e non solo), primi tra tutti la Germania<sup>173</sup>; quanto detto si può ulteriormente argomentare sulla base della constatazione che il concetto stesso di ordine pubblico in ambito internazional-privatistico (distinto dall'ordine pubblico interno), in quanto limite successivo, negativo e concreto all'applicazione di leggi straniere deve essere inteso quale insieme di principi di carattere universale, rivolti alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>174</sup>.

Una volta accolta questa idea, non sembra che essa possa valere in materia di patti successori, vista la mancanza in tale settore, a livello sovranazionale, di una effettiva condivisione di principi e regole<sup>175</sup> che possano dirsi "universali" e, ancor prima, la difficoltà nell'individuazione del fondamento del divieto nel nostro diritto interno.

Fondamento che, nonostante gli sforzi concettuali, per il divieto dei patti istitutivi risulta mancare alla luce di quel criterio-guida, di tipo storico e sistematico, che si ritiene di privilegiare.

In realtà, nell'opinione di chi scrive un vero problema di giustificazione logico-giuridica del divieto, almeno per come è stato finora posto, non può sussistere perché tale giustificazione, o si ritrova fin dall'origine, oppure manca del tutto.

Poiché la ricerca in chiave storica sembra dimostrare che tale giustificazione non sussiste (*rectius*: è venuta sistematicamente meno), vano sembra persistere nella ricerca di un fondamento "sopravvenuto" che al contrario, sulla base

---

<sup>172</sup> Così CASU G., *op. cit.*, p. 478; ROPPO V., *Per una riforma del divieto di patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5; CALÒ E., *Il diritto internazionale privato e dell'unione europea nella prassi notarile, consolare e forense*, Milano, 2010, p. 295 ss.; ID., *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007; ID., *Patto successorio olandese tra conviventi*, in *Riv. Not.*, 2000, p. 1325 ss.; DI FABIO M., *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, *cit.*, p. 736, nota 24. Già prima della riforma del 1995, v. altresì LENZI R., *op. cit.*, p. 1241 ss. *Contra* la dottrina tradizionale: cfr. BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale privato italiano*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, p. 268; BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 791.

<sup>173</sup> Si coglie qui l'occasione per ricordare la compiuta analisi della disciplina dell'*Erbvertrag* tedesco che si trova in DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 201 ss.

<sup>174</sup> Cfr. per tutti BALLARINO T., *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Padova, 2002, p. 80. In giurisprudenza, v. Cass. S.U. 8 gennaio 1981, n. 189.

<sup>175</sup> Anche ZOPPINI A., *op. cit.*, p. 172, denota lo scarto esistente tra le regole che disciplinano i patti successori nei vari ordinamenti.

dell'evoluzione storica e in una prospettiva d'indagine attenta all'effettività del diritto nel contesto socio-economico considerato, può ancora più facilmente essere escluso.

Salvo constatare, ancora con solo e specifico riguardo ai patti istitutivi, che la raggiunta consapevolezza dell'assenza di un plausibile fondamento giustificativo del divieto può essere il primo punto fermo per una corretta esegesi della norma e per l'analisi delle possibilità e dei margini che, al di là del testamento, residuano all'autonomia privata in campo successorio.

Ciò ovviamente non significa obliterare il divieto addivenendo a un'inammissibile abrogazione tacita dell'art. 458 c.c.: significa, piuttosto, rileggere la norma di divieto stando al passo con i tempi e in un'ottica, imposta del resto dai più o meno timidi interventi di riforma, che sia veramente sistematica<sup>176</sup> e tale da inquadrare il divieto di patti successori in un preciso e delimitato spazio applicativo, non per questo necessariamente relegandolo ai margini del sistema, ma armonizzandolo al massimo grado consentito dalle tecniche interpretative del giurista e dagli strumenti negoziali a disposizione degli operatori.

Per quanto concerne, invece, il divieto di patti dispositivi e, specificatamente, rinunziativi, il discorso è diverso.

Ciò risulta del resto perfettamente coerente con la già assodata necessità di distinguere tra le diverse categorie di patti sulle successioni future.

Perché il nostro ordinamento vieti anche i patti dispositivi (in senso lato) una ragione giustificativa di carattere prettamente tecnico e armonizzata con i principi generali in materia contrattuale forse sussiste realmente, e deriva in un certo senso già dal diritto romano: la si può rinvenire nell'astratta indeterminabilità dei diritti successori, futuri perché considerati prima dell'apertura della successione e, come tali, non idonei a formare oggetto di un valido negozio giuridico<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Occorre peraltro ricordare che secondo parte della dottrina l'interpretazione sistematica costituisce oggetto di un preciso obbligo giuridico a carico dell'interprete, secondo quanto previsto dall'art. 12, comma 2, preleggi. In questo senso, in particolare, v. GRASSO B., *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli, 1974, p. 23 ss. In generale v. anche LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965. Sugli aspetti che il tema che qui ci occupa, indirettamente, riporta anche sul piano della teoria generale del diritto, cfr. *infra*, Cap. III, par. 3.1.

<sup>177</sup> Del resto, cfr. il pensiero del già citato BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 483, il quale, proprio con riferimento all'inammissibilità dei patti dispositivi e rinunziativi, parla in sostanza di "mancanza di oggetto".

## CAPITOLO II

DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI E TUTELA DEI  
LEGITTIMARI*2.1 - La tesi che individua una relazione funzionale tra il divieto dei patti successori e il sistema di tutela dei legittimari.*

Fra le tante difficoltà e incertezze che affiorano nella ricerca del fondamento del divieto *ex art. 458 c.c.*, autorevole dottrina<sup>1</sup> ha evidenziato come, in realtà, sia proponibile senza margini di incertezza un nesso di tipo funzionale tra le norme in materia di successione necessaria - e, in particolare, tra gli artt. 457, commi 1 e 3, 557, comma 2, 554, 555, 809 c.c. - e il divieto di patti successori.

Questa suggestiva impostazione prende avvio dalla constatazione che la relazione tra la tutela dei legittimari e il divieto, tanto forte da far considerare il secondo strumentale alla prima - e, pertanto, valevole anche in termini di giustificazione sostanziale dello stesso - sarebbe adombrata già dal terzo comma dell'art. 457 c.c., laddove si statuisce (come sembrerebbe, non solo in via di principio), che le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti riservati dalla legge ai

---

<sup>1</sup> IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., pp. 6, nota 6, 20 ss., e 181, nonché ID., *La successione testamentaria*, in *Manuale di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 1, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p. 115. Ma v. già ID., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti all'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2000, p. 1348; ID., voce «Successione, X) Fenomeni parasuccessori», in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XI, Roma, 2003, p. 3 ss.; ID. *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 934 nonché in *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, Atti del convegno svoltosi a Udine nei giorni 9-11 giugno 2005 sul tema "Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive", *Quaderni della Riv. dir. civ.*, 8, Padova, 2007, p. 297 ss.; cenni da ultimo anche in ID., *Circolazione e successione mortis causa*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 72. Anche per DE MATTEIS G., *Divieto di patti successori e alternative convenzionali al testamento*, Relazione al Convegno di Chieti del 1 dicembre 2006; «la tutela dei legittimari ... è uno dei fondamenti del divieto di patti successori». LIGOZZI M.T., *Sulla presunta erosione del divieto di patti successori*, in *Notariato*, 2009, p. 622 ss., riprende il pensiero di Ieva sottolineando come tra le ragioni poste a fondamento dell'art. 458 c.c. (*in primis* l'A. adduce la libertà testamentaria), vi sia quella di contribuire alla sistematicità e unità del regolamento successorio.

legittimari; nonché dall'art. 557, comma 2, c.c. che vieta agli stessi legittimari, durante la vita del donante, di rinunciare all'azione di riduzione loro spettante contro le disposizioni lesive della quota di legittima: norma solitamente letta - lo si è detto - come applicazione specifica del divieto di patti rinunziativi.

Richiamando poi il tradizionale principio di unità della successione, in base al quale si ritiene di poter giustificare la necessità di tener presenti, al momento della morte del disponente, anche le liberalità dirette e indirette fatte in vita, appunto al fine di consentire - in maniera unitaria - una effettiva tutela dei legittimari, l'Autore legge in chiave sistematica l'art. 458 c.c. quale norma di chiusura avente lo scopo di evitare un'eccessiva frammentazione dell'intera vicenda successoria, altrimenti passibile di essere scomposta in un numero indeterminabile di "fasi" che renderebbe poi notevolmente più difficile ai soggetti tutelati l'esercizio dei loro diritti.

In particolare, se così non fosse, più facile risulterebbe (e maggiore sarebbe il rischio di) eludere i meccanismi di riduzione e collazione, fondamentali per consentire l'esatta ricostruzione del patrimonio del *de cuius* sul quale i diritti dei legittimari, a mezzo della c.d. riunione fittizia<sup>2</sup>, vengono calcolati.

Anzi, il divieto di patti successori contribuirebbe appunto a rendere più agevole quelle operazioni matematiche in cui consiste la riunione fittizia, in modo che niente di ciò di cui ha disposto (anche in vita) il *de cuius* possa sfuggire alle pretese dei legittimari che assumono di essere da questo lesi o del tutto preteriti.

Così ragionando si arriva dunque alla conclusione che «(...) *questo microsistema, tendenzialmente completo e complesso funziona nella prospettiva in cui le «altre liberalità» (art. 809 c.c.) sono una categoria residuale per effetto del divieto dei patti successori sancito dall'art. 458 c.c.»*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Come è noto, per "riunione fittizia" si intende quell'operazione puramente contabile finalizzata alla determinazione della quota di legittima che, in sintesi, altro non è se non la quota di eredità, spettante al legittimario, calcolata in rapporto a una porzione del patrimonio netto del *de cuius*, secondo la formula "*relictum* - debiti + *donatum*". Più precisamente, ai sensi dell'art. 556 c.c., tre sono le operazioni matematiche da svolgere per ottenere l'ammontare della quota di legittima: 1) somma del valore di tutti i cespiti attivi ai fini della formazione della massa patrimoniale appartenente al defunto al momento della morte (c.d. *relictum*, cioè l'attivo ereditario al lordo dei debiti); 2) detrazione dei debiti ereditari; 3) somma del valore delle liberalità compiute in vita dal *de cuius* (riunione del c.d. *donatum*). Al riguardo v. MENGONI L., *op. cit.*, p. 174 ss.; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 518 ss.; CANTELMO V., *I legittimari*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., I, p. 614 ss.

<sup>3</sup> Così IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 21.

Il divieto di patti successori, non potendosi comprendere diversamente in maniera altrettanto convincente, troverebbe spiegazione (se non solo, anche e soprattutto) in funzione delle norme relative alla successione necessaria, tanto che della tutela dei legittimari l'art. 458 c.c. costituirebbe un "tassello" ineliminabile al fine, quantomeno in astratto, di consentire al legittimario leso o preterito di potersi effettivamente soddisfare sul patrimonio ereditario, la cui destinazione viene così a essere stabilita per il tempo successivo alla morte soltanto attraverso meccanismi definiti e "palesi", di più facile individuazione<sup>4</sup>.

Poiché, tuttavia, accanto al testamento e alla donazione il nostro ordinamento riconosce ed ammette l'ampio e in astratto sconfinato novero delle liberalità atipiche, quel "microsistema" deputato alla tutela dei legittimari non potrebbe più reggere se non esistesse una norma di divieto tesa a limitare (se non proprio a escludere) "terze vie" di disposizione del patrimonio per il tempo successivo alla morte, che - per la varietà dei possibili strumenti e la loro natura difficilmente decifrabile - non forniscono le stesse certezze, rendendo così di fatto meno agevole l'esperimento dei rimedi posti a difesa dei legittimari, rispetto ai quali l'art. 458 c.c. risulterebbe prodromico.

Tuttavia, la soluzione cui giunge la tesi in esame, pur essendo al suo interno estremamente coerente, a chi scrive non pare cogliere nel segno.

2.1.1 - Prime osservazioni critiche. Già in prima approssimazione, la conclusione per cui il divieto di patti successori sarebbe funzionalmente strumentale e, dunque, in diretto collegamento con il sistema di tutela dei legittimari (così che, attraverso siffatto collegamento, tale divieto possa trovare giustificazione anche in

---

<sup>4</sup> Non a caso (cfr. IEVA M. *op. ult. cit., ibidem*), si tratta del testamento e della donazione: negozi "tipici" (almeno in senso lato) e formali, in quanto tali più facilmente verificabili e, conseguentemente, anche più facilmente assoggettabili a riduzione. In verità, se riguardo alla tipicità del contratto di donazione (art. 769 c.c.) non possono esservi dubbi, riguardo al carattere tipico del testamento e, soprattutto, al senso che il termine "tipico" assume in questo contesto, la dottrina discute: sulla specifica questione e sul connesso tema relativo alla causa del testamento e all'applicabilità o meno ad esso dell'art. 1322 c.c. cfr. BIN M. *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 177 ss.; BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino, 1997, p. 37 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni, cit.*, pp. 730-732; BONILINI G., *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990, p. 65 ss. GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento, cit.*, p. 114 ss; più di recente anche VISALLI R., *Tipicità o atipicità del testamento?*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 305 ss., nonché BONILINI G., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. Not.*, 2000, p. 789 ss.

rapporto alla tutela della famiglia)<sup>5</sup>, è in un certo senso, ad avviso di chi scrive, anacronistica: sembra infatti cozzare con la storia stessa del divieto<sup>6</sup>, almeno se si pone l'accento su quella sorta di “frattura sistematica” già posta in evidenza, compiuta nell'elaborazione dell'odierno art. 458 c.c., dapprima con il passaggio del divieto dal Codice Napoleone al codice del 1865, poi da questo al codice vigente<sup>7</sup>.

Sembra andare altresì in controtendenza, se si pone attenzione al fatto che, in molteplici studi di settore, non esclusi i contributi giurisprudenziali<sup>8</sup>, si sottolinea con decisione la necessità di mitigare la tutela “ad oltranza” dei legittimari, proponendo un ridimensionamento di essa, tutto a vantaggio della libertà di disporre per testamento e, particolarmente, della circolazione sicura e altrettanto senza vincoli dei beni di provenienza successoria e/o donativa<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> “Famiglia” in realtà ristretta che, proprio con riferimento ai legittimari (coniuge, figli e, solo in mancanza di questi, ascendenti: art. 536 c.c.) ben rispecchia l'idea di famiglia nucleare tenuta presente anche dalla nostra Costituzione. La legittima trova innegabilmente fondamento nella solidarietà familiare, pur non essendo tecnicamente un istituto di diritto familiare, per FERRI L., *Dei legittimari (art. 536-564)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 1 ss. e in particolare p. 5. Sulla natura dell'istituto della legittima nel nostro ordinamento, quale limite all'autonomia di disporre del testatore v. per tutti il già citato MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, cit., p. 39 ss. (cfr. altresì *retro*, Cap. I, par. 1.2).

<sup>6</sup> Del resto, lo stesso IEVA M., *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Tradizione e modernità del diritto successorio*, cit., p. 299, si dimostra consapevole che la funzione del divieto di patti successori fosse storicamente ben diversa.

<sup>7</sup> Il divieto di patti successori ha in effetti origine allo scopo di proteggere gli interessi dei familiari del *de cuius* e, in questo senso, può essere contestualizzato nell'ambito della tutela della famiglia, ma soltanto nel diritto successorio francese derivante dal periodo rivoluzionario: così non è, invece, per il nostro sistema, maggiormente imperniato sul diritto romano, che in realtà non conosce (nello stesso modo e con gli stessi fini) siffatto divieto. Al riguardo, v. *retro*, par. 1.2.3.

<sup>8</sup> Cfr. le recenti sentenze Cass. S.U., 9 giugno 2006, n. 13.429 e Cass. S.U., 12 giugno 2006, n. 13.524, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, p. 795 ss. (con nota di GRANDI M.) e in *Notariato*, 2006, p. 671 ss. (con nota di LOFFREDO F.); ma anche Cass. 12 maggio 2010, n. 11.496, in *Fam. dir.*, 2010, p. 348 ss. (con nota di MARI A. e RIDELLA G.), in *Notariato*, 2010, p. 508 ss. (con nota di IACCARINO G.), in *N.G.C.C.*, 2010, I, p. 1238 ss. (con nota di TODESCHINI PREMUDA A.), in *Riv. Not.*, 2011, p. 189 ss. (con nota di SCUDERI R.).

<sup>9</sup> Salvo quanto si avrà modo di precisare in seguito, per una prima riflessione di carattere generale sull'opportunità di adottare una lettura innovativa, al passo con i tempi, dell'istituto della legittima nel nostro ordinamento, come dimostrato - tra l'altro - dalla novella del 2005 (al riguardo v. *infra*, par. 2.1.4), cfr. BUSANI A., *L'atto di “opposizione” alla donazione (art. 563, comma 4, codice civile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 13 ss., che riproduce lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 5809/C, approvato il 21 luglio 2005, reperibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it). (al quale si riferiscono le successive citazioni). Per una rivisitazione e una visione “globale” dell'istituto della legittima, anche nelle possibili applicazioni pratiche, di recente v. MAGLIULO F., *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 533 ss. Più in generale, sul dibattito più recente intorno alla successione necessaria v. almeno AMADIO G.,

Diversamente e muovendosi ancora sulla linea di pensiero ora in esame, sembra di poter dedurre che il legislatore, senza alcun compromesso di sorta, abbia optato per la prevalenza “sempre e comunque” dei diritti di una certa categoria di soggetti, essenzialmente qualificata (soltanto) dall’appartenenza alla stessa cerchia familiare, del tutto a scapito del diritto individuale di disporre liberamente in vita (e in vista della morte) dei propri beni; ciò in una logica - condivisibile o meno - che comunque appare lontana, sia da quella proprietaria e tipicamente patrimoniale di cui, invece, è pur sempre considerato figlio il codice del 1942, sia dalla tradizione romanistica incentrata sulla libertà testamentaria, quale modello ispiratore.

A sostegno di questa ricostruzione non sembra decisivo nemmeno il richiamo al terzo comma dell’art. 457 c.c., ove si enuncia il c.d. *principio di intangibilità della legittima*<sup>10</sup>: al di là della formulazione strettamente letterale - peraltro, testualmente limitata alle sole disposizioni testamentarie - esso non pare infatti in grado di fondare l’inammissibilità assoluta (leggasi “nullità”: cfr. art. 458 c.c.) di atti di disposizione - a prescindere dalla loro natura e struttura - lesivi di legittima, stante la loro piena validità ed efficacia, sebbene si tratti di atti per i quali può sopravvenire un’inefficacia relativa, a seguito di un vittorioso esito dell’azione di riduzione.

Considerazione analoghe, come si avrà modo di approfondire tra poco, possono farsi guardando alla sostanziale posizione in cui si trovano i legittimari, rispetto al patrimonio del *de cuius*, prima dell’apertura della successione: situazione comunemente riconosciuta come irrilevante per l’ordinamento e già per ciò stesso (anzi, a maggior ragione), difficilmente proponibile a fondamento di una norma espressa di divieto.

Non si può infatti ignorare l’elementare insegnamento secondo cui qualunque *successibile* - testamentario, legittimo o legittimario - non vanta alcuna pretesa nei confronti di una successione non ancora aperta.

---

*La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma*, in *Riv. Not.*, 2007, p. 803 ss.

<sup>10</sup> Sul quale v. per tutti CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 473 ss. Che dalla norma e, in genere, dal principio di intangibilità della legittima (cfr. art. 549 c.c.) non possa essere ricavato un divieto assoluto di atti lesivi della legittima pare ben convinta anche la giurisprudenza: cfr. Cass. 30 luglio 2002, n. 11.286, in *Giur. It.*, 2003, p. 442 ss., e in *Giust. Civ.*, 2003, p. 77 ss. (sentenza richiamata anche *infra*).

I successibili *ex lege* vantano soltanto un'aspettativa di mero fatto, non azionabile giudizialmente nemmeno a fini conservativi, sul patrimonio ereditario; la loro designazione astratta, anche se opera della legge (come nel caso dei legittimari) è pur sempre incerta e instabile, basti pensare che il matrimonio può essere sciolto o, viceversa, sopravvenire e che, in generale, pure gli assetti familiari possono variare.

Si può inoltre agevolmente constatare che, senza limiti di tempo (se non la morte del soggetto disponente), il testamento è capace di sostituire integralmente la vocazione legale con una difforme e che - ugualmente, ma in senso opposto - il testatore potrebbe sempre revocare (artt. 587 e 679 c.c.) persino un testamento favorevole al potenziale legittimario, senza che l'interessato possa a ciò, almeno nell'immediato, opporsi<sup>11</sup>.

In quest'ottica, occorre senza dubbio evitare di confondere *le modalità* della tutela con "la tutela" stessa dei legittimari; una tutela che in sé non può ovviamente essere sconfessata, proprio in quanto la successione necessaria è espressamente prevista dal legislatore in funzione di limite all'autonomia testamentaria (cfr. art. 457, comma 3 c.c.). Tuttavia, sono proprio le concrete modalità attraverso le quali si può realizzare siffatta tutela a far evidenziare un'incongruenza, tale da mettere in dubbio la possibilità di individuare nel divieto dei patti successori, in sostanza, una di quelle forme di tutela dei legittimari.

Non appare erroneo, né tantomeno fuorviante, sottolineare fin da ora che prima dell'apertura della successione a rigore non si potrebbe nemmeno parlare, propriamente, di "legittimari" e che tale aspetto, pur con tutte le precisazioni dovute, non può non incidere sulle considerazioni che seguono.

Soprattutto, la tesi in esame suscita non pochi dubbi là dove si giunge all'estrema conclusione che la "fortissima" tutela dei legittimari, che pur caratterizza tradizionalmente il nostro sistema successorio, sia tale da permeare di sé la materia dei patti successori in maniera tanto diretta che, anche in una prospettiva

---

<sup>11</sup> Per tutti, v. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 21, nota 27; cfr. FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni*, *cit.*, p. 81 ss. Per una diversa impostazione, tuttavia, v. di recente NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, *cit.*

*de iure condendo*, qualunque intervento riformatore dell'art. 458 c.c. finirebbe al contempo per incidere anche sulla normativa a tutela dei legittimari<sup>12</sup>.

Che un'eventuale abrogazione dell'art. 458 c.c., al pari di ogni intervento realmente incisivo sulla disciplina in esso contenuta sia in grado di provocare uno sconvolgimento all'interno dell'intero sistema successorio e conseguentemente, di riflesso, anche in ordine alla successione necessaria appare infatti ovvio, a prescindere da ogni effettivo legame tra il divieto e la tutela dei legittimari, nonché e specialmente, dal modo in cui si prospetta la loro correlazione.

Tuttavia, rispetto a questo tipo di ricostruzione, è ad avviso di chi scrive possibile muovere alcune osservazioni critiche.

Innanzitutto, la tutela dei legittimari come e in quanto limite alla libertà di disporre con atti *mortis causa* (anche in via pattizia), non appare direttamente connessa - se non in senso assolutamente generico - ai patti successori dispositivo in senso stretto e a quelli rinunziativi, poiché entrambi hanno ad oggetto la successione altrui.

Ciò potrebbe già apparire sufficiente a incrinare l'ipotesi che il sistema di difesa dei diritti dei legittimari sia posto a fondamento dell'intera norma di cui all'art. 458 c.c. e altresì confermare, ancora una volta, l'impossibilità di considerare unitariamente - quanto alla loro giustificazione teorica - le tre diverse categorie di patti successori vietate dal Legislatore.

Più in generale, occorre dire che proprio nel rispetto di quella rigorosa ottica sistematica in cui muove la tesi in esame, non sembra sussistere alcuna effettiva corrispondenza o verosimiglianza tra la nozione di liberalità<sup>13</sup>, di per sé discussa,

---

<sup>12</sup> Esplicito in questo senso IEVA M., *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, cit., pp. 298-299, il quale considera come punto centrale la necessità di avere piena consapevolezza che il tema dei patti successori è legato a doppio filo all'apparato di tutela del legittimario.

<sup>13</sup> Nozione di liberalità in realtà da sempre discussa e in bilico tra "causa" ed "effetto", tra "atto" e "risultato". Non è certamente questa la sede per soffermarsi su un tema così vasto e complesso, che abbraccia la nozione stessa di causa negoziale, il pur vago concetto di *animus donandi*, la correlazione tra depauperamento del disponente e arricchimento del beneficiario: per l'impostazione tradizionale c.d. soggettiva, nonché per una panoramica sulle numerose varianti, v. OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947; CASULLI V., voce «Donazione (diritto civile)», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 968 ss.; D'ETTORE F.M., *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996; GARDANI CONTURSI-LISI L., *Delle donazioni (art. 679-809)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 25 ss.; PALAZZO A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da R. Sacco, Torino, 2000, p. 120 ss. VECCHIO G., *Le liberalità atipiche*, Torino, 2000. Per la posizione c.d. oggettiva, v. specialmente CARNEVALI U., voce «Liberalità (atti di)», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 215

e i patti successori: nel senso cioè che non è dato ritenere che un patto - soprattutto se dispositivo, o rinunziativo - integri automaticamente e indistintamente un atto di liberalità, considerazione questa peraltro necessaria perché operi la riduzione (cfr. artt. 555 e 559 c.c.).

Pertanto, non ha molto senso affermare che “le altre liberalità” *ex art. 809 c.c.* costituiscono una categoria residuale perché e fintanto che esiste l’art. 458 c.c.<sup>14</sup>: basti pensare che per ciascun patto vietato, incluso quello istitutivo, le parti potrebbero ben concordare un corrispettivo, risultando così loro estraneo ogni intento liberale, anche solo indiretto<sup>15</sup>.

---

ss. Per il più recente e forse prevalente orientamento, che fonda lo spirito di liberalità sull’interesse non patrimoniale del disponente, v. CHECCHINI A., *L’interesse a donare*, in Riv. dir. civ., 1976, p. 262 ss.; MANZINI C., *“Spirito di liberalità” e controllo sull’esistenza della “causa donandi”*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 419 ss.; GIANOLA A., *Atto gratuito, atto liberale - ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 149 ss.; CATAUDELLA A., *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, V, Torino, 2005; AMADIO G., *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Liberalità non donative e attività notarile, I quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, Milano, 2008, p. 10 ss.

<sup>14</sup> Così invece IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, *cit.*, *ibidem*.

<sup>15</sup> Chiaramente, rimanendo in quest’ottica ci si potrebbe spingere fino a ipotizzare un patto successorio soltanto in termini di “liberalità atipica” - o “donazione indiretta” che dir si voglia - chiamando così in causa l’art. 809 c.c. Tuttavia, a parte il caso della disposizione e della rinuncia ai diritti successori che potrebbero spettare su una successione non ancora aperta, è bene specificare che difficilmente è possibile considerare un patto successorio istitutivo (se e necessariamente se privo di corrispettivo) alla stregua di un vero atto di liberalità. Premesso che ogni specie di patto successorio, sebbene vietata, ben può essere in concreto onerosa (CACCAVALE C., *Il divieto di patti successori*, *cit.*, p. 32, nota 20, fa tuttavia notare che, in realtà, con riguardo agli atti *mortis causa* i concetti di onerosità e gratuità possono assumere un significato del tutto peculiare), in perfetta sintonia con quanto la dottrina prevalente afferma in materia di successione testamentaria pare qui doversi escludere recisamente il carattere della liberalità, sia dai requisiti propri del testamento (così, da ultimo, MARMOCCHI E., *La definizione di testamento (art. 587 c.c.)*, *cit.*, p. 749; cfr. altresì lo stesso IEVA M., *La successione testamentaria*, in *Manuale di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *cit.*, p. 129), sia dai requisiti del patto successorio genericamente inteso, a maggior ragione se si fa riferimento al patto propriamente istitutivo, avente natura di atto *mortis causa* al pari del testamento. Il tratto comune alle specie considerate, infatti, è la mancanza di un effettivo depauperamento del testatore/disponente, cioè (e in quanto) *de cuius* (in tal senso TORRENTE A., *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2<sup>a</sup> ediz. a cura di Carnevali U. e Mora A., Milano, 2006, p. 306). In ogni caso, il carattere di liberalità non sarebbe idoneo ad assurgere al rango di elemento tipizzante e, il testamento, e un patto successorio, data l’estrema varietà casistica di entrambi. Per SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, *cit.*, p. 225, l’attribuzione testamentaria deve considerarsi essenzialmente gratuita (ma non liberalità). CUFFARO V., *Il testamento in generale*, *cit.*, p. 804, esprime perplessità in ordine alla possibilità di richiamare per il testamento le nozioni di gratuità e, parimenti, di liberalità, in quanto si tratta di nozioni propriamente riferibili soltanto a fattispecie per le quali è configurabile un rapporto giuridico, escluso invece alla radice nel caso del testamento. Non solo, si potrebbe semplicemente sostenere che il patto istitutivo ha un’effettiva e assorbente “causa successoria”, sufficiente a escluderne la natura liberale, a prescindere dal fatto che con esso il disponente arricchisca o meno il beneficiario. Non di meno, senza entrare troppo nel merito, pare utile fare riferimento alla disciplina che, nei Paesi che lo ammettono (per

Viceversa, il carattere liberale e quantitativamente lesivo di legittima è il presupposto ineliminabile perché sia azionabile la tutela apprestata dall'ordinamento in favore dei legittimari contro gli atti di disposizione, diversi dal testamento, conclusi in vita dal *de cuius*.

E certamente, nel momento in cui l'art. 809 c.c. assoggetta espressamente al regime della riduzione gli altri atti di liberalità (e solo quelli), non è poi possibile estendere tale limitativa disciplina alle ipotesi diverse - che liberalità, quindi, tecnicamente non sono - non contemplate dalle norme appositamente dettate in materia.

Anzi, persino con riferimento esclusivo al patto successorio istitutivo, che pure è atto *mortis causa* e quindi (se in concreto lesivo di legittima) di per sé astrattamente assoggettabile a riduzione, a prescindere dalla mancata pattuizione di un corrispettivo per l'istituzione universale o a titolo particolare, si potrebbe semmai parlare di negozio "*incolore*"<sup>16</sup>, per il quale una causa eventualmente liberale dovrebbe comunque essere accertata caso per caso.

Il che da ultimo consente di valorizzare al massimo grado il disposto dell'art. 809 c.c., ed affermare che il vasto ambito delle liberalità atipiche, lungi dal rappresentare una categoria giuridica limitata, è destinato a sfuggire ai tentativi di

---

tutti, la Germania: v. § 2274 ss. BGB), riguarda il "contratto ereditario": la dottrina tedesca, pur non unanime, tende infatti ad affermare i caratteri dell'astrattezza e dell'assenza di corrispettività dell'*Erbvertrag* tedesco (comunque variamente configurabile), a volte mettendone persino in dubbio l'effettiva struttura bilaterale, dal momento che il vincolo che esso crea consiste soltanto nell'impedire la revoca unilaterale dell'atto medesimo e, in particolare, nel determinare l'inefficacia di qualunque successiva disposizione a causa di morte, da parte del "disponente" (*Erblasser*), che risulti in contrasto con il contenuto dell'*Erbvertrag* - tra l'altro limitato all'istituzione d'erede, al legato e all'imposizione di un onere - lasciandogli però del tutto impregiudicata la libertà di disporre con atti *inter vivos* (§ 2286 BGB). Sul tema v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 201 ss. e, in particolare, p. 220 ove si afferma espressamente che l'*Erbvertrag* non produce nemmeno, tecnicamente, effetti obbligatori né a carico del disponente, né a vantaggio del beneficiario. Pare dunque confermata, *a fortiori*, l'impossibilità di rapportare il patto successorio istitutivo all'ambito delle liberalità, circostanza che di per sé potrebbe recidere il legame tra divieto *ex art.* 458 c.c. e tutela dei legittimari.

<sup>16</sup> Per il riferimento alla categoria di elaborazione dottrinale dei c.d. "negozi incolore", i quali non hanno una causa onerosa o gratuita costante, ma possono avere l'una o l'altra a seconda delle circostanze e, soprattutto, della volontà delle parti: v. CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. ma 1948, p. 234; OPPO G., *Adempimento e liberalità*, *cit.*, p. 292 ss.; LUMINOSO A., *Mandato. Commissione. Spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 148 ss.

tipizzazione e a quelle reti le cui maglie sono costituite da regole non espressamente previste dal Legislatore<sup>17</sup>.

Le considerazioni svolte potrebbero, in ipotesi estrema, ricondurre il discorso entro i diversi ambiti della gratuità *tout court*, in ogni caso da tenere distinta dalla liberalità, essendo tratto generalmente qualificante la gratuità la sola e semplice assenza di corrispettivo<sup>18</sup>.

Ciò soprattutto se si pone l'accento sul fatto che, nel caso solo astrattamente prospettabile, essendo inammissibile nel nostro ordinamento il patto successorio istitutivo, il patrimonio del disponente non si incrementa, ma in un certo senso neppure si depauperava (in senso donativo): nel preciso momento in cui il negozio acquista la sua definitiva efficacia, infatti, cessa di esistere, venendo meno, lo stesso soggetto.

Insomma, qualunque sia il modo di intendere la liberalità, nel patto istitutivo la "causa successoria", se così la si vuol chiamare, sembra prevalere funzionalmente sul generico ed eventuale "intento" liberale: così i patti successori si collocano su un piano diverso da quello delle liberalità (tipiche e atipiche), e ciò trova un seppur debole conforto già nella collocazione dell'art. 458 c.c., tra le disposizioni generali sulle successioni e non tra quelle in materia di donazione.

Il carattere della riducibilità, non solo delle disposizioni testamentarie, autonomamente considerate, ma anche delle strutturalmente e funzionalmente distinte liberalità lesive di legittima, impedisce di fatto che questa "comune

---

<sup>17</sup> Infatti la liberalità sembra individuare, più che una data struttura, la funzione di una serie di congegni diversi ma tutti idonei ad assicurare un determinato risultato, così come, anche in materia di divisione, il concetto di distribuzione sembra in grado di accumulare una serie tendenzialmente aperta di fattispecie (cfr. art. 764 c.c.), che trova la propria giustificazione nel risultato di realizzare un apporcionamiento proporzionale alla quota, a prescindere dal meccanismo giuridico-formale utilizzato: per queste considerazioni e, in generale, per la più moderna impostazione che individua i tratti distintivi del fenomeno divisionale nella nozione di apporcionamiento, costruita attorno all'interesse del condividente ad ottenere il valore della propria quota astratta di contitolarità, tanto da far assurgere la distribuzione proporzionale al rango di "causa generale dell'attribuzione", accanto agli schemi dello scambio e della liberalità, v. AMADIO G., *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento del negozio divisorio*, in *Contratto di divisione e autonomia privata, I quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, Milano, 2008, pp. 33 e 36.

<sup>18</sup> Cfr. in giurisprudenza Cass. 2 febbraio 2006, n. 2325; Cass. 11 giugno 2004, n. 11.093; Cass. 26 maggio 2000, n. 6994; Cass. 11 marzo 1996, n. 2001. Riguardo al rapporto tra negozio gratuito, liberalità e contratto tipico di donazione resta fondamentale il contributo di TORRENTE A., *La donazione, cit.*, p. 4 ss. Sembrerebbe qui comunque confermata la differenza ontologica tra atto di liberalità e atto *mortis causa*, rispetto al quale il carattere liberale è, semmai, una mera eventualità non autonomamente rilevante.

conseguenza” sia sufficiente a ricomprendere in maniera unitaria, ai fini pur limitati dell’individuazione della *ratio* e dell’effettivo ambito di applicabilità dell’art. 458 c.c., ipotesi negoziali concettualmente diverse quali sono gli atti di liberalità e i patti successori in genere.

Tra l’altro nulla esclude che, prima della morte, un patto successorio, nelle tre varianti prospettabili, possa intercorrere tra ereditando e un qualsiasi suo potenziale legittimario (coniuge, figlio o, addirittura, ascendente), oppure fra quest’ultimo e un terzo, senza alcuna concreta lesione di legittima ma, anzi, persino con apprezzabili finalità divisorie e/o latamente transattive. Un po’ quello che oggi avviene anche nel patto di famiglia (artt. 768-*bis* ss., c.c.), riguardo al quale le citate finalità divisorie e *lato sensu* transattive costituiscono aspetti certamente non estranei alla pur complessa e discussa disciplina del nuovo istituto e, pertanto, non certo deprecati dallo stesso Legislatore che lo ha introdotto<sup>19</sup>.

È chiaro che un’effettiva e meritevole esigenza di tutela della categoria dei legittimari vi è soltanto quando i diritti assicurati dall’ordinamento a tale categoria di soggetti siano in concreto pregiudicati - laddove cioè la lesione sia attuale - perché è proprio il sistema di tutela dei legittimari che opera soltanto sul

---

<sup>19</sup> Secondo la tesi dominante, il concetto stesso di “lesione” della quota riservata al legittimario deve essere inteso in termini esclusivamente quantitativi, come si ricava dalla lettura degli artt. 549, 588, comma 2, 733 e 734 c.c. Pertanto, anche il c.d. principio d’intangibilità della legittima è solo quantitativo (o di valore) e non anche qualitativo: v. DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 38 ss.; MENGONI L., *op. cit.*, p. 102 ss.; PINO A., *La tutela dei legittimari*, Padova, 1958, p. 60; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 473 ss.; cfr. anche MAGLIULO F., *La tacitazione della legittima con beni non ereditari*, in *Notariato*, 2001, p. 412 ss.; in giurisprudenza, Cass. 28 giugno 1968, n. 2202 e Cass. 23 marzo 1992, n. 3599. Da notare che, con specifico riferimento all’art. 549 c.c., a prescindere dalle discusse conseguenze della violazione del divieto in esso contenuto (nullità, inefficacia relativa *ipso iure*, annullabilità), una “lesione” di tipo quantitativo del diritto del legittimario comunque esiste ed è anche in senso lato “attuale”, in quanto realizzata *in re ipsa* nell’apposizione sulla legittima del “peso” o della “condizione”, a prescindere dal valore di essa. Soprattutto, anche a voler intendere come assolutamente “sovraordinato” e, in ogni caso, “inderogabile” tale principio di intangibilità della legittima, resta però da dimostrare (contro il tenore letterale, ad esempio, dell’art. 549 c.c.) che siffatto principio possa operare al di fuori dell’ambito prettamente successorio e, assumendo rilievo anticipato, possa pertanto toccare disposizioni strutturalmente diverse da quelle testamentarie. Peraltro, non manca chi rileva l’esistenza di consistenti eccezioni al principio d’intangibilità della legittima che, ferma la centralità del (solo) testamento, sicuramente indeboliscono l’argomentazione *de quo*: cfr. ad esempio PALAZZO A. *Le successioni*, I, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, p. 543 ss.

presupposto di un pregiudizio economico effettivo e non di un mero, evanescente *periculum*<sup>20</sup>.

Come si è già accennato e come si avrà occasione di ribadire ancora (vista l'importanza della questione), soltanto con l'apertura della successione e in funzione di essa è possibile verificare chi siano i titolari di un diritto di legittima e il *quantum* loro spettante in termini di eredità, restando del tutto eventuale e comunque irrilevante la lesione quantificata nel momento perfezionativo dell'atto dispositivo singolarmente considerato<sup>21</sup>.

Del tutto illogico appare che un semplice rischio di lesione o, peggio, una mera difficoltà di inventario e di calcolo per i legittimari abbia una tale rilevanza da giustificare un impedimento *ex ante* all'esplicazione dell'autonomia privata e alla libera disposizione dei beni, quasi che - estremizzando provocatoriamente il ragionamento - il divieto *ex art.* 458 c.c. si risolva in un limite interno all'esercizio della piena facoltà di disposizione insita nel diritto di proprietà, o che le aspettative dei legittimari - di per sé irrilevanti prima dell'apertura della successione - assumano rilievo alla stregua di vincoli *ex lege* su cosa altrui (cioè sull'intero patrimonio del *de cuius*, a prescindere dall'evento morte)<sup>22</sup>.

Sostenere il contrario, del resto, sortirebbe se pure in via per così dire indiretta, l'effetto di introdurre nel nostro ordinamento una sorta di tutela per una mera aspettativa di fatto; il che, è noto, si porrebbe in antinomia con i principi generali del diritto e la comune opinione.

---

<sup>20</sup> Cfr. anche l'art. 553 c.c. e lo stesso art. 549 c.c.

<sup>21</sup> Cfr. del resto pure gli artt. 747 e 750 c.c. in materia di collazione.

<sup>22</sup> La diversa tesi autorevolmente sostenuta da RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 304, secondo cui la donazione viene *ab initio* compiuta con la intrinseca limitazione rappresentata dal diritto del legittimario e così, pur essendo immediatamente efficace, dopo l'apertura della successione è riducibile proprio perché nasce esposta alla riduzione, è generalmente respinta dalla dottrina prevalente (sembra però di udire "echi" di questa posizione, ad esempio, nella tesi di Luigi Ferri: v. subito *infra*, nota 189). Vedremo che le conclusioni sostanzialmente non cambiano anche dopo la riforma degli artt. 561 e 563 c.c. del 2005 e l'introduzione del patto di famiglia, che sembrano rivestire di una certa forma di tutela - almeno indiretta - la posizione di attesa dei soggetti designati legittimari. Tuttavia, per una diversa linea di pensiero, che tenta in generale di fondare una nozione avente autonoma rilevanza dei "successibili" (legittimari inclusi), intesi quali soggetti che possono ragionevolmente ambire alla successione altrui in quanto legati all'ereditando da vincoli familiari o anche soltanto affettivi, e pertanto portatori di una peculiare aspettativa successoria, v. fin da ora NATALE A., *La disponibilità delle aspettative ereditarie*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 252 ss.; ID., *Autonomia privata e diritto successorio*, cit., p. 177 ss.

2.1.2 - Nullità (del patto successorio) e riducibilità (delle disposizioni lesive di legittima), quali indici rilevatori dell'insussistenza di legami tra divieto ex art. 458 c.c. e tutela dei legittimari. La stessa natura e il modo di funzionamento dei principali meccanismi a tutela dei legittimari sembrano dimostrare l'inesistenza di un effettivo nesso con il divieto ex art. 458 c.c.: a questo proposito non bisogna dimenticare che le disposizioni lesive della legittima, siano esse tecnicamente *mortis causa* o *inter vivos* (purché a titolo di liberalità), non sono mai nulle, ma soltanto relativamente inefficaci una volta che sia intervenuta sentenza favorevole di riduzione, essendo prima di allora pienamente valide ed efficaci<sup>23</sup>.

Non solo: la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare a chiare lettere che *«le norme relative all'intangibilità della quota riservata ai legittimari, non ponendo il divieto assoluto dell'atto lesivo, ma comminandone l'inefficacia nei confronti del soggetto tutelato ove questi intenda avvalersene, non rientrano nella categoria delle norme imperative inderogabili la cui violazione rende illecito il negozio»* (così Cass. 30 luglio 2002, n. 11286).

La tesi qui criticata non sembra peraltro tenere nella dovuta considerazione un aspetto che, invece, secondo chi scrive potrebbe contribuire a sostenerla: la condivisa funzione della c.d. successione necessaria, di limite (non solo nei confronti della successione legittima, ma anche e particolarmente) alla libertà di disporre del testatore. Infatti, la successione necessaria potrebbe essere parimenti considerata - almeno in linea di principio - quale limite alla libertà di disposizione, in vista della propria successione, con atti diversi dal testamento, riportando così effettivamente il discorso su un piano comune al divieto ex art. 458 c.c.

---

<sup>23</sup> La validità ed efficacia della disposizione lesiva è, anzi, il presupposto logico della riducibilità della stessa, con riferimento alla natura costitutiva della relativa sentenza: per tutti, v. CAPOZZI G., *op cit.*, p. 529 ss.; PALAZZO A., *Le successioni, cit.*, I, p. 566 ss.. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 11 marzo 1966, n. 699, in *Giur. It.*, 1966, p. 1492 ss.; Cass. 26 novembre 1987, n. 8780, in *Riv. Not.* 1988, p. 1397 ss.; Cass. 28 marzo 1997, n. 2773, in *Foro It. Mass.*, 1997, p. 257. Peculiare, invece, la tesi di FERRI L., *Dei legittimari (art. 536-564), cit.*, p. 154, il quale, in maniera coerente al proprio pensiero riguardo alla posizione del legittimario (considerato alla stregua di un successore a titolo particolare e mai erede, in quanto acquisterebbe fin dal momento dell'apertura della successione un diritto reale a una *pars bonorum* e non una *pars hereditatis*, v. anche nota 197 seguente), le disposizioni testamentarie e le donazioni lesive di legittima sarebbero viziata da un'originaria inefficacia parziale, in quanto i beni trasferiti ai loro beneficiari sarebbero già gravati dal diritto "reale" alla quota di legittima.

Ma ciò, come è agevole intendere, non può che valere su un limitato piano descrittivo.

Ed è altresì necessario ricordare che anche l'idea del limite alla facoltà di disporre del testatore che trova ragione giustificativa nei diritti dei legittimari (cfr. art. 457, comma 3, c.c.), non è sostanzialmente utile a giustificare il divieto di patti dispositivi e rinunziativi, che sono tutt'altro rispetto ai patti istitutivi: permane dunque in tal senso la già asserita opportunità di distinguere nettamente tra le tre categorie di patti successori.

Non solo, se il limite dato dai diritti dei legittimari all'autonomia di disporre dell'ereditando dovesse valere indifferentemente per testamento e patti successori, sarebbe piuttosto confermato definitivamente - come si noterà meglio di seguito - il carattere asistematico e l'incongruenza della nullità di tutte e tre le tipologie di patti successori, a fronte, invece, della semplice riducibilità della disposizione testamentaria lesiva di legittima.

Ciò non fa altro che ribadire come in realtà la nullità dei patti successori, sancita con norma imperativa dall'art. 458 c.c., non possa essere esattamente armonizzata con il complesso ordine di tutela dei legittimari, che pare piuttosto possedere caratteristiche e rispondere a logiche distinte.

Lo stesso tenore letterale dell'art. 458 c.c. è in questo senso apprezzabile, proprio nella parte in cui sancisce l'incontrovertibile nullità dei patti successori.

Tale sanzione di nullità<sup>24</sup>, all'interno della trama normativa posta a tutela dei legittimari, appare paradossalmente incoerente rispetto al sistema: si potrebbe quasi prospettare una non indifferente sproporzione del mezzo rispetto al fine.

Pur nella consapevolezza della bontà di questa soluzione normativa, se veramente il divieto *ex art. 458 c.c.* trovasse giustificazione in rapporto al sistema di tutela dei legittimari e, quindi, in funzione della piena realizzabilità della c.d. successione necessaria<sup>25</sup>, in caso di violazione del divieto la sanzione appropriata

---

<sup>24</sup> Sulla nullità prevista dall'art. 458 c.c., v. FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni (art. 456-511)*, cit., p. 107 ss., nonché DE GIORGI M.V., *op cit.*, p. 59 ss.

<sup>25</sup> Successione necessaria che, comunque, secondo l'opinione comune, ancora oggi prevalente (cfr. BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 4\*\*, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996, p. 233 ss.; AA.VV., *Diritto privato*, t. 3, Torino, 2 ediz., 2010, p. 1193) non costituisce un *tertium genus* rispetto alla successione legittima e a quella testamentaria, nel senso che non esiste propriamente una terza fonte di delazione diversa dalla legge e dal testamento. In realtà, la questione è strettamente legata a quella - notevolmente dibattuta in

e davvero coerente con questo sistema sarebbe quella della mera riducibilità del patto successorio, non certo quella della sua radicale nullità.

Da un lato, ad impedire la convalida del patto (cfr. art. 1423 c.c.), abbiamo una nullità testuale (quella dell'art. 458 c.c.) tradizionalmente considerata assoluta, perché azionabile da chiunque vi abbia interesse, rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.), e imprescrittibile (art. 1422 c.c.)<sup>26</sup>.

Dall'altro lato - a tacer della piena validità delle "normali" disposizioni lesive della legittima - siamo di fronte alla riducibilità *ex artt.* 553 ss. c.c. che produce la sola inefficacia relativa (o inopponibilità) delle disposizioni ridotte, ciò implicando una forma di "tutela *ex post*", peraltro soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale<sup>27</sup>, fondata sull'iniziativa dei singoli legittimari lesi o preteriti, unici diretti interessati (e legittimati) all'azione<sup>28</sup>.

---

dottrina - concernente l'effettiva posizione, al momento dell'apertura della successione, del legittimario in genere e, soprattutto, del legittimario pretermesso: per l'opinione prevalente (MENGONI L., *op. cit.*, p. 46; FERRI L., *op. ult. cit.*, p. 94; SANTORO PASSARELLI F., *Dei legittimari*, in *Comm. D'Amelio - Finzi, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 271; PINO, *op. cit.*, p. 66), al momento dell'apertura della successione il legittimario non è mai "necessariamente" erede (a meno che non sia già destinatario di una delazione legittima o testamentaria e, comunque, previa accettazione: art. 459 c.c.): tale diventa soltanto a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione; per altra dottrina (CICU A., *Successioni per causa di morte*, Milano, 1962, p. 530; STOLFI L., *La figura del legittimario*, in *Giur. It.*, 1968, IV, p. 76; GROSSO-BURDESE, *Le successioni (parte generale)*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, p. 85), al contrario, il legittimario sarebbe automaticamente erede fin dal momento di apertura della successione, in quanto destinatario di una vocazione speciale detta, appunto, "necessaria", avente ad oggetto una quota del c.d. *relictum*, eventualmente da integrare, in caso di lesione e/o pretermissione, a mezzo dell'azione di riduzione. Da ricordare, inoltre, l'opinione di chi (FERRI L., *Dei legittimari*, *cit.*, p. 12; AZZARITI M., *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 220; AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successione per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 13) non considera il legittimario erede, né all'apertura della successione, né in seguito alla riduzione, ma soltanto legatario *ex lege* (cfr. *retro*, nota 195). Infine, da segnalare la tesi - rimasta praticamente isolata - secondo cui il legittimario (vittorioso in riduzione) deve ritenersi avente causa, per atto tra vivi, dell'erede o donatario: così CANTELMO V., *I legittimari*, Padova, 1981, p. 9. Per un quadro d'insieme sulla discussa natura della successione dei legittimari e sui problemi connessi (in particolare, sulla posizione giuridica di erede o meno del legittimario) v. per tutti CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 387 ss.

<sup>26</sup> Si ricordi che, trattandosi generalmente di "patti" successori, cioè veri e propri accordi aventi contenuto patrimoniale, qui non sembra affatto dubbia l'applicabilità delle norme dettate per il contratto in generale, ivi incluse le norme in tema di nullità.

<sup>27</sup> Discussa, in mancanza di una norma *ad hoc*, appare la questione concernente l'individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione di riduzione. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, tale termine inizierebbe a decorrere in maniera indifferenziata dalla data di apertura della successione. Successivamente, in maniera circostanziata al caso più problematico - ovvero, quello in cui si è in presenza di un testamento contenente disposizioni lesive per i legittimari - ne è stata affermata la decorrenza a partire dalla data di pubblicazione del testamento (ciò sulla base degli artt. 620, 623 e 2935 c.c.). Infine, più di recente, la Cassazione a Sezioni Unite (v. sent. Cass. S.U. 25

Leggendo l'art. 458 c.c. in rapporto alle norme sulla tutela dei legittimari, quindi, pare perdersi la spiegazione del "perché" della nullità in esso sancita, da questo punto di vista sanzione sicuramente meno armonica, oltre che eccessivamente penalizzante, rispetto a una altrettanto ipotizzabile riducibilità del patto successorio vietato.

Che poi sia rimessa alla discrezionalità del Legislatore la scelta della sanzione considerata più appropriata per la violazione di un divieto espresso è fuori discussione, ma non si dica che la tipologia di sanzione adottata in concreto non sia un indice rivelatore idoneo a segnalare una presunta coerenza interna del sistema.

Un preciso significato ha la salvaguardia di certi valori che viene attuata sul piano della rimozione dei soli effetti prodotti *medio tempore* da una data fattispecie; ben altro significato hanno il controllo e la sanzione di vizi genetici dell'atto di autonomia privata: secondo la *communis opinio*, illiceità della causa per i patti istitutivi, illiceità dell'oggetto per quelli dispositivi e rinunziativi.

Certamente si potrebbe obiettare che, così ragionando, si finisce per incappare nell'errore metodologico di voler qualificare una data fattispecie a partire dalle sue conseguenze ma, in realtà, almeno nell'ambito qui esaminato, questo rischio non sembra possa sussistere.

---

ottobre 2004, n. 20.644, in *Notariato*, 2005, p. 12 ss.) è intervenuta sulla questione manifestando un orientamento del tutto nuovo, secondo cui la prescrizione dell'azione di riduzione di disposizioni testamentarie lesive inizia a decorrere soltanto dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato, mentre nel caso in cui la lesione derivi da liberalità, il termine decorre dall'apertura della successione. Su questo tema e per gli opportuni riferimenti bibliografici v. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 558 ss., nonché, per una critica al più recente orientamento giurisprudenziale, QUARGNOLO M., *Termine iniziale di prescrizione dell'azione di riduzione e perpetuità dell'eccezione*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, *cit.*, p. 309 ss.

<sup>28</sup> Secondo l'opinione che appare oggi nettamente prevalente (per tutti, MENGONI L., *op. cit.*, p. 265), l'azione di riduzione in senso stretto appartiene alla categoria delle impugnative negoziali e corrisponde all'esercizio di un vero e proprio diritto potestativo, patrimoniale e disponibile (Cass. 19 novembre 1973, n. 3098; Cass. 19 giugno 1981, n. 4024, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, p. 1424), spettante *ex lege* al legittimario. Tale azione non è logicamente assimilabile né a un'azione di nullità, né alle azioni di rescissione o risoluzione, ma è un'azione di accertamento costitutivo, di natura personale (pertanto, non vi è litisconsorzio necessario tra i legittimari: Cass. 27 settembre 1996, n. 8529 e Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414), il cui vittorioso esperimento produce retroattivamente, a partire dall'apertura della successione, l'inefficacia relativa e sopravvenuta delle disposizioni lesive di legittima. Copiosa anche la giurisprudenza al riguardo: tra le tante, Cass. 28 giugno 1968, n. 2202; Cass. 9 ottobre 1971, n. 2788, in *Giust. Civ.*, 1972, I, p. 60; Cass. 21 marzo 1983, n. 1979, in *Rep. Foro It.*, voce *Successione ereditaria*, n. 80; Cass. 7 agosto 1996, n. 7259, in *Foro It.*, voce *Successione necessaria*, n. 85; Cass. 12 maggio 1999, n. 4698, in *Notariato*, 2000, p. 138.

La prospettiva, come si avrà facilmente modo di notare, non si limita all'analisi delle sole conseguenze normative (peraltro costanti) e la soluzione cui si perviene non si fonda solo su quest'ultime a guisa di mero espediente teorico: si tratta di un singolo *argumentum* che non esaurisce in sé la dimostrazione dell'assunto, che è invece corroborata da ulteriori e significative prove.

In particolare, analizzando la questione da questa prospettiva, non si prende semplicemente in considerazione un "fatto", pretendendo di darne una compiuta definizione valevole anche sul piano applicativo ma, sulla base di un confronto aperto, si tende a dimostrare l'esistenza di un effettivo collegamento funzionale tra due comparti normativi che, sebbene adiacenti e parzialmente sovrapponibili, non per questo possono certo essere considerati analoghi o corrispondenti sul piano funzionale e alla stregua di spiegazione delle scelte del Legislatore.

Qui non si tratta, cioè, di stabilire cosa sia un patto successorio, o di stabilire quando si ha e in cosa consiste la lesione della legittima: presupposta a monte l'identificazione - non solo strutturale - dei due termini del problema (patti successori vietati e sistema di tutela dei legittimari), una volta compendiati i tratti caratteristici della disciplina positiva dell'uno e dall'altro ambito, è certamente possibile svolgere un proficuo confronto che a questo punto può giovare anche delle innegabili e diverse conseguenze che l'ordinamento ricollega, da un lato, alla violazione del divieto di patti successori, dall'altro ai casi di lesione dei diritti dei legittimari.

2.1.3 - L'inconsistenza del richiamo al principio di unità della successione. Se questo è il quadro da tenere presente, anche l'iniziale richiamo al principio di unità della successione<sup>29</sup>, che fa da cornice alla tesi sopra esaminata - principio solitamente dato per presupposto ma sempre più spesso messo in crisi dal proliferare dei casi di c.d. *successione anomala legale*<sup>30</sup> e anzi, a prescindere da quest'ultimi, - non appare affatto conferente né risolutivo.

---

<sup>29</sup> Cfr. IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., pp. 20-21. Sul principio di unità della successione v. da ultimo BULDINI A., *Genesi e valore attuale del principio di unità della successione*, Bologna, 2009; CALOGERO M., *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., sub art. 456, p. 9 ss.

<sup>30</sup> Su questo tema v. DE NOVA G., voce «*Successioni anomale legittime*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 182 ss.; IEVA-RASTELLO, *Le successioni anomale*, in *Tratt. breve*

Ciò in quanto il concetto stesso di unità della successione, di derivazione strettamente romanistica<sup>31</sup>, risulta ontologicamente riferibile soltanto alla successione legittima, non anche a quella testamentaria<sup>32</sup> o, per ipotesi, alla successione universale per contratto (come è noto, vietata nel nostro ordinamento).

La sola volontà dei soggetti, se espressa e contenuta in un atto che ha la forma di un testamento, può infatti porre nel nulla quell'unitarietà prevista dalla legge e, anzi, in ciò non trova un "limite" propriamente detto nemmeno nella tutela dei legittimari, che opera semmai *ex post*, secondo meccanismi e logiche diverse.

Senza voler mettere necessariamente in dubbio l'esistenza del principio di unità della successione<sup>33</sup> e, dunque, affermarne aprioristicamente l'inconsistenza, l'intervento legislativo che unifica il patrimonio del *de cuius* e lo offre a categorie di soggetti determinati è soltanto suppletivo e, di per sé, nemmeno strettamente necessario laddove il testatore provveda direttamente a destinare tutte le sue sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Poiché il ricorso a uno strumento negoziale - sia esso il testamento o, ipoteticamente, un "patto successorio istitutivo" - riporta il discorso sui binari della c.d. successione volontaria e dell'autonomia privata, che può avere buon gioco nel rompere l'unitarietà *de quo*, pare corretto concludere che il principio dell'unità della successione, essendo pieno e "attuale" per la sola successione legittima, non può per sua natura fungere da limite o, comunque - nell'ottica della tesi qui criticata - essere posto in relazione con la tutela dei legittimari al fine di spiegare il ruolo sistematico dell'art. 458 c.c.

---

*delle successioni e donazioni, cit.*, p. 697 ss.; CARABBA M., *Le vocazioni anomale nel codice civile*, in *Vita Not.*, 2007, p. 1045 ss.; IANNACCONE V., *Le successioni legittime "anomale" fra diritto privato e interesse pubblico economico*, in *Vita Not.*, 1998, p. 551 ss.; MANDRIOLI E., *Le successioni legittime anomale: un fenomeno sempre meno anomalo*, in *Vita Not.*, 2003, p. 1100 ss.; PALAZZO A., *Le successioni*, I, *cit.*, p. 23 ss.; v. altresì ZACCARIA R., *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo delle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988.

<sup>31</sup> Cfr. D. 27, I, 30, I: «*Unius duo patrimonia esse non videntur*».

<sup>32</sup> In tal senso v. per tutti BULDINI A., *op. cit.*, p. 13 ss. Per ZACCARIA A., *op. cit.*, p. 76, «*in difetto di una precisa volontà testamentaria, i beni del de cuius dovrebbero essere tutti destinati ai soggetti individuati sulla base delle norme riguardanti la successione legittima, senza che, in tale contesto, possano assumere rilievo le specifiche caratteristiche dei singoli beni e rapporti giuridici (c.d. principio di unità della successione)*».

<sup>33</sup> Cfr. però le osservazioni conclusive di BULDINI A., *op. cit.*, p. 181 ss.

Questo anche perché, se *a contrario* fosse ammesso il contratto successorio, il principio di unità della successione sarebbe astrattamente suscettibile di essere vanificato dalla semplice e libera scelta di ricorrere a tale forma di delazione, al pari di ciò che avviene (o può avvenire) con il testamento.

Questa conclusione sembra oggi ulteriormente corroborata, , dalla disciplina del patto di famiglia (artt. 768-*bis* e ss. c.c.), quanto meno, qualora si acceda alla tesi che vede nel patto un nuovo contratto tipico volto a dar vita ad una successione separata e anticipata, o con effetti che possono comunque qualificarsi a carattere “successorio”<sup>34</sup>.

2.1.4 - L'irrelevanza, tradizionalmente intesa, della posizione del legittimario prima dell'apertura della successione: alcune considerazioni con riguardo specifico al nuovo art. 563, comma 4, c.c.. Come sopra già accennato, la tesi qui criticata non pare adeguatamente valorizzare l'altro principio, pur comunemente accettato, secondo cui i legittimari non vantano alcun diritto sul patrimonio ereditario prima dell'apertura della successione: con la conseguenza che quegli stessi soggetti, in vita del *de cuius*, non possono avanzare nessuna pretesa né, tantomeno, ostacolare le iniziative del disponente che, in astratto, potrebbe persino dilapidare il suo intero patrimonio con liberalità in favore di estranei senza che nell'immediato i legittimari possano legittimamente impedirlo.

Il che fa pacificamente inquadrare anche la posizione del legittimario, prima dell'apertura della successione, nel novero delle aspettative di fatto<sup>35</sup>, e avanzare

<sup>34</sup> Ma sul patto di famiglia v. *infra*, par. 2.1.6.

<sup>35</sup> In particolare, tra i principali fautori della tesi - ancora oggi comunemente accettata - che nega la qualificazione in termini di aspettativa giuridicamente tutelata alla situazione di mero fatto in cui versa il legittimario e, in genere, ogni successibile prima dell'apertura della successione v. NICOLO' R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*; ID. voce «Aspettativa (dir. civ.)», in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988; MANDRIOLI D., voce «Aspettativa di diritto», in *Dig. it.*, III, Torino, 1937, p. 768; SCOGNAMIGLIO R., voce «Aspettativa di diritto», in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 227. Nella manualistica, v. per tutti AA.VV., *Diritto Privato*, cit., p. 181, ove per l'appunto si riferisce quale esempio emblematico di mera aspettativa di fatto la posizione del successibile prima dell'apertura della successione. Occorre comunque ricordare che un'opinione contraria si deve a RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 304 ss.: un'aspettativa giuridicamente rilevante in capo al legittimario sarebbe riscontrabile già solo sulla base del fatto che ogni donazione è comunque astrattamente sottoposta all'azione di riduzione del legittimario, se la stessa risulta fin dall'inizio lesiva di legittima e la lesione permane al momento della morte del donante; pertanto, secondo l'A. citato, proprio nel “vincolo” della riducibilità si avrebbe un “effetto giuridico preliminare” collegato alla situazione del legittimario, consistente in un limite alla facoltà di piena disposizione del patrimonio da parte del donante-ereditando, in quanto tale

così forti dubbi sulla possibilità che una mera aspettativa possa assurgere a fondamento sistematico di una norma imperativa qual è quella contenuta nell'art. 458 c.c.

Tale assunto non pare nemmeno essere posto in dubbio - ma è semmai confermato - da quanto prevede il novellato art. 563, comma 4, c.c., sul quale si è già avuto modo di soffermarsi parzialmente<sup>36</sup>.

Questa norma consente testualmente (non ai “legittimari”, ma) al *coniuge* e ai *parenti in linea retta* del donante, a successione non ancora aperta, di “opporli” alla donazione attraverso un apposito atto stragiudiziale che deve essere notificato al donatario e trascritto, ma che in realtà ha il solo effetto di sospendere il termine ventennale (*ex art. 563, comma 1, c.c.*) trascorso il quale, sempre che il donante sia nel frattempo defunto, il legittimario non può più agire in restituzione dei beni donati contro gli aventi causa del donatario; nonché di sospendere il termine, parimenti ventennale (*ex art. 561, comma 1, c.c.*), il cui spirare impedisce che gli immobili e i mobili registrati restituiti in conseguenza del vittorioso esperimento dell'azione siano liberati da ogni peso o ipoteca di cui, nel frattempo, legatari o donatari li abbiano gravati<sup>37</sup>.

È infatti possibile rilevare, in primo luogo, che lo stesso termine “*opposizione*” risulta quantomeno ambiguo<sup>38</sup>, dato che l'idea di dissenso e impedimento agli effetti della donazione che da esso promana è in realtà subito smentita dalla circoscritta efficacia dell'atto che, secondo l'opinione che attualmente prevale, è limitata alla sospensione dei termini ventennali ora indicati.

Non si tratta propriamente di un'opposizione in senso tecnico alla donazione - che invece resta valida e pienamente efficace - ma soltanto di uno strumento che consente di impedire il decorso di un termine potenzialmente dannoso per il

---

immediatamente rilevante per l'ordinamento. Al riguardo cfr. anche NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, cit., p. 190 ss.

<sup>36</sup> *Retro*, par. 1.1.4

<sup>37</sup> Oltre agli autori già citati *retro*, par. 1.1.4, nota 57, v. BARALIS G., *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 277 ss.

<sup>38</sup> Come ben sottolineato da BUSANI A. *L'atto di “opposizione” alla donazione (art. 563, comma 4, codice civile)*, cit., p. 7.

“futuro” legittimario anche laddove, apertasi la successione del donante, sia pienamente dimostrata la lesione di legittima<sup>39</sup>.

Si tratta, in definitiva, di un vero e proprio *onere*<sup>40</sup> per i soggetti legittimati, in quanto potenziali futuri legittimari.

In secondo luogo, è lo stesso tenore letterale della novellata norma che, non a caso, nell’indicare i soggetti legittimati all’opposizione non si riferisce, opportunamente, ai “legittimari”, quasi a ricordare che quei soggetti potranno essere tali solo *ratione temporis* e a seconda delle circostanze che si verificheranno al momento dell’apertura della successione: fissa, cioè, al momento della morte la situazione familiare del *de cuius* esistente all’atto della donazione.

Vale a dire che quegli stessi soggetti possono fare sì opposizione *ex art.* 563, comma 4, c.c., ma ciò non toglie che essi non siano legittimari in senso proprio al momento in cui compiono l’atto<sup>41</sup>; e che, più in generale, il coniuge, i figli e, in mancanza di questi, gli ascendenti, finché rimane in vita il donante, non possono essere considerati legittimari, semplicemente perché tali potranno essere se e soltanto se saranno esistenti (*rectius*: se permarrà il vincolo di coniugio o parentela in linea retta) anche al momento dell’apertura della successione, cioè quando avrà inizio la vicenda successoria vera e propria<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> In particolare, si rammenti che lo spirare del termine ventennale previsto dal primo comma dell’art. 563 c.c. preclude definitivamente al legittimario leso o preterito di agire in restituzione contro gli aventi causa dal donatario e, pertanto, impedisce al legittimario di concretizzare il suo diritto (data la già accertata incapienza del patrimonio del donatario, presupposto ineliminabile per l’azione di restituzione medesima): palese qui risulta l’arretramento della tutela dei legittimari, oggi tenuti ad attivarsi per poter conservare le loro prerogative, al contrario in passato assicurate “sempre e comunque” con efficacia “reale”.

<sup>40</sup> Così, esplicitamente, DELLE MONACHE S., *op. ult. cit.*, p. 88.

<sup>41</sup> Esattamente, infatti, CARLINI G. - UNGARI TRASATTI C., *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005, cit.*, p. 784, rilevano che tra i soggetti indicati dal novellato art. 563 c.c., nell’ambito dei parenti in linea retta, non c’è alcuna distinzione tra ascendenti e discendenti in linea retta, per cui anche i discendenti ulteriori (*id est*, i nipoti dell’ereditando) sono fin da subito legittimati ad esperire l’opposizione alla donazione. Ciò dimostra chiaramente che la categoria dei soggetti legittimati all’opposizione non coincide nemmeno esattamente con quella dei legittimari, non essendo prevista alcuna sovrapposizione tra le due, ed essendo la prima più ampia della seconda.

<sup>42</sup> Anche per BUSANI A., *op. cit.*, p. 14, è del tutto ovvio che la qualità di legittimario si acquista soltanto con l’apertura della successione.

Prima di tale momento, in sostanza, ai soggetti destinati in astratto a diventare legittimari del *de cuius*, si potrà attribuire quella qualità soltanto in via potenziale o, se si vuole, “virtuale”.

Dunque, è anche sulla base della disciplina della legittimazione all’opposizione di cui al citato art. 563, comma 4, c.c., che si può ribadire che la qualità astratta e formale di legittimario, prima dell’apertura della successione, rileva solo in via teorica. Non esistendo una differenza apprezzabile tra coloro che sono designati semplicemente quali “successibili” (il *genus*, se si vuole), e coloro che sono indicati quali “legittimari” (la *species*), tale “qualità” non assume alcun rilievo diretto per l’ordinamento, mancando una norma di legge che conferisca particolari facoltà o prerogative ai soggetti appartenenti alle categorie astrattamente indicate dall’art. 536 c.c.<sup>43</sup>, tantomeno tali da arrivare a giustificare in qualche modo la nullità dei patti successori a tutela di siffatte prerogative.

Quanto appena detto, ovviamente, potrebbe semmai essere ipotizzato sul falso presupposto che un’aspettativa di mero fatto abbia una giuridica rilevanza sua propria o, se si preferisce, si ammetta, in contrasto peraltro con la tesi dominante, che quella dei legittimari sia una vera aspettativa di diritto<sup>44</sup>.

Sulla stessa linea e *a fortiori*, secondo la dottrina tradizionale il coniuge, i figli o gli ascendenti (in mancanza di quest’ultimi) che si assumono lesi da atti formalmente onerosi ma sostanzialmente donativi non possono, prima della morte del dante causa, impugnare tali atti con l’azione di *simulazione* (relativa), presupposto necessario per poter poi agire in riduzione contro l’accertata liberalità del *de cuius*<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> *Contra* v. però DOSSETTI M., *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione legittima*, cit., p. 29: le novelle degli artt. 563 e 768-bis, ss., c.c. oggi rappresenterebbero vere e proprie eccezioni al principio secondo cui i legittimari, al pari degli altri successibili, non vantano diritti prima dell’apertura della successione. Tuttavia, a conti fatti, potrebbe trattarsi della classica “eccezione che conferma la regola”.

<sup>44</sup> In questo senso pare NATALE A., *op. ult. cit.*, p. 179 e, in particolare, p. 185 ss.

<sup>45</sup> Per tutti, v. FERRARA F. (*sen*), *La simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1922, p. 351; MENGONI L., *op. cit.*, p. 217, nota 80: essendo l’azione finalizzata all’esperienza dell’azione di riduzione, infatti, l’interesse ad agire sorgerebbe solo dopo l’apertura della successione. In giurisprudenza cfr. Cass. 28 ottobre 2004, n. 20868, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 10. Tuttavia, dopo la riforma del 2005, occorre rilevare che si sta facendo strada, in dottrina, la tesi che ritiene ammissibile l’anticipata proposizione, in vita del donante, di un’azione di simulazione relativa strumentale soltanto alla successiva trascrizione dell’atto di opposizione alla donazione, ormai dissimulata: con il nuovo art. 563, comma 4 c.c. anche prima dell’apertura

Si può infine fare richiamo persino all'art. 557, comma 2, c.c., di solito visto come applicazione specifica del divieto *ex art. 458 c.c.*: la norma in questione vieta la rinuncia anticipata al diritto di chiedere la riduzione a conferma, non solo, che ai potenziali legittimari non competono *ex ante* prerogative "speciali", ma anche che la qualifica di legittimario, in sé e per sé, può assumere rilevanza giuridica concreta solo a certe condizioni e da un punto di vista meramente cronologico; cioè soltanto quando vi sia una successione aperta *ex art. 456 c.c.*

Per questo, come già si è visto si ritiene di poter affermare che la radicata opinione che vede nell'art. 557, comma 2, c.c. una *species* del *genus* "patto rinunziativo" di cui all'art. 458 c.c. non colga del tutto nel segno, perché già in astratto, a prescindere dal divieto espresso di legge e, *a fortiori*, in ossequio alla tesi che non ammette la rinuncia a diritti futuri o altrui, il "legittimario" - che prima dell'apertura della successione non può rendere "attuale", lo si è già detto, a sua qualità - non possa in questa veste rinunciare *ex se* a un diritto che ancora non ha.

A maggior ragione, se così non fosse, si verificherebbe una situazione tale per cui il soggetto rinunciante sarebbe privo di legittimazione all'atto e, comunque, l'atto di rinuncia risulterebbe nullo perché privo di oggetto, o meglio, avrebbe un oggetto sostanzialmente indeterminabile<sup>46</sup>.

La posizione del soggetto designato dalla legge quale legittimario del futuro *de cuius*, in altri termini, prima dell'apertura della successione non è qualificabile come situazione giuridica soggettiva autonoma neanche a fini puramente descrittivi<sup>47</sup>.

---

della successione sussisterebbe l'interesse ad agire in simulazione. Per l'opinione favorevole v. in particolare BUSANI A., *op. cit.*, p. 10 ss., IEVA M., *la novella degli artt. 561 e 563 c.c., cit.*, p. 946. In senso favorevole, sulla base però di diverse argomentazioni (tesi della nullità del negozio simulato e, conseguentemente, rilevanza per il successibile di un interesse ad agire per farne valere la nullità e sussistenza della relativa legittimazione *ex art. 1421 c.c.*) v. anche NATALE A., *op. ult. cit.*, p. 210-211. *Contra* però GABRIELLI, *op. cit.*, p. 1135; CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 1003 ss. In generale, sul tema cfr. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 590.

<sup>46</sup> V. *retro*, par. 1.1.3

<sup>47</sup> Parte autorevole della dottrina sottolinea in più luoghi che la morte è il presupposto di fatto in assenza del quale nessun effetto successorio in senso stretto può esservi: così BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento, cit.*, p. 108. Non a caso, prima dell'apertura della successione si parla solitamente di "designati", ma non tecnicamente di "vocati", né tantomeno di "delati" (o "chiamati" in senso tecnico e, in particolare, nel linguaggio del legislatore: v art. 460 c.c.). La semplice designazione non produce effetti giuridici, anzi, «*sia essa legittima o testamentaria, è giuridicamente irrilevante*»: così esplicitamente FERRI L.,

Come a dire che, ogni qualvolta siano presi in considerazione al di fuori di una concreta ed attuale vicenda successoria, il rapporto di filiazione, il matrimonio e, in mancanza di figli, la sopravvivenza degli ascendenti sono mere indicazioni legislative, vere e proprie nomenclature, atte soltanto a predeterminare quali sono i soggetti potenzialmente chiamati a succedere in qualità di legittimari e che, per ovvie ragioni, devono poter essere (e nella maggior parte dei casi lo saranno effettivamente anche in seguito), individuabili *ex ante* in ragione di una previsione normativa, sempre che, ovviamente, sussistano tutti i presupposti previsti dalla norma per l'attribuzione di quella qualifica.

Anche la natura pienamente disponibile dei diritti di legittima - a successione ormai aperta (cfr. artt. 557, comma 2 e artt. 519 ss., c.c.) - sembra urtare contro l'imperatività dell'art. 458 c.c. e l'indisponibilità del mezzo che da esso discende. Allora, si può dire che, se l'intero sistema di reintegrazione dei diritti dei legittimari (art. 553 s.s., c.c.) opera esclusivamente dopo l'apertura della successione, ciò dimostra, ancora una volta, che la qualifica di legittimario rileva effettivamente soltanto a partire da tale momento.

Per inciso, si è già detto che l'eventuale opposizione alla donazione da parte dei soggetti legittimati - e, si noti, a ciò legittimati soltanto sulla base di una specifica norma di legge, in mancanza della quale tale atto di opposizione non sarebbe nemmeno concepibile - non vincola in alcun modo le parti dell'atto di liberalità.

In questo modo diventa insostenibile affermare che il divieto di patti successori sia a servizio della tutela dei legittimari o, per altra via, che le norme a tutela dei legittimari siano così connesse al divieto di patti successori da costituirne se non il fondamento, un complemento necessario per comprendere la portata dell'art. 458 c.c.

Ciò in quanto, da un lato, si attribuirebbe del tutto eccezionalmente alla categoria dei legittimari un rilievo "anticipato" che essa, per natura, non ha e non può avere;

---

*Disposizioni generali sulle successioni (art. 456-511), cit., p. 81. Anche LA PORTA U., Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive, Napoli, 1995, p. 206 ss., sottolinea la necessità di considerare l'evento morte quale minimo fondamento causale, ma altrettanto essenziale, per l'individuazione di qualunque effetto successorio. Tale condivisibile idea non sembra del resto discostarsi dalla nota concezione tradizionale, secondo cui: «Prima della morte del de cuius non solo il fenomeno successorio mai ha avuto inizio ma neppure ha prodotto effetti preliminari rilevabili dal punto di vista giuridico» (così NICOLO' R., op. ult. cit., p. 37).*

dall'altro, saremmo di fronte a un ulteriore, ma arbitrario limite all'autonomia privata, in aperto contrasto con il principio dell'art. 1322 c.c.

Nemmeno il nuovo art. 563, comma 4, c.c. sembra dunque possa utilmente incrinare il senso di quanto finora esposto.

Considerazioni analoghe, come si vedrà *infra*, sembrano valere anche per il nuovo patto di famiglia, in relazione al quale l'anticipata considerazione dei legittimari potenziali sembra ancor più accentuata rispetto al citato art. 563, comma 4, c.c.<sup>48</sup>.

2.1.5 - Ancora sulla posizione di attesa del legittimario in termini di aspettativa di mero fatto. Notazioni a margine di un caso particolare: la donazione dai genitori al figlio minore. Tuttavia, in senso contrario, occorre quantomeno dare atto dell'esistenza di una tendenza non sempre espressa in modo esplicito, ad affermare la possibile rilevanza *ante* morte della posizione dei legittimari, al di là della normale ir(rilevanza) dell'aspettativa di fatto<sup>49</sup>, e con implicazioni non trascurabili anche sul piano strettamente pratico.

Un esempio sicuramente particolare, tratto da un contesto del tutto diverso da quello che ci occupa (ma in questo senso, forse, ancor più significativo), è rinvenibile ai margini del dibattito intorno alla sussistenza o meno di un conflitto d'interessi tra donante e donatario, nel caso di donazione al figlio minore, sia da parte dell'unico genitore esercente la potestà (o, comunque, unico disponente), sia ad opera di entrambi i genitori<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> V. *infra*, par. 2.4.6.

<sup>49</sup> Al contrario, i successibili in genere e non solo i legittimari sarebbero portatori di un interesse attuale all'eredità e non si troverebbero in una posizione di pura indifferenza di fronte all'ordinamento giuridico secondo la prospettiva offerta recentemente da NATALE A., *op. ult. cit.*, p. 178 ss. e, soprattutto, p. 189 ss. Secondo questo A., infatti, per riconoscere uno spazio di autonomia negoziale per il successibile prima dell'apertura della successione sarebbe sufficiente (tra l'altro) la riconosciuta possibilità di fare opposizione alla donazione, *ex art. 563, comma 4, c.c.* (p. 199), oppure fare leva sull'orientamento giurisprudenziale che ammette *ex art. 2043 c.c.* (qualificandolo però quale diritto *iure proprio* a prescindere dalla qualità di erede e non certo in base alla qualifica astratta di successibile: cfr. per tutti SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2005, p. 93 ss.) il risarcimento del danno da morte a favore dei prossimi congiunti (p. 194). A parte la somma di considerazioni già svolte in senso contrario, a quest'ultimo riguardo si ritiene di poter respingere una siffatta impostazione anche a prescindere dalla posizione che si vuole assumere in relazione all'annosa questione della natura e dell'esatta nozione di "aspettativa".

<sup>50</sup> Per una efficace sintesi della problematica e delle varie soluzioni proposte nel tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza si rinvia a GENGHINI L., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 146 ss.

Come è noto, il problema emerge dalla prassi nell'ambito della c.d. giurisdizione volontaria e – a seconda che si ammetta o meno la ricorrenza del conflitto d'interessi, secondo quello che appare l'orientamento oggi prevalente, almeno in giurisprudenza<sup>51</sup> – attiene all'esatta individuazione del soggetto legittimato all'intervento in atto in rappresentanza del minore (donatario) e alle conseguenti perplessità rispetto all'autorità giudiziaria competente al rilascio dell'autorizzazione all'accettazione della donazione (cfr. art. 320, comma 3, c.c.).

In estrema sintesi, per quanto qui interessa, due sono i principali orientamenti sul tema: da un lato, come anticipato, vi sono autori<sup>52</sup> che ritengono sicuramente esistente un conflitto d'interessi tra donante (genitore) e donatario (figlio minore) e, di conseguenza, propendono per l'applicazione dell'art. 320, comma 6, c.c., che impone la nomina di un curatore speciale in sostituzione di entrambi, ovvero, sia del genitore donante, sia dell'altro genitore, parimenti considerato in conflitto con il minore. Dall'altro, vi sono coloro<sup>53</sup> che negano in questa fattispecie la configurabilità di un vero e proprio conflitto d'interessi - che semmai è solo eventuale e, pertanto, irrilevante - *in primis* sottolineando il dualismo di posizioni giuridiche sotteso al contratto e il vantaggio collegato all'essenziale carattere gratuito dell'atto che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, dall'operazione promana per il donatario.

Diversamente, l'opinione positiva si fonda essenzialmente sull'astratta possibilità che anche dalla donazione possano discendere pregiudizi economici per il donatario: testimonianza di ciò sarebbe rinvenibile nella stessa natura contrattuale della fattispecie considerata, nonché nella previsione normativa dell'art. 320, comma 3, c.c., che prescrive l'autorizzazione giudiziale per l'accettazione della

---

<sup>51</sup> Orientamento che sembra aver ottenuto la consacrazione con Cass. 14 gennaio 1981, n. 439, in *Vita Not.*, 1981, p. 75 ss., con nota di CORSI B., e in *Dir. fam.*, 1982, p. 1985 ss.

<sup>52</sup> In dottrina, soprattutto FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984, p. 2017 ss.

<sup>53</sup> Cfr. ad esempio TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 372; MAZZACANE F., *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1980, p. 163; JANNUZZI A. - LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, p. 447 ss. i quali, in realtà, pur non sposando la tesi del conflitto d'interessi, fanno leva sul concetto di "impedimento" (giuridico, nel caso) per il coniuge ai sensi dell'art. 317 c.c. Vale la pena però precisare che gli autori citati, pur dimostrandosi sostanzialmente contrari alla tesi del conflitto d'interessi, tuttavia non aderiscono alla soluzione del c.d. "autocontratto" ex art. 1395 c.c., che invece viene *infra* delineata.

donazione, pressoché pacificamente considerata atto di straordinaria amministrazione anche quando non soggetta a pesi e condizioni.

Ed ancora, la giurisprudenza in particolare, fa leva sulla circostanza che il donatario *ex art. 437 c.c.* è tenuto con precedenza su ogni altro obbligato a prestare gli alimenti al donante: pertanto, in questo caso, il rappresentante non sarebbe in grado di fare l'esclusivo interesse dell'incapace rappresentato, in quanto l'atto da compiere (donazione) è tale da richiedere, da parte sua, una valutazione di convenienza che può sovvertire a suo vantaggio la priorità stabilita dall'art. 433 c.c. nell'ordine degli obbligati, palesando così l'esistenza del conflitto d'interessi e il conseguente rischio del venir meno dell'imparzialità del rappresentante<sup>54</sup>.

Ma a prescindere dalla condivisibilità o meno di tale ragionamento<sup>55</sup>, in certe pronunce (e qui sta l'aspetto che più interessa) tale soluzione viene fatta

---

<sup>54</sup> Per una sintesi recente della disciplina degli artt. 433 ss., c.c. si rinvia a PACIA R., *Gli alimenti legali: presupposti e contenuto (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2010, p. 763 ss. e ID., *Gli alimenti legali: presupposti e contenuto (Seconda parte)*, *ibidem*, p. 908 ss.

<sup>55</sup> In apparenza, data la fonte legale della fattispecie *ex art. 437 c.c.*, anche a non voler considerare il momento (eventuale) in cui si verificherà lo stato di bisogno, sembrerebbe più facile rinvenire qui il carattere dell'attualità del conflitto tra genitore e figlio minore e la potenzialità di pregiudizio per quest'ultimo: elementi entrambi necessari a fondare il conflitto d'interessi (v. subito *infra*). Per questo si anticipa che tale discorso, se svolto in relazione alla posizione astratta di legittimario, forse non può essere condotto esattamente negli stessi termini con riguardo all'obbligazione alimentare che ha fonte direttamente nella legge, qui a seguito del compimento della donazione. Sembra altrettanto indubbio che la soluzione dipende in gran parte dal ruolo e dalla natura che si vuole assegnare allo stato di bisogno (elemento costitutivo - presupposto della fattispecie "alimenti", oppure condizione d'efficacia della stessa e, a sua volta, *condicio iuris* o mera *condicio facti*?); nonché, più in generale, dal discusso problema relativo all'esatto momento della nascita del diritto agli alimenti. Vale infatti la pena notare che, pur nella diversità d'opinioni, la dottrina sembra compatta nell'escludere la nascita immediata del diritto sulla base della sola previsione di legge. Al riguardo v. in particolare VINCENZI AMATO D., *Gli alimenti*, Milano, 1973, p. 80 ss.; ID., *Persone obbligate*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, I, Torino, 1991, *sub art. 433*; cfr. anche DOGLIOTTI M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1994, p. 139 (in particolare nota 1) e ss. In realtà, solo nel paradossale caso - invero, difficilmente ipotizzabile sia in astratto che in concreto - in cui la donazione provenga dal genitore che già si trovi in stato di bisogno al momento dell'accettazione per il figlio minore, potrebbe allora porsi un immediato problema di conflitto d'interessi tra quest'ultimo e l'altro genitore che lo rappresenta in atto (sia ai sensi dell'art. 320, sia ai sensi dell'art. 317 c.c.). Inoltre, il disposto dell'art. 438, ult. co., c.c. secondo cui il donatario non è tenuto a corrispondere gli alimenti al donante se non nei limiti del valore della donazione (attualmente) esistente nel suo patrimonio, norma che delimita il contenuto dell'obbligazione alimentare, ridimensiona di molto la probabilità di un effettivo pregiudizio per il minore donatario, il quale *medio tempore* si avvantaggerà appieno della donazione ricevuta e risponderà, se del caso, dell'obbligo alimentare a suo carico soltanto nei limiti del residuo. Come a dire che il minore donatario rimarrà in una situazione di fatto equivalente, anzi, comunque preferibile, rispetto a quella antecedente la donazione e proprio perciò,

discendere o, comunque, è corroborata anche dalla considerazione dei reciproci diritti di legittima che ai sensi dell'art. 536 e ss., c.c. astrattamente spettano ai soggetti (genitori e figli) coinvolti nell'operazione, e che potrebbero essere non tanto lesi dalla donazione *de quo*, ma essere da essa “alterati” a ulteriore dimostrazione, con argomento *a fortiori*, dell’asserita esistenza del conflitto<sup>56</sup>.

In sostanza, un'eventuale possibilità di lesione dei diritti di legittima<sup>57</sup> e, più in generale, l’ipotetica diversa ripartizione dei diritti successori in ambito familiare, non sarebbero dissimili ai fini dell’imputazione *ex lege* dell’obbligazione alimentare, e al suo diverso atteggiarsi in rapporto all’elenco di cui all'art. 433 c.c., giacché in ragione di entrambe verrebbero sminuite l’obiettività di giudizio e la libertà di scelta da parte del soggetto che per legge è, invece, deputato a fare l’interesse esclusivo del minore e ad accettare per suo nome e conto la donazione.

In questo senso, la considerazione dei diritti pur inattuali di legittima (al pari, si ripete, dell’obbligazione alimentare) dimostrerebbe la sussistenza del conflitto d’interessi tra genitori e figli.

Tuttavia, così ragionando, ciò che al momento del perfezionamento di una data fattispecie (il contratto di donazione da genitore a figlio minore) costituisce solo una mera aspettativa di fatto (conseguente alla designazione astratta di legittimario), ed assume nella sostanza un ruolo ben più determinante che non le è proprio: si prospetta, in ultima analisi, come ulteriore presupposto di fatto per la configurabilità di una situazione di conflitto d’interessi e, per tale via, determina in

---

nonostante la lettera dell’art. 437 c.c., risulta ben difficile intravedere un qualsiasi pregiudizio (attuale o potenziale) per il minore. Al contrario, anzi, è addirittura possibile rinvenire un vantaggio comune per entrambi i soggetti: l’arricchimento in cui si concreta l’oggetto della donazione per il minore; per l’altro genitore, la posposizione al donatario nell’ordine degli obbligati nei confronti del donante *ex art. 433 c.c.*). Ciò non fa altro che escludere, ancora una volta, l’esistenza del conflitto d’interessi nella donazione da genitori a figlio minore. Al riguardo cfr. anche nota 221, p. 94. Specificatamente, sull’art. 438 c.c., v. di recente SALA, *L’obbligo alimentare del donatario*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 1009 ss.

<sup>56</sup> In particolare, v. Trib. Roma, 30 giugno 1986 in *Riv. Not.*, 1986, p. 964 con nota di LOREFICE P.

<sup>57</sup> Si badi, però, che di lesione di legittima si potrebbe semmai parlare soltanto nei confronti del genitore non donante che accetti la donazione in rappresentanza del minore: non si può certo pensare a una lesione dei diritti di legittima per lo stesso minore avvantaggiato dalla donazione che, nella normalità dei casi, trattandosi di donazione “in conto di legittima”, al momento dell’apertura della successione (anzi, dell’accettazione dell’eredità), sarà tenuto ad imputare il valore ricevuto alla sua quota di legittima con minor rischio di ledere la legittima di altri aventi diritto, quali il coniuge superstite - non donante.

modo improprio l'individuazione di regole operative da applicare ai singoli casi concreti, di certo rilevanti sia in termini di "costo" per le parti, sia in termini di deviazione rispetto al naturale *iter* di perfezionamento della fattispecie contrattuale.

Le motivazioni legate alle peculiarità della vicenda considerata e alla delicatezza della materia, data l'esigenza primaria di protezione degli interessi degli incapaci persino di fronte a un astratto conflitto d'interessi, non sono affatto trascurabili; tuttavia, la soluzione che oggi appare maggioritaria in giurisprudenza, per quanto concerne l'argomento dei diritti di legittima, non può che andare incontro a critiche che sembrano fondate.

Come sottolineato, invero, dalla dottrina che prevale, come di frequente ribadito in giurisprudenza, uno dei caratteri tipici ed essenziali del conflitto d'interessi - di cui manca una esatta definizione legislativa - è proprio quello dell' *attualità*<sup>58</sup>: il "conflitto" deve cioè sussistere al momento della stipula del negozio concluso dal rappresentante e non essere meramente eventuale o ipotetico; non rilevano eventuali vicende che pur possono modificare l'assetto precedentemente delineato.

Pare allora ovvio che ogni soluzione a questioni connesse alla donazione da genitore a figlio minore presupponga, alla radice, il previo accertamento della effettiva sussistenza di un conflitto d'interessi. Tuttavia, in maniera altrettanto ovvia, siffatto conflitto non può essere rinvenuto sulla base né di eventuali futuri diritti di legittima che prima della morte del genitore donante sono sicuramente inattuali (sia riguardo al figlio, sia riguardo ad entrambi i genitori), né dell'obbligo alimentare che, da qualunque lato lo si guardi, finisce per dipendere in concreto dall'insorgenza (anch'essa futura ed eventuale) dello stato di bisogno dell'alimentando e che, soprattutto - stante la testuale previsione dell'art. 438, comma 3, c.c. - non sembra poter arrecare alcun effettivo pregiudizio al minore<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Per tutti, v. GENGHINI L., *op. ult. cit.*, p. 129 ss. (in particolare, p. 133). In giurisprudenza, esemplari in questo senso appaiono le recenti Cass. 30 maggio 2008, n. 14481, Cass. 20 febbraio 2004, n. 3385 e già Cass. 26 agosto 1998, n. 8472.

<sup>59</sup> Secondo quanto si è già avuto modo di specificare *retro*, nota 217, p. 92.

Ragionando diversamente, si rischia di sovrapporre in modo indebito due piani distinti: quello dell'attualità del conflitto e quello dei pregiudizi da esso derivanti<sup>60</sup>.

Infatti, ciò che semmai risulta necessario – ma, da solo, comunque non sufficiente – è che dalla situazione di conflitto d'interessi derivi o possa derivare un pregiudizio per il soggetto rappresentato; ed è proprio il pregiudizio che può essere anche solo eventuale, ferma la necessità che il conflitto sia attuale.

Pur nella condivisione dell'orientamento maggioritario, dunque, non è possibile prescindere dal requisito dell'attualità del conflitto, che è un presupposto diverso, la cui mancanza non consente di attribuire giuridica rilevanza alla contrapposizione di privati interessi, che pure possa essere foriera di possibili pregiudizi per i soggetti volta a volta rappresentati; ed è questo di sicuro ancor meno accettabile nei casi di rappresentanza legale, ove non emerge mai la volontà del soggetto rappresentato.

Sebbene il discorso, come già anticipato, non possa verosimilmente valere negli stessi termini con riferimento all'ordine di precedenza nell'obbligazione alimentare<sup>61</sup>, nel caso della donazione da genitore a figlio minore un pregiudizio (sia pur meramente potenziale) in termini di mancata obiettività di giudizio del rappresentante potrebbe pure sussistere ma, rispetto ai diritti di legittima dei soggetti coinvolti, il conflitto d'interessi mancherebbe di attualità e sarebbe perciò non rilevante.

Anzi, dovendosi comunque tenere in considerazione l'interesse esclusivo del minore (che è proprio quello che si intende perseguire con la donazione), pare addirittura da escludere - quanto meno in termini apprezzabili sotto il profilo pratico - un'effettiva possibilità di pregiudizio sia per il minore, sia per ciascun altro dei soggetti coinvolti, posto che la donazione normalmente sarà “in conto”,

---

<sup>60</sup> Cfr. ancora GENGHINI L., *op. ult. cit.*, p. 149-150 .

<sup>61</sup> Riguardo al quale, piuttosto, oltre a legittimi dubbi sull'attualità del conflitto, visto il citato disposto dell'art. 438 c.c. potrebbe dubitarsi della stessa configurabilità di un pregiudizio qualunque per il minore rappresentato: v. ancora una volta *retro*, nota 217, p. 92. Non di meno, occorre sottolineare che rispetto al genitore non donante un conflitto “attuale” qui potrebbe più facilmente porsi, dato che proprio sulla base dell'atto compiuto si determina automaticamente, con effetto *ex lege* (art. 437 c.c.), l'inversione dell'ordine legale degli obbligati alla prestazione alimentare, con beneficio diretto per il rappresentante che va a scapito del rappresentato (salva, si ribadisce, l'esistenza di un effettivo pregiudizio, anche solo eventuale, per quest'ultimo: ciò che però in questa sede si può mettere in dubbio).

cioè da imputarsi alla quota di legittima del minore; solo per l'eventuale eccedenza - non definibile peraltro al momento della donazione, ma alla morte del donante - potrà quindi essere oggetto di riduzione da parte di eventuali altri legittimari che, rispetto al donante, nella vicenda in esame (salva la presenza di fratelli o sorelle del minore donatario) altri non possono essere se non gli stessi genitori, unici soggetti deputati alla rappresentanza dell'incapace.

Sembra inoltre da escludere ogni rilievo alla circostanza (anch'essa, di mero fatto) che, in conseguenza della donazione, risulti mutato l'ordine legale della successione rispetto ai beni donati: da un lato, infatti, non esiste alcuna norma proibitiva in tal senso, dall'altro, la donazione si presta ad essere uno degli strumenti principali per una ripartizione del patrimonio familiare, da effettuarsi prima della (e indipendentemente dalla) apertura della successione del donante.

Sarà allora soltanto il giudice, che è tenuto ad intervenire ai sensi dell'art. 320, comma 3, c.c. per il rilascio dell'autorizzazione all'accettazione della donazione, a verificare in concreto l'assenza di pregiudizio per il minore e senza alcuna connessione con la figura (*rectius*: qualità) del soggetto rappresentato.

Ferma restando, infatti, un'inattualità per così dire "ontologica" del conflitto, soprattutto se si prescinde dall'apertura della successione, un'attenta valutazione di tutte le circostanze (necessarie per il rilascio dell'autorizzazione giudiziale che, non a caso, è prevista solo «*per necessità o utilità evidente del minore*»: cfr. art. 320, comma 3, c.c.), può far propendere per una soluzione diversa, tale da escludere *a priori* la rilevanza del conflitto d'interesse in tutte quelle ipotesi in cui, ai fini del rilascio dell'apposita autorizzazione all'accettazione della donazione - requisito, lo si ribadisce, sempre necessario per il valido perfezionamento del contratto in questione - il giudice possa previamente accertare l'esistenza di quel diverso *quid pluris* in cui consiste l' "utilità evidente" o la "necessità" rispetto al "mero vantaggio attuale" per il minore.

In ogni caso, però, il vantaggio insito nella donazione deriverà al minore per le caratteristiche dell'oggetto o per il modo in cui è strutturato il contratto<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Qualora si tratti, ad esempio, della donazione di un immobile di grande pregio che non necessita di alcun intervento immediato di manutenzione, nonché di genitore titolare di un ingente patrimonio, tale da far escludere in via presuntiva ogni lesione nei confronti degli altri legittimari, anche laddove si aprisse in quel momento la di lui successione; oppure, in accordo a posizioni comunemente condivise, qualora le parti conseguano un vantaggio

Un'ulteriore quanto ovvia considerazione sembra asseverare l'utilità di quanto esposto, proprio in riferimento al peculiare profilo della donazione da genitore a figlio minore: se, successivamente, la compiuta donazione si rivelasse in concreto lesiva di legittima per l'altro genitore, il rimedio resterebbe pur sempre e soltanto quello dell'azione di riduzione, il cui esperimento non è in alcun modo pregiudicato dall'avvenuta partecipazione all'atto lesivo del genitore-rappresentante che si reputa in conflitto d'interessi con il figlio-donatario. Quasi a dire che, sul piano pratico, anche con riguardo esclusivo al problema della tutela dei legittimari, nulla cambia.

In quest'ottica, la soluzione operativa da un lato più "garantista" per l'interesse del minore, dall'altro persino più confacente sia al "fatto" che al "diritto", sembra quella che ammette la possibilità per il donante di stipulare (previa autorizzazione giudiziale) un contratto con se stesso ai sensi dell'art. 1395 c.c., sia che ad effettuare la donazione sia un solo genitore, sia che si tratti di entrambi<sup>63</sup>.

Del resto, pare sicuramente da respingere l'obiezione che nella donazione, proprio in quanto contratto, non siano rinvenibili due distinti centri d'interessi corrispondenti al concetto di "parte" (contrattuale).

La soluzione dipende, inevitabilmente, da quella della pregiudiziale questione relativa alla natura della fattispecie *ex art. 1395 c.c.* Tuttavia, occorre ricordare che secondo l'impostazione forse ormai prevalente nell'ambito della rappresentanza legale non sarebbe mai ammesso il contratto con se stesso<sup>64</sup>.

In alternativa, data l'estrema difficoltà di concepire un c.d. "autocontratto" nell'ambito della rappresentanza legale, quantomeno a fini tuzioristici si può ammettere l'intervento in atto *ex art. 317, comma 1, c.c.* dell'altro genitore (non donante), debitamente autorizzato ai fini dell'accettazione della donazione, senza

---

comune dal compimento dell'atto (si pensi a un lecito risparmio di spesa, anche fiscale): chiaro sintomo di interessi convergenti piuttosto che contrapposti.

<sup>63</sup> Questa soluzione, invero generalmente respinta e oggi assolutamente minoritaria, è stata originariamente avanzata da IORIO G., *A proposito dell'accettazione della donazione fatta al figlio minore dal padre esercente la patria potestà*, in *Foro it.*, 1953, IV, p. 115 ss., e recentemente ripresa, nella sostanza, da COPPOLA F., *Donazione da genitori a figlio minore, oltre il conflitto d'interessi*, 2002, reperibile sul sito [www.altalex.it](http://www.altalex.it)

<sup>64</sup> Raggiugli ancora in GENGHINI L., *op. ult. cit.*, p. 144.

però alcun bisogno di ricorrere alla nomina del curatore speciale *ex art.* 320, comma 6, c.c.<sup>65</sup>.

Del resto, una volta escluso il conflitto d'interessi, queste due ultime soluzioni tra loro appaiono alternative ma non contrapposte e, oltre a rispondere maggiormente alle naturali dinamiche endo-familiari, mostrano il pregio, da un lato, di soddisfare un principio di economia dei mezzi giuridici (oggi più che mai particolarmente avvertito) e, dall'altro, di essere pienamente confacenti a quell'essenziale spirito di liberalità che deve sempre e comunque connotare la donazione.

Per quanto qui maggiormente interessa, pare ulteriormente dimostrato che la designazione legislativa dei legittimari *ex art.* 536 c.c. non ha né può avere alcuna rilevanza giuridica effettiva ed immediata, se non una (certamente discutibile) rilevanza indiretta, da sola e in quanto tale insufficiente a fondare un'ipotesi di conflitto d'interesse nella donazione e, in ultima istanza, non certo idonea a suffragare l'idea - qui contestata - che anche il divieto contenuto nell'art. 458 c.c. poggi in realtà proprio sul sistema di tutela dei legittimari.

2.1.6 - Situazione dei legittimari prima dell'apertura della successione e nuovo patto di famiglia (artt. 768-bis - 768-octies c.c.). Resta ora da verificare la congruità di quanto esposto finora con la disciplina del nuovo patto di famiglia (artt. 768-bis ss., c.c.), come introdotta nel Libro II del codice civile (Capo V *bis*), dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Questa seconda soluzione è quella proposta da JANNUZZI A. - LOREFICE P., *op. cit., ibidem*, i quali ritengono necessaria la nomina di un curatore speciale (tuttavia, si noti, ai sensi dell'art. 321 c.c. e non dell'art. 320, ult. co., c.c.) soltanto nei casi di donazione da parte di entrambi i genitori, ovvero di donazione da parte dell'unico genitore esercente la potestà. Sono fatte salve, ovviamente, le diverse ipotesi di comportamento puramente omissivo da parte del genitore non donante, che tuttavia trovano comunque la loro disciplina nel citato art. 321 c.c. (sul quale v. ad esempio GIARDINA F., *Artt. 315-337 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, I, Torino, 1991, p. 650).

<sup>66</sup> Legge (in vigore dal 16 marzo 2006) emanata al termine di un lungo *iter* parlamentare iniziato fin dal 1997, su impulso del mondo professionale ed accademico (a partire dal Convegno di Macerata del 24 marzo 1997 in tema di successione ereditaria nei beni produttivi), nonché su invito della Comunità Europea (v. la Raccomandazione della Commissione della Comunità Europea 98/C 93/02, pubblicata nella G.U.C.E. n. C-93 del 28 marzo 1998, e già la Raccomandazione della Commissione della Comunità Europea del 7 dicembre 1994, pubblicata nella G.U.C.E. n. L-385 del 31 dicembre 1994). Sui "retroscena" dell'originario progetto normativo, i lavori preparatori e sui profili di costituzionalità del nuovo patto di famiglia v. principalmente BORTOLUZZI, *Successione nell'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento, Torino, 2003, p. 897 ss.; DEL PRATO E., *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 625 ss.; IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto*

Si tratta di un istituto dal carattere notevolmente innovativo, del quale è fin da subito evidente il ruolo - invero non risolutivo - che esso è (almeno in astratto) proiettato a svolgere nel panorama delle c.d. alternative al testamento, intese nella loro accezione più ampia<sup>67</sup>.

Questo nuovo istituto si rivela innanzitutto un ideale crocevia nel quale vengono ad incontrarsi e a intersecarsi alcuni tra i più cruciali sentieri dell'odierno diritto privato, abbracciando, nello stesso tempo, il diritto delle successioni e delle donazioni, il diritto della famiglia, il diritto dei contratti e il diritto delle imprese<sup>68</sup>; con il risultato, peraltro, di rendere particolarmente arduo l'esatto inquadramento della figura alla luce delle tradizionali categorie concettuali.

Non è però questa la sede per affrontare in modo esauriente e sistematico non solo lo studio della nuova disciplina, ma anche le non poche questioni interpretative ad essa connesse, ancora in attesa di soluzioni appaganti, se non pur definitive<sup>69</sup>.

---

*d'impresa. Profili generali di revisione del divieto di patti successori*, in *Riv. Not.*, 1997, p. 1371 ss.; ID., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti dell'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2000, p. 1343 ss.; SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1995, p. 131 ss.; ZOPPINI A., *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 255 ss.

<sup>67</sup> Tuttavia, ad oggi, se ne nota ancora una scarsa diffusione, dovuta non da ultimo ai numerosi dubbi interpretativi che ancora attanagliano gli studiosi e, inevitabilmente, finiscono per riverberarsi anche sulla pratica (non constano in materia pronunce della giurisprudenza). Al riguardo cfr. ROSSI CARLEO L., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, in *Notariato*, 2008, p. 434 ss., secondo cui «Ci troviamo (...) di fronte a un gran parlare del patto di famiglia e a un suo scarso operare»; nonché SALVATORE L., *Il trapasso generazionale nell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in *Notariato*, 2007, p. 554 ss., il quale sottolinea in sintesi i limiti operativi intrinseci alla nuova disciplina.

<sup>68</sup> Mette in risalto l'"interdisciplinarietà" della nuova disciplina AVAGLIANO M., *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. Not.*, 2007, p. 1 ss.

<sup>69</sup> Il patto di famiglia ha fin da subito catturato l'attenzione degli studiosi e, in verità, ha costituito il punto di partenza originario anche della presente indagine. Oggi, sebbene ci si trovi a distanza di pochi anni dall'introduzione dell'istituto, la bibliografia è vastissima. Pur senza pretese di completezza, v. AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa, I quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, Milano, 2006; AA.VV., *Il patto di famiglia*, Commentario a cura di S. Delle Monache, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 2007, p. 21 ss.; AA.VV., *Il patto di famiglia*, a cura di G. Palermo, Torino, 2009; AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 867 ss.; ID., *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 345 ss.; AMBROSI I. - BASILE F., *Le nuove norme in materia di patto di famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 375 ss.; ANDRINI M.C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita Not.*, 2006, p. 31 ss.; AVAGLIANO M., *Patti di famiglia e impresa*, cit.; BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *N.G.C.C.*, 2006, p. 369 ss.; ID., *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 3, p. 727 ss.; ID., *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione. Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 4, p. 1037 ss.; BAUCO C. - CAPOZZI V., *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, Milano, 2007; BEVIVINO G., *Il patto di famiglia: tra negozio*

e procedimento, in *Giust. civ.*, 2010, p. 217 ss.; BONAFINI A., *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1191 ss.; BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 390 ss.; ID. *Il patto di famiglia*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, Milano, 2009, p. 633 ss.; CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzione della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, p. 289 ss.; CAROTA L., *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008; EAD., *L'interpretazione del patto di famiglia alla luce del criterio di ragionevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 213 ss.; CHECCHINI A., *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 297 ss.; COGNOLATO M., *La nuova disciplina dei "patti di famiglia": tratti essenziali e principali problemi*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 774 ss.; DE NOVA G. - DELFINI F. - RAMPOLLA S. - VENDITTI A., *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55, prima lettura*, Milano, 2006; DELFINI F., *Il patto di famiglia introdotto dalla legge n. 55 del 2006*, in *I Contratti*, 2006, p. 511 ss.; DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura nel patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 889 ss.; ID., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, cit., p. 323 ss.; DI BITONTO C., *Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni dell'impresa*, in *Le Società*, 2006, p. 797 ss.; DI MAURO N. - MINERVINI E. - VERDICCHIO V., *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006; DI SAPIO A., *Costruzione, decostruzione e ricostruzione del patto di famiglia nella prospettiva notarile*, in *Vita Not.*, 2008, p. 1633 ss.; DONEGANA L., *Il punto sul patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 965 ss.; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 217 ss.; GERBO F., *Il patto di famiglia: problemi dogmatici. Loro riflessi redazionali*, in *Riv. Not.*, 2007, p. 1269 ss.; IEVA M., *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 1081 ss.; ID., *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, II, cit., p. 317 ss.; INZITARI B. - DAGNA P. - FERRARI M. - PICCININI V., *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006; LA PORTA U. (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007; LANDINI S., *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?*, in *Familia*, 2006, p. 839 ss.; LEO M., *Il patto di famiglia*, in *I Contratti*, 2006, p. 741 ss.; LUCCHINI GUASTALLA E., *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si premioriar al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 303 ss.; MANES P., *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale di ricchezza*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 539 ss.; MATERA P., *Il patto di famiglia*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, a cura di A. Stanzione, V, Torino, 2007; MOSCATI E., *Il patto di famiglia*, in *Manuale di diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 1, cit., p. 362 ss.; OBERTO G., *Il patto di famiglia*, Padova, 2006; OPPO G., *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss.; ORLACCHIO G., *Il patto di famiglia tra eccezione e regola del sistema*, in *Familia*, 2008, p. 69 ss.; PALAZZO A., *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 261 ss.; PALAZZO A. - PALAZZOLO G., voce «Patto di famiglia», in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XIV, Roma, 2006; PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 146 ss., nonché in *Liberalità non donative e attività notarile*, cit., p. 122 ss.; PETRELLI G., *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 401 ss.; PISCHETOLA A., *Prime considerazioni sul patto di famiglia*, in *Vita Not.*, 2006, p. 457 ss.; RECINTO R., *Il patto di famiglia*, in *Diritto delle successioni*, cura di R. Calvo e G. Perlingieri, I, cit., p. 617 ss.; RIZZI G., *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento di azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, Padova, 2006; ID., *Il patto di famiglia. analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 430 ss.; SICCHIERO G., *La causa del patto di famiglia*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1261 ss.; TASSINARI F., *IL patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 808 ss.; TORRONI A., *Il patto di famiglia: aspetti di interesse notarile*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 465 ss.; VERDICCHIO V., *Profili del patto di famiglia. Oggetto, governance, scioglimento*, Napoli, 2008; VIDIRI G., *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1903 ss.; VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p.

Giova peraltro segnalare che la disciplina del patto di famiglia è già stata recentemente oggetto di alcuni timidi tentativi di riforma, finora non andati a buon fine, che pur sarebbero stati utili per colmare le lacune e dare risposte ai numerosi problemi che, come già detto e come subito si vedrà, caratterizzano l'istituto fin dalla sua introduzione<sup>70</sup>.

In estrema sintesi, il patto di famiglia è un contratto nominato<sup>71</sup> a mezzo del quale, in tutto o in parte, un imprenditore trasferisce la propria azienda, o il titolare di partecipazioni societarie trasferisce le proprie quote, a uno o più dei suoi discendenti.

Questa è la definizione "elementare" di patto di famiglia - che però necessita subito di essere coordinata e completata con quanto risulta dal successivo art. 768-*quater* c.c.<sup>72</sup> - ricavabile dalla lettura dell'art. 768-*bis* c.c., il quale fa poi salvo il limite della compatibilità con la disciplina dell'impresa familiare (art. 230-*bis*, c.c.) e quello del «rispetto delle diverse tipologie societarie» per quanto concerne le partecipazioni che possono essere oggetto del contratto<sup>73</sup>.

---

447 ss. VOLPE F., *Patto di famiglia (Artt. 768-bis - 768- octies)*, in *Il Codice Civile - Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012.

<sup>70</sup> Al riguardo si leggano le puntuali osservazioni e le critiche di IEVA M. - ZOPPINI A., *Brevissime note sulla proposta di modifica del patto di famiglia inserita nel testo originario del decreto sviluppo*, in *Riv. Not.*, 2011, p. 1457 ss.; SICLARI R., *La riforma mancata del patto di famiglia: occasione persa o viatico per una più attenta riflessione?*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 17 ss.; nonché DELLE MONACHE S., *Nuove prospettive sul patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 473 ss.

<sup>71</sup> Tuttavia, non si tratterebbe tecnicamente di un contratto "tipico" secondo l'opinione di ANDRINI M.C., *op. cit.*, p. 35; cfr. nello stesso senso ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 444.

<sup>72</sup> Giustamente CATAUDELLA A., *Parti e terzi nel patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 180, fa notare che «non sempre la definizione legislativa del contratto è idonea a delineare compiutamente il tipo».

<sup>73</sup> Per l'approfondimento del significato (anche sul piano sistematico) di tali "limiti-requisiti", che involgono indirettamente anche il problema dell'individuazione dell'esatto ambito di applicazione dell'istituto, v. AVAGLIANO M., *op. cit.*, pp. 17-18; DE ROSA G., *Il patto di famiglia: presupposti oggettivi, e requisiti formali. Il Patto di famiglia ed il suo ambito di applicazione*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, p. 177 ss.; PETRELLI G., *op. cit.*, p. 414-418; RIZZI G., *Compatibilità con le disposizioni in tema di impresa familiare e con le differenti tipologie societarie*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, p. 244 ss. e, in particolare, COLLURA G., *Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, I, p. 91 ss. In dottrina (v. ad esempio DI BITONTO C., *op. cit.*, p. 797 ss.; OPPO G., *op. cit.*, p. 445) sembra diffusa l'idea di fondo che i due incisi contenuti nell'art. 768-*bis* c.c. siano rivolti a sancire un ordine gerarchico o un principio di prevalenza, in generale, della normativa sull'impresa familiare e del diritto societario sulla disciplina del patto di famiglia, ciò contribuendo a corroborare la tesi nella natura eccezionale della novella (v. *infra*).

Quanto alle modalità di perfezionamento, pacifica è l'opinione che si tratti di un normale contratto consensuale, che cioè si perfeziona con il solo consenso delle parti legittimamente manifestato, non potendosi ravvisare in alcun modo gli estremi per considerare l'adempimento dei particolari obblighi previsti e tanto meno l'esecuzione della consegna del o dei beni, elementi strutturali del contratto, giacché, entrambi, di quello costituiscono soltanto gli effetti.

Per quanto concerne gli aspetti formali, si tratta di un *contratto solenne*: è prescritta (art. 768-ter c.c.) a pena di nullità la forma dell'atto pubblico e così, per tale via, la necessità dell'intervento del notaio nel confezionamento dell'atto<sup>74</sup>.

Si pone, in proposito, la questione relativa alla presenza o meno di due testimoni in sede di formazione dell'atto: niente è detto al riguardo, il legislatore si è limitato a imporre l'atto pubblico senza ulteriori specificazioni, e d'altro canto la legge notarile (artt. 47 e 48, legge 16 febbraio 1913, n. 89, come modificati dall'art. 12 della legge 28 dicembre 2005, n. 246)<sup>75</sup> richiede a pena di nullità la presenza dei testimoni soltanto nelle ipotesi *ivi* espressamente contemplate, tra le quali, a tutt'oggi, non figura peraltro il patto di famiglia.

I dubbi che al riguardo caratterizzano gli interventi della dottrina specialistica sorgono e sono alimentati dal dibattito, ancora assai vivace, sulla configurabilità del patto di famiglia, o come contratto di donazione (nella specie, modale), o, comunque, come semplice atto di liberalità<sup>76</sup>.

Ed ancora può dirsi che siffatti dubbi potrebbero essere alimentati, indipendentemente da una presa di posizione sulla natura "donativa" del patto, da

---

<sup>74</sup> Approfondisce le ragioni dell'intervento del notaio e, cioè, della necessità del ricorso all'atto pubblico notarile GERBO F., *op. cit.*, pp. 1272-1274.

<sup>75</sup> Sulla modifica della legge notarile in materia di testimoni e per l'approfondimento della relativa disciplina si rinvia per tutti a SANTARCANGELO G., *La forma degli atti notarili*, Roma, 2006, p. 35 ss.

<sup>76</sup> Tuttavia, se si ritiene di continuare ad accettare l'esistenza del noto principio di libertà delle forme (sul quale v. almeno GIORGIANNI M., voce «*Forma degli atti (diritto privato)*», in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 988 ss.; *contra* IRTI N., *Strutture forti e strutture deboli. (Del falso principio di libertà delle forme)*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 137 ss.), e l'idea che le norme in materia di forma, in particolare, degli atti notarili, sono sempre di stretta interpretazione (cfr. la perentoria affermazione di SANTARCANGELO G., *op. cit.*, p. 53), i dubbi sulla (non) necessità dei testimoni dovrebbero svanire.

una discutibile identità di *ratio* tra norme che prevedono l'intervento in atto dei testimoni e la "specialità" del patto di famiglia<sup>77</sup>.

Quanto ai soggetti interessati alla vicenda - e, si noti, il patto si presenta come un contratto con "*parti soggettivamente qualificate*", che cioè può essere validamente posto in essere soltanto dai soggetti che possiedono i requisiti o si trovano nella situazione prevista dalla legge - essi sono, da un lato, l'imprenditore o titolare di partecipazioni societarie (*disponente*)<sup>78</sup>, dall'altro, uno o più discendenti (*assegnatari* dell'azienda e/o delle partecipazioni sociali).

Dalla regola che definisce la "nozione" del patto (art. 768-*bis*, c.c.), logicamente si dovrebbe desumere che disponente e assegnatari sono (o appaiono) le "parti" in senso tecnico del contratto. Ciò tuttavia sembra essere posto immediatamente in dubbio dal complesso contenuto normativo del successivo art. 768-*quater* c.c., ove testualmente si afferma la necessaria partecipazione al contratto "anche" del coniuge (del disponente) e di tutti coloro che *sarebbero* legittimari (art. 536 ss.,

---

<sup>77</sup> La dottrina prevalente (v. tra gli altri ANDRINI M.C., *op. cit.*, pp. 43-44; AVAGLIANO M. *op. cit.*, p. 23; CACCAVALE C., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio del Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, pp. 50-51; DE NOVA G., in DE NOVA G. - DELFINI F. - RAMPOLLA S. - VENDITTI A., *Il patto di famiglia*, *cit.*, p. 14, nota 9; MERLO A., *op. cit.*; PETRELLI G., *op. cit.*, pp. 425-427; TORRONI A., *op. cit.*, p. 476) propende per la necessità dei testimoni o, quantomeno, per l'opportunità della loro presenza, essenzialmente per ragioni di prudenza. Per inciso, a ogni modo, si noti che nel momento stesso in cui si fanno affermazioni del tipo: "la presenza dei testimoni è opportuna" o "vivamente consigliata", si nega la "necessità" di tale presenza. Per la tesi contraria alla necessità della presenza dei testi, v. CASU G., *I patti successori*, in *Testamento e patti successori*, *cit.*, p. 536; GERBO F., *op. cit.*, pp. 1274-1275; INZITARI B. - DAGNA P. - FERRARI M. - PICCININI V., *op. cit.*, p. 224 ss.; MAGLIULO F., *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, pp. 287-288; OBERTO G., *op. cit.*, p. 67. Dubitativo al riguardo pare invece LUPETTI M.C., *op. cit.* Affronta il problema sottolineando l'incidenza delle scelte in ordine alla natura giuridica del patto di famiglia, pur senza prendere una netta posizione al riguardo, anche LUCCHINI GUASTALLA E., *Art. 768-ter (Forma)*, in *Il patto di famiglia*, Commentario a cura di S. Delle Monache, *cit.*, pp. 38-40.

<sup>78</sup> Si discute se, quale presupposto soggettivo per la stipula del patto, il trasferente debba rivestire necessariamente la qualifica d'imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., oppure possa essere semplice titolare dell'azienda o delle partecipazioni, senza esercitare in concreto attività d'impresa. Nel primo senso, essenzialmente sulla base del contesto e delle ragioni che hanno portato all'introduzione del patto di famiglia, nonché per il carattere eccezionale della relativa disciplina, v. BARALIS G., *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio tra "ragioni" dell'impresa e "ragioni" della famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, pp. 224-226; DELFINI F., *op. cit.*, p. 516; LUPETTI M.C. *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *CNN Notizie* del 14 febbraio 2006; PETRELLI G., *op. cit.*, p. 415 ss. Ritengono invece che il trasferente non debba necessariamente essere un imprenditore in senso tecnico AVAGLIANO M., *op. cit.*, pp. 14-15; DI BITONTO C., *op. cit.*, p. 803. Anche per GAZZONI F., *op. cit.*, p. 221, e ORLACCHIO G., *op. cit.*, p. 78 il termine "imprenditore" è usato dalla norma in modo atecnico.

c.c.)<sup>79</sup>, ove in quel momento si aprisse la successione dell'imprenditore o del titolare delle partecipazioni societarie.

Si dovrebbero poi aggiungere a queste indicazioni legislative preliminari altre specificazioni che, in qualche modo, concorrono a delineare la complessità della fattispecie a fronte della linearità della sua "nozione".

Si intende fare riferimento in tal senso all'obbligo di *liquidare* gli altri *legittimari* partecipanti al patto (ma *non assegnatari*) con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote di cui agli artt. 536 ss., c.c. (art. 768-*quater*, comma 2, c.c.).

L'evidente discrasia fra quanto disposto nell'art. 768-*bis* (ove, e non può essere diversamente, si identificano le "parti" del contratto), e nel primo comma dell'art. 768-*quater* (ove si impone la partecipazione degli altri legittimari), pone un primo e assai significativo dubbio all'interprete che, infatti, a ragion veduta, si interroga sull'individuazione dei "soggetti - parti" del contratto e sul ruolo (analogo, diverso, coesenziale?) dei partecipanti alla formazione di quello.

L'attenzione critica che suscitano queste regole (e, ancora una volta, non potrebbe essere altrimenti), dà vita al dibattito sulla "doverosità" della partecipazione alla formazione del patto dei legittimari tutti, ancorché non assegnatari: se, cioè, il patto di famiglia sia un contratto con struttura plurilaterale in senso proprio o se, viceversa, abbia struttura bilaterale, sicché possa in quest'ultimo senso

---

<sup>79</sup> Con sostanziale uniformità di vedute, tra i c.d. legittimari partecipanti ma non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali devono essere ricompresi il coniuge del disponente, nonché i figli (diversi dagli assegnatari) legittimi, legittimati, riconosciuti ovvero adottati con adozione legittimante, attualmente esistenti come tali; sono esclusi invece i figli non ancora riconosciuti o non riconoscibili. Discussa, invece, pare non solo la necessità, ma la stessa possibilità di partecipazione al patto da parte degli ascendenti del disponente: per alcuni autori (v. RIZZI G., *I patti di famiglia*, cit. pp. 47-48) sembrerebbe opportuno il loro intervento al fine di precludere agli ascendenti rimasti in vita ogni eventuale possibilità di impugnazione del patto ex art. 768-*sexies*, comma 2, c.c., sebbene si tratti tecnicamente di soggetti che attualmente non sarebbero "legittimari", giusta il disposto dell'art. 538 c.c. (essendosi qui in presenza di almeno un figlio-assegnatario). Altri autori, in modo più convincente, proprio per tale considerazione escludono *in toto* la possibilità di partecipazione degli ascendenti, non essendo dato di includerli tra «*coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore*» (art. 768-*quater*, comma 1, c.c.). Anzi, la loro presenza in atto costituirebbe violazione diretta dell'art. 768-*quater* c.c., norma considerata di stretta interpretazione, tanto da reagire negativamente sui profili di validità del patto. Cfr. in tal senso e per tutti DE NOVA G., in DE NOVA G. - DELFINI F. - RAMPOLLA S. - VENDITTI A., *Il patto di famiglia*, cit., p. 7; PETRELLI G., *op. cit.*, p. 434.

considerarsi valido anche il patto concluso tra il solo disponente e il (o i) beneficiari dell'azienda o delle partecipazioni sociali<sup>80</sup>.

In estrema sintesi, a sostegno della *struttura plurilaterale*<sup>81</sup>, vengono richiamati (accanto alla formulazione letterale dell'art. 768-*quater*, comma 1, c.c.), la

---

<sup>80</sup> È essenzialmente dal confronto tra la lettera dell'art. 768-*quater*, comma 1, c.c. e quella dell'art. 768-*sexies*, comma 1, c.c. che nasce la questione relativa alla necessità o meno che al patto partecipino, ai fini della validità dell'atto, tutti coloro che sono i potenziali legittimari (noti ed esistenti) nel momento in cui il contratto viene concluso (Cfr. ad esempio AVAGLIANO M., *op. cit.*, p. 478). Se si opta per la prima soluzione, non resta che intendere la seconda norma citata quale "eccezione", riferibile esclusivamente ai "legittimari sopravvenuti" in senso stretto, cioè quei soggetti - coniuge, magari di nuove nozze, e figli nati, adottati o riconosciuti soltanto dopo la stipula del patto - attualmente impossibilitati a intervenire alla conclusione del patto, che resterà valido se ad esso prendono parte tutti gli altri. Se, invece, al fine di non ostacolare il trasferimento immediato dell'azienda o delle partecipazioni societarie al discendente prescelto, si ritiene che il patto di famiglia sia valido anche se concluso, per ipotesi, tra il solo imprenditore-trasferente e il discendente-assegnatario, l'art. 768-*sexies* risulta riferito indistintamente sia ai legittimari esistenti e chiamati ad intervenire alla stipulazione, ma per qualunque motivo rimasti assenti (perché magari ignoti), sia ai legittimari sopravvenuti in senso proprio; con l'importante conseguenza che, riguardo ai primi, pur essendo valido ed efficace il patto non sarebbe in grado di disattivare l'operatività dei meccanismi di collazione e riduzione nei confronti degli altri legittimari pur esistenti, ma non intervenuti. La tesi che ad oggi anche per ragioni quantomeno di prudenza sembra prevalere, peraltro confortata dalla lettera (perentoria) dell'art. 768-*quater*, c.c. è quella della necessaria partecipazione, a pena di invalidità, di tutti coloro che sarebbe legittimari se in quel momento si aprisse la successione del disponente. In questo senso, tra gli altri, v. AMADIO G., *op. ult. cit.*, pp. 478-479; BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, *cit.*, p. 376; BARALIS G., *op. ult. cit.*, p. 223; CAROTA L., *Il contratto con causa successoria*, *cit.*, p. 73 ss.; DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, *cit.*, p. 331 ss.; DI MAURO N., *I necessari partecipanti al patto di famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, p. 534 ss.; GAZZONI F., *op. ult. cit.*, p. 221; IEVA M., *Il patto di famiglia*, *cit.*, p. 331; MERLO A., *Il patto di famiglia*, in *CNN Notizie* del 14 febbraio 2006; MAGLIULO F., *op. cit.*, p. 285 (secondo il quale il mancato intervento dei legittimari non assegnatari determina la nullità per un vizio di causa del contratto); TASSINARI F., *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, pp. 157-163; VITUCCI P., *op. ult. cit.*, p. 452. *Contra*, tuttavia, con diversità di argomentazioni v. CACCAVALE C., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, p. 38 ss.; CATAUDELLA A., *op. cit.*, pp. 186-187; OBERTO G., *op. cit.*, pp. 68 e 126 ss.; SICCHIERO G., *op. cit.*, p. 1267 ss. In particolare, secondo PETRELLI G., *op. ult. cit.*, pp. 427-433, l'art. 768-*quater*, comma 1, c.c. va interpretato nel senso che il patto di famiglia vincola solo i legittimari che vi hanno effettivamente preso parte, nonché quelli sopravvenuti o "di secondo grado" che non vi hanno partecipato, nei limiti dell'art. 768-*sexies*, c.c.; mentre in assenza di quei legittimari che hanno rifiutato o erano di fatto indisponibili a partecipare, è comunque possibile stipulare validamente il patto, che tuttavia non potrà vincolare tali soggetti. In sostanza, per l'A. la partecipazione dei legittimari al contratto sarebbe richiesta soltanto allo scopo di determinare "in contraddittorio" tra i diretti interessati il valore dell'azienda o delle partecipazioni societarie oggetto del patto, nonché per far ottenere ai medesimi, o la liquidazione dei loro diritti, oppure la rinuncia a tale liquidazione.

<sup>81</sup> Almeno, nel senso generico di contratto a più parti, e non tecnico di contratto (plurilaterale) con comunione di scopo, essendo abbastanza evidente che nel patto di famiglia gli effetti tipici e la diversa posizione dei soggetti coinvolti fanno propendere per l'inesistenza di uno scopo comune alle parti. *Contra* invece v. INZITARI B. - DAGNA P. - FERRARI M. - PICCININI V., *op. cit.*, p. 248.

rilevanza dell'obbligo *ex lege* di liquidazione e, con maggiore insistenza, le istanze di stabilità dell'assetto d'interessi connaturate al patto che, infatti, perderebbe la sua ragion d'essere se non fosse vincolante nei confronti di tutti i legittimari, ancorché non assegnatari<sup>82</sup>.

La *struttura bilaterale* - parti necessarie sarebbero, in tal senso e come appare incontrovertibile in sede di "nozione" del patto, solo il disponente e l'assegnatario - è in genere sostenuta da coloro che privilegiano il punto di vista del disponente, dal momento che, se così non fosse, il rifiuto di partecipare anche di un solo potenziale legittimario sarebbe sufficiente a impedire l'iniziativa, frustrando gli interessi degli altri soggetti.

Tale tesi, peraltro diversamente articolata, viene fondata altresì sul dettato dell'art. 768-*sexies* c.c., da alcuni interpretato come regola funzionalmente diretta in via primaria a vincolare all'assetto predisposto con il patto anche gli eventuali legittimari "sopravvenuti" e, in ragione di questo, come peculiare ipotesi di *contratto a favore di terzi*<sup>83</sup>.

Il patto di famiglia si caratterizza inoltre per essere un contratto ad oggetto (almeno parzialmente) vincolato o, se si preferisce, "rigido" in quanto è il Legislatore a predeterminare le categorie di beni che possono formare oggetto esclusivo del contratto.

Il disponente può infatti trasferire anticipatamente al discendente beneficiario, con i peculiari effetti di esenzione rispetto alla normale operatività delle regole

---

<sup>82</sup> A favore della tesi del contratto necessariamente plurilaterale v. tra gli altri e in vario senso AMADIO G., *Il divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 75 ss.; ID., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 886; BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 372 ss.; DELFINI F., *op. cit.*, p. 512; DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, cit., p. 333; ID., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, cit., p. 893; MERLO A., *Il patto di famiglia*, cit.; VITUCCI P., *op. cit.*, p. 456. Posizione peculiare è quella di GAZZONI F., *op. cit.*, p. 222, che considera il patto di famiglia, a prescindere dall'effettiva partecipazione dei legittimari non assegnatari, sempre un contratto trilatero. Anche IEVA M., *Il patto di famiglia*, cit., p. 337 e 342 sembra orientato in quest'ultimo senso.

<sup>83</sup> Per tutti v. CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia*, cit., p. 298 ss.; ID., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, cit., pp. 38-39; LA PORTA U., *op. cit.*, p. 23 ss.; PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, cit., pp. 127-130. Cfr. altresì SICCHIERO G., *op. cit.*, p. 1267 ss.

successorie, soltanto la propria azienda<sup>84</sup> e le proprie partecipazioni societarie, cioè “*beni produttivi*”<sup>85</sup>.

In ogni caso, la duplice caratterizzazione del patto sul piano strutturale - sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo - mette in risalto il circoscritto ambito di applicazione del nuovo istituto, non suscettibile di una generalizzata estensione a ipotesi diverse da quelle espressamente contemplate dalla lettera della legge.

Si tratta quindi in definitiva, si potrebbe dire, di un contratto ad applicazione circostanziata e per sua natura delimitata, sia sul piano soggettivo, sia oggettivo<sup>86</sup>; ciò che può dare adito a dubbi di incostituzionalità.

Quanto agli *effetti* del patto di famiglia, innegabile è la centralità del momento attributivo: si trasferiscono con esso l'azienda (in tutto o in una sua parte), o le partecipazioni sociali.

---

<sup>84</sup> Secondo l'opinione pressoché unanime deve trattarsi, pertanto, di un «*complesso di beni (effettivamente) organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*» (cfr. art. 2555 c.c.): non sembra idonea l'azienda ormai dismessa o non più qualificabile come tale, avendosi riguardo alla persistenza del requisito dell'organizzazione e alla concreta possibilità che l'attività d'impresa ad essa relativa possa essere continuata dall'assegnatario. I maggiori sembrano sussistere intorno alla possibilità di trasferire un'azienda in perdita, soprattutto se si accede alla tesi (v. subito infra) della natura donativa del patto. Si tende invece ad ammettere liberamente il trasferimento anche di un singolo ramo d'azienda. Cfr. PETRELLI G., *op. cit.*, pp. 420-421

<sup>85</sup> Al riguardo, i principali dubbi (direttamente collegati, peraltro, al problema della qualifica imprenditoriale o meno del trasferente) si appuntano sulla necessità o meno che la partecipazione sociale trasferita sia “rilevante”, nel senso che debba trattarsi necessariamente di partecipazioni la cui titolarità comporti se non il controllo della società, comunque un potere di gestione dell'impresa societaria, (effettivo per alcuni, soltanto potenziale, per altri), escludendosi invece quelle partecipazioni il cui acquisto rappresenta una mera forma di investimento e, comunque, sottolineandosi la necessità di distinguere a seconda del tipo sociale. In questo senso v. per tutti per tutti BALESTRA L., *Art. 768-bis (Nozione)*, in *Il patto di famiglia*, Commentario a cura di S. Delle Monache, cit., p. 29-30 e autori ivi citati alla nota 22; BARALIS G., *op. cit.*, p. 224; CIAN M., *La nozione di “partecipazioni societarie” nella disciplina dei patti di famiglia*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 767 ss.; GAZZONI F., *loc. ult. cit.*; PETRELLI G., *op. cit.*, p. 416 ss. RECINTO G., *Il patto di famiglia*, cit., p. 622 ss. *Contra* però AVAGLIANO M., *op. cit.*, p. 16; FIETTA G., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati. Prime osservazioni sul Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., pp. 88-89; LOMBARDI G., *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 720; MASCHERONI A., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 28. Peculiare la posizione di RIZZI G., *I patti di famiglia*, cit., p. 22, secondo il quale in linea di principio può essere oggetto del patto di famiglia ogni tipologia di partecipazione sociale, eccettuate quelle partecipazioni relative a società inattive e a società quotate o che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, data la facilità del disinvestimento (così tuttavia dimostrando, in ultima istanza, l'imprescindibilità del requisito dell'imprenditorialità anche in capo al socio-disponente).

<sup>86</sup> Cfr. CHECCHINI A., *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, cit., p. 297 ss.; ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 436

Sul piano normativo un ulteriore effetto assai peculiare è quello in ragione del quale tutte le assegnazioni fatte sono sottratte all'operatività dell'obbligo di collazione e alla riduzione da parte dei legittimari del disponente (art. 768-*quater*, ult. co., c.c.), disattivandosi così una serie di norme a carattere successorio, non escluse quelle degli artt. 747 - 750 c.c. sulla determinazione del valore dei beni al tempo dell'apertura della successione<sup>87</sup>.

Ad oggi, tuttavia, sul piano teorico il profilo più discusso rimane certamente quello "funzionale". Numerose e variamente argomentate sono infatti le tesi avanzate in dottrina in ordine alla *causa* e, più in generale, allo studio della complessa natura del patto di famiglia; e questo avviene nonostante autorevoli interventi consiglino di abbandonare, in questo specifico settore, le classiche impostazioni dogmatiche<sup>88</sup>.

La questione tuttavia riveste non poca importanza, laddove si tratti, segnatamente, di individuare la disciplina applicabile ad aspetti e profili di contenuto del patto che, peraltro, mancano di espressa regolamentazione normativa.

Non è compito facile, comunque, dare ordinata sistemazione alle numerose tesi proposte, anche perché si deve tener conto del fatto che sussistono tra esse molteplici ed inevitabili aspetti di sovrapposizione.

All'indomani dell'introduzione della nuova normativa (lo si è già anticipato), alcuni autori hanno ravvisato nel patto di famiglia gli estremi dell'atto di *liberalità*, traendo spunto in tal senso sia dal disposto dell'art. 768-*quater*, ult. co., c.c., sia dal carattere essenzialmente gratuito dell'atto; ed è stato altresì ritenuto connaturale ad esso il profilo dell'arricchimento per il beneficiario del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali.

In particolare, è stata sostenuta la tesi secondo cui il patto di famiglia sarebbe nient'altro che una *donazione modale*: un vero e proprio contratto di donazione dell'azienda o delle partecipazioni sociali con l'onere imposto direttamente dalla legge - qui la peculiarità - di liquidare le quote *ex art.* 536 ss., c.c. ai legittimari

---

<sup>87</sup> Al riguardo, esemplarmente, DE NOVA G., in DE NOVA G. - DELFINI F. - RAMPOLLA S. - VENDITTI A., *Il patto di famiglia*, cit., p. 1 ss. etichetta l'insieme della normativa sul patto di famiglia come "statuto d'esenzione" dal diritto successorio.

<sup>88</sup> Per tutti in questo senso v. PERLINGIERI G., *op. ult. cit.*, pp. 122, 126-127, 140-142, il quale nel complesso sottolinea la necessità di un nuovo approccio ermeneutico.

non assegnatari. Si tratterebbe, in sostanza, di una donazione “qualificata”, con un onere *ex lege* a favore di terzi determinati<sup>89</sup>.

Si è altresì avanzata l’ipotesi che si tratti di un *negotium mixtum cum donatione*<sup>90</sup> o, ancora, più in generale, di una *liberalità non donativa*<sup>91</sup>, sottolineandosi comunque il carattere tendenzialmente liberale del patto.

Proprio su questa linea e sulla base del confronto tra gli artt. 768-*quater*, comma 3 e 768-*sexies*, c.c., una parte della dottrina inquadra strutturalmente il patto di famiglia nell’ambito del *contratto a favore di terzi* (art. 1411 c.c.), ove lo stipulante è l’imprenditore-disponente, il promittente l’assegnatario dei beni, ed i terzi sono i legittimari non assegnatari; i quali, o hanno preso parte al patto al fine di rendere irrevocabile o non modificabile la stipulazione o, comunque, ad esso sono rimasti estranei nel presupposto che sia validamente possibile, come su accennato, l’immediata conclusione del patto tra il solo disponente e l’assegnatario<sup>92</sup>.

Su versanti diametralmente opposti si pongono poi gli autori che, da un lato - rinunciando al tentativo di collocare il patto di famiglia sui binari delle tradizionali categorie e, di fatto, finendo in qualche modo per negare la tipicità del medesimo - preferiscono ricorrere alla figura del *contratto misto* o con *causa*

---

<sup>89</sup> In questo senso v. in particolare CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia*, cit., p. 304; ID. *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, *Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l’impresa*, cit., p. 48 ss.; ID., *Le categorie dell’onerosità e della gratuità nei trasferimenti attuati nell’ambito del patto di famiglia*, cit., pp. 750-751; MERLO A., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l’impresa*, cit., p. 101.; PALAZZO A., *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, cit., p. 267. Decisamente contrario a questo inquadramento ORLACCHIO G., *op. cit.*, p. 79 ss. Le principali obiezioni mosse alla tesi della donazione modale consistono nella fonte legislativa (e non volontaria) del presunto onere e nel carattere necessario (e non accidentale) di questo.

<sup>90</sup> Cfr. ANDRINI M.C., *op. cit.*, pp. 37-39. In ogni caso, vari autori prendono in considerazione almeno l’eventualità che il patto di famiglia possa essere strutturato in concreto come *negotium mixtum cum donatione*. In questo senso cfr. per tutti DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, cit., p. 340.

<sup>91</sup> Così, in particolare, PERLINGIERI G., *op. cit.*, p. 125.

<sup>92</sup> Per questa tesi v. soprattutto LA PORTA U. *op. cit.*, p. 21 ss.; ID., *La posizione dei legittimari sopravvenuti*, in *Patti di famiglia per l’impresa*, cit., p. 299 ss. Anche CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, pp. 48-50, si mostra in sostanza favorevole al un inquadramento del patto di famiglia nella stipulazione a favore di terzo, ma nel presupposto che la donazione modale, se il beneficiario del *modus* è soggetto determinato, strutturalmente consista in una applicazione dello schema generale dell’art. 1411 c.c. (a tale riguardo, v. principalmente CARNEVALI U., *La donazione modale*, Milano, 1969, pp. 15 ss. e 48 ss.). *Contra* v. per tutti PERLINGIERI G., *op. cit.*, pp. 136-137.

*complessa*<sup>93</sup>; dall'altro, coloro che, discutendo di contratto *sui generis*, individuano per il patto una causa propria e unitaria<sup>94</sup>, volta alla sistemazione in ambito familiare dei futuri assetti successori, assimilabile a quella “*causa familiae*” che caratterizza gli accordi patrimoniali in sede di separazione e divorzio<sup>95</sup>.

La tesi che ormai può dirsi se non prevalente, la più diffusa, è tuttavia quella che assegna alla fattispecie una funzione essenzialmente divisoria<sup>96</sup>, e che viene giustificata dalla collocazione “topografica” della disciplina, dall'analisi dei lavori preparatori e, ancor più specificatamente, dal riferimento normativo all'essenziale dalla collazione; istituto, questo, come è noto, che è strumentale alla divisione ereditaria.

In questa prospettiva riscuote notevoli consensi la ricostruzione del patto di famiglia come «*contratto tipico con efficacia immediata che genera una successione separata anticipata su una massa composta esclusivamente di “beni produttivi” e con funzione divisoria*»<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Il patto di famiglia avrebbe cioè una funzione al contempo divisionale, transattivo-divisoria, liberale e solutoria. Cfr. BAUCO C. - CAPOZZI V., *op. cit.*, p. 21; LUPETTI M.C., *Il finanziamento dell'operazione: family buy out*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, p. 361; OBERTO G., *op. cit.*, p. 27; PETRELLI G., *op. cit.*, p. 406 ss.; PISCHETOLA A., *op. cit.*, p. 462 ss. Per ORLACCHIO G., *op. cit.*, p. 83 ss., la natura complessa del patto di famiglia si spiega soltanto nell'ambito di un collegamento contrattuale e nella prospettiva della causa concreta, che impone una valutazione caso per caso gli interessi avuti di mira dalle parti, pur dovendosi esplicitare la funzione transattiva come vero tratto distintivo del patto.

<sup>94</sup> Così RIZZI G., *Il patto di famiglia. analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, *cit.*, p. 430; TASSINARI F., *op. ult. cit.*, p. 166

<sup>95</sup> *Contra v.* le osservazioni di ANDRINI M.C., *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>96</sup> In questo senso v. AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, *cit.*, *passim*; DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di Patto di Famiglia*, *cit.*, p. 889 ss.; GAZZONI F., *op. cit.*, pp. 218-219; IEVA M., *Il patto di famiglia*, *cit.*, p. 344-345; MOSCATI E., *op. cit.*, pp. 367-368; VITUCCI P., *op. cit.*, p. 448; ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, pp. 275-276, secondo cui «*sul piano causale, il Patto di famiglia realizza un trasferimento in funzione successoria avente struttura divisionale*». *Contra v.* però LA PORTA U., *op. cit.*, p. 24; PERLINGIERI G., *op. cit.*, p. 124.

<sup>97</sup> Sono le esemplari parole di IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 344. Cfr. SICCHIERO G., *op. cit.*, pp. 1285-1286, il quale attribuisce al patto di famiglia una funzione successoria avente struttura divisionale solo eventuale. Cfr. altresì la peculiare posizione di MAGLIULO F., *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, *cit.*, p. 284, il quale, pur negando la possibilità di parlare propriamente di “successione anticipata”, afferma che la funzione precipua del patto di famiglia consiste nella «*segregazione del patrimonio attribuito dal donante dal restante patrimonio del de cuius ed in particolare dal conseguimento di una sostanziale irrilevanza ai fini successori di quanto attribuito con il patto: è questo invero il risultato perseguito dalle parti e tutelato dalla nuova legge*».

Non manca però chi, valorizzando al massimo l'interesse del disponente alla pianificazione della successione, propone di considerare il patto di famiglia un contratto che ha un'autonoma *causa successoria*, giacché «*funzionalmente destinato a regolare la successione nell'azienda o nelle partecipazioni senza incorrere nel divieto altrimenti posto dall'art. 458 c.c.*»<sup>98</sup>.

Ai nostri limitati fini però quel che più rileva è la previsione del più volte citato art. 768-*quater* c.c., a mente del quale, in sintesi: (a) al contratto devono partecipare «... *coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore*» (comma 1); (b) gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie (ovvero, uno o più fra i discendenti del disponente) devono liquidare gli altri partecipanti al contratto - salvo loro rinuncia - con il pagamento in denaro o in beni in natura, del valore corrispondente alle quote di legittima previste dagli artt. 536 ss., c.c. (comma 2)<sup>99</sup>; (c) i beni che così vengono attribuiti agli altri partecipanti non assegnatari che sono (i pur futuri) legittimari, destinatari della sola liquidazione in virtù del comma 2, «*(...) sono imputati alle quote di legittima loro spettanti*» (comma 3); (d) tutto ciò che è in tal senso ricevuto dai "contraenti" (da intendersi con riferimento ai legittimari), non è più soggetto, dopo l'apertura della successione del disponente, a collazione e riduzione (comma 4).

Da questa regola, che è forse quella che meglio fa emergere la complessità del nuovo istituto sia per struttura che per funzione, può dedursi che il legislatore attribuisce una rilevanza in via per così dire "straordinaria" ed anticipata a quello

---

<sup>98</sup> Così SICCHIERO G., *op. cit.*, p. 1266 ss. Cfr. però al riguardo le osservazioni di DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, *cit.*, pp. 356-357.

<sup>99</sup> Riguardo all'obbligo di liquidare (contestualmente o con atto successivo espressamente collegato al primo) i partecipanti non assegnatari, il problema reputato centrale in dottrina, anche ai fini della buona riuscita del patto di famiglia sul piano schiettamente pratico, è quello relativo alla possibilità che tale liquidazione sia effettuata dallo stesso disponente e non soltanto dagli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali, come invece risulta dalla lettera dell'art. 768-*quater*, comma 2, c.c. Pur trattandosi di una questione che ha subito diviso la dottrina, la tesi positiva sembra generalmente incontrare il favore degli autori: cfr. AGNELLO D., *La liquidazione dei diritti dei legittimari nel patto di famiglia*, in *Gazzetta Notarile*, 2010, pp. 38-41; PETRELLI G., *op. cit.*, p. 440 ss.; RECINTO G., *Patto di famiglia e liquidazioni operate dal disponente*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 166 ss., TASSINARI F., *op. ult. cit.*, pp. 166-169; MASCHERONI A., *op. cit.*, p. 27; TORRONI A., *op. cit.*, p. 472. In senso positivo cfr. altresì la ricostruzione di GERBO F., *op. cit.*, p. 1277 ss. *Contra*, invece, v. D'ALESSANDRO P., *Imputazione ex se, non riducibilità e esclusione dalla collazione delle attribuzioni giustificate dal patto di famiglia*, in LA PORTA U., *Il patto di famiglia*, *cit.*, p. 178 ss.; GAZZONI F., *op. cit.*, p. 225; MERLO A., *Il patto di famiglia*, *cit.*

che dovrebbe essere (almeno in parte) l'assetto familiare se, nel momento in cui si perfeziona il contratto, si aprisse la successione di colui che trasferisce - si noti, *inter vivos*<sup>100</sup> e con effetto immediato<sup>101</sup> - l'azienda o le partecipazioni societarie; e ciò per consentire comunque un contemperamento più o meno equo tra libertà di disposizione, ragioni di efficienza e conservazione dell'impresa e, non da ultimo, diritti (futuri) dei legittimari.

In un'ottica generale e sistematica, ci si potrebbe interrogare fin da ora sull'effettiva portata della novella del 2006 sulla effettiva mitigazione dei diritti dei legittimari o, diversamente, sulla persistenza, ineludibile, di una tutela "forte" degli stessi.

Anticipando alcune conclusioni sul punto, si potrebbe tuttavia ritenere che, al pari della precedente modifica degli artt. 561 e 563 c.c., l'intervento legislativo del 2006, pur cauto nell'affrontare il problema di una giustificazione attuale del divieto di cui all'art. 458 c.c. e (almeno finora) restio ad una riforma organica (in particolare) della successione necessaria, con il patto di famiglia abbia comunque nel suo insieme contribuito a scalfire il tradizionale primato della tutela dei legittimari, a tutto vantaggio dell'autonomia privata e, in misura ancor maggiore, della conservazione di beni "qualificati" dalla funzione produttiva e dall'interesse imprenditoriale (azienda e partecipazioni societarie), che oggi tendenzialmente assumono nuova e particolare rilevanza positiva.

---

<sup>100</sup> Sulla natura *inter vivos* del patto di famiglia, che tra l'altro produce effetti immediati e non rinviati al momento dell'apertura della successione, tanto da far escludere il ricorrere di un patto successorio istitutivo, pare via sia stata fin da subito concordia tra gli interpreti: v. per tutti DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, cit., p. 325 ss.; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 218; IEVA M., *Il patto di famiglia*, cit., p. 335 e autori citati *ivi*, alla nota 28. Del resto, che il patto di famiglia non integrasse un patto istitutivo risultava chiaro anche con riferimento alla prima stesura della nuova, originariamente doppia, disciplina, dovuta al gruppo di studio coordinato da Antonio Masi e Pietro Rescigno.

<sup>101</sup> Sebbene ai più non sembri sussistere ostacolo ad ammettere la possibilità di apporre al trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni un termine iniziale, anche coincidente con la morte del disponente, rendendo così tale trasferimento un effetto *post mortem* (ma non *mortis causa*) del contratto. In questo senso cfr. BALESTRA L. - MARTINO M., *I patti successori*, cit., pp. 159-162; DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, cit., p.328; SICCHIERO G., *op. cit.*, p. 1272; VITUCCI P., *op. cit.*, p. 459. Possibilista PENE VIDARI F., *Scioglimento, recesso e patologia del Patto di Famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., pp. 261-262. Anche IEVA M., *Il patto di famiglia*, cit., p. 342-343, ritiene l'ipotesi astrattamente ammissibile, ma difficilmente realizzabile sul piano applicativo.

Ma occorre riflettere con attenzione sulla effettiva portata e sul significato che assume una predisposizione “anticipata” di assetti patrimoniali conseguenti a una successione futura.

Sembra infatti di poter osservare che per suo tramite si finisca con l’assegnare in modo anticipato ed eccezionale, appunto, un significativo rilievo alla posizione di coloro che, per legami personali con il disponente (esattamente come avviene in relazione all’atto di opposizione alla donazione *ex art. 563, comma 4, c.c.*), sono (*rectius*: sarebbero) presi in considerazione come se fossero già legittimari ai sensi dell’art. 536 c.c., peraltro non avendone la sostanziale qualità.

Difficile, dunque, negare che la nuova normativa abbia tenuto ben presente e abbia voluto in qualche modo assicurare le ragioni di costoro in un momento anteriore rispetto all’apertura della successione, (al momento cioè della formazione del patto), anticipando così l’attribuzione di quella qualità. Altrettanto difficile però, se non impossibile, negare il carattere eccezionale della novella<sup>102</sup>.

Il discorso non sembra portare a diverse conclusioni nemmeno nella prospettiva di chi, perspicacemente, sottolinea il carattere complessivamente asistemico del nuovo istituto e, in rapporto ad esso, anche l’inadeguatezza di un discorso basato sui consueti canoni della “specialità” e della “eccezionalità”. Inadeguatezza dovuta alla frammentazione del sistema quale conseguenza dell’innovazione e, soprattutto, del particolarismo insiti nel patto di famiglia, tali da precludere all’interprete quel normale «(...) rapporto di comparazione tra norme in un quadro omogeneo e uniforme»<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Mettono in risalto l’eccezionalità della disciplina del patto di famiglia AMADIO G., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l’impresa*, cit., p. 69 ss.; ANDRINI M.C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, cit., p. 31; BARALIS G., *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell’azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio tra “ragioni” dell’impresa e “ragioni” dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l’impresa*, cit., p. 218 ss.; VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, cit., p. 453. Lo stesso IEVA M., *Commento all’art. 768-quater c.c. (commi 1,2 e 4)*, in AA.VV., *Il patto di famiglia*, Commentario a cura di S. Delle Monache, cit., p. 40 ss. (e in particolare p. 50), ID., *La disciplina del patto di famiglia e l’evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi*, cit., pp. 1090-1091, nonché ID., *Il patto di famiglia*, cit., p. 334 ss., propende nettamente per la natura di normativa eccezionale, in quanto tale insuscettibile di interpretazione analogica, elencando le numerose deroghe che l’istituto apporta ai principi generali dell’ordinamento, inclusa la deroga alla tutela “reale” dei diritti dei legittimari, per poi affermare conclusivamente che «(...) l’approccio ermeneutico più corretto appare quello di evitare interpretazioni che allarghino la sfera applicativa della disciplina al di là dei confini della fattispecie fissati dalla legge» (p. 346).

<sup>103</sup> Per queste osservazioni v. ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, pp. 436-437.

In realtà, il patto di famiglia sembra rispondere a una finalità “particolare” che è quella di fornire alla prassi uno strumento per un ponderato passaggio generazionale dell’impresa, rispetto alla quale i profili di tutela (in senso lato) dei legittimari, così come emergono dalla nuova disciplina, non sono altro che i riflessi (peraltro, inevitabili) della necessità, si potrebbe dire, che il contratto realizzi la propria *causa*, affinché si possa raggiungere lo scopo - essenzialmente “pratico” - di dare piena stabilità all’assetto di interessi regolato dal patto, in netta contrapposizione con regole e principi del diritto successorio.

A conferma di quanto detto possono essere portati ad esempio, sia la peculiare disciplina in tema di impugnazione del patto, che di fatti fissa in un solo anno il termine di prescrizione dell’azione di annullamento per vizi del consenso (art. 768-*quinquies* c.c.), sia la discussa disposizione dell’art. 768-*sexies*, comma 1, c.c., a tenore della quale non è consentito neanche ai legittimari c.d. sopravvenuti di rimettere successivamente in gioco il trasferimento dei beni e, più in generale, il contenuto del patto di famiglia.

Sembra dunque giustificata l’osservazione che, con l’introduzione del patto di famiglia, non sia stato direttamente o indirettamente attuato un rafforzamento significativo della tutela dei legittimari né, tanto meno, una possibile rilevanza *ex ante* della loro posizione avverso gli atti dispositivi e potenzialmente lesivi posti in essere dal c.d. *de cuius*.

È semmai vero che la novella del 2006 ha semplicemente posto una regolamentazione specifica e settoriale, volta a consentire in modo trasparente ed immediato una possibilità di esplicazione in più all’autonomia privata anche nel senso della pianificazione successoria.

Ciò sulla base dell’interesse, sicuramente meritevole di tutela e di carattere generale, a favorire la trasmissione intergenerazionale dell’impresa onde evitarne la disgregazione o l’impoverimento<sup>104</sup>.

Per questo il fondamento giustificativo del patto sembra in ultima istanza rinvenibile nella *logica dell’impresa*, che prevale su quella della famiglia<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Per una esaustiva disamina della rilevanza e dell’articolazione degli interessi coinvolti nella successione nell’impresa v., di recente e per tutti, ZANCHI G., *Trasmissione intergenerazionale della ricchezza d’impresa e autonomia privata*, Padova, 2011 (in particolare, p. 19 ss.).

La considerazione normativa dei diritti eventuali di coloro che in un tempo futuro potrebbero essere legittimari dell'imprenditore, si pone dunque solo in funzione della concretizzazione degli interessi specificatamente sottesi al patto di famiglia, non come fine ad essi preordinato, il tutto secondo un disegno che, da una parte, ha di mira (o, almeno, auspicabilmente dovrebbe avere di mira), l'equilibrio e la ragionevolezza complessiva, mentre dall'altra tende soltanto ad assicurare per quanto più possibile l'irreversibilità e l'intangibilità del contenuto del contratto avendo riguardo alla preminente tutela dell'impresa<sup>106</sup>.

Appare infatti ovvio che la stabilità e l'efficienza del patto di famiglia, proprio in relazione alle severe norme poste a tutela dei legittimari, se non impossibile, sarebbe altrimenti difficilmente raggiungibile<sup>107</sup>.

Anzi, si deve aggiungere che senza l'introduzione di una regolamentazione espressa, stante il perdurare del divieto di patti successori, il risultato avuto di mira dal Legislatore del 2006 non sarebbe mai stato raggiungibile dall'autonomia privata negli stessi termini e in via altrettanto diretta<sup>108</sup>: basti pensare alla richiamata centralità (e alla novità) della previsione dell'art. 768-*quater*, ult. co.,

---

<sup>105</sup> Cfr. ancora ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 440, la quale in definitiva afferma che il patto di famiglia è un contratto funzionale all'attività dell'impresa, che risponde all'esigenza di pianificazione del disponente. L'idea, con più o meno accentuazioni, risulta sostanzialmente condivisa in dottrina. Cfr. per tutti le parole di CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, p. 32: «*Bisogna anzi prendere atto, senza ipocrisie, che proprio l'interesse, di carattere generale, alla promozione dell'attività d'impresa, piuttosto che quello, privato, di ciascun imprenditore, alla autoregolamentazione del proprio assetto patrimoniale, costituisce il vero fondamento del nuovo istituto (...)*».

<sup>106</sup> Emblematiche in questo senso anche le parole di ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 271: «*(...) il Patto di famiglia potrebbe essere annoverato tra le regole del diritto privato d'impresa e testimoniare la "ricommercializzazione del diritto commerciale" (anche) nel settore delle successioni mortis causa*».

<sup>107</sup> Cfr. altresì le osservazioni di ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 439: secondo l'A. «*(...) la disciplina del patto di famiglia viene a porsi quasi come una disciplina di chiusura, che subentra in mancanza di norme atte a consentire analoghi risultati di governabilità (...)*».

<sup>108</sup> Prima dell'introduzione del patto di famiglia, infatti, ben pochi erano gli strumenti a disposizione dei privati per ottenere effetti anche solo simili (soprattutto in termini di sicurezza e stabilità dell'acquisto): esclusa per ovvi motivi la donazione, per ottenere l'effetto del trasferimento unitario del bene azienda o delle partecipazioni societarie, in funzione successoria, si poteva (e si può, del resto ancora oggi) fare riferimento al legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.), se opportunamente congegnato, oppure alla divisione del testatore ex art. 734 c.c. Si noti però la natura inevitabilmente *mortis causa* di entrambe le fattispecie richiamate e la conseguente operatività, se del caso, della riduzione (e, nel caso specifico della divisione del testatore, anche della nullità ex art. 735 c.c.). In generale, però, in tutti i casi in cui i beni ereditari non sono sufficienti per soddisfare tutti i legittimari, gli strumenti indicati non sono in grado di costituire una vera soluzione al problema, lasciando il solo beneficiario arbitro delle sorti della disposizione.

c.c., per cui le assegnazioni fatte a mezzo del patto di famiglia non sono soggette a collazione e a riduzione, effetto preclusivo tipico e caratteristico del patto.

In definitiva, emerge ancora una volta che le ragioni della tutela dei diritti dei legittimari non sono in collegamento funzionale diretto né con il patto di famiglia, rispetto al quale sono semmai subordinate, né tantomeno con il divieto dei patti successori, in primo luogo istitutivi<sup>109</sup>.

Occorre infatti rilevare che l'evidente finzione dell'anticipata apertura della successione (art. 768-*quater*, comma 1, c.c.) è prevista dal legislatore al limitato scopo del calcolo delle quote di legittima spettanti a coloro che sono (o, meglio, saranno o potrebbero essere) legittimari ma non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie<sup>110</sup>, senza escludere, tuttavia, in linea più generale, il risultato di non poco conto di assicurare la tenuta complessiva del regolamento negoziale anche quando, persino a distanza di molti anni, si aprirà la successione dell'imprenditore<sup>111</sup>.

Come a ribadire che la tutela dei diritti dei legittimari non è il fine, ma semmai solo il mezzo di cui si serve la nuova normativa per far sì che il patto di famiglia funzioni in maniera proficua e consona agli scopi per cui è stata introdotta, al

---

<sup>109</sup> Anche la modifica dell'*incipit* dell'art. 458 c.c., per il modo in cui è stata formulata, in realtà può essere considerata persino superflua o fuorviante, in quanto il patto di famiglia per l'opinione che va consolidandosi non si pone come vera eccezione al divieto di patti successori (almeno, di quelli istitutivi). Al riguardo v., esempio autorevole per tutti, DE NOVA G., in DE NOVA G. - DELFINI F. - RAMPOLLA S. - VENDITTI A., *Il patto di famiglia*, cit., p. 5, il quale considera la correlata modifica dell'art. 458 c.c. «(...) frutto di un equivoco»; cfr. altresì CACCAVALE C., *op. ult. cit.*, p. 45, secondo cui «In definitiva, la deroga, che nel citato art. 458 viene contemplata in relazione al nuovo istituto, è da ascrivere soprattutto ai timori del legislatore di poter tradire la coerenza del sistema o, forse, più plausibilmente, al suo scarso interesse per le ricostruzioni dottrinali»

<sup>110</sup> Così, in sostanza, PETRELLI G., *op. cit.*, p. 433 e, seppur ad altri fini, anche TRIMARCHI G. A. M., *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., p. 155 ss., in particolare, p. 170.

<sup>111</sup> Un risultato, quello di stabilizzare gli effetti del patto in un momento antecedente la successione del disponente, invero non del tutto raggiunto (e, forse, per sua intima caratteristica, nemmeno raggiungibile): come fa notare ad esempio DELFINI, in DE NOVA G. - DELFINI F. - RAMPOLLA S. - VENDITTI A., *Il patto di famiglia*, cit., p. 31, resta del tutto aperta la questione, non considerata dal Legislatore, relativa all'eventuale successiva perdita dello "status" di legittimario (*rectius*: relativa al mancato acquisto, effettivo all'apertura della successione, della qualifica di legittimario) da parte di colui che è intervenuto al patto e ha già ottenuto la liquidazione prevista dall'art. 768-*quater* c.c.

contempo realizzando l'interesse privato del disponente (e dell'assegnatario), nonché l'interesse generale alla conservazione dell'impresa<sup>112</sup>.

Il fine precipuo e il fondamento del patto, anche laddove si voglia intravedere in esso il profilo (in deroga al divieto) di un vero e proprio patto successorio<sup>113</sup>, non pare quindi essere la tutela dei legittimari, che rappresenta semmai l'ostacolo che nel suo complesso la nuova disciplina intende superare, non potendolo eludere o eliminare.

La *fiction* dell'apertura in via anticipata di una successione *mortis causa*, prevista in via di eccezione, lascia allora impregiudicato l'assunto di portata generale, più volte ribadito, secondo cui il coniuge, i figli e, in mancanza di questi, gli ascendenti (art. 536 c.c.), sono effettivamente *legittimari se, e soltanto se, esistenti* come tali allorché la successione del *de cuius* si apre.

---

<sup>112</sup> Palese, del resto, risulta la *ratio* della nuova disciplina che traspare dalla relazione di accompagnamento alla legge n. 55/2006, in cui risulta al primo posto la considerazione della «(...) necessità di garantire la dinamicità degli istituti collegati all'attività d'impresa, assicurando la massima commerciabilità dei beni nei quali si traduce giuridicamente l'attività stessa (...)», nonché la possibilità «(...) per l'imprenditore di disporre in vita della propria azienda in favore dei propri discendenti e della sorte delle partecipazioni sociali, al fine di garantire agli assetti societari l'esclusione di interferenze da parte della disciplina successoria». Cfr. VERDICCHIO V., in DI MAURO N. - MINERVINI E. - VERDICCHIO V., *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55, cit.*, pp. 13 e 73 ss.

<sup>113</sup> Escluso il patto successorio istitutivo, secondo la prevalente della dottrina (v., già tra i primi commentatori, AMADIO G., *op. ult. cit.*, p. 71; DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia, cit.*, p. 325 ss.; LUPETTI M. C., *op. cit.*; MERLO A., *op. cit.*, OBERTO G., *op. cit.*, p. 62 ss.; PETRELLI G., *op. cit.*, p. 406; PISCHETOLA A., *Il patto di famiglia a confronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento, in Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, p. 306 ss.; tuttavia, secondo BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia, cit.*, p. 373, il patto di famiglia potrebbe essere configurato sia come contratto *inter vivos* che come contratto *mortis causa*), nell' "economia" del patto di famiglia sarebbe comunque ravvisabile un patto dispositivo tra discendente assegnatario e partecipanti non assegnatari ("legittimari"), almeno qualora in concreto sia il primo (e non il disponente, come la legge sembrerebbe invece intendere) a liquidare le spettanze dei secondi. Infatti, accettando tale liquidazione i "legittimari" finirebbero per trasferire dietro corrispettivo all'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni la loro quota di legittima relativa a quei beni, di fatto, disponendo così di diritti che potrebbero loro spettare su una successione non ancora aperta. Non solo, nel caso opposto in cui i "legittimari" dovessero rinunciare alla liquidazione della loro quota (art. 768-*quater*, comma 2, c.c.) si sarebbe di fronte a un vero e proprio patto successorio rinunziativo. *Contra* v. però BONAFINI A. L., *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio, cit.*, p. 1204; CACCAVALE C., *op. ult. cit., ibidem*; PALAZZO A., *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato, cit.*, p. 266 ss.; BONILINI G., *Patto di famiglia e successioni mortis causa, cit.*, p. 392. Con argomentazioni forse un po' troppo deboli (considerazione come bene ereditario e partecipazione dei legittimari in pectore), ORLACCHIO G., *op. cit.*, p. 71 ss., considera il patto di famiglia un patto successorio e, al riguardo, parla di una parziale deroga al divieto.

Lo stesso tenore letterale del primo comma del citato art. 768-*quater* c.c. («*coloro che sarebbero legittimari ...*») ne pare la conferma<sup>114</sup>.

Semmai, nell'ambito della sola disciplina particolare del patto di famiglia, si potrebbe parlare di un "sottosistema" di tutela dei legittimari<sup>115</sup> (peraltro, "relativo") che, a conti fatti, - visto il suo carattere di "specialità" o di "asistematicità" - non pare avere riflessi diretti sul discorso qui tutto incentrato sul problema del fondamento e della funzione del divieto di patti successori.

Se si tiene presente ciò, si può ribadire che ancor prima dell'apertura della successione il rilievo del matrimonio - rapporto o della parentela nei confronti del disponente vale solo ai limitati fini della piena realizzazione della funzione del patto di famiglia *ex* art. 768-*bis* c.c., affinché il trasferimento di quei beni effettuato in vita non sia poi travolto, dopo la morte, dalle azioni intraprese dai legittimari del disponente, qualora essi risultino lesi o del tutto pretermessi.

Patto di famiglia che per sua intima natura è volto ad espungere quei trasferimenti di beni produttivi dalla futura vicenda successoria e, per ciò stesso, non può che complessivamente anticipare e stabilizzare gli effetti di tali trasferimenti a un momento antecedente la morte del disponente, al fine di assicurare un più lineare e ottimale passaggio generazionale dell'attività d'impresa.

Tra l'altro nulla esclude che un problema di lesione e, quindi, di tutela dei legittimari partecipanti al patto si possa porre in concreto a successione aperta, sia pure con riferimento ad altri, distinti beni dell'imprenditore in esso non compresi, nonostante l'antecedente stipulazione di un patto di famiglia<sup>116</sup>.

Quel che più importa, allora, è che il nuovo istituto e, sul medesimo versante, il novellato art. 563 c.c., non sembrano neanche utili a fondare una diversa giustificazione della situazione in cui vengono a trovarsi i legittimari (e, comunque, i successibili in genere) prima dell'apertura della successione.

---

<sup>114</sup> In senso contrario cfr. invece NATALE A., *op. ult. cit.*, p. 201; DOSSETTI M., *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>115</sup> Cfr. LAUS F., *Profili oggettivi di tutela dei legittimari nel patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 722.

<sup>116</sup> Per le questioni attinenti ai rapporti tra patto di famiglia e successione del disponente v. in particolare BONILINI G., *op. ult. cit.*, p. 394 ss.

Costoro, in altri termini, *non* sono (quanto meno alla luce delle nuove regole introdotte), titolari di una *aspettativa di diritto*<sup>117</sup>.

E quanto ora si afferma può essere ulteriormente giustificato osservando che: l'oggetto degli atti di disposizione e, in particolare, delle rinunce oggi ammesse *ex art. 768-quater*, c.c. nell'ambito della disciplina del patto di famiglia e dell'atto di opposizione alla donazione *ex art. 563*, comma 4, c.c. non costituisce affatto uno "specifico diritto ereditario", ma, in entrambi i casi, si tratta di diritti diversi, attuali e autonomi, che in vita del *de cuius* sorgono *iure proprio* in seguito alla espressa previsione legislativa; diritti che forse non avrebbero nemmeno più ragione di esistere, così come sono configurati, nel momento in cui la successione sia aperta.

Non si tratta, allora, di manifestazioni dell'esistenza di un'aspettativa ereditaria giuridicamente rilevante in quanto tale, in capo al legittimario, ma di diritti soggettivi perfetti e già esistenti che, lungi dallo stravolgere l'impianto del sistema successorio, sono assicurati dalla legge in vista della realizzazione di altri interessi meritevoli di tutela: *id est*, la libera circolazione dei beni di provenienza donativa e la trasmissione generazionale dell'impresa<sup>118</sup>.

Tali interessi sono estranei o comunque sovraordinati rispetto al fine precipuo della tutela dei diritti assicurati ai legittimari, trattandosi piuttosto di una tipizzazione, se vogliamo, di situazioni giuridiche soggettive (diritto all'opposizione alla donazione e diritto alla liquidazione anticipata della quota), come *strumenti correttivi* attraverso cui il Legislatore, evidentemente, ritiene di attuare il bilanciamento dei diversi interessi in gioco, senza però operare eccessivi stravolgimenti del sistema.

---

<sup>117</sup> Cfr. FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 205, secondo il quale l'aspettativa necessita che l'ordinamento predisponga particolari misure di tutela affinché la stessa possa tradursi in un rapporto giuridico rilevante. Nello stesso senso già NICOLO' R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 37 ss., il quale spiega anche come non sia esatto considerare la posizione del successibile in termini di "situazione giuridica virtuale" o di "diritto eventuale", secondo le formule proposte, rispettivamente, da CESARINI SFORZA W., *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1930, p. 121, e da DEMOGUE R., *Des droits éventuels. Hypothèses ou ils prennent naissance. Nature et effets*, (estratto dalla *Revue trimestrielle de droit civil*), Parigi, 1906.

<sup>118</sup> *Contra* NATALE A., *op. ult. cit.*, p. 190 ss., il quale riprende nella sostanza la tesi del diritto eventuale risalente a René Demogue (cfr. nota precedente) e, in Italia, sostenuta in particolare da MESSINA G., *Sui cosiddetti diritti potestativi*, in *Studi in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, p. 327 ss.; ID., *Diritti potestativi*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 738 ss.

In particolare, il soggetto “potenziale” o “futuro” legittimario, che al momento della stipula del patto di famiglia può essere considerato soltanto come un “*legittimario virtuale*” pur essendo sicuramente ma altrettanto genericamente interessato alla futura successione, può comunque decidere di conseguire o viceversa rinunciare, alla liquidazione che gli spetta in virtù del contratto - e, sul medesimo piano, esperire o rinunciare all’atto di opposizione alla donazione in vita del donante - soltanto perché vi sono due apposite norme, assolutamente singolari, che gli conferiscono facoltà che non possono essere considerate propriamente connesse alla successione *mortis causa* del disponente<sup>119</sup>.

E ciò per la semplice constatazione che quella successione non si è ancora aperta e la sopravvivenza dell’ereditando è, al contrario, la prima condizione necessaria affinché possano operare i meccanismi - se vogliamo, “correttivi” o “riequilibrativi” - previsti dagli artt. 768-*quater* e 563, comma 4, c.c.

Essendosi comunque fuori dalla successione, a prescindere dall’ammissibilità nel nostro ordinamento (e, in ogni caso, da una certa relatività) della categoria della *successione anticipata*<sup>120</sup>, per descrivere questa peculiare situazione non è tuttavia possibile ricorrere alla figura dell’aspettativa ereditaria.

In questo senso, il legame con gli stessi concetti di successione e acquisto a causa di morte - per quanto ampio lo si voglia intendere<sup>121</sup> - sembra qui troppo labile e non certo risolutivo.

Piuttosto, se si volesse tentare una ricostruzione in termini di situazioni giuridiche soggettive, con specifico riguardo alla fattispecie emergente dall’art. 768-*quater* c.c. (diritto alla liquidazione della quota), si potrebbe forse far riferimento a un vero e proprio diritto soggettivo che trova la sua specifica origine nel patto di famiglia, ed al quale è strumentalmente connesso.

---

<sup>119</sup> Cfr. anche BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, cit., p. 390: «Non si dà successione mortis causa, invero, là dove il titolare dei rapporti sia ancora in vita (...)»

<sup>120</sup> Sul concetto di successione anticipata come “categoria” diversa dalla successione futura v. AMADIO G., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, cit., p. 74. Sul tema v. altresì ZOPPINI A., *L’emersione della categoria della successione anticipata*, in *Patti di famiglia per l’impresa*, cit., p. 270 ss. *Contra* v. però DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, cit., p. 346 ss.

<sup>121</sup> Sul concetto di “successione” si rinvia, per tutti, a CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 5 ss.

Un diritto soggettivo il cui esercizio, in sostanza, esclude che si possa ridiscutere o alterare il peculiare assetto negoziale predisposto in vita dall'ereditando per realizzare, almeno in parte, se si condivide tale impostazione, la sua "anticipata successione", attraverso l'uso di uno strumento di per sé diverso da quelli che, per tradizione, regolano e realizzano una successione *mortis causa*.

Riguardo all'effettiva natura del diritto alla liquidazione anticipata della quota, sicuramente disponibile, sembra dunque adeguata la qualificazione in termini di vero e proprio diritto di *credito ex lege*.

Il credito alla liquidazione, anche se espressamente considerato unilateralmente rinunciabile da parte del titolare, deriva infatti direttamente dalla legge e la regola che lo prevede non sembra in alcun modo derogabile dalle parti o, in particolare, da un accordo preventivo tra il solo disponente e l'assegnatario.

Con riguardo, invece, all'atto di opposizione alla donazione *ex art. 563*, comma 4, c.c. sembra perfettamente calzante la considerazione della previsione normativa in termini di *onere*<sup>122</sup> che, secondo quanto già osservato, di certo non amplia la rilevanza e la tutela del legittimario a fronte di donazioni potenzialmente lesive, ma semmai la diminuisce e la relativizza, a dimostrazione che la posizione *ante mortem* di attesa in senso meramente fattuale non si "trasforma" in un'aspettativa in senso tecnico (e come tale) tutelata dall'ordinamento.

Sebbene con una certa dose di prudenza, si precisa che almeno in superficie sembrano sussistere tutti gli indici idonei a ricondurre il diritto di fare opposizione alla donazione nel novero della discussa ma generalmente riconosciuta categoria dei *diritti potestativi* (in questo caso) *ex lege*<sup>123</sup>.

Esclusa in tale modo e per queste ragioni la possibilità di ricondurre (anche in virtù delle recenti modifiche normative) la posizione dei legittimari nell'ambito dell'aspettativa di diritto, i dubbi sulla bontà della conclusione cui si cerca di pervenire per prospettare motivi di dissenso nei confronti della tesi che correla divieto di patti successori e tutela dei legittimari, e delinea tra essi una subordinazione del primo nei confronti della seconda, sembrano ulteriormente

---

<sup>122</sup> Cfr. VITUCCI P., *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, cit., p. 571 ss.

<sup>123</sup> Al riguardo cfr. MESSINA G., *Sui cosiddetti diritti potestativi*, cit.; NATOLI U., *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 101 ss.; PULEO S., *I diritti potestativi, individuazione delle fattispecie*, Milano, 1959; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali*, cit., p. 72.

attenuarsi e non poco se si accoglie l'idea, che una parte della dottrina avanza, che la disponibilità del diritto alla liquidazione in seno al patto di famiglia costituisca un'eccezione (almeno) al divieto di patti successori dispositivi e rinunziativi.

In questo senso, se ci si sofferma sulla considerazione che, in tal caso, l'ammissibilità (pur "eccezionale") di un patto successorio opera a tutto vantaggio dei legittimari medesimi, non si spiega più, ancora una volta, come e perché il divieto generalmente posto dall'art. 458 c.c. debba essere posto in funzione della stessa tutela dei legittimari: una tale affermazione rischia ad avviso di chi scrive di apparire una contraddizione logica.

Ed infatti dall'art. 768-*quater* c.c., sempre che in esso si individui un patto dispositivo e un eventuale patto rinunziativo da parte dei potenziali legittimari coinvolti, emerge semmai esattamente il contrario: non è la proibizione, ma è l'eccezionale previsione dell'ammissibilità di patti sulla successione futura altrui (anche se non sono patti istitutivi), ad essere invero funzionale ad assicurare una forma di tutela speciale e anticipata a coloro che abbiamo chiamato "*legittimari virtuali*", sebbene ad avviso di chi scrive si tratti pur sempre di una forma di tutela relativa o, comunque, limitata in funzione del patto di famiglia; tutela certamente diversa da quella tradizionalmente "forte" e "assoluta" dei legittimari<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Non a caso, infatti, parte della dottrina preferisce oggi parlare di una legittima "relativa" (così, in particolare, AMADIO G., *op. ult. cit., ibidem*) e, addirittura, con riferimento precipuo alla disciplina del patto di famiglia, di una distinta e autonoma legittima "anticipata" (così TASSINARI F., *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 161).

## *2.2 - Prime conclusioni intorno al carattere sostanzialmente asistematico del divieto dei patti successori*

Nel tentativo di trarre alcune prime conclusioni, è adesso opportuno adottare nuovamente una visuale più ampia.

Innanzitutto, si impone una presa di posizione sull'opportunità o meno di mantenere ancora fermo, nel nostro sistema, un divieto generale di convenzioni pattizie così come codificato nell'art. 458 c.c.

Anche se si considera la norma come un relitto storico in attesa di rimozione, il problema dell'individuazione delle ragioni giustificative del divieto - che, ai fini dell'esatta sua applicazione, non può essere ignorato, soprattutto nella prassi - permane. Il che, di per sé, forse non rende del tutto inutile la prosecuzione della ricerca.

A tal fine, tuttavia, lo studio della disposizione deve, ad avviso di chi scrive, procedere su distinte (ma connesse) linee d'indagine: (a) la ricostruzione sul piano storico, che si rileva fondamentale per capire la genesi e la *ratio* della norma; (b) l'analisi dei singoli patti vietati, giacché, come sembra possibile sostenere, i patti istitutivi non sono di per sé assimilabili ai patti dispositivi e rinunziativi; occorre delineare con estrema chiarezza, insomma, le peculiarità di ciascuna categoria codificata, sottolineando, tuttavia ed almeno, che cosa nella sostanza distingue i patti dispositivi e rinunziativi dai patti istitutivi.

Inoltre, ogni discorso intorno alla norma che nel sistema vieta i patti sulle successioni future e che assume rilievo in rapporto alle più variegate vicende negoziali - anche a prescindere, come si vedrà *infra*, dalla natura propriamente *mortis causa* o *inter vivos*, o dall'efficacia immediata o *post mortem* delle stesse - che siano capaci di sfuggire o meno al divieto, comporta una constatazione di fondo.

Vi è la necessità, prima di tutto logica, di vagliare una serie di negozi che, in comune tra loro, presentano il fatto di perfezionarsi sempre e comunque in via anticipata - e, dunque, il fatto di "esistere", acquistando un'efficacia vincolante - ben prima del verificarsi dell'evento della morte di (almeno) uno dei contraenti.

Stante il generale principio ricavabile dagli artt. 1329, comma 2 e 1330 c.c., infatti, è ovviamente impensabile la conclusione di un qualunque "patto" o

contratto, - intercorrente tra il disponente-*de cuius* e un qualsiasi beneficiario - dopo la morte del primo.

Se così è, ancora una volta non sembra potersi arguire, contro la dottrina più recente, che il fondamento del divieto dei patti successori risieda nella logica necessità di tutela dei legittimari<sup>125</sup>.

Nelle circostanze che in genere fanno da sfondo a ogni vicenda di pianificazione, *lato sensu*, successoria non esistono, né possono esistere sul piano giuridico, soggetti che abbiano già acquistato, a tutti gli effetti, la qualifica di legittimario e che, in qualche modo, proprio “in quanto legittimari” possano spenderla, ad esempio azionandola direttamente avverso il patto successorio reputato lesivo delle loro spettanze.

Per questo, prima dell’apertura della successione, tenuto conto dell’inesistenza di un’aspettativa ereditaria, in relazione a quelle nuove norme che impongono in qualche modo la loro considerazione “anticipata”, si è parlato soltanto di *legittimari virtuali*.

Nondimeno, dopo l’apertura della successione la tutela dei legittimari è sempre e comunque rimessa alla libera scelta degli stessi interessati.

Ciò è confermato, da ultimo, anche dalla normativa su richiamata in materia di patto di famiglia e di opposizione alla donazione: i potenziali legittimari possono liberamente scegliere di rinunciare alla liquidazione prevista a loro vantaggio dall’art. 768-*quater* c.c., così come gli stessi possono liberamente decidere di non opporsi alla donazione *ex art.* 563, comma 4, c.c.

È dunque chiaro che, qualunque sia l’angolo di visuale prescelto, la tutela dei legittimari, oggi più che mai non è un “valore” preminente, che l’ordinamento intende attuare incondizionatamente.

In sé, la tutela dei legittimari può dirsi “autosufficiente” e non richiede certo necessariamente che il legislatore (per ragioni forse poco chiare e difficilmente condivisibili, ma sicuramente ben diverse dall’esigenza di protezione degli interessi dei legittimari), vieti del tutto i patti successori, comminandone la radicale nullità.

---

<sup>125</sup> Infatti, in generale, per FERRI L., *op. ult. cit.*, p. 82, «Una tutela, anche indiretta, nella fase che precede l’apertura della successione, manca pure al legittimario».

Tanto che, estremizzando da un solo lato il presunto parallelo tra divieto di patti successori e istituto della legittima, viene quasi da azzardare l'idea che nell'art. 458 c.c. sia (in senso figurato) nascosta una vera e propria disparità di trattamento, a svantaggio di successibili formalmente in pari posizione.

Infatti, se il disponente lede la quota di legittima a mezzo di un atto integrante una liberalità o una "normale" disposizione testamentaria, il rimedio è dato esclusivamente dall'azione di riduzione, comunque esperibile soltanto dopo l'apertura della successione; se, invece, la lesione è prodotta a mezzo di un vero e proprio patto successorio, indipendentemente dal momento dell'apertura della successione (necessariamente successivo), il rimedio è immediatamente esperibile ed è quello della nullità, tra l'altro azionabile da chiunque vi abbia interesse, con effetti e conseguenze anche pratiche ben diverse.

Certamente, in quest'ottica, si potrebbe dire che il legittimario ha il vantaggio di vedersi "anticipata" la propria "difesa", e altresì quello di non subire rischi e costi connessi a una eventuale, successiva, azione di riduzione e, soprattutto, di restituzione nei confronti di terzi aventi causa dal beneficiario della disposizione lesiva.

In seguito alla declaratoria di nullità, infatti, occorre considerare il bene oggetto del patto successorio nullo come mai uscito dal patrimonio del *de cuius*: ciò, tuttavia, non pare affatto risolutivo nel senso della tesi qui criticata.

Tale ultima riflessione contribuisce piuttosto a dimostrare che un effettivo legame funzionale tra la tutela dei legittimari e i patti successori di fatto non sussiste: la stessa lesione (quantitativa) della quota di legittima è propriamente esistente e verificabile soltanto dopo la morte del *de cuius* e, di conseguenza, ciò riporta alla considerazione di base che l'intero sistema di tutela dei legittimari opera con riferimento all'apertura della successione e mai prima di tale momento (come a dire che i conti si fanno sempre e soltanto al momento della morte), salva la limitata eccezione introdotta con il patto di famiglia.

Non così è, invece, per quanto concerne la generalizzata operatività del divieto di patti successori, che appunto sanziona di nullità il negozio a prescindere dall'idoneità dello stesso a provocare, ora per allora, una lesione di legittima.

Volendo allora riassumere, traendone le debite conclusioni, le osservazioni fin qui svolte: (a) data la normale irrilevanza<sup>126</sup>, prima dell'apertura della successione, della situazione in cui si trovano coloro che sono designati dall'art. 536 c.c. come "legittimari", non contraddetta, come sopra visto, nemmeno dai nuovi artt. 563, comma 4 e 768-*quater*, c.c.; (b) data l'impossibilità di configurare un divieto assoluto e imperativo di atti lesivi di legittima, tanto che le disposizioni lesive, a prescindere dalla loro struttura, non sono di per sé affette da nullità; (c) constatata l'estrema difficoltà di rapportare anche le distinte figure di patti successori dispositivi e rinunziativi all'ambito, di per sé discusso, delle liberalità (in riferimento all'art. 809 c.c.); (d) vista, comunque, l'impossibilità di individuare in senso generalizzato nella categoria del patto successorio una corrispondenza biunivoca con il concetto di lesione di legittima, peraltro riscontrabile concretamente solo a successione aperta; (e) sottolineata la disarmonia sistematica insita nel raffronto tra nullità del patto successorio e riducibilità delle disposizioni lesive di legittima; (f) escluso il rilievo del principio di unità della successione ai fini della questione; (g) verificato, nel complesso, il diverso modo di operare del sistema di reintegrazione dei diritti dei legittimari, allora come primo, parziale risultato della presente indagine si può ragionevolmente sostenere che un'effettiva relazione funzionale tra il divieto dell'art. 458 c.c. e la tutela dei legittimari nel nostro ordinamento non sussiste e, soprattutto, che il regime della successione necessaria non è in grado di fornire un'adeguata giustificazione a siffatto divieto. Che poi il solo fatto di disporre in vista della propria successione a mezzo di una variegata congerie di atti - si tratti o meno di veri atti *mortis causa* o di liberalità *inter vivos*: dirette o indirette, simulate o meno - integri un patto successorio e sia vietato dall'ordinamento rimane tutto da dimostrare<sup>127</sup>, così come è da dimostrare

---

<sup>126</sup> Il che, peraltro, non significa affatto "indifferenza" dell'ordinamento nei confronti dei successibili in genere ma, semmai, contribuisce a sancire una differenza concettuale tra "irrilevanza" giuridica e pura e semplice "indifferenza" (ciò che, in effetti, non è, non potendo dirsi che nei riguardi dei successibili e dei legittimari in particolare l'ordinamento si dimostri del tutto indifferente): a questo riguardo v. giustamente le osservazioni di NATALE A., *op. ult. cit.*, p. 189.

<sup>127</sup> Un cenno alla disciplina positiva dell'istituto della *collazione*, tipico della divisione ereditaria (artt. 737 ss., c.c.), già pare significativo in senso esattamente contrario, almeno se si concorda con la tesi - forse oggi prevalente in dottrina (v. per tutti CAPOZZI G., *op. cit.*, 2, p. 1376 e autori *ivi* citati) - di chi ravvede il fondamento della collazione, in rapporto al suo scopo pratico, proprio in quella sorta di anticipazione dell'eredità che viene attuata a mezzo dell'atto di liberalità, così che i beni oggetto della liberalità - se non risulta la dispensa da

che l'intento di disporre in maniera "alternativa" al testamento sia necessariamente un espediente illecito (frode) per aggirare il divieto espresso nell'art. 458 c.c.

Viceversa, può darsi per già dimostrato che, per questa strada, non si attenda alla tutela dei legittimari in modo altrettanto diretto e inammissibile.

Salvo quanto si avrà modo di precisare (come è doveroso) oltre, si ritiene che quell'intervento riformatore del divieto *ex art. 458 c.c.* - da più parti e così a lungo sollecitato da sembrare ormai improcrastinabile - possa e debba essere sganciato dalle remore che un'eccessiva attenzione al profilo della tutela dei legittimari rischia altrimenti di comportare, sebbene ciò non debba certo significare una minor attenzione per gli aspetti sistematici o, peggio, spingere a trascurare una imprescindibile visione globale degli istituti di diritto successorio.

Materia che, dopo lunghi anni di sostanziale immobilismo, attualmente sembra vivere uno *scontro* tra i diversi interessi sottesi alla proprietà "al plurale"<sup>128</sup> (e all'autonomia di disposizione delle stesse), alle "famiglie", alla libera circolazione dei beni e - mai come oggi, in una dimensione allargata a livello europeo - all'efficienza economica di ogni soluzione giuridica, preludio (sperato) di una nuova stagione di organica riforma che finalmente favorisca un proficuo *incontro* tra questi interessi.

---

parte del donante - devono essere considerati alla stregua di un acconto, se non addirittura il saldo, della quota ereditaria (così anche TORRONI A., *Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., p. 46). Tra l'altro, per la dottrina che può dirsi prevalente (per tutti v. FORCHIELLI P. - ANGELONI F., *Della divisione (art. 713-768)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000, p. 504; BURDESE A., *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XII, 5, Torino, 1980, p. 309; SICLARI R., *La collazione*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., 2, p. 310, cui *adde* gli autori *ivi* citati alla nota 236), la dispensa da collazione da parte del donante rappresenterebbe proprio una deroga legislativamente prevista al divieto di patti successori, in quanto negozio *mortis causa* a struttura *inter vivos*. Occorre comunque tener presente che, più in generale, il fondamento e la natura della collazione pongono alcune delle questioni più tormentate e di difficile soluzione in materia successoria: così SICLARI R., *La collazione*, cit., p. 249 ss. (ma per un approfondimento dell'istituto si veda altresì ID, *Il fenomeno collatio tra legge e volontà: a proposito della collazione c.d. volontaria*, Torino, 2005). Nella stessa prospettiva della rilevanza di una anticipata successione, nel senso sopra visto, si pone chiaramente l'istituto del patto di famiglia, "sintomo" più evidente, oggi, di una diversa considerazione anche da parte del Legislatore dei diritti dei legittimari e presa d'atto del rilievo, almeno nello specifico ambito imprenditoriale, delle esigenze di pianificazione successoria.

<sup>128</sup> Cfr. ad esempio le osservazioni di ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 435.

## CAPITOLO III

## DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI E ALTERNATIVE AL TESTAMENTO

### *3.1 - Le c.d. successioni anomale contrattuali tra atti mortis causa, atti post mortem e negozi transmorte: premessa.*

Dopo aver esaminato, quale logico punto di partenza, le caratteristiche dei diversi patti successori e le ragioni che ne dovrebbero giustificare il divieto, l'indagine può ora proseguire più agevolmente nella direzione di una pur rapida disamina dei vari congegni negoziali - il cui vero unico tratto comune consiste nella loro strutturale diversità rispetto al testamento - con i quali è possibile concretizzare un assetto d'interessi (almeno in senso lato) destinato a valere in vista della morte, pur senza infrangersi contro il muro del divieto di patti successori.

L'individuazione di questi strumenti e l'analisi delle loro caratteristiche pare un passaggio obbligato per poter poi definire con esattezza i limiti entro i quali può estendersi l'ambito di applicazione dell'art. 458 c.c. in un sistema ove sono codificati l'illiceità della causa, allorché il contratto diventa mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.), ed il motivo illecito (art. 1345 c.c.).

La dottrina che ha cercato di dare una sistemazione alla complessa materia utilizza espressioni come “*alternative al testamento*”; “*successioni anomale contrattuali*”<sup>1</sup>; “*disposizioni testamentarie in forma indiretta*”<sup>2</sup>; “*fenomeni a rilevanza successoria (o parasucesori)*”<sup>3</sup>, e ciascuna di esse riassume o

---

<sup>1</sup> Così, per tutti, PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit.; ID, *Istituti alternativi al testamento*, cit.

<sup>2</sup> Così ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie “in forma indiretta”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1077 ss., e in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 919 ss.

<sup>3</sup> Così IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., *passim*.

comprende una serie assai vasta ed eterogenea di atti (prevalentemente) a struttura bilaterale, tutti caratterizzati dall'intento di realizzare o preordinare un assetto d'interessi che, secondo l'ordinamento positivo, sarebbe raggiungibile soltanto con l'atto unilaterale e revocabile definito dall'art. 587 c.c.

Premessa l'erroneità di fondo di una contrapposizione tra il concetto di atto *inter vivos* e quello di atto *mortis causa*<sup>4</sup>, è proprio dall'analisi di questo secondo, fondamentale concetto che occorre prendere le mosse, al fine di approfondire ora quello che può essere considerato il criterio guida per distinguere tra valide fattispecie contrattuali e patti successori nulli.

In sintesi, in questo senso, la dottrina assolutamente prevalente e una giurisprudenza sostanzialmente conforme affermano che, ogni qualvolta un negozio a struttura bilaterale presenta in concreto una "causa di morte", la fattispecie viola *de plano* il divieto di patti successori (istitutivi), i quali consistono in veri e propri contratti *mortis causa* che ricoprono la delazione (a titolo universale o particolare) di una inammissibile veste pattizia.

Laddove, invece, l'evento morte rimane esterno al profilo strutturale del negozio, non incidendo sulla causa, ma soltanto sugli effetti di questo, la fattispecie è salva: all'uopo, si parla di "atti sotto modalità di morte", o "atti con effetti *post mortem*". Autorevole dottrina, più recentemente, ha enucleato anche la distinta categoria dei "negozi *transmorte*", all'interno della quale comprendere quelle ipotesi suscettibili di rappresentare rispetto al testamento una alternativa "qualificata", in particolare, dal profilo della revocabilità unilaterale da parte del disponente che invece manca negli atti soltanto con effetti *post mortem*, da considerare, pertanto, un'alternativa "imperfetta" al testamento.

All'esame di queste categorie e delle principali figure che ne costituiscono esempio sono dedicati i successivi paragrafi del presente capitolo.

3.1.1 - La nozione di atto *mortis causa*. Dell'atto *mortis causa* la dottrina tende innanzitutto a proporre una prima definizione di carattere generale per molti versi appiattita su quella di testamento, dalla quale si ricavano i tratti caratteristici e, in particolare, l'aspetto dell'esclusiva efficacia al momento della morte.

---

<sup>4</sup> In questo senso v. GIAMPICCOLO G., voce «Atto *mortis causa*», *cit.*, p. 234.

In questa prima diffusa accezione, può affermarsi che l'atto *mortis causa* ha la funzione di regolare rapporti giuridici patrimoniali e non patrimoniali in vista di un preciso momento, che è quello dell'estinzione del soggetto che ne è l'autore, senza che alcun effetto, preliminare o provvisorio, si possa produrre prima della morte. Escluso il mancato riferimento alla revocabilità dell'atto, palese risulta dunque il parallelo tra questa definizione e la nozione di testamento (cfr. art. 587 c.c.).

Ma il testamento, come è noto, tecnicamente non esaurisce la categoria degli atti *mortis causa*.

Per questi atti l'evento della morte, a seconda delle diverse impostazioni, volta a volta assume il diverso ruolo di elemento interno e inseparabile dell'atto, in quanto caratteristico della sua funzione (senza ulteriori specificazioni); oppure di *condicio iuris* o, comunque, di presupposto legale della fattispecie; di vero e proprio elemento costitutivo dell'atto o, ancora, di requisito dell'esistenza del rapporto giuridico che dall'atto origina<sup>5</sup>.

Come già si è avuto modo di anticipare brevemente<sup>6</sup>, secondo il pensiero dell'Autore che più di altri ha approfondito il tema al fine di evidenziare l'esatta portata classificatoria della categoria, l'atto *mortis causa* (e soltanto questo) ha come proprio contenuto il regolamento di una situazione giuridicamente rilevante dopo la morte del suo autore.

L'atto in questione propriamente «regola (...) rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione»<sup>7</sup>.

La categoria è dunque capace di comprendere al suo interno figure per le quali non rileva la diversa tipologia di struttura, sia essa contrattuale o meno, ma appunto il ruolo che l'evento morte assume sotto il profilo oggettivo-funzionale. La morte - che è evento futuro *certus an, incertus quando* pur essendo di per sé un elemento fattuale esterno al negozio, nell'ottica tradizionale suscettibile di condizionarne soltanto l'efficacia - in certi casi va invece ad integrare direttamente il profilo

---

<sup>5</sup> Cfr. per tutti GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 37 e autori *ivi* citati alla nota 1.

<sup>6</sup> Cfr. *retro*, Cap. I, par. 1.1.1.

<sup>7</sup> GIAMPICCOLO G., *op. cit.*, p. 40 ss.; ID., voce «*Atto mortis causa*», *cit.*, p. 232.

causale dell'atto o, meglio, come è stato detto, viene ad assumere un valore di *coefficientenza causale*.<sup>8</sup>

Più precisamente, negli atti *mortis causa* la morte dà origine alla stessa situazione giuridica sulla quale l'atto considerato viene ad operare, ad influire: si tratta, cioè, di situazioni giuridiche che assumono consistenza giuridica autonoma solo al momento della morte, prima di tale momento restando del tutto irrilevanti.

Risulta dunque pacifico che la morte riveste in tal caso un ruolo ben più pregnante di quello limitato a condizionare l'efficacia dell'atto o, anche, volto a individuare di essa il momento iniziale. Né, tanto meno, quell'evento può essere incluso tra i *motivi* - di regola giuridicamente irrilevanti<sup>9</sup> - che muovono il soggetto.

Ancora può dirsi che l'atto *mortis causa* - non "regola" direttamente in capo al soggetto il fatto oggettivo della morte (il che sarebbe da considerarsi concettualmente impossibile, sia per la finitudine del soggetto medesimo, che alla morte perde inevitabilmente la propria soggettività e capacità giuridica, sia per la natura e l'imprevedibilità dell'evento in sé) - ma è proiettato ad incidere funzionalmente su situazioni giuridiche che sorgono, in senso lato, solo con la morte e a partire dal momento di questa.

Così, a titolo esemplificativo, sono pacificamente considerati "atti *mortis causa*" non solo l'istituzione d'erede e il legato, che costituiscono il contenuto tipico del testamento (art. 588 c.c.), ma anche la designazione del tutore *ex art.* 348, comma 1, c.c., la dichiarazione volta ad escludere una data persona dall'ufficio di tutore, *ex art.* 350, n.2), c.c., le disposizioni sui funerali e la destinazione del cadavere.

Anche atti non negoziali quali la dichiarazione di voler legittimare il figlio naturale *ex art.* 285 c.c. o, viceversa, la manifestazione della volontà contraria alla legittimazione *ex art.* 286 c.c. possono essere inquadrati come atti *mortis causa*.

Questo breve elenco di esempi mette in rilievo l'esistenza di atti *mortis causa* - si noti, però, tutti a struttura unilaterale - negoziali e non, a contenuto patrimoniale o

---

<sup>8</sup> Così, ancora, GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, p. 233, secondo il quale «è già l'oggetto stesso dell'atto a porsi al di là della vita del suo autore».

<sup>9</sup> Il discorso intorno alla irrilevanza dei motivi del negozio meriterebbe in realtà più di una precisazione e un approfondimento che in questa sede non è possibile fare. Cfr., in senso contrario, almeno l'autorevole insegnamento di DE RUGGIERO R., *I dogmi del diritto privato e la loro revisione*, in *Arch giur.*, 1927, p. 141 ss. In generale, come è noto, il tradizionale principio dell'irrilevanza dei motivi è ormai messo in crisi dalla dottrina, oggi prevalente, della causa in concreto. Sui motivi v. comunque *infra*, Cap. IV, par. 4.3.

meno, si da far assurgere la categoria al rango di *genus*, nell'ambito del quale, indiscutibilmente, assume primaria importanza il novero degli atti a contenuto patrimoniale a causa di morte, cioè gli atti in grado di integrare vere e proprie attribuzioni patrimoniali *mortis causa*.

È proprio per questi ultimi, infatti, che si pone l'annosa questione della loro ammissibilità nel nostro ordinamento alla luce del divieto di patti successori, della cui sopra svolta disamina ora si potrà comprendere meglio l'utilità.

L'individuazione degli indici di riconoscimento dell'attribuzione *mortis causa* assume così un'importanza centrale proprio in relazione al divieto di patti istitutivi, che abbiamo già visto essere pacificamente qualificati come ipotesi di negozi *mortis causa* a struttura contrattuale, *ex se* compresi nel divieto di cui all'art. 458 c.c. e pertanto invalidi *ab origine* in quanto nulli.

I caratteri essenziali di un'attribuzione patrimoniale *mortis causa* sono rinvenuti da questa (assolutamente prevalente) dottrina, da un lato, nel considerare i beni e i diritti che ne sono *oggetto* quali entità esattamente individuate e commisurate al momento della morte di colui che effettua l'attribuzione, dall'altro, nel considerare il *soggetto* che risulta beneficiario di siffatta attribuzione come esistente in quello stesso momento in cui viene meno l'attribuente.

L'attribuzione *mortis causa*, per essere tale (e ciò vale *in primis* per il patto successorio istitutivo) deve quindi avere ad oggetto un *quod superest* e, come condizione almeno implicita, la sopravvivenza del beneficiario all'attribuente o, il che è uguale, la premorienza dell'attribuente al beneficiario.

Come è stato sottolineato anche dalla dottrina più recente, per qualificare un atto come *mortis causa* occorre che l'evento morte incida su di esso, al contempo, sotto il profilo dell'oggetto e sotto quello del soggetto<sup>10</sup>: così la situazione regolata non deve già essersi concretizzata, ma deve trattarsi di situazione "nuova", che origina con e dalla morte dell'attribuente, e il beneficiario dell'attribuzione deve esistere al tempo della morte.

A rigore, pertanto, laddove manchi in concreto anche uno soltanto di questi elementi non si potrà parlare di negozio *mortis causa* ai fini della declaratoria di nullità *ex art. 458 c.c.*

---

<sup>10</sup> Così, ad esempio, IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 24.

Almeno in astratto, pur con tutte le difficoltà che i casi concreti possono presentare (e di solito presentano), i criteri affermati da questa autorevole dottrina indicano agli operatori del diritto una strada precisa da seguire, che implica l'andare al di là dell'osservazione del mero momento in cui l'atto acquista efficacia, per verificare invece quali sono, dal punto di vista sia del "soggetto", sia dell' "oggetto", le situazioni giuridiche - preesistenti o future, quindi nuove - sulle quali l'atto va incidere.

Una prospettiva, questa, solo formalmente rispettosa del classico metodo dogmatico e solo apparentemente relegata nel mondo astratto, in quanto certamente rivolta alla ricerca del contenuto effettivo, della vera sostanza dell'atto, secondo una dichiarata logica funzionale che, si noti, a conti fatti risulta molto più "concreta" di quanto possa all'inizio sembrare.

Soprattutto, questa impostazione risulta pregevole per l'equilibrio che la contraddistingue e la capacità di esulare dal mai sopito dibattito sulla effettiva nozione di "causa"<sup>11</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina più recente<sup>12</sup> ha avuto modo di precisare per esigenze di coerenza che, in realtà, l'incidenza della morte sul profilo oggettivo dell'atto è propriamente riferibile soltanto agli atti *mortis causa* aventi *effetti reali*, negando per altro verso valenza generale all'elemento del *quod superest*, in quanto altrimenti non sarebbe possibile ricondurre al *genus* figure di legato c.d. obbligatorio come, ad esempio, il legato di contratto o quello di cosa altrui, come previsto dall'art. 651 c.c., di cui non si può certo mettere in discussione la natura *mortis causa*<sup>13</sup>.

3.1.2 - Segue: le clausole statutarie dirette a regolare la sorte delle partecipazioni sociali dopo la morte del socio alla luce del divieto di patti successori e della nozione di atto mortis causa. Un'ulteriore testimonianza della trasversalità e della

<sup>11</sup> Un tema, quello della causa, da sempre tra i più tormentati del diritto. Al riguardo, per tutti, si rinvia alla trattazione di BRECCIA U., *Causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, 3, *Il contratto in generale*, Torino, 1999, p. 3 ss.

<sup>12</sup> *Contra*, invece, PALAZZO A., *Provenienze donative, successioni, trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 317, nota 12; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita Not.*, 2004, p. 116, nota 53.

<sup>13</sup> In questo senso, v. IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 25; MAGLIULO F., *il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, *cit.*, p. 1432, nota 54.

persistente rilevanza del divieto di patti successori si trova anche nell'ambito più specifico del diritto societario, ove da tempo si pone il problema della compatibilità con l'art. 458 c.c. di tutta una serie di clausole statutarie, le c.d. *clausole di predisposizione successoria*, volte a disciplinare *ex ante* e in vario modo la sorte delle partecipazioni societarie in caso di morte del socio.

Tali clausole, principalmente destinate a conferire un dato assetto ai rapporti tra i soci per il tempo successivo alla morte di uno di loro, non sono sussumibili in un'unica, indifferenziata categoria, ma giova appunto sottolinearne la naturale incidenza sui rapporti societari nel loro complesso e la rispondenza a molteplici interessi, ciò che contribuisce a non esaurire affatto la loro rilevanza nella più limitata visuale della vicenda della trasmissione della quota di partecipazione del socio defunto agli eredi<sup>14</sup>.

In questa sede preme sottolineare il problema della struttura e della natura di siffatte clausole, alla luce della nozione di atto *mortis causa* sopra descritta.

Il tema da tempo cattura l'attenzione degli studiosi e non trascurabili sono le pronunce di vario segno della giurisprudenza, anche di legittimità. In sintesi, cercando di semplificare il discorso, attualmente si tende a distinguere tra le seguenti categorie di pattuizioni: (a) clausole di *continuazione*; (b) clausole di *consolidazione*; (c) clausole di *opzione* (o riscatto) a favore dei soci superstiti<sup>15</sup>.

*Sub (a)*, vengono in gioco clausole frequentemente contenute negli atti costitutivi di società di persone, che in realtà non sono volte a trasmettere per dopo la morte, la titolarità delle partecipazioni in alternativa all'utilizzo del mezzo testamentario, che non avrebbe gioco, ma a consentire al socio di attribuire ai propri eredi la facoltà di entrare a far parte della società in suo luogo<sup>16</sup>.

Le c.d. *clausole di continuazione*, in generale, sortiscono infatti l'effetto di disattivare il meccanismo di legge altrimenti previsto dall'art. 2284 c.c. per la

---

<sup>14</sup> Cfr. CECERE C., voce «*Patto successorio*», *cit.*, p. 1012. Cfr. altresì l'approccio al tema da parte di PALAZZO A., *Le successioni*, *cit.*, p. 104 ss.

<sup>15</sup> In dottrina, tra le opere di carattere monografico v. PATRIARCA S., *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quad. Giur. comm.*, Milano, 2002; SARASSO C., *Clausola statutaria sulla morte del socio e patto successorio*, Torino, 1983; SCAGLIONE F., *Successioni anomale e contratto e società*, Napoli, 1998; TATARANO M., *Patti successori e partecipazioni sociali*, in *Quad. Rass. dir. civ.*, Napoli, 2004.

<sup>16</sup> Per tutti, v. IEVA M., *op. cit.*, pp. 65-66.

società semplice (ma applicabile anche alla s.n.c. e alla s.a.s. tramite i rinvii, rispettivamente, degli artt. 2293 e 2315 c.c.)<sup>17</sup>.

Come è stato detto, mentre l'esito fisiologico della morte del socio, previsto dalla legge, è quello dell'immediato scioglimento del rapporto limitatamente al socio premorto, queste clausole rendono invece trasmissibile *mortis causa* un bene, qual è la quota di società personale, che per legge non sarebbe invece automaticamente trasmissibile<sup>18</sup>.

L'art. 2284 c.c., per il caso di morte prevede come regola di *default* lo scioglimento del rapporto sociale relativamente al socio deceduto, lasciando una triplice alternativa ai soci superstiti: 1) essi possono decidere di continuare tra loro la società, liquidando la quota del socio defunto ai suoi eredi, i quali non entrano così nella società ma, all'apertura della successione, conseguono soltanto un diritto di credito alla liquidazione del valore della quota di partecipazione che, appunto, *ex se* non è un bene trasmissibile *mortis causa*; 2) possono decidere lo scioglimento anticipato della società; 3) possono infine optare per la continuazione della società con gli eredi del socio premorto, permettendo loro l'ingresso in società, purché gli eredi vi consentano<sup>19</sup>.

Tuttavia, l'inciso iniziale dell'art. 2284 c.c. fa altresì salva la contraria disposizione dell'atto costitutivo: in tal modo il Legislatore legittima i soci all'apposizione di clausole che in generale derogano al meccanismo legale, di fatto lasciando loro la possibilità di anticipare la scelta in ordine alle conseguenze della morte di socio<sup>20</sup>.

In questo quadro si collocano appunto le clausole di continuazione, con le quali i soci superstiti fin da subito rinunciano alla scelta tra le alternative *sub* 1) e 2), decidendo direttamente di continuare la società con gli eredi del socio defunto.

---

<sup>17</sup> Con la precisazione, per la società in accomandita semplice, che la quota di partecipazione del socio accomandante è *ex lege* liberamente trasmissibile *mortis causa*: art. 2322, comma 1, c.c.

<sup>18</sup> Così, in particolare, SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 322, nota 157. Ugualmente, IEVA M., *op. cit.*, p. 66, nonché RIVOLTA G.C.M., *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1197 ss. (in particolare, p. 1202). Cfr. tra gli altri BALESTRA L., MARTINO M., *I patti successori*, cit., p. 165. Secondo FERRARA F. jr. - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, XIV ediz., Milano, 2007, p. 283, alla morte del socio il rapporto sociale non si trasmette agli eredi in considerazione dell'*intuitus personae* che caratterizza le società di persone: l'opinione è generalmente condivisa.

<sup>19</sup> Cfr., in generale, MENGHI I., *La morte del socio nelle società di persone*, Milano, 1984.

<sup>20</sup> Cfr. tra gli altri PATRIARCA S., *op. cit.*, p. 42.

In generale, dunque, siffatte clausole devono essere considerate ammissibili, proprio in quanto è lo stesso art. 2284 c.c. a consentire ai soci di predisporre un assetto diverso da quello legalmente prestabilito.

In ossequio all'impostazione assolutamente maggioritaria, occorre tuttavia distinguere ulteriormente tra tre sottotipi di clausole di continuazione.

Le c.d. clausole di *continuazione facoltativa* prevedono l'obbligo di continuare la società soltanto a carico dei soci superstiti, in modo da aprire le porte all'ingresso degli eredi del socio defunto, i quali però restano liberi di decidere se entrare o meno in società; le clausole di *continuazione obbligatoria* invece impongono direttamente in capo agli eredi l'obbligo di continuare la società: essi restano liberi di rifiutare l'ingresso nella società, ma in tal caso i soci superstiti avranno diritto al risarcimento del danno; infine, le clausole di *continuazione automatica* (dette anche *clausole di successione*) stabiliscono l'ingresso in società degli eredi quale effetto inevitabile della sola accettazione dell'eredità, che dunque in questo caso, (perché per accordo delle parti la quota di partecipazione è considerata pienamente trasmissibile per successione *mortis causa*), comporta anche l'immediato acquisto della qualità di socio.

Secondo l'opinione prevalente, dal momento che si tratta di accordi già perfetti e produttivi di taluni effetti preliminari, essendo soltanto quelli finali subordinati sospensivamente all'evento morte, le clausole di continuazione facoltativa non hanno natura di atti *mortis causa* a struttura contrattuale e, pertanto, non cadono nel divieto di patti successori<sup>21</sup>.

L'ingresso in società dell'erede non avviene infatti a titolo successorio, in quanto, in piena aderenza al dettato dell'art. 2284 c.c., è comunque necessario un

---

<sup>21</sup> Cfr. GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, pp. 47-48, il quale peraltro sottolinea che clausole in genere volte a regolare la sorte delle quote societarie dopo il venir meno di un socio possono essere previste anche con riferimento a tutti i diversi casi di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio (recesso ed esclusione), prescindendo dunque da ogni riferimento alla morte sul piano causale, soprattutto laddove si cerchi di intravedere nel meccanismo la volontà di effettuare un'attribuzione *mortis causa*. PALAZZO A., *Le successioni, cit.*, pp. 119-121 fa presente che la funzione delle clausole di continuazione è principalmente quella di evitare, con la liquidazione altrimenti prevista dall'art. 2284 c.c., di indebolire il patrimonio della società, per cui l'introduzione di queste clausole appare conveniente nei casi in cui è ragionevolmente possibile prevedere che il subingresso dell'erede possa determinare il rafforzamento della società, anche a vantaggio dei creditori sociali.

autonomo atto di adesione da parte dell'erede, (c.d. *negozio di continuazione della società con gli eredi*), che presuppone l'avvenuta accettazione dell'eredità.

Tale negozio è dunque, necessariamente, un atto *inter vivos* e, in particolare, un negozio unilaterale che costituisce esercizio di un vero e proprio diritto potestativo di ingresso in società convenzionalmente attribuito agli eredi<sup>22</sup>.

Per ragioni diverse dal divieto di patti successori, oggi è tuttavia discussa l'ammissibilità delle clausole di continuazione obbligatoria, mentre è pressoché pacifica la nullità di quelle di continuazione automatica<sup>23</sup>.

In particolare, contro la legittimità delle clausole di successione urta il principio fondamentale del diritto societario secondo cui a nessuno può essere imposto l'acquisto della qualità di socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali, senza il suo consenso.

La volontà di entrare in società, con tutte le conseguenze che la posizione di socio implica, non sarebbe desumibile dal solo fatto dell'accettazione dell'eredità, che ben può prescindere da un'espressa manifestazione di volontà e, anzi, avvenire senza nei casi di c.d. acquisto senza accettazione (cfr. l'art. 485 c.c.).

Inoltre, secondo alcuni, in relazione a tali clausole sorgerebbe un conflitto insanabile tra le norme di diritto successorio sull'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario - e, segnatamente, con l'art. 470, comma 2, c.c., che impedisce al testatore di vietarne la libera, e con l'art. 490, n. 2, c.c., che limita la responsabilità dell'erede beneficiario per i debiti ereditari - e l'inderogabile principio dell'art. 2269 c.c. che, a tutela dei creditori della società e in conformità allo *status socii*, estende al nuovo socio la responsabilità illimitata anche per le obbligazioni sociali sorte precedentemente al suo ingresso in società<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. GENGHINI L. - SIMONETTI P., *Le società di persone*, collana *Manuali notarili*, a cura di L. Genghini, III, 1, Padova, 2012, p. 320.

<sup>23</sup> *Contra*, hanno ammesso le clausole di continuazione automatica GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 100 ss.; VENDITTI A., *L'erede del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 217 ss. (in particolare, p. 228 ss.), sulla base della considerazione che l'erede subentra nell'*universum ius defuncti* e, pertanto, di necessità, anche nella quota societaria resa trasmissibile *mortis causa* dalla clausola di successione, restando peraltro libero, rinunciando all'eredità, di non diventare socio. In giurisprudenza, sulle clausole di continuazione obbligatoria e automatica v. Cass. 27 aprile 1968, n. 1311, in *Dir. fall.*, 1969, II, 69; Cass. 16 luglio 1976, n. 2815, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1580.

<sup>24</sup> In questo senso, per tutti, v. AULETTA T., *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 916 ss.; DE GIORGI

Per quanto concerne le ancor più discusse clausole di continuazione obbligatoria (la cui peculiarità è quella di obbligare alla prosecuzione della società sia i soci superstiti, sia gli eredi del socio premorto) sebbene a stretto rigore non si tratti di clausole *mortis causa* (perché anche in questo caso l'ingresso in società dell'erede non avviene direttamente per successione, ma presuppone un successivo atto *inter vivos* di adesione), l'opinione che considera nulle anche tali clausole poggia sulla generale indisponibilità da parte del *de cuius* dell'interesse dell'erede alla libera scelta di essere socio; sulla correlata impossibilità di gravare gli eredi di oneri e condizioni con atto diverso dal testamento e irrevocabile, nonché sull'indeterminatezza del soggetto obbligato a subentrare in società<sup>25</sup>.

La tesi positiva, invece, si basa sull'adesione volontaria da parte degli eredi alla società attraverso un atto *inter vivos*; la clausola societaria, inoltre, di per sé non implica affatto lesione della libertà testamentaria poiché il *de cuius* resta sovrano nella individuazione della persona dell'erede, al quale peraltro residua la possibilità, rinunciando alla delata eredità, di non diventare socio. L'ingresso in società, in questo caso, non è effetto automatico dell'accettazione dell'eredità e comunque viene salvaguardato l'*intuitus personae*<sup>26</sup>.

Sembra infatti potersi condividere l'impostazione già delineata che vede nelle clausole di continuazione l'effetto di rendere trasmissibile (e dunque, anche relativamente disponibile) *mortis causa* la quota di partecipazione di società di

---

M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., p. 156 ss.; FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni (art. 456-511)*, cit., p. 118; SPADA P., *op. cit.*, p. 322. *Contra*, v. invece DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1987, p. 134, il quale parla di violazione del divieto di patti successori.

<sup>25</sup> Per la tesi negativa v. AULETTA T., *op. cit.*, pp. 932-933; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 158; SPADA P., *op. cit.*, pp. 322 e 405.; SCAGLIONE F., *op. cit.*, p. 89. Anche GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE A., *La successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 38 ritiene inammissibili le clausole di continuazione obbligatoria e, a riprova, fa riferimento alla tesi che in generale nega cittadinanza al legato di contratto ove la posizione contrattuale sia caratterizzata dall'*intuitus personae*.

<sup>26</sup> Per la tesi positiva v. CAMPOBASSO G. *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2009, p. 113; FERRI G., *Le società*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da F. Vassalli, X, 1971, p. 272 ss.; GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972, p. 514 ss., i quali ultimi, tra l'altro, argomentano la validità della clausola a partire dalla sua ricostruzione nei termini di promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), dal momento che il socio si limiterebbe a promettere la futura partecipazione alla società dei suoi eredi (terzi), tenuti all'obbligo risarcitorio nei confronti dei soci superstiti proprio in quanto eredi del soggetto *ex art. 1381 c.c.* tenuto al risarcimento. *Contra* v. però FERRARA F. jr. - CORSI F., *op. cit.*, p. 283, nota 3, il quale rileva che gli eredi, subentrando nella stessa identica posizione del *de cuius*, non possono essere a rigore considerati "terzi".

persone, in modo che il patrimonio del *de cuius* venga a trovarsi composto anche dalla quota, con tutte le caratteristiche ad essa impresse dai patti sociali, incluso l'obbligo di continuazione per gli eredi in caso di morte del singolo socio, purché - si deve ribadire - tale continuazione sia il risultato di un'espressa e ulteriore manifestazione di volontà del diretto interessato.

Occorre poi esaminare la diversa problematica relativa alle c.d. *clausole di consolidazione*, anch'esse variamente configurabili, sia nelle società di persone, sia nelle società di capitali.

A dire il vero, di fronte della esplicita previsione dell'art. 2284 c.c. che per le società di persone ammette, come normale conseguenza della morte del socio, la liquidazione della quota ai suoi eredi, le clausole di consolidazione assumono tutto sommato una rilevanza marginale rispetto alla prassi delle società di capitali, per le quali manca un'analogia previsione in tal senso e, anzi, vige l'opposta regola della piena trasmissibilità (anche) *mortis causa* delle partecipazioni sociali.

Occorre però tener presente che le clausole di consolidazione rivestono una loro utilità anche per le società di persone, ove non si traducono soltanto e necessariamente nella pedissequa riproduzione della facoltà concessa ai soci ai sensi del già citato art. 2284 c.c., in quanto sortiscono almeno l'effetto "minimo" di determinare *ex ante* e con certezza chi sono i soggetti obbligati alla liquidazione della quota spettante agli eredi e, comunque, si evidenziano per la possibilità di dettare un regolamento che può discostarsi dalla disciplina legale, ad esempio nello stabilire criteri diversi da quelli previsti dall'art. 2289 c.c. per la liquidazione<sup>27</sup>.

"L'effetto" di siffatte clausole può dirsi opposto a quello delle clausole di continuazione: al momento dello scioglimento per morte del rapporto sociale limitatamente a un socio, mentre le prime evitano l'ingresso in società da parte di estranei, concentrando la società nelle mani dei soli soci superstiti, le seconde

---

<sup>27</sup> Cfr. IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 1372 ss.; PUTORTI V., *op. cit.*, p. 248. Per GENGHINI L. - SIMONETTI P., *op. cit.*, pp. 318-319 occorre peraltro distinguere tra clausole di consolidazione e clausole di liquidazione obbligatoria: la diversa terminologia starebbe ad indicare che, mentre con le prime, l'obbligo di liquidazione della quota a favore degli eredi grava direttamente sui soci superstiti, con le seconde tale obbligo è posto a carico della società.

consentono l'ingresso degli eredi del socio defunto, allargando così (tendenzialmente) la compagine sociale.

In astratto si distinguono, da un lato, le clausole di *consolidazione pura* (altrimenti dette *clausole di concentrazione*), le quali prevedono l'accrescimento automatico della quota di partecipazione del socio defunto in favore dei soci superstiti, in proporzione, in genere, alla quota da loro già posseduta, senza prevedere alcuna forma di compenso o rimborso a favore degli eredi; dall'altro, le clausole di *consolidazione impura* (o *clausole di liquidazione obbligatoria*) che, a differenza delle prime prevedono che agli eredi del socio premorto e a carico dei soci superstiti sia attribuito un diritto di natura creditizia alla liquidazione della quota, a sua volta misurabile in vario modo a seconda del prescelto parametro di riferimento (valore dei conferimenti inizialmente effettuati dal socio defunto; mero valore nominale della quota sociale; valore c.d. reale della quota ...)<sup>28</sup>.

L'opinione che attualmente pare prevalente, soprattutto nella giurisprudenza<sup>29</sup> (e ancor prima della riforma del diritto societario attuata con d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6), si fonda proprio su questa distinzione: si conclude per la sola validità delle clausole di consolidazione impura, sulla base del criterio meramente "economico" che ne fa dipendere la legittimità soltanto dalla previsione della liquidazione a favore degli eredi e dalla congruità di questa rispetto all'effettivo valore della partecipazione, secondo una logica che, *post* riforma, può dirsi condivisa anche dal Legislatore con i nuovi artt. 2355-*bis* e 2469, 2437 e 2473 c.c. e, limitatamente alle società di persone, già con l'art. 2284 c.c.<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Per RIVOLTA G.C.M., *op. cit.*, p. 1202, nell'ambito delle clausole di consolidazione c.d. impure devono comunque essere comprese anche quelle clausole che, pur prevedendo il diritto degli eredi alla liquidazione della quota di partecipazione del socio defunto, ancorano tale liquidazione al solo valore nominale della partecipazione. L'affermazione pare ancora attuale e condivisibile, *a fortiori*, dopo la riforma del 2003.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 17 marzo 1951, n. 685, in *Foro it.*, 1952, I, 1479 e in *Dir. fall.*, 1951, II, 118 con nota di COLAFRANCESCHI E.; Cass. 16 aprile 1975, n. 1434, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1107.

<sup>30</sup> Nell'ottica di chi affronta la tematica in stretta relazione al problema del rispetto del divieto di patti successori, si sottolinea che le ragioni che fanno escludere la violazione del divieto (che viene in qualche modo "relativizzato"), si ritrovano nella corrispettività in senso lato e nella modificazione meramente strutturale del patrimonio dell'ereditando, in quanto le clausole in parola determinerebbero soltanto la sostituzione del diritto alla quota (nelle società di capitali) in un diritto di credito di valore equivalente, senza pregiudizi per gli eredi, né per il testatore. In questo senso v. LICINI C., *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. Not.*, 1991, p. 423 ss. (soprattutto, p. 431 ss.), il quale parla di "surrogazione reale" e di "indifferenza economica". Al riguardo, v. anche SCAGLIONE F., *op. cit.*, p. 59 ss.; TATARANO M., *op. cit.*, p. 92 ss. Cfr. poi GENGHINI L. - SIMONETTI P., *Le*

Dalle norme ora citate, infatti, si ritiene di poter ricavare il principio di ordine generale secondo cui devono essere considerate «*lecite le clausole che regolano la circolazione mortis causa delle partecipazioni societarie, purché non comprimano i diritti economici degli eredi*»<sup>31</sup>.

Viceversa, per quanto qui interessa, si discute se l'inammissibilità delle clausole di consolidazione (attualmente solo quelle "pure"), risieda effettivamente nella violazione del divieto di patti successori in quanto, e comunque, tali clausole concreterebbero a vantaggio dei soci superstiti delle vere e proprie attribuzioni *mortis causa* aventi ad oggetto la partecipazione del socio defunto: per tale via si attuerebbe il trasferimento di un diritto successorio ancora prima della morte del socio.

In particolare, la natura *mortis causa* discenderebbe dalla determinazione dell'oggetto dell'attribuzione (l'entità della quota di partecipazione) e dei soggetti di essa beneficiari (coloro che saranno eredi) soltanto al momento della morte del socio.

Infatti, secondo questa accreditata opinione, a prescindere dalla succitata distinzione tra clausole di consolidazione pure e impure, in entrambe le varianti l'evento morte è configurato in modo da influire sulla determinazione sia dell'oggetto, sia dei soggetti del negozio, rendendo così palese la natura *mortis causa* dell'attribuzione effettuata dai soci, reciprocamente, nei confronti di chi fra di loro sopravviverà<sup>32</sup>.

La consolidazione, secondo quest'impostazione, opera infatti un trasferimento con effetto reale differito avente ad oggetto "quella" quota di partecipazione di cui il socio sarà titolare nel momento della sua morte, a favore di coloro che saranno soci in quello stesso momento, senza che nessun effetto apprezzabile si produca in vita.

---

*società di capitali e le cooperative*, 1, collana *Manuali notarili*, III, 2, Padova, 2012, p. 273-273. *Contra*, sostenendo che la previsione del diritto alla liquidazione non può di per sé influire sulla natura della clausola v. per tutti CALOGERO M., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456 - 461 c.c., cit.*, p. 132; PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento, cit.*, p. 221 ss.

<sup>31</sup> Così, espressamente, IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria, cit.*, p. 76 (cfr. anche p. 144).

<sup>32</sup> Questa è la tesi di IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 67-68, nonché ID., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria, cit.*, p. 1361 ss.

Per tale motivo si potrebbe viceversa avanzare l'ipotesi che sia valida quella clausola di consolidazione che almeno preveda fin dall'inizio l'accrescimento a favore dei soci superstiti soltanto della quota come esistente al momento del patto, senza che assumano rilievo le eventuali variazioni intercorse fino alla morte del socio: in tal modo, infatti, salvo il dover verificare l'effettiva utilità di una clausola così congegnata, verrebbe meno il presupposto essenziale del *quod superest*<sup>33</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene invece che le clausole in parola non violino affatto il divieto di patti successori, trattandosi sostanzialmente di accordi *inter vivos* tra soci, per loro immediatamente vincolanti e soltanto sospensivamente condizionati alla morte, per cui non darebbero vita ad attribuzioni *mortis causa* ma, più precisamente, a una serie di cessioni reciproche della partecipazione, sospensivamente condizionata alla premorienza del socio<sup>34</sup>.

Ciò nel presupposto, almeno per alcuni - e tuttavia da dimostrare alla luce di una verifica caso per caso - che le clausole di consolidazione producano altresì l'effetto di sottrarre ai soci il potere di disporre diversamente, in vita, della loro quota di partecipazione<sup>35</sup>: l'irrevocabilità unilaterale così intesa, infatti, costituirebbe un ulteriore elemento per escludere la natura *mortis causa* dell'attribuzione futura ai soci superstiti.

Non manca tuttavia chi cerca di dimostrare per altra strada, negandone il profilo *mortis causa*, l'invalidità di siffatte clausole<sup>36</sup>, così come non manca nemmeno chi, già prima della riforma societaria, ne ha sostenuto, all'opposto, la validità pur ammettendone la rilevanza alla stregua di veri e propri patti successori<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Per questa ipotesi v. D'AURIA M., *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 657 ss.

<sup>34</sup> In questo senso, in particolare, v. PALAZZO A., *op. ult. cit.*, p. 216 ss., per il quale tali clausole integrano un contratto aleatorio atipico nell'ambito del contratto di società.

<sup>35</sup> In questo senso soprattutto GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>36</sup> Secondo la peculiare impostazione di BARALIS G., *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità*, in *Quad. Vita not.*, n. 2, *Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa*, Palermo, 1982, p. 207 ss. (in particolare, pp. 218-228), infatti, si tratterebbe non di un patto successorio, ma di un patto avente natura di scommessa, come tale di natura essenzialmente aleatoria, rispetto alla quale la morte non può assumere rilevanza causale.

<sup>37</sup> Cfr. BOERO P., *Società di capitali e successioni mortis causa*, in *Quad. Vita not.*, n. 2, *cit.*, p. 148 ss. Oggi, la tesi è ripresa, forte del supporto normativo fornitole dalla riforma del 2003,

Resta, infine, da far cenno anche alle c.d. *clausole di opzione* (o di *riscatto*) su partecipazioni societarie per il caso di morte del socio: si tratta di clausole societarie (in gran parte assimilabili alle già esaminate clausole di consolidazione), in base alle quali i soci si accordano nel senso di attribuire reciprocamente a ciascuno (o ad alcuni soltanto) il diritto potestativo di acquistare dietro corrispettivo, dopo la morte, la partecipazione del socio premorto.

Diversamente, rispetto al meccanismo della clausola di consolidazione, che in sostanza produce un effetto reale perché i soci superstiti acquistano la titolarità della partecipazione immediatamente al momento della morte del socio defunto (salvo l'obbligo di liquidare gli eredi, nel caso delle clausole c.d. impure), l'opzione ha un effetto soltanto obbligatorio, nel senso che tramite questa clausola i soci impongono anticipatamente ai loro futuri eredi l'obbligo di trasferire la quota di partecipazione a quei soci superstiti che ne avranno diritto e ne faranno richiesta<sup>38</sup>.

In questo caso l'effetto correlato alla morte del socio è quello di gravare il patrimonio ereditario di una posizione soggettiva *lato sensu* obbligatoria che, secondo un'opinione, sorgerebbe *ex novo* all'apertura della successione (in maniera corrispondente all'attribuzione ai soci superstiti del diritto di acquisto della partecipazione del socio defunto) e, pertanto, avrebbe natura *mortis causa*; per altra opinione, tale posizione sorgerebbe immediatamente e, dunque, *inter vivos*, nel patrimonio di ciascun socio, sebbene sia sospensivamente condizionata all'evento morte.

Autorevole è la posizione di chi, nel primo senso, ravvede nell'obbligo di vendere a carico degli eredi un obbligo che nasce in via originaria soltanto con la morte del socio (*dante causa*) e, pertanto, conclude rilevando la natura *mortis causa* anche della clausola di opzione, di cui in quest'ottica sarebbe peraltro possibile sottolinearne l'equivalenza, in termini di effetti, rispetto a un legato obbligatorio o a un *modus* testamentario<sup>39</sup>.

---

in particolare da IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 67-68, nonché 127, secondo il quale i nuovi artt. 2355-*bis* e 2469 c.c. costituiscono vere e proprie deroghe al divieto di patti successori.

<sup>38</sup> Per queste considerazioni v. IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 143-144.

<sup>39</sup> In questo senso v. ancora IEVA M., *op. ult. cit.*, *ibidem*; nonché MARMOCCHI E., *La circolazione delle partecipazioni sociali tra statuto e contratto*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 63 ss. (in particolare p. 67). Prima della riforma cfr. anche BOERO P., *op. cit.*, p. 148; CALVOSA L.,

La tesi che tuttavia appare come quella attualmente prevalente ritiene invece che dette clausole di opzione operino senza poter incidere in alcun modo sulla disciplina e sulle sorti della delazione ereditaria relativamente al socio premorto, tanto da far escludere ogni rischio di violazione del divieto dei patti successori<sup>40</sup>.

Comunque il problema dell'esatta qualificazione di tali clausole ha perso gran parte della sua originaria importanza (al di là del mero interesse dogmatico), dopo la riforma del 2003, dal momento che oggi, alla luce degli artt. 2355-bis, commi 2 e 3, e 2469, comma 2, c.c. le clausole di opzione in funzione successoria (come quelle di consolidazione impura) devono considerarsi pienamente legittime a patto che, le stesse, siano concretamente congegnate in modo da garantire agli eredi, in sede di liquidazione (cioè al momento dell'acquisto da parte dei soci superstiti o, comunque, del recesso da parte degli eredi), l'effettivo valore economico delle partecipazioni<sup>41</sup>.

Se, tuttavia, si ritiene di aderire alla tesi che vede in tali clausole societarie la fonte di attribuzioni patrimoniali *mortis causa* in senso tecnico, allora occorre concludere nel senso che i citati artt. 2355-bis e 2469 c.c. costituiscano una rilevante deroga legislativa al divieto di patti successori e, in chiave sistematica,

---

*Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori in Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, p. 635 ss. (in particolare, p. 647) REVIGLIONE P., *Limitazioni convenzionali alla circolazione di azioni e trasferimenti mortis causa*, in *Giur. it.*, 1995, p. 452 ss. (in particolare, p. 452).

<sup>40</sup> Cfr. in particolare Cass. 16 aprile 1994, n. 3609, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 17, con nota di CIAFFI A., e in *Le società*, 1994, 1185 con nota di CARAVAGLIOS R.; nonché, nel medesimo senso, la seguente "massima" I.1.7 - (Patti successori e limiti al trasferimento delle partecipazioni), pubblicata per la prima volta nel settembre del 2004 da parte della Commissione Società del Comitato Triveneto dei Notai: «Non costituisce violazione del divieto dei patti successori ed è legittima la clausola statutaria che attribuisca ai soci superstiti il diritto di acquistare, entro un determinato periodo di tempo e previo pagamento di un prezzo congruo da determinare secondo criteri prestabiliti, le partecipazioni già appartenute al defunto medesimo e pervenute agli eredi in forza di successione: e ciò in quanto il vincolo che ne deriva a carico dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria, e quindi del trasferimento per legge o testamento, per cui la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l'opzione per l'acquisto».

<sup>41</sup> In giurisprudenza, v. già Cass. 16 aprile 1975, n. 1434, *cit.*, e soprattutto la sopra citata Cass. 16 aprile 1994, n. 3609. Di notevole interesse è anche la più recente Cass. 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1895 con nota di VIDIRI F. e in *Le società*, 2010, 797, con nota di CAPOTI G., la quale precisa che detta clausola di opzione non solo non viola (direttamente) il divieto dei patti successori, ma neanche costituisce un tentativo di *frode* al medesimo e ciò a prescindere anche dall'impatto della riforma del diritto societario (trattandosi di fattispecie anteriore).

non può non interrogarsi anche sull'effettiva portata di tale *vulnus* all'assolutezza del divieto<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Si reputa opportuno riportare il testo integrale del vigente art. 2469 c.c. in materia di trasferimento delle partecipazioni di s.r.l.: «*Le partecipazioni sono liberamente trasferibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo. Qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità delle partecipazioni o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni o limiti, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2473. In tali casi l'atto costitutivo può stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato*». la norma va letta ovviamente anche con riferimento all'art. 2473 c.c., in materia di recesso (e, in particolare, con riferimento al comma 3: «*I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso è a tal fine determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso; in caso di disaccordo la determinazione è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'articolo 1349*»)

*3.2 - La categoria degli atti con effetti post mortem. In particolare: le donazioni con effetti post mortem e il c.d. mandato post mortem.*

Della categoria dei c.d. atti *post mortem*, da tenere distinta da quella degli atti *mortis causa*, sono state fornite due diverse definizioni, l'una più generale, l'altra più specifica.

Secondo una prima e più ristretta accezione, gli atti *post mortem* rappresentano una categoria intermedia tra gli atti *mortis causa* e gli atti sotto modalità di morte. Questi ultimi sono caratterizzati dal semplice effetto finale *post mortem* (e, pertanto, come si avrà modo di precisare in seguito, finiscono per coincidere con la categoria più generale degli *atti con effetti post mortem*).

In quest'ottica, diversamente dagli atti sotto modalità di morte, gli atti *post mortem* "in senso stretto" sono per lo più atti non negoziali che, pur non essendo qualificati dalla morte sotto il profilo oggettivo-funzionale caratteristico degli atti *mortis causa*, possono tuttavia essere contenuti in un testamento costituendone, secondo un'autorevole voce di dottrina, il c.d. *contenuto atipico*<sup>43</sup>. In tal caso, essi si adeguano necessariamente a tale peculiare veicolo espressivo e assumono perciò rilevanza giuridica, per la generalità dei consociati, soltanto con la morte dell'autore<sup>44</sup>.

Possibili esempi, tra gli altri, sono la confessione stragiudiziale (art. 2730, comma 2 e 2735 c.c.), il riconoscimento del figlio naturale (art. 254 c.c.), il riconoscimento di debito (art. 1988 c.c.), l'accettazione espressa dell'eredità (art. 475 c.c.), la ratifica (art. 1399 c.c.), la convalida (art. 1444 c.c.).

La necessità di una loro autonoma classificazione rispetto agli atti *mortis causa* e agli atti con effetti *post mortem* è giustificata dal fatto che sono caratterizzati da una disciplina propria, diversificata anche da quella che di regola si applica al testamento. Si pensi al riconoscimento del figlio naturale, che ai sensi dell'art. 256 c.c. ha effetto dal giorno della morte del testatore, anche qualora nel frattempo il testamento che lo contiene sia stato revocato.

<sup>43</sup> Cfr. GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit.

<sup>44</sup> Cfr. GIAMPICCOLO G., voce «Atto mortis causa», cit., p. 236.

Secondo una diversa e più ampia accezione, ad oggi prevalente, si definisce invece *post mortem* qualunque «atto *inter vivos* nel quale l'evento della morte si inserisce come condizione o termine di efficacia»<sup>45</sup>.

In sostanza, negli atti *post mortem* così intesi (riguardo ai quali è più opportuno discorrere di “atti con effetti *post mortem*”)<sup>46</sup>, la morte non ha alcuna rilevanza causale ma si mantiene in una posizione esterna e, per così dire, meno “invadente” rispetto alla struttura dell'atto, limitandosi a toccarne il profilo dell'efficacia, in particolare, attributiva.

La natura sostanzialmente *inter vivos* ne deve essere ravvisata sia nella struttura (prevalentemente bilaterale), sia nel fatto di regolare una situazione che “preesiste” alla morte dell'autore, pur dettando un regolamento di essa che è destinato ad avere pienezza di effetti soltanto a partire dal momento successivo rispetto a quello di perfezionamento della fattispecie, cioè dalla morte del soggetto<sup>47</sup>.

La pur usuale contrapposizione tra atti *mortis causa* e atti *inter vivos* è in realtà inappropriata, come del resto già accennato, laddove la struttura di un atto *mortis causa* sia quella contrattuale, cioè tale da generare immediatamente un vincolo e quindi un rapporto giuridico tra le parti: in tal caso, infatti, si tratterà pur sempre di un negozio bilaterale fra vivi, con ciò affermandosi che in astratto possono esistere negozi al contempo *mortis causa*, quanto all'aspetto funzionale o effettuale, e *inter vivos* quanto all'aspetto strutturale: è il caso, appunto, del vietato patto successorio istitutivo, o secondo opinione diffusa, della dispensa dalla collazione<sup>48</sup>.

Al contrario degli atti *mortis causa*, gli atti con effetti *post mortem*, così intesi, non sono destinati ad incidere su situazioni e rapporti che nascono in via

---

<sup>45</sup> Così, testualmente, IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 24. Nello stesso senso la prevalente dottrina: cfr. per tutti PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 50; DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., p. 68.

<sup>46</sup> MARELLA M.R., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, cit., passim.

<sup>47</sup> Secondo l'impostazione di GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, p. 234, non essendo tuttavia ammesso nel nostro ordinamento il contratto a causa di morte, si deve giungere alla conclusione che non esiste negozio *mortis causa* che non sia anche di ultima volontà (necessariamente unilaterale), sebbene i due concetti siano solo parzialmente sovrapponibili.

<sup>48</sup> Per tutti, a quest'ultimo riguardo, v. SICLARI R., *La collazione*, cit., p. 310.

originaria con la morte del soggetto, purché, in concreto, non si sia in presenza di meccanismi ulteriori tali da far mantenere *medio tempore* integro, in capo all'attribuente, il potere di disposizione del bene che è oggetto dell'atto (prevalentemente attributivo).

Per inciso, occorre soffermarsi sul ruolo che la revocabilità *ad libitum* dell'atto gioca in ordine alla qualificazione della fattispecie: nell'ottica considerata, infatti, una volta accertato che il profilo temporale dell'efficacia da solo è insufficiente a far inquadrare l'atto nel novero degli atti *mortis causa*, il carattere della revocabilità - che pur dovrebbe essere normalmente inteso come elemento "esterno" e "ulteriore" incide invece notevolmente sul problema della qualificazione dell'atto, finendo quasi per toccare direttamente il profilo.

Normalmente dall'atto - sia esso bilaterale o unilaterale - nasce un vincolo tale da impedire al disponente la libera e unilaterale revocabilità dell'atto medesimo e/o dell'impegno assunto con esso.

In particolare, ciò vale appieno nei casi in cui la morte è evento dedotto in *condizione* sospensiva o risolutiva, data la connaturata retroattività reale che contraddistingue il meccanismo condizionale (art. 1360 c.c.). In ogni caso, infatti, con il meccanismo condizionale, l'atto vincola fin dall'inizio le parti e ciò ne impedisce la revoca unilaterale, ciò dimostrando in definitiva l'estraneità dell'evento morte al profilo funzionale e, così, fa ricondurre la fattispecie dall'ambito degli atti *mortis causa* a quello degli atti con effetti *post mortem*.

Questa categoria è idonea a comprendere una variegata serie di figure che, astrattamente, proprio per loro natura, sono in grado di superare indenni il vaglio di liceità da condurre alla luce del divieto di patti successori: nonostante alcune remote pronunce di segno contrario<sup>49</sup>, è questo il caso emblematico della c.d. donazione *si premoriar* (o *si moriar*) e, parimenti, della donazione *cum moriar*.

Si tratta, rispettivamente, di un contratto di donazione: (a) sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del donante rispetto al donatario (condizione *si premoriar*); (b) sottoposto alla condizione, ugualmente sospensiva, della morte del donante (condizione *si moriar*); (c) sottoposto al termine iniziale coincidente con la morte del donante (donazione *cum moriar*).

---

<sup>49</sup> Cfr. la già citata Cass. 24 aprile 1987, n. 4053.

La dottrina nettamente prevalente propende oggi per la piena ammissibilità di ciascuna delle tre fattispecie, che sono per l'appunto normali donazioni *inter vivos*, riconducibili al novero degli atti con effetti *post mortem*<sup>50</sup>.

Pacificamente ritenuta inammissibile, invece, è la c.d. *donatio mortis causa* nota al diritto romano, ove era prevista quale particolare ipotesi di donazione conclusa in caso di imminente pericolo di morte e, comunque, in vista della morte del donante.

Si trattava di una donazione caratterizzata, non solo dall'aver effetto dopo la morte, ma dal fatto di perfezionarsi soltanto nel momento della morte del donante, risolvendosi così in un'attribuzione *mortis causa* a titolo particolare: con ciò si spiegava altresì il suo essere nel frattempo liberamente revocabile dal donante<sup>51</sup>.

Non una, infatti, è la ragione dell'inammissibilità di tale figura nel nostro ordinamento: oltre alla considerazione che tale contratto finisce per risolversi in un patto successorio istitutivo gratuito, direttamente nullo *ex art. 458 c.c.*<sup>52</sup>, la donazione *mortis causa* urta contro il concetto stesso di donazione che è un contratto tipicamente bilaterale e, dunque, irrevocabile (salvo le tipizzate ed eccezionali cause di revocazione di cui agli artt. 800 ss., c.c.), secondo la definizione accolta dall'art. 769 c.c. e il più generale principio consacrato nell'art. 1372, comma 1, c.c.

---

<sup>50</sup> Per la tesi positiva v. in particolare DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., pp. 117-118; IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 105 ss.; PALAZZO A., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 16; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 314 ss. In giurisprudenza: Cass. 27 settembre 1954, n. 3136, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 244 ss.; Cass. 16 giugno 1966, n. 1547, in *Riv. Not.*, 1967, p. 867 ss.; Cass. 9 luglio 1976, n. 2619; Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. Not.*, 2001, p. 227 ss. Di recente, a favore della validità con riferimento a un caso peculiare che presentava elementi di estraneità v. anche CUPINI D., *A proposito di patti successori e donazioni con clausola si premoriar*, in *Notariato*, 2005, p. 639 ss.

<sup>51</sup> Per gli opportuni approfondimenti al riguardo v. CHIANALE A., *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 91 ss.; nonché AMELOTTI M., *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano, 1953; ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 578 ss.; BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 708 ss.; CASULLI V.M., voce «Donazione mortis causa» in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 1003 ss.; DI PAOLA S., *Donatio mortis causa*, Napoli, 1969; TALAMANCA A., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 776-778.

<sup>52</sup> *Contra* v. però TALASSANO F., *Variazioni sul tema della donazione «mortis causa»*, in *Giur. it.*, IV, 1960, p. 79, secondo il quale, data la difficoltà *a priori* di individuare una tipica e unitaria concezione dei patti successori, la qualificazione della donazione *mortis causa* alla stregua di patto successorio non può comunque darsi per certa.

Infine, la previsione di una revocabilità *ad libitum* da parte del donante, oltre ad essere indice della mancanza di una seria volontà di impegnarsi, si risolverebbe comunque nell'apposizione di una condizione sospensiva meramente potestativa, nulla *ex art.* 1355 c.c.<sup>53</sup>

All'opposto, la principale argomentazione a favore della tesi della validità - in particolare, della donazione *si premoriar* - è da tempo rinvenuta dalla migliore dottrina nel fatto che «*il donatario acquista al momento dell'atto un'aspettativa tutelata dalla legge, ciò che gli consente di compiere atti conservativi (art. 1356 c.c.) e di disporre del diritto, sia pure con un atto che rimane subordinato alla stessa condizione (la premorienza del donante) da cui dipende il suo acquisto art. 1357).*<sup>54</sup>

*L'immediata operatività dell'attribuzione (...) impedisce di configurare la liberalità come atto mortis causa»<sup>55</sup>.*

L'immediata operatività dell'attribuzione liberale viene cioè individuata nell'irrevocabilità unilaterale dell'impegno, in quel c.d. vincolo negoziale che, - quale "effetto minimo", comunque imprescindibile - sorge dall'accordo delle parti, mentre l'evento morte resta esterno rispetto alla fattispecie<sup>56</sup>, senza mai assumere quella rilevanza di coefficiente causale, pur sempre necessaria a qualificare il contratto come "negozio a causa di morte"<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Per questa precisazione v. BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, p. 562, nota 25; GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, pp. 55-56 (in particolare, nota 45).

<sup>54</sup> Cfr. altresì BIONDI B., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XII, 4, Torino, 1961, p. 500 ss.; TORRENTE A., *La donazione*, *cit.*, p. 314, secondo il quale, espressamente: «*La morte è concepita come evento che semplicemente subordina l'acquisto del donatario. (...) In conseguenza della retroattività la natura di negozio inter vivos appare chiara: non soltanto vi è la normale irrevocabilità del contratto, ma gli effetti del negozio si considerano prodotti durante la vita del donante. L'ammissibilità della figura è perciò incontestabile: per negarla, occorrerebbe escludere che la donazione possa essere sottoposta a condizione, o che come evento condizionante possa fungere la morte del donante, ciò che non avrebbe alcuna giustificazione*». Da notare, tuttavia, come per l'illustre A. il problema di distinguere tra valida donazione condizionata (o a termine) e invalida donazione a causa di morte in definitiva si risolve in una *quaestio voluntatis*. *Contra*, v. l'originale presa di posizione, di recente, di GAZZOLO T., *La condizione si premoriar. note sulla donazione a causa di morte*, reperibile all'indirizzo: [www.diritto.it/art.php?file=/archivio/26528.html#](http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/26528.html#)

<sup>55</sup> Così DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 118; cfr. già SANTORO PASSARELLI F., *Validità della donazione di usufrutto cum praemoriar*, in *Foro it.*, 1950, I, 386.

<sup>56</sup> Anche per GAZZOLO T., *cit.*, «*La morte è semplicemente una sospensione tecnica, e non altro*».

<sup>57</sup> In questo senso cfr. altresì PUTORTI' V., *op. cit.*, pp. 198-200 *Contra*, invece, la dottrina meno recente: v. BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XV, 2, Torino, 1960, p. 312, nota 4; CARIOTA FERRARA L., *Le successioni a causa di*

Decisivo è anche il riferimento alla retroattività del meccanismo condizionale: esso consente di ritenere che anche l'effetto traslativo finale si sia comunque prodotto fin dal momento della conclusione del contratto: a maggior ragione, dunque, lo spoglio da parte del donante può dirsi attuale e il patto successorio escluso<sup>58</sup>.

In realtà, è possibile dimostrare l'ammissibilità di una donazione con effetti *post mortem*, anche seguendo un percorso argomentativo diverso, che si fondi sulla qualificazione di atto *mortis causa* che già si è avuto modo di esporre.

Nei casi prospettati, infatti, è possibile evidenziare come quella doppia incidenza dell'evento morte sul piano dell'oggetto e del soggetto beneficiario della disposizione venga a mancare, dal momento che, se è vero che il beneficiario è tale solo se effettivamente sopravvive al donante (e, pertanto, viene in considerazione al momento della morte), è altrettanto vero che l'oggetto è fin da subito determinato al momento in cui il contratto si perfeziona: non si tratta, cioè, di un *quod superest* e di conseguenza, non si è in presenza di un contratto *mortis causa* vietato dall'art. 458 c.c.<sup>59</sup>.

La soluzione positiva non muta neanche se oggetto della donazione *si praemoriar* non è la proprietà (piena o nuda), ma l'*usufrutto*: ciò si ricava agevolmente dal disposto dell'art. 796 c.c. che ammette espressamente la riserva di usufrutto a vantaggio del donante e, dopo di lui, a favore di un terzo.

Si tratta infatti di un'ipotesi eccezionalmente prevista di usufrutto c.d. successivo, che la dottrina ricostruisce come due distinte ma contestuali donazioni: la prima è la donazione diretta della nuda proprietà al primo beneficiario, con riserva dell'*usufrutto vitalizio* in capo al donante; l'altra, è offerta - che in quanto tale dovrà comunque essere accettata in vita del donante - di donazione dell'*usufrutto*

---

*morte*, cit., p. 399; CICU A., *Testamento*, cit., p. 24 ss.; nonché BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2, *La famiglia - Le successioni*, cit., p. 562, secondo il quale ad oggi l'unica fattispecie realmente ammessa sarebbe la donazione con patto di reversibilità (art. 791 c.c.), in quanto donazione sotto condizione risolutiva che, dunque, presuppone un'immediata efficacia *inter vivos*.

<sup>58</sup> Cfr. DE GIORGI M.V., *op. ult. cit., ibidem*; GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, p. 45 ss.; TORRENTE A., *op. cit., ibidem*.

<sup>59</sup> Per queste osservazioni v. IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 106, anche secondo GAZZOLO T., *La condizione si praemoriar*, cit.: «È necessario, per evitare il patto successorio, (...) un semplice rilievo: l'evento-morte non deve inerire al bene donato nel senso di configurarlo come *quod superest*».

sotto la condizione sospensiva, appunto, della premorienza del donante, primo riservatario del diritto di usufrutto<sup>60</sup>.

Maggiori perplessità fa sorgere l'ipotesi della donazione *cum moriar*, in quanto il termine iniziale coincidente con la morte del donante, in relazione al quale non opera la retroattività propria della condizione, rende di fatto l'oggetto del contratto determinato nella sua esatta consistenza soltanto all'apertura della successione del donante: in tal caso, dunque, sembrerebbero potersi scorgere gli estremi del *quod superest*.<sup>61</sup>

Tuttavia, la facile constatazione che anche per questa ipotesi il contratto dà immediatamente vita a un vincolo giuridico e che in capo al donatario a termine iniziale sorge immediatamente un'aspettativa di diritto, in ragione della quale sorge la medesima tutela di tipo conservativo che compete al donatario *sub condicione*, fa propendere per l'ammissibilità anche di questo peculiare tipo di donazione, configurata appunto come contratto con effetti *post mortem*<sup>62</sup>.

Assume altresì rilievo, sempre in quest'ambito, il caso della *donazione modale* con adempimento dell'onere dopo la morte del donante: in questa ipotesi il patto istitutivo è da escludere in radice, dal momento che si tratta di una normale donazione diretta, avente efficacia traslativa immediata.

Il problema tuttavia si pone in relazione all'efficacia obbligatoria dell'onere connesso alla donazione il cui contenuto, ben potrebbe consistere nell'obbligo di trasferire, dopo la morte del donante, altri beni (o ritrasferire quanto ricevuto per donazione) a terzi, facendo così emergere il rischio che la prestazione di dare violi il divieto di patti dispositivi o rinunziativi.

La dottrina sembra comunque tendenzialmente favorevole alla validità della fattispecie, purché ovviamente il donatario non sia specificatamente obbligato a rinunciare all'eredità, o a dismettere l'azione di riduzione in via anticipata o, ancora, egli sia obbligato a trasferire successivamente a terzi quanto riceverà poi

---

<sup>60</sup> A questo riguardo v. per tutti l'efficace sintesi di IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 106-107. Sottolinea DE GIORGI M.V., *op. cit.*, pp. 117-118 che, in questo caso, essendo l'usufrutto necessariamente limitato alla durata della vita del titolare (art. 979 c.c.), l'evento morte si configura al contempo quale termine iniziale e quale condizione sospensiva.

<sup>61</sup> Per l'inammissibilità della donazione *cum moriar* sono BIONDI B., *op. ult. cit.*, p. 106; e CASULLI V., *op. cit.*, p. 1005.

<sup>62</sup> Cfr. in particolare, di recente, PERRECA M., *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 111.

per successione *mortis causa* (dal donante o da un terzo): la valutazione dipende in definitiva dal modo in cui è in concreto congegnato l'oggetto del *modus*.

Si ritiene del resto lecita anche la donazione modale attraverso cui il donante, per il momento della propria morte, impone al donatario «l'obbligo di ritrasferire a terzi in tutto o in parte il bene ricevuto in donazione o il suo valore»<sup>63</sup>: l'evento morte, in siffatto caso, non costituisce infatti altro che un comune termine d'adempimento di un'obbligazione sorta per contratto antecedentemente all'apertura della successione di entrambe le parti.

La questione che sullo sfondo si è posta in dottrina in relazione alla donazione e, in genere, agli atti *post mortem*, come già accennato, in realtà riguarda l'idoneità degli stessi a porsi quale effettiva alternativa al testamento<sup>64</sup>.

La vincolatività dell'impegno assunto fin dall'origine da parte del disponente unitamente alla mancanza di un potere di revoca unilaterale dell'atto - la cui previsione, al contrario, secondo l'orientamento ancora prevalente renderebbe invalido *ex art. 458 c.c.* il congegno negoziale adottato - secondo alcuni rendono gli atti ad effetti *post mortem* inadatti allo scopo e, comunque, un'alternativa testamentaria imperfetta, essendo il testamento caratterizzato da un'assoluta libertà di revoca<sup>65</sup>.

Dopo aver parlato delle varie ipotesi di donazione con effetti *post mortem*, in questo stesso ambito di indagine merita cenni specifici anche la figura negoziale denominata comunemente “*mandato post mortem*”.

In prima approssimazione, il *mandato post mortem*, può essere definito come l'accordo tra mandante e mandatario, avente ad oggetto una prestazione che deve essere eseguita dopo la morte del mandante<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Così IEVA M., *op. cit.*, p. 104.

<sup>64</sup> Di “alternative imperfette” parla infatti IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 103; v. inoltre PALAZZO A., *Le successioni*, *cit.*, p. 51. Sottolineano comunque la funzionalità (ma anche i limiti) in chiave successoria della donazione, di recente: CARABBA A.A., *Le donazioni mortis causa*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 1449 ss.; PERRECA M., *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma*, *cit.*, *passim*.

<sup>65</sup> Cfr. per tutti PALAZZO A., *op. ult. cit.*, *ibidem*; ID. *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, *cit.*, *passim*.

<sup>66</sup> Così CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, I, *cit.*, p. 62; cfr. anche GRADASSI F., *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 827. Per le interrelazioni tra mandato e fiducia v. in particolare PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, *cit.*, p. 62 ss.; ID. *Le successioni*, *cit.*, p. 51 ss. (nonché gli autori citati a p. 152).

Sull'ammissibilità di questa fattispecie si sono nel tempo formati due opposti e significativi orientamenti.

Il primo, più restrittivo, nega la validità di un tale accordo, sul presupposto che la norma ricavabile dall'art. 1722, n.4, c.c., avendo natura imperativa, come tale sia inderogabile dai privati. In ossequio poi al (discusso) principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, si ritiene non concepibile un mandato in qualche modo destinato a spiegare effetti da o anche dopo la morte del mandante, obbligando direttamente i suoi eredi al di fuori del meccanismo espressamente consentito allo scopo, qual è per eccellenza il *modus* testamentario<sup>67</sup>. Infine, si fa notare che con la morte del mandante viene meno anche l'interesse soggettivo all'adempimento del mandato<sup>68</sup>.

Un orientamento di segno opposto, teso invece ad affermarne la liceità, si basa sull'asserita natura dispositiva e, dunque, derogabile, della regola *mandatum morte finitur* (art. 1722, n.4, c.c.), nonché sul fatto che il perfezionamento del contratto prima della morte del mandante esclude che gli obblighi da esso derivanti sorgano a titolo originario in capo gli eredi, che invece sono a loro trasmessi *iure successionis*<sup>69</sup>.

L'orientamento che ancora oggi può dirsi prevalente, soprattutto in giurisprudenza<sup>70</sup>, più analiticamente distingue fra tre specifiche figure suscettibili di rientrare, con diverse conseguenze, nella più ampia accezione di mandato *post mortem*:<sup>71</sup> (a) il c.d. *mandato post mortem exequendum*, contratto a mezzo del

<sup>67</sup> In questo senso v. BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 312; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 545 ss.

<sup>68</sup> Per questa osservazione v. MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1952, p. 100.

<sup>69</sup> Al riguardo v. GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 125 e gli autori ivi citati alla note 174 e 176, nonché DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., p. 138. Sulla derogabilità della regola *mandatum morte finitur* v. altresì PUTORTI' V., *Morte del disponente e autonomia negoziale*, cit., p. 215 ss.

<sup>70</sup> Cfr. CAPOZZI G., *op. cit.*, *ibidem*; CRISCUOLI G., *op. cit.*, p. 546. In senso critico v. anche AMATUCCI A., *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 290 ss.; e GRADASSI F., *op. cit.*, pp. 827-829, i quali denunciano il carattere improprio e l'uso spesso promiscuo, in quest'ambito, di certe terminologie (e soprattutto dell'espressione *post mortem*). Di recente, GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE A., *op. cit.*, p. 39, parla di "sofistiche distinzioni". In giurisprudenza la tripartizione è accolta da Cass. 4 ottobre 1962, n. 2804, in *Foro it.*, 1963, I, 43, considerata una pronuncia fondamentale in questa materia (così IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 62, nota 63). Riguardo a Cass. n. 2804/1962 v. anche PALAZZO A., *Le successioni*, cit., p. 52 ss.

<sup>71</sup> *Contra*, considera superata la tripartizione, richiamando la necessità di rifarsi alla sola tradizionale distinzione tra atti (e mandato) *mortis causa* e atti (e così mandato) *post*

quale il mandatario si obbliga nei confronti del mandante a svolgere, dopo la morte di costui, un'attività meramente materiale (eventualmente in esecuzione degli obblighi connessi a un'attribuzione patrimoniale già effettuata in vita e "in proprio" dal mandante); (b) il c.d. *mandato mortis causa*, dal quale sorge l'obbligo per il mandatario di compiere, dopo la morte del mandante, atti giuridici di natura attributivo-traslativa aventi ad oggetto diritti successori; (c) il c.d. *mandato post mortem in senso stretto* (o anche *mandato testamentario*, ma la terminologia è varia e non univoca), in realtà solo impropriamente considerato "mandato", in quanto si tratta nella sostanza - salve le precisazioni che seguiranno - di un atto unilaterale.

Delle tre figure indicate, la prima (c.d. *mandato post mortem exequendum*) viene comunemente ritenuta valida, nonostante il divieto di patti successori, purché l'incarico conferito a mezzo del contratto, perfezionato in vita del mandante, non abbia ad oggetto né atti giuridici che comportino la disposizione di diritti successori futuri, né atti aventi carattere patrimoniale<sup>72</sup>.

In questa visuale, occorre verificare preliminarmente in quale momento l'attribuzione patrimoniale - cui si connette eventualmente il mandato - è stata perfezionata: se tale attribuzione è stata compiuta in vita del *de cuius*, per cui dopo la sua morte il mandatario si limita a portare a termine un'attività ad essa relativa prettamente materiale (ad esempio la consegna dei beni trasferiti), allora il contratto non viola il divieto dell'art. 458 c.c., o altre regole successorie<sup>73</sup>.

Costituisce un esempio tipico in tal senso il mandato che ha ad oggetto l'incarico, (sovente, dato in forma orale ai prossimi congiunti), di curare la sepoltura del mandante secondo le indicazioni da lui espresse: contratto ritenuto valido anche alla luce della meritevolezza dell'interesse sotteso, in quanto manifestazione della

---

*mortem*, GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, cit., p. 236. *Contra*, a sua volta, per l'inadeguatezza della dicotomia se applicata al caso del mandato, v. CRISCUOLI G., *op. cit.*, p. 553.

<sup>72</sup> Secondo GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, p. 126, occorre però distinguere caso per caso, avvertendo che la generica affermazione della validità del mandato *post mortem exequendum* può rivelarsi, in concreto, inesatta.

<sup>73</sup> In giurisprudenza, Cass. 10 agosto 1963, n. 2278, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 1056 ss.; Cass. 24 aprile 1965, n. 719, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 2293; Cass. 9 maggio 1969, n. 1584, in *Foro it.*, 1969, I, 3193.

personalità dell'individuo<sup>74</sup>. Altro esempio ritenuto comunemente valido, pure in giurisprudenza<sup>75</sup>, è proprio quello della donazione di somma di denaro conclusa in vita del donante, con mandato a un terzo affinché, dopo la sua morte, egli consegni la somma al donatario; diversamente, si considera nullo il mandato a distruggere beni di proprietà del mandante dopo la sua morte, in quanto quei beni rilevano come oggetto della sua successione<sup>76</sup>.

Oggi il mandato *post mortem exequendum* sembra acquisire un'importanza fondamentale per una proficua gestione delle credenziali (*password*, *personal identification number - PIN*, *username*, e simili) per l'accesso alle risorse informatiche e, soprattutto, telematiche, del defunto<sup>77</sup>.

Tali credenziali, del resto, pongono non pochi problemi in relazione alla difficoltà del loro inquadramento nelle tradizionali categorie giuridiche, “sospese” tra beni, proprietà e contratto, anche se sembra prevalente e preferibile, salvo talune opportune distinzioni, considerare le credenziali alla stregua di metodi, contrattualmente definiti, per l'identificazione dell'avente diritto all'accesso ai contenuti e ai servizi telematici e/o informatici: in questo senso, esse non sono troppo dissimili, dunque, dai documenti di legittimazione previsti dall'art. 2002 c.c., anche se in dottrina continua a discutersi se tali credenziali rientrino o meno nel *genus* delle firme elettroniche c.d. semplici o “leggere”<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> A questo riguardo v. in particolare Cass. 29 aprile 2006, n. 10035, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 524 ss., con nota di BONILINI G., *Iscrizione a società di cremazione e mandato post mortem*, e in *Riv. Not.*, 2007, p. 690 ss. con nota di MUSOLINO G., *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*.

<sup>75</sup> Cfr. la già citata Cass. 4 ottobre 1962, n. 2804, secondo cui il mandato deve essere ritenuto valido ogni qual volta si tratti soltanto di effettuare la *traditio* di beni già estranei o divenuti estranei in vita al patrimonio del *de cuius*. *Contra*, almeno parzialmente, v. GRADASSI F., *op. cit.*, p. 833 ss.; cfr. GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit., ibidem*.

<sup>76</sup> Cfr. per tutti GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit., ibidem* (conforme IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 64, nota 65)

<sup>77</sup> Al riguardo v. lo Studio n. 6-2007/IG del Consiglio Nazionale del Notariato, *Password, credenziali e successione mortis causa*, a firma di U. Bechini, reperibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it), cui si rinvia integralmente per un primo approfondimento della tematica.

<sup>78</sup> Oltre a Bechini, nello studio citato nella nota precedente, p. 2, sulla scia della dottrina prevalente, cfr. fra i contributi più recenti almeno FINOCCHIARO G., *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al codice dell'amministrazione digitale*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 497 ss.; GENTILI A., *Negoziare on line dopo la riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Corr. merito*, 2011, p. 353 ss.; NAVONE G., *La disciplina del documento informatico dopo il D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2, 2012, p. 279 ss. (e autori *ivi* citati alla nota 40).

Anzi, nella maggior parte dei casi, lo strumento del mandato sembra essere in concreto l'unico davvero capace di soddisfare i vari interessi emergenti, tra loro non facilmente componibili: si pensi alle esigenze di segretezza dei materiali coperti da *password* (che non sarebbe di per sé soddisfatta da alcuna forma testamentaria), e alle difficoltà di reperimento e di accesso agli stessi, soprattutto alla luce di legislature straniere la cui applicazione deriva dalla localizzazione (e, ovviamente, dalle clausole generali di contratto) degli operatori che forniscono servizi *internet* intesi nel senso più ampio.

Peraltro, a stretto rigore, ogni qual volta l'attività che il mandatario è tenuto a compiere sia meramente materiale, non si è nemmeno in presenza di un vero contratto di mandato (cfr. art. 1703 c.c.), ma piuttosto di un mero (e in sostanza atipico) *incarico post mortem*<sup>79</sup>.

Riguardo alla seconda figura sopra indicata (c.d. mandato *mortis causa*), l'opinione che può dirsi tutt'oggi prevalente ritiene che si tratti di un contratto di mandato *post mortem* avente oggetto illecito e, pertanto, nullo per violazione del divieto di patti successori, dal momento che per il tramite dell'attività del mandatario si realizza, in vita del mandante, un'attribuzione di diritti successori futuri.

Occorre pertanto che il mandato sia configurato in modo tale da escludere che l'attività demandata al mandatario sia il "mezzo" per effettuare un'attribuzione patrimoniale a causa di morte<sup>80</sup>.

Tuttavia, una parte della dottrina sostiene, anche in questa ipotesi, la necessità di valutare sempre caso per caso, poiché il carattere normalmente revocabile del mandato (cfr. artt. 1723 ss., c.c.) sarebbe di per sé sufficiente ad escludere il profilo del patto successorio istitutivo, dovendosi ritenere nullo soltanto il

---

<sup>79</sup> Il criterio distintivo fondato sulla natura dell'attività (materiale o giuridica) oggetto dell'incarico conferito al mandatario, proposto in particolare da NAVARRA V., *Del mandato e dell'incarico p.m.*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, p. 232 ss. (il quale parla anche di "incarico *post mortem*"), e da DE GIORGI M.V., *op. ult. cit., ibidem*, ma recepito successivamente anche dalla giurisprudenza (cfr. specialmente Cass. 4 ottobre 1962, n. 2804, *cit.*), è ritenuto però da solo insufficiente da GIAMPICCOLO G., *op. cit., ibidem*.

<sup>80</sup> Per ulteriori ragguagli v. IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 64-65.

mandato *post mortem* irrevocabile per espressa volontà delle parti, o quello c.d. *in rem propriam* (cfr. art. 1723, comma 2, c.c.)<sup>81</sup>.

Altra parte della dottrina, nondimeno, replica che la natura normalmente onerosa del mandato (art. 1709 c.c.) e i limiti all'esercizio della facoltà di revoca da parte del mandante (art. 1725 c.c.) contrastano comunque con il principio dell'assoluta revocabilità *usque ad vitae supremum exitum* delle disposizioni sulla propria successione, considerando quindi il mandato sempre ugualmente nullo<sup>82</sup>.

La terza figura (c.d. mandato *post mortem* unilaterale, o anche mandato per atto di ultima volontà), che pure presenta una rilevanza marginale rispetto alle altre due - e che, come anticipato, si risolve nel conferimento unilaterale di un incarico, contenuto in un testamento, è sicuramente l'ipotesi più discussa.

La tradizionale opinione negativa, che trae forza dall'improponibilità anche teorica di un mandato "concluso" dopo la morte del mandante, non ritiene possibile, argomentando *a contrario* dall'art. 1329 c.c., una proposta di mandato che sopravviva alla morte del proponente, né tanto meno un semplice "incarico" - affidato per testamento.

Altra e autorevole dottrina<sup>83</sup>, con dovizia di argomenti, sostiene invece la tesi tendenzialmente positiva. L'incarico per testamento dovrebbe infatti essere qualificato alla stregua di un *negozio autorizzativo di ultima volontà*, la cui caratteristica è quella di attribuire al terzo incaricato la facoltà di attuare, agendo in nome proprio, la volontà del defunto; negozio che, tuttavia, deve essere tenuto distinto dalla figura tipica del mandato, in quanto, essendo tecnicamente un atto di ultima volontà, esso non può che avere struttura unilaterale, restando il terzo libero di non accettare l'incarico.

In tal senso, sembrerebbe peraltro possibile rinvenire un esempio di mandato *post mortem* nella disposizione testamentaria di nomina dell'esecutore testamentario, come espressamente previsto dalla legge (art. 700 ss., c.c.).

---

<sup>81</sup> In questo senso v. DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 144, secondo la quale «il punto decisivo per escludere ogni contaminazione o elusione del divieto dei patti successori rimane la revocabilità»; cfr. GRADASSI F., *op. cit.*, p. 841-842.

<sup>82</sup> Così GAZZONI F., *op. cit.*, p. 237.

<sup>83</sup> È l'opinione, invero rimasta minoritaria, di GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, pp. 127-132.

Il mandato *post mortem* c.d. unilaterale si rivela dunque un'ipotesi certamente peculiare, ma astrattamente ammissibile, almeno nei limiti in cui sia rispettato il principio fondamentale di personalità del testamento<sup>84</sup>.

Tuttavia, più in generale, vale forse la pena osservare che anche a voler ritenere ammissibile un contratto di “mandato *post mortem*”, (al di là delle possibili distinzioni e della terminologia che si preferisce adottare), il potere di revoca in capo al mandante, connaturato al mandato, è di per sé trasmissibile ai suoi eredi: di fatto, ciò rende questi ultimi (che spesso sono proprio i contro-interessati all'esecuzione del mandato), assolutamente liberi di decidere le sorti della volontà del *de cuius*, come in precedenza manifestata nel mandato; nello stesso senso, il mandatario potrebbe non adempiere senza che alcuno degli eredi agisca poi nei suoi confronti, lasciando, ancora una volta, inattuata la volontà del *de cuius*<sup>85</sup>.

A prescindere, dunque, dalle questioni teoriche e, comunque, dal suo ristretto ambito di applicazione, il mandato con effetti *post mortem* non sembra poter rappresentare, in concreto, uno strumento effettivamente utile in funzione di alternativa testamentaria.

---

<sup>84</sup> Per queste considerazioni v. GIAMPICCOLO G., *op. ult. cit.*, in particolare, pp. 131-132; cfr. altresì GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, *cit.*, p. 535.

<sup>85</sup> In questo senso GAZZONI F., *op. ult. cit.*, p. 238.

### 3.3. - *Il contratto a favore di terzo: l'archetipo del negozio transmorte.*

La dottrina che più recentemente ha approfondito il problema delle c.d. *successioni anomale contrattuali*, - stante il perdurare del divieto di cui all'art. 458 c.c. - al fine di verificare quali spazi residuano all'autonomia contrattuale e quali atti possano effettivamente rappresentare una “*alternativa*” al testamento, (istituto considerato pressoché unanimemente in crisi già da oltre un sessantennio<sup>86</sup>), è giunta a delineare i tratti di una terza categoria che passa sotto il suggestivo nome di “*negozi trans mortem*” (o “*trasmorte*”)<sup>87</sup>.

In tale categoria sono ricompresi esclusivamente negozi giuridici che, da un lato, esulano dagli atti *mortis causa* in quanto la morte rileva per essi soltanto sul piano dell'efficacia, alla stregua degli atti con effetti *post mortem*; dall'altro, riservano al soggetto disponente una sorta di *ius poenitendi* che lo rende libero di revocare o, comunque, modificare unilateralmente il negozio *usque ad vitae supremum exitum*.

Più precisamente, per poter qualificare una data fattispecie alla stregua di negozio *trasmorte* occorre essere in presenza di un contratto diretto al trasferimento di beni e diritti rispetto al quale l'evento della morte opera esclusivamente come condizione o termine finale degli effetti negoziali, i quali possono anche essere parzialmente anticipati.

---

<sup>86</sup> Cfr. in particolare la ricerca di tipo sociologico di FERRARI V., *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, cit., (in particolare p. 46 ss.): da un campione verificato nel periodo 1955-1969, risulta che soltanto il 10% delle successioni è regolato dal testamento. Di recente, PADOVINI F., *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 1007 ss., pur constatando la persistente desuetudine del testamento, fa notare come in realtà manca un'indagine sull'effettiva diffusione del testamento riferita a un periodo a noi più vicino, in particolare, a cavallo tra l'abrogazione e la successiva reintroduzione dell'imposta sulle successioni.

<sup>87</sup> Il riferimento, ovviamente, è alle fondamentali opere di Antonio Palazzo, a partire da PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 16 ss.; ID., *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella civilistica italiana del secondo dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 2, Milano, 1991, p. 656 ss.; ID., *Le successioni*, cit., p. 49; ID., *Istituti alternativi al testamento*, nel *Tratt. dir. civ. C.N.N.* diretto da P. Perlingieri, VIII, 8, Napoli, 2003; e più recentemente ID., *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 241 ss. Sul tema cfr., oltre ai già più volte richiamati IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit.; MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, cit.; MARELLA M.R., *op. cit.*, RUSCELLO F., *Successione «mortis causa» e fenomeni «parasuccessori»*, in *Vita not.*, 1998, p. 70 ss.; SANTORO L., *Alternative al testamento*, in *Contr e impr.*, 2003, p. 1187 ss.; MONCALVO F. A., *I così detti negozi «trasmorte»*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, cit., p. 187 ss.

Nello stesso tempo, occorre che la parte la cui morte è dedotta in condizione, resti titolare di un c.d. *ius poenitendi*: l'esercizio di siffatto diritto di ripensamento, o potere di revoca, può peraltro essere ancorato dalle parti alla verifica della sussistenza di presupposti oggettivi che lo giustifichino<sup>88</sup>.

Pertanto, alla luce di tali elementi, il c.d. negozio *transmorte* si palesa quale negozio a struttura bilaterale condizionato nei suoi effetti all'evento futuro, ma certo, della morte di una delle parti, e altresì caratterizzato da un potere unilaterale di revoca la cui esistenza è elemento imprescindibile affinché tale contratto possa porsi effettivamente su un piano paritario, seppur alternativo, al testamento.

Per sfuggire alle maglie del divieto di patti successori, è quindi indispensabile che il negozio *transmorte* preveda l'uscita del bene dal patrimonio del disponente prima della sua morte, in modo che soltanto l'effetto traslativo finale sia rinviato a quel momento.

In sostanza, la finalità dei c.d. negozi *transmorte* è pur sempre quella di regolare una situazione che preesiste alla morte, pur rinviandone gli effetti al momento della morte<sup>89</sup>.

In questo senso, la circostanza che il contratto sortisca "taluni effetti anticipati consente di verificare più facilmente la liceità della fattispecie alla luce del divieto *ex art. 458 c.c.*

Lo schema contrattuale che è parso maggiormente idoneo ad integrare il negozio *transmorte* è quello del contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), in particolare, nella variante disciplinata dall'art. 1412 c.c.<sup>90</sup>.

Ai sensi dell'art. 1411, comma 1, c.c.: «È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse»<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Così PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 248 ss. e 283 ss.

<sup>89</sup> In questo senso v. già NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 148 ss.

<sup>90</sup> Cfr. IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 27. Per alcuni, anzi, solo i contratti a favore del terzo sembrano integralmente soddisfare i requisiti del negozio *transmorte*: così DE MATTEIS G., *Divieto di patti successori e alternative convenzionali al testamento*, cit. Si anticipa fin da ora che la qualificazione in termini di negozio *transmorte* delle specifiche ipotesi del deposito (soprattutto bancario) a favore di terzo e dell'accollo (in quanto, secondo la tesi ancora oggi prevalente, avente struttura di contratto a favore di terzo) è discussa: al riguardo, si rinvia alle considerazioni di IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 76 ss. e 96 ss.; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 110 ss. e 118 ss.

<sup>91</sup> Per un quadro esaustivo, fra le opere più recenti, v. ANGELONI F., *Del contratto a favore di terzi (art. 1411- 1413)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2004; BOZZI L., *Contratto a*

Come è noto, la norma ora indicata non rileva semplicemente quale positiva eccezione al tradizionale principio di relatività del contratto<sup>92</sup>, consacrato nell'art. 1372 c.c. e a tenore del quale il contratto ha forza di legge tra le parti e non produce effetti rispetto ai terzi se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

Se letto in combinato disposto, in particolare, con il secondo comma dell'art. 1372 c.c., l'art. 1411 c.c. fa emergere il più organico e comprensivo principio, per cui il contratto non produce effetti diretti nei confronti di coloro che ad esso sono rimasti estranei - per non avervi assunto il ruolo di parte, né sostanziale, né formale<sup>93</sup> - salvi i casi in cui è (da altri) stipulato in loro favore, cioè quando il contratto determina per i terzi soltanto effetti positivi e in generale utili<sup>94</sup>.

Ciò significa, dunque, che resta impregiudicato il postulato secondo cui il contratto in genere non può essere il mezzo per influire negativamente sulla sfera giuridica altrui, alterandola a piacere dello stipulante; in pari modo, tuttavia, è ormai assunto al rango di principio generale che il contratto può avere un'efficacia piena e diretta anche nei confronti di chi è rimasto ad esso estraneo, purché tale efficacia risulti esclusivamente vantaggiosa, non potendo viceversa comportare obblighi in senso tecnico o altri oneri per il terzo<sup>95</sup>.

In ogni caso, il meccanismo previsto dall'art. 1411 c.c. - perfettamente in linea con altre norme del sistema (cfr. artt. 649, 1236 e 1333 c.c.) - consente comunque di tutelare l'interesse del terzo all'intangibilità della propria sfera giuridica,

---

*favore di terzo*, nel *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli - *Contratti in generale*, III, a cura di Navarretta E. e Orestano A., Torino, 2012, p. 287 ss.; MOSCARINI L.V., *Il contratto a favore di terzi*, nel *Il codice civile - Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012; cfr. altresì NARDI S., *Sul contratto a favore di terzi*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 136 ss.

<sup>92</sup> Come rileva ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 580, la questione dipende essenzialmente dall'ampiezza che si attribuisce al tradizionale principio di relatività del contratto.

<sup>93</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass. 9 dicembre 1997, n. 12447, in *Rep. Foro it.*, 1997, 466; Cass. 4 febbraio 1988, n. 1136, in *Rep. Foro it.*, 1988, 365.

<sup>94</sup> Cfr. per tutti BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio giuridico unilaterale*, Milano, 1969, p. 204 ss.; DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 68 ss.

<sup>95</sup> Sottolineano come il contratto a favore di terzo non sia idoneo a produrre effetti negativi sulla sfera del terzo, MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 161 ss.; MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 115. Tuttavia, pare opportuno rilevare sin da ora che parte della dottrina (cfr. gli stessi MAJELLO U., *op. cit.*, p. 168-169 e MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 117, cui *adde* ANGELONI F., *op. cit.*, p. 98), ammette la possibilità che le parti impongano al terzo beneficiario almeno un c.d. onere non modale, da intendere in sostanza alla stregua della previsione di un dato comportamento che il terzo resta libero di attuare o meno nel suo esclusivo interesse, in vista del raggiungimento di un dato risultato. L'assunto ha comunque importanza, come subito si vedrà, anche con riferimento al più generale problema relativo alla compatibilità dello schema dell'art. 1411 c.c. con i contratti ad efficacia reale.

assicurandogli la facoltà di rifiutare il vantaggio procuratogli dal contratto da altri stipulato pur in suo favore (art. 1411, ult. co., c.c.).

Tale “rifiuto” viene in dottrina qualificato o, come *rinuncia* in senso tecnico<sup>96</sup>, cioè quale negozio dismissivo con effetto *ex nunc* di un diritto già entrato a far parte del patrimonio del rinunziante, sebbene non ancora esercitato in concreto, oppure - forse più correttamente, soprattutto al fine di risolvere i problemi in ordine alla titolarità *medio tempore* del diritto attribuito al terzo - come c.d. *rifiuto eliminativo*<sup>97</sup>, negozio unilaterale con cui l'autore espunge un diritto dal proprio patrimonio con effetto *ex tunc*.<sup>98</sup>

In sintesi, il contratto a favore del terzo è dunque quel contratto per effetto del quale le parti - *stipulante* e *promittente* - contraendo in nome proprio, producono l'acquisto di un vero e proprio diritto (e non di un generico vantaggio) direttamente in capo a un soggetto terzo, salvo il suo legittimo rifiuto e fatta salva altresì la facoltà di revoca da parte dello stipulante, prima che sia intervenuta l'adesione del terzo alla stipulazione (cfr. art. 1411, comma 2, c.c.).

La dichiarazione del terzo di voler profittare, almeno secondo la prevalente ricostruzione, non è *condicio iuris* per l'efficacia della stipulazione, ma ha il solo effetto di paralizzare, eliminandola, la facoltà di revoca dello stipulante, rendendo così definitivo l'acquisto che si è già prodotto in capo al terzo.

Pertanto, secondo autorevole dottrina, l'adesione del terzo non è un negozio ma un atto giuridico in senso stretto di *comunicazione*, atto recettizio sia nei confronti dello stipulante, sia del promittente, e a forma libera<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> In questo senso, per tutti, v. MIRABELLI A., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980, p. 445; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, p. 144.

<sup>97</sup> Così, per tutti, GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 928; MAJELLO U., voce «*Contratto a favore di terzo*», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 245.

<sup>98</sup> Sulla stessa linea, vi sono autori che, al fine di salvaguardare al massimo grado la sfera giuridica del terzo, risolvono il problema ritenendo con sottigliezza oggetto del rifiuto del terzo la stessa stipulazione in suo favore, e non il diritto da essa conseguente: cfr. in questo senso FRANZONI M., *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli - *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino, 1999, p. 1101; MAJELLO U., *op. ult. cit.*, *ibidem*; TAMPONI M., *Il contratto a favore di terzo*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, 6, Torino, 2000, p. 298.

<sup>99</sup> Così, in particolare, MIRABELLI A., *op. cit.*, p. 443. GAZZONI F., *Manuale*, cit., p. 926; MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 133. Cfr. nello stesso senso IEVA M. *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 34 e PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 134. *Contra*, però, v. MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante*, cit., p. 190 e MESSINEO F., *op. cit.*, p. 142, i quali parlano di negozio unilaterale confermativo.

Lo schema del contratto a favore del terzo sul piano pratico presenta un'indubbia, duplice utilità che, in generale, risponde al principio di *economia dei mezzi giuridici*.

In primo luogo, con tale contratto è possibile realizzare, con una sola operazione e con evidente risparmio di costi, due diversi atti di disposizione o, meglio, con esso si elimina il duplice trasferimento inevitabile laddove *A* voglia acquistare da *B* un bene da trasferire a *C*<sup>100</sup>.

Questo schema contrattuale, inoltre, consente a un soggetto di disporre con efficacia immediata di diritti di cui non è attualmente titolare, inducendo l'effettivo titolare a compiere l'attribuzione direttamente in favore del terzo prescelto.

Come è facile intuire, però, ai fini dell'utilizzo di questo schema in funzione di alternativa al testamento, la caratteristica da ultimo indicata rappresenta al tempo stesso un grosso limite alla concreta utilizzazione del contratto a favore di terzo, appunto perché i diritti trasferiti al terzo devono essere nella titolarità del promittente e non dello stipulante.

Il connaturato potere di *revoca* per lo stipulante rende comunque il contratto a favore di terzo uno strumento particolarmente duttile, perché consente di mantenere il pieno "controllo dell'operazione" in capo a soggetto che dimostra il principale interesse alla produzione di effetti nella sfera giuridica altrui e, al contempo, salvaguarda sia lo stipulante, in relazione alle sopravvenienze che potrebbero far perdergli interesse alla stipulazione nei confronti del terzo, sia l'interesse del promittente a non restare esposto alla volubile volontà della controparte, in quanto - salva diversa volontà delle parti o per la natura del contratto - in caso di *revoca*, il contratto non cade ma rimane a beneficio dello stipulante e pertanto avrà comunque esecuzione.

Il contratto a favore del terzo si caratterizza, dunque, sia per l'assenza di partecipazione alla conclusione del contratto da parte del terzo - che non ne è parte, né tale diventa successivamente<sup>101</sup> - sia per l'autonomia del diritto

---

<sup>100</sup> Invece, grazie al ricorso al contratto a favore di terzo, intuitivamente *A* (stipulante) può far acquistare il diritto direttamente a *C* (terzo) da *B* (promittente).

<sup>101</sup> In ciò consiste la principale differenza rispetto al contratto per persona da nominare (art. 1401 ss., c.c.). Sebbene si tratti di posizioni ad oggi del tutto minoritarie, giova ricordare anche le opinioni volte a considerare comunque il terzo parte del contratto, o in senso

acquistato dal terzo, che trova il suo esclusivo fondamento nel contratto da altri concluso.

In ciò il contratto a favore di terzo si distingue dal *contratto con prestazione al terzo*, nel quale il creditore della prestazione è e rimane soltanto lo stipulante, essendo l'efficacia nei confronti del terzo meramente interna: in questo caso, nessun effetto immediato si produce nella sfera giuridica del terzo, il quale risulta mero destinatario della prestazione<sup>102</sup>, più precisamente assimilabile, almeno secondo alcuni, ad un *adiectus solutionis causa*<sup>103</sup>.

Discussa è tuttavia la *causa* di siffatto contratto che, di pari passo con l'individuazione dell'esatta natura dell'interesse dello stipulante, rappresenta forse il punto più problematico della disciplina del contratto a favore di terzi.

Alcuni autori lo considerano contratto tipico in quanto espressamente disciplinato dal Legislatore e dotato di una causa "tipica" che si risolverebbe nel fine precipuo di attribuire la prestazione al terzo<sup>104</sup>.

Sulla stessa linea, almeno parzialmente, si inserisce l'opinione di chi, come subito si vedrà, identifica la causa del contratto con l'interesse dello stipulante, elemento, questo, richiesto espressamente dall'art. 1411, comma 1, c.c.

Da altri, all'opposto, il contratto a favore di terzo è valutato alla stregua di uno schema contrattuale privo di causa autonoma, in quanto adattato, di volta in volta, al contratto intercorso in concreto tra stipulante e promittente<sup>105</sup>.

L'opinione che appare prevalente, invero, reputa il contratto a favore di terzo un ordinario contratto sul quale si innesta una clausola accessoria volta a deviarne

sostanziale (cfr. BENEDETTI G., *op. cit.*, p. 220), o soltanto formale, nel presupposto che il contratto tra stipulante e promittente produca effetti preliminari e instabili, resi definitivi soltanto dalla dichiarazione di adesione da parte del terzo, configurata quale autonomo negozio tra stipulante e terzo (in tal senso v. SCOZZAFAVA O.T., voce «*Contratto a favore di terzo*», in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, pp. 4-5; cfr. altresì FERRI G.B., voce «*Parte del negozio*», in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 911).

<sup>102</sup> In questo senso v. GAZZONI F., *Manuale, cit.*, p. 932; TAMPONI M., *op. cit.*, p. 366.

<sup>103</sup> Cfr. ad esempio MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante, cit.*, p. 44 ss., il quale distingue altresì tra la figura di origine romanistica dell'*adiectus*, che presuppone un accordo, e l'indicatario di pagamento *ex art.* 1188 c.c., che invece si basa sulla dichiarazione unilaterale del creditore.

<sup>104</sup> Così, in particolare, CAIANELLO E., *Osservazioni intorno alla causa ed alla forma del contratto a favore di terzi*, in *Nuovo diritto*, 1962, pp. 181-182; GIRINO F., *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, p. 47 ss.

<sup>105</sup> Così, invece, FRANZONI M., *op. cit.*, p. 1082; GORLA G., *Contratto a favore di terzi e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 587 ss.; SCOZZAFAVA O.T., *op. cit.*, p. 1.

soltanto gli effetti a favore del terzo<sup>106</sup>. Tale clausola accessoria dev'ia gli effetti ma non muta, né sarebbe in grado di mutare, la causa del contratto principale cui essa accede, in quanto a mezzo di essa le parti si limitano ad individuare il soggetto avente diritto alla prestazione dedotta in contratto, senza alterare per ciò solo la funzione del contratto.

I fautori di questa tesi poggiano tale conclusione sull'art. 1411, comma 3, c.c., laddove si prevede, quale ipotesi fisiologica, sia in caso di rifiuto, sia di revoca ad opera dello stipulante, che il contratto permanga tra stipulante e promittente se il terzo non acquista il diritto alla prestazione prevista in suo favore<sup>107</sup>.

In ordine alla spinosa questione della causa, d'altronde, occorre aggiungere alcune precisazioni: lo schema del contratto a favore di terzo - soprattutto se inteso quale contratto con clausola accessoria - sebbene si presenti alla stregua di un "modello" adattabile in linea di principio a qualunque contratto (ad es. vendita, locazione, mutuo, transazione, ecc...) <sup>108</sup>, secondo larga parte della dottrina si caratterizza per avere accanto alla causa "interna" e inerente al contratto utilizzato dalle parti, una diversa causa per così dire "esterna" che riflette i rapporti - che possono essere i più vari - intercorrenti tra lo stipulante e il terzo.

Pertanto, si tende a evidenziare che il contratto a favore di terzo può avere a seconda dei casi una *causa solvendi*, come una *causa donandi* (integrando in tal

---

<sup>106</sup> GAZZONI F., *Manuale*, cit., p. 926; MACCARONE G., *Il contratto con prestazione al terzo*, Napoli, 1997, pp. 27-28; MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, cit., p. 20 ss.; ID., voce «Contratto a favore del terzo», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 247; MESSINEO F., *op. cit.*, p. 126.

<sup>107</sup> Se, al contrario, la causa del contratto a favore del terzo fosse davvero tipica e costante, secondo la tesi prima esposta, il venir meno per qualsiasi ragione del beneficio per il terzo comporterebbe la nullità dell'intero contratto (appunto, per mancanza di causa, peraltro successiva al perfezionamento del contratto, di per sé inammissibile secondo la dottrina tradizionale): in questo senso v. MESSINEO F., *op. ult. cit.*, *ibidem.*; MACCARONE G., *op. cit.*, *ibidem.*

<sup>108</sup> Tradizionalmente discussa, anche se sembra oggi prevalere la tesi positiva, è invece l'ammissibilità di una permuta a favore del terzo, mentre rimane tuttora incerta la possibilità di una divisione a favore del terzo, soprattutto laddove si sposi la tesi tradizionale della efficacia dichiarativa del contratto. Di recente, per l'ammissibilità della permuta (obbligatoria) a favore di terzo v. Cass. 30 novembre 2011, n. 25603, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1702, nonché ANGELONI F., *op. cit.*, pp. 268-269. Di particolare rilevanza, anche pratica, è poi la possibilità di stipulare contratti c.d. preparatori a favore di terzi: è il caso del preliminare a favore di terzo (da tenere distinto dal preliminare di contratto a favore di terzo), e dell'opzione a favore di terzo. In giurisprudenza, ammettono il primo Cass. 1° dicembre 2003, n. 18321, in *Riv. Not.*, 2004, p. 1228; Cass. 9 luglio 1997, n. 6206, in *N.G.C.C.*, 1998, I, p. 482; Cass. 28 aprile 1989, n. 1993, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, 89; Cass. 13 febbraio 1981, n. 891, in *Foro it.*, 1981, I, 1614. Sull'opzione a favore di terzo, v. in particolare DELLE MONACHE S., *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 765 ss.

caso una donazione indiretta)<sup>109</sup> e presenti, in definitiva, una causa variabile o, come detto da autorevole dottrina, una causa complessa<sup>110</sup>.

Logica conseguenza di questa impostazione è che il contratto a favore di terzo deve presentare tutti i requisiti previsti a pena di nullità per ogni contratto dall'art. 1325 c.c., al quale si aggiunge però - ai sensi dell'art. 1411, comma 1, c.c. - la necessaria sussistenza, in capo allo stipulante, di un *interesse* a che il contratto produca effetti nella sfera giuridica non sua, ma di un altro soggetto.

L'esatta qualificazione dell'interesse dello stipulante previsto dall'art. 1411, comma 1, c.c., come del resto già accennato, continua a suscitare notevoli dubbi in dottrina e occorre fin da subito rilevare come la lettera della norma, se interpretata *a contrario*, porti a considerare l'interesse dello stipulante quale elemento di base del contratto a favore di terzo, la cui mancanza genera l'invalidità della stipulazione, tanto da suscitare, in generale, l'idea di una naturale commistione con il profilo di per sé già discusso della causa<sup>111</sup>.

Numerose sono le tesi avanzate al riguardo: basandosi sulla espressa dizione della Relazione ministeriale al codice civile<sup>112</sup>, alcuni sostengono che tale interesse non è un elemento ulteriore e qualificante della fattispecie, trattandosi pur sempre dell'interesse (anche non patrimoniale) del creditore alla prestazione, interesse previsto quale elemento essenziale di ogni rapporto obbligatorio.

In questo senso l'art. 1411, comma 1, c.c. non farebbe altro che ribadire quanto già previsto dall'art. 1174 c.c. e l'interesse dello stipulante dovrebbe essere identificato, semplicemente, nell'interesse del creditore alla prestazione<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. GAZZONI F., *Manuale, cit.*, pp. 929 - 930; MOSCARINI L.V., p. 101 ss. Non a caso, parte della dottrina riporta il contratto a favore del terzo quale esempio della discussa figura di carattere generale del c.d. negozio indiretto: così CAPOZZI G., *Successioni e donazioni, cit.*, t. 2, pp. 1674-1675; DIENER M.C., *il contratto in generale, cit.*, p. 689; MACCARONE G., *op. cit.*, p. 26. Al riguardo v. però le notazioni di MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante, cit.*, p. 109 ss.

<sup>110</sup> Così, infatti, espressamente MESSINEO F., *op. cit.*, p. 154; cfr. altresì BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico, cit.*, pp. 562-563.

<sup>111</sup> Al riguardo v. le esemplificative pagine di ROPPO V., *Il contratto, cit.*, p. 581 ss.

<sup>112</sup> *Relazione*, n. 644: «Si pone espressamente come presupposto di validità dei contratti medesimi un interesse dello stipulante (anche morale) alla prestazione rivolta al terzo; ma ciò si fa più per un'esigenza di completezza formale che per un bisogno di carattere sostanziale, dato che il requisito di un interesse alla prestazione è comune ad ogni obbligazione (art. 1174)».

<sup>113</sup> In tal senso, in particolare, cfr. BETTI E., *op. cit.*, p. 563; DONADIO G., *Contratto a favore del terzo*, in *Noviss., Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 658; MIRABELLI G., *op. cit.*, pp. 440-441.

Altri autori sostengono l'opposta tesi per cui l'interesse dello stipulante costituisce un tratto saliente della fattispecie, avente diversa natura rispetto all'interesse alla prestazione contemplato in generale dall'art. 1174 c.c., in quanto volto ad esprimere la regola generale per cui anche il contratto a favore di terzo deve avere una sua causa. L'interesse dello stipulante rileva, dunque, quale causa del contratto<sup>114</sup> o, comunque, quale giustificazione dell'attribuzione del diritto al terzo<sup>115</sup>.

In particolare, tale interesse coinciderebbe con la c.d. *causa esterna* e, pertanto, si considera attinente soltanto ai rapporti tra stipulante e terzo. In quest'ottica, l'interesse dello stipulante viene prevalentemente fatto coincidere con quell'interesse meritevole di tutela previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c.<sup>116</sup>, quale limite generale dell'autonomia privata e, di conseguenza, si ritiene che la sua mancanza nel caso concreto determini la nullità - si noti - non del contratto effettivamente intercorso tra stipulante e promittente, ma soltanto della disposizione dello stipulante nei confronti del terzo, proprio in quanto l'interesse dello stipulante assurge ad autonoma giustificazione causale della clausola che dev'aver effetti a vantaggio del terzo<sup>117</sup>.

Secondo altri ancora, tale interesse - requisito autonomo e distinto - non sarebbe aprioristicamente riconducibile né alla causa, né tanto meno ai motivi del contratto, con i quali rischia di essere confuso, ma assolverebbe una funzione diversa in dipendenza dell'esistenza o meno di un rapporto interno pregresso tra stipulante e terzo<sup>118</sup>.

In particolare, secondo un Autore, l'interesse dello stipulante non può avere né un ruolo causale, né essere un requisito ulteriore di validità del contratto, ma si tratta di una mera espressione che ha la funzione - più limitata - di individuare i casi in cui è applicabile la disciplina del contratto a favore dei terzi, cioè per accertare

---

<sup>114</sup> Cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 568; MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 245 ss.; GAZZONI F., *Manuale*, *cit.*, p. 929; TAMPONI M., *op. cit.*, p. 376 ss.

<sup>115</sup> Cfr. MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, *cit.*, *passim* e in particolare p. 169; FRANZONI M., *op. cit.*, p. 1084 ss.; SCOZZAFAVA O.T., *op. cit.*, p. 6; TAMPONI M., *op. cit.*, p. 376 ss.

<sup>116</sup> Così, in particolare, MAJELLO U., voce «*Contratto a favore del terzo*», *cit.*, p. 240; MACCARONE G., *op. cit.*, p. 16; MESSINEO F., *op. cit.*, p. 135.

<sup>117</sup> Per tutti, in questo senso, v. MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante*, *cit.*, p. 82 ss. nonché pp. 219-220;

<sup>118</sup> Al riguardo v. FRANZONI M., *Il contratto e i terzi*, *cit.*, *ibidem*; GIRINO F., *op. cit.*, p. 33 ss.

sulla base della volontà espressa o tacita dello stipulante, se si è davvero in presenza di un contratto a favore del terzo<sup>119</sup>.

In ogni caso, è opinione sostanzialmente pacifica che l'esistenza dell'interesse dello stipulante debba essere presunta, spettando al promittente, se del caso, l'onere di provare l'assenza di giustificazione dell'attribuzione in favore del terzo<sup>120</sup>.

Inoltre, si concorda generalmente sulla considerazione dell'interesse in questione quale requisito di validità del contratto, con conseguente applicabilità dell'art. 1419 sulla nullità parziale: in mancanza di tale interesse, infatti, cade soltanto la clausola a favore del terzo, ma permane il contratto tra stipulante e promittente<sup>121</sup>.

Vale però la pena di rilevare come, soprattutto in giurisprudenza, da un lato si sottolinea che per aversi contratto a favore del terzo le parti devono aver previsto e voluto, proprio quale elemento del sinallagma contrattuale, la stipulazione in favore del terzo e, dall'altro, che l'indagine volta a riscontrare la sussistenza dell'interesse dello stipulante - da intendersi in senso ampio<sup>122</sup> - è proprio l'elemento che può venire in aiuto all'interprete nei casi in cui dubbia risulti la qualificazione della fattispecie nei termini di vero e proprio contratto a favore del terzo<sup>123</sup>.

Nell'ottica del lavoro qui impostato, non può non rilevarsi come il problema dell'esatta comprensione del ruolo dell'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo appaia di indubbia importanza ai fini di stabilire la validità e, prima ancora, la giuridica rilevanza di un interesse *lato sensu* successorio, tale da indirizzare lo schema *ex art. 1411* verso la funzione di alternativa testamentaria propriamente intesa.

---

<sup>119</sup> Così ANGELONI F., *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>120</sup> In dottrina, v. in particolare MOSCARINI L.V., *op. cit.*, pp. 168-169, secondo cui si tratta di una astrazione processuale dalla causa.

<sup>121</sup> Tale conclusione, del resto, appare perfettamente coerente con la ricostruzione del contratto a favore di terzo come ordinario contratto con clausola accessoria: cfr. BIANCA C.M., *Il contratto, cit., ibidem*, e soprattutto MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi, cit.*, p. 28;

<sup>122</sup> Al riguardo, in dottrina v. in particolare GIRINO F., *op. cit.*, p. 81 ss.; MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante, cit., passim*.

<sup>123</sup> Cfr. tra le altre Cass. 1 agosto 1994, n. 7160, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 1044; Cass. 22 novembre 1984, n. 6013, in *Foro it.*, 1984; Cass. 8 aprile 1981, n. 1992, in *Foro it.* 1981; nonché Cass. 5 giugno 2007, n. 13058, in *De Jure*; Cass. 4 maggio 2005, n. 9284, in *De Jure*. In dottrina v. in senso sostanzialmente conforme ANGELONI F., *op. cit., ibidem*; FRANZONI M., *Il contratto e i terzi, cit.*, p. 1218 ss.

Non si tratta, a ben vedere, soltanto di un problema di struttura dell'atto o di qualificazione giuridica, ma di un problema in certo qual modo logicamente precedente, la cui soluzione deve essere presupposta affinché lo schema dell'art. 1411 c.c. possa in concreto essere impiegato in funzione di alternativa testamentaria: al riguardo, valgono le seguenti brevi riflessioni.

Parte della dottrina sottolinea come l'interesse dello stipulante non possa risolversi in un interesse soggettivo, meramente individuale, perché altrimenti si tratterebbe di un semplice motivo, come tale irrilevante (salvo voler attribuire alla previsione dell'art. 1411, comma 1, c.c. la funzione di attribuire autonoma ed eccezionale rilevanza ai motivi).

L'interesse supposto dalla norma deve invece essere un *interesse oggettivo* che, seppur variamente inteso nell'economia strutturale e funzionale del contratto, assume la rilevanza di interesse-causa, apprezzabile secondo parametri oggettivi e, secondo alcuni, necessariamente meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. In quest'ottica, non mancano autorevoli voci che limitano alla *causa solvendi* e alla *causa donandi* il novero dei possibili interessi dello stipulante<sup>124</sup>.

È chiaro che così ragionando si possono avanzare dei dubbi sulla configurabilità del contratto a favore di terzi in funzione successoria e, in particolare, come negozio *transmorte*.

La peculiare rilevanza e il modo in cui si deve intendere il requisito dell'interesse dello stipulante potrebbe spingere alla conclusione che lo schema del contratto a favore di terzi, al di là dell'apparente idoneità dal punto di vista strutturale, non è affatto in grado di sostituire il testamento nella predisposizione della successione. Già si è rilevato che la necessaria appartenenza al promittente dei diritti trasferiti al terzo rappresenta, in questo senso, un ostacolo pratico di non poco conto. Ipotizzare, fra l'altro, che stipulante e promittente si accordino anticipatamente, affinché lo stipulante trasferisca il proprio bene al promittente attraverso un apposito contratto collegato, in modo da consentire poi l'acquisto in capo al terzo a mezzo di un secondo contratto strutturato secondo lo schema dell'art. 1411 c.c., appare non solo artificioso ed estremamente diseconomico, ma anche astrattamente passibile di una valutazione in termini di frode alla legge.

---

<sup>124</sup> Così, infatti, MAJELLO U., *op. cit.*, p. 169; cfr. altresì ANGELONI F., *op. cit.*, p. 23, nota 5.

Un secondo problema attiene poi alla limitazione degli interessi giuridicamente rilevanti, secondo l'impostazione da ultimo citata che sembra così escludere l'ammissibilità di un interesse alla sistemazione del proprio patrimonio per il tempo dopo la morte, tanto più laddove si voglia dare un'interpretazione ampia e particolarmente "severa" dell'art. 458 c.c., letto in chiave sistematica con gli artt. 457, comma 1, e 587 c.c.

Un terzo e ben più arduo problema riguarda la possibilità - che non sembra poi essere così remota - che l'interesse dello stipulante a concludere un contratto a favore di terzi in funzione della propria successione (da intendersi necessariamente in senso lato), attenendo ai suoi rapporti con il terzo beneficiario, rischi comunque di cadere nel divieto *ex art. 458 c.c.*

Tale rischio, infatti, aumenta esponenzialmente se, da un lato, si attribuisce piena rilevanza causale all'interesse dello stipulante così inteso e, dall'altro, si valorizza la portata generale della clausola della frode alla legge (art. 1344 c.c., comunque sicuramente applicabile, sul piano formale, ad ogni ipotesi di contratto a favore di terzo)<sup>125</sup>.

In questo senso potrebbe essere colpito direttamente con la sanzione di nullità prevista dall'art. 458 c.c. il "rapporto di provvista" tra stipulante e terzo, ove questo sia effettivamente esistente antecedentemente al contratto e sia qualificabile in concreto come «*convenzione con cui taluno dispone della propria successione*» o, il che è lo stesso, come «*atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta*». E se anche così non fosse, residuerebbe uno spazio di applicabilità, almeno in astratto, della clausola della frode alla legge.

Tuttavia, al contrario, in assenza di espressi limiti di legge l'ampia latitudine comunemente riconosciuta al concetto di "interesse" - che secondo la tesi prevalente può essere anche un interesse non patrimoniale e soltanto morale - fa propendere per l'ammissibilità di una stipulazione a favore di terzo in funzione "dichiaratamente" successoria o parasuccessoria.

---

<sup>125</sup> Il problema dei rapporti tra divieto di patti successori e frode alla legge, ad oggi rimasto in secondo piano ma considerato essenziale ai fini di questa ricerca, sarà oggetto di approfondimento nel Cap. IV.

Oltre alla meritevolezza che tale interesse sembra assumere in sé per l'ordinamento, tanto da sviare ogni dubbio anche sulla sua rilevanza,<sup>126</sup> pare infatti innegabile che l'interesse richiesto in generale per la validità del contratto *ex art. 1411 c.c.* sussista *in re ipsa* nell'ipotesi in cui lo stipulante voglia effettuare un'attribuzione al terzo avendo di mira la sistemazione del proprio patrimonio - sebbene in via "surrogata" - in vista della morte.

E in questo senso depone chiaramente anche l'espressa previsione normativa dell'art. 1412 c.c., che consente l'esecuzione della prestazione al terzo dopo la morte dello stipulante.

Inoltre, per tracciare un parallelo con il testamento limitatamente al piano descrittivo e, ciononostante, utile ai fini della verifica dell'effettivo ruolo che il contratto a favore di terzo può avere quale alternativa testamentaria, vale la pena soffermarsi anche sul problema - di rilevanza specialmente pratica - del carattere recettizio del contratto a favore di terzo, invero escluso dalla dottrina maggioritaria.

Infatti, sulla base del dato testuale dell'art. 1411, comma 2, c.c., secondo cui il terzo - fatto salvo l'eventuale patto contrario (ovviamente) tra stipulante e promittente - acquista il diritto per effetto della stipulazione e, cioè, immediatamente, a prescindere dalla conoscenza che di essa egli abbia, la dottrina attribuisce alla fattispecie carattere non recettizio<sup>127</sup>.

Non è pertanto necessaria, ai fini dell'efficacia dell'attribuzione del diritto al terzo, la comunicazione dell'avvenuta stipulazione in suo favore - semmai, solo opportuna e rispondente, nella prassi, sia all'interesse del terzo, sia a quello dello stipulante medesimo - in quanto il contratto non ha natura recettizia, al pari del testamento: su questo circoscritto versante, il parallelismo può dirsi perfetto sebbene non certo sufficiente a far ritenere il contratto a favore di terzo uno strumento idoneo a sostituire il testamento.

---

<sup>126</sup> Meritevolezza e rilevanza che forse si avranno meglio modo di acclarare *infra*, Cap. IV, in particolare, par. 4.3.

<sup>127</sup> Così, in particolare, MAJELLO U., voce «Contratto a favore del terzo», *cit.*, p. 241; cfr. altresì GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 106. *Contra*, invece, pare GAZZONI F., *Manuale*, *cit.*, p. 927, il quale evidenzia come il terzo debba comunque essere messo a conoscenza dell'avvenuta stipulazione in suo favore al fine di poter dichiarare di volerne approfittare, ovvero rifiutare.

Ma il problema principale che investe l'intera disciplina dello schema *ex art.* 1411 c.c. e, al contempo, inficia la sua effettiva possibilità di utilizzazione in chiave di alternativa testamentaria quale negozio *transmorte*, sia sul piano teorico, sia su quello schiettamente pratico, attiene alla discussa possibilità che per il tramite di siffatto contratto siano attribuiti al terzo *diritti reali*.

La questione se il contratto in favore di terzo sia idoneo a trasferire la proprietà o altri diritti reali, pur di vecchia data e ormai risolta in senso positivo anche dalla giurisprudenza, conserva ad oggi tutta la sua importanza<sup>128</sup>.

Gli argomenti a favore della tesi - peraltro autorevolmente sostenuta<sup>129</sup> - secondo cui il contratto a favore dei terzi può avere soltanto effetti obbligatori e non reali, sono generalmente individuati nel principio di relatività del negozio giuridico, rigorosamente inteso, e nella più generale inammissibilità, nel nostro ordinamento, di negozi giuridici astratti (cfr. art. 1325, n.2, c.c.). L'attribuzione a favore del terzo, in sé considerata, mancherebbe infatti di giustificazione causale.

Inoltre, a ciò si aggiunge la pretesa violazione del principio consensualistico (art. 1376 c.c.), in quanto l'effetto reale si produrrebbe a favore di un soggetto che non è parte sostanziale del contratto e, pertanto, non manifesta tecnicamente il proprio consenso all'acquisto, almeno nel momento stesso in cui questo si verifica.

Più in generale, parte della dottrina tende a considerare l'effetto reale difficilmente compatibile con la facoltà di revoca o modifica dello stipulante, e altrettanto difficilmente armonizzabile con il possibile rifiuto del terzo. Persino la terminologia impiegata dal legislatore ("promittente", "prestazione") - tipica della disciplina del rapporto obbligatorio - indurrebbe ad escludere la riferibilità dello schema *ex art.* 1411 c.c. al trasferimento o alla costituzione di diritti reali.

---

<sup>128</sup> Per una panoramica esaustiva sui termini della questione, oltre ad ANGELONI F., *Del contratto a favore di terzo*, cit., p. 99 ss. e BOZZI L., *Contratto a favore di terzo*, cit., p. 332 ss., v. anche DIENER M.C., *Il contratto in generale*, cit., p. 691 ss.

<sup>129</sup> Cfr. BIANCA C.M., *Il contratto*, cit., p. 567-568; BIONDI B., *Donazioni e contratto a favore di terzi*, in *Foro it.*, 1958, I, p. 57; CARRESI F., *Il contratto*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, pp. 305-306; DE NOVA G., *op. cit.*, p. 418; MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, cit., p. 129 ss.; MARINI A., *Donazione e contratto a favore di terzo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1101 ss. Per la negativa, recentemente, anche GRASSO B., *La stipulazione a favore del terzo e l'effetto traslativo del diritto reale*, in *Dir. e giur.*, 2006, p. 335 ss., il quale afferma l'incompatibilità sul piano causale delle attribuzioni patrimoniali di natura reale con lo schema del contratto a favore di terzi.

Infine, facendo riferimento anche alle origini storiche dell'istituto, si sottolinea che, affinché sia salvo il principio della relatività del contratto (art. 1372, comma 2, c.c.), il contratto a favore di terzo può comportare soltanto effetti favorevoli "semplici", dovendosi escludere qualsiasi onere a carico del terzo<sup>130</sup>.

In questa prospettiva, si ritiene di escludere la possibilità *ex art. 1411 c.c.* di trasferire a un terzo estraneo la proprietà o altri diritti reali, che per loro natura generalmente comportano oneri e spese anche di non poco conto (nel caso di beni immobili, si pensi agli oneri di manutenzione e, soprattutto, al regime fiscale).

Al contrario, la tesi positiva<sup>131</sup> che ormai può dirsi prevalente, e che è stata di recente ribadita anche nella giurisprudenza di legittimità<sup>132</sup>, si fonda principalmente sull'assenza di ogni divieto espresso di legge a che il contratto a favore di terzo produca (anche) effetti reali, nonché sul carattere generale che lo schema presenta, come dimostrano sia la *littera legis*, sia la collocazione sistematica nell'ambito della disciplina generale del contratto.

In particolare, sulla base della pur discussa rilevanza causale dell'interesse dello stipulante (art. 1411, comma 1, c.c.), come già si è detto, prevalentemente considerata ai fini della validità del contratto, non è possibile parlare di contratto astratto, in quanto l'attribuzione al terzo ha pur sempre una sua giustificazione causale, solo che essa è esterna al contratto intercorso tra stipulante e promittente, rispetto al quale essa non assume diretto rilievo<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> In questo senso, in particolare, BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, p. 573; cfr. ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 580.

<sup>131</sup> Per la dottrina v. ANGELONI F., *op. cit.*, p. 106 ss.; CAPOZZI G., *Contratto a favore del terzo*, in *Vita Not.*, 1973, p. 989 ss.; D'ADDESIO A., *Contratto a favore di terzo: un approccio sistematico*, in *Riv. Not.*, 1990, p. 1056 ss.; DONADIO G., *op. cit.*, p. 659; FRANZONI M., *op. cit.*, p. 1227 ss.; GAZZONI F., *Manuale, cit.*, pp. 928-929; GIRINO F., *op. cit.*, p. 140 ss.; MESSINEO F., *op. cit.*, p. 137 ss.; MIRABELLI A., *op. cit.*, p. 440; MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 119 ss.; SESTA M., *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 953 ss.

<sup>132</sup> Cfr. Cass. 27 giugno 2011, n. 14180, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 963; Cass. 30 ottobre 2006, n. 23343, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 3, I, 965; Cass. 1° dicembre 2003, n. 18231, in *Riv. Not.*, 2004, 1228; Cass. 11 maggio 2000, n. 6030, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 827; Cass. 13 febbraio 1993, n. 1842, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 306; Cass. 28 novembre 1986, n. 7026, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, 1988; Cass. 14 novembre 1986, n. 6688, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, 1891; Cass. 9 luglio 1966, n. 1807, in *Foro it.*, 1966, I, 1694. Da notare, però, che la stragrande maggioranza delle pronunce riguarda solo ipotesi di costituzione di servitù a favore di terzo, che seconda parte della dottrina non a caso si caratterizza per la produzione di effetti esclusivamente favorevoli senza oneri per il terzo (cfr. per tutti ROPPO V., *op. cit.*, *ibidem*).

<sup>133</sup> Si potrebbe parlare, valorizzando al massimo grado il ruolo dell'interesse dello stipulante, di un caso - pur eccezionale, ma legislativamente previsto e pertanto perfettamente lecito - di

In sostanza, quindi, il problema dell'astrattezza dell'attribuzione al terzo - che del resto riguarda anche i diritti di credito e non soltanto i diritti reali, prescindendo dall'oggetto dell'attribuzione - non assume diretto rilievo ai fini della questione, perché, ad ogni modo, è il Legislatore che legittima, *ex ante*, la stipulazione con effetti nella sfera giuridica di un soggetto rimasto estraneo al contratto che tali effetti produce.

L'altro argomento avanzato contro la tesi positiva, fondato sulla formalistica interpretazione dell'art. 1376 c.c. - per cui il contratto può sí avere effetti reali attraverso la legittima manifestazione del consenso, ma soltanto tra le "parti" - viene respinto nel senso che il consenso è elemento strutturale ovviamente imprescindibile del contratto tra stipulante e promittente, ma non riguarda necessariamente anche i soggetti che subiscono gli effetti di esso.

Anche l'argomento attinente agli oneri che normalmente comporta l'acquisto di diritti reali è superabile con la constatazione che siffatti oneri, sebbene non possano dirsi meramente eventuali, devono comunque essere verificati caso per caso e comunque, proprio in quanto "oneri", non sono tali da eliminare il vantaggio complessivamente conseguito dal terzo.

Si tratta pur sempre di oneri successivi all'acquisto del diritto da parte del terzo, il quale resta libero di rinunciarvi qualora lo reputi inconveniente: la valutazione e la conseguente decisione al riguardo spetta esclusivamente al terzo.

Risolto dunque positivamente il problema dell'efficacia reale, un altro problema concernente la disciplina generale del contratto a favore di terzo che assume rilievo anche riguardo alla possibilità di riscontrare nello schema in parola un negozio *transmorte*, è quello relativo all'ammissibilità della designazione successiva del terzo beneficiario.

Se, di norma, tale designazione avviene contestualmente alla conclusione del contratto tra stipulante e promittente, parte della dottrina non esclude che la stessa possa intervenire con atto separato in un momento cronologicamente successivo,

---

astrazione materiale e relativa dalla causa: in questo senso v. CALICETI P., *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1996, p. 237 ss., secondo cui il contratto a favore di terzi è uno strumento idoneo a realizzare attribuzioni patrimoniali astratte, e MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante*, cit., p. 170. Al riguardo, cfr. anche DIENER M.C., *op. cit.*, pp. 333 ss. e 692. *Contra*, per tutti, v. ANGELONI F., *op. cit.*, p. 41; SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 417.

basta che il terzo beneficiario risulti soggetto determinabile, seppur non determinato in concreto, il quale potrebbe ben essere anche un soggetto futuro: persona fisica non ancora nata o ente collettivo non ancora costituito<sup>134</sup>.

In particolare, si ammette così la clausola con cui lo stipulante si riserva di nominare, con un successivo e distinto atto, il terzo beneficiario degli effetti del contratto, anche se diverso dall'assicurazione sulla vita (cfr. art. 1920, comma 2, c.c.).

Tale possibilità viene supportata sia trasponendo ai soggetti la norma dell'art. 1346 c.c., per cui è sufficiente che l'oggetto del contratto sia determinabile, sia dal riferimento in via analogica all'art. 1920, comma 2, c.c., che in tema di assicurazione sulla vita a favore di terzo espressamente consente la designazione successiva del beneficiario da parte dello stipulante. Inoltre, si argomenta dal generale principio di autonomia privata (art. 1322, comma 1, c.c.), per cui le parti devono considerarsi libere di pattuire per lo stipulante, se e in quanto avente interesse, la riserva di successiva designazione del terzo beneficiario<sup>135</sup>.

Tuttavia, come si avrà modo di verificare, la tesi tradizionale che pur consente la successiva designazione del terzo per atto tra vivi, esclude comunque recisamente l'ammissibilità di una tale designazione in forma testamentaria, in quanto deve essere considerato inapplicabile il disposto dell'ultima parte del citato art. 1920, comma 2, c.c., proprio perché si tratta di una deroga espressa al divieto di patti

---

<sup>134</sup> Al riguardo, v. per tutti ANGELONI F., *op. cit.*, p. 121 ss. e autori *ivi* citati. In giurisprudenza, cfr. Cass. 24 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. civ.*, 2005, 1, I, p. 121; Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giust. civ.*, 1995, 1, I, p. 318. (Per inciso si noti però che i casi oggetto delle sentenze citate riguardano la particolare figura, nata nella giurisprudenza tedesca, del c.d. contratto con effetti protettivi a favore del terzo - nella specie, nascituro - avente ad oggetto prestazioni sanitarie: su questo tema v. per tutti BOZZI L., *op. cit.*, p. 349 ss.). *Contra*, invece, GAZZONI F., *Manuale, cit.*, p. 927, il quale sottolinea che se l'acquisto del terzo deriva direttamente dal contratto concluso tra stipulante e promittente, allora il terzo in quello stesso momento deve essere soggetto esistente. Altro problema, connesso con il precedente, riguarda la possibilità di stipulare un contratto a favore di terzo incapace di agire: l'opinione nettamente prevalente è in senso positivo. Si precisa altresì che al momento della conclusione del contratto, non essendo il terzo parte né in senso formale, né in senso sostanziale, non occorre alcuna autorizzazione giudiziale, necessaria invece per la dichiarazione di voler profittare della stipulazione, che comunque dovrà poi essere perfezionata dai legali rappresentanti dell'incapace.

<sup>135</sup> Secondo la tesi avanzata da CALICETI P., *op. cit.*, p. 69 ss. (cui aderisce TAMPONI M., *op. cit.*, p. 390-391), proprio con riferimento al caso in cui la designazione del terzo - non determinato ma determinabile - sia successiva alla conclusione del contratto, questo andrebbe qualificato come contratto con obbligazioni soggettivamente alternative, obbligandosi il promittente ad effettuare la prestazione, o al terzo che sarà individuato dallo stipulante, o allo stipulante medesimo. *Contra* ANGELONI F., *op. cit.*, pp. 197-198.

successori, come tale norma eccezionale e, pertanto, insuscettibile di applicazione analogica<sup>136</sup>.

Caratteristica fondamentale del contratto a favore di terzo, tale da consentirne l'inquadramento nel novero dei negozi *transmorte*, è altresì la facoltà di *revoca* unilaterale che spetta allo *stipulans* per espressa previsione di legge (art. 1411, comma 2, c.c.), la quale rientra in un più generale potere di modifica del contratto in parola<sup>137</sup>.

Pur rappresentando un'anomalia - come alcuni sottolineano - questo potere di revoca trova la sua giustificazione nella particolare rilevanza nella fattispecie assunta dall'interesse dello stipulante<sup>138</sup>, dalla cui volontà (e, appunto, interesse) dipende l'attribuzione al terzo; sebbene la revoca agisca non solo direttamente sul rapporto tra stipulante e promittente ma, anche e soprattutto, sull'acquisto già avvenuto da parte del terzo. Come è stato detto, «*l'interesse alla revoca rappresenta la negazione dell'interesse alla stipulazione*»<sup>139</sup>.

Più specificatamente, la revoca trova la sua ragion d'essere (anche) nella natura non recettizia del contratto a favore del terzo e, pertanto, nell'esigenza di tutelare la posizione dello stipulante fino a che il terzo non abbia effettivamente aderito alla stipulazione<sup>140</sup>.

Secondo l'opinione più diffusa, la revoca ha natura di negozio unilaterale recettizio, che deve essere portato a conoscenza sia, ovviamente, del promittente,

---

<sup>136</sup> Ma su questo problema e le relative indicazioni bibliografiche vedi specificatamente il successivo punto 2.2.3.

<sup>137</sup> Discussi, in realtà, risultano l'ambito di operatività e i limiti del potere di modifica, che però certamente rappresenta un *minus* rispetto alla revoca (per cui si ritiene ammissibile una revoca soltanto parziale). Per alcuni la facoltà di modifica dello stipulante, vero e proprio *ius variandi ex lege*, è ampia e si estende anche alle variazioni - normalmente in diminuzione - dell'oggetto della prestazione al terzo (così, per tutti, MESSINEO F., *op. cit.*, p. 146); per altri, le modifiche volute dallo stipulante possono riguardare soltanto la persona del terzo beneficiario e non l'oggetto (così MAJELLO U., voce «*Contratto a favore del terzo*», *cit.*, p. 244; ROPPO V., *Il contratto, cit.*, p. 586).

<sup>138</sup> In tal senso v. per tutti TAMPONI M., *op. cit.*, p. 382. Cfr. ROPPO V., *Il contratto, cit.*, 586, per il quale la revoca sembra operare come condizione (che pare essere risolutiva potestativa) dell'acquisto del terzo. Da tenere presente che nella dottrina meno recente proprio la possibilità di revoca unilaterale da parte dello stipulante era considerata incompatibile con l'acquisto immediato del terzo, per effetto della sola stipulazione, per cui si riteneva che in realtà l'efficacia della stipulazione fosse sospensivamente condizionata all'adesione del terzo (vera e propria *condicio iuris*). A quest'ultimo riguardo v. per tutti MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante, cit.*, p. 187 ss. e autori citati alla nota 42.

<sup>139</sup> Parole di MAJELLO U., *op. ult. cit.*, p. 200.

<sup>140</sup> Così, in particolare, ancora MAJELLO U., voce «*Contratto a favore del terzo*», *cit.*, pp. 242-243.

sia del terzo (in parallelo con quanto si ritiene in materia di adesione del terzo)<sup>141</sup>. La facoltà dello stipulante di revocare o modificare la stipulazione a favore del terzo non è comunque senza limiti, dato che può intervenire soltanto e fintanto che il terzo non abbia dichiarato di volerne profittare, stabilizzando così il suo acquisto.

Ulteriore problema degno di nota ai fini di un'indagine che si proponga di valutare se la disciplina del contratto a favore di terzo può effettivamente rappresentare un'alternativa contrattuale al testamento, è quello relativo all'ammissibilità di una rinuncia preventiva alla facoltà di revoca, non da tutti considerata possibile nella fattispecie "generale" di cui all'art. 1411 c.c.<sup>142</sup>.

A favore della tesi positiva, che può dirsi comunque prevalente e preferibile, possono richiamarsi sia il disposto del successivo art. 1412 c.c., sia la considerazione del potere di revoca o modifica quale effetto naturale del contratto, come tale derogabile. Più in generale, è l'interesse dello stipulante, il cui venir meno giustifica la revoca, che deve considerarsi disponibile e, di conseguenza, in quanto ad essa connessa, anche la facoltà di revoca è disponibile e rinunciabile<sup>143</sup>.

La facoltà è trasmissibile agli eredi dello stipulante ma, si ritiene, soltanto a titolo universale: non può deporre in senso contrario la previsione dell'art. 1921, comma 1, c.c., in quanto norma eccezionale dettata per il tipo particolare di contratto disciplinato e non estendibile ad altre ipotesi<sup>144</sup>.

In quest'ottica, lo stipulante, per ipotesi, non potrà trasmettere il potere di revoca a mezzo di legato, in quanto l'interesse che è alla base della contrattazione a favore del terzo ha natura personale e, come tale, è intrasmissibile *mortis causa*; mentre spetterà autonomamente ai suoi eredi - qualora ne permangano i presupposti, a successione ormai aperta - decidere in ordine alla revoca o meno del beneficio, ma

---

<sup>141</sup> Cfr. per tutti MESSINEO F., *op. cit.*, p. 145; ROPPO V., *Il contratto, cit., ibidem*; in ordine alla recettività della revoca sostiene una tesi particolare MAJELLO U., *op. ult. cit.*, p. 244.

<sup>142</sup> In tal senso, respinge la possibilità di rinuncia preventiva alla revoca MAJELLO U., *op. ult. cit.*, p. 243, ID., *L'interesse dello stipulante, cit.*, p. 205 ss., ritenendola incompatibile con la *ratio* e con la natura non recettiva del contratto a favore di terzo.

<sup>143</sup> Cfr. FRANZONI M., *op. cit.*, p. 1098; MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 89 ss.

<sup>144</sup> Oltre agli autori citati alla nota precedente, cfr. DIENER M.C., *op. cit.*, pp. 699-700; MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante, cit.*, p. 201 ss.; TAMPONI M., *op. cit.*, p. 386.

soltanto in quanto essi subentrano nell'intera posizione contrattuale che spettava al loro dante causa, dunque comprensiva (eventualmente) del potere di revoca<sup>145</sup>.

3.3.1 - Il contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.). La fattispecie delineata dall'art. 1412 c.c., sicuramente è quella che presenta maggiore interesse ai nostri fini, in quanto diretta a disciplinare per sua natura una situazione in senso lato *post mortem*<sup>146</sup>.

Si tratta infatti di una particolare ipotesi di contratto a favore di terzo, caratterizzata dal fatto che stipulante e promittente si accordano nel senso che la prestazione debba essere effettuata al terzo soltanto dopo la morte dello stipulante. Il contratto presenta aspetti di disciplina che si discostano non poco da quella dello schema generale previsto dall'art. 1411 c.c.

Ed infatti: (a) è data allo stipulante una più ampia facoltà di revoca del beneficio al terzo, in quanto per espressa previsione tale revoca può esser fatta anche a mezzo di testamento e avvenire quantunque il terzo abbia già dichiarato di volerne profittare; (b) è espressamente prevista la facoltà di rinuncia, per la quale è imposto l'onere della forma scritta, al potere di revoca da parte dello stipulante; (c) nel caso in cui il terzo premuoia, conseguenza normale è che la prestazione vada agli eredi del terzo, salva però ancora una volta l'anteriore revoca o, comunque, la diversa disposizione dello stipulante.

In questo caso, dunque, l'adesione del terzo non estingue mai la facoltà di revoca dello stipulante e, sul versante opposto, l'estensione della revoca sembra tale da esser posta sullo stesso piano di quella caratteristica del testamento.

L'accostamento alla essenziale revocabilità del testamento vale però in senso lato e a fini, ancora una volta, meramente descrittivi: come detto, una differenza di non poco conto è che lo stipulante può validamente rinunciare alla facoltà di revoca, ciò che invece mai può fare il testatore, ai sensi dell'art. 679 c.c.

---

<sup>145</sup> Su questo punto cfr. però MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante*, cit., p. 195 ss., il quale perviene sostanzialmente alle medesime conclusioni indicate nel testo, ma sembra giustificare la trasmissibilità *mortis causa* del potere di revoca sulla autonoma riproducibilità dell'interesse a questo sotteso anche negli eredi dello stipulante, nel presupposto, tra l'altro, che la nozione di "parte" del contratto non sia un'autonoma e unitaria situazione giuridica soggettiva (v. pp. 199-200).

<sup>146</sup> Cfr. DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., p. 123.

Proprio siffatta facoltà ha dato adito ai dubbi sulla natura - *inter vivos* o *mortis causa* - della fattispecie in questione.

Secondo l'opinione tradizionale, valorizzando l'eccezionalità della revoca, il contratto *ex art. 1412 c.c.* avrebbe natura di negozio *mortis causa* a struttura contrattuale e, nel caso in cui lo stipulante rinunciasse alla facoltà di revoca, costituirebbe una vera e propria eccezione al divieto di patti successori: anzi, proprio nella possibilità di rinunciare al potere di revoca unilaterale viene appunto individuata una deroga al divieto dell'art. 458 c.c.<sup>147</sup>.

Secondo parte della dottrina, infatti, l'art. 1412 c.c. delinea una fattispecie acquisitiva a formazione successiva: l'acquisto in capo al terzo, (poiché lo stipulante conserva a vita il potere di revocare la stipulazione, a prescindere dall'intervenuta adesione del terzo), non sarebbe immediato ma rinviato al momento della morte dello stipulante<sup>148</sup>.

Tuttavia, la dottrina che oggi risulta prevalente riporta il contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante nell'ambito dei negozi *inter vivos*; numerosi sono gli argomenti a favore di questa tesi.

Innanzitutto, si rileva che in questa ipotesi la morte non può essere considerata causa dell'attribuzione, in quanto è soltanto il termine iniziale a partire dal quale il promittente è tenuto all'esecuzione della prestazione verso il terzo, come si evince dalla lettera dell'art. 1412 c.c., che sul punto non sembra lasciare adito a dubbi.

La morte qui riveste il più limitato ruolo di individuare il momento iniziale in cui è dovuto l'adempimento di una prestazione che, a sua volta, costituisce il contenuto di un diritto già esistente in capo al terzo in virtù del contratto, secondo il principio sancito in generale dall'art. 1411, comma 2, prima parte, c.c.

Trattandosi di un mero termine di adempimento e non già di efficacia, a stretto rigore il contratto non può nemmeno dirsi con effetti *post mortem*<sup>149</sup>.

La riprova decisiva della natura *inter vivos* della fattispecie di cui all'art. 1412 c.c., che del resto è insita nell'efficacia immediata dell'attribuzione al terzo, sta nella esplicita previsione secondo cui sono gli eredi del terzo (e non già quelli

---

<sup>147</sup> In questo senso v. BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 320, nota 3; MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 159.

<sup>148</sup> In questo senso v. SCOZZAFAVA O.T., *op. cit.*, p. 219; TAMPONI M., *op. cit.*, p. 408

<sup>149</sup> Cfr. *retro*, par. 3.2.

dello stipulante) che acquistano il diritto nel caso di premorienza del terzo allo stipulante: proprio in quanto il terzo ha già acquistato il diritto alla prestazione nei confronti del promittente può trasmetterlo ai suoi eredi<sup>150</sup>.

Inoltre, aderendo all'impostazione tradizionale, non si potrebbe comunque parlare di negozio *mortis causa* e, così, di patto successorio eccezionalmente valido, perché l'oggetto dell'attribuzione al terzo - qualunque esso sia - non fa mai parte del patrimonio dello stipulante, provenendo direttamente dal promittente: non si tratta cioè tecnicamente di un *quod superest*, ma di un diritto autonomo che sorge direttamente in capo al terzo in virtù della stipulazione tra stipulante e promittente.

Se, dunque, il contratto previsto dall'art. 1412 c.c. ha natura *inter vivos*, ciò non toglie la sua intrinseca attitudine ad operare in vista della successione dello stipulante, secondo la volontà di costui.

Del resto, si è già detto che proprio l'ampia facoltà di revoca è l'elemento centrale sul quale si ritiene di poter fondare, in concreto, la qualifica del contratto a favore di terzo come figura emblematica di negozio *transmorte*.

Nell'ipotesi dell'art. 1412 c.c., con le precisazioni che subito vedremo, sono infatti presenti tutti i requisiti che la dottrina ha indicato quali attributi necessari del negozio *transmorte*: (a) la fuoriuscita del diritto dal patrimonio del disponente (stipulante) è da considerarsi immediata, in quanto per effetto del contratto nasce fin da subito un vincolo tra stipulante e promittente in forza del quale il terzo acquista il diritto nei confronti del promittente, mentre il disponente è già tenuto verso quest'ultimo ad eseguire la controprestazione pattuita; (b) l'attribuzione al beneficiario (terzo) diventa definitiva soltanto dopo la morte, non potendo pretendere l'esecuzione prima di tale momento; (c) il disponente conserva un pieno potere di revoca o modifica del beneficio, che è elemento naturale dello schema del contratto a favore di terzo<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> In questo senso v. CAPOZZI G., *op. cit.*, I, p. 55 ss.; DE GIORGI M.V., *op. cit.*, pp. 124-125; GAZZONI F., *Manuale, cit.*, p. 931; IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 31, nota 12; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali, cit.*, pp. 223-224, il quale sottolinea altresì che la revocabilità non è da sola requisito sufficiente dell'attribuzione a causa di morte. Cfr. altresì MESSINEO F., *op. cit.* p. 147.

<sup>151</sup> Cfr. IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 29-30.

È però ovvio che di negozio *transmorte* si potrà parlare soltanto previa verifica del contenuto delle pattuizioni volute dalle parti nel singolo caso, poiché è sufficiente che lo *stipulans* rinunci alla facoltà di revoca - ciò che è validamente possibile - affinché il contratto non possa più essere considerato *transmorte*.

Tuttavia, occorre constatare che se il contratto a favore di terzo - in generale, e nell'ipotesi dell'art. 1412 c.c., in particolare - è in astratto idoneo a costituire l'archetipo del negozio *transmorte*, come tale in grado di sfuggire validamente al divieto di patti successori, non con la stessa convinzione può dirsi che tale schema negoziale rappresenti una vera e propria alternativa al testamento: valida sì, ma forse non altrettanto efficiente.

È chiaro, allora, che parlare di "alternativa testamentaria" si riduce a una mera formula descrittiva, soltanto esemplificativa e in definitiva non del tutto esatta, perché in concreto non è possibile mettere sullo stesso piano testamento e negozio *transmorte* (nella specie: contratto a favore di terzo).

Ciò significa che una vera "alternativa" tra i due strumenti negoziali non c'è, in particolare perché, come detto, il diritto che il terzo acquista in virtù del meccanismo degli artt. 1411-1412 c.c. non è un *quod superest*: non proviene dal patrimonio dello stipulante, di cui semmai è soltanto un surrogato in senso economico.

Per coerenza con l'impostazione teorica da cui ha preso le mosse tutta la dottrina che si è occupata della materia, occorre infatti rimarcare che anche a voler accogliere il correttivo per cui «*l'incidenza della morte sotto il profilo oggettivo è elemento riferibile solo agli atti mortis causa a effetti reali*»<sup>152</sup>, per cui in definitiva occorrerebbe, almeno in caso di attribuzioni a carattere obbligatorio, sminuire l'importanza e il ruolo qualificatorio del profilo oggettivo dell'attribuzione, però giungendo così ad estendere il campo dei possibili negozi *mortis causa* (vietati alla luce del divieto di patti successori, in particolare, istitutivi), in ogni caso sarebbe salva la configurazione come valido negozio *transmorte* del contratto a favore di terzo con effetti reali, perché alla revocabilità si somma comunque, in negativo, la mancanza dell'elemento del *quod superest*.

---

<sup>152</sup> Così si esprime IEVA M., *op. cit.*, p. 25; cfr. ID., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, *cit.*, p. 1373, nota 21.

Tuttavia, come già si è avuto modo di sottolineare, il limite all'utilizzazione concreta dello schema del contratto a favore di terzo in chiave successoria consiste proprio nella necessità che il diritto da trasferire al terzo dopo la morte non appartenga al patrimonio dello stipulante<sup>153</sup>.

Il principale problema posto dalla figura in esame è inoltre legato all'ammissibilità o meno di una designazione successiva del terzo beneficiario della stipulazione, in relazione a quanto previsto dall'art. 1920 c.c. per l'assicurazione sulla vita a favore di terzo, che secondo la *communis opinio* costituisce una *species* tipizzata del *genus* previsto dall'art. 1412 c.c.<sup>154</sup>.

Più precisamente, come del resto si è già avuto modo di dire, in dottrina si è posto il dubbio se la facoltà concessa dall'art. 1920, comma 2, c.c. di indicare il terzo beneficiario con dichiarazione scritta successiva alla conclusione del contratto, anche per testamento, sia estensibile in via analogica a ogni altra ipotesi di contratto a favore di terzo.

Lo stipulante, oltre a rinviare l'esecuzione della prestazione al momento della morte, potrebbe così riservarsi nel contratto la facoltà di indicare successivamente, anche a mezzo di testamento, il soggetto beneficiario, purché - a differenza dell'ipotesi prevista dall'art. 1920, comma 2, c.c. che costituisce effetto naturale del contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo - vi sia con il promittente un accordo esplicito in tal senso<sup>155</sup>.

La tesi prevalente, tuttavia, al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista, nega che lo stipulante possa riservarsi, pur pattiziamente, la facoltà di designare per testamento il terzo al quale il promittente dovrà eseguire la prestazione: la previsione dell'art. 1920, comma 2, c.c., viene infatti ritenuta eccezionale in ordine alla natura di disposizione *mortis causa* indiretta attribuita alla designazione del beneficiario fatta per testamento.

---

<sup>153</sup> Così, infatti, IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 34.

<sup>154</sup> Per tutti, v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 123.

<sup>155</sup> Per la tesi positiva v. in particolare MOSCARINI L.V., *op. cit.*, p. 147 ss. e soprattutto p. 155 ss., il quale giunge ad affermare che, in definitiva, il contratto a favore di terzo *ex art.* 1412 c.c. rappresenta sempre un patto successorio eccezionalmente valido. *Contra*, per tutti, v. IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., pp. 31-32.

A differenza dell'art. 1411, comma 2, prima parte, c.c., l'art. 1920, comma 3, c.c. espressamente stabilisce che è (solo) «*per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione*»<sup>156</sup>.

Viceversa, si tende a ritenere ammissibile una designazione successiva al contratto fatta per atto unilaterale *inter vivos*, sulla base di un'espressa riserva dallo stipulante concordata con il promittente, in quanto l'acquisto del terzo *ex art.* 1412 c.c. è comunque immediato e trova titolo soltanto nel contratto, non direttamente nella designazione<sup>157</sup>.

All'uopo, sembra potersi aggiungere che - premessa l'imprescindibile (ma per tanto ovvia) influenza delle opinioni che in ordine alla natura e alla causa del contratto a favore di terzo si vuole accogliere in partenza - laddove si condivida la tesi che l'acquisto da parte del terzo si verifica anche nell'ipotesi prevista dall'art. 1412 c.c., ai sensi dell'art. 1411, comma 2, c.c., per effetto della stipulazione - *alias*, del contratto tra stipulante e promittente cui il beneficiario rimane estraneo - allora si dovrà ritenere anche che al di fuori del caso particolare dell'assicurazione sulla vita (per il quale è il Legislatore che ha voluto diversamente), negli altri casi la designazione del terzo, sia essa coeva o successiva al contratto, non è mai un autonomo negozio di trasferimento.

Il momento cronologico non rileva, purché le parti siano d'accordo fin dall'inizio nell'attribuire questa facoltà allo stipulante: la dichiarazione volta ad individuare il terzo beneficiario della stipulazione costituisce allora soltanto una tecnica, contrattualmente stabilita, per l'individuazione dell'avente diritto alla prestazione, che si attua a mezzo di un negozio giuridico unilaterale, successivo, ma complementare e integrativo.

3.3.2 - L'assicurazione sulla vita a favore di terzo (artt. 1920-1921 c.c.). Il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo, al quale si è già avuto modo di fare più volte cenno, è una figura tipica di contratto a favore di terzo la cui

---

<sup>156</sup> A questo riguardo v. GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 299 ss. cui *adde* IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 32 ss., il quale nega in ogni caso la possibilità di designazione del terzo con atto successivo al contratto.

<sup>157</sup> In tal senso v. DE GIORGI M.V., *op. cit.*, p. 126

disciplina si distingue parzialmente da quella generale prevista dagli artt. 1411-1413 c.c.

All'art. 1920, comma 1, c.c. il Legislatore specifica la piena validità del contratto di assicurazione sulla vita (cfr. artt. 1882 e 1919 c.c.) stipulato a favore di un terzo; il secondo comma della citata norma prevede poi espressamente (a differenza degli artt. 1411 e 1412 c.c.), che la designazione del terzo beneficiario può essere fatta sia nel contratto, sia successivamente, purché con dichiarazione rivestita della forma scritta comunicata all'assicuratore (negozio unilaterale recettizio e formale), ovvero con testamento.

Occorre comunque considerare che secondo l'opinione prevalente, poiché l'art. 1920, comma 2, c.c. non rientra tra le norme espressamente dichiarate inderogabili dall'art. 1932 c.c., le parti del contratto di assicurazione possono liberamente decidere di pattuire diversamente in ordine alle modalità e agli effetti della designazione del beneficiario<sup>158</sup>

Si precisa altresì che il beneficiario può essere validamente indicato in modo soltanto generico, purché egli comunque risulti determinabile e che, nel caso in cui il contraente disponga per testamento della somma assicurata attribuendola a persona determinata, tale disposizione testamentaria (presumibilmente, ma non necessariamente, a titolo di legato) vale come designazione.

L'art. 1920, comma 3, c.c. dispone poi - con una norma di importanza centrale ai fini dell'esatta ricostruzione della fattispecie - che il terzo beneficiario acquista per effetto della designazione un "*diritto proprio*" nei confronti dell'assicurazione<sup>159</sup>.

Il successivo art. 1921 c.c. completa la disciplina prevedendo che l'avvenuta designazione possa essere liberamente revocata dal contraente con le stesse forme (dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore o testamento), ma non dai suoi eredi, né dopo che il terzo abbia dichiarato di voler profittare del beneficio una volta che l'evento si sia verificato.

---

<sup>158</sup> Per tutti v. SCALFI G., *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 230.

<sup>159</sup> Cfr. VOLPE PUTZOLU G., *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, cit., p. 85 ss.; ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta*, cit., p. 1079.

A differenza della previsione dell'art. 1412, comma 1, c.c., in questo caso l'intervenuta adesione del terzo impedisce la revoca dello stipulante-contraente l'assicurazione.

Dall'art. 1921, comma 2, c.c. si evince che il potere di revoca è in generale rinunziabile da parte del contraente, ma l'eventuale rinuncia (informale) alla revoca non è definitiva, in quanto egli resta comunque libero di revocare l'attribuzione al terzo - in parallelo con quanto prescritto dal precedente comma - fino a che il terzo non abbia dichiarato per iscritto di voler approfittare del beneficio. Al contrario, se il contraente ha rinunciato per iscritto al potere di revoca e il terzo ha nel frattempo dichiarato di aderire alla stipulazione, la revoca è preclusa.

In tutti questi casi, la rinuncia del contraente e la dichiarazione del terzo sono atti recettizi che devono essere comunicati in forma scritta all'assicuratore per essere a lui opponibili.

Stante la previsione di naturale revocabilità, anche in relazione all'assicurazione sulla vita a favore di terzo, così come per il contratto *ex art. 1412 c.c.*, si è posto in dottrina il dubbio se si tratti di un vero e proprio negozio *mortis causa*, con la conseguenza che in caso di rinuncia al potere di revoca da parte del contraente saremmo in presenza di un patto successorio eccezionalmente in deroga all'art. 458 c.c.<sup>160</sup>.

Ad oggi, l'opinione che tendenzialmente prevale nega la possibilità di qualificare le due fattispecie (artt. 1412 e 1920 c.c.) come negozi *mortis causa*, perché l'oggetto dell'attribuzione al terzo è in entrambi i casi estraneo al patrimonio dello stipulante e trova titolo nel contratto: la morte è soltanto termine di adempimento (art. 1412 c.c.) o comunque di efficacia (art. 1920 c.c.), senza poter inficiare la causa della stipulazione, l'attribuzione pertanto deve considerarsi immediata e *inter vivos*.

Autorevole dottrina, al contrario, diversifica le due ipotesi, per sottolineare la non perfetta coincidenza della disciplina della figura particolare dell'assicurazione sulla vita a favore di terzo con quella generale.

---

<sup>160</sup> Per questa tesi v. BETTI E., *op. cit.*, *ibidem*

Come già accennato, ai sensi dell'art. 1920, comma 3, c.c. è alla *designazione* del beneficiario, eventualmente fatta in un momento successivo e anche per testamento, alla quale si ricollega l'acquisto *iure proprio* del diritto alla somma assicurata, non al contratto come previsto dall'art. 1411, comma 2, c.c.<sup>161</sup>.

Quindi, se la designazione avviene per testamento, non potendo questo avere altrimenti effetto se non dopo la morte dello stipulante, l'assicurazione sulla vita a favore di terzo si palesa quale «*attribuzione indiretta a causa di morte*», perché sulla base del citato disposto dell'art. 1920, comma 3, c.c. il titolo dell'acquisto da parte del terzo è proprio il testamento e non già il solo contratto di assicurazione.

Nel presupposto che l'acquisto del terzo - ritenuto pacificamente *iure proprio* e non *iure hereditario* - non ne escluda per ciò solo la natura *mortis causa*, l'attribuzione al terzo deve definirsi “indiretta” perché il diritto nasce nei confronti dell'assicuratore e non dell'eredità, ma pur sempre e inevitabilmente “a causa di morte” perché titolo ne è il testamento contenente la designazione (atto *post mortem*) del beneficiario<sup>162</sup>.

Altra dottrina, tuttavia, rileva in senso contrario che l'atto di designazione, per sua natura, non può mai avere effetti attributivi essendo piuttosto un negozio integrativo, con una funzione soltanto determinativa, per cui non sarebbe propriamente corretto far discendere la natura *mortis causa* dell'attribuzione soltanto dalla designazione, distinguendo a seconda che si tratti di atto *inter vivos* o testamento<sup>163</sup>.

Si ritiene, in definitiva, di poter aderire alla seconda delle ricostruzioni proposte, maggiormente convincente non tanto perché non si deve sopravvalutare la naturale (e limitata) efficacia, in senso lato, dell'atto di designazione, quanto,

---

<sup>161</sup> In giurisprudenza, cfr. App. Roma, 11 giugno 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1145; Cass. 23 marzo 2006, n. 6531, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 9; Trib. Palermo, 22 gennaio 2003, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 3, 825 con nota di BUGIOLACCHI L.; Cass. 14 maggio 1996, n. 4484, in *Riv. Not.*, 1996, 1490; Cass. 10 novembre 1994, n. 9388, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 11; Cass. 28 luglio 1980, n. 4851, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 7; Cass. 25 ottobre 1978, n. 4833, in *Giust. civ.*, 1979, I, 673.

<sup>162</sup> In questo senso v. GIAMPICCOLO G., *op. cit.*, p. 304 ss., il quale precisa che la designazione del beneficiario contenuta nel testamento è un tipico esempio di negozio *post mortem* (in perfetta coerenza con la definizione di atto *post mortem* dell'A.: v. *retro*, par. 3.2). Conforme IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 39. *Contra* PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento, cit.*, p. 109; ID., *Le successioni, cit.*, p. 76, secondo cui si tratterebbe soltanto di un'attribuzione indiretta *post mortem* e non già *mortis causa*.

<sup>163</sup> Così PALAZZO A., *op. ult. cit.*, *ibidem*.

soprattutto, il fatto comunemente accettato che il terzo acquista un *diritto proprio* ai vantaggi dell'assicurazione.

Sebbene in materia di assicurazione sulla vita a favore del terzo, rispetto al diverso caso previsto dall'art. 1412 c.c., l'interprete trovi il conforto di un dato positivo sufficientemente chiaro e niente affatto trascurabile, che rappresenta un *quid pluris* che invece manca per giungere a una identica soluzione nell'altra ipotesi considerata, l'esplicita previsione legislativa che ricollega l'acquisto alla designazione non necessariamente implica, laddove tale designazione sia fatta in forma testamentaria, il riscontro di un'attribuzione a causa di morte.

Per esigenze di coerenza interna, infatti, poiché il diritto nei confronti dell'assicurazione non transita mai dal patrimonio del *de cuius*, non trasmettendosi *iure successionis* al terzo, esso tecnicamente non può costituire neanche un *quod superest*, con la conseguenza che la sua attribuzione al terzo, anche se si tratta di soggetto individuato soltanto con designazione successiva al contratto in forma testamentaria (*atto post mortem* in senso stretto), non può dirsi *mortis causa*.

In questo senso, può ragionevolmente intendersi come effettivamente il terzo acquisti il diritto « *per effetto della designazione* » (art. 1920, comma 3, c.c.), ma anche qualora si tratti di designazione testamentaria, non si sia in presenza di un acquisto che deriva da un'attribuzione *mortis causa* in quanto la morte non tocca il profilo oggettivo dell'atto: manca cioè un *quod superest*.

3.3.3 - Rendita vitalizia, vitalizio alimentare e contratto di mantenimento a favore di terzo. È risaputo che il termine *rendita* ha un significato ambivalente: da un lato indica sinteticamente il *contratto*, quale fonte costitutiva della rendita-rapporto che ne forma l'oggetto, mentre dall'altro individua in senso ampio il *rapporto* obbligatorio - l'obbligazione di rendita, appunto - che presenta caratteri suoi propri, indipendentemente da quella che ne è in concreto la fonte (cfr. artt. 1861, comma 2, 1862, 1872 c.c.), che può essere non soltanto negoziale, ma anche legale.

Riguardo alla rendita, in generale, si parla dunque di *tipicità del rapporto*, ma non di *tipicità delle fonti*, che possono essere contrattuali e non<sup>164</sup>.

In sé, cioè a prescindere da quella che ne è di volta in volta la fonte, la rendita si presenta come obbligazione di durata ad esecuzione periodica avente ad oggetto denaro o altre cose fungibili; nel primo caso, si tratta di un debito di valuta normalmente soggetto al principio nominalistico (art. 1277 c.c.).

In questo primo senso, la rendita rientra nella categoria delle obbligazione di dare cose generiche, cui però è essenziale il carattere periodico dell'esecuzione. Dal lato attivo, si tratta precisamente di un diritto di credito inquadrato tra i frutti civili *ex art. 820, comma 3, c.c.*

Quanto alla diversa durata, si distingue tra *rendita perpetua* (art. 1861-1971 c.c.) e *rendita vitalizia* (art. 1872-1881 c.c.): essendo però la prima non da oggi considerata alla stregua di un relitto storico, quanto qui di seguito si dirà verrà limitato alla sola rendita vitalizia che, d'altronde, è quella che in concreto presenta gli aspetti più interessanti, data la sua più o meno esplicita finalità di mantenimento (in senso lato) della persona del beneficiario, sia esso contraente o soggetto terzo.

La *rendita vitalizia* è dunque quella derivante dall'omonimo contratto tipico, consensuale, formale (art. 1350, n. 10, c.c.), ad attribuzioni corrispettive e ad esecuzione periodica, a mezzo del quale una parte - il c.d. *vitalizante* (debitore della rendita) - si obbliga ad eseguire una prestazione periodica di denaro o altre cose fungibili a favore del *vitaliziato* (creditore della rendita), verso un corrispettivo che può consistere nel trasferimento - normalmente immediato e contestuale all'assunzione dell'obbligo - di beni mobili o immobili, o nella cessione di un capitale (art. 1872, comma 1, c.c.).

Come si è anticipato, oltre che in tale contratto oneroso tipico, specificatamente finalizzato alla sua costituzione, il rapporto di rendita vitalizia può trovare fonte anche in una donazione o in un testamento (per legato: cfr. art. 670 c.c.), dei quali

---

<sup>164</sup> In materia v. DATTILO G., voce «*Rendita (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 853 ss.; LENER A., voce «*Vitalizio*», in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 1018 ss.; MACIOCE F., voce «*Rendita (dir. civ.)*», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; MARINI A., *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 13, V, Torino, 1985; TORRENTE A., *Rendita perpetua - Rendita vitalizia (art. 1861-1881)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966; VALSECCHI E., *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Milano, 1970.

è necessario rispettare la disciplina prevista in sede propria (art. 1872, comma 2, c.c.). In taluni casi, peraltro, è prevista anche una costituzione *ex lege* della rendita<sup>165</sup>.

Più in generale, date le caratteristiche intrinseche del rapporto di rendita, si ritiene che l'art. 1872 c.c. non limiti le fonti della rendita vitalizia a quelle espressamente indicate, ma che essa possa trovare origine anche in diverse figure negoziali, tipiche o atipiche<sup>166</sup>; per alcuni autori, anzi, la rendita può essere costituita anche per promessa unilaterale (art. 1987 c.c.)<sup>167</sup>.

Tratto caratteristico che rileva direttamente sotto il profilo causale e in ogni caso influisce sulla disciplina dell'intero rapporto, è che la prestazione della rendita deve essere commisurata alla durata della vita - *naturaliter* incerta - che può indifferentemente essere quella del beneficiario, dell'obbligato, di un terzo estraneo o anche di più persone, purché determinate (cfr. art. 1873 c.c.). Pertanto, il rapporto è tipicamente ed essenzialmente *aleatorio*, anche nel caso in cui l'obbligazione derivi da un atto di liberalità o meramente gratuito (cfr. art. 1879, comma 2, c.c.)<sup>168</sup>.

Il rischio è nondimeno reciproco proprio in relazione all'incertezza della durata della vita: sia per il vitaliziato, che in anticipo non è in grado di prevedere esattamente se il valore del bene alienato in corrispettivo sia proporzionato o meno all'ammontare della rendita pattuita e all'aspettativa di vita; sia per il vitaliziante, il quale, non essendo esattamente stabilita la durata dell'obbligo assunto, non è in grado di valutare in maniera globale la convenienza dell'affare.

---

<sup>165</sup> Cfr. artt. 548, comma 2 e 580, comma 1, c.c. Altri esempi possono esser tratti dalle leggi speciali, soprattutto in materia previdenziale.

<sup>166</sup> Che l'art. 1872 c.c. non esaurisca il novero delle possibili fonti della rendita (in particolare) vitalizia risulta, del resto, anche da disposizioni tra loro diverse quali sono gli artt. 1882 c.c. e 2057 c.c.: la prima, fonte negoziale (contratto di assicurazione "tipico"), la seconda giudiziale (sentenza del giudice che condanna il risarcimento in caso di danni c.d. permanenti).

<sup>167</sup> Così, in tema di rendita vitalizia, TORRENTE A., *op. cit.*, p. 103; VALSECCHI E., *op. cit.*, p. 214, nonché Cass. 28 giugno 1961 n. 1562, in *Giust. civ.*, 1961, I, 2095.

<sup>168</sup> La dottrina denota in chiave storica che proprio l'essenziale aleatorietà del contratto ha consentito la sopravvivenza e la diffusione dell'istituto durante il periodo medioevale: l'esistenza di un rischio per entrambe le parti escludeva la fattispecie dall'ambito, stringente, del divieto generalizzato dell'usura: cfr. per tutti VALSECCHI E., *op. cit.*, p. 146 ss.)

In generale, quindi, non rileva affatto l'equilibrio tra le reciproche prestazioni (*rectius*: attribuzioni) delle parti<sup>169</sup>.

Nonostante la contraria opinione di parte della dottrina<sup>170</sup>, in mancanza di alea in giurisprudenza è ormai pacifica la nullità della contratto, tanto è vero che l'art. 1876 c.c. prevede espressamente la nullità - appunto, per mancanza di causa - qualora la rendita sia costituita sulla vita di persona che già, al tempo del contratto, ha cessato di vivere<sup>171</sup>.

Il difetto d'alea è circostanza da valutarsi caso per caso, sia con riferimento alla durata probabile della vita della persona che funge da parametro per il contratto, sia sulla base delle concrete pattuizioni delle parti, specialmente in ordine al valore dei beni trasferiti in rapporto alla misura della rendita.

Per quanto qui maggiormente interessa, il contratto di rendita vitalizia può innanzitutto essere validamente configurato quale negozio con effetti *post mortem*, nel caso in cui le parti differiscano il trasferimento in corrispettivo della rendita alla morte del vitaliziato, senza che ciò sia sufficiente ad escludere l'aleatorietà del contratto<sup>172</sup>.

Si tratta, infatti, in questo caso, di un normale contratto *cum moriar* o, eventualmente, *si praemoriar* che, per tutte le ragioni sopra viste, secondo la tesi nettamente prevalente non urta con il divieto di patti successori<sup>173</sup>.

---

<sup>169</sup> Tant'è che in quanto contratto essenzialmente aleatorio, anche la rendita vitalizia non è risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta, né rescindibile: cfr. artt. 1879, 1469 e 1448, comma 4, c.c.

<sup>170</sup> Autorevole dottrina, infatti, ammette la possibilità che le parti si accordino consapevolmente nel senso di stipulare un contratto di rendita di cui sono certi l'ammontare della rendita, il valore del bene trasferito in corrispettivo e il rapporto di valore tra i due, in modo da escludere l'alea per almeno una delle parti, dando così vita a un contratto atipico di rendita da considerarsi comunque valido in ossequio al principio dell'autonomia privata. L'alea non sarebbe pertanto un presupposto di validità del contratto, in quanto in sua mancanza il contratto diverrebbe sostanzialmente gratuito, ma non certo per questo sarebbe invalido: v. in tal senso VALSECCHI E., *op. cit.*, p. 156 ss.

<sup>171</sup> La giurisprudenza è da lungo tempo compatta nell'escludere l'ammissibilità di una rendita non aleatoria atipica, comunque qualificando l'alea elemento essenziale a pena di nullità: cfr. Cass. 19 luglio 2011, n. 15848, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2279 e in *Foro it.*, 2011, 2643; Cass. 28 aprile 2008, n. 10798, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 4; Cass. 8 settembre 1999, n. 117, in *Giur. it.*, 1999, 1360; Cass. 19 febbraio 1997, n. 1516, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 272; Cass. 19 maggio 1996, n. 4503, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 730; Cass. 28 luglio 1995, n. 8287, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1445.

<sup>172</sup> In giurisprudenza v. il caso esemplare deciso da Cass. 11 novembre 1988, n. 6083, in *Foro it.*, 1989, I, 1163, e in *Riv. Not.*, 1989, 647, nonché in *Giust. civ.*, 1991, I, 1265 con nota di CALÒ.

<sup>173</sup> Cfr. *retro*, par. 3.2.

Nel *genus* dei contratti di durata vitalizia a carattere aleatorio, di cui la rendita vitalizia rappresenta il prototipo, rientrano poi altre figure di crescente importanza e diffusione, suscettibili di assumere i caratteri del negozio *transmorte*.

Il *vitalizio alimentare* (o vitalizio improprio o, semplicemente, contratto di alimenti), sebbene presenti sul piano strutturale e funzionale evidenti affinità con la rendita vitalizia, di cui ricalca lo schema di base imperniato sullo scambio essenzialmente aleatorio, da questa si differenzia innanzitutto per avere ad oggetto non la prestazione di denaro o altre cose fungibili, ma una prestazione a contenuto complesso che consiste nel procurare al vitaliziato tutto ciò (e soltanto ciò) che gli è necessario per vivere<sup>174</sup>.

A sua volta, il vitalizio alimentare deve essere distinto dal vero e proprio *contratto di mantenimento*<sup>175</sup>. Si afferma solitamente che la differenza rispetto al primo sussiste però esclusivamente sul piano quantitativo, nel senso che la prestazione del mantenimento consiste nel procurare tutta una serie di servizi che nel loro insieme tendono ad assicurare all'avente diritto un certo tenore di vita, e non soltanto lo stretto necessario per vivere, rispetto al quale il *quantum* della prestazione di mantenimento è logicamente superiore<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Sul vitalizio alimentare e le sue differenze dalla rendita vitalizia, nonché sul contratto di mantenimento (anche per le considerazioni che seguono) in giurisprudenza v. Cass. 29 maggio 2000, n. 7033, in *I Contratti*, 2000, p. 866 con nota di BONILINI; Cass. 12 febbraio 1998, n. 1502, in *Riv. Not.*, 1998, p. 986; Cass. 14 dicembre 1995, n. 12650, in *N.G.C.C.*, 1996, I, 772, con nota di RIEDWEG e in *Notariato*, 1996, 121, con nota di STELLA RICHTER E.; Cass. 11 novembre 1988, n. 6083, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1165, con nota di CALÒ; Cass. 15 febbraio 1983, n. 1166, in *Giur. it.*, 1983, I, 876. Per la dottrina v. BOTTA C., *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, p. 220 ss.; D'ALIBERTI S., *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1783 ss.; GRECO R., *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, p. 196 ss.; TROJANI P.L., *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita Not.*, 1992, p. 1436 ss.

<sup>175</sup> Non sembra voler fare distinzioni lo stesso IEVA M., *op. cit.*, p. 48 ss. In effetti, le differenze sostanziali riguardano la rendita vitalizia, ma non tanto il contratto di mantenimento che anche secondo la giurisprudenza più recente si differenzia dal vitalizio alimentare soltanto dal punto di vista quantitativo, nel senso che la prestazione di mantenimento è “un di più” rispetto a quella di alimenti, ma sul piano qualitativo si tratta della medesima prestazione complessa di *facere*, come subito specificato nel testo. In giurisprudenza spesso i termini “vitalizio assistenziale” e “contratto di mantenimento” sono stati usati indifferentemente come sinonimi, così le due figure finiscono per essere sovrapposte: cfr. in questo senso Trib. Cagliari, 22 maggio 1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 61; Cass. 7 febbraio 1992, n. 1401, in *Giur. it.*, 1993, I, 1784; Cass. 13 giugno 1997, n. 5342, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 986 e in *Notariato*, 1998, 235, con nota di PERSEO).

<sup>176</sup> Per un'elencazione dei possibili contenuti dell'obbligo di mantenimento, per tutti v. GRECO R., *op. cit.*, p. 197.

Ad ogni modo, pur con le precisazioni sopra dette, contratto di alimenti e contratto di mantenimento sono legati dalla comune questione relativa al loro inquadramento quali sottospecie del *genus* rendita vitalizia, ovvero quali figure atipiche da essa distinte.

Secondo l'orientamento oggi prevalente, si tratta in entrambi i casi di negozi innominati e atipici corrispondenti allo schema del *do ut facias*, sicuramente ammissibili *ex art. 1322, comma 2 c.c.* per la meritevolezza degli interessi sottesi, ma la cui disciplina non può essere automaticamente ricavata da quella della rendita vitalizia, semmai applicabile soltanto nei limiti di compatibilità<sup>177</sup>.

La questione, sebbene ormai possa dirsi risolta in questo secondo senso, non è soltanto teorica dal momento che la soluzione incide direttamente su due aspetti di disciplina di non poco conto.

*In primis*, ciò si riflette sull'applicabilità o meno anche al vitalizio alimentare e al contratto di mantenimento dell'art. 1350, n. 10, c.c. (la norma che impone la forma scritta *ad substantiam* per tutti gli atti che costituiscono rendite, si noti, a prescindere dalla natura immobiliare del bene eventualmente trasferito in corrispettivo); la comune affermazione secondo cui tutte le norme in materia di forma sono di stretta interpretazione, almeno alla luce del tradizionale principio di libertà delle forme, sembra corroborare la tesi negativa anche a prescindere dalla effettiva riconducibilità del contratto di alimenti e di mantenimento al *genus* della rendita vitalizia, per cui questi contratti dovranno rivestire la forma scritta a pena di nullità soltanto laddove sia previsto il trasferimento di diritti reali immobiliari.

Inoltre, la soluzione concerne il problema più specifico dell'applicabilità ai suddetti contratti dell'art. 1878 c.c., che nel caso di mancato pagamento delle rate scadute della rendita impedisce la risoluzione del contratto per inadempimento; tuttavia in deroga alle regole ordinarie è consentito al creditore di far sequestrare e

---

<sup>177</sup> In giurisprudenza l'orientamento è ormai consolidato: per tutte, v. Cass. S.U., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Giust. civ.*, 1991, I, 634 e in *Riv. Not.*, 1991, p. 174; da ultimo, Cass. 24 giugno 2009, n. 14796, in *De Jure*; Cass. 5 maggio 2010, n. 10859, in *De Jure*. Considera comunque gli artt. 1873, 1875, 1876, 1877, 1879 c.c. compatibili e dunque applicabili al contratto di mantenimento, SALA M., *Contratti atipici vitalizi e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1054.

vendere i beni del debitore al fine di ottenere una somma sufficiente al pagamento della rendita, lasciando così salvo il rapporto<sup>178</sup>.

A sostegno della tesi prevalente dell'inapplicabilità dell'art. 1878 c.c. al contratto di mantenimento e al vitalizio alimentare, oltre all'atipicità della fonte contrattuale, sta il carattere infungibile della prestazione che non potrebbe essere utilmente surrogata da una somma, per quanto cospicua, di denaro<sup>179</sup>.

Tuttavia, vi sono altre significative differenze tra vitalizio alimentare e contratto di mantenimento, da un lato, e tra questi e la rendita vitalizia "tipica", dall'altro. La prestazione complessa del mantenimento, così come quella di alimenti - in ciò del tutto analoga - si caratterizza per la prevalenza della prestazione di *facere* rispetto a quella di *dare*, caratteristica della rendita, la cui esecuzione peraltro è (e deve, anzi, essere) a carattere continuativo e non soltanto periodico<sup>180</sup>.

Nel mantenimento, così come nel vitalizio alimentare, emerge in particolare la rilevanza della componente dell'assistenza morale e materiale che diversifica nettamente la prestazione da quella, tipicamente di dare e a contenuto più ristretto, di rendita vitalizia.

Per inciso, la prassi conosce anche contratti che, pur essendo anch'essi costruiti sulla base dello schema della rendita vitalizia, si caratterizzano per avere ad oggetto una prestazione in natura a contenuto prevalentemente non patrimoniale, di assistenza anche soltanto morale, che la dottrina indica infatti sotto il nome di *vitalizio assistenziale* o contratto di assistenza, per distinguere ulteriormente la fattispecie dalle altre<sup>181</sup>.

In tutti questi casi, la prestazione dell'obbligato è caratterizzata dall'*intuitus personae* e come tale - salvo la diversa, esplicita, pattuizione delle parti - deve

---

<sup>178</sup> Tale norma si spiega infatti con la funzione prevalentemente previdenziale e assistenziale che la rendita è in grado comunemente di svolgere, aspetto che si affianca e a volte pure prevale sull'operazione aleatoria di scambio che è ad essa sottesa: la risoluzione dell'intero contratto, in quest'ottica, si rivolgerebbe soltanto a danno dello stesso vitaliziato, il cui preminente interesse è quello alla prosecuzione del rapporto che, spesso, può essere la sua unica fonte di sostentamento. Ciò non toglie che l'art. 1878 c.c. sia comunque norma derogabile dalle parti; in questo senso anche la giurisprudenza recente: v. Cass. 15 novembre 2006, n. 24299, in *Riv. Not.*, 2007, 1206.

<sup>179</sup> Esemplare, in questo senso, la già citata Cass. S.U., 18 agosto 1990, n. 8432.

<sup>180</sup> Cfr. in dottrina LENER A., *op. cit.*, p. 1022; MARINI A., *op. cit.*, p. 35 ss.; TORRENTE A., *op. cit.*, p. 77 ss.; VALSECCHI E., *op. cit.*, p. 191 ss.

<sup>181</sup> Al riguardo v. MALVANO M., "Vitalizio assistenziale" e nullità per mancanza di causa, in *Notariato*, 2010, p. 271 ss.; VERONESI S., *Il c.d. contratto di assistenza*, in *I Contratti*, 1998, p. 382 ss.; cfr. anche PALAZZO A., *Le successioni, cit.*, I, pp. 91-92.

considerarsi infungibile: la conseguenza è che il vitalizante, il più delle volte prescelto proprio per le sue qualità personali, non può farsi sostituire nell'adempimento da altri senza il consenso dell'avente diritto e, soprattutto, la obbligazione non è trasmissibile *mortis causa* agli eredi del debitore, né è suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica<sup>182</sup>.

Secondo alcuni, dal carattere personale della prestazione - in tutto e per tutto commisurata alle esigenze concrete del beneficiario - dovrebbe discendere anche l'inapplicabilità dell'art. 1873 c.c. al contratto di mantenimento (e al vitalizio alimentare), nella parte in cui si consente che la durata possa essere commisurata alla vita di persone diverse dal beneficiario<sup>183</sup>.

L'affermazione che, nel contratto di mantenimento e/o di vitalizio alimentare, la durata debba essere necessariamente parametrata alla vita del beneficiario pare, però, discutibile, dal momento che non è dato rinvenire divieti espressi di legge in tal senso e che l'autonomia privata risulta sovrana in materia; senza sottolineare, inoltre, che l'altrettanto connaturato carattere aleatorio sembra comunque consentire - sebbene abbia poco senso pratico, salva la pura volontà di speculazione - di legare alla vita altrui la durata della prestazione.

Rispetto alla rendita vitalizia, contratto di mantenimento e vitalizio alimentare presentano poi una "doppia alea"<sup>184</sup> in quanto il rischio è sì connesso alla durata incerta della vita del beneficiario, ma anche al variare delle sue necessità, solitamente in aumento in misura direttamente proporzionale all'aumentare dell'età.

Nel mantenimento è dunque insito il rischio dell'aggravamento della prestazione a seguito del naturale incremento nel tempo dei bisogni del beneficiario, rischio che invece manca nella rendita vitalizia, dove l'oggetto della prestazione - denaro o altre cose fungibili - è esattamente determinato fin dall'origine e tendenzialmente immutabile nel corso del rapporto.

---

<sup>182</sup> Così, in particolare, MARINI A., *op. cit.*, p. 37, nota 32 e SALA M., *op. cit.*, p. 1057.

<sup>183</sup> In questo senso TROJANI P.L., *op. cit.*, p. 1444; GRECO R., *op. cit.*, p. 198.

<sup>184</sup> In questo senso cfr. TORRENTE A., *op. cit.*, *ibidem*; TROJANI P., *op. cit.*, p. 1440, nonché Cass. 1998, n. 1502, in *De Jure*. Anche per il vitalizio alimentare e il contratto di mantenimento, perfettamente omogenei da questo punto di vista, la giurisprudenza è unanime nel considerare l'alea sotto il profilo causale essenziale a pena di nullità: v. ad esempio Cass. 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Giur. it.*, 1999, 2264; Cass. 9 gennaio 1999, n. 117, in *De Jure*, nonché la già citata Cass. 29 maggio 2000, n. 7033.

Pertanto, mentre l'oggetto della rendita vitalizia, come già accennato, è un debito di valuta (almeno laddove si tratti fin dall'origine di denaro), nel caso del vitalizio alimentare nonché del contratto di mantenimento il debito deve essere considerato di valore e, comunque, suscettibile di variazione.

Un altro aspetto fondamentale per cui occorre distinguere la rendita vitalizia dal contratto di alimenti e di mantenimento consiste nella rilevanza dello stato di bisogno del beneficiario della prestazione, dal quale si prescinde del tutto nella rendita vitalizia, mentre si discute se esso sia presupposto essenziale - sulla falsariga della disciplina degli alimenti legali - del solo vitalizio alimentare, o anche del contratto di mantenimento.

Attualmente pare comunque prevalere la tesi dell'indipendenza del contratto di mantenimento dallo stato di bisogno del beneficiario<sup>185</sup>.

Trattandosi di negozi atipici, per i quali la intrinseca meritevolezza dell'interesse all'assistenza e al mantenimento in senso lato non sembra poter essere negata (anche perché si è comunque in presenza di uno scambio causalmente giustificato, sebbene aleatorio), può dirsi che è lasciata all'autonomia delle parti la scelta di ancorare o meno l'esigibilità della prestazione al ricorrere dello stato di bisogno del creditore, oppure di condizionare direttamente l'efficacia dell'intero contratto all'insorgere dello stato di bisogno del vitaliziato.

In ogni caso, per quanto qui interessa, così come è espressamente ammessa la rendita a favore di terzo, senza che sia necessario - qualora per lo stipulante importi una liberalità il rispetto delle forme previste per la donazione (art. 1875 c.c.), anche per i contratti atipici di alimenti e di mantenimento è sicuramente possibile la variante in favore di terzi che la dottrina annovera tra i negozi idonei a rappresentare una valida alternativa testamentaria e che, proprio in considerazione della sua struttura, rientra tra i c.d. negozi transmorte.

In tutti questi casi, l'opinione comune ritiene applicabile pressoché interamente la disciplina generale prevista dagli artt. 1411 ss., c.c.

Quanto alla rendita vitalizia, basti segnalare che lo schema oneroso tipico si presta agilmente ad essere configurato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1875 e

---

<sup>185</sup> In questo senso cfr. AULETTA T., *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1981, p. 200 ss.; GRECO R., *op. cit.*, p. 198; LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1985, p. 350 ss.

1412 c.c., come contratto con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante: costui trasferisce immediatamente il diritto di proprietà o altro diritto (su beni mobili o immobili, ovvero un capitale), al promittente-vitalizzante, il quale contestualmente si obbliga alla corresponsione, con termine di adempimento che decorre dalla morte dello stipulante, di una rendita a favore del terzo vitaliziato, che così diventa creditore della rendita.

In siffatto modo, il diritto in funzione di corrispettivo fuoriesce dal patrimonio già in vita dello stipulante, il quale peraltro conserva - salvo rinuncia espressa in forma scritta e salva, nel frattempo, l'avvenuta adesione del terzo - il potere di revocare fino alla morte l'attribuzione della rendita: così è possibile ravvisare tutti i caratteri di un valido negozio *transmorte* particolarmente adatto a concretizzare interessi *lato sensu* di sostegno a persone bisognose o meno, familiari e non, per dopo la morte dello stipulante<sup>186</sup>.

Il problema potrebbe semmai sorgere qualora lo stipulante voglia invece riservarsi di trasferire allo stipulante i diritti che costituiscono il corrispettivo per la rendita al terzo, soltanto dopo la sua morte.

In realtà, sorgendo immediatamente il vincolo contrattuale e per il resto applicandosi lo schema dell'art. 1412 c.c., anche in tal caso la morte è configurata quale mero termine di efficacia del trasferimento e non inficia la causa del contratto, per cui l'operazione non viola il divieto di patti successori in quanto il negozio non è *mortis causa*, ma ha soltanto e parzialmente effetti *post mortem*.

Tuttavia, un dubbio sembrerebbe in questa ipotesi permanere, perché il contratto potrebbe di fatto regolare una situazione che sarà in tutti i suoi aspetti definita soltanto dopo la morte di una delle parti. Sia il momento dell'esecuzione della prestazione al terzo, sia quello del trasferimento del diritto corrispettivo al promittente, infatti, sono rinviati all'apertura della successione dello stipulante che, in vista della sua morte, appunto, ha voluto al contempo fare un'attribuzione

---

<sup>186</sup> Sul problema particolare se nell'ipotesi di rendita vitalizia a favore del terzo *ex art.* 1412 c.c. sia ammissibile o meno la previsione di una clausola contrattuale con cui l'eventuale revoca del beneficio operi soltanto *ex nunc*, senza perciò comportare la restituzione delle singole prestazioni già eseguite al terzo, si rinvia al dibattito tra PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, *cit.*, p. 94; ID. *Istituti alternativi al testamento*, *cit.*, p. 138 ss., a favore della tesi positiva, e IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, *cit.*, p. 1160-1161; ID. *I fenomeni a rilevanza successoria*, *cit.*, p. 45 ss. e, in particolare, nota 32, per la tesi negativa.

patrimoniale al promittente e assicurare il mantenimento (o almeno gli alimenti) a un terzo soggetto.

Se il contratto, così congegnato, non sembra violare direttamente l'art. 458 c.c., residua almeno il sospetto di un intento elusivo del divieto di patti successori, per cui occorre comunque spiegare le eventuali ragioni di validità della fattispecie.

Se poi, in una tale ipotesi, le parti pattuissero ulteriormente, in deroga all'art. 1412, comma 2, c.c. che, in caso di premorienza del terzo, la prestazione non debba essere eseguita nei confronti degli eredi di questo (ma degli eredi dello stipulante o addirittura di nessuno), potrebbero porsi anche problemi di validità del contratto per mancanza in concreto di alea; ciò, sia rispetto allo stipulante, che nell'immediato e per tutta la durata della sua vita, in fondo non rischia nulla, dato che il trasferimento dei diritti in corrispettivo della rendita sarà rinviato alla sua morte, sia per il promittente-vitalizzante che, comunque, fin dall'inizio è sostanzialmente in grado di conoscere, con sufficiente approssimazione, il valore dei beni che alla morte dello stipulante gli saranno trasferiti in virtù del contratto e, soprattutto, prima di tal momento, non è tenuto ad eseguire alcuna prestazione a favore del beneficiario (e, forse, anche successivamente, non sarà a ciò tenuto).

Non solo, poiché in tal modo la vicenda viene complessivamente ad essere regolata dopo la morte e in funzione della morte dello stipulante, tanto che anche l'esistenza in vita del beneficiario della rendita è presupposto essenziale della stipulazione, sembrerebbe più facilmente possibile ravvisare gli estremi di un'attribuzione *mortis causa* per contratto, che ricade *de plano* nel divieto di patti successori.

Con riferimento specifico al vitalizio alimentare a favore di terzo, un'ipotesi di indubbia rilevanza enucleata dalla dottrina si ha nel caso in cui un soggetto, che è già obbligato *ex lege* agli alimenti (cfr. art. 433 c.c.), a vantaggio dello stesso alimentato intenda far continuare anche per il tempo in cui avrà cessato di vivere l'attuazione dell'obbligo alimentare, che sarebbe altrimenti destinato ad estinguersi con la sua morte (art. 448 c.c.), riservandosi al contempo la possibilità di selezionare i soggetti tenuti all'adempimento<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> A questo riguardo v. FORMICHELLI T., *L'efficacia «post mortem» dell'obbligazione alimentare*, in *Riv. Not.*, 1987, p. 704 ss.; IEVA M., *op. cit.*, p. 50 ss.; PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, *cit.*, p. 96 ss.

Occorre peraltro tenere presente che il contratto (di vitalizio alimentare, ma anche eventualmente di mantenimento), così congegnato, nel momento stesso della morte dello stipulante fa sorgere un nuovo credito nel patrimonio di quel soggetto; ciò di fatto può determinare (e, normalmente, determinerà) il venir meno dello stato di bisogno, che è il presupposto essenziale dell'obbligazione alimentare legale, la quale sarà così sostituita da un'obbligazione di origine convenzionale, che può avere anche contenuto identico o parzialmente identico alla prima.

Il credito alimentare di origine convenzionale così sorto in capo al terzo beneficiario della stipulazione, pur determinando una sostanziale alterazione nell'ordine dei soggetti obbligati agli alimenti *ex art. 433 c.c.* (dopo la morte, si intende, del primo obbligato-stipulante), non estingue del tutto l'obbligo alimentare *ex lege*, che rimarrà quiescente per tutto il tempo in cui il contratto avrà regolare esecuzione, impedendo di fatto che il beneficiario versi in stato di bisogno. Ciò non toglie, tuttavia, che in caso di mancato adempimento del promittente-vitalizante l'obbligo legale risorga.

Per quanto riguarda la disciplina specifica del vitalizio alimentare così inteso, si ritiene di dover specificare la necessità di rinviare l'efficacia del contratto al tempo della morte dello stipulante, al fine di evitare il rischio di violare il principio d'indisponibilità vigente in materia di alimenti, essendo in questo caso lo stipulante già obbligato *ex lege* e presupposta la già avvenuta esecuzione della prestazione alimentare a causa dello stato di bisogno<sup>188</sup>.

Nel caso in cui, per ipotesi, lo stipulante per dopo la morte voglia beneficiare il terzo già creditore degli alimenti con una prestazione quantitativamente maggiore, potrà invece ricorrere al contratto di mantenimento a favore di terzo, con la conseguenza che, trattandosi di prestazione diversa da quella originaria, la sovrapposizione tra obbligo legale e nuovo obbligo convenzionale sarà semmai soltanto parziale, per cui il differimento dell'efficacia alla morte dello stipulante non pare strettamente necessario, tanto più che l'immediato conseguimento della prestazione di mantenimento impedisce per definizione che il beneficiario versi in stato di bisogno, ottenendo persino qualcosa in più di ciò che soddisfa il suo stretto "bisogno".

---

<sup>188</sup> Così, per tutti, v. IEVA M., *op. cit.*, p. 51

Non pare, cioè, che l'obbligo alimentare *ex lege* sia così assoluto da non consentire alle parti, pur nella sua vigenza e attualità, di regolamentare diversamente una situazione che comunque si risolve a tutto vantaggio del soggetto alimentando.

Altro opportuno accorgimento proposto dalla dottrina consiste nel condizionare il contratto - sospensivamente o risolutivamente - alla sussistenza dello stato di bisogno del terzo all'apertura della successione dello stipulante, in modo da evitare che il trasferimento dallo stipulante al promittente resti poi a carico del secondo anche in mancanza dei presupposti della prestazione alimentare al terzo, mitigando così il carattere aleatorio del meccanismo utilizzato.

Il risultato pratico ottenuto, tuttavia, non sempre è auspicabile dal momento che il meccanismo della condizione, anche laddove le parti ne escludano espressamente la retroattività (cfr. art. 1360 c.c.), comporta la definitiva inefficacia sia dell'attribuzione corrispettiva al promittente, sia del credito agli alimenti del terzo, il quale, non versando in stato di bisogno al tempo dell'evento considerato (morte dello stipulante), perderà comunque e definitivamente per il futuro il diritto alla prestazione.

Si ritiene pertanto che il ricorso al meccanismo condizionale dovrà essere attentamente vagliato nel singolo caso concreto, al fine di evitare risultati non desiderati dalle parti: se, da un lato, la condizione risulta essere uno strumento particolarmente adeguato per consentire la restituzione del bene trasferito al promittente al patrimonio dello stipulante e, quindi, ai suoi eredi (in un'ottica perequativa della rispettiva posizione delle parti), dall'altro lato, esso rischia di vanificare l'interesse-base dello stipulante che è quello di assicurare gli alimenti, anche per il futuro, con il proprio patrimonio.

Inoltre, si pone il problema dell'applicabilità dell'art. 1412 c.c. nella parte in cui dispone che in caso di premorienza del terzo allo stipulante, il promittente è tenuto ad eseguire la prestazione convenuta a favore degli eredi del terzo medesimo.

La dottrina, infatti, reputa inapplicabile la norma al caso di specie, in quanto il credito alimentare, per sua natura personale e indisponibile, si estingue alla morte del titolare e quindi non può essere trasferito agli eredi di costui<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> Così espressamente ancora IEVA M., *op. cit.*, *ibidem*.

Sebbene, in linea di principio, non si possa che condividere tale assunto, sembra doversi riflettere sull'incidenza che la natura pattizia e l'atipicità dell'attribuzione al terzo, pur modellata su quella alimentare legalmente prevista, possono avere in concreto.

È infatti opinione sufficientemente diffusa che l'obbligazione alimentare convenzionale, proprio in ragione della sua fonte, non sia soggetta alla disciplina e agli stringenti limiti cui invece è soggetta l'obbligazione legale e, pertanto, nel caso di vitalizio alimentare a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, sembra più corretto dire che l'intrasmissibilità della prestazione agli eredi del terzo beneficiario premorto è soltanto relativa.

Le parti potrebbero infatti accordarsi nel senso di ritenere pienamente operante il disposto dell'art. 1412, comma 2, c.c. se lo stipulante ha uno specifico interesse a beneficiare del diritto agli alimenti anche gli eredi del terzo, sul presupposto del loro stato di bisogno.

Se, nel silenzio delle parti, è preferibile intendere il contratto nel senso dell'intrasmissibilità agli eredi del terzo beneficiario, non pare vi siano effettive ragioni per negare l'ammissibilità di una clausola con cui le parti convengono espressamente che l'obbligo alimentare nei confronti del terzo, assunto in corrispettivo dell'attribuzione al promittente, non si estingua - *rectius*: non abbia effetto - nel (solo) caso di premorienza.

Anzi, a ben vedere, se si volesse valorizzare al massimo la diversa portata della fonte negoziale di un tale obbligo, considerando pienamente disponibile il relativo credito da parte dell'alimentando, si potrebbe giungere alla conclusione che per escludere l'operatività (peraltro "normale") dell'art. 1412, comma 2, c.c. occorra sempre un'apposita clausola di segno contrario che, non a caso, è richiamata nel corpo di quest'ultima disposizione.

Questa soluzione, ipotizzata per il caso in cui le parti del contratto di alimenti a favore di terzo abbiano taciuto su tale aspetto, non pare invece, accettabile nel diverso caso di contratto di mantenimento a favore di terzo per dopo la morte dello stipulante, data la lettera dell'art. 1412, comma 2, c.c. e il prevalente carattere aleatorio del contratto. Nel silenzio delle parti, pertanto, in caso di premorienza del terzo, il promittente sarà normalmente tenuto ad eseguire la

prestazione di mantenimento nei confronti degli eredi del terzo, anche qualora ciò implichi l'aggravamento della sua posizione debitoria a causa dell'aumento dei beneficiari della prestazione (che è indivisibile), fatta salva una diversa previsione *ex art. 1412, comma 2, ultima parte, c.c.*

Di notevole importanza per gli operatori, dunque, è tenere presenti questi aspetti al fine di rendere pienamente consapevoli le parti delle proprie scelte riguardo a situazioni delicate, in modo da predisporre un regolamento negoziale puntualmente documentato e perfettamente aderente alla loro volontà.

Tutto ciò non toglie che, ferma la revocabilità della stipulazione *ex artt. 1411 e 1412 c.c.*, il vitalizio alimentare o il contratto di mantenimento così congegnati a favore del terzo rappresentino una alternativa al legato di alimenti previsto dall'art. 660 c.c.<sup>190</sup>

La dottrina, tuttavia, denota come nel caso di specie assuma rilievo l'interesse dello stipulante alla sostituzione dell'obbligo alimentare *ex lege* con quello di fonte convenzionale, gravante logicamente su un soggetto diverso da quello che sarebbe l'obbligato in subordine, una volta che egli (già tenuto alla prestazione) sia venuto meno. In questo senso, allora, si suggerisce sia l'immediata adesione del terzo alla stipulazione in suo favore, sia la rinuncia scritta dello stipulante al potere di revoca<sup>191</sup>, in modo da conferire una maggiore certezza complessiva alla situazione.

Anche a questo riguardo, comunque, non pare vi possa essere una soluzione univoca per tutti i singoli casi concreti: ciò che è certo, per coerenza, è che la preclusione al potere di revoca, opportuna o meno (purché effettivamente voluta), a chi scrive si palesa come un'importante menomazione delle possibilità offerte dallo strumento negoziale adottato, ed è tale da incidere negativamente sulla qualifica del negozio come *transmorte* e, dunque, come un'alternativa al testamento.

Ad ogni buon conto, considerata secondo l'espresso dettato codicistico (art. 1411, comma 1, c.c.) la rilevanza preminente dell'interesse dello stipulante - qualunque esso sia poi in concreto, purché lecito e meritevole - anche in un caso del genere sembra forse preferibile considerare la rinuncia al potere di revoca una sorta di

---

<sup>190</sup> Così, ancora, IEVA M., *op. cit., ibidem*.

<sup>191</sup> Da parte di FORMICHELLI T., *op. cit.*, p. 729 (cfr. IEVA M., *op. cit.*, p. 52).

*extrema ratio*, piuttosto che una opportuna e “normale” clausola da inserire sempre nel contratto. Lo stipulante infatti deve essere perfettamente consapevole che, con quella rinuncia - se nel frattempo interviene anche l’adesione del terzo alla stipulazione (art. 1412, comma 1, c.c.) - egli perde la prerogativa di verificare *ante mortem* eventuali sopravvenienze in ordine, ad esempio, alla meritevolezza del beneficiario, oppure alle circostanze che riguardino la sua stessa sfera personale e patrimoniale che potrebbero far desistere dalla stipulazione a beneficio del terzo.

3.3.4 - Alcune riflessioni a margine dei contratti a favore di terzo in funzione successoria. Le osservazioni sul vitalizio alimentare o sul contratto di mantenimento, nonché l’analisi delle altre figure che hanno la struttura del contratto a favore di terzo, e che la dottrina inserisce nel quadro dei negozi *transmorte*, suscitano riflessioni ulteriori.

Il discorso intorno all’opportunità o meno della rinuncia alla facoltà di revoca della stipulazione - che niente impedisce di estendere ad ogni altra ipotesi di contratto a favore di terzo in funzione parasuccessoria - fa emergere infatti il problema dell’effettiva funzionalità della revoca unilaterale quale meccanismo indispensabile per l’utilizzazione di negozi a struttura bilaterale in alternativa al testamento, e cioè come strumenti negoziali di predisposizione della successione (in senso lato) che sfuggono al divieto dell’art 458 c.c.

Nel caso da ultimo sopra esaminato, infatti, la facoltà di revoca funge quasi da ostacolo alla realizzazione di un preciso assetto d’interessi *post mortem* mentre, esattamente all’opposto, la possibilità di rinunciare ad essa sembra rivelarsi quale migliore soluzione per consentire la concretizzazione degli interessi delle parti e, al contempo, anche la certezza del diritto.

Come già si è avuto modo di intravedere con la pur breve analisi della disciplina del patto di famiglia<sup>192</sup>, sembra che l’interesse alla *stabilità* degli assetti costruiti in vita in prospettiva della futura successione *mortis causa*, di cui si cerca spesso di anticipare - in senso lato - gli effetti, risulti poi in concreto prevalente sull’interesse correlato del disponente a controllare la tenuta di tali assetti secondo

---

<sup>192</sup> Cfr. *retro*, Cap. II, par. 2.1.6.

le sue aspettative e i propri (eventualmente volubili) desideri, se del caso ponendoli liberamente nel nulla grazie all'esercizio del potere di revoca.

Tale assunto spinge dunque di nuovo a fare una considerazione di fondo: sembra sostanzialmente inutile impostare il problema - pur inevitabile, in quanto posto dalla permanenza del divieto dell'art 458 c.c. - di ricercare possibili strumenti per disporre validamente della successione propria o altrui, che siano alternative "perfette" al testamento.

Ciò, appunto, se si intende l'alternativa come possibilità di una piena sovrapposizione tra strumenti "nuovi" e strumento legale tipico, che di fatto si risolve nell'indifferenza della scelta tra un mezzo o l'altro, tra strumenti e soluzioni tra loro inevitabilmente difformi, in primo luogo, per struttura e natura giuridica.

Del resto, tale ricerca non avrebbe alcun senso: perché complicare le cose, passando per vie contorte per giungere allo stesso risultato, quando invece è agevole seguire la strada maestra messa a disposizione dal Legislatore?

Ovviamente la questione è ben più complicata, dati i molteplici interessi che vengono ad essere coinvolti in una vicenda così delicata qual è la morte della persona, in rapporto alla varietà di mezzi giuridici - lo si è in parte già verificato - che possono essere in concreto impiegati con effetti almeno parasuccessori.

Se però si indugia ancora nel voler ricercare altrove, a tutti i costi, il carattere - indubbiamente importante, ma non certo esclusivo - della revocabilità unilaterale dell'assetto successorio predisposto dal *de cuius*, pare infatti innegabile che il testamento, con la sua essenziale struttura unilaterale, l'assoluta e inderogabile revocabilità, nonché il suo carattere di atto personalissimo, sia ancora oggi lo strumento giuridico principe - e, di fatto, insuperabile - affinché il *de cuius* resti il sovrano indiscusso della sorte dei propri beni per quando avrà cessato di vivere.

Accettata questa premessa, se si considera che spesso tutti i soggetti coinvolti nella futura vicenda successoria, (non escluso il disponente), hanno di mira una sistemazione della successione stabile, concertata e anticipata sia pure per gradi, allora è gioco forza anche essere disposti a "sacrificare" la revocabilità unilaterale e a indirizzarsi verso l'adozione di negozi giuridici a struttura bilaterale che, una volta accertata la compatibilità con il divieto di patti successori, pur non potendo

essere considerati equivalenti a un testamento (in ciò, non costituendo una vera “alternativa”), sono tuttavia capaci di realizzare gli interessi tenuti in primo piano dalle parti.

### 3.4 - Gli altri negozi *transmorte*: breve panoramica su *trust* e contratto *fiduciario* in funzione *successoria*

La dottrina ha invero enucleato una casistica più ampia annoverando tra i negozi *transmorte* figure tra loro sostanzialmente eterogenee, anche al di là dello schema generale del contratto a favore di terzo<sup>193</sup>.

Il principale riferimento va all'istituto di origine anglosassone del *trust*, oggi in notevole espansione anche nel nostro ordinamento<sup>194</sup>.

Al di là delle note ma non ancora del tutto risolte problematiche relative, in particolare, all'effettiva ammissibilità del c.d. *trust* interno (o domestico)<sup>195</sup> - cioè

<sup>193</sup> Per un'accurata analisi di queste figure si rinvia nuovamente, e principalmente, alle opere più recenti ed esaustive di IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 27 ss., e PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi, cit.*, p. 241 ss.

<sup>194</sup> In generale sul *trust*, la letteratura è ormai sterminata: oltre alle imprescindibili opere del massimo studio della materia (fra le più recenti, v. almeno LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001; ID. *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005; ID., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010; ID. *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010), cfr. altresì AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996; BARTOLI S., *Il trust*, Milano, 2001; BARTOLI S. - MURITANO D., *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2008; GAMBARO A. - GIARDINA A. - PONZANELLI G., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1993, p. 1211 ss.; ROTA F. - BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, 2009; ZANCHI D., *Diritto e pratica dei trusts*, Torino, 2008.

<sup>195</sup> È l'espressione coniata da LUPOI M., *Trusts, cit.*, p. 546. L'ammissibilità nel nostro ordinamento di un *trust* che, eccettuato il rinvio alla legge straniera come legge regolatrice, non presenta altri elementi di estraneità, come sostenuta dalla dottrina ormai prevalente, sembra aver recentemente ricevuto anche l'avallo del Legislatore che, seppur in materia fiscale, con la Legge Finanziaria 2007 ha espressamente disciplinato il trattamento tributario dei *trust* che possono essere considerati fiscalmente residenti in Italia, ovvero quelli i cui beni sono situati in Italia, e quelli i cui disponenti e beneficiari sono cittadini italiani: v. nuovi artt. 44 e 73, comma 1, lett. d) del D.P.R. n. 917/1986; oltre agli autori citati alla precedente nota, v. per tutti LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, cit.*, p. 26 ss. Nella giurisprudenza di merito, *ex multis*, v. Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in *Notariato*, 2001, p. 45; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trust e attività fiduciarie*, 2002, 241; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, 409; Trib. Bologna 1 ottobre 2003, in *Vita not.*, 2003, 1297; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, 83; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trust e attività fiduciarie*, 2007, 425; Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Trust e attività fiduciarie*, 2008, 42; Trib. Modena, 11 dicembre 2008, in *Guida al Diritto*, 2001, 7, 96; e di recente, Trib. Urbino, 11 novembre 2011, in *De Jure. Contra*, per l'inammissibilità del c.d. *trust* interno, in dottrina, v. tra gli altri le autorevoli voci di CASTRONOVO C., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 441 ss.; GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 11 ss.; MAZZAMUTO S., *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, p. 754 ss. (in particolare, p. 759); MENGONI L., *Successioni mortis causa e mezzi alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Jus*, 1997, p. 310; SCHLESINGER P., *Una Novella per il Trust*, in *Notariato*, 2001, p. 337. In giurisprudenza, v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, 255; App. Napoli, 27 maggio 2004, in *Trust e attività fiduciarie*, 2004, 570. Sul problema, in diversi tempi e prospettive, cfr. anche GATT L., *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*,

di un *trust* istituito in Italia da cittadini italiani, che abbia ad oggetto beni situati in Italia, vincolati a vantaggio di beneficiari italiani, con *trustee* parimenti italiano, per cui l'unico elemento di estraneità è dato dalla legge regolatrice, non avendo ancora il nostro Legislatore dettato un'apposita disciplina dell'istituto - si può considerare, questo, uno strumento che, pur rientrando nell'ambito più generale dei fenomeni gestori, almeno secondo buona parte della dottrina, è utilizzabile anche in funzione successoria<sup>196</sup>.

Per quanto qui interessa, (senza scendere nei dettagli di un istituto notevolmente complesso che meriterebbe ben altra trattazione), la dottrina tende a risolvere positivamente il problema dei rapporti tra *trust* e divieto di patti successori, innanzitutto facendo leva sulla considerazione che nella fattispecie istitutiva del *trust* manca proprio l'elemento essenziale del patto successorio (istitutivo), ovvero l'accordo tra il disponente (futuro *de cuius*), e il beneficiario dell'attribuzione *mortis causa*.

L'atto istitutivo del *trust* - da tenere distinto dai negozi di dotazione a mezzo dei quali si realizza il trasferimento dei beni vincolati al *trustee* - è infatti un negozio unilaterale e recettizio (salvo il caso del c.d. *trust* autodichiarato)<sup>197</sup>, normalmente irrevocabile, avente natura programmatica e, comunque, carattere patrimoniale,

---

2011, p. 280 ss.; LENZI R., *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 1379 ss.; SICLARI R., *Il trust interno tra vecchie e nuove prospettive: il trust "statico"*, in *Vita not.*, 2002, p. 727 ss.

<sup>196</sup> Al riguardo, v. BARTOLI S., *I trust ed il divieto dei patti successori, con particolare riguardo al c.d. Totten trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 207 ss.; DAMIANI A., *Il Trust e i principi di diritto successorio*, in *Gazzetta Notarile*, 2012, p. 56 ss.; LONERO G., *Il trust quale strumento alternativo al testamento*, in AA.VV., *I professionisti e il trust, Atti del IV Congresso nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia"*, Milano, 2008, p. 25 ss.; LUPOI M., *Trust e successione mortis causa*, in *Jus*, 1997, p. 279 ss.; MOSCATI E., *Trust e vicende successorie*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 1075 ss.; PALAZZO A., *I trusts in materia successoria*, in *Vita Not.*, 1996, p. 671 ss.; PENE VIDARI F., *Trust e divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 851 ss.; PICCOLI P., *Trusts, patti successori, fedecommesso*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., p. 133 ss.; PISCHETOLA A., *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa, in comparazione anche con i patti successori*, in *Vita Not.*, 2010, p. 955 ss.; PORCELLI G., *Successioni e trust*, Napoli, 2005; ZOPPINI A. - NONNE L., *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, cit., p. 160 ss. Si ricorda che un *trust* può essere costituito anche per testamento, distinguendosi altresì tra *trust* testamentario segreto e semisegreto: per tutti, v. LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., p. 64 ss.

<sup>197</sup> Si tratta dell'ipotesi in cui *settlor* e *trustee* coincidono nello stesso soggetto giuridico, attuandosi il vincolo tipico del *trust* senza alcun trasferimento di beni. Per l'ammissibilità del c.d. *trust* autodichiarato, in giurisprudenza, v. Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, cit., Trib. Verona, 8 gennaio 2003, cit., Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Riv. Not.*, 2004, 568; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, cit.; Trib. Cagliari, 4 agosto 2008, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2010, 797, con nota di CORAPI G.; Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *De Jure*; nonché Trib. Brindisi, 28 marzo 2001, in *De Jure*.

con il quale il *settlor* enuncia lo scopo destinatorio, nomina il *trustee* e determina (o fissa i criteri per determinare) i beneficiari<sup>198</sup>.

Inoltre, almeno se si mette l'accento sul momento traslativo (piuttosto che sul momento gestorio), normalmente nel *trust* non vi è alcun rapporto diretto tra il c.d. *settlor* (disponente) e i beneficiari finali del *trust*, essendo appunto il trasferimento a questi ultimi dei beni oggetto del *trust* e dei relativi redditi mediato dall'attività del *trustee*, che è l'unico intestatario (reale e non fittizio) di quei beni e, pertanto, pienamente legittimato a disporne.

Dunque, l'acquisto in capo ai beneficiari del *trust*, anche qualora si verifichi soltanto dopo la morte del *settlor*, non avviene affatto a titolo di eredità o legato.

In astratto, nemmeno viene in gioco il divieto di patti dispositivi e rinunziativi, dal momento che non si dispone in alcun modo di diritti derivanti da una successione non ancora aperta: si noti, infatti, che formalmente anche gli eventuali e successivi atti dispositivi dei beni conferiti nel *trust* sono compiuti direttamente, in vita, dal soggetto che nella sua qualità di *trustee* ne risulta attualmente il pieno e legittimo proprietario.

Inoltre, i beni del *trust* vengono direttamente trasferiti in vita al *trustee*, pertanto essi fuoriescono dal patrimonio del *de cuius* anticipatamente, prima dell'apertura della successione. A maggior ragione, nel caso del c.d. *trust fixed*, in cui i beneficiari sono già determinati al momento dell'istituzione del *trust*, l'effetto attributivo deve dirsi immediato e indipendente dalla morte.

Infine, si può osservare che, almeno in certe ipotesi, a seconda del modo in cui è concretamente configurato il *trust*, non è possibile ravvisare alcuna menomazione della libertà testamentaria del *settlor* (*de cuius*), essendo possibile che lo stesso si riservi il potere di modificare o di revocare, in particolare, la persona dei beneficiari, come nel caso del c.d. *living trust*, in cui il *settlor* è egli stesso beneficiario, per tutta la durata della sua vita, del *trust*<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Per tutti, cfr. LUPOLI M., *op. ult. cit.*, p. 31 ss.

<sup>199</sup> Per tutti, v. IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria, cit.*, p. 93.

In definitiva, il negozio istitutivo del *trust* presenterebbe un'innequivocabile attitudine successoria, ma non avrebbe altresì natura *mortis causa*, per cui dovrebbe passare indenne al vaglio di liceità alla luce del divieto di patti successori<sup>200</sup>.

Anzi, si afferma che «dal punto di vista funzionale, il *trust* è in grado di realizzare tutte le finalità in vista delle quali i privati ricorrono di norma ad un negozio alternativo al testamento»<sup>201</sup>.

L'opinione, tuttavia, non è affatto unanime: secondo alcuni, il *trust* urterebbe comunque contro il carattere personalissimo della disposizione *mortis causa* e, inoltre, potrebbe ben costituire il mezzo per aggirare fraudolentemente i divieti di cui agli artt. 458 e 692 c.c.<sup>202</sup>.

Gli esempi prospettati in dottrina di *trust* astrattamente orientato in funzione parasuccessoria sono almeno quattro<sup>203</sup>: si tratta, rispettivamente, dei casi in cui (a) il *settlor* incarica il *trustee* di amministrare le azioni della società che rappresentano il patrimonio di famiglia, attribuendo i redditi (dividendi, *etc...*) ai figli e trasferendo poi loro la titolarità dell'intero pacchetto azionario solo quando risulteranno in grado di gestirlo in maniera adeguata, assicurandosi così principalmente la migliore gestione e la conservazione dell'impresa societaria<sup>204</sup>; (b) il *settlor* costituisce in *trust* irrevocabilmente e a titolo gratuito una parte del suo patrimonio, stabilendo che alla sua morte il vincolo cessi e i beni siano attribuiti a soggetti già predeterminati e non modificabili; (c) il *settlor* costituisce in *trust* alcuni suoi beni, incaricando il *trustee* di destinarne le rendite prima a Tizio, poi a Caio, poi a Sempronio e, infine, alla morte dell'ultimo, di attribuire la proprietà del tutto al figlio più giovane dell'ultimo beneficiario; (d) il *settlor* costituisce in *trust* l'intero pacchetto azionario di una società unipersonale,

---

<sup>200</sup> Secondo PALAZZO A., *Le successioni*, cit., p. 66, anzi, «Il *trust*, se bene compreso e applicato, si prospetta come lo strumento ottimale per la pianificazione familiare e l'individuazione dei beneficiari».

<sup>201</sup> Così MARELLA M.R., *Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, cit., p. 110.

<sup>202</sup> Cfr. CASTRONOVO C., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 447; GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, cit., p. 14. Il problema della frode, comunque, sarà affrontato successivamente in apposita sede: v. *infra*, Cap. III, par. 3.2.

<sup>203</sup> Cfr. MOSCATI E., *Trust e vicende successorie*, cit., pp. 1101-1102 (analogamente v. IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 96, nota 124).

<sup>204</sup> Si noti in tale ipotesi la maggiore elasticità e i minori vincoli del *trust* rispetto all'alternativa costituita dalla nuova disciplina del patto di famiglia (*retro*, Cap. II, par. 2.1.6).

trasferendolo a una società straniera (*trustee*), stabilendo che alla sua morte il *trustee* provvederà alla gestione, destinando le rendite a Tizio per un dato periodo, trascorso il quale la titolarità del pacchetto azionario dovrà essere trasferita a un altro soggetto.

Il problema comunemente avvertito, quindi, è la verifica di compatibilità con tutta una serie di norme e istituti del nostro diritto successorio, ben al di là del solo divieto di patti successori, che la figura del *trust* deve in concreto superare, come del resto emerge chiaramente dagli esempi sopra indicati.

Infatti, alla luce degli artt. 15, 16 e 18 della legge 16 ottobre 1989, n. 364 (che ratifica la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985), nel nostro ordinamento ogni fattispecie istitutiva di *trust* deve risultare compatibile, rispettivamente, (a) con le norme inderogabili previste dalle regole di conflitto del foro competente, (tra l'altro) in materia di testamenti e devoluzione dei beni successori, inclusa la legittima, nonché il trasferimento della proprietà e le garanzie reali; (b) le norme di applicazione necessaria; (c) l'ordine pubblico.

Così, vengono in gioco non solo il divieto dell'art. 458 c.c. ma anche il divieto di sostituzione fedecommissaria (art. 692 c.c.), il divieto di disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo (artt. 631 e 778 c.c.); il divieto di usufrutto successivo (art. 698 c.c.) e, in generale, le norme in materia di legittima (cfr. soprattutto l'art. 549 c.c.).

Tali considerazioni, anche sul piano operativo, portano alla conclusione che una valutazione dell'ammissibilità del *trust* (soprattutto) in funzione successoria non sia possibile *a priori*, ma occorra un'attenta e quanto mai delicata verifica caso per caso, alla luce degli interessi concretamente perseguiti<sup>205</sup>. Ciò che, del resto, finisce con l'imporre *in primis* agli operatori del diritto la massima prudenza nell'utilizzazione dell'istituto<sup>206</sup>.

In generale, allora, - allo stato della legislazione, della dottrina e della giurisprudenza attuali - nasce il dubbio che il *trust*, così estraneo alla nostra tradizione, pur essendo estremamente duttile e presentando innegabili vantaggi sul

<sup>205</sup> In questo senso, per tutti, v. IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 96; SANTORO L., *Il Trust in Italia, cit.*, p. 123 ss.

<sup>206</sup> Cfr. le diverse osservazioni, anche in tema di responsabilità professionale del notaio, di CACCAVALE C., *Il trust nella prospettiva notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 213 ss., e LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, cit.*, pp. 36-38.

piano delle innumerevoli possibilità offerte per la realizzazione degli interessi afferenti (anche) alla successione a causa di morte<sup>207</sup>, sebbene in astratto possa apparire come un'ottimale alternativa al testamento, non sembra ancora in grado di soddisfare fino in fondo quelle esigenze di stabilità e certezza sottese alla pianificazione successoria.

Soprattutto, occorre rilevare che il *trust* è uno strumento che si presta alla realizzazione di facili elusioni, come dimostra quella sempre più cospicua giurisprudenza che, pur ammettendo in astratto la figura, fa sovente richiamo alla “frode alla legge” per sanzionare il regolamento d'interessi realizzato in concreto con finalità elusive della normativa, soprattutto, fiscale e fallimentare<sup>208</sup>.

Sulla stessa linea del *trust* si pone anche l'impiego in funzione *lato sensu* successoria del nuovo art. 2645-ter c.c. che - a prescindere dalla discussa questione relativa alla possibilità di costituire un vincolo di destinazione anche per testamento<sup>209</sup> - sembra comunque raccogliere il consenso di certa dottrina<sup>210</sup>, la quale ritiene legittimo costituire un vincolo di destinazione mediante atti *inter vivos* con effetti *post mortem*, come già visto, da considerare dunque tendenzialmente validi alla stregua del divieto *ex art.* 458 c.c.

---

<sup>207</sup> Per una esaustiva rassegna dei casi in cui il *trust* rivela tutta la sua utilità si rinvia a ROTA F. - BIASINI G., *op. cit.*, p. 83 ss.

<sup>208</sup> Di recente, v. Trib. Cassino 8 gennaio 2009, in *Il Civilista*, 2011, 4, 81 con nota di MARROLLO, Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Giur. comm.*, 2010, 5, II, 887 con nota di GALLETTI.

<sup>209</sup> La dottrina che sembra oggi prevalente al riguardo è per la negativa: v. per tutti IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 1296-1297; MERLO A., *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter*, in *Riv. Not.*, 2007, p. 509 ss.; nello stesso senso cfr. la peculiare impostazione di GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 165 ss. (in particolare, p. 173). *Contra*, per la tesi della validità del vincolo di destinazione costituito almeno per testamento pubblico v. PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 161 ss. (in particolare, p. 165), GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 321 ss. (in particolare, p. 336). La tesi più liberale, che considera idonea qualunque forma testamentaria, è sostenuta invece da QUADRI R., *L'art. 2645 ter e le nuove discipline degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1275.

<sup>210</sup> In particolare, v. IEVA M., *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 1289 ss., (nonché in ID., *I fenomeni a rilevanza successoria, cit.*, p. 216 ss.), al quale si rinvia anche per l'ampio e accurato apparato bibliografico, in generale, sul vincolo di destinazione *ex art.* 2645-ter c.c.; cfr. inoltre ZOPPINI A. - NONNE L., *op. cit.*, p. 170 ss.

Sia nel caso del *trust* che dell'atto di destinazione è la facoltà di revoca che il disponente può riservarsi a far propendere per la possibilità di qualificazione *transmorte* dei negozi.

Più discutibile, invece, sembra la riconducibilità del c.d. mandato *post mortem*<sup>211</sup> nel novero dei negozi *transmorte*, sia per gli stretti limiti di ammissibilità (anche in senso funzionale) della figura, sia per la più ridotta possibilità di revoca<sup>212</sup>.

Si ritiene invero più facilmente inquadrabile nell'ambito di quelli il *contratto fiduciario*<sup>213</sup>, qualora sia configurato in modo che il c.d. fiduciante trasferisca uno o più beni al c.d. fiduciario, affinché questi poi ritrasferisca quanto ricevuto, dopo la morte del primo, a un terzo predeterminato dallo stesso fiduciante<sup>214</sup>.

In questo caso, infatti, i diritti sono oggetto di attribuzione immediata ed effettiva al fiduciario in vita del fiduciante (*interposizione reale di persona*), uscendo dal

---

<sup>211</sup> Sul mandato *post mortem, retro*, par. 3.2.

<sup>212</sup> *Contra*, invece, v. IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 59 ss. il quale tratta del mandato *post mortem* nell'ambito dei negozi *transmorte*. Sottolinea comunque le difficoltà di inquadramento del mandato nel novero delle alternative al testamento PALAZZO A., *Le successioni, cit.*, pp. 51-54.

<sup>213</sup> In giurisprudenza il contratto fiduciario viene ancora oggi fatto rientrare nella discussa figura del *negozio indiretto*: in questo senso, per tutte, v. la recentissima Cass. 27 agosto 2012, n. 14654, in *De Jure*. In generale però sul tema si veda almeno CARNEVALI U., voce «*Negozio giuridico, III) negozio fiduciario*», in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; GRASSETTI C., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, (Atti del convegno di Madonna di Campiglio), Milano, 1991, p. 1 ss.; LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; TRIMARCHI V.M., voce «*Negozio fiduciario*», in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 32 ss. In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Cass. 23 dicembre 2011, n. 28660, in *De Jure*; Cass. 14 novembre 2011, n. 23728, in *Giust. civ.*, 2012, 2, 336; Cass. 6 maggio 2005, n. 9402, in *Foro it.*, 2005, 2167; Cass. 1° aprile 2003, n. 4886 in *Corr. giur.*, 2003, 1041; Trib. Milano 19 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, 1438. Per la distinzione tra negozio fiduciario e donazione indiretta v. l'interessante caso deciso dalla recente Cass. 29 febbraio 2012, n. 3134, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2 e *Dir. e Giust.*, 2012, 284 con nota di NOCERA I.L. Come è noto, la dottrina tradizionale non riconosce cittadinanza alla figura: per tutti, in tal senso, v. SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile, cit.*, pp. 179-181, secondo cui il negozio fiduciario si risolverebbe in una ipotesi di inammissibile astrazione parziale dalla causa e, in definitiva, la c.d. *causa fiduciae* non sarebbe altro che un motivo, di per sé irrilevante.

<sup>214</sup> Come è noto, in materia di fiducia sono possibili molteplici distinzioni: tra i due modelli di c.d. *fiducia germanistica* e c.d. *fiducia romanistica*; tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*; tra *fiducia statica* e *fiducia dinamica*. Per spiegare la discussa natura del contratto fiduciario (almeno, di quello corrispondente alla figura della *fiducia cum amico*, dinamica, e di tipo romanistico, da ritenere ormai astrattamente ammessa anche nel nostro ordinamento), in dottrina si ricorre principalmente alla figura del collegamento funzionale tra due distinti negozi, l'uno ad effetti reali, l'altro ad effetti obbligatori (e, pertanto, vi è chi inquadra la fattispecie nella discussa figura del *negozio indiretto*), oppure si parla di contratto unitario avente un'autonoma *causa fiduciae*. Al riguardo, per tutti, v. le efficaci sintesi di DIENER M.C., *op. cit.*, p. 94 ss.; IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 52 ss.

patrimonio per effetto del contratto e non potendo così costituire un *quod superest*, ciò che fa escludere la violazione del divieto *ex art. 458 c.c.*

Inoltre, sussiste la possibilità di differire gli effetti finali dell'attribuzione a dopo la morte del fiduciante, in particolare, pattuendo l'esecuzione dell'obbligo fiduciario a termine iniziale coincidente con la morte del fiduciante (*cum moriar*).

Infine, con apposita clausola è altresì possibile per il fiduciante riservarsi la facoltà di revoca, in particolare, modificando l'indicazione della persona del beneficiario, fermo restando che il trasferimento al fiduciario non può essere unilateralmente posto nel nulla dal fiduciante.

Il contratto fiduciario così congegnato ricorda dunque da vicino lo schema del contratto a favore di terzo e, in definitiva, sembra presentare tutti i caratteri del negozio *transmorte*, salvo poi dover passare indenne al vaglio di illiceità per frode alla legge (art. 1344 c.c.) o motivo illecito (art. 1345 c.c.).

La dottrina tende comunque a sconsigliare l'impiego di tale strumento che, sul piano applicativo, presenta due notevoli inconvenienti: da un lato, la scarsa tutela del fiduciante, nel caso di inadempimento dell'obbligo fiduciario, in quanto limitata al risarcimento pecuniario data la connaturata inopponibilità ai terzi del *pactum fiduciae*; dall'altro, il costo - soprattutto fiscale - del doppio trasferimento dal fiduciante al fiduciario e poi da quest'ultimo al beneficiario<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> Così IEVA M., *op. ult. cit.*, pp. 57-58.

## CAPITOLO IV

## IL PERIMETRO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 458 C.C. TRA NORMA IMPERATIVA, FRODE ALLA LEGGE E MOTIVO ILLECITO

### *4.1 - Il senso di un'indagine sul rapporto tra divieto di patti successori e frode alla legge*

Le indagini della dottrina in materia di patti successori vietati e valide alternative al testamento si sono finora dimostrate sostanzialmente uniformi nell'escludere dai propri orizzonti la necessità di un discorso incentrato sulla rilevanza e sulla possibilità di applicare, in questa delicata materia, la clausola della frode alla legge (art. 1344 c.c.): possibilità spesso soltanto adombrata o, al contrario, data quasi per scontata e, di fronte alla "latitanza" in tal senso della giurisprudenza, da alcuni persino auspicata<sup>1</sup>.

A questo riguardo, sia nelle opere specificatamente rivolte al divieto di patti successori, sia in quelle che approfondiscono il discusso tema della frode alla

---

<sup>1</sup> Emblematico, in questo senso, appare GAZZONI F., *Divieto di patti successori: conferma di una erosione*, cit., pp. 237 e 239, per il quale, anzi, il divieto ex art. 458 c.c. (pur considerato un «residuo del passato») "dovrebbe" essere applicato con rigore, in unione agli artt. 1344 e 1345 c.c.; ID., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, p. 14. Inoltre, v. CACCAVALE C., *Patti successori istitutivi*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, VI, Milano, 2006, p. 498 ss.; GRADASSI F., *Mandato post mortem*, cit., p. 833, il quale è per la "sicura" applicabilità dell'art. 1344 c.c.; IACCARINO G., *Liberalità indirette*, cit., p. 7; PERRECA M., *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma*, cit., p. 112; ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta*, cit., pp. 1078-1079. Anche DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., p. 119 considera giustificata una valutazione della in sé valida donazione *si premoriar* alla luce della frode alla legge. Nello stesso senso, ma più con riferimento alla possibilità di applicazione dell'art. 1345 c.c. sembrano CHIANALE A., *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, cit., p. 103, e IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 9. Cfr. altresì FORMICHELLI T., *Riflessioni sulla qualificazione del contratto di attribuzione dopo la morte*, in *Quadrim.*, 1993, p. 478 ss., e NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, cit., p. 237.

legge, è raro rinvenire riferimenti espressi all'art. 458 c.c. quale norma suscettibile di elusione<sup>2</sup>.

Del resto, la stessa giurisprudenza da sempre si mostra estranea all'utilizzo della clausola della frode per colpire quei congegni negoziali che, pur non palesandosi immediatamente come dirette violazioni dell'art. 458 c.c., tuttavia sono considerate parimenti nulle in quanto concretanti vere e proprie attribuzioni *mortis causa*: il discorso s'indirizza così al vaglio del profilo funzionale del negozio effettivamente concluso dalle parti, riducendo (apparentemente) il problema soltanto all'esatta qualificazione della fattispecie concreta<sup>3</sup>.

Rispetto ai negozi suscettibili di avere un'incidenza diretta o indiretta sulle successioni future (proprie o altrui), data la centralità dell'art. 458 c.c. e il divieto assoluto che in esso si legge, il discorso impostato sulla causa-funzione dell'atto è stato (e probabilmente è destinato ancora ad essere) condotto nei termini esclusivi di una alternativa netta tra illiceità o, all'opposto, validità della fattispecie negoziale volta a volta considerata, sulla base degli indici rilevati dalla giurisprudenza e della dottrina<sup>4</sup>.

In effetti, almeno con riferimento ai casi più rilevanti emersi dalle aule giudiziarie, la giurisprudenza non si è mai mostrata avvezza all'uso di strumenti d'indagine diversi da quelli normalmente utilizzati per qualificare come patto successorio, in quanto tale nullo, una data fattispecie a struttura bilaterale, nel far ciò riesaminando - a seconda delle peculiarità dei singoli casi - ma sempre in definitiva accogliendo, l'impostazione teorica di fondo incentrata esclusivamente sul profilo causale e sulla fondamentale distinzione tra atti *mortis causa* e atti *inter vivos*, compiutamente svolta, in dottrina, da Giorgio Giampiccolo<sup>5</sup>.

Si è quindi tentati di affermare che il vero problema posto dal divieto di patti successori (ma si dovrebbe in realtà precisare: dei patti successori istitutivi), si sostanzia nella difficoltà di individuazione in concreto di indici idonei a fondare la

---

<sup>2</sup> Un'eccezione a quanto detto si può rinvenire, tuttavia, nella già citata pronuncia (cfr. Cass. 12 febbraio 2010, n. 3345) in materia di clausole societarie di opzione su quota del socio defunto, ove la Cassazione incidentalmente rileva, escludendola decisamente, l'astratta possibilità di una violazione indiretta del divieto dei patti successori.

<sup>3</sup> Cfr. DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., pp. 99 e (soprattutto) 110, nota 39.

<sup>4</sup> In giurisprudenza ha fatto e continua a fare scuola la nota sentenza Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, cit. (v. Cap. I, par. 1.1.2).

<sup>5</sup> Al riguardo v. *retro*, essenzialmente il Cap. III.

rilevanza causale dell'evento morte con riferimento - per usare qui in senso ampio una terminologia che però necessita di cautela - a "tipi" negoziali per loro natura non destinati a regolare una successione *mortis causa* e, tuttavia, "piegati" alla realizzazione, appunto "in concreto", di quella che in senso puramente descrittivo si potrebbe anche chiamare "*causa successoria*".

Semplificando volutamente il discorso: laddove la morte non sia considerata alla stregua di un evento esterno, che condiziona l'efficacia sul piano temporale dell'atto, ma integri la "causa" stessa del negozio, si è in presenza di un congegno che, a prescindere dalla struttura e della veste formale, può essere qualificato come negozio *mortis causa* e, come tale, fatto ricadere nell'ambito del divieto *tout court* dell'art. 458 c.c.

Se in astratto la precedente affermazione non sembra porre particolari problemi, essendo in sé chiara la distinzione di piani, rimane la difficoltà, invero di non poco conto, dell'accertamento concreto - da svolgere prevalentemente sulla base di indici oggettivi, tuttavia non sempre rilevabili con certezza - del ruolo che l'evento morte di volta in volta può assumere nel regolamento negoziale e, comunque, in relazione all'effettiva volontà delle parti.

Tuttavia, poiché è ovvio che nella prassi le parti, sufficientemente consapevoli dell'esistenza del divieto di patti successori, la maggior parte delle volte si adoperino per "*vie traverse*", attuando strategie indirette per sfuggire alle maglie del divieto, pare dunque ragionevole chiedersi se, nel reprimere i patti successori vietati, l'interprete possa o addirittura debba in ciò giovare dell'ausilio dato dall'art. 1344 c.c., secondo cui la causa (del contratto) *si reputa* illecita quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Dubbi aprioristici sull'applicabilità della norma in materia di patti sulle successioni future non possono essere accolti, dato che si tratta pur sempre di valutare negozi essenzialmente a struttura contrattuale e, in ogni caso - anche a prescindere da quanto si preciserà in ordine all'ampia portata della clausola della frode alla legge - laddove vengano in gioco "congegni" a struttura unilaterale, il ricorso all'art. 1344 c.c. è ammesso sulla base del rinvio alla disciplina generale del contratto contenuto dall'art. 1324 c.c.

Al riguardo *nulla quaestio*, dato che in relazione alle diverse ipotesi di negozi unilaterali astrattamente ipotizzabili (si pensi, caso emblematico, alla rinuncia puramente abdicativa ai diritti derivanti da una successione non ancora aperta), come già s'è detto, ci si trova pur sempre di fronte a negozi *inter vivos*, come tali disciplinati sulla base del rinvio alla disciplina generale del contratto contenuto nel citato art. 1324 c.c.

Soltanto il patto istitutivo ha la diversa natura (di *contratto*) *mortis causa*, ma appunto, in quanto contratto, non presenta ostacoli formali all'astratta applicabilità della norma sulla frode alla legge.

Già ad un primo superficiale esame della lettera e della collocazione dell'art. 1344 c.c., inserito nella parte generale della disciplina dei contratti, non è certo possibile inferire limiti di applicabilità, in particolare, nei confronti di negozi *mortis causa*, non rinvenendosi alcun indice che consenta il richiamo a quella distinzione, di pura matrice dottrinale, tra contratti *inter vivos* e contratti *mortis causa*.

Testuale è il riferimento alla "causa" *tout court*. Inoltre, sostanziosamente la frode nell'elusione (per mezzo del contratto) dell'applicazione di una norma imperativa - quale senza dubbio pare l'art. 458 c.c., che pone un divieto la cui violazione è espressamente sanzionata con la nullità - di frode alla legge si può quantomeno discutere anche in relazione al divieto di patti successori.

Occorre però tenere presente che, in generale, un problema di frode alla legge si può porre soltanto un volta che a monte, esaurita l'attività puramente ricognitiva e in senso stretto interpretativa della fattispecie, con certezza sia possibile escludere l'illiceità conseguente alla violazione diretta di una norma. Quando, nel nostro caso, resta cioè accertato che non si tratta di un patto successorio in senso proprio. Occorre che l'interprete abbia potuto previamente escludere il contrasto diretto tra il contratto e la legge perché sia poi intavolato un giudizio sulla eventuale elusione della norma<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Rileva BRECCIA U., *Causa*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, *cit.*, p. 258, che quello sulla frode alla legge si rivela essere «una sorta di giudizio di secondo grado o di ultima istanza; un giudizio che il diritto prevede come valvola di sicurezza: contro il paradosso (...) che la legalità sia usata contro la legge stessa».

Pur non essendo certo questa la sede per affrontare adeguatamente un tema così vasto e insidioso quale la frode alla legge, nell'economia del presente lavoro si ritiene tuttavia opportuna una rassegna dei prevalenti orientamenti della letteratura sul tema<sup>7</sup>, per poterne poi confrontare i risultati con quanto finora esposto riguardo al divieto di patti successori.

Come è noto - tanto da poter essere considerato un punto di partenza comunemente accettato - la frode alla legge già nel diritto romano<sup>8</sup> viene identificata con quel comportamento che, pur essendo formalmente rispettoso del dato normativo, nella sostanza è ad esso contrario, «*contraddittorio (...) nel senso e nello scopo*»<sup>9</sup>.

Al di là di un'apparente linearità e della concordanza sulla generica descrizione di fondo del fenomeno elusivo, la letteratura giuridica da lungo tempo dibatte sulla definizione degli esatti contorni del concetto sostanziale di frode alla legge<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Tra i contributi più recenti in tema di frode alla legge v. fin da ora: NAVARRETTA E., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, I, Torino, 2011, sub art. 1344, p. 679 ss.; CRICENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008; NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006; BRECCIA U., *op. cit.*, p. 257 ss.; DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 591 ss.; ID., *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 594 ss. Per la rilevanza del tema anche nella prospettiva europea, oggi d'indubbia rilevanza (cfr. di recente il principio espresso dalla sentenza della Corte di Giustizia CE, 21 febbraio 2006, causa C-255./2002), v. GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003.

<sup>8</sup> Cfr. MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, p. 280, nota 157, secondo il quale la prima rudimentale concettualizzazione della frode alla legge è consacrata in D. I, 3, 29: «*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*». Suggestive ed emblematiche le pagine dedicate alla descrizione della frode nell'esperienza romana da JHERING R., *Geist des römischen Rechts*, III, Lipsia, 1924, p. 362 ss. Per gli opportuni approfondimenti storiografici si rinvia a ROTONDI G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, il quale dimostra come in realtà i romani non abbiano mai elaborato una figura giuridica autonoma di frode alla legge; FASCIONE L., *Fraus legi. Indagine sulla concezione di frode alla legge nella lotta politica e nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 1983; D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 3 ss. Cfr. altresì MORELLO U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 10 ss., il quale ricorda come le basi del dibattito moderno sulla frode alla legge siano state poste dai pandettisti e dalla dottrina tedesca del XIX secolo: dibattito i cui termini sono rimasti sostanzialmente immutati fino ai tempi più recenti.

<sup>9</sup> Così MORELLO U., *op. cit.*, p. 19. Frequente, in letteratura, il ricorso a espressioni suggestive che ben descrivono il comportamento delle parti: di «*artificiose vie indirette e traverse*» e di «*percorsi obliqui*» parla - un esempio per tutti - BRECCIA U., *op. cit.*, pp. 261 e 265; per GIACOBBE G., *La frode alla legge*, Milano, 1968, p. 85, si tratta propriamente di una «*diversione dello strumento rispetto al fine tipico in relazione al quale è stato strutturato normativamente*».

<sup>10</sup> Per un'ampia ed efficace sintesi, anche in chiave storica, degli sviluppi del dibattito v. D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, *cit.* p. 1 ss. e p. 70 ss.; CRICENTI G., *op. cit.*, p. 11 ss.

In particolare, si discute sul significato da attribuire alla formula positiva del vigente art. 1344 c.c., sulla esatta natura giuridica dei “*negozi in frode alla legge*”, e persino sulla stessa utilità di un’apposita previsione normativa al riguardo, non essendo affatto scontata nemmeno l’autonomia dell’istituto, che in superficie presenta più di un aspetto di sovrapposizione con altri istituti: la simulazione, l’abuso del diritto, la stessa interpretazione giuridica<sup>11</sup>.

Limitando il discorso al problema della struttura e della natura giuridica del negozio in frode alla legge - premesso che la soluzione di questo problema assume ai nostri fini una rilevanza tutto sommato marginale - nota e autorevole è l’opinione<sup>12</sup> che ravvede nel negozio in frode alla legge un’ipotesi di *contratto indiretto* e, più precisamente, di *collegamento negoziale* (volontario, funzionale e, almeno normalmente, bilaterale<sup>13</sup>) tra autonomi negozi: l’uno, tipico, c.d. *negozio-mezzo*; l’altro, c.d. *negozio-fine*, illecito e in quanto tale nullo.

In pratica, le parti nell’esercizio della loro autonomia privata si accorderebbero dando vita a un negozio di carattere preparatorio, specificatamente rivolto a piegare la causa (tradizionalmente intesa) del negozio principale verso uno scopo illecito<sup>14</sup>.

Tuttavia, occorre fin da subito dar conto dell’odierna tendenza a respingere ogni tentativo di immobilizzare, sussumendole nelle tradizionali categorie dogmatiche, le innumerevoli tecniche che nei diversi ambiti regolati dal diritto i privati possono sfruttare per mettere in atto un’elusione, dovendosi all’uopo rilevare che

---

<sup>11</sup> Al riguardo v. per tutti le precisazioni di NAVARRETTA E., *op. cit.*, pp. 680-682

<sup>12</sup> Il principale riferimento è a PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 298 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2011, II, p. 484 ss. Sul legame tra frode alla legge e collegamento negoziale cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, *cit.*, p. 802-803; BIANCA C.M., *Il contratto*, *cit.*, p. 625-626; FERRANDO G., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, II, 1997, p. 233 ss.; BRECCIA U., *op. cit.*, p. 262 ss.; NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, *cit.*, p. 48 ss.; CAMARDI C., *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *I contratti*, 2011, 1044 ss., la quale sostanzialmente indica nel collegamento negoziale una peculiare “tecnica di organizzazione” dell’esercizio dell’autonomia privata (p. 1047), per poi sottolineare che «*collegamento e frode sono due congegni al tempo stesso di azione e di valutazione (...) individuano così due ambiti dell’autonomia contrattuale, e corrispondentemente dell’ermeneutica contrattuale, autonomi ma in parte coincidenti*» (p. 1054).

<sup>13</sup> Cfr. per tutti DIENER M.C., *Il contratto in generale*, *cit.*, p. 84 ss.

<sup>14</sup> *Contra*, considerando artificiosa tale ricostruzione, v. per tutti MORELLO, *op. cit.*, p. 33, nota 57, e autori *ivi* citati.

il collegamento o il frazionamento negoziale è soltanto uno dei modi attraverso cui la frode si realizza<sup>15</sup>.

4.1.1 - Il divieto di patti successori alla luce dei vari orientamenti sulla frode alla legge: la teoria c.d. oggettiva. La dottrina sulla frode alla legge si divide tradizionalmente lungo due diverse e, per certi versi, sicuramente opposte correnti di pensiero che passano sotto il nome di “teoria oggettiva”, da un lato, e di “teoria soggettiva”, dall’altro.

Entrambe queste teorie, accumulate alla base da un rigoroso metodo dogmatico, si risolvono in due diversi approcci al problema ma in realtà, come è stato esattamente rilevato, finiscono spesso anche per sovrapporsi, giungendo a identiche soluzioni sul piano pratico e, comunque, sollecitando entrambe obiezioni difficilmente superabili<sup>16</sup>.

Ciò che sembra legare queste due teorie è lo sforzo comune di spiegare, attraverso un’analisi meramente strutturale della fattispecie, cosa debba intendersi per “violazione indiretta” della norma - al fine di distinguere tra frode e illiceità - nel presupposto (anch’esso comune) che dal punto di vista funzionale non sia altrimenti possibile fondare siffatta, necessaria, distinzione.

La questione centrale attorno cui ruota tutta la dottrina sulla frode alla legge, infatti, è proprio quella di stabilire se sia necessario un istituto a sé stante, oppure se sia sufficiente una corretta interpretazione delle norme per far fronte all’ineliminabile fenomeno delle elusioni<sup>17</sup>.

In estrema sintesi, la prima teoria c.d. *oggettiva*<sup>18</sup>, considera un dato contratto e, più in generale, un dato *procedimento* in frode alla legge quando questo raggiunge per altra via lo stesso *identico risultato* vietato da una norma imperativa: la norma, essenzialmente proibitiva, viene solo indirettamente violata attraverso la predisposizione di congegni di vario tipo, in grado di rispettare formalmente il

<sup>15</sup> A questo riguardo v. però meglio *infra*.

<sup>16</sup> In questo senso v. in particolare MORELLO U., *Frode alla legge, cit.*, p. 23; ID., *Contratto in frode alla legge*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, IV, Torino, 1991, *sub art.* 1344, p. 523.

<sup>17</sup> Per queste considerazioni v. ancora MORELLO U., *Frode alla legge, cit.*, pp. 25 e 33.

<sup>18</sup> Principali esponenti in Italia ne sono MESSINA G., *Sulla frode alla legge*, in *Circolo giuridico*, 1907, p. 211 ss.; OPPO G., *Recensione a Carraro*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 177 ss.; CESSARI A., *La struttura della fraus legis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 1073 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Milano, 1966, p. 169 ss.

dettato normativo ma, al contempo, di aggirare - eludendolo, appunto - il divieto di legge.

Come già affermavano i romani, in tal modo la *littera legis* è fatta salva, ma è violata la sostanza, “lo spirito” della norma.

Questa teoria, essenzialmente incentrata sulla tradizionale ma ormai superata concezione di causa in astratto come “*funzione economico-sociale*” e sullo sviamento della causa del negozio adoperato rispetto a quella che è la sua funzione tipica<sup>19</sup>, presuppone a monte la distinzione, che ha origine nella dottrina tedesca, tra c.d. norme materiali e norme formali<sup>20</sup>.

Le *norme materiali* sono quelle che impediscono un certo risultato economico a prescindere dai mezzi in concreto adoperati per conseguire tale risultato, mentre sono *norme formali* quelle che, viceversa, vietano l’impiego di determinati mezzi (quelli contemplati dalla disposizione), ma non anche il risultato ultimo, che ben può essere raggiunto con l’impiego di mezzi diversi purché di per sé leciti<sup>21</sup>.

In questa logica, dunque, si tratta prima di tutto di verificare l’esatta natura della norma che si assume, di riflesso, violata da un congegno negoziale che potrebbe dirsi elusivo: soltanto laddove sia accertato che la norma è volta a reprimere un certo risultato e che il procedimento posto in essere dai privati consente di raggiungere, seppur per altra più tortuosa via, quell’*identico* risultato, in ciò rivelandosi perfettamente equivalente, allora si potrà affermare il carattere elusivo della “macchinazione” (qualunque essa sia) delle parti<sup>22</sup>.

Al contrario, l’intento o la piena consapevolezza delle parti di aggirare la norma non assume alcuna rilevanza ai fini del giudizio di illiceità, essendo la violazione di legge tale a prescindere dalla volontà delle parti e da questa non inficiata. In questo senso, infatti, depongono sia la lettera dell’art. 1344 c.c., sia la considerazione di carattere più generale che, laddove la legge non dispone

---

<sup>19</sup> Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 340 e anche DIENER M.C., *Il contratto in generale*, *cit.*, p. 327.

<sup>20</sup> Padre della nozione di norma materiale è considerato KOLHER J., *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XVI, Jena, 1878, 144 ss.; per questa classica impostazione cfr. altresì BÄHR, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, Monaco-Lipsia, 1883, p. 53 ss.

<sup>21</sup> Cfr. MORELLO U., *op. cit.*, p. 19; MESSINEO F., *op. cit.*, p. 281.

<sup>22</sup> V. però D’AMICO G., *op. cit.*, p. 20, il quale sottolinea come così si determini un mero spostamento del problema della frode, senza davvero risolverlo.

diversamente, non è possibile riconnettere effetti invalidanti ad elementi puramente soggettivi o psichici<sup>23</sup>.

Muovendosi nell'ottica ora indicata, allora, già in prima battuta un problema di frode al divieto di patti successori non sembra avere alcuna ragione di porsi, né in astratto, né in concreto.

È fin da subito chiaro che la norma di cui all'art. 458 c.c., nella parte in cui vieta i patti istitutivi - anche a prescindere dal problema del suo fondamento giustificativo - è volta ad impedire l'impiego di un dato mezzo (il contratto), e non di un certo risultato: ciò che è vietato, infatti, è la delazione contrattuale insita nel c.d. patto istitutivo, ferma la facoltà più ampia di disporre delle proprie sostanze per il tempo successivo alla morte per il tramite di un diverso strumento qual è il testamento.

Se il risultato (pratico e giuridico) di disporre del proprio patrimonio per il tempo in cui si sarà cessato di vivere è in sé ammissibile, pur per altra diversa via, indicata dalla legge, allora l'art. 458 c.c. può essere superato attraverso il ricorso a diversi congegni negoziali che, diversi dal patto successorio istitutivo, sono in concreto capaci di raggiungere lo stesso risultato, senza per questo dar vita a un'elusione vietata.

Negare la piena autonomia di disposizione *mortis causa* e, in generale, eliminare la rilevanza e la meritevolezza dell'interesse a disporre del proprio patrimonio per dopo la morte sarebbe del tutto illogico, a maggior ragione qualora si concordi con la tesi che, risolvendo un'antica questione, a partire dalla lettera dell'art. 457, comma 2, c.c. indica all'interno del nostro sistema successorio la prevalenza e la preminenza (di valore) della delazione testamentaria - e perciò "volontaria" - su quella legittima<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. NAVARRETTA E., *op. cit.*, pp. 685-686., la quale sottolinea efficacemente l'estraneità dell'elemento volontaristico alla fattispecie della frode alla legge.

<sup>24</sup> Tesi incentrata sulla negazione dell'asserito fondamento della successione legittima nell'interesse "superiore" della famiglia (in questo senso, per tutti, SANTORO PASSARELLI F., *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, p. 604 ss.; ID., *Vocazione legale e testamentaria*, *cit.*, p. 197 ss.) e oggi probabilmente prevalente anche in giurisprudenza, ma che si deve riconoscere non è unanimemente accolta: al riguardo cfr. BIN M., *La diseredazione*, *cit.*, p. 88 ss.; LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 109 ss.; PEREGO E., «*Favor legis*» e testamento, Milano, 1970, p. 83 ss.; BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, *cit.*, p. 15 ss. La prevalenza della successione testamentaria su quella legittima trova conferma anche nella prevalenza della sostituzione sugli altri meccanismi di devoluzione ulteriore (in questo senso, v. per tutti

Coerentemente, se si ragiona *a contrario*, nel nostro ordinamento non esiste alcun divieto generale di disporre delle proprie sostanze in vista della propria morte, così come, del resto, non sussiste un obbligo di testare: se si guarda al problema dal punto di vista dell'identità del risultato, una frode al divieto di patti istitutivi non può sussistere *a priori*.

Proprio in quest'ottica, poi, si può apprezzare appieno il senso del dettato codicistico che prima limita a due le fonti della delazione (art. 457, comma 1, c.c.), poi vieta i patti successori istitutivi (art. 458, prima parte, c.c.).

La predisposizione della successione nel proprio patrimonio, nel nostro ordinamento deve essere attuata - in linea generale - con l'unico strumento di autonomia privata preordinato a tale fine: il testamento; ai privati è precluso il ricorso al mezzo contrattuale *sub specie* di patto successorio istitutivo, ma ciò non è sufficiente a negare la meritevolezza insita nel perseguimento di quell'interesse - *id est*, di quel risultato (identico o anche soltanto analogo) - per altre vie che "in senso tecnico" non possono considerarsi affatto elusive del divieto di cui all'art. 458 c.c.

Come già accennato, ai fini di questo discorso non rilevano nemmeno le effettive ragioni della scelta limitativa da parte del Legislatore<sup>25</sup>: il che pare sufficiente per legittimare astrattamente ogni pratica, ogni stratagemma negoziale in grado di raggiungere il medesimo risultato "successorio" del patto istitutivo vietato, purché esso stesso non si riveli, al di là delle formali apparenze, un patto avente causa di morte e, perciò, direttamente illecito *ex art. 458 c.c.*

Tuttavia, proprio questa pur ovvia precisazione, come si avrà modo di constatare *infra*, rivela anticipatamente qual è il punto debole della teoria c.d. oggettiva: la difficoltà di cogliere la distinzione tra negozio direttamente illecito, e negozio indirettamente illecito perché, appunto, "in frode".

Una riprova della considerazione dell'art. 458 c.c. in termini di mero divieto di mezzi e non di risultato può esser tratta dalla possibilità - solitamente condivisa - di confermare *ex art. 590 c.c.* il testamento nullo in quanto redatto in esecuzione di un patto istitutivo obbligatorio e, sullo stesso piano, dalla constatazione che la

---

ALBANESE A., *Sostituzione reciproca e accrescimento volontario*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, p. 721 ss.).

<sup>25</sup> *Retro*, Cap. I, par. 1.3.

rinuncia all'eredità, seppur fatta in adempimento di un patto rinunziativo vietato e parimenti nullo, è sempre valida ai sensi dell'art. 526 c.c.<sup>26</sup>.

Per una diversa via, infatti, diventa possibile e lecito addivenire alla realizzazione dell'assetto d'interessi previsto originariamente dalle parti del patto successorio nullo, cioè allo stesso risultato cui *de plano* si potrebbe pervenire in assenza del divieto dell'art. 458 c.c.<sup>27</sup>.

Seguendo la suaccennata teoria oggettiva, l'art. 458 c.c. (sicuramente, almeno, nella parte in cui vieta i patti istitutivi) si rivela norma imperativa e proibitiva<sup>28</sup>, ma di carattere soltanto formale, pertanto in relazione ad essa non può porsi una questione di frode alla legge, con la conseguenza che tutto ciò che esula dal concetto di patto successorio istitutivo - qui sta il punto - deve (*rectius*: dovrebbe per ciò stesso) considerarsi lecito.

In realtà è a questo punto facile accorgersi che, se da un lato non si pone un vero problema di frode alla legge (così inteso) perché in materia non sussistono gli estremi per l'applicazione dell'art. 1344 c.c., dall'altro lato il problema di fondo non viene risolto: senza alcun conforto per l'interprete, si torna infatti a dover discutere di ciò che integra o meno gli estremi del patto istitutivo, che è direttamente *contra legem* (cfr. artt. 1343 e 458 c.c.), ciò che nella prassi non sempre è facile da appurare.

Non sembra invece accettabile trasfondere queste conclusioni intorno ai patti istitutivi, ai diversi patti dispositivi e rinunziativi, con i primi sanzionati dal divieto di legge: occorrono, infatti, alcune precisazioni ulteriori.

Ferma restando la difficoltà di rinvenire un appagante fondamento giustificativo del divieto, se si scorge nell'art. 458 (seconda parte) c.c. uno - forse il principale -

---

<sup>26</sup> Cfr. *retro*, Cap. I, p. 6 ss.

<sup>27</sup> In questo senso, esplicitamente, DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., p. 107, ove si afferma in astratto l'ammissibilità ex art. 1424 c.c. della conversione in validi testamenti del patto successorio istitutivo a titolo gratuito e, in particolare, della c.d. donazione *mortis causa*, proprio facendo leva sull'illiceità del "mezzo" e non del "fine". Si tratta, tuttavia, di tesi minoritaria che, come già ricordato, viene avversata soprattutto dalla giurisprudenza (v. Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, cit., e da ultimo Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, cit.). Diffusamente, sullo specifico tema della conversione e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. anche LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 1223 ss.

<sup>28</sup> Stante l'espressa sanzione di nullità: v. per tutti ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 402. Cfr. altresì DI MARZIO F., *Norme imperative*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, VI, *I contratti in generale*, Torino, 2000; VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

caso di deroga al principio posto dall'art. 1348 c.c. (che in generale consente la deducibilità in contratto dei beni futuri) e, quindi, con riferimento ai patti dispositivo e rinunziativo - che non hanno una causa propriamente successoria in quanto contratti, non sono atti *mortis causa* - si sposa la condivisibile tesi dell'illiceità dell'oggetto e non della causa, risulta poi arduo negare che la norma in esame ponga un divieto di risultato a prescindere dal mezzo concretamente utilizzato e, perciò, sia suscettibile di elusione.

Già la *littera legis* appare in questo senso evidente: «È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia a i medesimi».

In sostanza, ciò che è espressamente proibito dalla legge è il fatto oggettivo della contrattazione di diritti su una successione altrui non ancora aperta, ogni attività negoziale anticipatamente volta a disporre - sia in positivo, sia in negativo - di diritti ereditari.

L'art. 458 c.c. vieta in maniera onnicomprensiva qualunque operazione negoziale che si caratterizzi per avere ad oggetto tali diritti, senza alcuna apparente eccezione (salvo, pur con le necessarie cautele, quanto oggi previsto dagli artt. 563, comma 4, e 768-*quater* c.c.), perché il fine ultimo della norma è proprio quello di impedire la contrattazione di quei diritti, peraltro inattuati nel momento in cui si perfeziona il contratto o il diverso negozio.

Guardare al diverso “mezzo” in questo caso non è più sufficiente, né peraltro risulta possibile, perché non esiste un tipo negoziale specifico o un “prototipo” di patto dispositivo in sé valido (ma il discorso vale ugualmente per i patti rinunziativi), rientrando nell'ampia nozione di patti dispositivo tutti quei contratti e, in genere, atti di autonomia privata che hanno ad oggetto diritti compresi in una successione altrui non ancora aperta.

Inoltre, la norma non consente di ritenere altrimenti validi strumenti “diversi” se ciò che conta è comunque il risultato vietato, integrando la violazione diretta e - si noti - palese del divieto di patti successori qualunque negozio che a prescindere dalla sua considerazione sotto il profilo causale, qui sostanzialmente irrilevante<sup>29</sup>,

---

<sup>29</sup> Infatti, si è più volte ribadito che i patti dispositivo e quelli rinunziativi hanno natura di negozi *inter vivos* (Cap. I).

abbia per oggetto elementi patrimoniali che formano parte di una successione non ancora aperta.

Qualora poi residuassero dubbi al riguardo, soccorrono comunque le argomentazioni sopra svolte in ordine alla vera *ratio* giustificativa del divieto di patti dispositivi e soprattutto rinunziativi.

Sul postulato che i successibili, prima dell'apertura della successione, si trovano in una posizione di mera aspettativa di fatto, la *ratio* del divieto di questi patti può essere colta nella sostanziale indeterminatezza o, comunque, indeterminabilità dell'oggetto del negozio e, specificatamente per i patti rinunziativi, anche nell'altruità della cosa rinunciata; ciò sembra rendere inammissibile sul piano logico-giuridico la disposizione di diritti successori futuri, anche a prescindere da un espresso divieto di legge<sup>30</sup>.

Allora, in questo senso, un problema di frode al divieto di patti dispositivi e/o rinunziativi può ben essere rilevato e non solo in astratto.

La critica di fondo che, tuttavia, è stata avanzata contro la teoria oggettiva della frode alla legge è che, se il risultato perseguito dalle parti è in sé vietato, l'operazione posta in essere è illecita qualunque sia poi, in concreto, il modo di raggiungere tale risultato.

Questa teoria, dunque, da sola non riesce compiutamente a spiegare come e perché il negozio in frode alla legge debba essere considerato diverso da un qualunque altro negozio illecito, finendo comunque per svalutare il ruolo dell'art. 1344 c.c. e, in definitiva, non riuscendo a giustificare l'autonomia dell'istituto<sup>31</sup>.

4.1.2 - La teoria c.d. soggettiva. Sul versante opposto della *teoria soggettiva*<sup>32</sup>, il negozio può essere giudicato in frode alla legge previo riscontro di due elementi costitutivi che devono congiuntamente ricorrere nella fattispecie considerata: (a)

<sup>30</sup> Cfr. *retro*, Cap. I, soprattutto par. 1.1.3

<sup>31</sup> Così MORELLO U., *Contratto in frode alla legge*, cit., p. 523.

<sup>32</sup> Fautore in Italia ne è principalmente CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; ID., *Essenza della frode alla legge*, in *Dir. e giur.*, 1946, p. 97 ss.; ID., *Frode alla legge*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 647 ss.; cui aderiscono SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 191 ss.; CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 597; GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Ciccumessineo*, Milano, 1988, p. 250 ss. Nella manualistica v. TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 139 (in particolare, nota 3), oltremodo esplicito nell'affermare la necessità dell'elemento intenzionale, nel quale, anzi, ritiene consistente il *proprium* della frode.

occorre cioè che il risultato perseguito sia *analogo* e non esattamente identico a quello vietato (pena la diretta illiceità del negozio); (b) che dal contesto sia desumibile l'*intento elusivo* - una sorta di dolo<sup>33</sup> - delle parti.

Nella sua più accurata elaborazione, la teoria soggettiva consente così all'interprete di giungere a un'applicazione ampliata al massimo grado delle norme proibitive, in tutti quei casi in cui l'operazione posta in essere dalle parti è idonea a conseguire un risultato che non è identico, ma di fatto assimilabile a quello proibito, mantenendosi (almeno nelle intenzioni), nei limiti del divieto dell'analogia di cui all'art. 14 delle preleggi<sup>34</sup>.

Tale impostazione teorica pone l'accento proprio sull'elemento soggettivo rappresentato dal c.d. *intento elusivo* (o fraudolento), considerato elemento essenziale della frode, in modo da mettere in risalto quelle che sono le intenzioni psicologiche ed essenzialmente, dunque, i motivi delle parti, lasciando invece in secondo piano la valutazione del comportamento oggettivamente tenuto.

Proprio sulla base della lettera dell'art. 1344 c.c., il motivo di eludere un divieto di legge viene ritenuto in sé illecito e tale da rendere illecito il negozio, indipendentemente da quanto prescritto dall'art. 1345 c.c.<sup>35</sup>.

Se si ritiene di aderire a questa tesi, contrariamente a quanto sopra detto nell'angolazione della diversa teoria oggettiva, di un problema di frode al divieto di patti successori - anche istitutivi - si può certamente discutere.

A prescindere da un'attenta analisi dei profili causali dell'atto, viene in rilievo la semplice analogia o l'equipollenza del risultato ottenuto con quello proibito e, allora, un'astratta incidenza del negozio sulla futura successione del disponente in termini di efficacia (e non di causa) del negozio rischia già di essere paradossalmente sufficiente ad integrare il primo presupposto richiesto dai fautori della teoria soggettiva per l'applicazione dell'art. 1344 c.c.

---

<sup>33</sup> Non a caso, sul significato del termine (dal latino *fraus*) e sul suo sovente accostamento al *dolus*, v. BOVE L., *Frode (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 631.

<sup>34</sup> CARRARO L. *Il negozio in frode alla legge*, cit., p. 47 ss. Cfr. al riguardo i rilievi di BRECCIA U., *op. cit.*, p. 260.

<sup>35</sup> Così, in particolare, SANTORO PASSARELLI F., *op. cit.*, p. 192; CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 596. Secondo CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, cit., p. 83, la frode non potrebbe rientrare *tout court* nell'ambito dell'art. 1345 c.c. in quanto l'intento elusivo - cioè il motivo di eludere la legge - non sarebbe necessariamente unico e comune alle parti. In tal modo l' A. ritiene di giustificare l'autonoma previsione dell'art. 1344 c.c. rispetto a quella dell'art. 1343 c.c. (illiceità diretta della causa) e dell'art. 1345 c.c. (illiceità dei motivi).

Inoltre, acquisterebbe un rilievo pregnante l'individuazione dell'effettiva intenzione dei contraenti, se specificatamente rivolta o meno a eludere l'applicazione dell'art. 458 c.c., con ciò dando luogo a un arduo problema di prova, anche quando si ritenga di poter desumere da elementi oggettivi l'esistenza di un siffatto elemento psicologico.

In definitiva, accogliendo questa concezione della frode alla legge, l'art. 458 c.c. si presterebbe ad essere nella sua interezza eluso da tutti quei congegni negoziali idonei a conseguire un risultato soltanto analogo, affine a quello proprio della delazione pattizia o, parimenti, analogo a quello che consegue alla disposizione e/o rinuncia di diritti derivanti da una successione altrui non ancora aperta, purché sia riscontrabile la specifica volontà di aggirare il divieto in questione.

Si pensi alla sintomatica ipotesi della vendita di cosa altrui, già sopra indicata, che peraltro, proprio nella soluzione più volte ribadita dalla giurisprudenza, fa leva sul criterio della *comune intenzione delle parti* - e cioè, sul modo di considerare i beni oggetto del contratto: se facenti parte o meno della futura successione altrui - per stabilire l'esistenza o meno di un patto successorio dispositivo.

Si noti, tuttavia, che in caso positivo il patto viene ad essere considerato direttamente illecito alla stregua dell'art. 458 c.c., dando adito a non pochi dubbi sulla correttezza dell'*iter* argomentativo qui seguito dalla giurisprudenza.

In generale, gli spazi a disposizione dei privati sarebbero così destinati a ridursi notevolmente tanto più quando la prova dell'intento fraudolento sia lasciata alla discrezionalità del giudice.

La principale conseguenza sul piano pratico, nel suo complesso, sarebbe quella di un'esponenziale aumento dei livelli d'incertezza, dovuto alla penuria di adeguati indici rilevatori della frode, se così intesa destinata a rimanere una vuota formula priva di alcun significato operativo. Anche questa seconda teoria, al pari della prima, finisce del resto per andare incontro a facili obiezioni.

Nella prospettiva della teoria soggettiva, infatti, se da un lato si giustifica agevolmente il perché di un'autonoma previsione normativa dedicata al concetto di frode, dall'altro non si riesce a spiegare: (a) perché il negozio avente una finalità soltanto analogo e comunque diversa da quella vietata debba essere ugualmente considerato illecito; (b) come sia possibile attribuire una preminente

rilevanza all'intenzione delle parti rispetto alla valutazione oggettiva del loro comportamento<sup>36</sup>.

Se, inoltre, si ricostruisce il fondamento dell'art. 1344 c.c. in termini di motivo illecito, si ottiene una almeno parziale e difficilmente spiegabile duplicazione di norme (cfr. art. 1345 c.c.) con la quale si rischia di perdere, ancora una volta, il senso di un autonomo concetto di frode alla legge<sup>37</sup>.

Con riferimento precipuo ai soli patti successori istitutivi, peraltro, basandosi sui rilievi di alcuni autori che in materia di frode sposano la teoria soggettiva, si giunge in realtà alla stessa identica conclusione della teoria oggettiva: se mira a precludere soltanto un dato mezzo (il contratto successorio, appunto), la norma non è tale da potersi eludere e l'impiego di un altro mezzo, diverso da quello espressamente vietato, è pertanto lecito<sup>38</sup>.

4.1.3 - L'orientamento che nega autonomia all'istituto. Un terzo orientamento - che in realtà ha origini lontane<sup>39</sup>, pur essendo in ultima istanza allineabile a quella che è stata indicata come teoria oggettiva - deve sicuramente essere preso in considerazione anche ai nostri pur limitati fini, consideratane peraltro la diffusione e l'autorevolezza dei sostenitori: si tratta di quell'orientamento per così dire "scettico", che nega l'effettiva rilevanza normativa dell'art. 1344 c.c. e l'autonomia del concetto di frode alla legge<sup>40</sup>.

Secondo questo approccio non esiste "un problema" di frode alla legge, nel senso che le situazioni e le fattispecie in grado di integrare quelle che passano sotto il

---

<sup>36</sup> Al riguardo v. specialmente MORELLO U., *Contratto in frode alla legge, cit.*, p. 523; ID., *Frode alla legge, cit.*, p. 234 ss.

<sup>37</sup> Per questa critica v. in particolare MESSINEO F., *op. cit.*, p. 286.

<sup>38</sup> Esplicito in questo senso CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, p. 597; cfr. altresì CARRARO L., *op. ult. cit.*, p. 71.

<sup>39</sup> Emblematico, a questo riguardo, l'incipit con cui inizia la sua monografia D'AMICO G., *op. cit.*, p. 1: «Il problema della frode alla legge nasce sotto il segno di una concettualizzazione che contiene in nuce la negazione dell'autonomia dell'istituto».

<sup>40</sup> Tuttavia, non sempre è possibile sintetizzare alcune articolate posizioni e ricondurle a questo terzo filone interpretativo: v. soprattutto ROTONDI G., *op. cit.*, p. 126; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 388 ss.; PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia, cit.*, p. 484 ss.; BIANCA C.M., *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 249 ss. Come fa notare MORELLO U., *op. cit.*, p. 19, nota 27, e p. 26, (ma cfr. MESSINEO F., *op. cit.*, p. 283) un po' tutti gli autori le cui posizioni sono tradizionalmente ascritte alla teoria oggettiva spesso finiscono per avvicinarsi maggiormente alla teoria che nega l'esistenza di un autonomo concetto di frode alla legge, per cui risulta impropria ogni netta distinzione o superficiale catalogazione.

nome di “elusioni” possono essere correttamente inquadrate e risolte, alternativamente (o congiuntamente, a seconda dei casi), interpretando in modo estensivo (ma non in via analogica, *ex art. 14 preleggi*) la norma imperativa c.d. elusa, oppure svelando la vera natura e l’effettiva portata dell’affare realizzato dalle parti, spingendosi cioè oltre le forme da queste impiegate.

In entrambi i casi, però, ci si trova pur sempre di fronte a una questione meramente interpretativa, non diversa da altre<sup>41</sup>.

L’esito è l’esclusione in radice della necessità (o anche dell’opportunità) di trascinare il discorso sui binari dell’incerto concetto di frode alla legge, per risolvere quello che in sostanza è e rimane solo un problema di corretta ermeneutica: della norma, da un lato, della esatta volontà delle parti, dall’altro.

Questo orientamento, del resto non recente, poteva forse trovare la sua ragion d’essere soltanto nel vigore del codice del 1865, ove mancava una norma - analoga a quella dell’odierno art. 1344 c.c. - che espressamente reprimesse la frode.

Il mutato contesto normativo non ha tuttavia eliminato una spesso mal celata tendenza a negare rilevanza alla norma sulla frode e alla tematica in sé, e ciò costituisce già un primo argomento di critica al citato orientamento.

È chiaro che accogliendo siffatta impostazione si nega implicitamente che anche per le eventuali violazioni dell’art. 458 c.c. possa parlarsi in termini di frode, così escludendo alla radice ogni utilità per l’indagine che qui si sta cercando di impostare: seguendo pedissequamente questo terzo orientamento, di frode alla legge (e, in particolare, al divieto *ex art. 458 c.c.*) non si può propriamente parlare<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Pone l’accento sull’attività interpretativa richiesta dalla stessa formulazione letterale dell’art. 1344 c.c. anche CAMARDI C., *op. cit.*, p. 1044: «(...) *la causa non è, ma “si reputa” illecita quando il contratto è il mezzo per realizzare l’elusione di una norma imperativa, dove il “reputare” è per l’appunto l’esito di un’attività interpretativa, che valutando un certo materiale contrattuale qualifica come illecita una “causa” che, evidentemente, non sarebbe illecita senza quel “reputare”*»

<sup>42</sup> Del resto, verso questa conclusione sembra muovere anche la riflessione di DE GIORGI M.V., *op. cit.*, pp. 98 e 110. Da notare che nelle opere sulla frode alla legge non compare praticamente mai il riferimento all’elusione dell’art. 458 c.c. (cfr. CRICENTI G., *cit.*; NARDI S., *cit.*; BRECCIA U., *cit.*): gli esempi tratti dall’ambito successorio si riducono per lo più ai (rari e comunque discutibili) casi di adozione di maggiore d’età in frode al divieto di patti successori, alla c.d. condizione *si sine liberis decesserit* e agli altri stratagemmi elusivi del

Vale però la pena di osservare come, questo atteggiamento “negazionista” sia in un certo qual modo latente soprattutto in quei contributi della giurisprudenza che riducono la soluzione dei casi in cui viene in gioco il divieto di patti successori istitutivi solo a un problema di qualificazione della fattispecie negoziale posta in essere alla stregua o meno di atti a causa di morte e, per quanto riguarda i patti dispositivi e rinunciativi, a un problema di esatta individuazione del modo in cui i diritti di cui si dispone sono stati considerati dalle parti e, cioè, se si tratti di diritti inclusi o meno in una futura successione.

In questa prospettiva, coerentemente, fare riferimento o meno alla frode alla legge non muta affatto i termini della questione, trattandosi comunque di un problema meramente esegetico da risolvere secondo le normali tecniche d’interpretazione<sup>43</sup>. Spesso, però, si ha la sensazione che di fronte al dibattito e all’inconcludenza delle soluzioni - tutte, come abbiamo visto, criticabili - riguardo all’effettivo fondamento del divieto di patti successori, vi sia la propensione degli operatori ad evitare l’approfondimento esegetico della norma di divieto che, invece, dovrebbe rappresentare il principale riferimento per l’interprete e, soprattutto, fornire una linea direttrice sicura per l’analisi dei casi concreti.

Poiché è agevole osservare che «*le parti hanno il diritto di godere al massimo le possibilità lasciate loro dalla legge*»<sup>44</sup>, qui si ritiene di cogliere appieno il senso e il “peso” del discorso intrapreso nelle pagine che precedono: non è dato trascurare la ricerca del senso, della *ratio* sostanziale e della portata sistematica dell’art. 458 c.c., che soprattutto oggi non devono affatto essere considerate “scontate”<sup>45</sup>.

Rimanendo sui binari dello stretto diritto positivo e dell’approccio dogmatico tradizionale, se di frode alla legge si decide di “non parlare”, col proposito di valutare fino a che punto il giudice può spingersi avanti nell’applicazione del divieto *de quo* e così vagliare ed eventualmente sanzionare le diverse iniziative dei privati in ambito successorio, occorre comunque mettere in relazione l’art. 458 c.c. con la regola - che è altresì un limite - per cui non è ammessa l’interpretazione

---

divieto di sostituzione fedecommissaria: art. 692, ult. co., c.c.: cfr. MORELLO U., *op. cit.*, pp. 311 e 316.

<sup>43</sup> Critico, al riguardo, appare GAZZONI F., *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>44</sup> Così efficacemente afferma TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto privato, cit.*, p. 139.

<sup>45</sup> Vedi *retro*, soprattutto il Cap. I, par. 1.2.

analogica delle norme eccezionali (art. 14 disp. prel. c.c.), che del resto è tenuta ferma anche dai fautori della teoria c.d. soggettiva sulla frode alla legge.

Ma nel far ciò non si può nascondere la primaria necessità di “ripensare” la norma dell’art. 458 c.c., che per molti è il frutto di un’insindacabile - sicuramente non condivisibile - scelta di politica legislativa che, in sé, l’interprete non può far altro che accettare<sup>46</sup>, e di tenere presente che oggi, anche alla luce dello stesso diritto vivente, l’inquadramento della stessa tra i cardini del sistema di diritto successorio sembra alquanto vacillare.

In generale, comunque, tornando ad esaminare pur per grandi linee lo spigoloso tema della frode alla legge, anche l’orientamento da ultimo delineato già nel suo insieme non è rimasto esente da critiche<sup>47</sup>.

A parte l’ovvia osservazione che il negare l’esistenza di un concetto autonomo di frode urta con il dettato positivo dell’art. 1344 c.c., così ragionando si rischia di non riuscire più a risolvere tutta una serie di ipotesi problematiche per le quali, la sola attività interpretativa, puramente intesa, da sola non è sufficiente a reprimere tutti quei comportamenti che, anche secondo il sentire comune, si pongono in conflitto più o meno celato con il disposto di legge.

Inoltre, la caratteristica della frode alla legge è proprio quella di intervenire, come un giudizio di ultima istanza, quando è già esaurita l’attività d’interpretazione, e della legge, e del contratto, consentendo di arrivare là dove la prima non riesce ad arrivare: non è dunque corretta l’idea di una sovrapposizione tra strumento ermeneutico e frode alla legge<sup>48</sup>.

La prassi dei tribunali fa spesso emergere casi in cui non si tratta più di “interpretare” *tout court* la fattispecie (normativa e/o negoziale), bensì occorre spingersi oltre, effettuando operazioni non riconducibili ai normali canoni ermeneutici, soprattutto del contratto (cfr. artt. 1362-1371 c.c.).

Il problema in relazione a questo tipo di operazioni, imposte dall’esigenza ineliminabile di reprimere le frodi, diventa allora quello di individuare e

---

<sup>46</sup> Vedi *retro*, Cap. I, par. 1.3

<sup>47</sup> Vedi in particolare le osservazioni di D’AMICO G., *op. cit.*, p. 58 ss., e NAVARRETTA E., *op. cit.*, *ult. loc.*

<sup>48</sup> Cfr. BRECCIA U., *op. cit.*, p. 258; NAVARRETTA E., *op. cit.*, p. 681.

giustificare i criteri ai quali i giudici devono uniformarsi al fine di evitare di far dipendere le loro decisioni dal mero arbitrio<sup>49</sup>.

4.1.4 - La frode alla legge come clausola generale. Sulla base di queste riflessioni e delle critiche già sommariamente indicate nei confronti delle altre tesi sopra descritte, si giunge a un più recente orientamento che sulla scia della dottrina tedesca, soprattutto sul piano del metodo, propone un approccio del tutto diverso e innovativo alla frode alla legge<sup>50</sup>.

Ciò che in un certo senso può essere al contempo visto come il punto di arrivo e di partenza di questo pensiero, frutto di un'ampia indagine in chiave storica e specialmente comparatistica, è l'intendere la "frode alla legge" nei termini di una vera e propria *clausola generale* che informa di sé l'intero sistema giuridico e non più, secondo il tradizionale approccio dogmatico, come singolo istituto giuridico le cui caratteristiche devono essere precisate volta a volta dall'interprete.

Pur se collocata in ambito contrattuale (art. 1344 c.c.), la frode alla legge intesa alla tregua di clausola generale può ben trovare rilevanza e applicazione in settori dell'ordinamento diversi da quello in cui il legislatore ne pone il richiamo<sup>51</sup>.

Questa impostazione finisce così per ampliarne e non poco il suo ambito di operativa incidenza, giacché può utilizzarsi alla stregua di uno strumento che aiuta l'interprete e, particolarmente, il giudice ad attuare con maggiore trasparenza e uniformità la ricerca di comportamenti negoziali elusivi, non solo delle norme imperative propriamente dette, ma di ogni regola che limiti l'autonomia privata<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Cfr. in questo senso MORELLO U., *Frode alla legge, cit.*, pp. 191-196.

<sup>50</sup> Ci si riferisce alla tesi consacrata nelle opere di MORELLO U., *Frode alla legge, cit.*; ID., *Contratto in frode alla legge, cit.*; ID., voce «*Frode alla legge*», in *Dig. disc. priv.*, Torino, s.d. ma 1992, p. 501 ss.; ID., voce «*Negozio in frode alla legge*», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss. L'impostazione di Morello ha avuto una notevole influenza in tutta la dottrina successiva: tra gli altri, mostrano più o meno apertamente di aderirvi SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, VI, t. 2, Torino, 1975, p. 550 ss.; BUSSANI M., *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 558 ss.; D'AMICO G., *op. cit.*, p. 91 ss.

<sup>51</sup> Così MORELLO U., *Frode alla legge, cit.*, p. 302 ss., il quale sottolinea altresì che il termine "causa" non ha un significato univoco, soprattutto nel contesto dell'art. 1344 c.c. Sul problema specifico del significato da attribuire all'ambigua espressione "si reputa" contenuta nel testo della norma v. inoltre le osservazioni di NAVARRETTA E., *op. cit.*, pp. 682-683.

<sup>52</sup> Scettici nei confronti della tesi avanzata dal Morello si dimostrano MESSINEO F., *op. cit.*, p. 290, nota 189 e soprattutto SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 339 ss., critico con ogni concezione estensiva della formula, già di per sé considerata ampia e generica, della frode alla legge.

Il problema principale diventa allora quello di dare “corpo” alla clausola della frode, traendo da un’attenta analisi di fattispecie concrete le linee guida utilizzabili dai giudici per l’individuazione dei comportamenti elusivi<sup>53</sup>.

Il limite che infatti incontrano tutte le dottrine tradizionali è quello di fornire descrizioni concettuali o enunciazioni di principio troppo astratte e generiche, che non trovano poi alcun riscontro effettivo nelle decisioni giudiziali, tanto da determinare uno netto stacco tra il c.d. *law in action* e *law in books*<sup>54</sup>.

Un’attenta analisi dei repertori di giurisprudenza e delle soluzioni offerte anche negli altri ordinamenti per colpire le elusioni consente, invece, di porre l’accento su una costante: la duplice necessità di valutare in maniera più profonda sia la *norma elusa*, sia il *vero affare* posto in essere dalle parti al di là delle forme prescelte.

In generale, infatti, le condizioni perché un problema di frode alla legge si ponga sono l’esistenza di un contrasto tra *zone di chiarezza* e *zone di incertezza* nella legge e, allo stesso tempo, la tensione tra forma e sostanza dell’affare<sup>55</sup>.

Il problema della frode alla legge diventa dunque un problema intimamente connesso all’evoluzione delle tecniche interpretative, allo stato della legislazione, alle esigenze formali (in particolare, di certezza) del sistema, e finisce così per risentire inevitabilmente anche del clima culturale e politico dell’epoca.

Alla prova dei fatti, quindi, può dirsi corretta l’opinione tradizionale che riconduce la frode alla legge nell’ambito delle questioni interpretative, ma errata l’idea - corollario della prima - secondo cui la valutazione della frode alla legge si attua soltanto con un’adeguata interpretazione della norma elusa, dato che così ragionando non si arriva a risolvere il problema e, soprattutto, non si riesce a fornire al giudice alcun criterio operativo utile per la soluzione dei casi concreti.

Per giungere a dei risultati apprezzabili sul piano pratico, nel senso ora indicato, la tesi che qui si descrive giunge ai risultati che di seguito si sintetizzano.

---

<sup>53</sup> In modo, così, da ridurre l’arbitrio: cfr. MORELLO U., *Frode alla legge*, cit., p. 144 ss. Molto sentito, sullo sfondo del dibattito in materia, è infatti il problema dei limiti ai poteri decisionali del giudice. A questo riguardo, di recente, v. anche CAMARDI C., *op. cit.*, p. 1050 ss.

<sup>54</sup> La nota espressione, ripresa più volte dallo stesso Morello (*op. ult. cit.*), è ovviamente quella tratta dal saggio di POUND R., *Law in books and law in action*, in *American Law Review*, 44, 1910, p. 12 ss.

<sup>55</sup> Così ancora MORELLO U., *op. ult. cit.*, p. 259.

In primo luogo occorre verificare se il procedimento posto in essere dalle parti e reputato astrattamente elusivo comporti un effettivo rischio di svuotamento della norma o, viceversa, una non auspicabile generalizzazione della frode: operazione che richiede il previo accertamento della natura della norma medesima e del suo effettivo ambito di applicazione.

Laddove si tratti di norme di c.d. *strictum ius* - non necessariamente norme imperative o formali, ma norme ad applicazione per così dire “circoscritta”, che esprimono un’*area conservativa* del sistema - appare legittimo che le stesse consentano il raggiungimento di finalità analoghe (ma non identiche) a quelle vietate; non altrettanto, in quei casi in cui sia verificata l’esistenza di norme e, più in generale, di principi che impongono all’interprete un’alta fedeltà al testo normativo<sup>56</sup>.

In ciò si ritiene di ammettere la relatività storica e politica delle norme - in particolare, di quelle eccezionali - così che le disposizioni che appaiono strettamente legate a concezioni storiche e sociali superate, o basate su situazioni economiche lontane rispetto alle attuali esigenze e agli andamenti del mercato possano essere limitate o, addirittura, completamente esaurite ad opera dell’interprete<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> « Si tratta cioè di accertare in primo luogo quando un certo tipo di allargamento della norma debba considerarsi ancora interpretazione (tradizionalmente: interpretazione estensiva) e quando una valutazione più ampia di carattere integrativo (tradizionalmente: analogia). E la soluzione del quesito presuppone un’attenta considerazione sia del grado di evoluzione delle tecniche interpretative, sia de modo in cui è congegnato il testo di legge. (...) In secondo luogo è necessario stabilire se la disposizione di legge in esame realizzi una direttiva del sistema, faccia cioè parte di un complesso di altre disposizioni dotate di un certo grado di compiutezza e razionalità e tale da esprimere una linea di tendenza suscettibile di ampliamento; oppure se ciò non avvenga (norma eccezionale), tenendo conto non solo di valutazioni più strettamente tecnico-giuridiche, ma soprattutto valutando l’evoluzione storica del sistema, le politiche concrete di cui la norma appare attuazione e che tuttora la sostengono, le esigenze economiche e sociali a cui essa serve»: così, testualmente, MORELLO U., *op. ult. cit.*, p. 313; cfr. ID., *Il contratto in frode alla legge, cit.*, p. 524.

<sup>57</sup> Così, però, come già avvertito dallo stesso Morello, diventa inevitabile spostare l’attenzione sulla delicata questione, particolarmente avvertita in tutti gli ordinamenti di *civil law*, concernente la delimitazione dei poteri del giudice. In realtà, un’interpretazione più “disinvolta”, seppur in via eccezionale, può essere giustificata proprio dalla dichiarata finalità di reprimere comportamenti fraudolenti. In ciò la frode alla legge deve essere apprezzata alla stregua di clausola generale dell’ordinamento e non come semplice “etichetta”: v. ancora MORELLO U., *Frode alla legge, cit.*, p. 271; per le osservazioni fin qui svolte e i relativi approfondimenti v. inoltre ID., *op. ult. cit.*, p. 300 ss. e, in particolare, p. 321.

In quest'ottica, in pratica, le norme eccezionali (nel senso però specificato, non esattamente coincidente con quello tradizionale) non sono oggetto idoneo di elusione.

*Rectius*, il risultato cui giunge la tesi in esame è quello di distinguere nettamente tra norme astrattamente suscettibili o no di elusione, delimitando in questo primo senso l'ambito di applicazione della clausola<sup>58</sup>.

In secondo luogo, è necessario soffermarsi sull'effettiva operazione compiuta dalle parti, andando al di là delle forme da queste utilizzate in concreto per realizzare il fine prefisso, affermandosi la possibilità per il giudice - non generalizzata, ma giustificata dalle singole situazioni concrete, sempre sulla base di elementi obiettivamente rilevabili - di ricostruire l'operazione compiuta dalle parti anche disattendendone completamente, laddove necessario, la volontà manifestata.

Il principale criterio di cui tenere conto in questa operazione - che non può essere più considerata come interpretazione, ma vera e propria "*costruzione dell'affare*" - è quello della *surrogabilità* in senso economico del risultato conseguibile dalle parti mediante il procedimento da esse adottato, rispetto al risultato proibito dalla norma c.d. elusa, con ciò superando la tradizionale disputa sulla necessità di un risultato identico o soltanto analogo.

Così, se il mezzo adottato - a prescindere, si noti, dalla sua natura e struttura giuridica - è un semplice espediente per ottenere un generico surrogato economico della fattispecie vietata, non si tratta di un mezzo idoneo per aggirare la norma. Per verificare ciò si reputa utile, sia valutare i rapporti esistenti tra le parti (la fiducia reciproca, i costi e i rischi che la strada prescelta presentano, *etc...*), sia il modo in cui la prassi degli affari e gli usi valutano il procedimento utilizzato, secondo un parametro *standard* che idealmente può essere rappresentato dall'uomo d'affari "medio".

Occorre poi verificare l'esistenza o meno di un interesse apprezzabile delle parti nel concludere quel determinato affare, utilizzando cioè quel particolare congegno: se all'esito della valutazione di fatto manchi un interesse che possa dirsi di per sé legittimo o ragionevole, allora - purché faccia riferimento ad

---

<sup>58</sup> *Contra* però D'AMICO G., *op. cit.*, p. 161, nota 74, nonché p. 163 ss.

elementi e indizi oggettivamente desumibili, ancora una volta, dalla prassi degli affari - l'interprete potrà inferire l'esistenza di un preminente *intento elusivo*<sup>59</sup>. Viceversa, se per esempio l'affare compiuto comporta rischi notevoli ed è scarsamente adoperato nella prassi, non sarà riscontrabile una frode alla legge: non si ritengono sussistenti, in linea di principio, limiti alla rilevanza degli elementi economici che (l'interprete e) specialmente il giudice può porre alla base della propria decisione, purché si tratti di elementi oggettivi di indubbio peso per gli interessi in gioco e, comunque, passibili di essere provati in giudizio<sup>60</sup>.

In tal modo, quindi, si ritiene possibile giungere a una vera e propria riconfigurazione di ciò che la dottrina tradizionale è portata ad indicare quale *intento elusivo*.

Volendo rapportare le conclusioni cui giunge anche quest'ultimo orientamento<sup>61</sup> al problema del divieto di patti successori, si ritiene allora di poter agevolmente sostenere quanto segue.

Se un problema di frode alla legge si pone più facilmente proprio in relazione a quelle norme che limitano la libertà di contrattazione e quindi, in senso lato, si pongono come eccezione alla regola generale, è chiaro che in linea teorica anche il divieto *ex art. 458 c.c.* esprime un precetto normativo che di per sé si presta ad essere eluso.

---

<sup>59</sup> Per MORELLO U., *op. ult. cit.*, pp. 260-263, si può infatti continuare a parlare di intento elusivo, purché il problema non sia impostato su basi individuali, con riferimento alla volontà di eludere la norma (che può anche mancare) ma, in una prospettiva più generale, tale intento sia ricavato da elementi oggettivi di fatto.

<sup>60</sup> Cfr. anche GIACOBBE G., *La frode alla legge, cit.*, p. 42, secondo cui il carattere fraudolento dell'operazione negoziale posta in essere deve essere ricavato sulla base dell'accertamento della mancanza di interessi meritevoli di tutela per l'adozione dei mezzi prescelti dalle parti.

<sup>61</sup> Si ritiene utile riportare le parole con cui l'A. sintetizza il risultato della sua indagine: «Primo: per risolvere il problema della frode alla legge è necessario compiere una serie di valutazioni (tradizionalmente descritte come problemi di individuazione dell'intento elusivo) che, consistendo essenzialmente in un esame di elementi oggettivi desunti dalla situazione economica e dagli interessi in gioco, hanno il loro punto focale (a) nell'accertamento della surrogabilità in senso economico del procedimento elusivo con quello proibito; (b) nella mancanza di un legittimo interesse delle parti; (c) nella facilità di individuazione della frode, con riferimento ai rischi ed al costo del procedimento impiegato, per stabilire se l'elusione si dimostri espressione di una prassi consolidata o facilmente consolidabile.

Secondo: valutare l'esistenza di una frode alla legge postula d'altronde un'integrazione più o meno ampia della norma elusa e/o un superamento delle forme civili al di là e spesso contro la volontà espressa dalle parti, che implicano un delicato accertamento delle resistenze opposte dal sistema (aree conservative) ad un esame troppo disinvolto della ratio legis e della realtà economica.». Così MORELLO U., *op. ult. cit.*, p. 335.

Tale affermazione vale ancora di più se, come la dottrina citata ritiene, l'urgenza di reprimere la frode alla legge si ha solo quando essa, da mero espediente alla portata di pochi o per singoli casi particolari, diventa strumento generalizzato che rischia di svuotare del tutto la portata precettiva di una data norma<sup>62</sup>.

Di tutta evidenza è oggi la ricca panoramica di espedienti con cui i privati sfuggono o, almeno, tentano di sfuggire alle maglie del divieto di patti successori: emblematico l'utilizzo del contratto a favore di terzo quale alternativa al testamento<sup>63</sup>.

Ciò, tuttavia, non è mai sufficiente: come si è tentato di precisare, occorre valutare, da un lato, la vera natura dell'affare concluso dalle parti soppesando attentamente tutti gli interessi in gioco; dall'altro, bisogna appropriatamente interpretare - fino al limite dell'integrazione - la norma che si suppone elusa, che nel nostro caso è l'art. 458 c.c.

Nel procedere a tale seconda valutazione, occorre però stabilire con certezza se la norma in questione è di per sé astrattamente suscettibile di elusione<sup>64</sup>.

Qui sta il punto: se l'art. 458 c.c. è norma di stretto diritto che, tuttavia, presenta una sua intrinseca completezza, tale da fare "sistema a sé", in ciò esprimendo una direttiva dell'ordinamento o, altrimenti, (ma nello stesso senso) sia accertato un serio rischio di svuotamento della norma per la facilità e l'elevata diffusione dei procedimenti elusivi, allora qualunque tentativo di frode al divieto è inaccettabile e deve essere represso.

Se invece così - come in effetti potrebbe sembrare - non è, in quanto l'art. 458 c.c. se correttamente inteso, almeno con riferimento ai patti istitutivi non può essere decifrato come norma di sistema e, soprattutto, se lo si consideri quale norma legata al passato e in esso confinata, tanto da non avere altrimenti giustificazione, allora un problema di frode alla legge non si pone.

---

<sup>62</sup> In questo senso MORELLO U., *op. ult. cit.*, p. 332, in particolare, nota 107.

<sup>63</sup> Del quale si è già diffusamente parlato nel Cap. II, par. 2.2

<sup>64</sup> Si noti che alla necessità di operare prioritariamente una valutazione di questo genere, tutta incentrata sulla natura della norma oggetto di elusione, non sembrano sfuggire neanche le altre tradizionali impostazioni in materia di frode alla legge. Sull'arbitrarietà, nonché sulla difficoltà di distinguere tra norme ai fini dell'applicazione della frode alla legge si appunta, invece, la critica di D'AMICO G., *op. cit.*, *ibidem*.

4.1.5 - La vendita di cosa altrui: un'ipotesi specifica per la verifica delle osservazioni sopra svolte. Ultimata questa pur breve rassegna delle principali opinioni in materia di frode alla legge, prima di avviarci a quelle che possono valere come riflessioni conclusive vale però la pena soffermarsi un poco più a fondo sulle problematiche specificatamente poste dal rapporto tra vendita di cosa altrui e divieto di patti successori (dispositivi).

Spesse volte la giurisprudenza ha avuto modo di esaminare la vendita di cosa altrui alla luce del divieto di patti successori, con decisioni tutte confermate della validità della fattispecie e, in ogni caso, mai fondate sul pur plausibile richiamo all'art. 1344 c.c.<sup>65</sup>.

La soluzione adottata, consistente nel discriminare tra valide vendite di cosa altrui e invalidi patti successori dispositivi soltanto sulla base della accertata (o presunta) volontà delle parti di considerare o meno i beni oggetto della vendita compresi in un compendio ereditario, cioè afferenti a una possibile successione, oltre a portare alla luce non pochi problemi in ordine alla prova di una siffatta volontà, denota alla base un approccio superficiale, e finisce così per essere fondata su un criterio puramente soggettivo e non suffragato da alcun indice normativo sicuro<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> In giurisprudenza v. Cass. 24 ottobre 1978, n. 4801, in *Giust. civ.*, 1979, I, 492; Cass. 3 giugno 1977, n. 2261, in *Foro it. Rep.*, 1977, *Successione ereditaria*, 15, Cass. 9 luglio 1976, n. 2619, in *Foro it. Rep.*, 1976, *Successione ereditaria*, 19-21; Cass. 22 febbraio 1974, n. 527, in *Foro it. Rep.*, 1974, *Successione ereditaria*, 20-21; Cass. 18 aprile 1968, n. 1164, in *Giur. it.*, I, 936 e altresì in *Riv. Not.*, 1968, 768. Al riguardo cfr. BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, nel *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, VII, Torino, 1972, p. 653 ss.; DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, cit., p. 190 ss.; PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, cit., p. 442 ss.; ID. *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 23 ss.; IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. Not.*, cit., p. 1194; ID., *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 125 ss., ove per l'appunto l'A. richiama il meccanismo dell'art. 1344 c.c. (tuttavia, come si vedrà *infra*, inteso secondo la c.d. tesi soggettiva e comunque non espressamente utilizzato dalla giurisprudenza per risolvere il caso). Di recente, sebbene ad altri fini, si occupa dell'argomento anche CICERO C., *Negoziato sul diritto altrui e giusto titolo*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 321 ss.

<sup>66</sup> Per fare un esempio che evidenzia quanto sia labile la distinzione operata dalla giurisprudenza, un certo significato avrebbe il contratto con cui Tizio dichiara di vendere a Caio, che accetta, il bene X che erediterà da Sempronio (patto dispositivo nullo); tutt'altro significato avrebbe il contratto con cui Tizio dichiara di vendere a Caio, che accetta, il bene X attualmente in proprietà di Sempronio (vendita di cosa altrui valida, indipendentemente da quello che sarà il titolo di provenienza - eventualmente anche successorio - dell'acquisto in capo a Tizio).

Un approccio in sé erroneo che, in definitiva, fa dipendere la liceità di un negozio dal modo in cui le stesse parti ne considerano l'oggetto<sup>67</sup>.

La Cassazione in definitiva sottolinea, esattamente, che l'immediata ed effettiva insorgenza in capo al venditore dell'obbligo di procurare al compratore l'acquisto dell'altrui cosa sancisce la validità della fattispecie: ciò porta a considerare la vendita di cosa altrui come vera e propria eccezione alla regola dell'art. 458 c.c., precisandosi che, non essendo nella specie riscontrabile un negozio *mortis causa*, né essendo in altro modo pregiudicata la libertà di disposizione del titolare del bene (*de cuius*), il divieto di patti successori non può trovare qui alcuno spazio di applicazione. Al contrario, laddove risulti «*accertato che l'oggetto della vendita è stato considerato dalle parti come compreso in una futura successione*»<sup>68</sup>.

Sulla base di quanto si è già avuto modo di chiarire, risulta dunque palese che, al di là della soluzione adottata, si tratta di argomentazioni del tutto inconsistenti: se è indubbiamente vero che la vendita di cosa altrui, al pari del resto di ogni patto successorio dispositivo, non integra propriamente un negozio *mortis causa*, qui del tutto inconferente è il richiamo a quella categoria, nonché alla autonomia testamentaria (e libertà di disposizione in genere) per giustificare l'inapplicazione dell'art. 458 c.c. al caso di specie.

Questo semplicemente perché la *ratio* del divieto (si noti) di *patti dispositivi* non è affatto quella di tutelare la libertà del testatore, o l'assoluta revocabilità delle disposizioni a causa di morte tanto più, come si è cercato di dimostrare, che (almeno sul piano storico) tale non è nemmeno la vera ragione del divieto dei diversi patti istitutivi.

Invece, nel caso della vendita di cosa altrui in cui la provenienza al venditore derivi per espressa previsione delle parti, o comunque, di fatto, per successione *mortis causa*, si può pensare di riscontrare soltanto un patto dispositivo.

Muovendosi lungo il percorso argomentativo tracciato dalla Cassazione nelle citate pronunce, si finisce dunque per giungere a una soluzione che, se da un lato è indubbiamente una testimonianza significativa di quel processo di *erosione* del

---

<sup>67</sup> Dubbi in tal senso sono espressi da IEVA M., *op. ult. cit.*, p. 126.

<sup>68</sup> Cfr. soprattutto Cass. 9 luglio 1976, n. 2619, *cit.*; Cass. 22 febbraio 1974, n. 527, *cit.*, Cass. 18 aprile 1968, n. 1164, *cit.*, nonché PALAZZO A., *Le successioni, cit.*, p. 50.

divieto da tempo portato avanti dalla giurisprudenza, dall'altro lato non può certo dirsi fondata.

Tra l'altro, se si accetta l'idea che in questa sede si è più volte cercato di avanzare, secondo cui il vero fondamento del divieto di patti specificatamente dispositivi (e così rinunziativi) è del tutto diverso da quello, pur così sfuggente (per non dire assente) del divieto di patti istitutivi, la soluzione potrebbe essere astrattamente tutt'altra.

In ogni caso, infatti, per quanto riguarda la presente indagine, proprio la vendita di cosa altrui sembra rappresentare una sorta di “cartina di tornasole” al fine di meglio verificare le ipotesi avanzate sul possibile rapporto tra art. 458 c.c. e frode alla legge.

L'accento va posto, innanzitutto, non solo sulla normale astratta ammissibilità, ma soprattutto sulla *tipicità* della vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.) quale ipotesi di c.d. vendita obbligatoria o, se si preferisce, di vendita ad effetti reali differiti<sup>69</sup>.

Nella disciplina positiva del tipo non sono rinvenibili limiti particolari relativamente alla natura dell'oggetto del contratto, che in definitiva non si contraddistingue se non con l'essere attualmente - nel momento in cui il contratto si perfeziona - nella titolarità di un soggetto diverso dal venditore e, come tale, nell'ipotesi “fisiologica”, consapevolmente trattato dalle parti.

Ciò in definitiva impedisce soltanto l'immediata produzione dell'effetto traslativo “finale” che è proprio di ogni fattispecie di vendita, ma il Legislatore non ha previsto ulteriori o particolari limiti in ordine alla successiva provenienza del bene al venditore.

Questa osservazione preliminare serve a impostare il discorso sulla base di una netta differenziazione tra vendita di cosa altrui e patto successorio dispositivo, per cui in astratto non sembra che ricorrano gli estremi per affermare l'illiceità diretta della fattispecie per violazione del divieto dei patti successori, nel senso che l'individuazione del profilo del patto dispositivo vietato - da condurre sul piano

---

<sup>69</sup> In generale, in tema di vendita di cosa altrui, cfr. almeno BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, VII, Torino, 1993, p. 716 ss.; CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, p. 100 ss.; CAVALLO BORGIA R., *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Milano, 1972; LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2011, p. 239 ss.; REGOLI F.A., *La vendita di cosa altrui*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, III, 2, Padova, 1995, p. 886 ss.; RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, Milano, 1971, p. 325 ss.

complessivamente funzionale - nella vendita di cosa altrui non può dirsi automatica o scontata.

Tale vendita può ben avere ad oggetto, nell'intenzione più o meno remota delle parti, diritti su beni che attualmente non spettano al venditore, però in astratto passibili di essere compresi in una successione non ancora aperta, cui il venditore ritiene di avere diritto (*aspettativa di mero fatto*).

Secondo la citata giurisprudenza<sup>70</sup>, in pratica, soltanto nel caso in cui le parti contrattino "alla luce del sole" - cioè in modo consapevole e palese - il trasferimento verso un corrispettivo in denaro di diritti provenienti a vantaggio dell'alienante da una successione futura altrui, si potrà avere un contratto (verosimilmente, un contratto traslativo atipico di natura aleatoria), in violazione *diretta* del divieto *ex art. 458 c.c.*, in quanto patto successorio dispositivo.

In tale ipotesi, in sostanza, le parti *ab initio* dimostrano di considerare tali diritti come diritti successori nella titolarità - pur non ancora attuale e incerta - del venditore, manifestando il necessario riferimento alla successione *mortis causa* quale titolo esclusivo di provenienza per il venditore, così (almeno nell'ottica tradizionale) speculando entrambi sulla morte altrui: ai sensi del combinato disposto degli artt. 458 e 1348 c.c. il contratto è inevitabilmente nullo.

In quest'ottica, è la considerazione dei beni attualmente altrui come beni facenti parte di un compendio ereditario futuro a trasportare il contratto nell'area applicativa del divieto di patti successori.

Ma se, diversamente, le parti configurano il loro contratto come vera e propria vendita di cosa altrui - il che sembra oggettivamente e, peraltro, anche facilmente accertabile sulla base dell'interpretazione del testo contrattuale, che deve esprimere quella consapevole volontà di compravendere beni non futuri in natura, ma soltanto altrui (cfr. art. 1479, comma 1, c.c.) - la successiva provenienza, se del caso successoria, dei diritti venduti non rileva più e l'art. 458 c.c. non viene pertanto in gioco<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> *Retro*, p. 245, nota 65.

<sup>71</sup> È il noto esempio (v. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, I, *cit.*, p. 42), di Tizio che vende a Caio il fondo di Sempronio, con il quale ha già stipulato un valido preliminare, e Sempronio senza che Tizio se lo aspetti muore dopo averlo nominato erede.

Il contratto di vendita è e resterà in sé valido, per escludere la violazione del divieto di patti successori essendo all'uopo sufficiente, su questa linea, evitare ogni richiamo (espreso o tacito) alla provenienza successoria dei beni o diritti venduti.

Il che, tuttavia, non può che lasciare perplessi, data l'estrema semplicità del meccanismo con cui così si elude, di fatto, il divieto in parola.

Se si pone l'accento sul risultato vietato dalla norma, come già anticipato, l'art. 458 c.c. nella parte in cui vieta i patti dispositivi e rinunziativi è norma che secondo l'impostazione tradizionale è chiaramente suscettibile di elusione.

Infatti, vietando i patti dispositivi e rinunziativi aventi ad oggetto diritti su una futura eredità, l'art. 458 c.c. impedisce un certo risultato che, nel caso esaminato, le parti si propongono di raggiungere per una diversa via, rappresentata appunto dalla stipula di un diverso contratto, ovvero una vendita di cosa altrui, di per sé valida, in cui le parti non danno atto della (eventuale o necessitata) provenienza successoria dei diritti che sono oggetto del contratto appunto per non incorrere nel divieto di legge (*teoria oggettiva*).

Allo stesso modo, poiché rileva prioritariamente l'intento di eludere la norma, se le parti in concreto si sono determinate a concludere il contratto di vendita di cosa altrui (soltanto) per tale finalità, accertato che in realtà la loro volontà è quella di aggirare il divieto per poter così disporre di diritti successori futuri, il contratto può essere dichiarato nullo per indiretta violazione dell'art. 458 c.c.: salvi gli ovviamente connessi problemi di prova di siffatta volontà (*teoria soggettiva*).

Se quindi la giurisprudenza applicasse davvero al caso della vendita di cosa altrui l'art. 1344 c.c., in un senso o nell'altro il contratto sarebbe comunque nullo per frode alla legge<sup>72</sup>.

Il discorso è più complesso se si accoglie l'impostazione moderna che indica nella frode alla legge una clausola generale, essendo molteplici gli aspetti di fatto e di diritto da tenere in considerazione in base a ogni singolo caso concreto, in modo che il c.d. intento elusivo sia fondato su dati puramente oggettivi.

Una volta premesso che l'indagine non potrà prescindere ovviamente dal considerare, volta a volta, tutti gli elementi del singolo caso, poiché in quest'ottica

---

<sup>72</sup> In questo caso non può che condividersi quanto incidentalmente affermato da GAZZONI F., *Patti successori: conferma di una erosione, cit., ibidem*

occorre previamente accertare qual è l'effettivo e attuale valore precettivo della norma che si assume elusa, risulta allora imprescindibile indagare quale sia l'effettiva *ratio* del divieto di patti dispositivi.

Se si accetta la tesi secondo cui il divieto in parola un fondamento tecnico ce l'ha e lo si trova nel principio di carattere assolutamente generale, per cui sono inammissibili tutti quei contratti e negozi in genere aventi un oggetto indeterminabile, *in astratto* (si noti bene), ancora oggi il divieto *ex art. 458 c.c.* può essere considerato norma suscettibile di elusione, perché più che una scelta di valore, esprime un limite tecnico-giuridico praticamente insuperabile, insito, per l'appunto, in tutto ciò che per natura è vago e indeterminabile.

In pratica, con il divieto di patti dispositivi e rinunziativi, in questo senso il Legislatore sancirebbe *expressis verbis* un limite oggettivo che, in ultima istanza, serve a ricordare ai privati cosa è per loro, di fatto, impossibile fare: disporre positivamente o negativamente (rinunciandovi), a situazioni soggettive indeterminabili proprio in quanto comprese in una successione non ancora aperta, in perfetta armonia con quello il noto brocardo *viventis non datur hereditas*.

La conseguenza ultima di tale ragionamento - si è già precisato, sul piano astratto - è dunque quella di dover ritenere, anche nell'ottica della più moderna e condivisa accezione della frode alla legge, che l'art. 458 c.c. nella parte in cui vieta i patti dispositivi sia norma suscettibile di elusione, pertanto, il meccanismo della vendita di cosa altrui ben potrebbe apparire uno strumento idoneo a tale scopo.

In concreto, tuttavia, questa soluzione non può dirsi così scontata.

Occorre infatti ancora compiere una serie di valutazioni che, essenzialmente, consistono: « (a) *nell'accertamento della surrogabilità in senso economico del procedimento elusivo con quello proibito*; (b) *nella mancanza di un legittimo interesse delle parti*; (c) *nella facilità di individuazione della frode, con riferimento ai rischi ed al costo del procedimento impiegato, per stabilire se l'elusione si dimostri espressione di una prassi consolidata o facilmente consolidabile*»<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Così - lo si è già visto - si esprime MORELLO U., *op. ult. cit., ibidem*.

*Sub (a)*, giova anzitutto rilevare che il meccanismo proprio della vendita di cosa altrui, obbligando immediatamente il venditore a procurare l'acquisto al compratore, non sembra perfettamente equivalente, anche da un punto di vista meramente economico, a un contratto di trasferimento di diritti successori futuri in senso proprio: la provenienza successoria, infatti, può essere una eventualità, più o meno remota, ma non impedisce di per sé che, gravando fin da subito l'obbligo sul venditore, questi si attivi anticipatamente per ottenere il bene altrui al di fuori dell'operatività della successione *mortis causa*.

Soprattutto, si osservi che nell'assumere siffatto obbligo il venditore non dispone direttamente di diritti successori futuri, ma si limita sul piano meramente obbligatorio a raggiungere, fin da subito, un certo risultato nei confronti del compratore: l'acquisto differito, dietro corrispettivo, di un diritto altrui.

Nel caso del vero e proprio patto successorio dispositivo, invece, il venditore - disponente si limita a trasferire al compratore, nell'immediato, i suoi diritti successori futuri: cioè niente, in quanto indeterminabili; per tale via si pone in essere un inconsistente quanto inammissibile negozio di disposizione avente ad oggetto una mera aspettativa di fatto.

Il risultato che si raggiunge a mezzo della vendita di cosa altrui, dunque, non sembra poter valere da surrogato del patto successorio dispositivo, specialmente se si guarda alla fattispecie dal punto di vista del compratore, che vuole l'acquisto della proprietà (o altro diritto), non di una diversa e quanto mai inconsistente aspettativa.

*Sub (b)*, premesso che un apprezzabile interesse delle parti (a ricorrere alla vendita di cosa altrui, invece che al patto successorio immediatamente dispositivo) sarà suscettibile comunque di valutazioni difformi a seconda del singolo caso, sembra ragionevole ipotizzare che un tale interesse possa essere presunto e sussistere, al pari di tutti quei casi in cui si ricorre a una vendita di cosa altrui, laddove il compratore sia fermamente intenzionato ad acquistare il "diritto" su quel dato bene e, dall'altra parte, il venditore ritenga comunque di riuscire a soddisfare l'interesse del compratore, procacciando tale acquisto e non qualcosa di "minore", quasi un *aliud pro alio*, come la sua aspettativa ereditaria correlata a quel bene.

Infine, *sub (c)*, in un caso del genere sembra davvero arduo rinvenire gli estremi della frode, con riferimento ai costi e ai rischi che la fattispecie implica, invero, abbastanza ridotti per entrambe le parti: anche sul piano fattuale, insomma, è difficile scorgere una “macchinazione” astutamente predisposta per eludere il divieto.

A ben vedere, anzi, rispetto ai rischi ben maggiori connaturati al patto successorio dispositivo, da considerare assolutamente aleatorio per entrambe le parti e soprattutto per l’acquirente, quella della vendita di cosa altrui appare un’alternativa a “basso rischio”, per le parti più conveniente e meno costosa (in senso lato).

In conclusione, a favore della tesi che ritiene pienamente legittima la vendita di cosa altrui a fronte del divieto di patti successori dispositivi, si può rilevare che, nella maggior parte dei casi, trattandosi del trasferimento di uno o più beni singolarmente individuati, sebbene astrattamente suscettibili di essere considerati come compresi in una successione non ancora aperta, non sussistono di fatto gli estremi per ravvisare la *ratio* che giustifica il divieto, poiché appunto le parti si impegnano a compravendere, nell’immediato con effetti soltanto obbligatori, diritti altrui su beni attualmente esistenti e in sé determinati, per cui l’oggetto del contratto non può dirsi effettivamente indeterminato o indeterminabile.

Avendo in generale ad oggetto diritti soggettivamente futuri, in quanto in essa assumono rilievo principale l’inattualità e il carattere eventuale insito nell’altruità, piuttosto che nell’oggettiva natura o provenienza dei beni o diritti, almeno se singolarmente considerati, si ribadisce che la vendita di cosa altrui non è pertanto idonea ad integrare - a prescindere da ogni intento ulteriore e nascosto delle parti - un patto successorio dispositivo<sup>74</sup>.

Né, alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso a tale tipologia di vendita è suscettibile di concretare una elusione del divieto contenuto nell’art. 458 c.c.

Sembra, dunque, che nel perimetro di applicazione del divieto di patti successori dispositivi ricadono, essenzialmente, solo i casi di vendita (o donazione) di

---

<sup>74</sup> Cfr. anche DE GIORGI M.V., *op. ult. cit.*, p. 200, secondo la quale «*se il bene viene dedotto in contratto in sé considerato, e non già come bene ereditario futuro, non si ha un atto di disposizione relativo a una successione non ancora aperta, ma un atto di disposizione di cosa altrui*».

un'eredità di persona vivente<sup>75</sup> e gli altri negozi immediatamente traslativi - non di beni altrui ma - di quelle che non sono altro che le proprie aspettative successorie.

Maggiori dubbi sorgono invece con riguardo alla vendita (così come di ogni altro contratto traslativo) di beni attualmente altrui, sotto la *condizione sospensiva* che il venditore sia nominato erede (o legatario) - e, dunque, acquisti a sua volta tali beni a titolo di eredità o legato - dall'attuale proprietario<sup>76</sup>.

La soluzione positiva può essere argomentata sulla base della diffusa opinione che ritiene in sé valida (anche se apposta a un'istituzione d'erede o legato), la c.d. condizione "*se ereditero*"<sup>77</sup>.

Poiché si tratta di un normale evento futuro e incerto che di per sé incide soltanto sul profilo dell'efficacia dell'atto - peraltro dovendosi ancora una volta ricordare che la posizione in cui si trovano i successibili, inclusi i legittimari, prima dell'apertura della successione è quella di aspettativa di mero fatto - un contratto così concepito presenta sicuramente i caratteri del normale negozio *inter vivos* e, dunque, non rientra nel divieto di patti istitutivi, tanto più che in ragione di esso l'attuale proprietario del bene non assume alcun impegno di testare a favore del venditore, restando libero di disporne come vuole, sia per atto *inter vivos*, sia per atto *mortis causa*.

Inoltre, *a fortiori*, in tal modo non si viola il divieto di patti dispositivi perché a mezzo di tale contratto, tecnicamente, né si dispone con efficacia immediata di diritti successori futuri, né si dispone di un diritto altrui: sebbene fin dalla conclusione del contratto sorga un *vinculum* per entrambe le parti, è come se il profilo dispositivo (in senso lato) venisse temporaneamente "congelato".

Infatti, nel momento pur successivo in cui il contratto produrrà il suo effetto traslativo "finale" in capo all'acquirente - in pratica, cioè, una volta che il venditore (o, comunque, il disponente) abbia accettato con autonomo atto a ciò

---

<sup>75</sup> Nel caso della donazione di futuri diritti successori, peraltro, si tratterebbe di una duplice causa di nullità, con riferimento al divieto di donazione di beni futuri di cui all'art. 771 c.c.

<sup>76</sup> Ad esempio, Tizio vende a Caio il bene X attualmente di proprietà di Sempronio, se e soltanto se Sempronio lo nominerà erede entro un dato termine.

<sup>77</sup> Al riguardo v. per tutti CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 61; FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 116. In giurisprudenza, per un caso particolare, v. la pur risalente App. L'Aquila, 18 giugno 1953, in *Riv. giur. abruzz.*, 1953, 322. Si noti che nel caso deciso dalla sentenza si trattava comunque di disporre *sub condicione* (se il nipote avesse ereditato dalla zia) di beni non necessariamente compresi nell'eredità.

idoneo l'eredità, o non abbia dismesso l'eventuale legato - il venditore sarà comunque considerato nella pienezza e attualità della titolarità del bene trasferito e non verrà in gioco alcun profilo di altruità di quanto trasferito.

In contrario si potrebbe ipotizzare che, proprio in virtù della retroattività del meccanismo condizionale, il momento in cui l'evento condizionante l'efficacia del trasferimento si verifica in realtà finisce per coincidere esattamente con quello in cui il contratto è concluso: momento dunque precedente all'apertura della successione.

Per inciso si noti che anche la retroattività dell'acquisto ereditario in capo al venditore si ferma, logicamente, al tempo dell'apertura della successione (art. 459 c.c.), mentre nel caso di specie l'acquisto del compratore retroagisce al tempo della conclusione del contratto, che è logicamente anteriore alla morte del *de cuius*, per cui, sebbene "ora per allora", di fatto è come se il venditore avesse disposto di diritti provenienti da una successione non ancora aperta.

Tuttavia, soprattutto se si intende correttamente, ancora una volta, il fondamento del divieto di patti dispositivoi, tale obiezione non regge di fronte all'ulteriore constatazione che, comunque, con il contratto in esame non si trasferisce con effetto immediato qualcosa di interminato come un'aspettativa di mero fatto; si trasferisce soltanto uno o più beni, comunque esattamente individuati, già esistenti in natura anche se nella titolarità altrui, sotto la condizione - non con l'obbligo: qui sta la differenza con la fattispecie della vendita di cosa altrui - che di quei beni il venditore diventi titolare per successione *mortis causa* dell'attuale titolare.

In questi senso, pertanto, si ritiene di poter confermare la validità della fattispecie in esame: il venditore trasferisce un diritto se e quando di tale diritto diventerà titolare per successione *mortis causa*, il che è ontologicamente diverso da un patto successorio dispositivo.

Resta però da verificare se, anche in una ipotesi del genere, possa residuare uno spazio per appurare una frode, ancora una volta, comunque, con riferimento esclusivo al divieto di patti dispositivoi.

Da questo specifico punto di vista, (*ergo*, sul piano funzionale e, comunque, lungo i binari su cui si muove la valutazione sulla frode alla legge), la c.d. "vendita se

ereditare” sembra *in toto* assimilabile alla vendita di cosa altrui, per cui possono valere le considerazioni già svolte, cui si rimanda.

#### 4.2 - Alcune riflessioni di sintesi.

Dalle molteplici osservazioni pur succintamente svolte intorno ai principali orientamenti sul concetto di frode alla legge, emerge in prima battuta che in ordine al problema specifico della possibile elusione del divieto di patti successori, in particolare di quelli istitutivi - problema la cui articolazione pur sempre dipende dal modo in cui in generale si vuole intendere la formula della frode - in realtà non esiste una soluzione univoca, sebbene possa dirsi che a un più attento esame le varie soluzioni prospettabili alla luce delle diverse impostazioni risultino poi tutte negative.

Così, come s'è avuto modo di vedere, sia nell'ottica della tesi c.d. oggettiva, sia in quella dell'orientamento che nega l'autonomia del concetto di frode alla legge, non pare concepibile un'elusione "apprezzabile" del divieto dei patti istitutivi: i privati e, *in primis*, il disponente conservano astrattamente spazi di autonomia tali da consentire loro di addivenire a una sistemazione della futura successione - se del caso, in via anticipata - senza incappare, seppur indirettamente (*ex art. 1344 c.c.*), nella sanzione di nullità prevista per la violazione del divieto.

Ciò in quanto non sembrano sussistere valide ragioni per affermare che il divieto in questione impedisca il raggiungimento di un certo risultato - che consiste essenzialmente nella disposizione delle proprie sostanze per il tempo in cui si sarà cessato di vivere - in sé certamente raggiungibile per altre vie, essendo il testamento soltanto la principale, quella messa direttamente a disposizione dal Legislatore<sup>78</sup>.

Se ciò che è vietato è soltanto il *mezzo*, una volta esclusa - sotto il profilo della qualificazione - la riconducibilità in senso tecnico dello strumento utilizzato in alternativa a quel mezzo (patto successorio), il *risultato* è validamente raggiungibile.

Spesso, peraltro, i numerosi congegni negoziali cui le parti fanno ricorso in alternativa al testamento e, al contempo, per sfuggire al divieto di patti successori,

---

<sup>78</sup> Cfr. del resto BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni, cit.*, p. 87, secondo cui, pur essendo il testamento l'unico atto di ultima volontà previsto e ammesso nel nostro ordinamento, non è comunque possibile escludere *a priori* che il risultato voluto dal testatore sia raggiungibile a mezzo di diversi schemi negoziali che possono assumere una funzione (quantomeno) analoga.

perseguono un risultato pratico soltanto analogo - non qualificabile in termini di vera e propria delazione - e non identico a quello che si potrebbe (ma solo ipoteticamente) reputare vietato.

Emblematico, in questo senso, è il caso già visto del contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.): il bene oggetto del trasferimento al terzo beneficiario, infatti, non appartiene originariamente come tale al patrimonio dello stipulante che pur ne vuol disporre in funzione successoria.

Più complicato, certamente, sarebbe il caso in cui il futuro *de cuius* si fosse accordato preventivamente al fine di evitare l'inconveniente, trasferendo i propri beni al promittente, per poi stipulare - magari, pure contestualmente al primo contratto - un collegato contratto a favore del vero beneficiario, in qualità di terzo, ai sensi dell'art. 1412 c.c.: ma se si intende il divieto, ancora una volta, come divieto di mezzi e non di risultato, allora anche in un caso limite come questo si potrebbe giungere a una valutazione di liceità, poiché la tecnica negoziale impiegata non comporta comunque l'utilizzo di patti successori istitutivi strettamente intesi, trattandosi pur sempre, sul piano causale, di negozi *inter vivos*. Discorso parzialmente diverso, è facile constatare, vale in generale per la teoria della frode alla legge c.d. soggettiva.

Da questa angolazione, affinché la frode possa essere ritenuta esistente è sufficiente il perseguimento di un risultato solamente analogo a quello vietato, purché vi sia la prova di un intento elusivo sul piano della volontà dei soggetti.

Tuttavia, pure a prescindere dai forti dubbi avanzati riguardo alla rilevanza in sé dell'intento "psicologico" di eludere la legge, se così inteso - tanto che ad oggi questa tesi può dirsi certamente minoritaria - occorre d'altronde sottolineare che anche in questa prospettiva l'attenzione dell'interprete si appunta pur sempre, a monte, sulla obiettiva natura della norma e sulla sua idoneità ad essere elusa, così confermando che una preliminare, attenta verifica dei presupposti per l'applicazione di quella norma al caso di specie è ineludibile.

Ciò presuppone, innanzitutto, che l'art. 458 c.c. non possa essere considerato norma proibitiva di carattere eccezionale, pena la violazione dell'art. 14 preleggi. Oggi però, almeno a chi scrive, appare difficile negare (o, viceversa, è più facile

sostenere) la natura sostanzialmente asistemica del divieto di patti successori e la sua eccezionalità in termini di proibizione, dunque, di limite (non) invalicabile all'autonomia privata: come si può ritenere cardine di un sistema una norma che risulta priva di una giustificazione tecnico-giuridica?

Nel corso della trattazione si è avuto altresì modo di appurare che il divieto dei patti successori, anche istitutivi, oggi non può essere considerato un divieto assoluto, dal momento che la dottrina - seppur in modo non unanime - ha riscontrato l'esistenza di eccezioni legislativamente previste al divieto: si pensi a quanto stabilito dagli artt. 2355- bis e 2469 c.c., nonché all'inciso iniziale dello stesso art. 458 c.c., dopo l'introduzione del patto di famiglia che, proprio in questo senso, può semmai assumere una valenza sistematica, per dimostrare la progressiva "perdita di terreno" del divieto di patti successori.

D'altra parte poi, come più volte la dottrina ha suggerito, o il negozio concluso viola direttamente la norma e come tale è sanzionato di illiceità, oppure non c'è riscontro tra il contenuto del negozio e il contenuto precettivo della norma, per cui essa non può essere né direttamente, né indirettamente applicata<sup>79</sup>: *tertium non datur*.

A conti fatti, se si preferisce rimanere nei solchi del tradizionale metodo dogmatico, valevole sia per la teoria oggettiva che per quella soggettiva, la pur semplicistica distinzione tra *divieto di mezzi* e *divieto di risultato* appare in sé corretta e calza a pennello per il divieto di cui all'art. 458 c.c. - che rientra soltanto nella prima categoria<sup>80</sup> - e, pertanto, non è astrattamente suscettibile di fondare l'illiceità ex art. 1344 c.c. delle iniziative negoziali con cui i privati decidono di pervenire per una diversa via a una sistemazione - pur in senso lato - dei loro rapporti in vista della successione.

Ma la riprova più importante dell'erroneità e non solo della mera inopportunità di una tesi che ritenga astrattamente applicabile l'art. 1344 c.c. anche in materia di patti successori istitutivi si trae proprio dall'analisi dell'orientamento più recente

<sup>79</sup> In questo senso v. MORELLO U., *op. ult. cit.*, p. 35. Cfr. altresì DIENER M.C., *Il contratto in generale, cit.*, p. 329.

<sup>80</sup> Esplicito in questo senso appare IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria, cit., passim* e in particolare p. 74.

che vede nella frode alla legge una clausola generale, quindi massimizzandone - almeno in potenza - l'ambito di applicazione.

Tale conclusione è raggiunta *de plano* sulla base degli argomenti che sono stati progressivamente esposti nel corso del presente lavoro, infatti: (a) il divieto di patti istitutivi è sostanzialmente privo di ogni plausibile giustificazione tecnica, persasi ormai nel tempo, fra il passaggio dalla codificazione francese a quella italiana del 1865 e, da questa, a quella del 1942, tanto da essere da molti reputato un mero relitto storico; (b) l'unico appiglio di carattere *lato sensu* sistematico per l'art. 458 c.c. è probabilmente rappresentato dall'art. 457, comma 1, c.c., valevole però solo sul piano formale e pertanto insufficiente a rendere assoluto il divieto; (c) sempre sul piano sistematico, non sussiste nemmeno alcun effettivo legame funzionale tra il divieto di patti successori e la tutela dei legittimari, come si crede di aver ampiamente dimostrato<sup>81</sup>; (d) nel modo d'intendere il divieto *de quo*, oggi più che mai si assiste a un progressivo svuotamento della portata della norma e sia la dottrina, sia la giurisprudenza, spingono per una completa rivisitazione della materia intorno alla quale permangono molte incertezze, soprattutto sul piano applicativo; (e) anche il Legislatore, non soltanto con l'introduzione del discusso patto di famiglia, si è recentemente mostrano incline a rivedere la materia nel senso sopra indicato e, in questo senso, assume rilievo la modifica degli artt. 2355-bis e 2469 c.c., nonché, da ultimo, l'introduzione del patto di famiglia e la correlata modifica dell'*incipit* dell'art. 458 c.c., a riprova che laddove prevalgono le esigenze dell'impresa, il divieto di patti successori è ostacolo superabile; (f) in generale, dalla prassi e dal contesto socio-economico emergono nuove istanze, espressione di interessi - che peraltro non sono sempre meramente individuali - comunemente considerati meritevoli di tutela, sulla base dei quali è certo possibile affermare l'esistenza di un "apprezzabile" o "ragionevole" interesse delle parti a porre in essere un congegno proiettato ad incidere sulla futura successione, sebbene questo possa apparire nella struttura o negli effetti affine a un patto successorio latamente inteso.

Se così è, allora l'art. 458 c.c. fa certamente parte di quelle *aree conservative del sistema* che non consentono all'interprete di allontanarsi troppo né dal testo

---

<sup>81</sup> Cap. I, par. 1.4 .

normativo, né dalla volontà manifestata dalle parti e, dunque, non giustificano nemmeno la repressione della frode alla legge<sup>82</sup>.

*A fortiori*, occorre sempre tener presente che anche (e soprattutto) nell'esame del divieto di patti successori permane la basilare esigenza di un costante e preciso raffronto tra il risultato concretamente perseguito dalle parti e il fondamento effettivo della disciplina legislativa.

Soltanto nel caso in cui l'assetto d'interessi realizzato appaia proibito "oltre ogni ragionevole dubbio", allora si potrà avere una declaratoria di nullità *ex art.* 1344 c.c., in quanto risulti accertato che il congegno negoziale adottato costituisce il mezzo per eludere la norma imperativa di cui all'art. 458 c.c., perché: «*Quale che sia la via giuridica percorsa, il giudizio sulla frode alla legge si appunta sul risultato pratico dell'affare: sul suo esaurirsi in fatto nel conseguimento di un assetto d'interessi che, sulla base di un'interpretazione conforme al reale fondamento pratico della disciplina, risulti proibito dalla legge con certezza e in maniera assoluta*»<sup>83</sup>.

Una volta approfondita l'analisi della norma dell'art. 458 c.c., ciò che nell'ambito *de quo* sembra mancare è proprio un *reale fondamento pratico della disciplina*.

A questo punto, una direttiva sembra poter essere ricavata per l'interprete e in genere l'operatore del diritto: il divieto di patti successori istitutivi per sua natura non legittima alcuna interpretazione estensiva, analogica o "creativa" che dir si voglia, tale in ogni caso da recuperare alla norma un ambito di applicazione più ampio di quello che è dalla lettera della stessa possibile ricavare, secondo una interpretazione sicuramente restrittiva ma altrettanto razionale e adeguata all'attuale contesto socio-economico<sup>84</sup>.

Inoltre, poiché da una parte il dettato letterale dell'art. 458 c.c. consente comunque che sia mantenuta un'area ridotta - e, anzi, così più definita - per l'applicazione della norma e, dall'altra, emerge la meritevolezza degli interessi compendati nella esigenza, sempre più spesso avvertita dalla prassi, della c.d.

<sup>82</sup> Cfr. MORELLO U., *op. ult. cit.*, p. 335.

<sup>83</sup> Sono parole di BRECCIA U., *op. cit.*, p. 267.

<sup>84</sup> Del resto, sulla scia dell'autorevole pensiero di Umberto Morello si è già detto che il problema della frode alla legge è intimamente connesso all'evoluzione delle tecniche interpretative, allo stato della legislazione, alle esigenze formali (in particolare, di certezza) del sistema, tanto da risentire in misura più o meno accentuata anche del clima culturale e politico (cfr. *retro*, par. 4.1.4).

pianificazione successoria, sembra ragionevole affermare che la strada di una valutazione negativa, in termini di frode al divieto di patti successori, non sia percorribile né, di fatto, auspicabile ai fini dell'evoluzione del sistema normativo. Con riguardo, invece, ai patti dispositivo e rinunziativo, ontologicamente diversi da quelli istitutivo, come già si è visto il discorso sembra porta a conclusioni differenti in quanto si tratta di un divieto sostanzialmente di risultato: già la lettera della norma depone in questo senso ed emblematico è il caso sopra esaminato della vendita di cosa altrui.

Ma proprio con riferimento alla proibizione di patti dispositivo e rinunziativo, in modo tutto diverso da quanto detto finora per i patti istitutivo, soccorre l'individuazione dell'esatta ragione tecnica che giustifica la formulazione del divieto, *in parte qua*, ineccepibile.

Il divieto in parola, come si è visto, è infatti in armonia con la impossibilità giuridica di concludere negozi aventi un oggetto indeterminabile, quali sarebbero i contratti volti a disporre di aspettative di mero fatto: ciò che sono i c.d. diritti successori futuri.

Si crede dunque di poter affermare che, ogni qualvolta le parti si propongano di contrattare su mere aspettative ereditarie, il contratto è nullo per violazione del divieto *ex art. 458*, seconda parte, c.c. Anzi, un siffatto contratto sarebbe di per sé nullo, in ossequio ai principi generali, per l'intrinseca indeterminabilità del suo oggetto.

Il profilo della frode, tuttavia, non può ricorrere ogni qualvolta il negozio dispositivo in concreto posto in essere non raggiunge un siffatto risultato, perché ciò che ne forma l'oggetto è qualcosa che non trova stretto riferimento in una successione *mortis causa* altrui, non ancora aperta, ma riguarda situazioni giuridiche soggettive attuali su beni già esistenti *in rerum natura* e in sé determinabili proprio perché singolarmente individuate nella loro attuale consistenza, in modo che se ne disponga validamente come "diritti altrui" e non come mere aspettative di fatto.

### 4.3 - Divieto di patti successori e motivo illecito

La presente indagine, così come impostata in questo ultimo capitolo, rischia di essere bruscamente interrotta senza che almeno un cenno sia rivolto al dubbio che quella variegata serie di fenomeni parasuccessori cui è possibile ricorrere pur senza incappare in una diretta declaratoria di nullità *ex art. 458 c.c.*, sia pur tuttavia soggetta a tale identico destino in seguito a un controllo effettuato ai sensi dell'art. 1345 c.c., che disciplina il *motivo illecito*<sup>85</sup>.

A quanto consta, così come per la frode alla legge, la casistica a questo riguardo ad oggi è del tutto assente, ma come già accennato, almeno una parte della dottrina tende a ipotizzare più o meno velatamente e senza approfondire il problema, che numerose ipotesi ascrivibili al tema delle c.d. successioni contrattuali anomale e delle alternative al testamento siano comunque passibili di nullità, appunto, per il motivo illecito perseguito<sup>86</sup>.

Secondo la dottrina tradizionale, nel campo giuridico (e non solo) i motivi sono «*elementi psichici che precedono e determinano l'atto di volontà*»<sup>87</sup> o, se si preferisce, «*la rappresentazione psicologica che si pone a fondamento dell'azione umana diretta al soddisfacimento di un bisogno(...) sinonimo di puro movente psichico*»<sup>88</sup> e, in generale, mere circostanze soggettive che di regola non assumono rilevanza alcuna, salvi i casi espressamente previsti dalla legge<sup>89</sup>.

Spesso, peraltro, anche nel linguaggio al termine “*motivo*” si sostituisce, con identità apparente di significato, ma scarsa esattezza terminologica, la parola “*scopo*”, “*intento*”, “*finalità*” e financo “*interesse*”<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Sul tema, in generale, v. almeno BRECCIA U., *op. cit.*, p. 287 ss.; DEIANA G., *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939; FERRANDO G., *Motivi*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss. (*ad vocem*); NAVARRETTA E., *Dei contratti in generale, cit., sub art. 1345*, p. 694 ss.; RICCA L., *Motivi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, p. 269 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 466 ss., nonché le importanti opere di BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, (in particolare p. 207 ss.), e PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, (in particolare p. 187 ss.).

<sup>86</sup> Cfr. oltre agli autori citati *retro*, NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa, cit.*, p. 152.

<sup>87</sup> Parole di DEIANA G., *op. cit.*, p. 7.

<sup>88</sup> Parole di SACCO R., in SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, I, *cit.*, p. 684.

<sup>89</sup> in questo senso, per tutti, SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile, cit.*, p. 128.

<sup>90</sup> Cfr. RICCA L., *op. cit.*, p. 276; NAVARRETTA E., *op. ult. cit.*, p. 697.

Lungi però dal voler prendere posizione su difficili questioni terminologiche, in questa sede si vuole soltanto precisare che dei “motivi” si ritiene di poter accogliere, in linea con l’impostazione tradizionale, una nozione ampia e indifferenziata, nella convinzione che ogni precisazione o distinzione ulteriore non sia di ausilio, o possa in qualche modo influire su quanto ci si accinge ad esporre.

Indipendentemente dal dibattito (che peraltro può dirsi ormai in gran parte superato), intorno all’effettività del dogma della normale irrilevanza dei motivi, nonché dall’ardua distinzione tra motivi e causa del contratto (che in ultima istanza dipende dalla nozione che si decide di accogliere della prima), qui interessa direttamente la previsione dell’art. 1345 c.c.: norma che “topograficamente” si pone tutto sommato lungo una linea di continuità rispetto alle norme che la precedono, con le quali forma una “triade” dedicata alla causa del contratto<sup>91</sup>.

Come è noto, il citato art. 1345 c.c. detta (in positivo) le condizioni di rilevanza (in negativo) del solo *motivo illecito*, cioè del motivo - in assenza di diverse indicazioni sul punto - contrario a norma imperativa, all’ordine pubblico o al buon costume, secondo i consueti parametri di valutazione dell’illiceità (cfr. artt. 1343 e 1418 c.c.)<sup>92</sup>.

La norma in parola opera nel senso di limitare nettamente l’apprezzamento dei motivi - di per sé assolutamente variabili e soggettivi - ai fini della nullità del contratto, e ciò, si noti, anche laddove i motivi che muovono le parti siano di per sé illeciti, in quanto contrari ai parametri della norma imperativa, dell’ordine pubblico e del buon costume.

Tale limitazione viene effettuata sulla base di tre presupposti di applicazione - peraltro rigidamente intesi soprattutto da parte della giurisprudenza - che consistono nel carattere *determinante, esclusivo e comune* a entrambe le parti che il motivo (però già previamente valutabile come “illecito”) deve rivestire affinché sia dimostrata la sua effettiva incidenza sul regolamento contrattuale<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Così NAVARRETTA E., *op. ult. cit.*, p. 694.

<sup>92</sup> Cfr. PALERMO G., *op. cit.*, p. 206 ss.; RICCA L., *op. cit.*, p. 283.

<sup>93</sup> Così ancora NAVARRETTA E., *op. ult. cit.*, p. 704.

Quanto al primo e al terzo dei caratteri indicati - il motivo deve aver indotto effettivamente le parti a concludere il contratto (cfr. anche art. 1439 c.c.) ed essere condiviso da entrambe - essi stanno a significare che il perseguimento di quella finalità illecita deve spingere le parti a contrarre, nel senso che entrambi i contraenti devono voler raggiungere quel medesimo scopo illecito, non essendo al contrario sufficiente che (eccettuato il caso in cui il motivo illecito concretizzi la consumazione di un vero e proprio reato), una parte sia a conoscenza di tale motivo, o si limiti ad assecondare la volontà dell'altra parte, senza però avvantaggiarsene<sup>94</sup>.

In realtà è il secondo carattere, quello dell'esclusività o dell'identità del motivo per entrambe le parti, ad apparire come il più problematico dei tre: esso viene soventemente inteso in maniera restrittiva da quella scarsa giurisprudenza in materia - o, almeno, da quella meno recente - la quale tende a riscontrare tale carattere nel motivo unico e del tutto assorbente che, pertanto, costituisce la sola ragione effettiva che dà impulso alla conclusione del contratto.

In quest'ottica, infatti, risulta sufficiente la mera coesistenza di più motivi, di cui almeno uno lecito, a salvare il contratto dalla nullità *ex art. 1345 c.c.*<sup>95</sup>; ciò spiega una certa apertura della giurisprudenza, che oggi tende a ridimensionare la portata del carattere dell'esclusività mediante il ricorso al paradigma dell'interesse prevalente, peraltro, in simmetria con la concezione maggioritaria della causa intesa come causa concreta<sup>96</sup>.

Per quanto qui interessa, premesso che sarebbe comunque inevitabile condurre un'attenta valutazione caso per caso, affinché siano riscontrabili tutti i presupposti di applicabilità della norma di cui al citato art. 1345 c.c., di per sé interpretata restrittivamente, sembra davvero difficile giungere a una valutazione in termini di

---

<sup>94</sup> Cfr. Cass. 24 settembre 1990, n. 9676, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, 1712; Cass. 11 agosto 1980, n. 4921, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, 244; Cass. 15 dicembre 1975, n. 4137, in *Foro it.*, 1976, I, 1605; Cass. 24 luglio 1971, n. 2453, in *Mass. Giust. civ.*, 1971, 2453; Cass. 25 giugno 1951, n. 1693, in *Mass. Giust. civ.*, 1951. In dottrina, vedi le osservazioni di DEIANA G., *op. cit.*, pp. 100-101 e 131 ss.

<sup>95</sup> Cfr. la sopra citata Cass. n. 1693/1951, nonché più recentemente Cass. 6 agosto 2002, n. 11777, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1481.

<sup>96</sup> In questo senso, distaccandosi dai precedenti citati alla nota precedente, (tra l'altro, per l'applicazione dell'art. 1345 c.c. a un negozio unilaterale in virtù dell'art. 1324 c.c.) v. Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, in *Vita not.*, 2006, I, 252 e *I Contratti*, 2006, 481.

esclusività del motivo in una ipotesi di pianificazione successoria latamente intesa.

Si pensi, ancora una volta nell'ambito dei c.d. negozi *transmorte*, all'utilizzo dello schema del contratto a favore di terzo di cui all'art. 1412 c.c. o al ricorso al *trust*: la controparte (in senso tecnico) in questi casi non sembra poter essere in alcun modo coinvolta nella vicenda successoria che riguarda semmai lo stipulante e il terzo beneficiario; *a fortiori* nel caso del *trust* - il cui atto istitutivo è un negozio unilaterale - che prevede un beneficiario come dire "esterno" alla fattispecie e che non è certamente il c.d. *trustee* che acquista la titolarità dei beni vincolati.

Senza contare poi che, in linea con autorevole dottrina, non è affatto peregrina l'idea che in tutti i contratti di scambio - come ben possono essere, nel novero dei negozi *transmorte*, in particolare, sia il contratto a favore di terzo, sia il mandato *post mortem*, normalmente onerosi - il motivo, sebbene illecito, non può mai essere esclusivo, dal momento che ciascuna parte si accinge a contrarre anche in considerazione della controprestazione che le spetta<sup>97</sup>.

Più in generale, appare arduo individuare nell'interesse a sfuggire all'applicazione dell'art. 458 c.c. o, comunque, a concludere un patto successorio vietato, un interesse (determinante, forse sì), che sia anche davvero esclusivo e comune ad entrambe le parti.

In questa logica, la soluzione sembra però non poter valere, ad esempio, per la donazione *si praemoriar* (e nelle sue varianti *si moriar* e *cum moriar*), trattandosi di un negozio intrinsecamente gratuito e con la dovuta precisazione che, in tal caso, il richiamo all'art. 1345 c.c. sarebbe fuori luogo, dovendosi piuttosto applicare la diversa disposizione dettata in sede propria (art. 788 c.c.)<sup>98</sup>, che prevede la necessità che il motivo, oltre che determinante per il donante, risulti dall'atto<sup>99</sup>.

In realtà, occorre altresì precisare che secondo autorevole dottrina l'esistenza di una norma specifica per la donazione - proprio in quanto contratto - non è da sola sufficiente ad escludere, qualora ne ricorrano i presupposti, l'applicazione della

<sup>97</sup> In questo senso v. SACCO R., *op. cit.*, p. 686 ss.

<sup>98</sup> Cfr. anche l'art. 626 c.c. in materia testamentaria.

<sup>99</sup> Pur dovendosi escludere la necessità che il motivo sia espresso: in questo senso, per tutti, v. BIONDI B., *Le donazioni, cit.*, p. 591.

disciplina generale del contratto, per cui, laddove in concreto risulti che il motivo illecito è determinante, esclusivo e comune a donante e donatario, torna ad applicarsi il disposto dell'art. 1345 c.c., con la conseguenza che non è più necessario che il motivo risulti dall'atto<sup>100</sup>.

Ad ogni buon conto, appare meno arduo ipotizzare che il motivo o scopo "successorio" possa in astratto essere se non esclusivo, quantomeno prevalente nel determinare il donante al contratto, nonché risultare direttamente dal tenore del contratto, in ciò facilitato dall'apposizione delle clausole *si praemioriar* e simili.

Ma al di là della considerazione del ruolo svolto dagli elementi accidentali nell'interpretazione dei motivi - ruolo indubbiamente presente, dato che la dottrina tradizionale insegna che proprio attraverso il divenire una modalità, penetrando nella struttura del negozio, i motivi assumono rilevanza per il diritto<sup>101</sup> - la constatazione di fondo che il contratto non è direttamente riqualficabile come patto successorio (istitutivo), mentre per esser correttamente inteso come vera e propria donazione deve pur sempre presentare un profilo di liberalità, porta ancora una volta a concludere, in termini generali, per l'impossibilità di riscontrare una finalità successoria in contrapposizione all'art. 458 c.c. effettivamente determinante<sup>102</sup>.

Qui sta il punto: nel discorso volto a verificare l'esistenza di effettivi margini per l'operatività dell'art. 1345 c.c. (o, comunque, dell'art. 788 c.c.) in materia di alternative al testamento e contrattazione a fini successori che dir si voglia, occorre in ogni caso previamente accertare con assoluta sicurezza l'illiceità del motivo che si ritiene alla base di ogni singola ipotesi.

Ma alla luce dell'insieme delle considerazioni precedentemente svolte, non si può non dissentire da ogni aprioristica soluzione che, in definitiva, comporti la necessità di individuare in un "*motivo successorio*", un motivo in sé illecito e, in particolare, un motivo contrario a norma imperativa (art. 458 c.c.).

---

<sup>100</sup> In questo senso v. TORRENTE A., *La donazione, cit.*, p. 520. In sostanza, si ritiene che per la donazione le due norme (art. 788 c.c. e 1345 c.c.) non si escludano a vicenda, nel senso che si applichi o l'una o l'altra, né si sovrappongano, sommandosi, ma si applichino alternativamente a seconda delle circostanze del caso.

<sup>101</sup> Così, per tutti, SANTORO PASSARELLI F., *op. cit.*, p. 179.

<sup>102</sup> Restando in questa logica, l'ipotesi più problematica è semmai rappresentata dalla vendita di cosa altrui (cfr. *retro*, par. 4.1.5).

Certamente questa non è la sede più idonea per affrontare un tema complesso e non certo nuovo qual è quello della rilevanza dei motivi, nonché l'analisi dell'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza (quest'ultima, comunque, piuttosto scarsa) in materia di illiceità dei motivi; è però possibile fare alcune osservazioni di fondo.

In dottrina è ormai emersa la necessità di una più realistica considerazione dei motivi, i quali devono essere calati nel contesto complessivo dell'operazione economica, sulla quale devono avere un'incidenza effettiva<sup>103</sup>.

Nell'ambito degli interessi che vanno a comporsi in ogni forma di pianificazione successoria - ambito di per sé composito, strutturato su più livelli e non certo riducibile ad unità se non entro ampi margini di approssimazione - a prescindere dallo strumento giuridico che poi si ritiene più adatto per realizzare l'assetto previsto, appare logico che il primario *interesse* - o, se si vuole, il principale *motivo* - che spinge i privati a fare ricorso a negozi diversi dal testamento è sempre e soltanto uno: in sintesi, l'interesse (patrimoniale) a disporre del proprio patrimonio per il tempo successivo alla morte, a imprimere a tale patrimonio una certa destinazione capace al contempo di soddisfare un molteplicità indefinita di "sotto-interessi", dal capriccio egoistico fino alla finalità altruistica e persino avente rilevanza costituzionale.

In sé l'interesse a disporre *post mortem* del proprio patrimonio è già "tipizzato" nella stessa norma dell'art. 587 c.c. che detta la nozione di testamento, per cui ne è innegabile la rilevanza e la meritevolezza secondo l'ordinamento giuridico<sup>104</sup>.

Siffatto interesse - di cui si parla consapevolmente al singolare, ma solo quale "sintesi" di diversi aspetti - sembra poi aver trovato un ulteriore, più o meno diretto riconoscimento legislativo, dapprima, con la riforma del diritto societario (e, precisamente, negli artt. 2355-*bis* e 2469 c.c.), poi, da ultimo, con il nuovo patto di famiglia di cui agli artt. 768-*bis* ss., c.c.

È dunque da escludere in radice la contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume di siffatto (in sintesi) "motivo successorio" e, sebbene al nostro

<sup>103</sup> In questo senso v. BRECCIA U., *op. cit.*, p. 297.

<sup>104</sup> Si contesta dunque la considerazione in sé negativa del motivo (nella donazione) di voler stabilire la sorte dei beni per il tempo in cui il relativo proprietario avrà cessato di vivere, da parte di PERRECA M., *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma, cit.*, p. 112.

ordinamento continui a “ripugnare” il patto successorio (soprattutto istitutivo), anche se in maniera meno decisa che in passato, non sembra corretto spingersi fino al limite di tacciare d’illiceità l’interesse a disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, soltanto perché tale interesse può essere soddisfatto per via indiretta, spesso soltanto apparentemente “alternativa” al testamento<sup>105</sup>.

Dunque, è la stessa difficoltà di ravvisare un motivo illecito, che peraltro sia anche esclusivo, che porta a ritenere già in astratto inapplicabile l’art. 1345 c.c. e, una volta esclusa l’illiceità in sé e per sé del motivo in parola, cade logicamente anche ogni possibilità di applicazione dell’art. 788 c.c. in materia di donazione con effetti *post mortem*.

Si potrebbe semmai supporre che una specifica finalità di aggirare il divieto di patti successori e, dunque, di eludere la norma imperativa dell’art. 458 c.c. sia illecita e, comunque, contribuisca all’identificazione di una vera e propria frode e, così, per una diversa via, sia destinata ad essere repressa ai sensi (non più dell’art. 1345 c.c. ma) dell’art. 1344 c.c.

Tuttavia, si è già avuto modo di constatare che la dottrina assolutamente prevalente - anche a prescindere dall’impostazione di fondo che si ritiene di adottare in tema di frode alla legge - nega ogni automatica rilevanza al mero intento di eludere una disposizione normativa, per cui non si potrebbe certo recuperare la sanzione di nullità del contratto semplicemente richiamando un’astratta possibilità o, peggio, un’inconsistente presunzione che le parti si siano prefigurate di violare il divieto dell’art. 458 c.c. pur senza, in concreto, concludere un patto successorio.

Non solo, la dottrina rileva che, in ogni caso, anche il motivo fraudolento deve essere di per sé attuale, essendo irrilevante, per converso, l’astratta intenzione<sup>106</sup>.

Al contrario, il sempre più stretto collegamento tra diritto successorio ed esigenze dell’impresa, sia collettiva che individuale e, anzi, la avvertita tensione tra le regole relative a due comparti del diritto privato così apparentemente distinti e tra loro incomunicanti, sembra dimostrare l’idea che già in astratto, nella congerie di interessi obbiettivamente rilevabili insieme alle mere pulsioni soggettive che sono

<sup>105</sup> Cfr. altresì BIGLIAZZI GERI L., *op. ult. cit., ibidem*.

<sup>106</sup> Così BRECCIA U., *op cit.*, p. 301.

all'opera nell'ambito di una pianificazione successoria, sempre sufficientemente complessa da questo punto di vista, non sia nemmeno propriamente individuabile un singolo profilo, dotato di una qualche effettiva rilevanza, in ragione di una possibile violazione del divieto di patti successori.

Insomma, è l'idea stessa di un motivo elusivo del divieto *ex art. 458 c.c.* che sia esclusivo o anche soltanto prevalente a non convincere, se davvero si tiene conto del complesso d'interessi, meritevoli in sé di tutela anche perché spesso coincidenti con finalità generali - si pensi alla conservazione e all'efficienza dell'impresa, o alla tutela dei soggetti deboli - che in questo ambito emergono costantemente.

Al riguardo, se si pone l'attenzione sui punti di contatto che la vicenda successoria presenta con gli istituti della famiglia, dell'impresa e della stessa proprietà, una diversa soluzione non sembra trovare fondamento nemmeno nell'assunto che al diritto successorio nel suo complesso è estranea ogni funzione sociale<sup>107</sup>.

È la stessa ricerca del mezzo contrattuale e, cioè, dell'accordo, della condivisione, a testimoniare che quando si entra in una logica di pianificazione successoria e di anticipazione della successione, il tradizionale primato riconosciuto alla posizione del *de cuius*, del proprietario (e alla sua assoluta libertà testamentaria), in un'ottica individualista, viene meno e ciò non deve essere considerato con sfavore dall'ordinamento ma, anzi, rivalutato positivamente, proprio sul piano dei motivi che muovono a "concertare" la propria successione in vista del soddisfacimento di interessi ulteriori e di per sé tutt'altro che illeciti.

Ciò vale pienamente in relazione al divieto di patti istitutivi; con riguardo al divieto di patti dispositivi e rinunziativi, invece, si è già più volte verificata la diversità di *ratio* (del divieto) e di natura (dei patti), per cui occorre argomentare in maniera diversa, sebbene le conclusioni sopra raggiunte non sembrano poter essere così diverse.

---

<sup>107</sup> In questo senso v. principalmente RESCIGNO P., *La successione a titolo universale e particolare*, da ultimo in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, *cit.*, p. 5 ss.; *contra*, invece, v. PERLINGERI P., *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 131 ss.

Si pensi, ancora una volta, al caso della vendita di cosa altrui: per potersi applicare l'art. 1345 c.c., s'è detto, occorre verificare che il motivo - se illecito - sia determinante, esclusivo e comune ad entrambe le parti.

Anche volendo, a tutti i costi, presupporre che il motivo che spinge le parti al contratto sia illecito (il che pare alquanto dubbio), in un caso del genere si deve tenere presente che il risultato conseguibile attraverso la vendita di cosa altrui non coincide affatto con quello che si ritrae da un patto successorio dispositivo propriamente inteso: da un lato, un diritto su bene altrui, esistente *in rerum natura* ed esattamente individuato; dall'altro, una mera aspettativa di fatto, in sé indeterminata, né determinabile.

Questa diversità di piani e di risultato dimostra l'illogicità di un'ipotetica nullità del contratto di vendita per motivo illecito, consistente nel voler aggirare il divieto dell'art. 458 c.c.

Soprattutto, ai sensi dell'art. 1345 c.c., tale motivo difficilmente potrebbe essere davvero considerato *comune* ad entrambe le parti, dal momento che ciò che ottiene il compratore è ben diverso in un caso e nell'altro, data l'ontologica differenza nelle due ipotesi dell'oggetto del contratto. Tanto più se si accede alla autorevole tesi, sopra citata, secondo cui nei contratti di scambio - nel novero dei quali rientra certamente anche la vendita di cosa altrui - il motivo, quale che sia, non può essere mai considerato effettivamente comune alle parti.

Insomma, nel caso della vendita di cosa altrui, è arduo sia astrattamente configurare, sia concretamente dimostrare, la sussistenza di uno specifico motivo di concludere un patto successorio dispositivo vietato o, comunque, di eludere l'art. 458 c.c.

## CONCLUSIONI

Giunti all'esito dell'indagine, occorre ora riassumere ed evidenziare i risultati che si crede di avere raggiunto.

La norma contenuta nell'art. 458 c.c. impone innanzitutto una riconsiderazione in chiave "atomistica", da sviluppare avendo sempre ben presente che un'analisi tripartita del fenomeno è imprescindibile: patti istitutivi, dispositivi e rinunziativi sono categorie niente affatto sovrapponibili ma tra loro concettualmente distinte e, pertanto, devono essere trattate come tali.

Alla luce dei recenti interventi normativi e al di là delle prospettive di una più organica riforma che ancora tarda ad arrivare, sembra peraltro auspicabile "un ritorno alle origini" che implichi una maggiore attenzione verso il dato positivo di partenza e l'interpretazione sistematica (dal momento che oggi il divieto dei patti successori non appare più così assoluto come in passato).

In particolare, dall'analisi complessivamente svolta nel primo capitolo è emerso chiaramente che ogni tentativo di considerazione unitaria e indifferenziata del divieto dei patti successori, così come ispirata dalla lettera della norma, è destinato a rimanere inappagante e ad essere persino fuorviante, soprattutto laddove si abbia di mira l'individuazione dell'esatta *ratio* del divieto: ineliminabile punto di partenza e, forse, proprio il compito più arduo per l'interprete.

Il problema del fondamento del divieto - specificatamente, dei patti istitutivi - richiede di essere risolto sulla base della genesi storica della norma, probabilmente la strada più sicura da battere per poter giungere ad affermare - al di là di un altrimenti facile "disfattismo" e delle opinioni tralattizie - che tale divieto, lungi dall'essere veramente radicato nel diritto romano e dal trovare giustificazione nell'esigenza di tutelare al massimo grado la libertà testamentaria, è in realtà il frutto di una poco meditata scelta di politica legislativa.

Viceversa, l'indagine ha portato ad enucleare il fondamento del divieto dei patti dispositivi e rinunziativi in maniera almeno parzialmente diversa rispetto all'insegnamento tradizionale.

Ritenendo di poter agevolmente superare il dibattito sulla valenza etica e morale di siffatto divieto, si può affermare che in questo caso - a differenza di quanto detto in tema di patti istitutivi - la norma ruota sul perno in definitiva costituito, secondo i principi generali dell'ordinamento, dall'inammissibilità sul piano tecnico-giuridico di ogni negozio avente un oggetto sostanzialmente indeterminato e indeterminabile.

Ciò in quanto non solo la quantificazione, ma la stessa configurazione dei c.d. "diritti successori" è strettamente dipendente dal modo in cui, al tempo della morte, verrà a modellarsi soggettivamente ed oggettivamente l'intera vicenda successoria, il tutto secondo le regole proprie del sistema successorio, non attivabili prima di siffatto momento.

Dopo aver preso poi in esame (nel secondo capitolo) la questione dell'effettivo impatto sistematico del divieto *ex art. 458 c.c.*, avverso la tesi più recentemente sostenuta dalla dottrina, sembra di poter sufficientemente dimostrare che - al di là del piano puramente descrittivo, come tale privo di effettive conseguenze - non esiste alcun effettivo legame funzionale tra il divieto dei patti successori e l'apparato normativo posto a tutela dei diritti dei legittimari.

Come si è visto, il ragionamento in questo senso prende le mosse dal prodromico problema dell'esatto fondamento del divieto, per poi ruotare tutto intorno alla mera aspettativa di fatto - come tale irrilevante - vantata nei confronti del patrimonio ereditario prima dell'apertura della successione da tutti i successibili, a prescindere dalla fonte della loro astratta designazione.

Con l'esame dei concetti di atto *mortis causa* e atto *post mortem*, sono poi stati ripresi gli aspetti salienti della nota prospettiva dogmatica incentrata sulla rilevanza causale dell'evento morte, e si è quindi passati attraverso una pur succinta panoramica dei principali esempi di c.d. negozi *transmorte*, di cui il contratto a favore del terzo ha costituito il fulcro d'interesse, al fine di ripercorrere i sentieri tracciati dalle principali indagini della dottrina.

In tal modo sono stati evidenziati i pregi e i difetti che gli strumenti negoziali in grado di essere configurati alla stregua di valide alternative al testamento senza cadere nelle maglie del divieto dell'art. 458 c.c. e, più in generale, si è potuto verificare l'attitudine a soddisfare le esigenze sottese alla pianificazione successoria, (intesa nel senso più ampio possibile), da parte di negozi che pur lambendo i contorni del divieto dei patti successori, secondo la prospettiva ormai prevalente in esso non ricadono.

Lungo questo percorso è stata però colta anche l'occasione per esprimere alcuni dubbi sull'adeguatezza del concetto di "alternativa al testamento", almeno nel senso letterale dell'espressione: sul piano concreto, infatti, appare comunque estremamente arduo sovrapporre al peculiare negozio testamentario, sostituendolo, figure da esso strutturalmente e funzionalmente così diverse.

Infine, nell'ultima parte del presente lavoro si è tentato di meglio definire il perimetro di applicazione del divieto dei patti successori approfondendo il discorso se sia possibile leggere il divieto che qui interessa in rapporto con la clausola della frode alla legge (art. 1344 c.c.).

Lo scopo è stato quello di palesare come, almeno in astratto, di fronte alla norma imperativa contenuta nell'art. 458 c.c. occorra quanto meno porsi il dubbio che la norma possa essere comunque indirettamente violata attraverso il ricorso a strumenti in funzione *lato sensu* successoria che soltanto a prima vista, in quanto non qualificabili propriamente come "patti successori", sfuggono al divieto.

Poiché il tema della frode alla legge, di per sé discusso, avrebbe richiesto una trattazione a sé stante, si è scelto consapevolmente di guardare questo argomento da più angoli visuali, corrispondenti alle principali opinioni al riguardo espresse nel tempo dalla dottrina, senza cercare di prendere esplicitamente posizione: tale scelta, forse in sé discutibile, sembra però contribuire a validare i risultati raccolti. All'esito dell'indagine, infatti, quale che sia la tesi accolta in materia di frode alla legge, l'art. 458 c.c. nella parte in cui vieta i patti istitutivi - in ossequio alla più volte sottolineata esigenza di indagare separatamente i patti istitutivi da un lato, e i patti dispositivi e rinunziativi dall'altro - non sembra poter essere considerato il contenitore di una norma suscettibile di elusione.

La conclusione sembra peraltro rafforzata dal sopra evidenziato carattere asistemático del divieto dei patti istitutivi.

Al riguardo, lo spunto iniziale è che il divieto in parola non è in grado di precludere il raggiungimento di un certo scopo pratico: non si pone cioè come divieto di risultato, ma semmai soltanto come divieto di mezzi.

Con riferimento specifico al divieto dei patti dispositivi e rinunziativi, invece, il profilo del “risultato vietato” è maggiormente distinguibile e, anzi, difficilmente superabile soprattutto se si accoglie il punto di vista qui proposto, che scorge la *ratio* di questo divieto nell’inammissibilità, più in generale, di negozi con oggetto indeterminato, né determinabile.

Tuttavia, si è avuto modo altresì di chiarire che il profilo della frode difficilmente può essere riscontrato in concreto, essendo necessario e al contempo sufficiente accertare che la reale intenzione delle parti è quella di contrattare su diritti attuali, (sebbene altrui) e non, invece, su aspettative ereditarie di mero fatto, come tali inconsistenti.

Infine, il cerchio intorno al divieto *ex art.* 458 c.c. è stato chiuso alla luce delle pur succinte osservazioni svolte anche in materia di motivo illecito (art. 1345 c.c.).

Ai fini dell’applicazione della norma ora citata, non è sembrato plausibile riservare una qualifica di intrinseca illiceità a un c.d. “motivo successorio”: formula di sintesi, meramente descrittiva, utilizzata per comodità di espressione da parte di chi scrive per indicare tutto il complesso dei motivi che possono indurre (e prevalentemente inducono) al ricorso a una delle possibili alternative al testamento, così “aggirando” il divieto di patti successori.

In definitiva, l’interesse alla regolamentazione della propria successione, quali che siano le singole e individuali pulsioni psicologiche che al riguardo inducono ad effettuare certe scelte “di merito”, è un interesse “tipizzato” già dallo stesso Legislatore nell’art. 587 c.c. e oggi, pur con tutte le cautele del caso, preso in considerazione (almeno come punto di riferimento “esterno”) anche nella disciplina del discusso patto di famiglia.

Una siffatta impostazione, del resto, sembra pienamente consona all’idea - già condivisa da una parte della dottrina - del divieto di patti successori (istitutivi)

come divieto di mezzi e non già di risultato, che limita l'estensione della portata applicativa della norma esaminata.

Il divieto dei patti successori resta dunque un ostacolo di non poco conto per l'autonomia privata, ma anche per l'interprete: un ostacolo che però può essere comunque superato.

Una volta che ne siano definiti meglio i contorni, l'approccio nei confronti di questa norma e, in genere, della connessa materia dei "fenomeni a rilevanza successoria" non deve peccare di un eccessivo timore riverenziale: in fondo già secondo l'insegnamento tradizionale, essendo pur sempre una norma di divieto, in quanto tale può considerarsi "eccezionale".

Individuati i limiti massimi della sua applicazione, non si tratta più di erodere, né tanto meno abrogare tacitamente la norma, ma semplicemente di collocarla al posto che le spetta nel nostro ordinamento.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., (a cura di G. Palermo), *Il patto di famiglia*, Torino, 2009;
- AA.VV., (a cura di P. Rescigno), *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995;
- AA.VV., *Contratto di divisione e autonomia privata, I quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, Milano, 2008;
- AA.VV., *Diritto privato. Parte seconda*, Torino, 2009;
- AA.VV., (a cura di I. Beneventi), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996;
- AA.VV., *Il patto di famiglia*, Commentario a cura di S. Delle Monache, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 2007, 21;
- AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile, I quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, Milano, 2008;
- AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa, I quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, Milano, 2006;
- ALBANESE A., *Sostituzione reciproca e accrescimento volontario*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 721;
- ALPA G., *la cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000;
- AMADIO G., *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, II, 345;
- AMADIO G., *Il divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, 69;
- AMADIO G., *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento del negozio divisorio*, in *Contratto di divisione e autonomia privata, cit.*, 28;
- AMADIO G., *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Liberalità non donative e attività notarile, cit.*, 10;
- AMADIO G., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. Not.*, 2007, 803;
- AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. Not.*, 2006, 867;

- AMATUCCI A., *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 290;
- AMBROSI I. - BASILE F., *Le nuove norme in materia di patto di famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 375;
- AMELOTTI M., *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano, 1953;
- ANDRINI M.C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, 41;
- ANGELONI F., *Del contratto a favore di terzi (art. 1411- 1413)*, in *Comm. Scialnja-Branca*, Bologna-Roma, 2004;
- ANGELONI F., *Della divisione (art. 713-768)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000;
- ANTONINI I., *Il divieto di patti successori*, in *Studium Iuris* 1996, 601;
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1952;
- ASTONE A., *Contratto, negozio, regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008;
- AULETTA T., *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1981;
- AULETTA T., *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 916;
- AVAGLIANO M., *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. Not.*, 2007, 1;
- AZZARITI G., voce «*Successioni (diritto civile) Successione testamentaria*», in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971;
- AZZARITI M., *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990;
- AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successione per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979;
- BALESTRA L. - MARTINO M., *I patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 63;
- BALESTRA L., *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 3, 727;
- BALESTRA L., *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione. Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 4, 1037;

- BALESTRA L., *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, 369;
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale privato italiano*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974;
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982;
- BANDIERAMONTE F., *Il divieto di patti successori*, Salerno, 2010;
- BARALIS G., *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio tra "ragioni" dell'impresa e "ragioni" della famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., 218;
- BARALIS G., *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità*, in *Quad. Vita not.*, n. 2, *Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa*, Palermo, 1982, 207;
- BARALIS G., *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. Not.*, 2006, 277;
- BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947;
- BÄRH, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, Monaco-Lipsia, 1883, 53;
- BARILLARO D., *Della dichiarazione di morte presunta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1970;
- BARTOLI S. - MURITANO D., *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2008;
- BARTOLI S., *I trust ed il divieto dei patti successori, con particolare riguardo al c.d. Totten trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 207;
- BARTOLI S., *Il trust*, Milano, 2001;
- BAUCO C. – CAPOZZI V., *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, Milano, 2007;
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio giuridico unilaterale*, Milano, 1969;
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975;
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XV, 2, Torino, 1960;

- BEVIVINO G., *Il patto di famiglia: tra negozio e procedimento*, in *Giust. Civ.*, 2010, 217;
- BEVIVINO G., *Le aspettative tradite dalla riforma degli articoli 561 e 563 del codice civile*, in *Notariato*, 2007, 573;
- BIANCA C.M. - PATTI C. - PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 2001;
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 2, La famiglia - Le successioni*, Milano, 2005;
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000;
- BIANCA C.M., *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957;
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, nel *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, VII, Torino, 1972;
- BIGLIAZZI GERI L. - BRECCIA U. - BUSNELLI F.D. - NATOLI U., *Diritto civile, 4\*\**, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1997;
- BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1982;
- BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976;
- BIGLIAZZI GERI L., *La successione testamentaria (Art. 587-600)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Milano, 1993;
- BIGLIAZZI GERI L., voce «Conversione dell'atto giuridico», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 536;
- BIN M., *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966;
- BIONDI B., *Donazioni e contratto a favore di terzi*, in *Foro it.*, 1958, 57;
- BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1946;
- BIONDI B., *Le donazioni.*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XII, 4, Torino, 1961, 500;
- BIONDI B., *Successioni testamentarie e donazioni*, Milano, 1955;
- BOERO P., *Società di capitali e successioni mortis causa*, in *Quad. Vita not.*, n. 2, *Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa*, Palermo, 1982, 148;
- BONAFINI A., *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e Impr.*, 2006, 1191;

- BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, Roma, 1930;
- BONFANTE P., *Scritti giuridici vari: famiglia e successioni*, Torino, 1916;
- BONILINI G., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. Not.*, 2000, 789;
- BONILINI G., *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990;
- BONILINI G., *Iscrizione a società di cremazione e mandato post mortem*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 524;
- BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 390
- BONILINI G., *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 581
- BONILINI G. (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009;
- BORTOLUZZI A., *Successione nell'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento, Torino, 2003, 897;
- BOTTA C., *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, 220;
- BOVE L., *Frode (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 630;
- BOZZI A., voce «*Rinunzia (diritto pubblico e privato)*», in *Nov. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1140;
- BOZZI L., *Contratto a favore di terzo*, nel *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli - *Contratti in generale*, III, a cura di Navarretta E. e Orestano A., Torino, 2012, 287;
- BOZZI L., *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008;
- BRECCIA U., *Causa*, in *Il contratto in generale*, t. III, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da M. Bessone, Torino, 1999, 3;
- BULDINI A., *Genesi e valore attuale del principio di unità della successione*, Bologna, 2009;
- BURDESE A., *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XII, 5, Torino, 1980;
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964;
- BUSANI A., *L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma 4, codice civile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 13;

- BUSSANI M., *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986, 558;
- CACCAVALE C. – TASSINARI F., *Il divieto di patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 77;
- CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzione della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, 313;
- CACCAVALE C., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio del Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, 32;
- CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova 1994, 25;
- CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, I, *cit.*, 25;
- CACCAVALE C., *Il trust nella prospettiva notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 213;
- CACCAVALE C., *Le categorie dell'onerosità e della gratuità nei trasferimenti attuati nell'ambito del patto di famiglia: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 739;
- CACCAVALE C., *Patti successori istitutivi*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, VI, Milano, 2006, 498;
- CACCAVALE C., *Patti successori. Il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Notariato*, 1995, 552
- CAIANELLO E., *Osservazioni intorno alla causa ed alla forma del contratto a favore di terzi*, in *Nuovo diritto*, 1962, 176;
- CALICETI P., *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1996;
- CALÒ E., *Il diritto internazionale privato e dell'unione europea nella prassi notarile, consolare e forense*, Milano, 2010;
- CALÒ E., *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007;
- CALÒ E., *Patto successorio olandese tra conviventi*, in *Riv. Not.*, 2000, 1325;
- CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456 - 461 c.c.*, in *Il Codice Civile - commentario* - diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, *sub art.* 458;

- CALVO R., *Il divieto di patti successori*, in *Diritto delle successioni*, a cura di Calvo R. – Perlingeri G., I, Napoli, 2008, 13;
- CALVOSA L., *Clausole di riscatto di azioni in favore dei soci superstiti e divieto di patti successori*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 1996, 164;
- CAMARDI C., *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *I Contratti*, 2011, 1044;
- CAMPISI M., *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. Not.*, 2006, 1269;
- CAMPOBASSO G. *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2009;
- CANTELMO V., *I legittimari*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, I, *cit.*, 614;
- CANTELMO V., *I legittimari*, Padova, 1981;
- CAPOZZI G., *Contratto a favore del terzo*, in *Vita not.*, 1973, 989;
- CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, Milano, 1988;
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, 3° ediz. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009;
- CAPRIOLI R., *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985;
- CAPRIOLI R., *Le modificazioni apportate agli artt. 561 – 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. Not.*, 2005, 1019;
- CARABBA A.A., *Le donazioni mortis causa*, in *Riv. Not.*, 2006, 1449;
- CARABBA A.A., *Le vocazioni anomale nel codice civile*, in *Vita not.*, 2007, 1045;
- CARADONNA M., *Patto successorio e convenzione tra donatari e legittimari*, in *Riv. Not.*, 2010, 228;
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. ma 1948;
- CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, I, 3, Napoli, 1959;
- CARLINI G. - UNGARI TRASATTI C., *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Riv. Not.*, 2005, 773;
- CARNEVALI U., *La donazione modale*, Milano, 1969;

- CARNEVALI U., voce «*Liberalità (atti di)*», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 215;
- CARNEVALI U., voce «*Negozi giuridico, III) negozio fiduciario*», in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990;
- CARONI P., *La solitudine dello storico del diritto*, Milano, 2009;
- CAROTA L., *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008;
- CAROTA L., *L'interpretazione del patto di famiglia alla luce del criterio di ragionevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2009, 213;
- CARRARO L., *Essenza della frode alla legge*, in *Dir. e giur.*, 1946, 97;
- CARRARO L., *Frode alla legge*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 647;
- CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943;
- CARRESI F., *Il contratto*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987;
- CASTRONOVO C., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 441;
- CASTRONOVO D., *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita not.*, 2007, 994;
- CASU G., *I patti successori*, in *Testamento e patti successori*, opera diretta da L. Iberati, Milano, 2006, 463;
- CASULLI V.M., voce «*Donazione mortis causa*» in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 968;
- CATAUDELLA A., *Parti e terzi nel patto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 179;
- CATAUDELLA A., *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, V, Torino, 2005;
- CAVALLO BORGIA R., *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Milano, 1972;
- CECERE C., *Il divieto dei patti successori nella giurisprudenza*, in *Dir. Priv.*, IV, Padova, 1999, 343;
- CECERE C., *Patto successorio (Aggiornamento 2003)*, in *Digesto civ.*, II, Torino 2004, 1101;
- CESARINI SFORZA W., *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1930;

- CESSARI A., *La struttura della fraus legis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 1073;
- CHECCHINI A., *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 262;
- CHECCHINI A., *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Riv. dir.civ.*, 2007, 297;
- CHIANALE A., *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 9;
- CICERO C., *Negoziato sul diritto altrui e giusto titolo*, in *Riv. Not.*, 2010, 313;
- CICU A., *Successioni per causa di morte*, Milano, 1962, 530;
- CICU A., *Testamento*, Milano, 1951;
- CIMMINO N., *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000;
- COGNOLATO M., *La nuova disciplina dei "patti di famiglia": tratti essenziali e principali problemi*, in *Studium Iuris*, 2006, 774;
- COLLURA G., *Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli*, I, Milano, 2008, 91
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4, c.c.)*, Studio n. 5809/C a firma di A. Busani, reperibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it);
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG a firma di U. Bechini, reperibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it);
- COPPOLA C., *La rinuncia a diritti futuri*, Milano, 2005;
- COPPOLA F., *Donazione da genitori a figlio minore, oltre il conflitto d'interessi*, 2002, reperibile sul sito [www.altalex.it](http://www.altalex.it);
- COPPOLA F., *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadr.*, 1993, 119;
- COSTANZA M., *Negoziato mortis causa o post mortem*, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 956;
- COVIELLO L. jr., *Diritto successorio*, Bari, 1962;
- COVIELLO N., *Delle successioni (parte generale)*, Napoli, 1914;
- CRICENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008;
- CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980;

- CUFFARO V., *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, I, cit., 797;
- CUPINI D., *A proposito di patti successori e donazioni con clausola “si praemoriar”*, in *Notariato*, 2005, 639;
- D’ADDESIO A., *Contratto a favore di terzo: un approccio sistematico*, in *Riv. Not.*, 1990, 1056;
- D’ALESSANDRO P., *Imputazione ex se, non riducibilità e esclusione dalla collazione delle attribuzioni giustificate dal patto di famiglia*, in LA PORTA U., *Il patto di famiglia*, cit., 178;
- D’ALIMBERTI S., *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Giur. it.*, 1993, 1783;
- D’AMICO G., *La rinuncia all’azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. Not.*, 2011, 1271;
- D’AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993;
- D’AURIA M., *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. Not.*, 2003, 657;
- DAGNA L., *Convenzioni vietate come patti successori e non suscettibili di sanatoria ex art. 1424 c.c.*, in *Mondo Giudiziario*, 2010, 6, 62;
- DAMIANI A., *Il Trust e i principi di diritto successorio*, in *Gazzetta Notarile*, 2012, 56;
- DATTILO G., voce «*Rendita (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 853;
- DE NOVA G., *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, 273;
- DE NOVA G., DELFINI F., RAMPOLLA S., VENDITTI A., *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n° 55: prima lettura*, Milano, 2006;
- DE FRANCISCO E., *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla l. 14 maggio 2005, n 80*, in *Riv. Not.*, 2005, 1249;
- DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976;
- DE GIORGI M.V., voce «*Patto successorio*», in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1980, 533;

- DE MATTEIS G., *Divieto di patti successori e alternative convenzionali al testamento*, Relazione al Convegno di Chieti del 1 dicembre 2006;
- DE NOVA G., voce «*Successioni anomale legittime*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 182;
- DE ROSA G., *Il patto di famiglia: presupposti oggettivi, e requisiti formali. Il Patto di famiglia ed il suo ambito di applicazione*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, 177;
- DE RUGGIERO R., *I dogmi del diritto privato e la loro revisione*, in *Arch giur.*, 1927, 141;
- DEIANA G., *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939;
- DEL PRATO E., *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria, prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2001, 636;
- DELFINI F., *Il patto di famiglia introdotto dalla legge n. 55 del 2006*, in *I Contratti*, 2006, 511;
- DELLE MONACHE S. (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, *Quad. Riv. dir. civ.*, 8, Padova, 2007;
- DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura nel patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006, 889;
- DELLE MONACHE S., *Nuove prospettive sul patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2012, 473;
- DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008;
- DELLE MONACHE S., *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Riv. Not.*, 2005, 765;
- DELLE MONACHE S., *Tutela dei legittimari e nuovi limiti all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. Not.*, 2006, 305;
- DEMOGUE R., *Des droits éventuels. Hypothèses ou ils prennent naissance. Nature et effets*, (estratto dalla *Revue trimestrielle de droit civil*), Parigi, 1906;
- DERNBURG A., *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, in *Pandette*, III, Torino, 1905;

- DI BITONTO C., *Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni dell'impresa*, in *Le Società* 2006, 797;
- DI FABIO M., *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, II, *cit.*, 725;
- DI MARZIO F., *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, 594;
- DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 591;
- DI MARZIO F., *Norme imperative*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza a cura di P. Cendon*, VI, *I contratti in generale*, Torino, 2000;
- DI MARZO S., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1954;
- DI MAURO N. – MINERVINI E. – VERDICCHIO V., *Il patto di famiglia – commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006;
- DI MAURO N., *I necessari partecipanti al patto di famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 534;
- DI MAURO N., *Patti successori, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, in *Giust. Civ.*, 1991, 1791;
- DI PAOLA S., *Donatio mortis causa*, Napoli, 1969;
- DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1987;
- DI SAPIO A., *Costruzione, decostruzione, ricostruzione del patto di famiglia dalla prospettiva notarile*, in *Vita not.*, 2008, 1633;
- DI SAPIO A., *Osservazioni sul patto di famiglia (Brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Dir. Famiglia*, 2007, 289;
- DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2002;
- DOGLIOTTI M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1994;
- DONADIO G., *Contratto a favore del terzo*, in *Noviss., Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 656;
- DONEGANA L., *Il punto sul patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2008, 965;
- DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972;
- DOSSETTI M., *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione legittima*, *cit.*, 5;

- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941;
- FARACE D., *Note sul divieto di patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 305;
- FASCIONE L., *Fraus legi. Indagine sulla concezione di frode alla legge nella lotta politica e nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 1983;
- FERRARA F. (sen.), *La simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1922;
- FERRARA F. jr. - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, XIV<sup>a</sup> ediz., Milano, 2007;
- FERRARA F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914;
- FERRANDO G., *Motivi*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, *ad vocem*;
- FERRANDO G., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1997, 233;
- FERRARI V., *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972;
- FERRI G., *Le società*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da F. Vassalli, X, 1971;
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966;
- FERRI G.B., voce «*Parte del negozio*», in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 901;
- FERRI L., *Dei legittimari (art. 536-564)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981;
- FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni (art. 456 - 511)*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 3<sup>a</sup> ediz., 1997, 98;
- FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960;
- FIETTA G., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati. Prime osservazioni sul Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, 88;
- FILOMUSI GUELFY F., *Diritto ereditario*, Roma, 1899;
- FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984;
- FINOCCHIARO G., *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al codice dell'amministrazione digitale*, in *Contr. e impr.*, 2011, 497;
- FORMICHELLI T., *L'efficacia «post mortem» dell'obbligazione alimentare (un contributo alla teoria del negozio post mortem)*, in *Riv. Not.*, 1987, 704;

- FRANZONI M., *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli - *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino, 1999;
- GABRIELLI G., *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa ma timida*, in *Studium Iuris*, 2005, 1129;
- GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 321;
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1988;
- GALLO P., voce «*Successioni in diritto comparato*», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 190;
- GAMBARO A. - GIARDINA A. - PONZANELLI G., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1993, 1211;
- GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952;
- GARDANI CONTURSI-LISI L., *Delle donazioni (art. 679-809)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976;
- GATT L., *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, 280;
- GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE A., *La successione per causa di morte. Parte generale*, Torino, 2009, 29;
- GAZZOLO T., *La condizione si premoriar. note sulla donazione a causa di morte*, reperibile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it);
- GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. Civ.*, 2006, 217;
- GAZZONI F., *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. Civ.*, 2006, 3;
- GAZZONI F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000;
- GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 165;
- GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, in *Riv. Not.*, 2001, 227;

- GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, 11;
- GENGHINI L. - CARBONE C., *Le successioni per causa di morte*, 1, collana *Manuali notarili*, IV, a cura di L. Genghini, Padova, 2011;
- GENGHINI L. - SIMONETTI P., *Le società di persone*, collana *Manuali notarili*, a cura di L. Genghini, III, 1, Padova, 2012;
- GENGHINI L., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, collana *Manuali notarili* a cura di L. Genghini, II, Padova, 2010;
- GENTILI A., *Negoziare on line dopo la riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Corr. merito*, 2011, 353;
- GERBO A., *Il patto di famiglia: problemi dogmatici. Loro riflessi redazionali*, in *Riv. Not.*, 2007, 1269
- GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003;
- GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972;
- GIACOBBE G., *La frode alla legge*, Milano, 1968;
- GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954;
- GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959;
- GIAMPICCOLO G., voce «*Atto mortis causa*», in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 232;
- GIANNATTASIO C., *Delle successioni - Disposizioni generali - Successioni legittime*, in *Comm. cod. civ.* diretto da W. Bigiavi, II, 1, Torino, 1971;
- GIANOLA A., *Atto gratuito, atto liberale - ai limiti della donazione*, Milano, 2002;
- GIARDINA F., *Artt. 315-337 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, I, Torino, 1991, 650;
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1885, 403;
- GIORGIANNI M., *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943;
- GIORGIANNI M., voce «*Forma degli atti (diritto privato)*», in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 988;
- GIRINO F., *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965;

- GORLA G., *Contratto a favore di terzi e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, 587;
- GRADASSI F., *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990, 827;
- GRASSETTI C., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, (Atti del convegno di Madonna di Campiglio), Milano, 1991, 1;
- GRASSETTI C., voce «*Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (diritto civile)*», in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962;
- GRASSO B., *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli, 1974;
- GRASSO B., *La stipulazione a favore del terzo e l'effetto traslativo del diritto reale*, in *Dir. e giur.*, 2006, 335;
- GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962;
- GRECO R., *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, 196;
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1950*, Milano, 2000;
- GROSSO G. - BURDESE A., *Le successioni - Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XI, 1, Torino, 1977;
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1997;
- IACCARINO G., *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri* (nota a Cass. 12 maggio 2010, n. 11469), in *Notariato*, 2010, 509;
- IACCARINO G., *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Milano, 2011, 260;
- IACCARINO G., *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, 395;
- IANNACCONE V., *Le successioni legittime "anomale" fra diritto privato e interesse pubblico economico*, in *Vita not.*, 1998, 551;
- IEVA M - ZOPPINI A., *Brevissime note sulla proposta di modifica del patto di famiglia inserita nel testo originario del decreto sviluppo*, in *Riv. Not.*, 2011, 1457;
- IEVA M. - RASTELLO A., *Le successioni anomale*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, I, *Le successioni mortis causa*,

- i legittimari, Le successioni legittime e testamentarie, Padova, 2<sup>a</sup> ediz., 2009, 697;*
- IEVA M., *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. Not.*, 2005, 933
  - IEVA M., *Divieto di patti successori*, in *Comm. cod. civ. diretto da E. Gabrielli, Delle successioni, I*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, 29;
  - IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, I, *Le successioni mortis causa, i legittimari, Le successioni legittime e testamentarie, Padova, 2<sup>a</sup> ediz., 2009, 59;*
  - IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008;
  - IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, *cit.*, 53;
  - IEVA M., *I fenomeni cosiddetti parasuccessori*, in *Riv. Not.*, 1988, 1139;
  - IEVA M., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti all'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2000, 1345;
  - IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. Not.*, 1997, 1371;
  - IEVA M., *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)*, in *Riv. Not.*, 2009, 1081;
  - IEVA M., *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, in *Riv. Not.*, 2005, 943;
  - IEVA M., *La successione testamentaria*, in *Manuale di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 1, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009;
  - IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. Not.*, 2003, 1361;

- IEVA M., voce «*Successione, X) Fenomeni parasuccessori*», in *Enc. giur. Treccani.*, Aggiornamento, Vol. XI, Roma, 2003, *ad vocem*;
- INZITARI B. - DAGNA P. - FERRARI M. - PICCININI V., *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006;
- IORIO G., *A proposito dell'accettazione della donazione fatta al figlio minore dal padre esercente la patria potestà*, in *Foro it.*, 1953, 115;
- IRTI N., *Strutture forti e strutture deboli. (Del falso principio di libertà delle forme)*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 137;
- JANNUZZI A. - LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004;
- JHERING R., *Geist des römischen Rechts*, III, Lipsia, 1924, 362;
- KOLHER J., *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XVI, Jena, 1878, 144;
- LA PORTA U., (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007;
- LA PORTA U., *Azione di riduzione di "donazioni indirette" lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal "donatario". Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Riv. Not.*, 2009, 951;
- LA PORTA U., *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995;
- LANDINI S., *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?*, in *Familia*, 2006, 839;
- LAUS R., *Profili oggettivi di tutela dei legittimari nel patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2008, 718;
- LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965;
- LENER A., voce «*Vitalizio*», in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, 1018;
- LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 1988, 1218;
- LENZI R., *La donazione obbligatoria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni, cit.*, II, 413;
- LENZI R., *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. Not.*, 1995, 1379;

- LEO M., *Il patto di famiglia*, in *I Contratti*, 2006, 741;
- LEPRI A., *Sull'applicabilità dell'art. 1424 Cod. civ. ai patti successori*, in *Vita not.*, 1984, 829;
- LICINI C., *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. Not.*, 1991, 423;
- LIGOZZI T., *Sulla presunta erosione del divieto di patti successori*, in *Notariato*, 2009, 622
- LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970;
- LIPARI N., *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 483;
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964;
- LISERRE A., *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Successioni - I*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1997;
- LISERRE A., *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Trat. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, V, Torino, 1982
- LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano 1966;
- LOI M.L. (a cura di), *Le successioni testamentarie*, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1992;
- LOMBARDI G., *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. giur.*, 2006, 720;
- LONERO G., *Il trust quale strumento alternativo al testamento*, in AA.VV., *I professionisti e il trust*, *Atti del IV Congresso nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia"*, Milano, 2008, 25;
- LUCARELLI F., *Solidarietà privata e autonomia privata*, Napoli, 1970;
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Art. 768-ter (Forma)*, in *Il patto di famiglia*, Commentario a cura di S. Delle Monache, *cit.*, 38;
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare, dalla donazione si premoriar al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 303;
- LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1985;
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2011;
- LUMINOSO A., *Mandato. Commissione. Spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984;

- LUPETTI M.C., *Il finanziamento dell'operazione: family buy out*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., 354;
- LUPETTI M.C., *Patti di famiglia. Note a prima lettura*, in *CNN Notizie* del 14/02/2006;
- LUPOI M., *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010;
- LUPOI M., *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005;
- LUPOI M., *Trust e successione mortis causa*, in *Jus*, 1997, 279;
- LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001;
- MACARIO F. - LOBUONO M., *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010;
- MACCARONE G., *Il contratto con prestazione al terzo*, Napoli, 1997;
- MACIOCE F., *Contributo alla teoria del negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1988;
- MACIOCE F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato, Parte generale*, Napoli, 1992;
- MACIOCE F., voce «*Rendita (dir. civ.)*», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991;
- MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.* 1992, 1411;
- MAGLIULO F., *Il problema delle "provenienze donative" tra vecchie questioni e nuove norme*, in *Novità e problemi in materia di circolazione immobiliare. Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai, Roma 19 e 20 settembre 2008*, Milano, 2009, 83;
- MAGLIULO F., *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, 98;
- MAGLIULO F., *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., 280;

- MAGLIULO F., *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. Not.*, 2010, 533;
- MAGLIULO F., *La tacitazione della legittima con beni non ereditari*, in *Notariato*, 2001, 412;
- MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962;
- MAJELLO U., voce «*Contratto a favore di terzo*», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989;
- MALVANO M., “*Vitalizio assistenziale*” e nullità per mancanza di causa, in *Notariato*, 2010, 271;
- MANDRIOLI D., voce «*Aspettativa di diritto*», in *Dig. it.*, III, Torino, 1937, 768;
- MANDRIOLI E., *Le successioni legittime anomale: un fenomeno sempre meno anomalo*, in *Vita Not.*, 2003, 1100;
- MANES A., *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e Impr.*, 2006, 539;
- MANFREDINI A.D., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001
- MANZINI C., “*Spirito di liberalità*” e controllo sull'esistenza della “*causa donandi*”, in *Contr. impr.*, 1985, 419;
- MARELLA M.R., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1991, 91;
- MARELLA M.R., *Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento, Aggiornamento*, in in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, *II - I contratti atipici*, tomo 2, Torino, 1999, 1192;
- MARICONDA V., *L'inutile riforma degli artt. 561 e 563*, in *Corr. giur.*, 2005, 1249;
- MARINI A., *Donazione e contratto a favore di terzo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1101;

- MARINI A., *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 13, V, Torino, 1985;
- MARMOCCHI E., *La circolazione delle partecipazioni sociali tra statuto e contratto*, in *Riv. Not.*, 2004, 63;
- MARMOCCHI E., *La definizione di testamento (art. 587 cod. civ.)*, in *Riv. Not.*, 2011, 731;
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994;
- MARTINO M., *I patti successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*, Bologna, 2007;
- MASCHERONI A., *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, 19;
- MATERA P., *Il patto di famiglia*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, a cura di A. Stanzione, V, Torino, 2007;
- MAZZACANE F., *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1980;
- MAZZAMUTO S., *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, 754;
- MAZZONI C.M., *Accordi successori, donazioni in conto di legittima e successione necessaria*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1997, 762;
- MELUCCI P., *Il diritto di successione*, Napoli, 1910;
- MENGHI I., *La morte del socio nelle società di persone*, Milano, 1984;
- MENGONI L., *Successioni mortis causa e mezzi alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Jus*, 1997, 310;
- MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000;
- MERLO A., *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter*, in *Riv. Not.*, 2007, 509;
- MERLO A., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa, cit.*, 100;
- MERLO A., *Il patto di famiglia*, in *CNN Notizie* del 14/02/2006;
- MESSINA G., *Diritti potestativi*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 738;

- MESSINA G., *Sui cosiddetti diritti potestativi*, in *Studi in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, 327;
- MESSINA G., *Sulla frode alla legge*, in *Circolo giuridico*, 1907, 211;
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972;
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1952;
- MIRABELLI A., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980;
- MONCALVO F.A., *I così detti negozi «transmorte»*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, cit., 187;
- MONTECCHIARI T., *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996;
- MORELLO U., *Contratto in frode alla legge*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, IV, Torino, 1991, *sub art.* 1344;
- MORELLO U., *Frode alla legge*, Milano, 1969;
- MORELLO U., voce «*Frode alla legge*», in *Dig. disc. priv.*, Torino, s.d. ma 1992, 501;
- MORELLO U., voce «*Negozi in frode alla legge*», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990;
- MOSCARINI L.V., *Il contratto a favore di terzi*, nel *Il codice civile - Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012;
- MOSCARINI L.V., voce «*Rinunzia (dir. civ.)*», *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, *ad vocem*;
- MOSCATI E., *Il patto di famiglia*, in *Manuale di diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 1, cit., 362;
- MOSCATI E., *Trust e tutela dei legittimari*, in *Trusts*, 2000, 13;
- MOSCATI E., *Trust e vicende successorie*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 1075;
- MOSCO L., *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947;
- NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006;
- NARDI S., *Sul contratto a favore di terzi*, in *Studium Iuris*, 2009, 136;
- NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009;

- NATALE A., *La disponibilità delle aspettative ereditarie*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 252;
- NATOLI U., *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943;
- NAVARRA V., *Del mandato e dell'incarico p.m.*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, 232;
- NAVARRETTA E., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, I, Torino, 2011, sub art. 1344, 679;
- NAVARRETTA E., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, I, Torino, 2011, sub art. 1345;
- NAVONE G., *La disciplina del documento informatico dopo il D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2, 2012, 279;
- NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, 147;
- NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1987, 190 ;
- NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano 1993, 195;
- NICOLÒ R., *Disposizioni di beni «mortis causa» in forma indiretta*, in *Riv. Not.*, 1967, 641;
- NICOLÒ R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934;
- NICOLÒ R., voce «Aspettativa (dir. civ.)», in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988;
- OBERTO G., *Il patto di famiglia*, Padova, 2006;
- OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947;
- OPPO G., *Patto di famiglia e “diritti della famiglia”*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 439;
- OPPO G., *Recensione a Carraro*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 177;
- ORLACCHIO G., *Il patto di famiglia tra eccezione e regola del sistema*, in *Familia*, I, 2008, 69
- PACCHIONI G., *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910;
- PACIA R., *Gli alimenti legali: presupposti e contenuto (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2010, 763;

- PACIA R., *Gli alimenti legali: presupposti e contenuto (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2010, 908;
- PADOA SCHIOPPA T., *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007;
- PADOVINI F., *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. Not.*, 2008, 1007;
- PADOVINI F., *Il recesso*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 1051;
- PALAZZO A. – PALAZZOLO G., voce «*Patto di famiglia*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006;
- PALAZZO A., *Le successioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000;
- PALAZZO A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da R. Sacco, Torino, 2000, 120;
- PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983;
- PALAZZO A., *Declino dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, 289;
- PALAZZO A., *Divieto di patti successori*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, II, Torino, 1991 *sub art.* 458;
- PALAZZO A., *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, 671;
- PALAZZO A., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita Not.*, 2004, 116;
- PALAZZO A., *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 261;
- PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, nel *Tratt. dir. civ. del C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003;
- PALAZZO A., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991;
- PALAZZO A., *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella civilistica italiana del dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, II, t. 2, 656;
- PALAZZO A., *Provenienze donative, successioni, trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 317;

- PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1983, 435;
- PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008;
- PALAZZO A., *Vicende delle provenienze donative dopo la legge 80/2005*, in *Vita Not.*, 2005, 762;
- PALAZZO M., *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in *Riv. Not.*, 2007, 1375;
- PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970;
- PATRIARCA S., *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quad. Giur. comm.*, Milano, 2002;
- PENE VIDARI F. - MARCOZ G., *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. Not.*, 2006, 715;
- PENE VIDARI F., *Patti successori e contratti post mortem*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 245;
- PENE VIDARI F., *Scioglimento, recesso e patologia del Patto di Famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., 260;
- PENE VIDARI F., *Trust e divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 851;
- PEREGO E., *«Favor legis» e testamento*, Milano, 1970;
- PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Ra; Dir. Civ.*, 2008, 146;
- PERLINGIERI P., *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 131;
- PERLINGIERI P., *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Ra; dir. civ.*, 2009, 131;
- PERRECA M., *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2009, 103;
- PETRELLI G., *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006, 401;
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 161;
- PETRELLI G., *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Riv. Not.*, 2005, 211;

- PICCOLI P., *Trusts, patti successori, fedecommesso*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 133;
- PINO A., *La tutela dei legittimari*, Padova, 1958;
- PIRAS S., *La rinunzia nel diritto privato*, Napoli, 1940;
- PISCHETOLA A., *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa, in comparazione anche con i patti successori*, in *Vita Not.*, 2010, 955;
- PISCHETOLA A., *Prime considerazioni sul "patto di famiglia"*, in *Vita Not.*, 2006, 457;
- POLACCO V., *Sulla divisione operata da ascendente fra discendenti*, Verona-Padova, 1885;
- PORCELLI G., *Successioni e trust*, Napoli, 2005;
- POUND R., *Law in books and law in action*, in *American Law Review*, 44, 1910, 12;
- PRESTIPINO G., *Delle successioni in generale, artt. 456-535*, in *Comm. cod. civ.* diretto da G. De Martino, Novara, 1982;
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 298 (oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2011, II, 484);
- PULEO S., *I diritti potestativi, individuazione delle fattispecie*, Milano, 1959;
- PUTORTÌ V., *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001;
- PUTORTÌ V., *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir.civ.*, 1991, 789;
- QUADRI R., *L'art. 2645 ter e le nuove discipline degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1717;
- QUARGNOLO M., *Termine iniziale di prescrizione dell'azione di riduzione e perpetuità dell'eccezione*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, cit., 309;
- RECINTO G., *Il patto di famiglia*, in *Diritto delle successioni*, a cura di Calvo-Perlingieri G., Napoli, 2008, 617;
- RECINTO G., *Patto di famiglia e liquidazioni operate dal disponente*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 166;

- REGOLI F.A., *La vendita di cosa altrui*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, III, 2, Padova, 1995, 886;
- RESCIGNO P., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, cit., 1;
- RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952;
- RESCIGNO P., *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, cit., 5;
- RESCIGNO P., *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, 1281;
- RESCIGNO P., (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994;
- RESCIGNO P., (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 2<sup>a</sup> ediz., Padova, 2010;
- REVIGLIONE P., *Le clausole di riscatto di azioni non contrastano con il divieto di patti successori*, in *Giur. It.*, 1995, 7;
- REVIGLIONE P., *Limitazioni convenzionali alla circolazione delle azioni e trasferimenti mortis causa*, in *Giur. It.*, 1993, 447;
- RICCA L., *Motivi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 269;
- RIVOLTA G.C.M., *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1197;
- RIZZI G., *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento di azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, Padova, 2006;
- RIZZI G., *Il patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, in *Riv. Not.*, 2006, 430;
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001;
- ROPPO V., *Per una riforma del divieto di patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5;
- ROSSI CARLEO L., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, in *Notariato*, 2008, 434;
- ROTA F. - BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007;
- ROTONDI G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911;
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, Milano, 1971;

- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939;
- RUSCELLO F., *Successione «mortis causa» e fenomeni «parasuccessori»*, in *Vita not.*, 1998, 70;
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da R. Sacco, Torino, 2004;
- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, VI, t. 2, Torino, 1975;
- SALA M., *Contratti atipici vitalizi e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, 1054;
- SALVATORE L., *Il trapasso generazionale dell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in *Notariato*, 2007, 553;
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2005;
- SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960;
- SANTARCANGELO G., *La forma degli atti notarili*, Roma, 2006;
- SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002;
- SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, 2009;
- SANTORO L., *Le alternative al testamento*, in *Contr. e Impresa*, 2003, 1187;
- SANTORO PASSARELLI F., *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930;
- SANTORO PASSARELLI F., *Dei legittimari*, in *Comm. D'Amelio - Finzi, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941;
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ediz., Napoli, 1966 (ristampa 2002);
- SANTORO PASSARELLI F., *Validità della donazione di usufrutto cum praemioriar*, in *Foro it.*, 1950, I, 386;
- SANTORO PASSARELLI F., *Vocazione legale e testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 193;
- SARASSO C., *Clausola statutaria sulla morte del socio e patto successorio*, Torino, 1983;
- SCAGLIONE F., *Successioni anomale e contratto di società*, Napoli, 1998;
- SCALFI G., *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994;

- SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, cit., 131;
- SCHLESINGER P., *Una Novella per il Trust*, in *Notariato*, 2001, 337;
- SCOGNAMIGLIO C., *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 466;
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Milano, 1966;
- SCOGNAMIGLIO R., voce «*Aspettativa di diritto*», in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 227;
- SCORDO L.C., *La tutela giuridica dell'acquirente di un bene proveniente da donazione. Una proposta interpretativa*, in *Vita Not.*, 2002, 133;
- SCOZZAFAVA O.T., voce «*Contratto a favore di terzo*», in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988;
- SESTA M., *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 953;
- SICCHIERO G., *La causa del patto di famiglia*, in *Contr. e Impr.*, 2006, 1261;
- SICLARI R., *Il fenomeno collatio tra legge e volontà: a proposito della collazione c.d. volontaria*, Torino, 2005;
- SICLARI R., *Il trust interno tra vecchie e nuove prospettive: il trust "statico"*, in *Vita not.*, 2002, 727;
- SICLARI R., *La collazione*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, II, cit., , 249;
- SICLARI R., *La riforma mancata del patto di famiglia: occasione persa o viatico per una più attenta riflessione?*, in *Riv. Not.*, 2012, 17;
- SIRENA P., *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto a cura di V. Roppo*, III, Milano, 2006;
- SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974;
- STOLFI L., *La figura del legittimario*, in *Giur. It.*, 1968, IV, 76;
- TAGLIAFERRI V. *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, 167;

- TAGLIAFERRI V., *Il divieto dei patti successori tra autonomia e ordine pubblico*, in *Notariato*, 2003, 431;
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;
- TALASSANO F., *Variazioni sul tema della donazione «mortis causa»*, in *Giur. it.*, IV, 1960, 79;
- TAMPONI M., *Il contratto a favore di terzo*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, 6, Torino, 2000;
- TASSINARI F., *Clausole in funzione successoria negli statuti di società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, 935;
- TASSINARI F., *IL patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Giur. comm.*, 2006, 808;
- TATARANO M., *Patti successori e partecipazioni sociali*, in *Quad. Rass. dir. civ.*, Napoli, 2004;
- TEDESCHI G., *La divisione dell'ascendente*, Padova, 1936;
- TORRENTE A., *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956;
- TORRENTE A., *Rendita perpetua - Rendita vitalizia (art. 1861-1881)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966;
- TORRONI A., *Azione di riduzione e azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. Not.*, 2011, 675;
- TORRONI A., *Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 43;
- TORRONI A., *Il patto di famiglia: aspetti di interesse notarile*, in *Riv. Not.*, 2008, 465;
- TOTI B., *La nullità del testamento esecutivo del patto successorio*, in *Riv. Not.*, 1985, 9;
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XLIII ediz., Padova, 2007;
- TRIMARCHI G.A.M., *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, cit., 161;
- TRIMARCHI V.M., voce «*Negoziario fiduciario*», in *Enc. dir.*, Milano, 1978, 32;
- TROJANI P.L., *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita not.*, 1992, 1436;

- TULLIO A., *L'azione di riduzione: natura, effetti e presupposti*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 778;
- VALSECCHI E., *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Milano, 1970;
- VECCHIO G., *Due testamenti uguali, reciproci, redatti in simultanea sul medesimo foglio, non integrano il divieto ex art. 589 c.c.*, in *Corr. merito*, 2008, 307;
- VECCHIO G., *Le liberalità atipiche*, Torino, 2000;
- VENDITTI A., *L'erede del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, 217;
- VERDICCHIO V., *Profili del patto di famiglia. Oggetto, governace, scioglimento*, in *Quad. Rass. Dir. Civ.*, Napoli, 2008;
- VERONESI S., *Il c.d. contratto di assistenza*, in *I Contratti*, 1998, 382;
- VIDIRI E., *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, in *Giust. Civ.*, 2010, 1903;
- VIGNALE M., *Il patto successorio, la "donatio mortis causa" e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. e giur.*, 1962, 304;
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993;
- VINCENZI AMATO D., *Gli alimenti*, Milano, 1973;
- VINCENZI AMATO D., *Persone obbligate*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, I, Torino, 1991, *sub art.* 433;
- VISALLI R., *Tipicità o atipicità del testamento?*, in *Giust. civ.*, 2004, 305;
- VISMARA L., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (ristampa anastatica dell'edizione del 1941);
- VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 447;
- VITUCCI P., *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito. Per una lettura sistematica dei novellati artt. 561 e 563 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 555;
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1960;
- VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954;
- VOLPE PUTZOLU G., *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, in *La trasmissione familiare della ricchezza: limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, *cit.*, 85;

- ZABBAN F. - PELLEGRINO A. - DELFINI F., *Delle successioni - Art. 456-809 - Commentario al codice civile*, Milano, 1993;
- ZACCARIA A., *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo delle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988;
- ZANCHI D., *Diritto e pratica dei trusts*, Torino, 2008;
- ZANCHI G., *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza d'impresa e autonomia privata*, Padova, 2011;
- ZOPPINI A. - NONNE L., *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, cit., 160;
- ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1077;
- ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, 919;
- ZOPPINI A., *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 255;
- ZOPPINI A., *L'emersione della categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., 270;
- ZOPPINI A., *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.* diretto da R. Sacco, XIII, Torino, 2002;
- ZOPPINI A., *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 273.