

LUISS



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato

LA PIANIFICAZIONE NEGOZIALE DELLA SUCCESSIONE:
TRA IL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI E GLI STRUMENTI
ALTERNATIVI AL TESTAMENTO

RELATORE

Chiar.mo Prof. Michele Tamponi

CANDIDATO

Emanuela Granara

Matr. 140993

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Francesco Ricci

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

INDICE

<i>Introduzione</i>	4
CAPITOLO I – I limiti all’autonomia contrattuale nel diritto successorio...	7
1.1 L’Autonomia privata: autonomia contrattuale e autonomia testamentaria	7
1.2 I patti successori	10
1.3 Fondamento e analisi sulla portata del divieto ex art. 458 c.c.	14
1.3.1 La <i>ratio</i> del divieto dei patti istitutivi	14
1.3.2 La <i>ratio</i> del divieto dei patti successori dispositivi e rinunziativi. ..	22
1.4 La nullità dei patti successori e le interferenze con altri istituti.....	29
1.4.1 La conversione del contratto nullo ex art. 1424 c.c.	29
1.4.2 Il patto di famiglia.....	31
1.5 Le promesse unilaterali e contrattuali di testare.....	36
1.5.1 Aspetti critici delle promesse contrattuali di testare: la mancata violazione dell’art. 458 c.c. e l’applicabilità dell’art. 679 c.c.....	38
1.5.2 Il testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio.....	39
1.5.4 La conferma di disposizioni testamentarie nulle ex art. 590 c.c.	44
CAPITOLO II – I negozi <i>mortis causa</i> e i negozi <i>inter vivos</i> con effetti <i>post mortem</i>	46
Premessa.....	46
2.1 La natura negoziale del testamento e i rapporti con la disciplina contrattuale.....	47
2.2 Il contratto successorio.....	49

2.2.1 Il contratto successorio e la concezione oggettivo-funzionale dell'atto <i>mortis causa</i> .	50
2.2.2 Il contratto successorio ed i rapporti con il testamento e con i contratti <i>post mortem</i> .	57
2.2.3 La causa del contratto successorio.	59
2.3 Le alternative negoziali al testamento: i negozi <i>transmorte</i> .	61
2.4 Il contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante ex art. 1412 c.c.	66
2.4.1 Il rapporto tra il contratto a favore di terzo ex art. 1412 e i patti successori.	74
2.5 Dal contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c. al <i>trust</i> con finalità successorie.	76
2.5.1 Il <i>trust</i> e il divieto dei patti successori.	81
2.6 La Legge sul "Dopo di noi" (L. 112/2016).	86
2.6.1 Il <i>trust</i> nella L. 112/2016.	90
2.6.2 Il vincolo di destinazione ex art. 2645 <i>ter</i> c.c.	92
2.6.3 La fiducia.	98
2.6.4 La L. 112/2016 e il contratto di affidamento fiduciario.	103
2.6.5 Considerazioni conclusive sulla Legge sul "Dopo di noi" (L.112/2016).	110
CAPITOLO III - Le prospettive di riforma del divieto dei patti successori e l'influenza derivante dalla disciplina comunitaria.	112
Premessa.	112
3.1 L'inattualità del diritto successorio a fronte del mutamento della realtà socioeconomica.	112
3.1.1 Il successo dello strumento contrattuale.	118
3.1.2 Crisi del diritto successorio?	121

3.2 Il Regolamento europeo n. 650/2012 e la legge applicabile ai patti successori.	122
3.2.1 Il rispetto dell'ordine pubblico.....	130
3.2.2 I patti successori transnazionali e i rapporti con la disciplina tedesca.	135
3.3 Il Disegno di legge n. 1151/2019	141
<i>Conclusioni</i>	145
<i>Bibliografia</i>	150

Introduzione

Il diritto successorio, regolato dal libro II del Codice Civile, è un diritto caratterizzato da una notevole rigidità e contraddistinto da un tessuto normativo alquanto tecnico che non si presta a facili adattamenti.

Non a caso, gli istituti propri di tale branca del diritto si mostrano piuttosto resistenti al cambiamento, essendo tutt'ora fondati su un'antica tradizione giuridica.

Una notevole restrizione presente nella disciplina in esame deriva dal divieto dei patti successori che impedisce ai privati di pianificare e regolamentare convenzionalmente la propria successione *mortis causa*.

Pertanto, tale divieto limita di gran lunga l'autonomia negoziale dei privati in ambito successorio, la quale, di conseguenza, può esprimersi solo attraverso lo strumento testamentario che, in quest'ottica, rappresenta l'antagonista del patto successorio.

La norma imperativa che vieta i patti *mortis causa* è ubicata nei primissimi articoli del secondo libro del Codice Civile. Se ne desume che il legislatore ha volutamente scelto di escludere tra le fonti di delazione ereditaria quella contrattuale.

Ma quali sono le ragioni di tale scelta legislativa? Esistono delle deroghe al divieto dei patti successori? Il divieto in esame affonda le sue radici nella Carta Costituzionale? Lo stesso è o non è espressione di un principio di ordine pubblico?

L'indagine si occupa di rispondere - *in primis* - agli interrogativi appena esposti, analizzando i numerosi studi in merito alla *ratio* del divieto dei patti successori. Ciò è fondamentale per meglio comprendere i motivi per cui negli ultimi trent'anni la dottrina si sta battendo per una riforma del divieto dei patti successori.

In secondo luogo, la trattazione vuole mettere in rilievo le ragioni per cui ultimamente si parla di inattualità di alcuni profili del diritto successorio, esaltando parallelamente la figura dello strumento contrattuale.

Ebbene, in un mondo dove tutto è ormai “contrattualizzato”, il diritto successorio sembra estraniarsi e rimanere ancorato a dogmi che la dottrina cerca da tempo di superare, in vista delle nuove esigenze socioeconomiche.

Non a caso, si sono notevolmente diffusi i c.d. strumenti “alternativi” al testamento, ossia strumenti convenzionali *inter vivos* produttivi di effetti *post mortem*.

Il motivo del loro successo è chiaro: in alcune circostanze i contratti - o gli altri strumenti negoziali diversi dal testamento - appaiono più idonei a rispondere agli interessi concreti delle parti garantendo, da un lato, una forma di tutela più adeguata nei confronti di particolari categorie di soggetti c.d. “deboli” e realizzando, dall’altro, pianificazioni patrimoniali piuttosto “raffinate”.

In questo scenario, si rende altrettanto necessario mettere in luce le peculiarità degli accordi a causa di morte rispetto a quelle dei negozi *inter vivos* con effetti *post mortem*, così da cogliere ed individuare la linea sottile tra liceità ed illiceità del negozio con finalità successorie.

Pertanto, nella trattazione concernente gli strumenti negoziali anzidetti, è sembrato opportuno partire dal tradizionale contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c., per poi arrivare all’esame di strumenti negoziali ancora più competitivi e idonei a rispondere agli attuali interessi privatistici, tra i quali il *trust* con finalità successorie e il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.

Nell’ambito di tali fattispecie, si può senz’altro inserire anche il contratto di affidamento fiduciario, oggetto di notevoli studi dottrinali, nonché protagonista di una recentissima proposta di legge.

Lo studio si focalizza maggiormente sulle esigenze sociali che, di riflesso, si ripercuotono necessariamente sul fronte economico.

Difatti, soltanto attraverso uno strumento negoziale adeguato si può realizzare un’operazione economica tale da garantire una soddisfacente sistemazione dell’assetto patrimoniale ed un sostentamento economico adatto a rispondere ai bisogni di certe categorie di soggetti (beneficiari), per il tempo successivo la morte dell’attribuente.

Si possono a tal proposito richiamare gli interessi delle persone con grave disabilità, nonché quelli dei loro genitori. È dunque importante sottolineare che, grazie alla Legge sul “Dopo di noi”, sono stati previsti dei meccanismi – anche di natura privatistica – che assicurano il benessere e l’inserimento sociale dei soggetti gravemente disabili, rispondendo così alle numerose domande che per molto tempo i genitori si sono posti: “Cosa succederà quando noi non ci saremo più?”; “Chi si occuperà di nostro figlio gravemente disabile?”; “Come farà nostro figlio, in considerazione dello stato psicofisico in cui si trova, a vivere senza di noi?”

Alla luce di tali premesse, la trattazione intende mostrare come la tendenza della prassi è quella di ampliare, entro i limiti del possibile, gli spazi negoziali a disposizione dei privati in campo successorio, attraverso la ricerca di meccanismi negoziali in grado di realizzare i concreti interessi privatistici e soddisfare le esigenze contemporanee.

In altri termini, lo studio intende, da un lato, mettere in relazione la disciplina successoria e quella contrattuale cercando di individuare dei punti di intersezione tra le stesse e, dall’altro, mettere in luce gli aspetti ormai obsoleti del diritto successorio.

In conclusione, il fine dell’indagine è duplice: fornire ulteriori spunti di riflessione per un superamento del divieto dei patti successori e mostrare come l’utilizzo degli strumenti alternativi al testamento sia, senza dubbio, più conveniente per soddisfare specifici interessi meritevoli di tutela.

CAPITOLO I

I Limiti all'autonomia contrattuale nel diritto successorio

*«Ambulatoria est voluntas defuncti
usque ad vitae supremum exitum»*

SOMMARIO: 1.1 L'autonomia privata: autonomia contrattuale e autonomia testamentaria. – 1.2 I patti successori. – 1.3 Fondamento e analisi sulla portata del divieto ex art. 458 c.c. – 1.3.1 La *ratio* del divieto dei patti istitutivi. – 1.3.2 La *ratio* del divieto dei patti dispositivi e rinunziativi. – 1.4 La nullità dei patti successori e le interferenze con altri istituti. – 1.4.1 La conversione del contratto nullo ex art. 1424 c.c. – 1.4.2 Il patto di famiglia. – 1.5 Le promesse unilaterali e contrattuali di testare. – 1.5.1 Aspetti critici delle promesse contrattuali di testare: la mancata violazione dell'art. 458 c.c. e l'applicabilità dell'art. 679 c.c. – 1.5.2 Il testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio. – 1.5.3 La conferma di disposizioni testamentarie nulle ex art. 590 c.c.

1.1 L'Autonomia privata: autonomia contrattuale e autonomia testamentaria

L'autonomia privata¹ rappresenta il potere di autodeterminazione dei soggetti, ossia il potere di disciplinare ed autoregolare liberamente i propri interessi per mezzo di manifestazioni di volontà.

Senza dubbio, l'autonomia privata trova espressione, seppur non direttamente, nella Carta Costituzionale essendo chiaro il nesso tra i poteri dei privati e l'utilità sociale². In particolare, la stessa è tutelata nella misura in cui risulti preordinata al perseguimento di valori costituzionalmente garantiti, quali

¹«Il termine autonomia esprime dal punto di vista etimologico (*autòs-nòmos*), la condotta delle parti che dettano una regola, che compiono un atto di disciplina dei reciproci rapporti giuridici”. così A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato, I contratti in generale*, XXII, Giuffrè, Milano, 2015, cit. p. 514.

² F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in Riv. 4/2016, consultabile in <http://questionegiustizia.it>.

la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e il libero godimento della proprietà privata (art. 42 Cost.)³.

D'altra parte, l'autonomia contrattuale rappresenta una *species* del più ampio *genus* dell'autonomia privata e trova esplicitazione nell'art 1322 c.c., sulla base del quale: *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono a tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela”*.

Alla luce di tale disposizione, l'autonomia contrattuale deve essere intesa come il potere riconosciuto ai singoli contraenti di autodisciplinare i propri interessi attraverso lo strumento contrattuale.

La dottrina prevalente è solita distinguere fra due profili di autonomia contrattuale: il primo profilo attiene alla libertà di determinare il contenuto del contratto, ossia quello di stabilire le clausole volte a regolare il rapporto tra le parti e di decidere gli effetti giuridici che esse intendono produrre; il secondo profilo riguarda la tipologia del contratto, ossia il modello contrattuale scelto dalle parti volto a realizzare una determinata operazione economica⁴.

In definitiva, i contraenti non solo hanno il potere di definire il contenuto del contratto, seppur nei limiti imposti dalla legge, ma hanno anche il potere di stipulare contratti atipici che non rimandano a nessuna fattispecie legale, limitatamente al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

Tra le altre manifestazioni dell'autonomia privata, oltre all'autonomia contrattuale, si può far menzione dell'autonomia testamentaria consistente nel potere riconosciuto ai privati in ambito successorio che trova la sua copertura costituzionale nell'ultimo comma dell'art. 42 Cost., secondo il quale: *“La legge*

³ Gli artt. 41 e 42 Cost. così rispettivamente dispongono: *“L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”* (art 41 comma 1 e comma 2); *“La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”* (art 42 comma 1 e comma 2).

⁴ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, op. cit., p. 517 e ss.

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

Alla luce del dettato costituzionale, la trasmissione *mortis causa* può essere regolata dalla volontà del testatore, sia pure nei limiti stabiliti dalla legge.

Di conseguenza, il *de cuius* può liberamente scegliere come e se regolare la propria successione per mezzo del testamento e, nell’ipotesi in cui decidesse di non servirsi di tale strumento, lascerebbe spazio all’applicazione delle regole previste dal Codice Civile sulla successione legittima.

La centralità della libertà del testatore implica l’esigenza di assicurare la spontaneità dell’atto di disposizione *mortis causa*. Ebbene, per evitare che il disponente possa essere vincolato nell’esprimere la propria volontà, la legge ammette la revocabilità del testamento sino all’ultimo istante di vita del *de cuius*. La spontaneità deve quindi essere intesa anche come libertà di modificare in ogni momento la propria volontà.

In vista di tali considerazioni, discende il divieto dei patti successori espressamente sancito dall’ art. 458 c.c., ai sensi del quale: *“Fatto salvo quanto disposto dagli artt. 768 bis e ss., è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto con il quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta o rinuncia ai medesimi”*.

In sostanza, seppur la disposizione di cui all’art. 458 c.c. tuteli l’autonomia testamentaria del disponente, sotto un altro profilo limita fortemente l’autonomia contrattuale riconosciuta ai privati, in quanto gli stessi non hanno la possibilità di regolare i propri “interessi successori” attraverso lo strumento del contratto⁵. Per tale ragione, il divieto dei patti successori è stato ritenuto come

⁵ “Scopo costante del disposto è nondimeno delegittimare ogni tentativo dell’autonomia privata a spingere la successione entro la logica contrattuale, ossia subordinare la disposizione di beni e di diritti rientranti in una successione non ancora aperta ad una regola plasmata fuori dalla legge o dal negozio testamentario”. A. SPATUZZI, *I patti successori. Su talune articolazioni e criticità del divieto*, in *Riv. di Diritto Civile*, 4/2019, p. 1015.

“uno dei principali ostacoli al dispiegamento dell’autonomia privata nella pianificazione successoria”⁶.

Scopo della presente indagine è quindi quello di analizzare gli espliciti limiti dell’autonomia privata in campo successorio, avendo il legislatore tipizzato gli strumenti attraverso cui detta autonomia possa trovare esplicazione; nonché quello di verificare la portata del divieto ex art 458 c.c. e gli spazi di autonomia contrattuale riconosciuti ai privati.

1.2 I patti successori

Prima di poter procedere all’analisi sul fondamento e sulla portata del divieto di cui all’art 458 c.c., occorre innanzitutto precisare cosa debba intendersi per patti successori⁷.

Secondo una definizione del tutto generica, essi rappresentano quelle convenzioni patrimoniali aventi ad oggetto diritti provenienti da una successione *mortis causa* non ancora aperta (propria o altrui), le quali trovano fondamento nell’autonomia negoziale del *de cuius*, affinché egli possa tutelare situazioni e interessi patrimoniali nei suoi rapporti con i familiari o con gli eredi da lui designati⁸.

Nella eterogeneità della categoria, si è tentato di individuare quei requisiti che possono accomunare i patti successori. A tal proposito, è necessario: che i patti siano stipulati prima dell’apertura della successione, che i

⁶ Così afferma G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in www.juscivile.it, 2013. In sostanza, l’autore evidenzia come il divieto di delazione contrattuale limita fortemente l’autonomia del disponente, impedendo di condividere la pianificazione successoria con i destinatari delle assegnazioni patrimoniali.

⁷ Le figure negoziali in esame vengono ricondotte ad un medesimo referente concettuale e sono tutte qualificate come “patti successori”. Del resto, è proprio l’art 458 c.c. che utilizza l’unitaria locuzione di divieto di patti successori per designare indistintamente ciascuna delle disposizioni in esso contenute. C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni. Le successioni mortis causa- I legittimari- Le successioni legittime e testamentarie*, Vol. I, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Cedam, 2010, p.25.

⁸ P. DE CESARI, *Trattato di diritto privato dell’unione europea, Persone e Famiglia*, II, Giappichelli, Torino, 2008, p. 499.

beni oggetto di tali accordi siano compresi nella futura eredità e che l'acquisto avvenga per causa successoria e non in virtù di un altro titolo⁹.

Tuttavia, tale esplicitazione non può essere considerata idonea a fornire una definizione esaustiva dei patti successori, i quali devono necessariamente essere distinti in tre diverse tipologie: i patti istitutivi (o confermativi), i patti dispositivi e i patti rinunciativi.

I patti istitutivi rappresentano quei contratti con cui si dispone della propria successione a favore di una determinata persona¹⁰; i dispositivi sono quei contratti con cui si dispone di diritti che possono pervenire da una futura successione¹¹; infine i patti rinunciativi consistono in quegli accordi con cui si rinuncia ad ogni pretesa su una successione non ancora aperta.¹²

⁹ Nel codice civile del 1865, il divieto dei patti successori era regolato dall'art. 1118 comma 2 ai sensi del quale: “*non si può rinunciare ad una successione non ancora aperta, né fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta sia con terzi, quantunque intervenisse il consenso di esso*”. La norma compariva in una parte dedicata ai contratti e in modo specifico all'oggetto dei contratti. Difatti, mentre il primo comma prevedeva la possibilità che il contratto potesse avere come oggetto cose future, il secondo comma prevedeva l'eccezione per la rinuncia ad una successione non ancora aperta.

Sulla base del vecchio dettato normativo, si è arrivati, pertanto, a due osservazioni: il punto di partenza della disciplina è il contratto; oggetto del contratto deve essere una successione non ancora aperta. Cfr. G. CASU, *I Patti successori*, in *Testamento e patti successori*, opera diretta da L. IBERATI, Zanichelli, 2006, p. 476.

¹⁰ Per G. GIAMPICCOLO, voce “*Atto mortis causa*”, in *Enc., dir.*, IV, 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 detta successione a causa di morte”.

¹¹ Recentemente la Cassazione ha riscontrato la sussistenza di patti successori dispositivi nella scrittura fatta propria da due germani, portante sia l'accordo sulle modalità di divisione di un bene immobile parte del patrimonio del comune genitore, quindi parte di un futuro compendio ereditario, sia la pattuizione tra gli stessi germani di rimanere in comunione sino al consolidamento dell'usufrutto gravante sul medesimo immobile oggetto del compendio succitato. In altri termini, la Cassazione ha riscontrato l'esistenza di convenzioni volte a disporre di beni e a regolamentari diritti che ai suoi sottoscrittori sarebbero potuti spettare a seguito di una successione non ancora aperta. Cfr. Cass Civ., Sez. II, 15 luglio 2016, n. 14566, sentenza richiamata da C. BERTI, *Autonomia negoziale e devoluzione testamentaria. I contenuti atipici del testamento*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 151, nota 4.

¹² Ad esempio, si parla di patto rinunciativo qualora Tizio conviene con Caio di rinunciare all'eredità di X non ancora devoluta. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1327.

Nel dettaglio, i patti successori istitutivi rappresentano atti *mortis causa*¹³, ossia quegli atti nei quali la morte non è semplicemente prevista come termine o condizione di efficacia, ma costituisce proprio la causa del contratto¹⁴.

Si tratta infatti di un contratto con cui il promittente designa un erede o trasmette un legato, obbligandosi a disporre *mortis causa*¹⁵.

Affinché il contratto possa integrare gli estremi dell'atto *mortis causa* e qualificarsi come patto successorio istitutivo, è necessario che si riferisca a beni oggetto del futuro lascito e non a beni presenti in quel momento nel patrimonio del disponente. Siffatto negozio, oltre a riferirsi a beni di incerta consistenza al momento della morte, comporta altresì la nascita in capo al disponente di un vincolo giuridico tale da far venir meno la facoltà di disporre liberamente della propria eredità.

A differenza dei patti istitutivi, i patti dispositivi e i patti rinunziativi sono negozi *inter vivos* attraverso i quali un soggetto compie, rispettivamente, atti di disposizione o di rinuncia di diritti di cui potrebbe beneficiare in seguito all'apertura della successione.

Quanto ai patti dispositivi, si tratta di negozi che hanno ad oggetto beni futuri, ossia beni che potranno trovarsi nel patrimonio del futuro ed eventuale dante causa a titolo successorio¹⁶. Si tratta, inoltre, di atti di disposizione a titolo oneroso, dovendosi quindi escludere gli atti a titolo donativo¹⁷.

Anche i patti rinunziativi riguardano beni futuri in quanto consistono nella rinuncia di diritti provenienti da una successione non ancora aperta. Si

¹³ L'atto *mortis causa* è quell'atto che "ha per funzione sua propria di regolare rapporti e situazioni, che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto e che dalla sua morte traggono, comunque, una loro autonoma qualificazione". Così G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni scientifiche italiane, 2010, p.252.

¹⁴ Cfr. C. CACCAVALE, op. cit., p. 27 e ss.

¹⁵ Secondo la giurisprudenza, "ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art 458 c.c. nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o legatario [...]" (Cass. Civ., Sez. II, 09 maggio 2000, n. 5870)

¹⁶ "Ammessi in via di principio i negozi su beni futuri, ecco che l'ordinamento vieta gli atti in questione in considerazione dello specifico fatto che, dei beni di cui si dispone, ne è previsto l'acquisto a titolo successorio a favore del disponente". C. CACCAVALE, op. cit., p. 33.

¹⁷ *Ibidem*.

tratta, inoltre, di “negozi di disposizione a carattere non attributivo, in quanto non comportano immediatamente l’acquisto di diritti in capo a terze persone”¹⁸.

Oltre alla dottrina, anche la giurisprudenza ha individuato, a suo tempo, i requisiti che un atto deve avere affinché possa qualificarsi come un patto successorio e possa, di conseguenza, considerarsi di nullo ai sensi dell’art. 458 c.c.

In particolare, il patto è successorio: “ 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione e o debbono comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi così dello *ius poenitendi*; 4) se l’acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento del promittente al promissario, debba aver luogo mortis causa, ossia a titolo di eredità o di legato”^{19 20}.

In conclusione, l’art. 458 c.c. vieta i contratti che accordano o negano i diritti su una successione non ancora aperta, in cui i contraenti hanno la consapevolezza di negoziare un diritto successorio relativo ad una successione futura.

Di conseguenza, un individuo può sicuramente disporre in vita del proprio patrimonio, conferendo diritti a favore di altri soggetti, ma può farlo

¹⁸ C. CACCAVALE, op. cit., p. 35.

¹⁹ Cfr. Cass. Civ. 22 luglio 1971 n. 2404; Cass. Civ. 16 aprile 1975 n. 1434; Cass. Civ. 16 febbraio 1995 n. 1683.

²⁰ Secondo alcuni autori, questa elencazione appare eccessiva, o quanto meno ripetitiva, bastando il primo requisito, in quanto presuppone in ogni caso “il *vinculum iuris* che si deve sostanziare in un patto impegnativo giuridicamente per le parti; deve avere per oggetto diritti relativi ad una successione non ancora aperta. Ciò indubbiamente appare sufficiente per riassumere in un’unica formula sia i patti istitutivi che i patti dispositivi e rinunziativi”. Il secondo criterio non fa altro che ribadire quanto contenuto nel primo, sottolineando soltanto la consapevolezza delle parti a negoziare un diritto incluso in una futura successione. Anche i gli altri criteri sembrerebbero ripetitivi, precisando però che, relativamente all’ultimo requisito, l’accenno alla qualifica dell’atto mortis causa “potrebbe aprire la strada alla distinzione dottrinale tra atto a causa di morte e atto in vista della morte”. G. CASU, op. cit., p. 510

soltanto ricorrendo allo strumento testamentario e non a quello contrattuale, in osservanza dei limiti imposti dalla legge.

1.3 Fondamento e analisi sulla portata del divieto ex art. 458 c.c.

La dottrina più recente ha evidenziato come le diverse categorie di patti successori impediscano l'individuazione di un fondamento unitario del divieto di cui all'art. 458 c.c., essendo gli stessi accomunati dal solo tratto di avere ad oggetto beni del disponente, nella previsione della sua morte²¹.

Ebbene, posto che la *ratio* del divieto è diversa a seconda del tipo di patto successorio preso in considerazione (distinte *rationes* per i diversi divieti), l'indagine deve necessariamente essere condotta in maniera diversificata²².

1.3.1 La *ratio* del divieto dei patti istitutivi.

La prima parte del divieto ex art. 458 c.c. – “*è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione*” - riguarda tutti quei contratti nei quali la morte costituisca la causa e non sia semplicemente prevista come termine o condizione di efficacia²³.

Il divieto in esame è, tra l'altro, strettamente correlato al principio affermato dal precedente art. 457 c.c., al cui primo comma: “*L'eredità si devolve per legge o per testamento*”. A tal proposito, è bene precisare che la tesi che richiama il principio di tipicità delle fonti di delazione²⁴, quale *ratio* del divieto

²¹ C. CACCAVALE, op. cit., p.26.

²² Ben può accadere, infatti, che “prendendo le mosse dall'unitario concetto in esame e ricercando una *ratio legis* del divieto di cui all'art 458 che abbia valenza generale, si finisce con l'accontentarsi di spiegazioni dell'istituto del tutto inaccettabili se non, addirittura, palesemente tautologiche”. C.CACCAVALE, op. cit., p.27. Sul punto cfr. anche G. CASU, op. cit., p. 466 e ss.

²³ Così C. CACCAVALE, op. cit.; Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile, II, La famiglia- Le successioni*, Milano, 2001, p.492.

²⁴ In relazione alla tipicità delle fonti di delazione ereditaria, si vuole precisare che la stessa è stata messa in relazione con la salvaguardia il principio dell'unità della successione e con la tutela dei legittimari, di cui al comma 3 dell'art 457 c.c. e di conseguenza il divieto dei patti successori si può leggere come “norma di chiusura del sistema che evita la frammentazione della vicenda successoria in mille fasi che più facilmente sfuggirebbero a quei meccanismi di riequilibrio patrimoniale previsti a tutela di certe categorie di soggetti”. M. IEVA, *I Fenomeni parasuccessori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M.IEVA, Cedam, 2010.

dei patti istitutivi²⁵, appare insoddisfacente alla luce dell'analisi svolta da dottrina autorevole che ne ha evidenziato le più ovvie criticità.

In primo luogo, la norma che esplicita le fonti di regolamentazione della successione *mortis causa* (art 457 comma 1 c.c.) e quella che vieta i contratti successori istitutivi (art 458 c.c.), rappresentano la medesima disposizione.

Difatti, affermare che i privati possano concludere soltanto certi tipi atti, equivale a dire che agli stessi sia preclusa la facoltà di porre in essere atti diversi da quelli consentiti²⁶.

Per tale ragione, sarebbe del tutto insensato porre il principio di tipicità come fondamento del divieto dei patti istitutivi in quanto si tratterebbe di “riformulare in termini diversi il solito interrogativo: invece di chiedersi perché la legge non permetta di concludere contratti *mortis causa*, ci si chiede perché essa autorizzi soltanto a disporre mediante testamento”²⁷, senza però trovare un'effettiva giustificazione al divieto o alla tipicità delle fonti di delazione.

Più propriamente, la dottrina dominante è solita identificare la *ratio* del divieto dei patti istitutivi nella necessità di tutelare la libertà assoluta di testare, garantita dalla piena revocabilità delle disposizioni destinate ad avere effetto dopo la morte, che non troverebbe idonea tutela in un contratto per sua natura irrevocabile²⁸.

Proprio per tale motivo, l'unico atto di ultima volontà ammesso dal nostro ordinamento è il testamento, essendo il solo atto *mortis causa* in grado di tutelare l'interesse e la libertà del *de cuius*, in virtù del coordinato disposto dagli

²⁵ Il principio della tipicità delle fonti di delazione come giustificazione del divieto posto dalla norma esaminata sembra essere richiamato sin dai lavori preparatori del Codice Civile. Difatti, affermando espressamente la nullità di qualsiasi convenzione con la quale taluno disponga o rinunci ai diritti che gli possono spettare per una successione non ancora aperta e collocando tale norma in un articolo di nuova formulazione immediatamente dopo l'art 457”, “questa costituisce la logica conseguenza del principio che la delazione dell'eredità può aver luogo soltanto per legge o per testamento”. Così è statuito nella Rel. alla M. del Re Imperatore, n. 225; richiamata da C. CACCAVALE, op cit. p.37.

²⁶ “La tipicità e il divieto sono due facce di uno stesso fenomeno: la compressione dell'autonomia negoziale”. Tesi portata avanti da C. CACCAVALE, op. cit., p. 38. Per un'ulteriore critica alla tesi della tipicità delle fonti di delazione cfr. G. CASU, op.cit., p.479.

²⁷ Sono le parole di C. CACCAVALE, op. cit., p.38.

²⁸ Cfr. C. CACCAVALE, op. ult. cit., p.41; C. BERTI, op. cit., p. 153.

artt. 587 c.c. e 679 c.c.²⁹, i quali rispettivamente prevedono la revocabilità del testamento e l'inefficacia assoluta della rinuncia alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie³⁰.

Al contrario, le tutele anzidette non possono essere garantite dalla struttura contrattuale in quanto retta da principi e da regole diverse rispetto alla disciplina del testamento che, come poc' anzi chiarito, è giustificata dall'esigenza di proteggere la volontà del *de cuius*³¹.

Il contratto, proprio per la sua natura bilaterale, priverebbe il disponente della facoltà di revocare la disposizione senza il consenso della controparte, salvo le ipotesi espressamente previste dalla legge, in linea con l'art. 1372 comma 1 c.c.³².

Tale orientamento ha subito delle critiche da parte di alcuni autori³³ poiché, se l'unico intento del legislatore fosse stato quello di salvaguardare la facoltà di ciascun soggetto di revocare o modificare sin all'ultimo istante di vita le disposizioni *mortis causa*, lo stesso avrebbe potuto superare tale ostacolo e garantire comunque la revocabilità delle disposizioni, prevedendo - in riferimento al contratto successorio - la possibilità di revoca o di recesso *ex lege*, al pari di quanto stabilito dalla disciplina di molti contratti tipici.

²⁹ Così statuisce il primo comma dell'art 587 c.c. "*Il testamento è atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse*". Mentre ai sensi dell'art 679 c.c. "*Non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie: ogni clausola o condizione contraria non ha effetto*".

³⁰ M. IEVA, *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori* in Riv. Not., 2018.

³¹ In sostanza, la dottrina rileva che i principi fondamentali dello "statuto normativo del testamento" - tutela della libertà del disponente da pressioni o condizionamenti provenienti da terzi e da vincoli giuridici (di fonte autonoma) idonei a limitare o ad escludere la possibilità di modificare fino all'ultimo istante di vita, le decisioni relative al destino post mortem dei propri diritti - sono profondamente diversi da quelli propri dello "statuto normativo del contratto": ci si riferisce in particolare alla regola della vincolatività immediata, tra le parti, del regolamento contrattuale ed ai principi che si riconnettono alla bilateralità strutturale del contratto. Sono le parole di D.A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Jovene, Napoli, 2012, p. 123.

³² Art 1372 comma 1 c.c.: "*il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*".

³³ Cfr. C. CACCAVALE, op. cit., p. 40; Cfr. D.A. D'ALOIA op.cit. p. 123 ss.

Tuttavia, il legislatore ha preferito “sottrarsi all’arduo compito di costruire uno statuto speciale del patto istitutivo da coordinare con la disciplina generale del fenomeno successorio”, negando semplicemente il contratto successorio così da tutelare allo stesso tempo “i valori sottesi allo statuto normativo del testamento”³⁴.

Pertanto, la vera ragione dell’inammissibilità dei patti istitutivi deriva da una scelta legislativa, anziché dall’effettiva inidoneità del contratto, rispetto al testamento, di garantire adeguata e analoga tutela alla libertà del disponente, i cui limiti potevano essere superati attraverso precisi interventi legislativi.

Secondo un’altra visione interpretativa che risalta il profilo psicologico del disponente, il divieto dei patti successori istitutivi piuttosto che trovare giustificazione nella tutela della libertà del disponente e della sua specifica facoltà di revocare il testamento, si fonderebbe sull’esigenza di assicurare una protezione della spontaneità del volere del disponente.

Per alcuni autori, infatti, l’inammissibilità dei patti istitutivi è stata prevista allo scopo di impedire che colui che dispone della propria successione sia condizionato in qualunque modo dalla volontà di terzi soggetti.

In quest’ottica si dovrebbe arrivare alla constatazione che l’ordinamento giuridico abbia voluto riconoscere primaria importanza all’interesse individuale del *de cuius* di manifestare, liberamente e senza alcun tipo di vincolo, la propria volontà in relazione a “quel che succederà” dopo la sua morte, concedendogli la possibilità, nonché la garanzia, di decidere autonomamente sulla sorte del proprio patrimonio attraverso l’esclusivo utilizzo dello strumento testamentario.

³⁴ Cit. D.A. D’ALOIA op. cit. p. 124.

In particolare, a sostegno della sua tesi, l’autore osserva come “i valori protetti dallo statuto testamentario sarebbero naturalmente destinati ad entrare in gioco in tutti i casi in cui la morte assuma rilevanza causale e che, pertanto, in caso di riconoscimento del contratto successorio, il legislatore si sarebbe trovato di fronte ad una difficile scelta tra due opzioni radicalmente diverse: o introdurre un sistema speciale dei contratti a causa di morte regolato da principi (quelli propri del testamento) radicalmente contrapposti a quelli operanti per tutti gli altri contratti; ovvero assoggettare in tutto o in parte il patto istitutivo allo statuto generale del contratto così frustando la realizzazione di valori che l’ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela nel caso in cui la decisione di disporre mortis causa si esprima attraverso il negozio testamentario”. *Ibidem*.

Tuttavia, secondo autorevole dottrina³⁵, non appare plausibile che il legislatore abbia considerato la protezione del disponente dalle influenze altrui così importante da introdurre una norma imperativa volta a vietare la disposizione del proprio patrimonio ereditario tramite lo strumento del contratto.

A sostegno di tale orientamento, occorre ulteriormente precisare che le scelte dell'essere umano, quale soggetto operante in una precisa realtà sociale, sono inevitabilmente condizionate, in maniera più o meno preponderante, da fattori esterni e dai rapporti con gli altri consociati cui entra in contatto.

Difatti, la volontà del soggetto sarà sempre influenzata dai rapporti sociali, indipendentemente dalla tipologia di atto, bilaterale o unilaterale, che deciderà di compiere.³⁶

Per giunta, ove la volontà del disponente fosse stata estorta con dolo, troverebbe applicazione il rimedio dell'annullabilità dell'atto ex art 624 comma 1 c.c.³⁷. Di conseguenza, non si spiega il motivo per cui la presenza di semplici condizionamenti esterni, incidenti sulla volontà del *de cuius*, debba essere considerata quale causa di nullità del contratto successorio, quando nell'ipotesi di condotte fraudolente segue la diversa sanzione dell'annullabilità.³⁸

Si potrebbe altresì supporre che il divieto dei patti istitutivi si fondi sull'esigenza di tutelare, non tanto la libertà del disponente, quanto quella del futuro chiamato che perderebbe la facoltà di decidere sull'acquisto *mortis causa* al momento dell'apertura della successione in quanto vincolato dal contratto istitutivo stipulato con il disponente in vita.

A tal proposito, è bene precisare che l'ordinamento è contrario a qualsiasi decisione presa prima della morte del *de cuius* da parte del futuro chiamato, in

³⁵ In contrasto con la tesi succitata, si osserva che “l'assoluta indipendenza del volere, attesa la sua sicura irrealizzabilità, non può costituire realisticamente l'obiettivo perseguito dall'ordinamento”. C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit. p.46.

³⁶ Dottrina autorevole aggiunge che: “La volontà di ciascun individuo è la inevitabile risultante di influssi esterni” e che perfino “l'atto *mortis causa* non potrà mai essere espressione di una volontà scevra da condizionamenti”. C. CACCAVALE, op. ult. cit., p. 45.

³⁷ Ai sensi del comma 1 dell'art 624: “La disposizione testamentaria può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, di violenza o di dolo”.

³⁸ C. CACCAVALE, op. cit., p.45-46.

relazione all'accettazione o al rifiuto di quest'ultimo dell'acquisto per causa di morte.

Ciò non significa che la *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi possa consistere nella tutela della posizione del futuro chiamato, dal momento che la sua libertà non rimane necessariamente pregiudicata dal patto istitutivo.

Il contratto successorio, infatti, non per forza produce automaticamente e definitivamente i suoi effetti finali nella sfera giuridica del beneficiario dell'attribuzione al momento della morte del disponente. Il regolamento contrattuale potrebbe, a titolo di esempio, riservare la possibilità al beneficiario del lascito di diventare tale soltanto dopo aver espressamente deciso di accettarlo, in seguito all'apertura della successione. Nell'ipotesi ora individuata, la libertà decisionale del futuro chiamato verrebbe comunque garantita nonostante la stipulazione di contratto successorio istitutivo.³⁹

Sulla base delle teorie sopra esposte, si deve ritenere che l'inammissibilità dei patti successori istitutivi non possa basarsi sul presupposto che lo strumento contrattuale sia inidoneo a proteggere interessi meritevoli di tutela del disponente o del beneficiario.

Ne consegue che la questione circa l'individuazione e l'analisi della *ratio* del divieto di cui all'art 458 c.c., in relazione ai patti successori istitutivi, sembrerebbe rimanere ancora aperta e non trovare un riscontro positivo e definitivo in nessuna delle giustificazioni richiamate e contestate dagli studiosi.

Per questo motivo, la dottrina propende per l'abolizione totale⁴⁰ o parziale della norma in esame, "allo scopo di tutelare interessi che, secondo la

³⁹ A tal proposito, il legislatore potrebbe riconoscere il contratto successorio come valida fonte di regolamentazione della successione e nel medesimo tempo attribuirgli l'efficacia finale propria del testamento, per esempio "disponendo che in caso di istituzione contrattuale di erede, l'acquisto dell'eredità sia l'effetto di un'accettazione perfezionato *post mortem* e che il legato contrattuale sia liberamente rifiutabile dopo l'apertura della successione". D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 128- 129.

⁴⁰ Alcuni parlano di abrogazione completa, evidenziando l'inutilità dei patti istitutivi. Ma, a tal proposito, "sarebbe opportuno trarre esempio dalle legislazioni di quei paesi stranieri che reputano legittima l'istituzione contrattuale di erede o legatario ed eliminare, finalmente, anche nell'ordinamento italiano un tale intralcio all'autonomia privata, il quale nessuna altra spiegazione troverebbe se non quella della surrettizia imposizione ad opera del legislatore". C. CACCAVALE, op. cit., p. 43.

sensibilità contemporanea, siano ritenuti preminenti rispetto a quelli protetti dalla norma attualmente in vigore”⁴¹.

In definitiva, occorre concludere che il divieto di cui all’art 458 c.c. sia il mero frutto di una scelta politico-legislativa: il legislatore non vuole che le funzioni contrattuali possano operare nell’ambito della disciplina della successione *mortis causa*.

Quale è la vera ragione di tale scelta legislativa?

Innanzitutto, non appare condivisibile come giustificazione alla soluzione legislativa di escludere la legittimità dei patti successori istitutivi, la teoria della riprovevolezza degli interessi di natura egoistica perseguiti dal disponente.

Nella categoria dei contratti successori non rientrano soltanto contratti diretti a realizzare interessi di natura egoistica del disponente, ma anche contratti volti a realizzare interessi aventi natura altruistica, analogamente a quanto accade per mezzo del testamento.

D’altra parte, occorre precisare che il testamento non deve necessariamente essere contrassegnato dal perseguimento di un interesse di natura altruistica, tant’è vero che tale caratteristica non rientra nei requisiti essenziali cui deve contenere una disposizione per essere identificata come testamentaria⁴².

In sostanza, l’intento del legislatore non è quello di impedire che la formazione della volontà del disponente avvenga senza influenze o condizionamenti esterni, né che quello di evitare che la sua decisione sia presa in considerazione ad interessi egoistici. Piuttosto, si vuole impedire che l’atto con il quale si statuisce in relazione alla destinazione del proprio patrimonio per il tempo successivo alla propria morte, possa tendere alla programmazione di vicende estranee alla morte del *de cuius* e alla sua successione.

⁴¹ Sono le parole di D.A. D’ALOIA, op. cit., p. 129.

⁴² Si pensi al caso dell’onere testamentario che non sia diretto a procurare un incremento patrimoniale in favore di terzi, ma abbia ad oggetto un’attività del soggetto onerato, strumentale alla realizzazione di un interesse morale dello stesso disponente. In questo caso l’interesse del disponente, seppur non di natura patrimoniale, è pur sempre un interesse di natura egoistica. D.A. D’ALOIA, op. cit., p. 133.

Nell'ottica del legislatore, la coscienza sociale vuole che "le decisioni relative alla propria successione siano separate dalle scelte relative a vicende di natura diversa"⁴³.

Dunque, ai fini di trovare una giustificazione alla scelta legislativa, si potrebbe constatare che la norma imperativa di cui all'art 458 c.c. si ricolleggi all'idea tradizionale, propria del nostro ordinamento, concernente la successione *mortis causa*, vista come quella vicenda giuridica in cui l'aspetto meramente patrimoniale cede il posto alla centralità della persona, in considerazione della rilevanza che assume la morte dell'uomo.

Ne consegue che, seppur i fenomeni attinenti alla successione riguardino diritti di natura patrimoniale, al momento della morte entrano in gioco delle esigenze e dei valori irrinunciabili e del tutto "estranei alla logica del calcolo economico che anima l'autonomia privata in campo patrimoniale"⁴⁴.

Pertanto, l'intervento legislativo limitativo dell'autonomia negoziale, trova la sua ragion d'essere nel profondo valore etico e sacrale che la morte assume all'interno della realtà sociale⁴⁵.

In definitiva, si spiega il motivo per cui il diritto successorio è caratterizzato da una disciplina tendenzialmente statica e rigorosa: esso deve "fare i conti" con il delicatissimo evento della morte che implica non solo la perdita della titolarità dei rapporti giuridici facenti capo al defunto, ma comporta anche delle conseguenze sul nucleo familiare cui l'individuo apparteneva.

⁴³ D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 139.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Secondo alcuni autori, infatti, il divieto dei patti successori istitutivi sarebbe costituito da una "componente ideale": si fonderebbe sul valore etico della morte, come aspetto fondamentale della vita di una persona e sulla rilevanza morale e sociale degli interessi che si ricollegano con le decisioni individuali in materia successoria. F. LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970, p.289 ss.; D.A. D'ALOIA, op. cit.

Ancora, si sottolinea che a dispetto della sempre maggior importanza assunta dai valori della produttività e della efficienza economica, ancora oggi (come in passato) si continua ad attribuire un valore sacrale alle ultime volontà del *de cuius*. Quindi il legislatore, vietando il contratto successorio istitutivo, "ha voluto fare in modo che la volontà del disponente sia l'unica alla quale avere riguardo per la disciplina del fenomeno successorio", "con l'esclusione di ogni benché minima rilevanza della volontà di terzi soggetti" C. CACCAVALE, op. cit., p. 46-47.

1.3.2 La *ratio* del divieto dei patti successori dispositivi e rinunziativi.

I patti dispositivi e dei patti rinunziativi sono palesemente inidonei a porsi come fonte di delazione.

Difatti, colui che dispone di diritti successori, che eventualmente gli competeranno in virtù di una futura successione, non trasferisce all'acquirente la posizione di erede o legatario, la quale rimane in capo al dante causa. Analoga considerazione deve essere fatta in ordine al soggetto che rinunzia ai suoi diritti successori.

Dunque, ancora una volta, non può essere presa in considerazione la teoria della tipicità delle fonti di delazione come fondamento del divieto dei patti successori, soprattutto in relazione ai patti dispositivi e rinunziativi che non mostrano nessuna correlazione con le fonti di delazione, non potendo, per loro natura, essere considerati come tali ⁴⁶.

L'opinione tradizionale circa la *ratio* del divieto dei patti successori in esame richiama il rischio di prodigalità, nonché il rischio del *votum corvinum* o *votum captandae mortis*.

In particolare, il divieto troverebbe ragione d'essere in una duplice esigenza: tutelare, da un lato, giovani inesperti e prodighi che potrebbero essere indotti a dilapidare anticipatamente il patrimonio che – prevedibilmente – formerà oggetto di successione in loro favore; impedire, dall'altro, la stipulazione di convenzioni immorali e intollerabili, aventi come presupposto il decesso di un'altra persona, così da alimentare nello stipulante la speranza della morte altrui.

Sotto il primo profilo è evidente, con riferimento ai patti dispositivi, il pericolo riguardante gli atti lapidatori del patrimonio da parte di colui che imprudentemente decida di disporre anticipatamente di diritti che non solo non ha ancora acquistato, ma che nemmeno possono essere quantificati con esattezza. Per giunta, sotto un altro profilo, è altamente probabile che il

⁴⁶ Cfr. C. CACCAVALE, op. cit. p. 37 e ss.

disponente inizi a sperare nella morte di colui dal quale conta di ricevere, per successione *mortis causa*, i diritti di cui ha già disposto.

Particolari problemi si pongono con riferimento ai patti rinunziativi, dal momento che non sembra plausibile sostenere che il divieto si possa effettivamente fondare sull'esigenza di evitare il *votum corvinum*, dato che tale desiderio sarebbe riferibile esclusivamente a quei soggetti che traggono indirettamente vantaggio dall'altrui rinuncia.

Ebbene, i patti successori rinunziativi sono di regola caratterizzati dall'assenza di un corrispettivo a favore del rinunciante, elemento che fa scongiurare il rischio di una speculazione immorale. Inoltre, si contraddistinguono dalla mancanza di un soggetto direttamente beneficiario dei diritti rinunciati, i quali "non sono ceduti ad una controparte in senso tecnico, bensì fatti oggetto di una mera dismissione ed abdicazione"⁴⁷. Se al contrario la rinuncia avvenisse dietro corrispettivo, si ricadrebbe, più propriamente, nell'ipotesi di patto dispositivo, anziché in quella di patto rinunziativo⁴⁸.

Anche a voler prescindere da tali distinzioni, la tesi concernente l'esigenza di evitare il *votum captandae mortis*, quale *ratio* del divieto ex art 458 c.c., non può essere considerata del tutto fondata neppure in relazione ai patti successori dispositivi.

Occorre al tal punto evidenziare che il legislatore, in relazione ad altri istituti, non si è preoccupato di evitare il possibile verificarsi di atteggiamenti riprovevoli, consistenti nell'auspicare la morte altrui⁴⁹.

⁴⁷ Così afferma C. BERTI, op. cit., p. 154.

⁴⁸ La dottrina, infatti, afferma che: "proprio per la natura della rinuncia quale atto unilaterale, senza alcuna controparte all'infuori del soggetto abdicante, non può ammettersi una rinuncia che rimanga tale, pur essendo contenuta in un contratto a prestazioni corrispettive". Cfr. C. BERTI, op. cit., p. 154.

Altri autori, esaminando le possibili sovrapposizioni tra le due fattispecie (patti dispositivi e patti rinunziativi), fanno l'esempio dell'ipotesi in cui Tizio lascia a Caio un determinato diritto per il tempo in cui il primo avrà cessato di vivere e Caio, a titolo di corrispettivo, rinuncia ad esercitare l'azione di riduzione contro le donazioni e le altre disposizioni testamentarie poste in essere da Tizio; oppure Tizio istituisce erede Caio, il quale, a titolo di corrispettivo, si impegna a trasferire a Sempronio, dopo la morte di Tizio, un determinato bene compreso nell'eredità di quest'ultimo; e ancora Tizio istituisce erede Caio verso il corrispettivo della rinuncia anticipata, da parte di Caio, all'eredità del vivente Sempronio. Cfr. D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 145.

⁴⁹ Cfr. C. CACCAVALE, op. cit., p.39 ss.

Ne sono la dimostrazione alcuni contratti, legittimamente ammessi dal nostro ordinamento, da cui può derivare il rischio che il soggetto possa effettivamente sperare nella morte di un'altra persona.

Si può fare l'esempio dell'assicurazione sulla propria vita a favore del terzo, di cui all'art 1920 c.c., in cui appare altissima la probabilità che quest'ultimo possa sperare nella morte del soggetto assicurato.⁵⁰

Ancora, ai sensi dell'art 1919 comma 2 c.c.⁵¹, i soggetti possono stipulare un contratto di assicurazione in caso di morte altrui con la sola condizione che il terzo presti il proprio consenso circa la conclusione del contratto.

Ciò dimostra che i negozi che operano al momento della morte di un soggetto non siano in realtà ripudiati dal legislatore, al massimo la loro riprovevolezza può essere soltanto relativa, in quanto subordinata ad una valutazione della persona della cui morte si tratta.

Proseguendo l'indagine, è altresì criticabile la teoria secondo la quale il divieto dei patti successori, nel caso di specie di quelli dispositivi, sia posto a tutela di giovani inesperti e prodighi.

Il rischio di prodigalità deriva dall'oggetto dei patti dispositivi, il quale riguarda beni futuri in senso soggettivo o beni che si trovano o si troveranno in seguito nel patrimonio del futuro ed eventuale dante causa a titolo successorio⁵², rappresentando delle eccezioni legislativamente previste al principio generale espresso dall'art 1348 c.c.: *“La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvo i particolari divieti di legge”*.⁵³

⁵⁰ Così come non rileva per diritto positivo ai fini della validità del negozio, l'eventualità che chi abbia acquistato la nuda proprietà spera nella morte dell'usufruttuario. Infine, si può fare l'esempio che nell'ambito del rapporto societario si possa verificare il rischio che i soci possano fare affidamento nella morte di un altro socio nella speranza di continuare ad esercitare da soli l'attività sociale, cfr. art 2284 c.c.; C. CACCAVALE, op. cit., p. 40.

⁵¹ Secondo l'art 1919 c.c.: *“L'assicurazione può essere stipulata sulla vita propria o su quella di un terzo”* (comma 1). *“L'assicurazione contratta per il caso di morte di un terzo non è valida se questi o il suo legale rappresentante non dà il consenso alla conclusione del contratto. Il consenso deve essere provato per iscritto”* (comma 2).

⁵² Cfr. C. CACCAVALE, op.cit., p. 33.

⁵³ In sostanza, l'atto dispositivo può avere ad oggetto diritti di cui il disponente non sia attualmente titolare cfr. artt. 1472 c.c.; 1478 c.c. (rispettivamente disciplinanti la vendita con effetti obbligatori di cosa futura e la vendita di cosa altrui) purchè non si tratti di atti di natura donativa di cui all'art 771 c.c., mentre l'atto dispositivo di diritti successori non ancora appartenenti al disponente è proibito così come ogni atto idoneo a vincolare le decisioni del

Si vuole pertanto evitare che i privati possano compiere degli atti dispositivi in relazione a beni dei quali non hanno ancora la titolarità, in considerazione che ciascun individuo sia sicuramente “più propenso a privarsi di ricchezze che ancora non gli appartengano e che solo in futuro, eventualmente gli apparterranno”⁵⁴.

Gli studiosi, nell’analisi del divieto posto dall’art 458 c.c., richiamano altresì la disposizione in tema di donazione di cui all’art 771 c.c.⁵⁵ in quanto anch’essa non ammette la donazione di beni futuri dato l’elevato pericolo di prodigalità, in considerazione della gratuità dell’atto⁵⁶.

Tuttavia, è bene precisare che, mentre l’ordinamento vieta la donazione di beni futuri, in riferimento agli atti a titolo oneroso riconosce la possibilità, salvi i divieti espressamente previsti dalla legge⁵⁷, di disporre di beni futuri, ammettendo, in particolare, la vendita di cose future ex art. 1472 c.c., nonché la vendita di cose altrui ex art.1478 c.c.

Ebbene, il legislatore non sembra essersi preoccupato del rischio di prodigalità in relazione agli atti di alienazione anzidetti, motivo per cui il divieto dei patti successori dispositivi, seppur sia fatto salvo dallo stesso art. 1348, non può trovare giustificazione nella necessità di evitare un tale pericolo⁵⁸.

In conclusione, appare preferibile ritenere che, in linea con i recenti orientamenti dottrinali, la ragione del divieto ex art 458 c.c., in ordine ai patti dispositivi, debba fondarsi sulla necessità di eludere quegli accordi che “oltrepassino il riguardo verso l’altrui morte”, con particolare riguardo all’esigenza di evitare che “siffatto infausto evento risulti come vantaggio economico”⁵⁹.

futuro chiamato. Cfr. D.A. D’ALOIA, op. cit., p.155. Cfr. altresì C. CACCAVALE, op. cit., p. 33-34.

⁵⁴ Cit. C. CACCAVALE, op. cit., p. 51.

⁵⁵ Art 771 comma 1 c.c.: “*La donazione non può comprendere che i beni presenti del donante. Se comprende beni futuri è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati*”.

⁵⁶ C. CACCAVALE, op. cit., p. 51.

⁵⁷ Ricordato che i patti dispositivi sono atti a titolo oneroso, nei casi fatti salvi dalla legge rientra il divieto dei patti successori ex art 458 c.c.

⁵⁸ C. CACCAVALE, op. ult. cit., p. 52.

⁵⁹ Così C. BERTI, op. cit., p.152-153; cfr. C. CACCAVALE, op. cit., p. 51-52.

In altri termini, l'ordinamento proibisce i patti successori dispositivoi poiché offensivi e irrispettosi nei confronti dell'altrui morte, evento sacrale di cui bisogna aver riguardo. Per questo sarebbe inconcepibile, nonché immorale, porre un tale evento come presupposto di un atto.

Per quanto concerne il divieto dei patti rinunziativi, esso deve necessariamente essere integrato con la disposizione di cui all'art 557 comma 2 c.c., la quale sancisce che i legittimari non possono rinunciare al loro diritto di ridurre le donazioni finché il donante sia in vita, né con espressa dichiarazione, né tantomeno con assenso alla donazione.

Può aver avuto incidenza, nella previsione legislativa del divieto, l'esigenza derivante dal diritto romano di salvaguardare, in via prioritaria, la famiglia del disponente⁶⁰, problema attinente a questa categoria di patti, in quanto la rinuncia ad un'eredità non ancora aperta può essere vista come una rinuncia alla qualità di familiare da parte del rinunciante.

Tuttavia, la tesi anzidetta appare poco convincente, motivo per cui la dottrina si è concentrata su altre ragioni giustificatrici del divieto in esame.

In ordine agli atti rinunziativi potrebbe assumere maggiore rilevanza il pericolo di sperperi, dal momento che, a differenza degli atti di alienazione e analogamente alla donazione, si tratta di atti privi di corrispettivo maggiormente esposti al rischio di dilapidatori.⁶¹

Inoltre, posto che il rischio di prodigalità non attiene all'incidenza dell'atto sulla sfera giuridica del terzo, occorre precisare che la rinuncia, seppur non produca effetti nei confronti dei terzi, determina comunque un vantaggio economico a loro favore.

Di conseguenza, mentre la ragione giustificatrice del divieto dei patti successori dispositivoi non può trarre fondamento nella necessità di evitare atti di sperpero troppo avventati per i motivi già chiariti, in ordine ai patti rinunziativi

⁶⁰ Punto evidenziato da G. CASU, op. cit., p. 478.

⁶¹ Il rischio di atti dilapidatori per chi dispone di beni futuri deve valutarsi come più o meno grave a seconda del suo carattere oneroso o gratuito, dal momento che un conto è dare senza ricevere nulla in cambio, altra cosa è dare dietro qualcosa in cambio, seppur di minor valore. C. CACCAVALE, op. cit., p. 55.

tale esigenza è particolarmente sentita, viste le affinità che essi presentano con la donazione, la cui disciplina vieta espressamente le donazioni di beni futuri (art 771 comma 1 c.c.) per evitare atti di dilapidatori.

Tra l'altro, dal momento che il rischio di prodigalità è "connesso con la futuità del bene, potrebbe assumersi che la rinuncia ad un certo diritto sia nulla sebbene non si preveda che il successivo acquisto di quest'ultimo non si preveda avvenga a titolo successorio"⁶².

In altri termini, anche qualora il divieto in esame non fosse stato espressamente disciplinato dalla legge avrebbe comunque potuto evincersi dall'art 771 c.c., il quale vieta le donazioni di beni futuri per le medesime ragioni per cui non sono ammissibili i patti successori rinunziativi.

Per giunta, non solo l'art 771 comma 1 c.c., ma anche l'art 557 comma 2 c.c. esprime il medesimo principio, ossia quello di proteggere i privati dal rischio di compiere atti troppo avventati.

Pertanto, anche in tal caso, se il divieto dei patti rinunziativi non fosse stato sancito dall'art 458 c.c., si sarebbe comunque potuto desumere dalla disposizione anzidetta, concernente la rinuncia preventiva all'azione di riduzione.

Sempre in ordine al divieto dei patti rinunziativi, la dottrina ha effettuato un'ulteriore osservazione: ogni rinuncia proveniente da una successione non ancora aperta, proprio perché riguarda diritti futuri, dovrebbe essere considerata inammissibile - per indeterminatezza dell'oggetto ex art 1346 c.c.⁶³- a prescindere dalla natura del diritto oggetto della rinuncia e soprattutto a prescindere da un espresso divieto legislativo.⁶⁴

⁶² Cit. C. CACCAVALE, op. cit., p. 56.

⁶³ Sulla validità dell'oggetto del contratto, l'art. 1346 c.c. sancisce che: "*L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile*".

⁶⁴ "I diritti futuri, quando non rientrino nella categoria delineata dei diritti deferiti e delle aspettative di diritto, non possono costituire punto di riferimento di rinuncia. Sia nel caso in cui i diritti non esistono al momento della rinuncia, né nel patrimonio del rinunziante né in alcun altro patrimonio, sia in quello in cui esistono obiettivamente, ma appartengono ad altro titolare (diritti altrui) le eventuali rinunzie non sono in condizioni di generare effetti estintivi attualmente o in futuro". Cit. di A. BOZZI, richiamato da C. CACCAVALE, op. cit., p. 56 (nota 103).

Al di là degli orientamenti riportati, si deve altresì osservare che dal momento che la seconda parte dell'art 458 c.c. - *E' del pari nullo ogni atto con il quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi* - si riferisce a negozi che, seppur diversi, presentano un profilo oggettivo identico, riguardando diritti che non si trovano nel patrimonio del disponente. Di conseguenza secondo parte della dottrina, la *ratio* del divieto di tali negozi dovrebbe essere comune⁶⁵.

Per tale ragione, si ipotizza che la seconda parte dell'art 458 c.c., rappresenti un divieto unitario la cui *ratio* sarebbe volta a tutelare l'interesse morale del disponente o del rinunziante e la sua libertà di decidere o meno se succedere nei diritti a lui devoluti; posto che la decisione concernente gli acquisti *mortis causa* non dipenda soltanto da interessi patrimoniali, ma sia influenzata da valutazioni che prescindono dagli aspetti meramente economici e che vertono su circostanze personali destinate ad essere prese in considerazione soltanto al momento dell'apertura della successione⁶⁶.

Il legislatore avrebbe quindi voluto garantire al futuro chiamato la piena facoltà e libertà di decidere se succedere nei diritti a lui devoluti, precludendo la stipulazione di ogni atto idoneo a far esercitare anticipatamente (*ante mortem*) il suo potere decisionale o limitarne anche di fatto l'esercizio⁶⁷.

Secondo tale orientamento dottrinale, il divieto ex art 458 c.c. protegge il disponente o il rinunziante, non dal rischio di un impoverimento patrimoniale non adeguatamente ponderato, bensì dal rischio di decisioni moralmente o socialmente dannose per il futuro chiamato.

⁶⁵ Cfr. D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 145 e ss. Tra l'altro l'autore, come già riportato in nota (cfr. n. 44), riconosce senza dubbio la sovrapposibilità dei due istituti, essendoci atti rinunziativi che si celano dietro atti dispositivo e atti dispositivo che si celano dietro lo schema della rinunzia.

⁶⁶ Si ricorda che nella successione *mortis causa*, la fattispecie acquisitiva si fonda sull'ultima vicenda esistenziale che riguarda la persona e questo ha portato il legislatore a imporre che "ogni decisione in merito all'acquisto *mortis causa* sia presa *post mortem* e dunque in un momento in cui non soltanto sarà definita l'entità oggettiva dei beni relitti, ma sarà anche compiuto il quadro dei rapporti personali tra ereditando ed il chiamato". D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 150.

⁶⁷ In quest'ottica si ritiene che l'art 458 c.c. debba essere applicato ad ogni "atto idoneo ad escludere o limitare il libero esercizio del diritto di accettare/rinunziare l'eredità o il legato, una volta verificatasi la morte del *de cuius*, ivi inclusi i meri atti di accettazione dell'eredità e di adesione al legato posti in essere prima dell'apertura dell'altrui successione (...)". D.A. D'ALOIA, op. cit., p.149-152

Ebbene, il pericolo sussiste in tutti i casi in cui la decisione di acquistare o meno diritti successori sia presa prima della morte del *de cuius* e dunque prima che il chiamato sia in grado di conoscere i profili morali e sociali della vicenda successoria.

In quest'ottica la protezione degli interessi economici dei privati ha un ruolo secondario rispetto agli interessi morali connessi all'evento della morte, e la ripugnanza del nostro ordinamento verso accordi non curanti dei valori etici e sacrali derivanti dalla morte è già stata confermata nella precedente analisi vertente sulla *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi.

1.4 La nullità dei patti successori e le interferenze con altri istituti.

La norma imperativa di cui all'art. 458 c.c., prevede contro i patti successori il rimedio sanzionatorio della nullità.

In particolare, in ordine ai patti successori istitutivi si parla di nullità per illiceità della causa, mentre per i patti successori dispositivi e rinunziativi la nullità è prevista per l'illiceità dell'oggetto.

Dunque, in considerazione della sanzione che colpisce i patti successori, occorre analizzare gli istituti previsti dal Codice Civile - applicabili in tema di nullità - che possono interferire e trovare applicazione nei confronti negozi in esame; nonché quelle fattispecie non colpite da nullità, espressamente fatte salve dall'art. 458 c.c. a seguito dell'entrata in vigore della L. 14 febbraio 2006, n. 55.

1.4.1 La conversione del contratto nullo ex art. 1424 c.c.

Una prima analisi può essere effettuata in relazione all'istituto della conversione del contratto nullo disciplinato dall'art. 1424 c.c.⁶⁸.

⁶⁸ Ai sensi dell'art 1424 c.c. *“Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”*.

Nello specifico, ci si è interrogati sulla applicabilità dell'istituto in esame ai patti successori invalidi ex art. 458 c.c., ossia sulla possibilità di “recuperare” un patto successorio nullo.

Prima di entrare nel merito, occorre mettere in luce i presupposti ai fini dell'operatività dell'istituto in esame.

In primo luogo, attraverso la conversione il contratto nullo ha la possibilità di produrre gli effetti di un contratto diverso e perfettamente valido, purchè il negozio invalido contenga i requisiti di sostanza e di forma del negozio diverso e la volontà che ha indotto le parti a stipulare un contratto nullo si possa orientare verso gli effetti di un altro contratto, attraverso l'apprezzamento dell'intento dei contraenti da parte del giudice ⁶⁹.

Ebbene, la conversione del patto istitutivo nullo in un valido testamento non può operare visto e considerato che lo strumento testamentario, non solo presenta una struttura unilaterale diversa da quella bilaterale del negozio da convertire, ma è del tutto inidoneo a realizzare lo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione di un contratto⁷⁰.

Per avvalorare tale posizione, si deve menzionare la pronuncia giurisprudenziale secondo la quale se si ammettesse la conversione del patto successorio nullo in un valido testamento si realizzerebbe proprio quel risultato espressamente vietato dal legislatore di vincolare la volontà del testatore al rispetto di impegni assunti con terze persone, concernenti la propria successione⁷¹.

⁶⁹ La conversione non è né un recupero del contratto né una sanatoria che avviene per volontà delle parti. Non rileva alcuna volontà delle parti di preservarlo o in qualche modo eliminare la causa di nullità del contratto perché il suo contenuto rimane fermo e si tratta solo di verificare quelli che sono i presupposti ex art 1424 c.c. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 491.

⁷⁰ Al riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui la conversione del negozio nullo presuppone, tra il negozio nullo e il negozio di riconversione, un'identità di struttura, per cui un contratto (atto avente struttura bilaterale) non può essere convertito in un testamento (atto avente struttura unilaterale); e tenendo altresì conto che convertendo un patto successorio in un testamento si realizzerebbe uno scopo vietato dalla legge. Precisazione inserita da G. CASU, op. cit., p. 501.

⁷¹ Cass Civ., Sez. II., 19 Novembre 2009, n. 24450. Tale sentenza costituisce una conferma dell'orientamento consolidato in Cassazione in materia di divieto dei patti successori, inoltre la sentenza ritorna anche su ciò che è configurabile come patto successorio e conseguentemente non suscettibile di conversione ex art 1424 c.c.: rientrano in questa categoria sia le convenzioni

1.4.2 Il patto di famiglia.

Ai sensi dell'art. 768 *bis* c.c., il patto di famiglia è *“il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote ad uno o più discendenti”*.

Il patto di famiglia è stato introdotto nel nostro ordinamento con la Legge del 14 febbraio 2006 n. 55, la quale ha altresì modificato l'art. 458 c.c. nella parte in cui fa salva la validità della disciplina di cui agli artt. 768 *bis* e ss.⁷².

Il patto in questione si pone come un istituto parzialmente derogatorio del divieto dei patti successori, essendo volto a pianificare anticipatamente la successione con il fine di garantire la continuità nella gestione dell'azienda o delle partecipazioni sociali ed agevolarne, altresì, il passaggio generazionale senza dispute tra i familiari.

In altri termini, la disciplina in esame mira ad evitare che il frazionamento dell'impresa dovuto da possibili contenziosi successori ovvero la cattiva e litigiosa gestione dell'impresa da parte dei contitolari, possano pregiudicarne il valore e la consistenza o addirittura determinarne una crisi ⁷³.

aventi ad oggetto sia una vera e propria istituzione di erede rivestita nella forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta ed è su quest'ultima tipologia che si concentra maggiormente l'attenzione della sentenza.

⁷² Il progetto per l'introduzione del patto di famiglia trae la sua origine nella Raccomandazione della Commissione CE del 7 dicembre 1994 n. 1069 sulla successione delle piccole e medie imprese, nella quale si sollecitavano gli stati membri a rendere più efficienti le norme successorie regolatrici del trasferimento piccole/medie imprese alla morte dell'imprenditore. In tale Raccomandazione *“si auspicava espressamente l'attenuazione del divieto dei patti successori e la trasformazione della riserva calcolata in natura in riserva calcolata in valore”*.

In Italia la Raccomandazione CE fu recepita dal Consiglio nazionale delle ricerche che promosse una ricerca presentata e illustrata in un convegno di studio del 1997 a Macerata. I risultati di tale convegno furono presi come spunto per la presentazione di un disegno di legge del Sen. Andrea Pastore che non venne approvato nel corso della XII legislatura, ma che venne successivamente ripresentato nell'identico contenuto e contribuì all'approvazione della legge in esame. G. CASU, *op. cit.*, p. 532- 533.

⁷³ Prima della riforma del 2006, le norme successorie costituivano un ostacolo per la trasmissione dell'impresa da una generazione all'altra. Il disponente, non potendo stipulare il patto di famiglia, avrebbe potuto trasmettere l'azienda attraverso lo strumento testamentario, operando una divisione: attribuendo l'azienda ad un figlio e compensando gli altri figli in denaro o con altri beni ereditari, lasciando però *“aperta la possibilità di liti qualora il valore dell'azienda avesse ecceduto il disponibile”*. Così come l'imprenditore avrebbe potuto donare in vita

Il legislatore del 2006 ha quindi consentito la commercializzazione anticipata sia dell'impresa individuale che di quella collettiva, attraverso la cessione rispettivamente dell'azienda e delle partecipazioni sociali, purchè con l'accordo dei rimanenti discendenti e dell'eventuale coniuge.

Quest'ultima condizione è posta dall'art. 768 *quater* c.c.⁷⁴ e risponde all'esigenza di tutelare i diritti successori dei legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie, la cui quota dovrà essere necessariamente liquidata in danaro o in natura, salvo che vi rinuncino in tutto o in parte.

Ebbene, mentre secondo l'art. 768 *bis* c.c., le parti del contratto sembrerebbero essere unicamente il trasferente (l'imprenditore⁷⁵ o il titolare di partecipazioni societarie) e gli assegnatari discendenti del trasferente, ai sensi dell'art. 768 *quater* c.c. devono necessariamente partecipare all'accordo anche tutti coloro che rivestirebbero la qualità di legittimari se in quel momento si aprisse la successione del disponente, tra cui il coniuge⁷⁶.

l'azienda ad un figlio ed "operare altre donazioni o attribuzioni testamentarie compensative, a favori degli altri, ma anche in tal caso non avrebbe potuto prevenire liti, qualora i successori avessero reclamato diritti fondati sulla legittima". A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, op. cit., p. 1379.

Tuttavia, "incerta interpretazione del testo, dovuto alla sua imprecisione tecnica, e le limitazioni di esso appone ai rimedi dei legittimari non lascia bene sperare sul contenuto della litigiosità, che, in materia successoria è molto alta". G. ALPA, *Le successioni*, in *Manuale di diritto privato*, IX, Cedam, 2015, p. 818.

⁷⁴ In virtù dell'art 768 *quater* c.c., "al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. (comma 1)

Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinuncino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura". (comma 2)

⁷⁵ Il testo dell'art 768 *bis* c.c. in realtà è inesatto perché "si può essere imprenditori anche senza essere titolari di un'azienda e si può essere titolari di un'azienda anche senza essere imprenditori". Nel caso di specie occorre che l'imprenditore sia anche l'effettivo titolare dell'azienda, anche se altra dottrina, interpretando estensivamente il dettato normativo, ritiene che il disponente possa essere il semplice titolare dell'azienda senza svolgere attività imprenditoriale. Per quanto concerne le partecipazioni societarie, un orientamento dottrinale ritiene che esse debbano comportare anche poteri gestori, dovendosi valutare caso per caso l'entità della partecipazione societaria, mentre altra parte della dottrina prescinde dall'entità delle partecipazioni societarie, nonché dall'esistenza dei poteri gestori poiché ciò implicherebbe un'incertezza nei rapporti giuridici. G. ALPA, op. cit., p. 815.

⁷⁶ Nell'impostazione originaria del progetto di legge, la partecipazione del coniuge al patto di famiglia non era prevista e ciò sia per evitare il rischio di successivi matrimoni dell'imprenditore

Secondo la dottrina maggioritaria, la mancata partecipazione al patto da parte del legittimario non assegnatario implica la nullità del contratto.

Per quanto concerne i legittimari impossibilitati a partecipare al patto perché non in vita al momento della stipulazione dello stesso, essi possono richiedere ai beneficiari del patto⁷⁷ la liquidazione della quota che gli sarebbe legittimamente spettata se avessero potuto partecipare alla conclusione del contratto aumentata degli interessi legali, in linea con quanto disposto dall'art. 768 *sexies* c.c.

Il legislatore non prevede solo dei requisiti soggettivi circa le qualità delle parti che possono stipulare e partecipare al patto di famiglia, ma fissa anche dei requisiti oggettivi, individuando espressamente i beni che possono formare oggetto del contratto: l'azienda o le quote di partecipazione societaria. Da qui deriva il limitato ambito di applicazione del contratto in esame.

In ordine alle modalità di perfezionamento del contratto, si tratta di un contratto consensuale che quindi si perfeziona con il solo consenso delle parti. Quanto agli aspetti formali, si tratta di un contratto solenne per il quale è espressamente disposta la forma di atto pubblico sotto pena di nullità⁷⁸.

La dottrina si è interrogata sulla natura del patto in esame: il patto rappresenta un negozio *inter vivos* produttivo di effetti *post mortem* che mette al

che “avrebbero inevitabilmente posto a repentaglio le conclusioni del patto sulla ripartizione dei costi dell'intera operazione”; sia perché privo di senso includere nel patto soggetti di una certa età. G. CASU, op. ult. cit., p. 537. Cfr. altresì ZOPPINI, *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il Sole-24 ore*, 3 febbraio 2006, 27; secondo cui “se il fine del nuovo istituto è quello di favorire il passaggio generazionale della ricchezza, è illogico che debba necessariamente partecipare al patto il coniuge”.

Occorre infine effettuare un'ulteriore importante precisazione: per coniuge deve intendersi anche la parte dell'unione civile. Ciò a seguito dell'entrata in vigore della L. 20 Maggio 2016 n.76 concernente le unioni civili che, in relazione alla disciplina del patto di famiglia, ha previsto l'applicazione delle relative disposizioni anche alle unioni civili. Pertanto, la parte dell'unione civile dovrà partecipare al contratto che costituisce il patto di famiglia, essendo la sua figura equiparata a quella del coniuge cui la legge riserva la quota di legittima.

⁷⁷ Per beneficiari si deve intendere, in tal caso, non solo i soggetti assegnatari dei beni oggetto del patto di famiglia, ma anche i legittimari partecipanti al patto che abbiano ricevuto la liquidazione di cui al secondo comma dell'art 768 quater c.c. o le attribuzioni patrimoniali di cui al terzo comma dello stesso articolo. Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, op. cit., p. 1382.

⁷⁸ Si discute se sia necessaria la presenza dei testimoni in sede di formazione dell'atto, dal momento che il legislatore si è limitato a prescrivere l'atto pubblico pena nullità, senza ulteriori specificazioni, ma si propende per la tesi negativa. Cfr. G. CASU, op. cit., p. 536; Cfr. G. ALPA, op. cit., p. 817.

riparo gli assegnatari dalle pretese degli altri soggetti partecipanti al patto ed assicura ai legittimari sopravvenuti, che non hanno potuto concludere il contratto, diritti che non pregiudicano l'acquisto degli assegnatari.

Non vi è dubbio che, in merito al patto di famiglia, non possa parlarsi di donazione, non essendo ravvisabile l'*animus donandi* come unico connotato del patto. Si potrebbe, infatti, riscontrare il desiderio del disponente di “perpetuare il successo dell'impresa anticipandone nel tempo, quando ancora egli è in vita, l'assegnazione a soggetto capace che dia garanzie di continuità”⁷⁹.

Si tratta senz'altro di un atto, seppur non donativo, di liberalità, sia in ragione della sua gratuità, non avendo il legislatore previsto alcun corrispettivo da versare a fronte del trasferimento dei beni; sia in ragione dell'arricchimento dell'assegnatario dell'impresa (o delle partecipazioni societarie) oggetto del patto.

Quanto alla causa contrattuale, il tema è alquanto dibattuto in dottrina, tuttavia appare preferibile ritenere che la stessa, anziché attenersi ai rapporti familiari, consista nel “trasferimento di beni attuali al fine della continuazione dell'attività di impresa”⁸⁰.

Per concludere la trattazione sul il patto di famiglia, occorre chiedersi se lo stesso possa essere considerato un patto successorio.

Non vi è alcun dubbio che la disciplina del patto di famiglia di cui agli artt. 768 *bis* e ss. deroghi alcuni principi propri del diritto successorio.

Nello specifico, una peculiarità concerne la valutazione del valore dei beni che costituiscono la massa ereditaria, la quale deve essere effettuata non al momento dell'apertura della successione, ma in sede di stipulazione del patto di famiglia.

Inoltre, le quote dei legittimari, non assegnatari del complesso aziendale oggetto del patto, dovranno essere compensate con denaro oppure con i beni

⁷⁹ Sono le parole di G. CASU, op. cit., p. 536.

⁸⁰ Così dispone G. ALPA, op. cit., p. 816. Tra l'altro, secondo l'autore, l'interesse perseguito dalle parti nel patto di famiglia non tutela solo la posizione dell'imprenditore e dei beneficiari, ma anche “l'interesse economico generale, perché si presume che l'imprenditore scelga come beneficiari i soggetti che meglio di altri potrebbero continuare l'esercizio dell'impresa in modo abile e fattivo”.

dell'assegnatario dell'azienda e soltanto in via eventuale con i beni dell'imprenditore dante causa, diversamente da quanto previsto dalla disciplina successoria secondo cui i legittimari devono soddisfarsi sulla massa ereditaria.

Appurata la presenza di deroghe ad alcune disposizioni successorie nella disciplina del patto di famiglia, non si può comunque affermare che il patto di famiglia possa realizzare un patto successorio e costituire un'eccezione al divieto di cui all'art. 458 c.c., seppur il legislatore lo considera formalmente come tale.

Difatti, nel patto di famiglia il trasferimento patrimoniale avviene al momento del compimento dello stesso atto, mentre nei patti successori il trasferimento è subordinato alla morte del disponente.

In altri termini, viene anticipata la vicenda successoria, consentendo il trasferimento dell'impresa o delle partecipazioni societarie quando il disponente è ancora in vita.

La successione *mortis causa* opererà a prescindere dalla stipulazione del patto di famiglia, di conseguenza i legittimari, assegnatari o meno dell'impresa, avranno la facoltà di accettare o rinunciare all'eredità, seppur detratta del complesso aziendale o delle partecipazioni sociali che hanno anteriormente formato oggetto del patto di famiglia e che, essendo trasferiti in vita, non potranno cadere in successione⁸¹.

L'operazione mira a separare il complesso aziendale ceduto con il patto di famiglia, dalla futura successione, pertanto "si tratta di un vero e proprio atto tra vivi e non in vista della morte del disponente"⁸².

Per tali ragioni, il patto di famiglia non attiene sicuramente ad un patto successorio istitutivo, in quanto prevede semplicemente il trasferimento di beni dal titolare ai propri discendenti attraverso un atto *inter vivos*. Né può essere ricondotto al patto successorio dispositivo poiché gli effetti di quest'ultimo iniziano a decorrere sempre al momento dell'apertura della successione e non sin dalla stipulazione dell'atto, come avviene nel patto di famiglia.

⁸¹ Anche se indirettamente se ne calcolano gli effetti, sia con l'esonero da collazione e riduzione, sia con riguardo alle imputazioni e sia con i rimedi concessi nei confronti dei soggetti non beneficiari. G. ALPA, op. cit., p. 817.

⁸²G. CASU, op. cit., p. 540.

Al massimo, il patto di famiglia potrebbe ricondursi ad un patto successorio rinunziativo, in quanto i partecipanti del primo rinunciano, sin dal momento della stipulazione, a far valere le proprie ragioni sui beni che sarebbero loro spettanti al momento dell'apertura della successione, in virtù del coordinato disposto con ultimo comma dell'art. 768 *quater* c.c.⁸³c.c. Tuttavia, non sembrerebbe comunque opportuno un richiamo ai patti successori poiché “non di rinuncia in vita, a successione non ancora aperta, si dovrebbe parlare, bensì di disposizione legislativa che rende del tutto inoperante sia la collazione che l'azione di riduzione”⁸⁴, limitatamente ai beni oggetto del patto di famiglia.

1.5 Le promesse unilaterali e contrattuali di testare.

Le promesse di fare testamento rientrano tra gli atti volti a far sorgere un obbligo a disporre *mortis causa*.

Occorre tuttavia distinguere fra le promesse dirette a costituire un mero vincolo morale a carico del promittente e quelle da cui scaturisce un vero e proprio vincolo giuridico a disporre in futuro della propria successione. Soltanto queste ultime sono rilevanti ai fini della trattazione poiché le prime sono inidonee a produrre effetti obbligatori e non hanno alcuna incidenza sul successivo testamento quand'anche sia conforme alla promessa.

Diversamente, le promesse da cui deriva un vero e proprio *vinculum iuris*, che si dividono ulteriormente in promesse contrattuali e promesse unilaterali a seconda che il disponente sia o meno obbligato nei confronti di un altro soggetto, sono idonee a provocare l'invalidità del testamento perfezionato in adempimento della precedente promessa⁸⁵.

⁸³ Secondo l'ultimo comma art 768 *quater* c.c.: “quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione”.

⁸⁴ Cit. G. CASU, op. cit., p. 542.

⁸⁵ Occorre evidenziare che la promessa vincolante di fare testamento deve essere distinta contratto preliminare del contratto successorio. la distinzione tra le due fattispecie si basa sulla prestazione che forma oggetto dell'obbligazione. Ebbene, nel primo caso il promittente si obbliga a dettare una determinata disposizione testamentaria; nel secondo caso le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto successorio. D.A. D'ALOIA, op.cit., p. 212.

Secondo la dottrina prevalente, la nullità delle promesse unilaterali e di quelle di natura contrattuale trarrebbe origine da due disposizioni diverse.

La prima tipologia di promesse sarebbe nulla per violazione dell'art. 1987 c.c.⁸⁶ ed in particolare del principio di tipicità delle promesse unilaterali, non essendovi alcuna disposizione che preveda l'obbligatorietà della promessa unilaterale di fare testamento⁸⁷.

La promessa contrattuale sarebbe nulla per contrasto con il divieto ex art. 458 c.c., il quale non opererebbe solo nelle ipotesi di contratto immediatamente dispositivo della successione.

Pertanto, qualora il patto non rappresenti una volontà attuale, ma solo l'impegno volto a realizzare successivamente una certa attribuzione *mortis causa*, esso avrà effetti obbligatori. Tuttavia, anche il patto successorio con effetti obbligatori è vietato⁸⁸, in quanto il tenore delle disposizioni contenute sono comunque idonee a condizionare la futura ultima volontà, compromettendo

⁸⁶ Ai sensi dell'art 1987 c.c. "la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dai casi ammessi dalla legge".

⁸⁷ Tale orientamento non è però esente da critiche. Difatti, secondo parte della dottrina, "la dichiarazione del promissario di volere assumere un'obbligazione di fare testamento non è affetta da nullità per violazione di una norma imperativa (art 1987), ma riceve la qualifica di atto formativo di una più ampia fattispecie contrattuale, la cui formazione dipende dall'inverarsi di uno degli schemi descritti dagli artt. 1326 c.c. e ss."

In altre parole, la promessa di fare testamento indirizzata nei confronti di uno o più soggetti determinati, in assenza di un inquadramento normativo che la qualifichi come atto unilaterale, ha sempre natura contrattuale; al contrario si può parlare di promessa unilaterale, riconducibile allo schema di cui all'art 1989 c.c., nel caso della promessa al pubblico di testare a favore di una persona che si trovi in una determinata situazione o compia una certa azione. Le osservazioni appena riportate sono di D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 206 e ss.

⁸⁸ Secondo la giurisprudenza "ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art 458 c.c. nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o di legatario. Tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento. Conseguentemente deve essere esclusa la sussistenza di un patto successorio quando tra le parti non sia intervenuta alcuna convenzione e la persona della cui eredità trattasi abbia solo manifestato verbalmente all'interessato o a terzi l'intenzione di disporre dei suoi beni in un determinato modo, atteso che tale promessa verbale non crea alcun vincolo giuridico e non è quindi idonea a limitare la piena libertà di testare che è oggetto di tutela legislativa" (Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2000, n. 5870).

la libertà del disponente ed in particolare la sua facoltà di revocare il testamento⁸⁹.

1.5.1 Aspetti critici delle promesse contrattuali di testare: la mancata violazione dell'art. 458 c.c. e l'applicabilità dell'art. 679 c.c.

Fatto salva la fondatezza delle tesi succitate, in questa sede si intendono esaminare alcune critiche sollevate da una diversa corrente di pensiero, secondo cui la nullità della promessa contrattuale di testare non si fonderebbe, come ritiene la dottrina unanime, sul divieto dei patti successori⁹⁰.

Difatti, posto che la promessa di testare non comporti la disposizione immediata della propria successione bensì l'obbligo di predisporre in futuro una determinata disposizione successoria attraverso il testamento, l'art. 458 c.c. non può essere applicato in via diretta alla fattispecie in esame, in quanto vieta i contratti immediatamente dispositivi della propria successione. Ancora, secondo tale orientamento, l'art. 458 c.c. non potrebbe applicarsi in via analogica alla promessa contrattuale di testare poiché le fattispecie analizzate non presenterebbero la medesima *ratio*⁹¹.

Senza alcun dubbio, la promessa contrattuale di fare testamento si pone in conflitto con il principio della libertà testamentaria pertanto, alla luce dei vari dibattiti dottrinali circa il fondamento del divieto dei patti successori e le esigenze che mira a salvaguardare, sarebbe più corretto richiamare l'art. 679 c.c., espressione del principio anzidetto, piuttosto che l'art. 458 c.c. che mira a tutelare anche altri valori.

⁸⁹ In questo caso si tratterebbe di un preliminare del testamento inammissibile in virtù dei caratteri propri del testamento ed altresì estraneo alla lettera dell'art 1351 c.c. oltre che incoercibile ai sensi dell'art 2932 c.c. Si deve aggiungere che la possibilità di raggiungere il risultato pregiudizievole vietato dal legislatore ex art 458 c.c. e la prospettiva di una sentenza costitutiva ex art 2932 c.c. porta ad estendere la nullità anche ai negozi obbligatori preparatori al trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale. L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1977, p. 48-50; Cfr. A. SPATUZZI, op. cit., p. 1018 e ss.

⁹⁰ Cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 208 e ss.

⁹¹ *Ibidem*.

La disposizione appena richiamata (art. 679 c.c.) garantisce, infatti, la revocabilità del testamento al fine di tutelare la volontà testamentaria. A tal proposito, la rinuncia alla facoltà di revocare o mutare le proprie disposizioni testamentarie può consistere non soltanto nella promessa di non revocare un determinata disposizione testamentaria, ma anche “nella promessa di fare un nuovo testamento che revochi per incompatibilità il precedente”⁹².

In conclusione, secondo tale orientamento dottrinale, l’illeceità della promessa di testare più che giustificarsi nell’inosservanza del divieto dei patti successori, si fonderebbe sulla violazione dell’art. 679 c.c., ossia sulla violazione della facoltà di revocare il testamento.

Messa in risalto tale critica, appare comunque preferibile procedere all’analisi del testamento esecutivo di una promessa contrattuale, considerando la stessa come un patto successorio con effetti obbligatori lesivo del divieto di cui all’art. 458 c.c., in linea con la dottrina prevalente.

1.5.2 Il testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio.

Si può parlare di testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio soltanto in presenza di due condizioni: la prima consiste nella conformità del contenuto della disposizione testamentaria a quello della promessa; la seconda condizione riguarda la necessità che la decisione del disponente di fare quel determinato testamento sia stata influenzata in modo determinante dal precedente impegno e non si fondi esclusivamente su ragioni estranee.

Pertanto, secondo l’opinione prevalente, il problema non riguarda né il testamento il cui contenuto sia difforme da quello prefigurato nella promessa, né il testamento in cui le ragioni che hanno mosso il *de cuius* a testare dipendano da fattori esterni, indipendenti rispetto alla promessa assunta in un momento

⁹² Cit. D.A. D’ALLOIA, p. 210.

Secondo l’autore appare evidente che la promessa di fare testamento costituisca un’ipotesi particolare di promessa di fare testamento.

precedente, seppur il contenuto della disposizione testamentaria corrisponda alla stessa⁹³.

La disposizione testamentaria meramente attuativa della promessa di testare – o di un patto successorio con effetti obbligatori - è considerata da dottrina e giurisprudenza sì invalida, ma sulla base di soluzioni differenti.

Una prima spiegazione circa l'inammissibilità del testamento esecutivo di patto successorio con effetti obbligatori, la si può ravvisare in virtù del coordinato disposto ai sensi dell'art. 624 comma 2 c.c.⁹⁴. Posta la nullità del patto successorio obbligatorio, nessun vincolo a disporre per testamento può validamente sorgere, con la conseguenza che qualora il testatore disponga nel modo stabilito nel patto considerandosi erroneamente obbligato, la sua volontà dovrà considerarsi viziata in quanto rappresentante una falsa percezione della realtà giuridica. Lo stesso vale nel caso in cui il *de cuius* sia stato spinto a fare testamento per effetto di una condotta fraudolenta o violenta tenuta dal terzo interessato⁹⁵.

In queste circostanze, il rimedio previsto dal Codice Civile contro il testamento esecutivo è quello dell'annullabilità, purchè sia fornita la prova del vizio. Tuttavia, se è vero che attraverso l'esecuzione di un patto successorio obbligatorio possa essere pregiudicata la libertà di testare del *de cuius*, il testamento derivante dall'attuazione della convenzione successoria non potrà mai considerarsi affetto da un vizio di volontà e quindi annullabile, entrando in gioco valori cui il legislatore ha riconosciuto una protezione tale da prevedere la sanzione di nullità ex art. 458 c.c.⁹⁶

⁹³ Cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 203-204.

⁹⁴ Art 624 comma 2 c.c. "*L'errore sul motivo, sia esso di fatto o di diritto, è causa di annullamento della disposizione testamentaria, quando il motivo risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre*".

⁹⁵ In quest'ottica, "il testamento esecutivo in quanto tale non presenta alcuna anomalia sotto il profilo strutturale o funzionale e ad essere viziato è il solo processo di formazione della volontà del testatore che potrebbe essere stato turbato dall'errore di diritto, dal dolo o dalla violenza". Così afferma D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 215.

⁹⁶ "Se è vero che mediante l'attuazione di un patto successorio ne escono vulnerati valori come la libertà testamentaria, compresa quella di revoca, la reazione dell'ordinamento non potrà dimensionarsi su di un paventato vizio del volere, ma coerentemente con l'illeceità del patto e con la sanzione disposta dall'art 458 c.c., dovrà più correttamente sfociare nella più radicale nullità". Così dispone A. SPATUZZI, op. cit., p. 1019.

Per tale ragione, il fondamento dell'invalidità della disposizione testamentaria, perfezionata in adempimento di una promessa vincolante di testare, non può ravvisarsi nell'art. 624 c.c., in quanto prevede un rimedio sanzionatorio - quello dell'annullabilità - non idoneo a tutelare le esigenze cui mira a salvaguardare la disposizione sul divieto dei patti successori.

Pertanto, nonostante la sanzione di nullità del testamento esecutivo di un patto successorio sia largamente sostenuta in dottrina e in giurisprudenza⁹⁷, non appare condivisibile l'idea che la stessa possa trovare giustificazione direttamente dallo stesso art. 458 c.c. In quest'ottica, la nullità di un patto successorio non si estenderebbe anche a tutti quegli atti che ne diano esecuzione, tra cui lo stesso testamento condizionato dal vincolo obbligatorio derivante dal precedente patto.

Ebbene, ai fini di inquadrare la nullità testamento esecutivo entro uno schema normativo idoneo e in grado di rispettare le esigenze di cui all'art. 458., si potrebbe pensare di ricorrere all'art. 635 c.c.⁹⁸ che sancisce la nullità della disposizione del testatore fatta a condizione di reciprocità, ossia con il fine di trarre a sua volta beneficio dalla disposizione testamentaria di colui che ha chiamato all'eredità - a titolo universale o a titolo particolare - venendo meno la spontaneità che caratterizza la volontà testamentaria.

In tal senso, la nullità di cui all'art. 458 c.c. in ordine alla convenzione bilaterale dovrebbe estendersi anche alla disposizione testamentaria esecutiva della prima, in virtù del coordinato disposto dall'art. 635 c.c.

⁹⁷ Posto che la disposizione testamentaria esecutiva di un patto successorio, segnatamente ad un patto istitutivo, è colpita da nullità, la giurisprudenza d'altra parte escluso la nullità delle disposizioni testamentarie, delle quali si evinca che la conoscenza delle volontà dei due testatori, come desumibile dalla lettura delle rispettive schede è espressiva di motivazioni da essi liberamente condivise di natura affettiva e morale, ispirate dall'intento di perpetuare ricordi e fasti familiari, piuttosto che di creare vincoli reciproci di giuridico rilievo, limitativi della libertà (T. Gorizia 04/04/2000). Inoltre, secondo giurisprudenza recente, la presenza all'intero della disposizione testamentaria dell'inciso "come d'accordo" non può essere considerata come circostanza sufficiente a ritenere che il testamento costituisca l'adempimento di un patto successorio, se non risulti fornita la prova non solo dell'esistenza di detto accordo, ma anche del fatto che il medesimo abbia costituito l'unico motivo che ha determinato il testatore a disporre (T. Belluno 14/03/2019). Da <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, Codice civile Commentato.

⁹⁸ Secondo l'art 635 c.c. "*E' nulla la disposizione a titolo universale o particolare fatta dal testatore a condizione di essere a sua volta avvantaggiato nel testamento dell'erede o del legatario*".

Si tratta però di un'eccessiva forzatura, e per giunta l'art. 635 c.c. si limita a disciplinare il testamento condizionante senza nulla prevedere in ordine al testamento condizionato, così come accade in relazione alla disposizione di cui all'art. 458 c.c., da cui deriva la sola nullità del patto successorio obbligatorio e non anche quella del testamento che ne scaturisce⁹⁹.

Inoltre, non potrebbe pacificamente ammettersi la diretta estensione della norma al testamento attuativo del patto successorio obbligatorio, visto che la nullità prestabilita dalla disposizione concerne le sole convenzioni bilaterali e non anche gli atti unilaterali come il testamento¹⁰⁰.

Un altro articolo cui la dottrina fa riferimento è l'art 626 c.c.¹⁰¹ che sancisce la nullità della disposizione testamentaria per motivo illecito¹⁰², purchè risulti essere l'unica ragione che abbia indotto il testatore a disporre¹⁰³.

Nell'ipotesi in cui vi sia concorso di più motivi è necessario, affinché venga caducata l'intera disposizione testamentaria, che il motivo illecito connesso alla precedente promessa contrattuale di testare, sia stato il solo a determinare la volontà del *de cuius* di disporre, a prescindere dalla liceità degli altri motivi non decisivi. In caso contrario, anche un solo motivo lecito sarà idoneo a mantenere valida la disposizione testamentaria.

⁹⁹ È significativo in tal senso anche l'art 679 c.c. che si limita a sancire la nullità delle clausole che derogano al divieto prescritto - "*non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie: ogni clausola o condizione contraria non ha effetto*" - senza pronunciarsi sulla sorte dell'intero regolamento testamentario da questo incorporate. Analisi di A. SPATUZZI, op. cit., p. 1020 e ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Secondo l'art 626 c.c. "*Il motivo illecito rende nulla la disposizione testamentaria quando risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre*"

¹⁰² Tradizionalmente i motivi vengono identificati in quelle ragioni di indole psicologica o in quelle circostanze soggettive che conservano un ruolo di estraneità in ordine alla struttura del negozio, salvo poi ad immettersi, traducendosene in una modalità accidentale. L. SCALIA, *La nullità e l'inefficacia delle disposizioni testamentarie in Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Vol. I, Cedam, 2010, p. 1277.

¹⁰³ Secondo la dottrina prevalente, non necessariamente il motivo illecito deve essere espressamente enunciato nel testamento, ma potrebbe anche desumersi intrinsecamente dal testamento, dal complessivo significato testo o basterebbe addirittura un mero indizio purchè idoneo a farne presumere l'esistenza. Si è giunti a tale esito interpretativo anche in forza "dell'iter normativo dell'art 626 c.c., giacché l'attuale stesura venne preferita alla proposta che il motivo fosse espresso nel testamento". Così dispone A. SPATUZZI, op. cit., p.1022.

Pertanto, ai fini di “salvare” il testamento esecutivo, risulta importante verificare se nel periodo intercorrente tra la stipulazione del patto successorio obbligatorio e la redazione del testamento, la volontà del disponente sia stata influenzata, non solo dal motivo illecito, ma anche, e soprattutto, da altri motivi perfettamente leciti e determinanti¹⁰⁴.

Tuttavia, è sicuramente possibile che la scelta di non revocare il testamento attuativo di un precedente patto obbligatorio, rifletta il libero esercizio della volontà del *de cuius*, convinto di disporre in tal modo a prescindere dal vincolo assunto nel contratto precedente.

Pertanto, l'indagine interpretativa volta ad accertare o negare l'effettiva invalidità del testamento per motivo illecito dovrebbe andare oltre al mero momento formativo dello stesso, così da salvaguardare opportunamente la volontà del disponente¹⁰⁵. Analogamente, in ambito contrattuale, l'interpretazione non dovrebbe limitarsi al dettato letterale, ma dovrebbe essere volta alla ricerca della comune intenzione dei contraenti ex art. 1362 c.c.^{106 107}.

¹⁰⁴ È altresì possibile che il patto illecito e la scheda testamentaria si siano verificate entro un termine talmente tanto breve da far ragionevolmente presumere che il motivo illecito sia unico e determinante. Cfr. A. SPATUZZI, op. cit., p. 1023.

¹⁰⁵ In assenza di tale analisi interpretativa, non si potrebbe dimostrare come la volontà “formalmente adesiva al patto successorio, rispecchi ciò che in ultima analisi il testatore desiderava disporre”. Senza dire che prima dalla redazione del testamento, possono modificarsi le convinzioni del disponente, “tali per cui gli ultimi voleri si ritrovano agganciati a motivi determinanti e leciti, ulteriori rispetto all'intento illecito di onorare il patto”. *Ibidem*.

¹⁰⁶ Ai sensi dell'art 1362 c.c. “*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*”.

¹⁰⁷ Pertanto, in ordine all'attività notarile, il mero sospetto sulla illiceità della disposizione testamentaria, non legittima il notaio a rifiutarne il ricevimento. Ebbene, qualora il notaio informi il *de cuius* che il patto successorio stipulato precedentemente è fonte di vincoli, “la volontà di orientare il lascito conformemente all'accordo, nonostante i rischi di invalidità che la attentino (anch'essi oggetto di comunicazione al cliente), potrà meno verosimilmente dirsi radicata sul terreno dei vincoli e più realisticamente qualificarsi come esercizio di libertà”. Tuttavia, non si esclude l'ipotesi in cui il notaio non venga informato circa l'esistenza di patti successori precedenti stipulati dal *de cuius*, “benché al pubblico ufficiale spetti sempre richiamare l'attenzione su eventuali dimenticanze del disponente”. A. SPATUZZI, op. cit., p. 1025.

1.5.4 La conferma di disposizioni testamentarie nulle ex art. 590 c.c.

Ai sensi dell'articolo 590 c.c. “*La nullità della disposizioni testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi conoscendo la causa della nullità, ha dopo la morte del testatore confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione*”.

Prima di procedere all'indagine sulla possibile applicabilità dell'articolo 590 c.c. nei confronti del testamento meramente attuativo di un patto successorio obbligatorio, occorre evidenziare come l'interesse alla conservazione del negozio giuridico *mortis causa* è maggiore rispetto a quello vertente sui negozi *inter vivos*.

Difatti, per quest'ultima categoria di atti il legislatore ha ammesso la convalida ex art 1444 c.c. solo in merito a quelli annullabili, mentre per quelli nulli ha previsto la possibilità di conversione ex art. 1424 c.c.

Diversamente, per gli atti *mortis causa*, il legislatore ha ammesso la sanatoria delle disposizioni nulle ai fini di salvaguardare le ultime volontà del disponente defunto, in considerazione dell'impossibilità per lo stesso di ripetere l'atto.

Tuttavia, secondo l'opinione dominante, sembrerebbe doversi escludere la sanatoria del testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio, dal momento che, in tal caso, l'istituto della conferma sarebbe volto ad eseguire quella volontà ritenuta illecita dall'ordinamento.

In effetti, se si ammettesse l'operatività dell'art. 590 c.c. nei confronti della fattispecie in esame, si arriverebbe ad un risultato espressamente vietato dal legislatore poiché il beneficiario della disposizione testamentaria, eventualmente confermata, otterrebbe il vantaggio derivante dalla precedente promessa cui esso ambiva, in violazione del principio di libertà dispositiva del testatore¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Alcuni interpreti sono arrivati a soluzioni differenti, ammettendo la possibilità di sanatoria in caso di disposizioni testamentarie contrarie a norme imperative, ma riconoscendo, quale scoglio insormontabile, la contrarietà al buon costume. Più di recente, inoltre, la dottrina ha pensato di estendere l'istituto anche ai casi di contrarietà all'ordine pubblico, dovendo però rapportare gli interessi che l'ordinamento intende proteggere con le varie fattispecie. In quest'ultimo caso sarebbe necessario accertare se il divieto tuteli un interesse di natura meramente privatistica o

È altresì vero che la valutazione dell'illiceità del patto obbligatorio, ossia del mezzo, non comporta necessariamente l'illiceità del risultato perseguito con il successivo testamento.

Difatti, per stabilire se il testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio sia confermabile o meno, bisognerebbe verificare l'effettiva sussistenza nel testamento dell'illiceità derivante dal patto posto in essere in precedenza.

In conclusione, posto che la *ratio* dell'art. 590 c.c. consista nel conservare l'effettiva volontà del *de cuius*, la disposizione testamentaria non può essere confermata qualora il testatore sia stato influenzato unicamente e in modo determinante dalla promessa illecita, non potendo considerare reale la sua volontà e, di conseguenza, venendo meno la necessità di tutelarla attraverso il meccanismo di cui all'art 590 c.c.¹⁰⁹.

un interesse di natura pubblicista, poiché solo nel primo caso si potrà ammettere la conferma. Orientamenti richiamati da A. SPATUZZI, op. cit., p. 1026.

¹⁰⁹ Cfr. A. SPATUZZI, op. cit., p.128.

CAPITOLO II

I negozi *mortis causa* e i negozi *inter vivos* con effetti *post mortem*

«Se nuove finalità pratiche si fanno strada,
e nuove esigenze si impongono al legislatore,
chi meglio di tutti, se non il giurista,
potrà suggerire delle modifiche
o trasformazioni di strumenti tradizionali,
o la costruzione di nuovi strumenti?»

- S. PUGLIATTI¹¹⁰

SOMMARIO: Premessa. 2.1 La natura negoziale del testamento e i rapporti con la disciplina contrattuale. – 2.2 Il contratto successorio. – 2.2.1 Il contratto successorio nell’ambito della concezione oggettivo-funzionale dell’atto *mortis causa*. – 2.2.2 Il contratto successorio e i rapporti con il testamento e con i contratti *post mortem* – 2.2.3 La causa del contratto successorio. – 2.3 Le alternative negoziali al testamento: i negozi *transmorte* – 2.4 Il contratto a favore di terzi con prestazione dopo la morte dello stipulante. – 2.4.1 Il rapporto tra il contratto ex art. 1412 c.c. e i patti successori. – 2.5 Dal contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c. al *trust* con finalità successorie. – 2.5 Il *trust* con finalità successorie e il divieto dei patti successori. – 2.6 La Legge sul “Dopo di noi” (L.112/2016). – 2.6.1 Il *trust* nella L. 112/2016. – 2.6.2 Il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. – 2.6.3 La fiducia. – 2.6.4 La L. 112/2016 e il contratto di affidamento fiduciario. – 2.6.5 Considerazioni conclusive sulla Legge sul “Dopo di noi”.

Premessa

La seguente trattazione verterà, in primo luogo, sull’analisi dei negozi *mortis causa*, per poi concentrare l’attenzione sulle figure negoziali *inter vivos* con effetti *post mortem* cui i privati tendono a ricorrere per pianificare e programmare la trasmissione della ricchezza senza incorrere nel divieto dei patti successori ex art. 458 c.c.; facendo particolare riferimento al *trust* ed ai “rapporti fiduciari”.

¹¹⁰ S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 809.

2.1 La natura negoziale del testamento e i rapporti con la disciplina contrattuale.

Il testamento è la prima fattispecie negoziale oggetto di indagine, essendo l'unico negozio *mortis causa* ammesso dal nostro ordinamento.

Senza analizzare nel dettaglio le peculiarità proprie dello strumento testamentario, in tale sede si intende ribadire la natura negoziale dello stesso, fondamentale ai fini della trattazione concernente gli strumenti negoziali alternativi al testamento, che seguirà nei paragrafi successivi.

In passato, la dottrina si è interrogata sull'inquadramento giuridico del testamento ed in particolare si è chiesta se la sua natura fosse riconducibile alla categoria dei negozi giuridici.

Riconoscere la natura negoziale del testamento non era poi così scontato a causa della terminologia utilizzata dal legislatore nel definire tale fattispecie.

Ebbene, ai sensi del primo comma dell'art. 587 c.c., il testamento viene classificato come quell' "*atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse*".

Pertanto, sulla base di un'interpretazione letterale del testo, il termine "atto", rientrando nella vasta categoria degli atti giuridici, non necessariamente fa riferimento alla specifica categoria dei negozi giuridici.

Non a caso, parte della dottrina era giunta ad escludere la natura negoziale del testamento, ritenendolo una manifestazione di volontà volta alla mera direzione della vocazione ereditaria e alla produzione di effetti giuridici determinati dalla legge¹¹¹.

Tuttavia, il richiamato orientamento dottrinale è stato superato a fronte dell'ormai pacifica natura negoziale del testamento, essendo volto, entro lo schema di legge, all'autoregolamentazione degli interessi, non necessariamente di natura patrimoniale, nei rapporti con gli altri soggetti¹¹².

¹¹¹ Cfr. M. GIULIANO, in *Contributo allo studio dei trust "interni" con finalità parasuccessorie*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 56.

¹¹² "L'atto *mortis causa* non si limita ad individuare i soggetti, bensì esprime anche un'autoregolamentazione d'interessi, non necessariamente di natura patrimoniale, soggetti ad

Il testamento, espressione dell'autonomia negoziale dei privati, deve essere, quindi, considerato come un negozio giuridico *mortis causa* tipico, avente struttura di atto unilaterale non recettizio¹¹³.

Chiarita la natura negoziale del testamento, altro interrogativo che si è posto la dottrina più recente riguarda la possibilità, ove si rendesse necessario, di applicare al testamento alcune norme derivanti dalla disciplina contrattuale, sul presupposto che l'autonomia testamentaria costituisca una *species* del più ampio *genus* dell'autonomia privata propria di ciascun soggetto¹¹⁴.

Nel dettaglio, alcuni autori evidenziano come la successione a causa di morte, al pari dell'autonomia contrattuale, sia strettamente legata ai concetti di proprietà e di iniziativa economica, costituzionalmente garantiti ai sensi degli artt. 42 e 41 della Costituzione.

In tale ottica, avendo le due fattispecie un fondamento costituzionale comune, sarebbe giustificata e consentita l'applicazione della disciplina contrattuale al testamento, seppur nei limiti di compatibilità¹¹⁵.

Al contrario, altra parte della dottrina sostiene che al testamento non possano applicarsi le norme generali derivanti dalla disciplina contrattuale, a fronte del dettato di cui all'art 1324 c.c.¹¹⁶. Quest'ultimo articolo, infatti, rende applicabile la disciplina contrattuale - in quanto compatibile - solo agli atti unilaterali "tra vivi" con contenuto patrimoniale, nella cui categoria non rientrerebbe sicuramente il testamento, essendo un atto *mortis causa*¹¹⁷.

una valutazione da parte dell'ordinamento giuridico in termini diversi rispetto a quella che lo stesso ordinamento esprime su altre figure negoziali". Cit. M. GIULIANO, op. cit., p. 57; si occupa del tema anche F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Giuffrè, 2011, p. 13 e ss.

¹¹³ Essendo prevista l'accettazione dell'eredità e non l'accettazione del testamento.

¹¹⁴ Cfr. Cap. I, par. 1.1.

¹¹⁵ Ciò confermerebbe, secondo la dottrina in esame, "la portata generale dell'autonomia contrattuale e giustificerebbe l'applicabilità dell'art. 1322 comma 2 c.c., anche in materia testamentaria". Tuttavia, si afferma che il testamento in quanto strumento negoziale tipico, non tollerebbe la valutazione della meritevolezza di cui al secondo comma dell'art 1322 c.c. e "l'unico vero limite all'autonomia testamentaria sarebbe quello della liceità, prescindendo dal giudizio di meritevolezza". M. GIULIANO, op. cit., p. 61.

¹¹⁶ Ai sensi dell'art 1324 c.c.: "*salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali avente contenuto patrimoniale*".

¹¹⁷ Cfr. M. GIULIANO, op. cit., p. 59 e ss.

In realtà, la distinzione fondata sulla natura degli atti non potrebbe essere considerata come motivo idoneo e sufficiente a giustificare l'esclusione dell'applicazione del dettato normativo ex art. 1324 c.c., nei confronti degli atti *mortis causa*¹¹⁸.

Difatti, la presenza di valide alternative negoziali al testamento, nonché l'introduzione del patto di famiglia, rendono ancor più sottile la distinzione tra atti *inter vivos* e atti *mortis causa*, tant'è che non si vede il motivo per cui non debba interpretarsi estensivamente l'art. 1324 c.c., posto che l'unica ragione per escluderne l'operatività dipenda dalla mera natura dell'atto.

Per concludere l'analisi sui rapporti tra il testamento e la disciplina contrattuale, occorre altresì precisare che, per quanto concerne l'interpretazione del testamento, parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che la stessa debba essere effettuata alla luce delle regole interpretative previste per lo strumento contrattuale, entro i limiti di compatibilità con la struttura testamentaria¹¹⁹.

2.2 Il contratto successorio.

Il contratto successorio può essere considerato come uno strumento negoziale volto alla regolamentazione della successione, che a differenza dello strumento testamentario non è ammesso dal nostro ordinamento, in linea con il divieto espresso dall'art. 458 c.c.

Nei paragrafi seguenti, l'analisi verterà su tale fattispecie contrattuale ai fini di comprenderne le peculiarità, nonché le differenze salienti rispetto al testamento e alle altre fattispecie negoziali collegate con l'evento morte che, al contrario del contratto successorio, sono ammesse dal legislatore.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

2.2.1 Il contratto successorio e la concezione oggettivo-funzionale dell'atto *mortis causa*.

Occorre in primo luogo precisare che il contratto successorio non deve essere considerato necessariamente come un contratto testamentario, in quanto la sua funzione non coincide, in via esclusiva, con quella tipica del testamento.

Pertanto, secondo la dottrina prevalente il contratto successorio ha sicuramente una qualificazione più ampia, capace di ricomprende diversi schemi contrattuali¹²⁰.

In particolare, il contratto successorio è quel contratto a titolo gratuito o a titolo oneroso, che abbia ad oggetto una disposizione negoziale a causa di morte, ossia “un’attribuzione riferita nei suoi elementi oggettivi e soggettivi al tempo della morte dell’attribuente”¹²¹.

In altre parole, l’interesse del *de cuius* a disporre del proprio patrimonio per il tempo successivo alla sua morte, assume rilevanza causale soltanto se le attribuzioni patrimoniali programmate abbiano i requisiti oggettivi e soggettivi propri dell’attribuzione *mortis causa*.

Per tale ragione, la dottrina prevalente parla di contratto successorio nell’ambito della concezione oggettivo-funzionale dell’atto *mortis causa*¹²².

Partendo dal profilo funzionale, secondo l’opinione prevalente il contratto successorio presenta una funzione comune a tutti i negozi attributivi *mortis causa*: “è diretto a regolare 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”¹²³. Diversamente, nei negozi *post mortem*, che saranno esaminati nei paragrafi successivi, la morte rileva limitatamente ai fini dell’efficacia del contratto.

¹²⁰ Il contratto successorio è un contratto la cui funzione può identificarsi non solo con quella testamentaria, ma con qualunque funzione propria dei contratti di scambio, associativi e così via. Cfr. D.A. D’ALOIA, op. cit., p. 6 e ss.

¹²¹ G. GIAMPICCOLO, Atto “*mortis causa*”, op. cit., 1959, p. 233

¹²² “Affinché ricorra questa figura, non è sufficiente che alla morte si riportino i motivi dell’agire o gli effetti dell’atto, ma è necessario che la morte operi sul profilo oggettivo-funzionale”. D.A. D’ALOIA, op. cit., p. 1.

¹²³ (G. GIAMPICCOLO 1954) Dal *Commentario al Codice Civile*, artt. 456-712, *Successioni legittime e testamentarie*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, 2009, p. 16.

Tuttavia, la qualificazione del negozio *mortis causa* in relazione alla sua funzione non è sufficientemente idonea a distinguere tra le fattispecie contrattuali successorie vietate e le fattispecie contrattuali con effetti *post mortem* perfettamente valide.

In sostanza, la sola funzione dell'atto *mortis causa* non consente di identificare le diverse fattispecie contrattuali poiché presenta delle criticità tali da non rendere del tutto ovvia ed evidente la vera differenza tra le due tipologie di contratti, potendo, tra l'altro, indurre in confusione l'interprete.

Per comprendere le ragioni per cui la dottrina non ritiene sufficiente l'aspetto meramente funzionale, ai fini dell'identificazione dell'attribuzione *mortis causa*, bisogna anzitutto distinguere tra quelle disposizioni che producono effetti obbligatori e quelle che producono effetti reali.

Secondo la dottrina, per atti diretti a regolare “rapporti e situazioni che vengono a formarsi originariamente con la morte del soggetto”, si devono intendere tutte quelle situazioni giuridiche che sorgono solo in seguito alla morte del disponente e che non possono mai preesistere alla stessa, rientrando in tale categoria le disposizioni successorie produttive di effetti obbligatori.

Tuttavia, tale criterio non è del tutto idoneo a distinguere le disposizioni *mortis causa* dalle fattispecie negoziali con effetti *post mortem*, poiché anche in relazione a queste ultime, solo al momento della morte del disponente vengono ad esistere situazioni nuove ed indipendenti rispetto a quelle esistenti prima di tale evento¹²⁴.

Per quanto concerne le situazioni giuridiche che dalla morte del disponente “traggono comunque una loro autonoma qualificazione”, la dottrina fa riferimento ai rapporti giuridici preesistenti alla morte del *de cuius* che non possono più essere riferiti al loro titolare perché deceduto, motivo per cui devono necessariamente essere assoggettati ad una specifica disciplina. La dottrina menziona, altresì, le nuove situazioni giuridiche soggettive, nascenti al momento della morte del disponente in virtù di una preesistente situazione giuridica.

¹²⁴ Cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 17 e ss.

In quest'ultima categoria potrebbero rientrare le disposizioni successorie produttive di effetti reali, dirette a trasmettere al beneficiario situazioni giuridiche soggettive di cui il disponente sia titolare in vita e che, per effetto della morte, vengono a far parte del patrimonio ereditario¹²⁵.

In relazione a tale tipologia di atti, appare difficoltoso stabilire se l'attribuzione patrimoniale debba essere identificata sulla base del lascito ereditario o debba realizzarsi già durante la vita del disponente, deferendo la produzione degli effetti in un momento successivo coincidente con la morte dello stesso. Ciò è fondamentale ai fini della distinzione tra le fattispecie attributive *mortis causa* e quelle attributive *inter vivos* con effetti *post mortem*.

Alla luce di tali osservazioni, per evitare di incorrere in equivoci interpretativi e per poter circoscrivere l'ambito di applicazione della categoria degli atti *mortis causa*, gli studiosi hanno chiarito che per potersi parlare di attribuzione a causa di morte, debba necessariamente ricorrere, congiuntamente al profilo funzionale, un altro elemento composto da un profilo oggettivo e di uno soggettivo: la residualità dell'oggetto del lascito e la condizione di sopravvivenza del beneficiario¹²⁶.

In sostanza, affinché un'attribuzione possa essere "*mortis causa*" è necessario che: la determinazione dell'oggetto dell'attribuzione, in tutti i suoi elementi, avvenga al momento della morte dell'attribuente; il beneficiario della dell'attribuzione debba considerarsi esistente al momento della morte del disponente.

Secondo quanto osservato, la disposizione successoria è caratterizzata dalla residualità del suo oggetto, essendo determinato sulla base del *relictum*, ossia dei beni che residueranno nel patrimonio del disponente¹²⁷. Ciò significa che il *de cuius* conserva la libertà di disporre in vita dei beni facenti parte del proprio patrimonio, compresi quelli oggetto dell'attribuzione *mortis causa*¹²⁸.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Cfr. R. MONTINARO, *Successione mortis causa, pactum fiduciae e trust*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, La successione ereditaria*, Vol. I Giuffrè, 2009, p. 261.

A fronte di tali considerazioni, si può desumere che: a) il beneficiario della disposizione *mortis causa* potrà giovare solo in seguito alla morte del disponente; b) l'oggetto della disposizione non potrà essere mai determinato prima di tale evento; c) gli eventuali beni acquistati dal disponente *medio tempore* dovranno essere ricompresi nel lascito, mentre i beni nel frattempo alienati non potranno mai far parte del *relictum* poiché il compimento di atti di alienazione implica la sottrazione dei relativi beni dalla massa ereditaria¹²⁹.

L'aspetto appena illustrato rappresenta una caratteristica propria del negozio testamentario, la quale risponde all'esigenza di garantire al *de cuius* la facoltà di disporre del proprio patrimonio in piena autonomia, potendo compiere - finché è in vita - atti di alienazione dei propri beni senza essere vincolato alla disposizione *mortis causa* posta in essere; avendo altresì la facoltà di revocarla o modificarla in qualsiasi momento, in linea con quanto disposto dall'art. 679 c.c.¹³⁰.

Posto che l'attribuente conservi il potere di disposizione sui propri beni senza alcuna limitazione, l'attribuzione *mortis causa* da lui compiuta non produce alcun effetto, neppure preliminare, nei confronti del beneficiario dell'attribuzione che, di conseguenza, non acquista alcuna aspettativa giuridicamente rilevante.

Non mancano delle critiche contro la teoria appena esposta che considera la residualità dell'oggetto come requisito fondamentale e necessario ai fini della qualificazione dell'atto "*mortis causa*".

Parte della dottrina ha messo in luce alcuni aspetti critici della teoria succitata, ritenendo che sia semplicemente il frutto di una generalizzazione delle

¹²⁹ In linea con tale orientamento dottrinale, "non c'è alcun negozio *mortis causa*, quando la morte sia condizione sospensiva o termine iniziale di efficacia del negozio (e dunque, quando la morte rilevi come modalità accessoria dello stesso), perché, in tali casi, l'attribuzione è attuale (e non *de residuo* ed il bene è sottratto, sin dal tempo dell'atto, al potere di disposizione dell'attribuente". *Ibidem*.

¹³⁰ Difatti, al fine di tutelare la volontà e la libertà del disponente, l'art. 679 c.c. ribadisce che non si può, in alcun modo, rinunciare alla libertà di revocare o modificare le disposizioni testamentarie, e pertanto ogni previsione contraria non avrà alcuna efficacia.

peculiarità proprie delle disposizioni testamentarie, non necessariamente presenti nelle altre disposizioni successorie¹³¹.

In particolare, secondo tale orientamento dottrinale, la residualità dell'oggetto più che essere un elemento fondamentale di qualificazione, tipico e comune di tutte le disposizioni successorie, è un connotato delle sole disposizioni *mortis causa* con effetti reali, in cui la morte rileva sul loro profilo oggettivo¹³².

Difatti, nelle disposizioni successorie con effetti obbligatori – intese come “disposizioni a titolo particolare che prevedano la costituzione di obblighi di prestazione in capo agli eredi o ai legatari”^{133 134} - l'oggetto, consistente nella prestazione obbligatoria, viene determinato *ante mortem*, e non alla morte del disponente.

Per giunta, il disponente non avrebbe alcun motivo di riservarsi la facoltà di disporre dell'oggetto della disposizione con effetti obbligatori, perché l'obbligazione è destinata a sorgere solo al momento della morte del disponente e direttamente in capo al soggetto obbligato.

In sostanza, il *de cuius* non avrebbe comunque la possibilità di beneficiare della facoltà di disporre liberamente dell'oggetto della disposizione successoria, visto che la nascita dell'obbligazione che ne costituisce l'oggetto e

¹³¹ Cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 20 e ss.

¹³² Cfr. M. IEVA, op. cit., p. 66.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Per esempio, una disposizione successoria di tale genere può essere il legato di cosa altrui (dell'onerato o di un terzo). Si tratta di un'ipotesi di legato con effetti obbligatori, alla luce del dettato di cui all'art. 651 c.c.: “*il legato di cosa dell'onerato o di un terzo è nullo, salvo che dal testamento o da altra dichiarazione scritta del testatore risulti che questi sapeva che la cosa legata apparteneva all'onerato o al terzo. In quest'ultimo caso l'onerato è obbligato ad acquistare la proprietà della cosa del terzo e a trasferirla al legatario, ma è in sua facoltà di pagarne al legatario il giusto prezzo*”.

Anche il legato di cosa generica, disciplinato ai sensi dell'art. 653 c.c., dà luogo ad un rapporto obbligatorio: il legatario è un creditore dell'erede, il quale è obbligato alla prestazione che costituisce oggetto del legato. “Ne deriva che, avendo tale carattere obbligatorio, esso è valido anche se nessuna cosa del genere considerato fa parte del patrimonio ereditario: l'onerato sarà tenuto ad acquistare il numero o la quantità di cose stabilita dal testatore per pagare il legato”. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, op. cit., p. 1046-1047.

ne rappresenta la condizione per l'esercizio del potere dispositivo del *de cuius*, presuppone la morte dello stesso¹³⁵.

Tornando all'orientamento dottrinale prevalente, vi è un altro indice, oltre a quello della residualità dell'oggetto, che caratterizza l'attribuzione *mortis causa*: la condizione di sopravvivenza del beneficiario al disponente.

In altri termini, perché si abbia attribuzione *mortis causa*, è necessario che il disponente effettui la disposizione nella previsione della sua premorienza al beneficiario della stessa, oltre alla presenza della componente oggettiva sopra esaminata.

La dottrina si è interrogata sulle ragioni per cui tale condizione venga considerata come elemento proprio delle disposizioni successorie, ricercando delle risposte nella disciplina del testamento, quale unico negozio *mortis causa* ammesso dal nostro ordinamento¹³⁶.

In primo luogo, occorre precisare che lo stato psicologico del disponente, concernente la previsione della sopravvivenza del beneficiario, non è tipico del solo negozio testamentario, ma è una caratteristica di tutte quelle fattispecie consistenti nella pianificazione di attribuzioni patrimoniali destinate a realizzarsi al tempo della morte¹³⁷.

Si tratta però di una caratteristica meramente empirica, non espressamente prevista dal legislatore, ma che è sempre presupposta logicamente affinché il negozio possa perfezionarsi in linea con quanto programmato dal disponente.

Il presupposto anzidetto opera anche in relazione ai negozi diversi dal testamento: il disponente ha sempre interesse che l'operazione economica da lui pianificata si svolga in conformità dei termini fissati nella disposizione¹³⁸.

¹³⁵ Cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 21.

¹³⁶ Cfr. D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 23 e ss.

¹³⁷ Più in generale, "tutti gli atti ad efficacia finale differita si fondano, almeno normalmente, sulla previsione almeno implicita della futura esistenza, al tempo in cui dovrà prodursi la vicenda programmata, sia del soggetto destinato ad acquistare il diritto che del diritto di cui si disciplina la sorte". *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

La ragione per cui la condizione di sopravvivenza del beneficiario viene considerata dalla dottrina prevalente come indice qualificatore esclusivo delle disposizioni successorie, è strettamente connessa agli effetti dei negozi a causa di morte rispetto a quelli dei negozi *inter vivos*.

Difatti, gli atti di autonomia privata che realizzano effetti *post mortem* sono vincolanti sin dal momento del loro perfezionamento, mentre la produzione degli effetti finali è differita al momento della morte del disponente.

Ne consegue che, i soggetti beneficiari dell'attribuzione derivante da un negozio con effetti *post mortem* sono titolari sin dal momento del compimento dell'atto di un'aspettativa di diritto, che sarà disponibile e trasmissibile ai suoi successori *mortis causa*¹³⁹. Pertanto, in caso di premorienza del beneficiario rispetto alla morte del disponente - evento cui è subordinata l'efficacia del negozio - l'attribuzione verrà acquistata dai successori del soggetto premorto¹⁴⁰.

La disposizione testamentaria, al contrario, si caratterizza per l'assoluta e totale mancanza di vincolatività prima della morte del *de cuius* e per la sua correlativa inidoneità a produrre *medio tempore* una situazione giuridica di aspettativa in capo al beneficiario designato dal disponente.

Di conseguenza, qualora nel periodo di tempo intercorrente tra il perfezionamento del testamento e la morte del *de cuius* venga meno il beneficiario, i suoi successori *mortis causa* non potranno subentrargli, non essendo titolari di alcun diritto all'acquisto dell'attribuzione patrimoniale effettuata a causa di morte¹⁴¹.

¹³⁹ “L’aspettativa è una situazione giuridica trasferibile, sia *inter vivos* che *mortis causa*, e la base normativa di tale trasferibilità è da individuarsi nell’art. 1357 c.c., che consente e disciplina, appunto, il trasferimento dei diritti condizionati”. E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, *Commentario del Codice Civile- Dei contratti in generale*, Vol. II, diretto da E. GABRIELLI, UTET, 2011, p. 313.

¹⁴⁰ Cfr. D.A. D’ALOIA, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴¹ Pertanto, al verificarsi della morte del disponente, gli effetti finali programmati dal negozio testamentario non possono prodursi direttamente in capo ai successori del beneficiario della disposizione testamentaria. “L’ordinamento prevede, infatti, l’inefficacia della disposizione testamentaria in favore del beneficiario premorto (arg. ex art. 683 c.c.), e l’operatività in tale caso di meccanismi di natura diversa, rispetto a quelli operanti in generale in ipotesi di morte del beneficiario in un tempo anteriore al verificarsi dell’evento previsto come termine iniziale di efficacia dell’atto”. *Ibidem*.

In sostanza, la premorienza del beneficiario designato dal *de cuius* impedisce al negozio testamentario di produrre gli effetti finali programmati, in ragione delle peculiarità proprie dello strumento testamentario: è dunque il legislatore che prevede, quale condizione di efficacia finale del negozio testamentario, la condizione di sopravvivenza del beneficiario.

A fronte di questa osservazione, la dottrina è arrivata a generalizzare tale connotato ed a elevarlo ad elemento tipico di tutte le attribuzioni *mortis causa*.

Secondo altra parte della dottrina, la sola conclusione cui si potrebbe arrivare dalla seguente trattazione sarebbe quella di considerare le disposizioni successorie, proprio perché diverse da quelle testamentarie, capaci di produrre effetti finali nei confronti dei successori del beneficiario premorto¹⁴².

In conclusione, secondo l'analisi dottrinale evidenziata, la condizione di sopravvivenza del beneficiario, considerata come un elemento che contraddistingue le attribuzioni *mortis causa* insieme alla residualità dell'oggetto, rappresenta, in realtà, "una mera *conditio iuris*, destinata ad operare sul presupposto che la disposizione sia qualificabile come testamentaria"¹⁴³, pertanto non può costituire una caratteristica propria di tutte le disposizioni successorie.

2.2.2 Il contratto successorio ed i rapporti con il testamento e con i contratti *post mortem*.

Esaminate le peculiarità dell'attribuzione *mortis causa*, occorre ora mettere in risalto le differenze tra il testamento e il contratto successorio.

Come è stato anticipato poc'anzi, il negozio testamentario non ha alcuna rilevanza giuridica esterna prima della morte del disponente e non è pertanto idoneo a generare alcun vincolo giuridico.

Al contrario, il contratto successorio implica la nascita di un vincolo giuridico in capo all'attribuente e la conseguente aspettativa di diritto in favore del beneficiario dell'attribuzione.

¹⁴² Cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 30.

¹⁴³ *Ibidem*.

Dunque, seppur le due fattispecie negoziali siano entrambe caratterizzate da un'attribuzione a causa di morte, esse si differenziano in ordine alla rispettiva rilevanza ed efficacia esterna *ante mortem*.

Se ne desume che il contratto successorio presenta delle caratteristiche comuni sia al negozio testamentario, avendo ad oggetto un'attribuzione *mortis causa*; sia ai contratti con effetti *post mortem*, essendo anch'esso immediatamente produttivo di un vincolo giuridico a carico del disponente, seppur il vincolo, nel caso di specie, abbia minore intensità rispetto al vincolo derivante dai contratti con effetti *post mortem*.

Difatti, secondo la dottrina, l'aspettativa in senso tecnico derivante dal contratto successorio non ha la medesima rilevanza ed intensità rispetto all'aspettativa riferita ai contratti con effetti *post mortem*, che al contrario del primo non hanno ad oggetto attribuzioni *mortis causa*¹⁴⁴.

I contratti *post mortem* hanno un grado di vincolatività maggiore e più forte poiché sottraggano immediatamente il bene oggetto dell'attribuzione al potere dispositivo dell'attribuente che sarà necessariamente vincolato dall'altrui aspettativa. Invece, nei contratti successorii il vincolo è sicuramente più debole poiché il loro oggetto viene determinato in considerazione del *relictum*¹⁴⁵.

Tornando al testamento, posto che dallo stesso non derivi alcun vincolo giuridico quand'anche minimo, esso può essere revocato in qualsiasi momento dal disponente, tant'è che il fondamento della revocabilità degli atti di ultima volontà non risiede nella loro funzione *mortis causa*, bensì nella loro irrilevanza giuridica esterna *ante mortem*¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Secondo gli autori infatti la vincolatività attenuata è una conseguenza del profilo oggettivo-funzionale dell'atto. In altri termini la minore intensità dell'aspettativa deriva dalla residualità del lascito e dalla condizione di sopravvivenza del beneficiario. Cfr. D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 11.

¹⁴⁵ Altri autori sostengono che “nel contratto successorio (diversamente dal contratto *post mortem*), faccia difetto l'irrevocabilità dell'impegno del disponente e che, pertanto esso non costituisca immediatamente una aspettativa tutelata dalla legge, pur riconoscendosi che da esso scaturisce un vincolo rispetto alla successiva attività dispositiva *mortis causa* del disponente”. D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 9.

¹⁴⁶ Cfr. D'ALOIA, op. cit., p. 12-13.

Occorre altresì precisare che la revoca della disposizione non incontra alcuna limitazione, in quanto non sacrifica alcuna situazione giuridica di vantaggio acquistata da terzi *medio tempore*, motivo per cui non vi è alcuna ragione che possa giustificare un eventuale divieto di revocare l'atto.

Diversamente, il contratto successorio è di regola caratterizzato dall'irrevocabilità dell'atto e ciò deriva proprio dalla sua struttura bilaterale, in virtù con quanto disposto dall'art. 1372 c.c.: “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*”.

Nel contratto successorio, il disponente non avrebbe, in linea di principio, la possibilità di revocare la disposizione successoria *mortis causa*, in quanto si impegna nei confronti della controparte a non dettare un regolamento difforme a quanto stabilito nel contratto. Ebbene, in tale ipotesi si verifica una limitazione della libertà e dell'autonomia del *de cuius*, libertà che l'ordinamento mira a salvaguardare vietando la stipulazione dei patti successori.

Questo non significa che non vi siano delle valide soluzioni per tutelare comunque la libertà del disponente: il regolamento contrattuale o direttamente la legge potrebbe espressamente riconoscere a favore del disponente lo *ius poenitendi*, ossia il diritto di recedere unilateralmente dal vincolo derivante dal contratto, così da rispettare quei principi derivanti dal diritto successorio e adattare agli stessi la disciplina contrattuale.

Non a caso, la dottrina tende a soffermarsi proprio su quest'ultimo aspetto, al fine di premere per un possibile superamento, o comunque un'attenuazione, del divieto dei patti successori ex art. 458 c.c.

2.2.3 La causa del contratto successorio.

Per concludere la trattazione sul contratto successorio, è necessario definire la causa del contratto in esame, affinché possa agevolmente contraddistinguersi rispetto alle altre fattispecie contrattuali.

Si è affermato che il contratto successorio debba essere inteso come quel contratto dispositivo della propria successione, in relazione al quale l'evento

morte debba necessariamente fungere da criterio dell'attribuzione e costituire la causa ¹⁴⁷.

Non può senz'altro condividersi la tesi sostenuta dalla dottrina minoritaria secondo cui la causa del contratto successorio attenga esclusivamente agli interessi perseguiti dalle parti attraverso il mezzo contrattuale.

Difatti, qualora si ammettesse tale teoria, rientrerebbero nello schema del contratto successorio, non solo i contratti con attribuzioni *mortis causa*, ma anche quelli sotto modalità di morte¹⁴⁸.

Più propriamente, in linea con l'orientamento dottrinale prevalente, la causa del contratto deve essere senz'altro individuata in considerazione degli interessi perseguiti in concreto dalle parti contraenti, ma senza prescindere dallo strumento pratico utilizzato dalle stesse, necessario per soddisfare tali interessi¹⁴⁹.

Se ne desume che, con il mutare dello strumento negoziale utilizzato dalle parti, cambierà, inevitabilmente, anche la causa del negozio¹⁵⁰.

In altri termini, l'interprete per individuare l'effettiva causa del contratto dovrà mettere in relazione gli strumenti utilizzati dalle parti e gli interessi concreti che intendono realizzare servendosi degli stessi¹⁵¹.

¹⁴⁷ Tant'è che "l'art. 458 c.c. non identifica il patto successorio sulla base dell'interesse perseguito dal disponente o dalle parti contraenti, ma fa esclusivo riferimento al contenuto percettivo del negozio, al suo essere un atto di disposizione della propria successione". D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 32.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ "La concezione della causa in concreto dà piuttosto adeguato risalto agli interessi perseguiti dalle parti ma solo in quanto obiettivati, trasfusi cioè nel regolamento contrattuale in concreto delineato". R. ALESSI, op. cit., p. 325 e ss.

¹⁵⁰ In linea con tale teoria, appare del tutto condivisibile la tesi, sostenuta con specifico riferimento alla fattispecie contrattuale di cui all'art. 1412 c.c., secondo cui "in presenza di un'attribuzione immediata di diritto, pur se ad efficacia differita alla morte di una delle parti, non si persegue (neppure direttamente) un fine *mortis causa*, bensì (eventualmente) uno scopo di natura liberale". Tale tesi appare applicabile in ordine a tutti quegli atti dispositivi di diritti, nonché promesse di prestazione che si presentano connesse, soltanto sul piano dell'efficacia iniziale o dell'esecuzione con l'evento della morte. D. A. D'ALOIA, op. cit., p. 35.

¹⁵¹ Quanto all'orientamento giurisprudenziale, in merito alla causa del contratto, è bene richiamare la seguente pronuncia della Cassazione: "ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione

2.3 Le alternative negoziali al testamento: i negozi *transmorte*.

Dopo aver esaminato le fattispecie negoziali *mortis causa*, nei paragrafi seguenti l'indagine verterà sulle fattispecie negoziali ammesse dal nostro ordinamento e collegate all'evento della morte - anche note come fattispecie negoziali *inter vivos* con effetti *post mortem* - facendo particolare riferimento ai c.d. negozi alternativi al testamento, tendenzialmente denominati negozi *transmorte*.

Ad oggi, è fortemente sentita l'esigenza di ricorrere a strumenti negoziali alternativi al testamento che permettano al disponente di pianificare la propria successione in funzione dei propri interessi patrimoniali, senza oltrepassare il limite posto alla loro autonomia negoziale dal divieto dei patti successori¹⁵².

Concentrando l'attenzione sul campo contrattuale, bisogna in primo luogo ribadire che l'autonomia negoziale riconosciuta ai privati in ambito successorio, essendo limitata al solo strumento testamentario, ha una minore intensità rispetto all'autonomia riconosciuta ai privati in campo contrattuale: il contratto, infatti, rappresenta la massima espressione dell'autonomia privata.

funzionale dell'atto, ma questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto in funzione economico sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si svolga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale". Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, richiamata da R. ALESSI, op. cit., p. 325 e ss.

¹⁵² È interessante evidenziare come le attuali esigenze che giustificano la scelta dei privati di ricorrere ad alternative convenzionali al testamento, sono del tutto diverse rispetto a quelle esistenti prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, quando il nucleo familiare era fondato sulla supremazia del marito e sulla diversificazione del ruolo dei coniugi. Nel vecchio regime giuridico la moglie, non essendo titolare della ricchezza patrimoniale e essendo, sotto il profilo successorio, soltanto legataria di un usufrutto sui beni del marito, aveva il mero compito di custodire e trasmettere i beni del marito ai figli e ai nipoti di lui. La convenzione alternativa al testamento serviva ad escludere la rigidità di quell'ordine patriarcale, assegnando alla moglie alcuni beni in proprietà con un atto *inter vivos* dotato di efficacia *post mortem*. "cioè garantendole qualcosa in più del mero mantenimento personale, ovvero la possibilità di trasmettere a propria volta parte della ricchezza familiare, di determinarne la destinazione, divenendo da semplice strumento del regno dei padri, protagonista in prima persona del traffico giuridico". Tuttavia, è anche vero che spesso le convenzioni alternative al testamento venivano utilizzate principalmente per escludere, ancora di più, le donne dalla scena proprietaria. Cfr. M. R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, 1997.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Persons/Marella-1997/marella.htm> .

Pertanto, i privati preferiscono ricorrere al contratto essendo un mezzo idoneo a garantire qualsiasi tipo di trasferimento patrimoniale, nonché il mezzo più adeguato a soddisfare i più disparati interessi e bisogni delle parti.

In tale sede, si intendono quindi mettere in risalto i vantaggi e le funzionalità proprie delle figure convenzionali alternative al testamento, anche note come “successioni anomale contrattuali”¹⁵³, ossia come quelle fattispecie contrattuali attraverso le quali viene trasferita la ricchezza patrimoniale, facendo salva la libertà del disponente di revocare l’attribuzione patrimoniale sin quando è in vita, e permettendo al beneficiario di prepararsi anticipatamente alla successione del disponente.

In realtà, più che di “strumenti alternativi al testamento, si dovrebbe parlare di strumenti in grado di realizzare gli stessi effetti del testamento, o tutt’al più, di strumenti complementari al negozio di ultima volontà, in quanto strumenti in grado di realizzare gli interessi successori dei soggetti senza incorrere nel divieto dei patti successori”¹⁵⁴.

Ebbene, secondo parte della dottrina sarebbe improprio considerare le fattispecie negoziali oggetto di indagine, come valide alternative al testamento poiché le stesse non presentano quei caratteri di definitività e universalità propri del negozio testamentario: qualsiasi strumento negoziale utilizzato dai privati, diverso dal testamento, non sarà mai idoneo a sistemare tutti i beni del disponente in un preciso momento storico, e anche se lo fosse non sarebbe comunque capace di ricomprendere diritti futuri, non ancora esistenti al momento del perfezionamento del negozio giuridico.

Accogliendosi tale precisazione, si specifica che ogni qual volta si parlerà di alternative al testamento, si deve rimembrare la considerazione appena esposta, considerando quindi il termine “alternativa” nel senso puntualizzato.

¹⁵³ Per “successioni anomale contrattuali” si intendono quegli strumenti contrattuali che realizzano risultati altrimenti raggiungibili attraverso lo strumento testamentario. Così M. IEVA, *I fenomeni parasuccessori*, op. cit., p. 60; Cfr. altresì E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 32 e ss.

¹⁵⁴ Cit. M. GIULIANO, op. cit., p. 247.

Ai fini della distinzione tra le fattispecie lecite e quelle illecite, la dottrina si è avvalsa della distinzione tra attribuzioni *mortis causa* e attribuzioni *inter vivos* con effetti *post mortem*, così da delineare il confine entro cui i privati possano autonomamente regolare i propri interessi in funzione e in previsione della loro morte, servendosi di strumenti negoziali diversi da quello testamentario.

Ebbene, l'evento della morte gioca un ruolo molto importante. In particolare, qualora la morte incida sugli effetti del negozio figurando soltanto come elemento accidentale, la fattispecie contrattuale sarà lecita; al contrario qualora la morte costituisca la causa del negozio, esso sarà illecito per contrasto con la norma imperativa sul divieto dei patti successori¹⁵⁵.

Difatti, come chiarito in precedenza, l'unico meccanismo attraverso il quale possa realizzarsi un'attribuzione patrimoniale *mortis causa* è il testamento¹⁵⁶, in linea con il principio della tipicità delle fonti di delazione di cui all'art 457 c.c.

Alla luce di tali osservazioni, i negozi *inter vivos* con effetti *post mortem* si perfezionano indipendentemente dal decesso del soggetto e regolano rapporti giuridici preesistenti, seppur la loro efficacia sia differita al momento della morte. I negozi *mortis causa* si perfezionano al verificarsi della morte, regolando dei rapporti giuridici che si formano, in via originaria, solo in seguito all'evento sacrale in questione¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cfr. C. BERTI, op. cit., p. 159-160.

¹⁵⁶ Tuttavia, non mancano nella storia del nostro diritto privato delle ipotesi, non testamentarie, di attribuzioni *mortis causa* di natura patrimoniale. A tale proposito si può fare l'esempio del patto di lucro dotale in cui "ciascun coniuge assegnava reciprocamente all'altro ciò che residuava della dote al momento della morte". Un altro esempio riguarda la "donazione *de residuo si praemortiam*, avente ad oggetto non i beni presenti nel patrimonio del donante al momento della stipulazione del contratto, ma "quelli che si ritroveranno quale residuo del patrimonio utilizzato in vita dal donante al momento della sua morte. La sussistenza della donazione è dunque subordinata: a) alla premorienza del donante; b) alla sopravvenienza del donatario; c) all'esistenza di beni nel patrimonio del donante al momento della sua morte". In questa ipotesi si parla di attribuzione *mortis causa*, essendo la morte la fonte dell'attribuzione. Così A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*. Sez. 8, *Le successioni per causa di morte* diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2003, p. 13; Cfr. altresì E. MOSCATI, op. cit., p. 33.

¹⁵⁷ "Mentre nell'atto *mortis causa* la morte assume ad elemento e determina il costituirsi del rapporto prima inesistente, nell'atto *post mortem* il rapporto si è già costituito e la morte ha la

Per quanto concerne le fattispecie contrattuali lecite, la dottrina è solita distinguere all'interno della categoria dei contratti con effetti *post mortem*, i contratti *transmorte*.

Il contratto *transmorte* rappresenta, dunque, un atto *inter vivos*, la cui attribuzione patrimoniale viene determinata al momento della sua stipulazione, seppur l'effetto traslativo, concernente il passaggio della proprietà in capo al beneficiario dell'attribuzione, si verifica soltanto dopo la morte del disponente. Diversamente, negli atti *mortis causa* l'entità dell'attribuzione patrimoniale viene determinata al momento della morte, motivo per cui si parla di attribuzione del residuo.

Ebbene, il momento in cui viene individuato l'oggetto del contratto è estremamente necessario per verificare la validità o meno del contratto stesso.

Altro aspetto importante, che invece contraddistingue i contratti *transmorte* dai contratti *post mortem*, riguarda la possibilità del disponente di revocare l'attribuzione patrimoniale *ad nutum ed usque ad mortem*¹⁵⁸, peculiarità che avvicina il contratto in esame allo strumento testamentario.

In sostanza, il contratto *transmorte*, seppur limitatamente ai suoi effetti, è strettamente condizionato dall'evento futuro della morte di uno dei contraenti, nonché caratterizzato dallo *ius poenitendi* in capo al disponente.¹⁵⁹ Esso rappresenta quello strumento contrattuale, alternativo al testamento, che soddisfa l'esigenza dei privati di assicurare l'integrità, nonché la destinazione del bene e allo stesso tempo garantisce la libertà del disponente, riconoscendogli il potere di revocare, sino alla sua morte, l'attribuzione del bene.

Tra i principali interessi che giustificano il ricorso ad alternative convenzionali al testamento, vi sono quelli volti ad assicurare il mantenimento

funzione di determinare lo svolgimento effettuale del rapporto". Cit. A. PALAZZO, op. cit., p. 12.

¹⁵⁸ Cfr. A. PALAZZO, op. ult. cit., p. 14.

¹⁵⁹ Il contratto *transmorte* implica: a) che il bene fuoriesca dal patrimonio del beneficiante prima della sua morte; b) che il trasferimento al beneficiario avvenga definitivamente *post mortem* del beneficiante, nonostante una possibile anticipazione degli effetti; c) che questi abbia la possibilità di rendere inoperante prima della sua morte questo congegno negoziale". Cit. A. PALAZZO, op. cit., p. 47. Cfr. altresì M.IEVA, op. cit., p. 62; Cfr. G. CASU, op. cit., p. 472.

di determinati soggetti, tra cui le persone più deboli dal punto di vista economico o dal punto di vista psicofisico.

Attraverso gli strumenti convenzionali alternativi al testamento, a favore dei soggetti anzidetti verrebbe assicurata, preventivamente, la destinazione del bene senza dover attendere la morte del disponente. Allo stesso tempo quest'ultimo sarebbe comunque tutelato, data la possibilità di revocare la disposizione patrimoniale effettuata, qualora il beneficiario non si trovi più in uno stato di necessità tale da giustificare l'attribuzione in suo favore ¹⁶⁰.

Mediante l'attribuzione *transmorte* si potrebbe altresì garantire il mantenimento di soggetti che hanno prestato la loro assistenza o che si obbligano a prestarla a favore di una persona bisognosa, anche assicurando agli stessi un'abitazione¹⁶¹.

Infine, ulteriori esigenze che potrebbero spingere i privati verso l'utilizzo di strumenti contrattuali in via alternativa al testamento, potrebbero consistere nella necessità di garantire la continuazione e la trasmissione di un'attività imprenditoriale¹⁶²; o ancora potrebbero essere giustificate da un risparmio fiscale.

¹⁶⁰ Cfr. A. PALAZZO, op. ult., cit., p. 21.

¹⁶¹ In tal caso la giurisprudenza ha ravvisato molteplici ipotesi, sia in relazione al soggetto beneficiante che talvolta è lo stesso soggetto assistito e talvolta è un terzo estraneo al rapporto di assistenza; sia a fronte del contenuto dell'assistenza che in certi casi si sostanzia in un rapporto di lavoro domestico o paramedico-infermieristico, in altri casi si tratta di un rapporto familiare nel quale il soggetto presta la propria assistenza senza svolgere una prestazione lavorativa in senso stretto, ma si limita "ad una funzione di direzione del personale di servizio, si cura del buon andamento della casa spesso convivendo con l'assistito al di fuori però di qualsiasi rapporto more uxorio o di tipo filiale". Tuttavia, è possibile che i due tipi di attività si cumulino e il tal caso, il risultato pratico che ne deriva è quello che si raggiungerebbe con la promessa di un legato di somma o di prestazioni periodiche o di un legato di una casa di abitazione o di un diritto di abitazione o di usufrutto sullo stesso bene in corrispettivo della prestazione di assistenza. Laddove autore della promessa sia il soggetto assistito, il patto che ne consegue sarà affetto da radicale nullità per violazione dell'art 458 c.c., trattandosi di un patto istitutivo. Quando autore della promessa è un soggetto terzo, per non cadere nel divieto di cui all'art 458 c.c., sarà necessario che il bene oggetto della pattuizione non appartenga al complesso ereditario, in caso contrario si avrà un patto dispositivo invalido. M. IEVA, op. cit., p. 70-71.

¹⁶² L'espressione "continuazione dell'attività imprenditoriale" deve essere intesa nel senso più ampio possibile, in tal modo si può comprendere meglio che "gli strumenti giuridici funzionali al raggiungimento della finalità perseguita non possono che variare in relazione alle diverse circostanze di fatto". Cfr. M. IEVA, op. cit., p. 73

Pare quindi che la dottrina voglia ricercare una sorta di “terza via” per il superamento del divieto dei patti successori, ricorrendo ad istituti espressamente previsti dal legislatore capaci di soddisfare le esigenze dei privati sopra esposte, senza incorrere nel divieto espresso dall’art. 458 c.c.¹⁶³.

In conclusione, lo scopo dell’indagine svolta nei paragrafi successivi è quello di esaminare i negozi perfettamente leciti in grado di trasmettere o di costituire in capo ad un soggetto beneficiario la titolarità di un diritto reale o di un diritto di credito i cui effetti inizieranno a decorrere al momento della morte del trasferente, anche andando oltre allo schema generale del contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c., quale archetipo del contratto *transmorte*.

2.4 Il contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante ex art. 1412 c.c.

Ai sensi del primo comma dell’art. 1412 c.c. *“Se la prestazione deve essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante, questi può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, salvo che, in quest’ultimo caso, lo stipulante abbia rinunciato per iscritto al potere di revoca”*.

Il contratto ex art. 1412 c.c. rappresenta una particolare ipotesi di contratto a favore di terzo di cui all’art. 1411 c.c.¹⁶⁴, caratterizzata dall’accordo tra promittente e stipulante attraverso il quale gli stessi si impegnano ad effettuare la prestazione a favore del terzo beneficiario, soltanto dopo la morte dello stipulante.

¹⁶³ Cfr. G. CASU, op. cit., p. 473.

¹⁶⁴ Secondo l’art. 1411 c.c.: *“È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse.*

Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare.

In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto”.

Trattandosi di un contratto a favore di terzo, quest'ultimo acquista il diritto alla prestazione, senza però diventare parte del contratto¹⁶⁵. Egli si deve limitare a ricevere la prestazione oggetto del contratto, manifestando in tal caso la propria volontà di volerne profittare, altrimenti ha la possibilità di rifiutare il beneficio lui attribuito¹⁶⁶.

Si deve altresì aggiungere che, così come espressamente previsto dall'art. 1411 c.c., la validità della stipulazione a favore del terzo è subordinata all'interesse dello stipulante¹⁶⁷ che non necessariamente deve essere di natura patrimoniale, essendo sufficiente anche un interesse morale^{168 169}.

Tuttavia, vi sono delle differenze significative tra il contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.) e il generico contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c.: solo il primo è idoneo a rappresentare un'alternativa convenzionale al testamento.

Difatti, secondo pacifica dottrina, il contratto ex art. 1412 c.c., integra tutti gli estremi del contratto *transmorte*.

¹⁶⁵ Si tratta di un'ipotesi espressamente prevista dalla legge in cui il contratto produce effetti anche nei confronti dei terzi, in linea con quanto disposto dall'art. 1372 comma 2 c.c. “*il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge [1411; 1415]*”.

¹⁶⁶ Anche qualora il terzo aderisse alla prestazione in sede di stipulazione del contratto tra il promittente e lo stipulante, non assumerà mai la qualità di parte. In sostanza, la circostanza di fatto che il terzo manifesti la volontà di profittare del beneficio, mediante una dichiarazione contestuale a quella delle parti contrattuali, non esclude la qualifica di terzo. Cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 169.

¹⁶⁷ È discusso in dottrina se l'interesse dello stipulante debba essere considerato o meno come ulteriore requisito del contratto a favore di terzo. Mentre una parte della dottrina risponde negativamente, sostenendo che si tratti di un interesse richiesto in via generale per ogni obbligazione ex art. 1174 c.c.; la dottrina prevalente, senza dubbio preferibile, sostiene che si tratta di un interesse di natura diversa che si indentifica con la causa esterna, ossia con i rapporti tra lo stipulante e il terzo beneficiario. Quanto al sistema probatorio, l'interesse dello stipulante deve presumersi, dovendosi provare la sua inesistenza. Difatti, “il legislatore, nel dichiarare valida l'attribuzione di un diritto al terzo, la riconosce in tal modo meritevole di tutela, senza bisogno dell'indicazione nell'atto della causa esterna. Il terzo beneficiario può limitarsi ad invocare la stipulazione in suo favore, mentre spetta al promittente l'onere di provare la mancanza di una giustificazione causale dell'attribuzione”. L. LEOCATA, *Il contratto a favore di terzo*, in *Civile- Contratti*, pubblicato l'8 dicembre 2016, in *Salvis Juribus- Rivista di informazione giuridica*, coordinatore e capo redazione G. ROMANO, <http://www.salvisjuribus.it/il-contratto-a-favore-del-terzo/>.

¹⁶⁸ Cfr. R. ALESSI, op. cit., p. 440.

¹⁶⁹ Qualora l'interesse dello stipulante risulti infondato, o venga meno questi potrà revocare la disposizione purchè ne abbia ancora il potere. Nel caso in cui abbia rinunciato alla facoltà di revoca, potrà esperire contro il terzo beneficiario l'azione di arricchimento senza giusta causa di cui all'art 2041 c.c. A. PALAZZO, op. cit., p. 61.

In particolare, il primo requisito che contraddistingue questa particolare tipologia di contratto e che concerne l'uscita del bene dal patrimonio del disponente prima della sua morte, è senz'altro soddisfatto nella fattispecie contrattuale di cui all'art 1412 c.c., poiché lo stipulante assume sin dalla conclusione del contratto l'obbligazione di compiere una determinata prestazione nei confronti del promittente e, a sua volta, il terzo beneficiario acquista immediatamente il diritto all'attribuzione patrimoniale.

Quanto appena enunciato trova, altresì, conferma nel secondo comma dell'art 1412 c.c. che, in sostanza, prevede l'acquisto del diritto in capo agli eredi del terzo se quest'ultimo premuore allo stipulante: “*La prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuore allo stipulante, purchè il beneficio non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente*”. Pertanto, da tale disposizione si desume che il terzo beneficiario acquista sin da subito il diritto alla prestazione nei confronti del promittente, tant'è che lo stesso potrà eventualmente essere trasmesso a suoi eredi, secondo quanto disposto dall'art. 1412 comma 2 c.c.

Un altro requisito che necessariamente deve essere presente in un contratto affinché possa qualificarsi come “*transmorte*” riguarda il momento in cui l'attribuzione patrimoniale diviene definitiva, il quale coincide con la morte del disponente. Siffatta caratteristica è presente anche nel contratto ex art. 1412 c.c. poiché l'esecuzione della prestazione a favore del terzo è differita al momento della morte dello stipulante.

Infine, anche l'ultimo requisito dei contratti *transmorte*, relativo alla possibilità del disponente di modificare finché è in vita il proprio assento patrimoniale, anche rendendo inoperante il negozio posto in essere, è proprio della fattispecie contrattuale in esame, data la facoltà dello stipulante - salvo rinuncia scritta - di revocare la disposizione *usque ad mortem* anche dopo l'accettazione del terzo¹⁷⁰, e anche attraverso una disposizione testamentaria¹⁷¹.

¹⁷⁰ Diversamente, nell'ipotesi di cui all'art. 1411 c.c., la dichiarazione del terzo fa venir meno il diritto dello stipulante alla revoca o alla modifica dell'attribuzione patrimoniale.

¹⁷¹ Cfr. M. IEVA, op. cit., p. 75.

Ebbene, a fronte delle particolari caratteristiche del contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c., si ritiene che lo stesso rappresenti l'archetipo del contratto *transmorte*¹⁷².

Quanto agli effetti contrattuali, secondo dottrina prevalente¹⁷³ e giurisprudenza consolidata¹⁷⁴ il contratto a favore di terzo produce non solo effetti obbligatori, ma anche effetti reali.

Senza dubbio, il contratto in esame ha efficacia traslativa, non essendo da ostacolo l'art. 1376 c.c.¹⁷⁵ che prevede il necessario consenso delle parti per la produzione degli effetti reali, in linea con il principio del consenso traslativo.

Secondo autorevole dottrina, non si pone alcun problema di conciliazione tra tale principio e la produzione di effetti reali del contratto analizzato, dal momento che "è lo stesso sistema del diritto privato che offre modelli negoziali traslativi alternativi a quelli basati sul dogma consensualistico, senza che ciò comporti una contraddizione o incoerenza logica".¹⁷⁶

¹⁷² Dottrina autorevole affermando che la successione anomala per contratto è specialmente ravvisabile nella fattispecie contrattuale di cui all'art. 1412 c.c., evidenzia come "il potere di revoca del beneficiante e quello di rifiuto del beneficiario- al pari della revoca testamentaria e della rinuncia all'eredità o al legato- permettono da una parte di sostituire o modificare i soggetti, l'oggetto del beneficio e la forma dell'attribuzione, rimanendo ferma, ove occorra la possibilità di un ricorso all'attribuzione *mortis causa*; dall'altra di rifiutare il beneficio tutte le volte in cui il destinatario non si senta in grado di corrispondere alle attese del beneficiante e, trattandosi di legittimario, preferisca il luogo del beneficio, attendere la realizzazione delle sue aspettative riguardanti la successione *mortis causa*. L'una realizza in concreto l'alternativa testamentaria, l'altra anche quella di sostituirsi a uno degli strumenti del meccanismo delle successioni a causa di morte". Cit. A. PALAZZO, op. cit., p. 49.

¹⁷³ Cfr. M. IEVA, op. cit., p. 76 e ss.; Cfr. A. PALAZZO, op. cit., p. 50 e ss.

¹⁷⁴ La Suprema Corte ammette il contratto a favore di terzo con effetti reali, soprattutto nei casi di costituzione delle servitù a favore di terzo. Ebbene, secondo la Cassazione, "il titolo costitutivo di una servitù prediale può rinvenirsi in un contratto cui abbia partecipato soltanto il proprietario del fondo servente, rispetto al quale il proprietario del fondo dominante abbia assunto la posizione di terzo favorito, non sussistendo nel contratto a favore di terzo limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione a favore del terzo, la quale può consistere in un *dare*, in un *facere* o in un *non facere* presente o futuro ed anche nella costituzione di un diritto reale, purchè tale costituzione corrisponda ad un interesse anche non patrimoniale dello stipulante". Cass. 11 maggio 2000, n. 6030, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Libro IV – *Delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2012 p. 474.

¹⁷⁵ Secondo l'art 1376 c.c.: "*nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determina, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*".

¹⁷⁶ Cit. A. PALAZZO, op. ult. cit., p. 50.

Ebbene, così come la dottrina riconosce la validità dell'efficacia traslativa del contratto unilaterale privo del requisito del consenso di entrambi i soggetti - facendo salva la facoltà del destinatario di rifiutarne gli effetti¹⁷⁷ - non si vede perché non debba non ammettersi anche l'efficacia traslativa del contratto a favore di terzo in cui si verifica un meccanismo analogo a quello appena descritto.

A tale proposito, occorre fare un'ulteriore precisazione: la validità dei negozi anzidetti è altresì subordinata alla sussistenza di un interesse dell'attribuente, di qualsiasi natura, purchè meritevole di tutela.

Di conseguenza, il contratto a favore di terzo con effetti reali deve ritenersi senz'altro valido poiché il trasferimento del bene trova la sua giustificazione causale nell'interesse dello stipulante¹⁷⁸; d'altra parte il terzo beneficiario, seppur acquisti il diritto senza aver preventivamente manifestato il proprio consenso, ha comunque la possibilità di rifiutare l'attribuzione ove la ritenesse svantaggiosa, in virtù di un noto brocardo "*invito domnino beneficium non datur*"¹⁷⁹.

Quest'ultima facoltà riconosciuta al terzo beneficiario stona con una teoria sostenuta da una dottrina minoritaria che non ammette la validità del contratto a favore di terzo con effetti reali, ritenendo che l'acquisto di un diritto reale non possa mai comportare degli oneri in capo al suo destinatario che ne dovrebbe essere solo avvantaggiato.

Tuttavia, premesso che non necessariamente gli oneri nascenti in capo al terzo facciano venir meno il vantaggio in suo favore, il terzo conserva comunque il potere di rifiutare la prestazione qualora ritenesse che il suo acquisto sia eccessivamente oneroso.

¹⁷⁷ Ciò vale per il pagamento traslativo, cioè *solvendi causa*, in relazione ai trasferimenti immobiliari eseguiti in virtù di accordi di separazione tra coniugi omologati dal giudice. Altro negozio unilaterale con efficacia traslativa è la fideiussione gratuita; o anche le lettere di patronage, quali promesse gratuite interessate, idonee a suscitare nel destinatario un affidamento oneroso. Le fattispecie anzidette sono, tra l'altro, riconosciute anche dalla cassazione. *Ibidem*.

¹⁷⁸ Cfr. A. PALAZZO, op. cit. 52 e ss.; Cfr. L. LEOCATA, op. cit.

¹⁷⁹ A. PALAZZO, op. ult. cit., p. 56.

Nel contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c. con effetti reali, il trasferimento della proprietà del bene o la costituzione di un diritto reale a vantaggio del terzo beneficiario, si verifica solo al momento della morte dello stipulante. Per cui l'efficacia del contratto resta sospesa finché non si verifica tale specifica condizione. Di regola, anche ai fini di rendere l'operazione negoziale in esame meno onerosa, il bene oggetto del contratto non si trova nel patrimonio dello stipulante^{180 181}.

Ammissa la validità del contratto a favore di terzo con effetti reali, particolari problemi derivano dalla necessità di conciliare le caratteristiche proprie della fattispecie contrattuale con il regime di pubblicità immobiliare, il cui rispetto è necessario per rendere determinati acquisti opponibili nei confronti dei terzi.

In primo luogo, a fronte delle regole della trascrizione, appare impossibile riconoscere l'efficacia reale di un contratto a favore di terzo in cui la designazione dello stesso è rimandata ad un momento successivo alla conclusione del contratto, o addirittura rinviata in sede di redazione del testamento.

La mancata contestualità dell'indicazione del terzo rispetto alla conclusione del contratto esaminato non solo potrebbe impedire l'individuazione del soggetto a favore del quale la trascrizione dell'acquisto deve essere effettuata; ma pregiudicherebbe anche la posizione dei creditori del terzo beneficiario.

In teoria, questi ultimi avrebbero la facoltà di aggredire il bene, sin dal momento dell'acquisto del terzo e quindi sin dalla stipulazione del contratto in suo favore.

¹⁸⁰ Del resto, “sconsigliano assolutamente un apposito trasferimento del bene del patrimonio dello stipulante a quello del promittente sia i riflessi fiscali, sia quelli sostanziali”. Cit. M. IEVA, op. cit., p. 77.

¹⁸¹ In definitiva, “se si ammette che in linea generale, la stipulazione a favore di terzo sia idonea a deviare in capo al terzo anche la produzione di effetti reali, si deve ritenere che il congegno in esame possa programmare, oltre alla costituzione di un diritto di credito nuovo direttamente in capo al terzo, anche il trasferimento di un diritto preesistente, direttamente dal promittente al terzo (senza passare per il patrimonio dello stipulante)”. D. A. D'ALOIA, op. cit., nota 75, p. 166.

Nel caso di specie, essendo ignota l'identità del terzo, di fatto i creditori non potrebbero rifarsi sul bene acquistato prima della designazione del terzo beneficiario. Pertanto, "si conseguirebbe il risultato di sottrarre un bene alle azioni esecutive dei creditori fino al termine massimo della morte dello stipulante, il che è palesemente inconcepibile"¹⁸².

Proseguendo l'indagine sulle difficoltà derivanti dal regime di pubblicità immobiliare, particolari problemi concernono la pubblicità o meno degli atti di adesione o di rifiuto del terzo, ovvero dell'atto di revoca dello stipulante.

Per quanto riguarda l'adesione del terzo beneficiario del contratto, secondo dottrina pressoché unanime tale atto non ha alcuna incidenza sull'acquisto del diritto, non potendo essere tecnicamente considerato come un atto di accettazione, poiché ai fini del perfezionamento del contratto a favore di terzo è necessario e sufficiente il consenso del promittente e dello stipulante, ossia delle sole parti contraenti ¹⁸³.

Per tale ragione, l'adesione ha valore meramente confermativo di un acquisto già avvenuto, producendo però effetti diversi a seconda che si tratti del generico contratto a favore di terzi ex art. 1411 c.c. o del contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante.

Nel primo caso l'adesione del terzo beneficiario rende irrevocabile o immodificabile l'attribuzione oggetto del contratto.

Nel secondo caso l'atto di adesione del terzo incide soltanto sulla definitività dell'attribuzione nei suoi confronti, essendogli così preclusa la possibilità di rinunciare successivamente al beneficio; mentre il potere di revoca dello stipulante non viene meno con l'adesione del terzo, in linea con quanto disposto dall'ultima parte del primo comma dell'art. 1412 c.c.

Per quanto concerne il regime di pubblicità degli atti di rifiuto del terzo o di revoca dello stipulante, è preferibile ritenere, in linea con la dottrina prevalente, che gli stessi siano idonei a risolvere retroattivamente l'acquisto del

¹⁸² Cit. M.IEVA, op. cit., p. 77.

¹⁸³ Cfr. A. PALAZZO, op. cit., p. 64; Cfr. M.IEVA, op. ult. cit., p. 77-78.

diritto effettuato dal terzo, e quindi riescano ad eliminare un'attribuzione patrimoniale già in precedenza perfezionata^{184 185}.

Relativamente al rifiuto del terzo, tale atto viene considerato come una rinuncia ad un diritto già acquisto in virtù della stipulazione del contratto tra promittente e stipulante. Tuttavia, il rifiuto sarebbe precluso, qualora il terzo avesse provveduto alla trascrizione del contratto contro il promittente, o all'alienazione del bene oggetto della prestazione eseguita in suo favore purchè, nel caso del contratto ex art 1412 c.c., ciò avvenga dopo la morte dello stipulante, condizione necessaria per l'efficacia del contratto stesso.

In sostanza, il compimento di tali atti varrebbe come implicita adesione del terzo beneficiario alla prestazione, tant'è che un suo successivo rifiuto sarebbe contraddittorio¹⁸⁶.

Nell'ipotesi di revoca della prestazione a favore di terzo da parte dello stipulante, posto che la stessa produca la caducazione *ex tunc* dell'acquisto del diritto a favore del beneficiario¹⁸⁷, gli eventuali conflitti con gli acquirenti del terzo beneficiario devono essere risolti nel seguente modo: qualora lo stipulante non abbia trascritto l'atto di revoca, esso soccomberà in caso di conflitto nei confronti dell'acquisto validamente trascritto dell'avente causa del terzo

¹⁸⁴ Cfr. A. PALAZZO, op. cit., p. 66 e ss.

¹⁸⁵ Parte della dottrina evidenzia un'altra soluzione: gli atti di rifiuto o di revoca non sarebbero, in realtà, soggetti a trascrizione, bensì solo ad annotazione, in quanto gli stessi atti non avrebbero alcuna incidenza sul diritto acquistato al momento della stipulazione del contratto e di conseguenza non eliminerebbero retroattivamente l'acquisto pendente. Teoria richiamata da M. IEVA, op. cit., p. 78.

¹⁸⁶ In merito alla prima fattispecie richiamata, ossia alla trascrizione del contratto a favore di terzo contro il promittente, si potrebbe obiettare che la stessa, potendo essere richiesta da chiunque vi abbia interesse potrebbe avvenire anche all'insaputa o contro la volontà del terzo beneficiario. In realtà appare poco plausibile la teoria ed in particolare la possibilità che il terzo non venga a conoscenza della trascrizione, vista e considerata la funzione della trascrizione, ossia quella di garantire la pubblicità dell'atto. Cfr. A. PALAZZO, op. cit., p. 68.

¹⁸⁷ Si vuole altresì aggiungere che tutte le volte in cui il contratto preveda l'estinzione della prestazione in caso di revoca o anche rifiuto, non si pone alcun problema. Mentre nel caso in cui il contratto non prevedeva l'estinzione della prestazione, bensì la permanenza della stessa a favore dello stipulante, la trascrizione del contratto a favore del terzo contro il promittente può, secondo autorevole dottrina, produrre un particolare effetto: un effetto prenotativo nei riguardi di un'eventuale successiva trascrizione del contratto a favore dello stipulante, posto che sia stata annotata a margine della prima trascrizione la revoca dello stipulante. Di conseguenza, la trascrizione del contratto a favore dello stipulante prevarrebbe su tutti gli atti trascritti successivamente alla trascrizione originaria, ossia alla trascrizione del contratto a favore di terzo. A. PALAZZO, op. cit., p. 72 e ss.

beneficiario; altrimenti prevarrà l'atto di revoca trascritto precedentemente la trascrizione dell'atto di alienazione¹⁸⁸.

Inoltre, trattandosi di un contratto ex art. 1412 c.c. la revoca dello stipulante potrebbe essere effettuata attraverso una disposizione testamentaria.

In quest'ultima ipotesi, la revoca prevarrà sui subacquirenti del beneficiario, dal momento che la sua adesione non potrà avere alcuna incidenza sul potere di revoca dello stipulante, il quale può essere esercitato fino alla sua morte, così come espresso dallo stesso art. 1412 c.c.: “*anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare*”.

2.4.1 Il rapporto tra il contratto a favore di terzo ex art. 1412 e i patti successori.

Dopo aver esaminato le caratteristiche del contratto *transmorte* ed in particolare del contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, occorre analizzare le critiche mosse da una parte della dottrina minoritaria riguardo la natura di tale fattispecie contrattuale.

Ebbene, in relazione alla natura del contratto ex art. 1412 c.c., in dottrina si discute circa la possibile qualificazione dello stesso, non come un negozio *inter vivos* con effetti *post mortem*, bensì come un negozio *mortis causa* elusivo del divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.

Secondo l'opinione minoritaria¹⁸⁹, il motivo per cui la figura contrattuale in esame rappresenterebbe un negozio a causa di morte, deriva dal potere di revoca dello stipulante, esercitabile anche attraverso una disposizione testamentaria, quand'anche vi sia adesione del terzo beneficiario. Ma anche se così fosse, non per forza si tratterebbe di un patto successorio eccezionalmente ammesso dal legislatore.

Qualora infatti lo stipulante non rinunci al suo potere di revocare l'attribuzione *usque ad mortem*, non ricorrerebbe alcuna “limitazione della

¹⁸⁸ Cfr. M. IEVA, op. cit., p. 78- 79.

¹⁸⁹ Per un'analisi sui diversi orientamenti dottrinali cfr. D.A. D'ALOIA, op. cit., p. 162 e ss.

libertà dispositiva dell'ereditando che il legislatore avrebbe inteso vietare mediante il divieto dei patti successori”¹⁹⁰.

Al contrario, si avrebbe un patto successorio istitutivo se il disponente rinunziasse al potere di revoca poiché sarebbe così privato della sua autonomia dispositiva, purchè vi sia, ovviamente, il concorso con l'adesione del terzo di beneficiare dell'attribuzione¹⁹¹.

Nonostante tali opinioni discordanti, la dottrina prevalente esclude che il contratto ex art. 1412 c.c. possa qualificarsi come un negozio *mortis causa* e possa costituire una deroga al divieto dei patti successori, in conformità con quanto già chiarito precedentemente.

Difatti, il terzo beneficiario acquista sin dal momento della conclusione del contratto il diritto all'attribuzione patrimoniale, seppur sottoposto al termine iniziale decorrente dalla morte dello stipulante e subordinato alla condizione che lo stesso non eserciti il suo potere di revoca del beneficio o vi rinunci¹⁹².

Di conseguenza, per evitare possibili elusioni del divieto dei patti successori, la giurisprudenza dovrà verificare caso per caso se la fattispecie contrattuale integri gli estremi del contratto ex art. 1412 c.c. e possa quindi configurarsi come un negozio *inter vivos*, in linea con le caratteristiche specificate dalla dottrina in ordine ai contratti *transmorte*¹⁹³.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ “secondo la dottrina in esame, la deroga al divieto dei patti istitutivi non andrebbe identificata con il riconoscimento ai privati della facoltà di disporre della successione per contratto, bensì’ con la possibilità per gli interessati di rendere stabili gli effetti dell'attribuzione *mortis causa* contrattuale”. *Ibidem*.

¹⁹² Secondo un altro orientamento dottrinale, la ragione per cui la fattispecie contrattuale in esame non possa essere qualificata come un patto successorio istitutivo, è diversa e deriva dall'assenza di un atto di disposizione successorio da parte dello stipulante e a favore del terzo, tale da configurare il contratto come successorio. In altri termini non si verifica alcuna successione del terzo beneficiario nel diritto dello stipulante, dal momento che quest'ultimo non acquista alcun diritto per poi trasmetterlo al terzo, ma si tratta di un autonomo acquisto del diritto da parte terzo beneficiario. Orientamento dottrinale ancora richiamato da D.A D'ALOIA, op. ult. cit., p. 165 e ss.

¹⁹³ Occorre, a tal proposito, menzionare una nota sentenza della Cassazione del 17 agosto del 1990, n. 8335, risolutiva di una controversia in cui il problema principale era quello di stabilire se la fattispecie contrattuale fatta valere in giudizio dovesse essere configurata come patto successorio o come contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c.

Nel dettaglio, il fatto era il seguente: “un genitore trasferisce al proprio figlio una somma di denaro, disponendo che questa somma, dopo la sua morte, debba essere restituita con gli interessi alla propria moglie. Il figlio, morto il padre, non ottempera all'impegno assunto e la madre lo

2.5 Dal contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c. al *trust* con finalità successorie.

Un'utile alternativa all'utilizzo del contratto con prestazione al terzo dopo la morte dello stipulante è rappresentata dal *trust*, istituto giuridico di origine anglosassone, riconosciuto in Italia a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 attraverso la L. 16 ottobre 1989 n. 364 entrata in vigore il 1° gennaio 1992¹⁹⁴.

Grazie alla ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985, nel nostro ordinamento è stata introdotta la figura del *trust* interno, la quale abbraccia tutti quei *trust* che vincolano beni che si trovano nel territorio italiano e sono istituiti in Italia da cittadini italiani.

Dunque, gli elementi più importanti del *trust* interno sono senz'altro collegati al territorio nazionale, ad eccezione della legge regolatrice che è necessariamente una legge straniera, la cui ammissibilità è ormai pacifica sia in

conviene in giudizio". Ebbene, secondo la Cassazione, la fattispecie contrattuale anzidetta non può sicuramente qualificarsi come un contratto a favore di terzo dal momento che la beneficiaria finale (moglie del disponente) figurava come parte del contratto. Pertanto, si tratta di contratto complesso costituito da un deposito irregolare e da una donazione (*mortis causa*) del credito alla restituzione della somma che rientrava nell'eredità del disponente e pertanto ha riscontrato la nullità del contratto in esame perché consistente in un patto successorio. Pronuncia richiamata da G. CASU, op. cit., p. 503-504.

¹⁹⁴ Istituto giuridico di origine anglosassone e riconosciuto in Italia con la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva nel nostro ordinamento con la L. 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

La Convenzione è stata ratificata: dal Regno Unito *in primis*, che ne ha esteso gli effetti verso i territori dipendenti; dall'Italia; dall'Australia; dal Canada (quasi tutte le province della federazione); dai Paesi Bassi; da Malta; dalla Confederazione Elvetica e il Principato di Monaco. Gli Stati firmatari che, attualmente, non hanno ancora provveduto alla ratifica sono: la Francia, Cipro, gli Stati Uniti.

Occorre altresì sottolineare che l'Italia non ha apposto alcuna riserva all'atto della ratifica, dunque, a fronte del carattere universale della Convenzione, il nostro Paese è tenuto a riconoscere "tutti i *trust* cui sia applicabile il diritto di uno Stato che li preveda, quando anche tale Stato non sia tra quelli contraenti".

La Convenzione dell'Aja del 1985, a parere della dottrina prevalente, "ha natura multiforme poiché è sia una disposizione di diritto internazionale privato, che predispone una regolamentazione normativa volta a risolvere situazioni di conflitto di leggi". Tuttavia, secondo alcuni la Convenzione stessa "deterrebbe norme che ben potrebbero essere intese di diritto materiale uniforme, poiché detta essa stessa regole che conducono al riconoscimento di quello specifico negozio posto in essere quale *trust* ai sensi della Convenzione". Quest'ultima inoltre presenta "una natura autoreferenziale in quanto non descrive cos'è il *trust*, ma descrive quali rapporti devono essere riconosciuti dagli Stati aderenti con il nome di *trust*". M. GIULIANO, op. cit. p. 138-141.

dottrina che in giurisprudenza a condizione che il *trust* posto in essere rispetti le norme inderogabili dell'ordinamento italiano, in linea con quanto disposto dall'art. 13 Conv.¹⁹⁵.

Il *trust* è sicuramente capace di soddisfare quelle esigenze e quegli interessi che possono indurre i privati a ricorrere agli strumenti negoziali diversi ed alternativi al testamento. Difatti, tra le tante applicazioni, può essere utilizzato anche in ambito successorio, allo scopo di programmare e pianificare la trasmissione generazionale della ricchezza, a fronte di specifiche necessità degli interessati¹⁹⁶.

Effettuate tali premesse, in tale sede si metteranno in luce le specifiche esigenze privatistiche che l'istituto in esame è in grado di soddisfare a fronte delle connotazioni che lo contraddistinguono e lo rendono più competitivo rispetto alle altre fattispecie negoziali con effetti *post mortem*.

A tal proposito, per comprendere le ragioni per cui il *trust* sia considerato uno strumento sicuramente più vantaggioso, è bene analizzare le principali differenze con il contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante ex art. 1412 c.c.

In particolare, la tipologia di *trust* che interessa ai fini dell'indagine, riguarda quel *trust* in cui l'attribuzione patrimoniale a beneficio di un terzo abbia effetti *post mortem* e pertanto rientri nella categoria dei *trust* con finalità successoria¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Ai sensi dell'art. 13 Conv.: “Nessuno stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a statiche non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione”.

¹⁹⁶ Tra l'altro il *trust* di origine anglosassone nasce proprio in funzione successoria, al fine di realizzare un trasferimento di beni a favore di determinati soggetti per il tempo in cui il disponente non sarà più in vita, attraverso l'affidamento di una data ricchezza ad un amministratore affinché la gestisca a vantaggio di un terzo che nella maggior parte dei casi è un erede dello stesso disponente. Cfr. M. GIULIANO, op. cit., p. 320

¹⁹⁷ Nell'ambito dei *trust* con finalità successoria si distinguono il *trust* inter vivos con finalità successorie e il *trust* testamentario che rappresenta “una *species* del *genus* in rassegna, la cui caratteristica è data dalla circostanza che il *trust* viene istituito mediante l'atto di ultima volontà, con una conseguente coincidenza dell'atto istitutivo con quello propriamente attributivo-dispositivo”. Il *de cuius* con l'atto di ultima volontà devolve tutto o parte del proprio patrimonio ad un *trust* istituito nello stesso testamento, conferendo al *trustee* il compito di amministrare i

Si tratta di un “*trust inter vivos* espressamente istituito, dinamico, gratuito, discrezionale revocabile e munito di beneficiario”¹⁹⁸

Attraverso tale figura giuridica, il disponente (*settlor*) attribuisce un beneficio a favore del soggetto beneficiario, affidando i propri beni ad un fiduciario (*trustee*) affinché li amministri e li gestisca nei modi stabiliti nell’atto costitutivo del *trust* e nell’interesse del beneficiario; con l’ulteriore obbligo del *trustee* di trasferire i beni al terzo beneficiario solo al momento della morte del *settlor*, fatta salva la possibilità per quest’ultimo di revocare l’attribuzione finché è in vita.

Ebbene, il *trust* di specie offre, senza dubbio, maggiori garanzie rispetto al contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c.

In primo luogo, il disponente può prolungare la verifica circa le qualità personali e le condizioni del beneficiario del *trust* anche per il tempo successivo la sua morte, affidando il compito di vigilanza al *trustee*, che si impegnerà a salvaguardare al meglio la volontà del *de cuius*. Al contrario, nella fattispecie contrattuale ex art. 1412 c.c. non è prevista tale eventualità.¹⁹⁹

Inoltre, il principale effetto derivante dal *trust* è quello segregativo, grazie al quale i beni conferiti in *trust*, formano un patrimonio separato rispetto al patrimonio residuo del *settlor* e al patrimonio del *trustee*. Patrimonio separato che sarà vincolato alla sola realizzazione dello specifico scopo prefissato dal *settlor* e soprattutto non sarà esposto al rischio di possibili aggressioni creditorie.²⁰⁰

In sostanza, con l’istituzione del *trust* deriva: “l’effetto segregativo di posizioni soggettive trasferite dal disponente, blindate nel *trust fund*, per l’attuazione di un compito affidato al *trustee* e la surrogazione reale sui beni e utilità conseguenti nella gestione degli *asset* conferiti in *trust*”²⁰¹.

beni lasciati in eredità in favore dei beneficiari (in genere sono i legittimari). M. GIULIANO, op. cit., p. 328.

¹⁹⁸ A. PALAZZO, op. cit., p. 78.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*

²⁰¹ M. GIULIANO, op. cit., p. 320.

Specificate le differenze tra il *trust* e il contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c., occorre ora esaminare alcune esigenze che il *trust* permette di realizzare.

In particolare, quest'ultimo consente di effettuare attribuzioni patrimoniali in modo da garantire il mantenimento e la stabilità economica necessaria per far fronte ai bisogni dei soggetti "deboli", ossia di quei soggetti instabili economicamente o di quelli incapaci.

Ancora, il *trust* può essere sicuramente in grado di assicurare non solo la conservazione dell'unità, della stabilità e della solidità del patrimonio familiare, ma anche la destinazione economica dei beni nel passaggio generazionale²⁰².

Alle specifiche esigenze sopra richiamate si possono aggiungere interessi di vario genere, frutto degli innumerevoli rapporti economico-sociali che i privati non sempre possono soddisfare attraverso lo strumento tradizionale del testamento e per tale ragione tendono a ricorrere a meccanismi alternativi più adeguati.

Per fare degli esempi pratici, occorre richiamare il *family trust* che rappresenta un mezzo per pianificare il passaggio generazionale della ricchezza familiare, per garantire l'unità del patrimonio ovvero per soddisfare i bisogni e il mantenimento dei componenti della famiglia ove sia necessario.

Nel dettaglio, il *family trust* può essere costituito al fine di "gestire e conservare i beni che faranno parte del fondo in *trust* affinché i redditi generali, se sufficienti, ed eventualmente i beni stessi, siano impiegati per il soddisfacimento delle varie esigenze di vita dei beneficiari assicurando loro il mantenimento dell'attuale tenore e qualità di vita, cura e assistenza personale e medica"²⁰³.

²⁰² Cfr. M. R. MARELLA, op. cit.; Cfr. A. PALAZZO, op. cit., p. 78 e ss.

²⁰³ Tribunale di Mantova, 19 febbraio 2018, n. 140; pronuncia richiamata da D. GATTONI, *Il family trust è revocabile come il fondo patrimoniale*, articolo pubblicato il 26 marzo 2018, consultabile in <https://www.judicare.it/Ragionando/avv-daniela-gattoni-il-family-trust-e-revocabile-esattamente-come-il-fondo-patrimoniale/>; Cfr. altresì G. P. D'AMATO, L'atto devolutivo in trust per la revocatoria rappresenta un atto a titolo gratuito, in Massime, tecniche e tassazione notarile, pubblicato il 23 luglio 2018, in *il Quotidiano Giuridico*, www.quotidianogiuridico.it ; Cfr. P. BORRELLI, Natura e revocabilità del Family trust

Pertanto, attraverso il *trust* succitato il disponente (in genere il genitore) vincola una somma di denaro a favore dei propri cari, affidando al *trustee* il compito di corrispondere periodicamente il capitale, nonché di compiere gli adempimenti indicati nell'atto costitutivo a favore dei figli beneficiari del *trust*, fin quando non siano economicamente autosufficienti.

Il vincolo posto sui beni facenti parte del *trust* e destinati al sostentamento dei figli determina altresì la loro separazione rispetto agli altri beni facenti parte del patrimonio del disponente, così da porli al riparo da eventuali aggressioni creditorie²⁰⁴.

Analogo discorso può farsi in considerazione dei soggetti incapaci. Difatti, il *trust* può essere costituito, non solo per assicurare il mantenimento economico dei figli quando ancora non svolgono un'attività lavorativa e non son

(commento a sentenza del Tribunale Mantova, 19 febbraio 2018), consultabile in <http://www.studiolegaleborrelli.it>

²⁰⁴ A tal proposito, occorre altresì evidenziare che la recente pronuncia del Tribunale di Mantova del 19 febbraio del 2018, n. 140 si è espressa sulla possibilità di sottoporre ad azione revocatoria anche il *family trust*, purchè vi siano i presupposti di legge.

Ebbene, secondo il tribunale, “attraverso il *trust* si concretizza una netta separazione tra il patrimonio del disponente e i beni del fondo in *trust*, destinati questi ultimi al perseguimento di un fine determinato. La destinazione richiamata porta pertanto con sé un corrispondente ridimensionamento della garanzia generica riconosciuta ai creditori personali del disponente ex art. 2740 c.c., questi non potendo evidentemente soddisfarsi sui beni del fondo in *trust* né iscriverne ipoteca sugli stessi”. La giurisprudenza di merito assolutamente dominante ha quindi concluso per la revocabilità del contratto istitutivo del *trust*, ove ricorrano i presupposti di cui all'art 2901 c.c. (tra le altre Trib. Genova 6 novembre 2015; Trib. Monza 20 gennaio 2015); *Ibidem*

Difatti, la “giurisprudenza di merito cui si aderisce ha evidenziato come il *family trust*, volto ad assicurare ai beneficiari un reddito sufficiente a garantire loro un tenore di vita ordinario, risulti facilmente assimilabile, in via di principio al fondo patrimoniale di cui agli artt. 167 e ss. c.c.” e ciò in quanto tramite tale negozio “determinati beni immobili, mobili registrati ovvero titoli di credito, sono destinati a soddisfare i bisogni della famiglia, in maniera tale da non essere consentita l'esecuzione forzata sui beni del fondo e sui relativi frutti e debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per fini estranei ai bisogni familiari”. Pertanto, il tribunale richiama il consolidato orientamento della Cassazione secondo cui “la costituzione del fondo patrimoniale può essere dichiarata inefficace nei confronti dei creditori a mezzo di azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. se riduce la garanzia spettante ai creditori stessi”. (cfr. Cass. Civ. Sez. III, 17 gennaio 2007, n. 966). Quest'ultimo, seppur riguardante il fondo patrimoniale, deve quindi valere anche per il *trust*, per i motivi chiaramente esposti dal tribunale. Nella pronuncia del tribunale si è altresì sottolineata la natura gratuita del *trust* di cui si richiede la revoca, linea con l'orientamento della Cassazione (Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 03 agosto 2017, n. 19376) che ribadendo la gratuità del fondo patrimoniale, ha altresì riconosciuto la gratuità del negozio istitutivo di un *trust* di natura familiare. *Ibidem*

capaci di provvedere a loro stessi, ma anche per garantire un sostentamento adeguato a figli affetti da disabilità.

Dall'indagine appena svolta, concernente alcune specifiche utilizzazioni del *trust*, appaiono evidenti le peculiarità proprie dell'istituto giuridico del *trust*, che lo rendono senz'altro più competitivo rispetto alle altre fattispecie negoziali utilizzate, in via alternativa al testamento, come mezzi per regolare la trasmissione della ricchezza familiare di un determinato soggetto.

2.5.1 Il *trust* e il divieto dei patti successori.

Chiarite le principali differenze tra la figura giuridica del *trust* e quella del contratto ex art. 1412 c.c. nonché i rispettivi vantaggi, occorre esaminare un ulteriore profilo: la compatibilità del *trust* con finalità successorie rispetto al divieto espresso dall'art. 458 c.c., e la sua validità in relazione a quanto previsto dall'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 1985²⁰⁵.

Anche in tale sede è necessario precisare i motivi per cui il *trust*, che venga utilizzato in funzione *post mortem*, o in funzione *transmorte*, non costituisce un'attribuzione *mortis causa*, e di conseguenza non rappresenta una deroga al divieto dei patti successori.

In primo luogo, nel *trust* con finalità successorie l'arricchimento viene realizzato dal disponente mediante un meccanismo indiretto con cui si realizza un "ufficio di diritto privato"²⁰⁶, la cui titolarità spetta al *trustee* che, a sua volta,

²⁰⁵ Ai sensi dell'art. 15 della Convenzione in esame: "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie: a) la protezione di minori e di incapaci; b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima; d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali; e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede. Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di utilizzare gli obiettivi del *trust* con altri mezzi giuridici".

²⁰⁶ La Corte di Cassazione ha qualificato il *trust* come "munus di diritto privato, in ragione della connotazione gestoria, che implica (rispetto al contratto di mandato) una valutazione non ancorata a dato puntuale, ma alla dimensione complessiva dell'incarico". Cass. 13 giugno 2008, n. 16022. Orientamento giurisprudenziale richiamato da M. GIULIANO in nota n. 207, op. ult. cit., p. 320.

si assume l'incarico di trasmettere e far pervenire il patrimonio oggetto del *trust* al beneficiario.

Il *trust* non costituisce mai un'attribuzione *mortis causa*, bensì realizza un vincolo reale di destinazione che si produce, in via immediata, alla costituzione del *trust* e non al momento della morte del disponente, il quale perde di regola il potere dispositivo sui beni del *trust* ²⁰⁷. Allo stesso tempo, il beneficiario acquista una situazione giuridica di vantaggio, sebbene non immediatamente esigibile²⁰⁸.

Dunque, secondo la dottrina la differenza tra patto successorio e *trust* risiede essenzialmente nella diversità del risultato finale: nel primo caso il trasferimento avviene alla morte del disponente; mentre nel secondo caso il trasferimento avviene immediatamente alla costituzione del *trust* quando il disponente è ancora in vita ²⁰⁹.

In altri termini, il conferimento dei beni da parte del disponente nei confronti del fiduciario avviene prima della morte del disponente stesso; mentre il successivo trasferimento patrimoniale a favore del beneficiario del *trust* avviene soltanto in seguito all'evento morte.

Alla luce delle caratteristiche esplicitate, tale operazione negoziale costituisce a tutti gli effetti un negozio *inter vivos* in cui la morte assume rilevanza limitata all'efficacia del negozio, così come del resto accade nel contratto a favore di terzo ex art. 1412 c.c.

Particolari dubbi sorgono in ordine a quei *trust* il cui atto istitutivo o la cui legge straniera regolatrice permettano al *settlor* di revocare l'istituzione,

²⁰⁷ Difatti, a seguito dell'istituzione del *trust*, il disponente (*settlor*) si priva del potere di godere e di disporre dei beni che sono oggetto del *trust*. Tra l'altro la perdita del controllo sui beni del *trust* da parte del *settlor*, rappresenta un elemento caratterizzante la fattispecie in esame, in linea con quanto disposto dall'art. 2 della L. n. 364/1989 di ratifica della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985. R. MONTINARO, op. cit., p. 266- 267.

²⁰⁸ Anche se la natura della posizione di vantaggio acquistata dal beneficiario del *trust* è dibattuta in dottrina, senz'altro ha rilevanza giuridica. "È certo che tale posizione soggettiva: a) è azionabile nei confronti del trustee e successori e creditori, b) può essere trasferita a terzi per atto tra vivi o per successione a causa di morte; c) costituisce oggetto della garanzia che assiste i creditori del beneficiario". *Ibidem*.

²⁰⁹ Cfr. A. FERRARO, *Il trust ed il diritto successorio in Italia*, in *Civile, Contratti*, pubblicato il 24 agosto 2017, in *Salvis Juribus- Rivista di informazione giuridica*, <http://www.salvisjuribus.it/il-trust-ed-il-diritto-successorio-in-italia/>

riconoscendogli, di conseguenza, il pieno potere di disporre dei facenti parte del *trust*.

Quest'ultima tipologia di *trust*, proprio perché riconosce una notevole autonomia al disponente, crea senz'altro dei problemi di compatibilità con i principi del nostro diritto successorio.

In particolare, i dubbi concernono i *totten trusts* o i *savings bank trusts*²¹⁰, nei quali “il costituente deposita una somma di denaro presso una banca intestandola a se stesso, in qualità di *trustee*, nell'interesse di un terzo, ma conservando il potere di revocare l'istituzione finché sarà in vita, anche in forma implicita, prelevando tutta o parte della somma depositata”^{211 212}.

Secondo parte della dottrina il *trust* di specie costituirebbe una disposizione a causa di morte diversa dal testamento e per tale ragione nulla ex art. 458 c.c., in linea con la qualificazione data dall'orientamento prevalente all'attribuzione *mortis causa*.

A sostegno di tale conclusione, la dottrina mostra come il riconoscimento a favore del *settlor* della revocabilità della disposizione realizzata attraverso l'istituzione del *trust*, consenta allo stesso di mantenere l'assoluta disponibilità dei propri beni. Di conseguenza, l'oggetto della disposizione potrà essere determinato – sulla base del *relictum* - soltanto dopo la cessazione dell'esercizio del potere di disposizione dell'attribuente e quindi solo al momento della sua morte. Ciò confermerebbe la natura *mortis causa* dell'attribuzione patrimoniale.

²¹⁰ Questo istituto è configurato in modo differente tra sistemi di *common law* e di *civil law*. Infatti, negli ordinamenti di *common law* la fattispecie in esame non è considerata un negozio *mortis causa*, poiché genera un *equitable interest* ad ottenere il saldo attivo del conto bancario al momento della morte del disponente”. *Ibidem*

²¹¹ R. MONTINARO, op. cit., p. 267 – 268.

²¹² La fattispecie richiamata realizza un efficace utilizzo del *trust* in alternativa al deposito bancario a favore di terzo, ed è conosciuta con il nome di Totten trust da un noto *leading case* del 1904 deciso dalla corte statunitense. “Allo scopo di evitare il pagamento dell'imposta della successione, una donna si era dichiarata trustee delle somme giacenti in conti correnti a lei intestati presso una banca, designando un terzo quale beneficiario ma riservandosi il potere di revocare in tutto o in parte, per uso personale tali somme. L'ammissibilità di una tale fattispecie di *trust* rispetto al divieto dei patti successori è da ritenersi non discutibile posto che nella detta fattispecie il beneficiario è titolare sin da subito di un'aspettativa giuridica, che deriva dall'atto istitutivo, di natura unilaterale, e non dalla morte del disponente”. M. GIULIANO, op. cit., p. 322-323.

In contrasto con questa radicale soluzione, un orientamento dottrinale, senz'altro preferibile afferma che il potere di revoca in capo al *settlor* non possa né essere equiparato concettualmente alla conservazione del potere di disposizione; né implicare necessariamente la natura *mortis causa* dell'atto, escludendo automaticamente la sua natura *inter vivos*²¹³.

Quanto all'orientamento giurisprudenziale, l'istituto di origine americana del *trust* sopra analizzato - *Totten trust* - è stata avvicinata alla figura contrattuale del contratto a favore di terzo con finalità successorie, in occasione di una controversia decisa dal Tribunale di Catania del 5 marzo 1958²¹⁴.

In particolare, la fattispecie esaminata riguardava il deposito, a favore di un terzo di una somma di denaro in un libretto bancario, con la riserva del disponente del potere di prelevare in tutto o in parte le somme depositate; e con la possibilità del terzo intestatario del libretto di conseguire il saldo solo alla morte del disponente. Nel caso di specie, l'istituto giuridico in questione è stato considerato nullo perché caratterizzato da una disposizione *mortis causa*, in violazione delle forme prescritte dalla legge²¹⁵.

In un secondo momento, il Tribunale di Genova, il 5 febbraio 1967, dovendo statuire in ordine ad un caso simile, ha inquadrato la fattispecie in esame nel contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello

²¹³ R. MONTINARO, op. cit., p. 268.

²¹⁴ M. GIULIANO, op. cit., p. 323; Cfr. E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 27 e ss.

²¹⁵ La sentenza ricostruì la fattispecie come un'ipotesi di deposito stipulato dal rappresentante (il depositante) a nome del rappresentato (il terzo beneficiario) e si limitò ad affermare che l'intestatario del libretto aveva diritto a conseguire la prestazione da parte della banca depositaria, in quanto doveva presumersi che egli fosse altresì il proprietario della somma depositata. Tuttavia, l'annotatore della sentenza ritenne che il caso di specie dovesse rientrare nella figura del contratto a favore di terzo utilizzato per raggiungere una finalità tipica *mortis causa*, non essendo accettabile la distinzione tra termine e causa di riferimento alla morte". M. GIULIANO, op. cit., p. 323.

"L'annotatore della sentenza ha osservato che la fattispecie esaminata dal Tribunale di Catania era analoga a quella venuta all'attenzione della Corte di appello di New York nel 1904 e passata alla storia con il termine di *Totten trust*. Qui, una certa Fanny Amelia Lattan, a fine di evitare il pagamento dell'imposta di successione, aveva versato delle somme di danaro in conti correnti a lei intestati in trust in favore di un terzo: il potere di disporre delle somme depositate era rimasto in capo alla depositante che si era riservata anche il potere di revocare il beneficio a favore del terzo". E. MOSCATI, op. cit., p. 28.

stipulante ex art. 1412 c.c., valido in quanto rientrante in una fattispecie contrattuale non lesiva del divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.²¹⁶.

In conformità con quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, appare preferibile ammettere la validità della fattispecie esaminata, in quanto il diritto del terzo beneficiario di acquistare il saldo finale del libretto, seppur attenuato dal potere del disponente di prelevare le somme depositate, sorge sin dal compimento del negozio, anche se si consolida solo in seguito al decesso del depositante.

Ugualmente lecito è il c.d. *living trust* in cui il disponente non perde la disponibilità sostanziale del bene essendo egli stesso beneficiario del *trust* finché è in vita, ma riservandosi il potere di disporre del residuo a favore del beneficiario finale che può revocare o modificare in ogni momento.

Nella fattispecie negoziale in esame, viene senz'altro salvaguardata la libertà del disponente, mancando effettivamente un accordo con il beneficiario finale dell'attribuzione da cui segue la nascita del vincolo giuridico per il primo nei confronti del secondo. Per giunta, non può sicuramente parlarsi di negozio *mortis causa* poiché i beni oggetto del *trust* non costituiscono parte del *relictum*, ma fuoriescono dal patrimonio del disponente prima della sua morte²¹⁷.

In definitiva, affinché il *trust* possa essere considerato compatibile con il divieto derivante dalla norma imperativa di cui all'art. 458 c.c., è necessario e sufficiente: che la costituzione del *trust* dia immediatamente vita ad un vincolo reale di destinazione da cui derivi il distacco dei beni del *trust* dal restante

²¹⁶ M, GIULIANO, op. cit., p. 323.

²¹⁷ Dottrina e giurisprudenza sono arrivati a riconoscere la liceità del *living trust*, così come quella del *trust* irrevocabile con finalità liberale (contrariamente al *living trust* non è stato richiamato nel paragrafo, ma valgono le stesse conclusioni) anche alla luce dei principi affermati dalla Corte di Cassazione francese che qualifica il *trust* come atto *post mortem*, compatibile con il divieto dei patti successori disciplinato dall'art. 1130 *code civil*". A tale proposito, i giudici francesi "evidenziano come l'obbligo di dare del *trustee* sia certo e certa sia l'entità del capitale; l'incertezza riguarda solo la qualità dei beneficiari". In particolare, il *trust* viene qualificato come "negozio mezzo, come contenitore di una disposizione certamente *post mortem*, ma non necessariamente *mortis causa*. Ancora, secondo la Corte, costituirebbe un patto successorio l'ipotesi in cui "un soggetto nella qualità di *trustee*, detenesse per conto del disponente i suoi beni, con il vincolo di devolvere, ai beneficiari predeterminati, il capitale rimanente, con ciò violando il principio di diritto successorio che vuole che l'*id quod superest* sia disposto per testamento". Giurisprudenza francese richiamata da M. GIULIANO, op. cit., p. 342-343.

patrimonio del *settlor*; che i beni oggetto del *trust* siano assoggettati alla disciplina di tutela così da essere messi al riparo da aggressioni dei creditori personali del *settlor* indipendentemente dal momento in cui il beneficiario del *trust* acquisti i beni, potendo coincidere anche con la morte del disponente²¹⁸.

Per quanto concerne invece il *trust* testamentario, anche in tal caso si esclude pacificamente illiceità del negozio rispetto al divieto dei patti successori: in primo luogo la fattispecie non costituisce un patto data la natura unilaterale del testamento; inoltre la disposizione che istituisce il *trust* inserita nel testamento rappresenta un mero contenuto dell'atto di ultima volontà.

In conclusione, alla luce dell'indagine svolta, si può certamente affermare che i *trusts*, indipendentemente dalle caratteristiche e dallo scopo specifico che perseguono, non possono mai essere considerati illeciti per violazione del divieto dei patti successori, mentre sono idonei ad integrare gli estremi dei negozi *inter vivos* con effetti *post mortem* ed in particolare dei negozi *transmorte* nel caso dei *trust* revocabili.

2.6 La Legge sul “Dopo di noi” (L. 112/2016).

La Legge del 22 giugno 2016 n. 112, anche nota come Legge sul “Dopo di noi” entrata in vigore il 25 giugno del 2016, tutela i diritti dei soggetti affetti da grave disabilità²¹⁹ rimasti privi del sostegno familiare, al fine di assicurarli

²¹⁸ Non diversamente da quanto accade anche nel caso della costituzione di un fondo patrimoniale, nel quale viene in rilievo non il momento in cui avviene il trasferimento della proprietà dei beni che ne sono oggetto, che la giurisprudenza non reputa indispensabile per la configurazione del fondo patrimoniale, né l'acquisto di una situazione giuridica soggettiva da parte dei componenti della famiglia, bensì “la soggezione attuale dei beni al vincolo reale di destinazione”. R. MONTINARO, op. cit., p. 269.

²¹⁹ La legge 104/1992 ha introdotto per la prima volta il concetto di disabile: “è *persona handicappata* colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione” (art. 3 comma 1) La legge 104/1992 definisce altresì i soggetti gravemente disabili, a tutela dei quali è stata poi emanata la Legge sul “dopo di noi”. Ebbene, ai sensi dell'art. 3 comma 3 L. 104/1992: “qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità”.

un aiuto, nonché un supporto adeguato in considerazione dello stato di salute in cui purtroppo si trovano.

Per la prima volta nel nostro ordinamento vengono riconosciute delle tutele specifiche nei confronti delle persone affette da disabilità, per evitare che gli stessi possano essere “abbandonati” al momento della perdita dei genitori.

Difatti, prima dell’introduzione di tale normativa, non era prevista una disciplina *ad hoc* che rispondesse alle esigenze dei genitori di assicurare al proprio figlio gravemente disabile il sostentamento necessario per il tempo successivo la loro morte.²²⁰

Per quanto concerne le finalità perseguite dalla Legge sul “Dopo di noi” (L. 112/2016), queste sono espressamente sancite dall’articolo 1: “*1. La presente legge, in attuazione dei principi stabiliti dagli articoli 2, 3, 30, 32 e 38 della Costituzione²²¹, dagli articoli 24 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea²²² e dagli articoli 3 e 19, con particolare riferimento al*

²²⁰ “Prima della legge 112/2016, il rimedio per programmare il sostentamento di un congiunto disabile era individuato nel testamento, nel quale si poteva prevedere, per fare un esempio, la sostituzione fedecommissaria ex art. 692 c.c.: istituto previsto esclusivamente per specifiche finalità di protezione di soggetti incapaci, in particolare solo se l’istituto è un interdetto o un minore di età in condizioni di abituale infermità di mente, con la sola eccezione che la sostituzione fedecommissaria sia disposta dai genitori, dagli ascendenti in linea retta o dal coniuge dell’interdetto o del minore incapace, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore hanno avuto cura dell’istituto. Sulla sostituzione fedecommissaria cfr. A. TORRENTE, P. SCHELESINGER, op. cit., p. 1339.

I privati potevano altresì prevedere nel testamento, prima della legge sul “dopo di noi”, oltre alla sostituzione fedecommissaria, “quella del lascito a titolo di erede o di legato in favore di una determinata persona, con l’onere di prestare assistenza materiale e morale nei riguardi di un soggetto debole o, ancora, quello di istituire un vitalizio alimentare con finalità assistenziale gravanti sul patrimonio attribuito”. P. SPACCHETTI, *Dopo di Noi e strumenti giuridici di attuazione*, in <https://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/famiglia/2018-11-27/dopo-noi-e-strumenti-giuridici-attuazione-155420.php>

²²¹ Gli articoli costituzionali richiamati sanciscono, rispettivamente all’art. 2 Cost., 3 Cost., i principi fondamentali di solidarietà, il principio di uguaglianza formale e sostanziale.

L’art. 30 Cost. è richiamato dalla legge in esame in quanto sancisce il dovere dei genitori di “mantenere, istruire ed educare i figli” e prevede che in caso di impossibilità genitori è la legge che provvede ad assolvere i loro compiti. L’art. 32 Cost riguarda la salute come diritto fondamentale di ciascun individuo e dell’interesse della collettività. L’art. 38 Cost. tutela espressamente i soggetti inabili a lavoro nonché sprovvisti di mezzi necessari per vivere, riconoscendogli un diritto al mantenimento e all’assistenza sociale. Prevede altresì il diritto all’educazione e all’avviamento professionale di soggetti inabili minorati.

²²² L’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea riguarda i diritti del bambino ed in particolare nella prima parte del primo comma prevede che: “*I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere*”.

comma 1, lettera a), della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità²²³, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, è volta a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità” (comma 1).

Alla luce del primo comma dell'art. 1 della legge 112/2016, si evince che gli obiettivi perseguiti dalla disciplina sono sostanzialmente quelli di favorire l'autonomia delle persone affette da grave disabilità e di evitare il ricorso, spesso obbligato, all'assistenza sanitaria per sopperire alla morte del genitore che spesso può arrecare un notevole e non trascurabile pregiudizio per il figlio disabile, dato l'allontanamento dal suo habitat nonché il drastico cambiamento della sua vita quotidiana.

Dopo aver richiamato, in linea generale, le principali finalità perseguite della disciplina legislativa in esame, bisogna concentrare l'attenzione sui particolari meccanismi previsti dalla L. 112/2016 per raggiungere gli obiettivi sopra menzionati, a tutela dei disabili e delle loro famiglie.

Ebbene, il legislatore ha ammesso due tipologie di interventi operanti su diversi fronti: il fronte pubblicistico ed il fronte privatistico.

Sotto il primo profilo, la L. 112/2016 prevede l'istituzione di un fondo con dotazione triennale per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive

L'art 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea concerne l'inserimento dei disabili: “L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”.

²²³ Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità: “I principi della presente Convenzione sono: a) il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale- compresa la libertà di compiere le proprie scelte- e l'indipendenza delle persone; b) la non discriminazione; c) la piena ed effettiva partecipazione e inclusione all'interno della società; d) il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa; e) la parità di opportunità; f) l'accessibilità; g) la parità tra uomini e donne; h) il rispetto per lo sviluppo delle capacità dei bambini con disabilità e il rispetto per il diritto dei bambini con disabilità di preservare la propria identità”.

L'art 19 della Convenzione in esame garantisce una migliore inclusione sociale dei disabili, in particolare la lettera a) prevede che: “le persone con disabilità abbiano la possibilità di scegliere, sulla base di eguaglianza con gli altri, il proprio luogo di residenza e dove e con chi vivere e non siano obbligate a vivere in una particolare sistemazione abitativa”.

del sostegno familiare, nonché per il perseguimento delle finalità di cui all'art. 4²²⁴.

Sotto il secondo profilo, le famiglie che intendono provvedere autonomamente ed hanno la disponibilità economica per farlo, hanno la possibilità di ricorrere, in linea con quanto disposto dall'art. 1 comma 3²²⁵, a diversi strumenti negoziali: il *trust*; il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.; i fondi speciali composti da beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati da contratto di affidamento fiduciario.

Si tratta di “strumenti giuridici protettivi per realizzare il programma di vita dei soggetti deboli”²²⁶ che devono necessariamente rispettare i requisiti espressamente fissati dalla legge all'art. 6, così da godere anche delle agevolazioni fiscali previste dal legislatore.

Ai fini della trattazione concernete le fattispecie negoziali alternative al testamento, è dunque sembrato opportuno richiamare la legge sul “Dopo di noi”

²²⁴ Ai sensi dell'art. 4 comma 1 della L. 112/2016: “Il fondo è destinato all'attuazione degli obiettivi di cui all'art. 2 comma 2 e, in particolare alle seguenti finalità:

- a) Attivare e potenziare programmi di intervento volti a favorire percorsi di deistituzionalizzazione e di supporto alla domiciliarità in abitazione o gruppi-appartamento che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare che riproducano le condizioni anche delle migliori opportunità offerte dalle nuove tecnologie, al fine di impedire l'isolamento delle persone con disabilità grave di cui all'art. 1 comma 2;
- b) Realizzare, ove necessario; e comunque, in via residuale, nel superiore interesse delle persone con disabilità grave di cui all'art. 1 comma 2, interventi per la permanenza temporanea in una soluzione abitativa extra familiare per far fronte ad eventuali situazioni di emergenza, nel rispetto della volontà delle persone con disabilità grave, ove possibile, dei loro genitori o di chi ne tutela gli interessi;
- c) Realizzare gli interventi innovativi di residenzialità per le persone con disabilità grave di cui all'art. 1 comma 2, volti alla creazione di co-housing, che possono comprendere il pagamento degli oneri di acquisto, di locazione, di ristrutturazione e di messa in opera degli impianti e delle attrezzature necessari per il funzionamento degli alloggi medesimi, anche sostenendo forme di mutuo aiuto tra persone con disabilità;
- d) Sviluppare, ai fini di cui alle lettere a) e c), programmi di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile delle persone con disabilità grave di cui all'art. 1 comma 2”.

²²⁵ Art 1 comma 3 L. 112/2016: “la presente legge è volta, altresì, ad agevolare le erogazioni da parte di soggetti privati, la stipula di polizze di assicurazione e la costituzione di trust, di vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645 *ter* del codice civile e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario [...]”.

²²⁶P. PASCETTI, op. cit., in Il Sole 24 ore.

in quanto disciplina gli istituti cui possono ricorrere i privati, ai fini di effettuare una data attribuzione patrimoniale, *inter vivos*, a favore di un beneficiario (persona affetta da grave disabilità) i cui effetti saranno destinati a prodursi dopo la morte del disponente (genitore, parente stretto).

L'indagine che seguirà nei paragrafi successivi, riguarderà i singoli meccanismi di tutela espressamente previsti dalla L. 112/1996, operanti sul fronte privatistico, con il fine di mostrare come tali strumenti negoziali *inter vivos* permettano ai privati di regolare e programmare la trasmissione della ricchezza così da realizzare al meglio le loro specifiche esigenze.

Inoltre, l'attenzione si concentrerà sui rapporti fiduciari, ed in particolare sulla figura del contratto di affidamento fiduciario, oggetto di molteplici studi dottrinali che è stato per la prima volta richiamato dalla Legge sul "Dopo di noi", ponendo le basi per una recente proposta di legge avanzata dal Senato.

2.6.1 Il *trust* nella L. 112/2016.

Data la precedente trattazione²²⁷, l'analisi concernete l'istituzione del *trust* sarà breve e riguarderà esclusivamente le diverse caratteristiche e le precise finalità perseguite dal *trust* previsto e disciplinato dalla Legge sul "Dopo di noi".

Ebbene, il legislatore consente ai privati di costituire un *trust* i cui soggetti sono: il disponente (*settlor*); il fiduciario (*trustee*); il beneficiario (*beneficiary*) e il cosiddetto guardiano (*protector*).

Nel caso di specie, il genitore (disponente) istituisce il *trust*, conferendo i beni al *trustee* che li acquista e ne cura l'amministrazione nell'interesse del beneficiario, nonché nel rispetto ed in conformità con le finalità del *trust*.

Per garantire una corretta gestione ed assicurare il perseguimento dei precisi scopi posti tutela del disabile grave, l'attività del *trustee* è controllata dal guardiano, la cui nomina è in tal caso obbligatoria, in linea con quanto stabilito dalla let. f) comma 3 art. 6 della L. 112/2016²²⁸.

²²⁷ Cfr. par. 2.5. e ss.

²²⁸ Secondo infatti la lettera f) del terzo comma dell'art. 6 l'atto istitutivo deve *trust* deve individuare "il soggetto preposto al controllo delle obbligazioni imposte all'atto dell'istituzione del *trust* [...] Tale soggetto deve essere individuale per tutta la durata del *trust* [...]".

Il beneficiario del *trust* deve essere esclusivamente un soggetto gravemente disabile²²⁹ al quale viene assicurato, grazie all'istituzione del *trust* in suo favore, il mantenimento e l'assistenza anche per il tempo successivo alla morte del genitore disponente.

La legge menziona altresì un'altra categoria di soggetti: i beneficiari finali, ossia quei soggetti destinatari dei beni restanti del *trust* nel caso in cui il beneficiario principale, il disabile grave, muoia.

Premesso che le finalità volte alla cura e all'assistenza delle persone con disabilità grave debbano essere espressamente indicate nell'atto istitutivo del *trust* (secondo comma, art. 6), gli altri elementi che necessariamente devono essere contenuti nell'atto sono precisati dal terzo comma dell'art. 6 della legge in esame.

In primo luogo, l'atto istitutivo del *trust* deve essere redatto, pena nullità, con la forma di atto pubblico²³⁰. Nello stesso devono essere specificatamente indicati: i soggetti coinvolti e i loro rispettivi ruoli²³¹; gli obblighi del *trustee* e gli obiettivi prefissati per garantire il benessere del soggetto gravemente disabile assicurando l'adozione di ogni misura necessaria diretta a tal fine²³²; i bisogni delle persone con disabilità e le specifiche attività assistenziali e di cura per il loro soddisfacimento²³³.

Per quanto concerne la durata del *trust*, anch'essa deve risultare nell'atto istitutivo, il quale deve individuare il termine finale nella morte del beneficiario²³⁴. Di conseguenza, deve essere altresì stabilita la destinazione del patrimonio residuo una volta venuto a mancare il soggetto gravemente disabile²³⁵. In quest'ultima ipotesi, possono subentrare nel *trust* i beneficiari finali che in genere sono gli altri familiari del disabile.

²²⁹ Cfr. let. d) comma 3 art. 6 L. 112/2016

²³⁰ Cfr. let. a) comma 3 art. 6 L. 112/2016

²³¹ Cfr. let. b) comma 3 art. 6 L. 112/2016

²³² Cfr. let. c) comma 3 art. 6, L. 112/2016.

²³³ Cfr. let. b) comma 3 art. 6, L. 112/2016.

²³⁴ Cfr. let. g) comma 3 art. 6, L. 112/2016.

²³⁵ Cfr. let. h) comma 3 art. 6, L. 112/2016.

Per concludere, occorre sottolineare che la Legge sul “Dopo di noi” rappresenta un caso in cui il legislatore italiano disciplina direttamente il *trust* senza fare alcun riferimento ad una legge straniera, mentre di regola nel nostro ordinamento non vi è una legge interna disciplinante il *trust* e per tale motivo si ricorre ad una legge estera²³⁶.

2.6.2 Il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.

La Legge sul “Dopo di noi” prevede, oltre al *trust* esaminato, un ulteriore mezzo per garantire il benessere, l’integrazione sociale e l’autonomia del soggetto gravemente disabile dopo la morte del genitore: la costituzione di un vincolo di destinazione d’uso su beni immobili e mobili iscritti nei pubblici registri, in linea con quanto disposto dall’art. 2645 *ter* c.c.²³⁷.

Si tratta, in altri termini, di uno dei meccanismi, espressamente richiamato dalla L. 112/2016, cui privati possono ricorrere per programmare la propria successione e pianificare il mantenimento dei propri figli disabili per il periodo in cui avranno cessato di vivere.

L’art. 2645 *ter* c.c. è rubricato nel Capo I, Titolo I, Libro IV del Codice Civile, concernente la trascrizione degli atti relativi a beni immobili ed in particolare riguarda la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, ad altri enti o persone fisiche. Ovviamente, in tale sede, interessano esclusivamente gli atti di destinazione riferibili a persone affette da

²³⁶ Cfr. par. 2.5.

²³⁷ L’art. 2645 *ter* c.c. è entrato in vigore il 1 marzo con la L del 30 dicembre del 2005, n. 273 e prevede espressamente che: “*Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell’art. 1322 secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, solo per i debiti contratti per tale scopo*”.

grave disabilità, volti a realizzare le finalità poste dalla Legge sul “Dopo di noi”²³⁸.

Innanzitutto, per destinazione si deve intendere quel vincolo apposto su un bene o su un complesso di beni da un soggetto - indipendentemente dalla circostanza che sia o meno il proprietario - assumendosi l’impegno di non mutare la destinazione e di gestire il bene in conformità con il vincolo medesimo²³⁹.

Secondo dottrina autorevole, il vincolo di destinazione importerebbe, almeno in relazione ai soggetti coinvolti, due obbligazioni diverse: un’obbligazione negativa avente ad oggetto un *non facere* consistente nel non mutare la destinazione impressa; un’obbligazione positiva avente ad oggetto un *facere* consistente nel gestire il bene destinato entro i limiti posti dal vincolo²⁴⁰.

In tale ottica, la destinazione avrebbe un contenuto meramente obbligatorio che la espone ad un duplice rischio: l’inadempimento dei soggetti obbligati e l’inopponibilità nei confronti dei terzi.

Nel primo caso, gli obbligati potrebbero violare il vincolo di destinazione, senza che vi siano efficaci rimedi sanzionatori; nel secondo caso i terzi, tra cui i creditori, potrebbero validamente ed efficacemente acquistare diritti personali o reali sui beni destinati.

In realtà, tali problematiche sono state risolte proprio grazie all’entrata in vigore dell’art. 2645 *ter* c.c. poiché, superando il piano meramente formale, è stata riconosciuta efficacia reale alla destinazione.

In particolare, il legislatore ha previsto un regime di pubblicità in ordine agli atti di destinazione aventi ad oggetto beni immobili o mobili registrati destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela e aventi durata limitata alla vita del beneficiario, o comunque non superiore a novanta anni.

²³⁸ Con la legge 112/2016, la destinazione del patrimonio come disciplinato, assolve invece ad una finalità ed una causa di natura sociale rafforzata, che, in quanto considerata dal legislatore di interesse superiore, costituzionalmente garantita, è in grado di poter derogare al principio della responsabilità patrimoniale piena”. P. SPACCHETTI, op. cit.

²³⁹V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, in *Saggi e pareri*, in *Rivista di diritto privato*, 1/2016., p. 52 e ss.

²⁴⁰ *Ibidem*.

Di conseguenza, gli eventuali diritti acquistati da terzi sui beni oggetto del vincolo trascritto precedentemente, non potrebbero produrre alcun effetto nei confronti del vincolo stesso ²⁴¹.

All'opponibilità del vincolo si aggiunge anche l'effetto di separazione del bene o del complesso di beni vincolati dal patrimonio personale del suo titolare, in linea con quanto disposto dall'art 2645 *ter c.c.*: *“i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915 primo comma, solo per i debiti contratti per tale scopo”*.

Dall'ultima parte dell'articolo in esame si evince che i beni oggetto della destinazione possono essere aggrediti dai creditori solo per i debiti contratti per lo scopo al quale sono destinati.

Pertanto, il vincolo di destinazione d'uso rappresenta una limitazione espressamente prevista dalla legge della responsabilità patrimoniale del disponente ex art. 2740 c.c.²⁴² senza ostacolare la libera circolazione dei beni, né l'attuazione della garanzia patrimoniale dei creditori, fatta salva la preventiva trascrizione del pignoramento ex art. 2915 c.c. comma 1²⁴³.

Il soggetto che vanta un credito nei confronti del disponente, anteriore alla costituzione del vincolo di destinazione, conserva comunque la facoltà di ricorrere agli strumenti previsti a tutela della sua garanzia patrimoniale così da rendere inefficace l'atto di destinazione nei suoi confronti nel caso in cui lo stesso fosse pregiudizievole.

²⁴¹ Si deve precisare che l'opponibilità del vincolo nei confronti dei terzi secondo le regole della trascrizione non è sufficiente per realizzare anche il risultato della segregazione patrimoniale, ma è necessario, anche sotto tale profilo, un apposito intervento legislativo che stabilisca: *“oltre all'inefficacia dei diritti dei terzi acquistati sul bene, o sui beni vincolati, anche la separazione di quello o di quelli dal patrimonio del suo titolare”*. *Ibidem*.

²⁴² Ai sensi dell'art. 2740 c.c.: *“Il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”*.

²⁴³ Secondo il primo comma dell'art 2915 c.c.: *“Non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione degli atti che importano vincoli di indisponibilità, se non sono stati trascritti prima del pignoramento, quando hanno per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri e, negli altri casi, se non hanno data certa anteriore al pignoramento”*.

Pertanto, l'atto con cui si istituisce il vincolo di destinazione deve necessariamente essere sottoposto ad una serie di controlli incrociati vertenti su: la congruità ed adeguatezza del bene destinato e scopo perseguito; la proporzionalità tra bene destinato e patrimonio del disponente; l'idoneità dell'atto di destinazione a perseguire uno scopo preciso; il bilanciamento e il confronto tra l'interesse del beneficiario dell'atto di destinazione e quello del creditore antecedente²⁴⁴.

Nel vincolo di destinazione previsto dalla Legge sul "Dopo di noi", le particolari finalità e gli interessi da realizzare sono espressamente indicati nel dettato normativo per garantire un'efficace tutela dei soggetti affetti da grave disabilità. Il rispetto simili scopi di natura sociale rafforzata e dei canoni fissati dalla legge, bastano per superare il controllo di meritevolezza e giustificare una limitazione della garanzia patrimoniale dei creditori.

L'indagine appena svolta, conferma che l'art. 2645 *ter* c.c., anziché essere norma speciale o una norma di carattere eccezionale, sia espressione di "un nuovo principio generale del nostro ordinamento giuridico, che consente e legittima le destinazioni patrimoniali, ossia l'articolazione del patrimonio della persona"²⁴⁵.

Difatti, seppur la disposizione sia stata inserita nella parte del Codice Civile dedicata alla disciplina della trascrizione degli atti giuridici, essa non si esaurisce alla mera regolamentazione del profilo dell'opponibilità dell'atto trascritto nei confronti dei terzi, ma introduce altresì l'aspetto importante della segregazione patrimoniale.

²⁴⁴ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, 2014, p. 65.

²⁴⁵ Cit. V. BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, in *L'affidamento fiduciario successorio*, in *Percorsi giuridici tra tradizione e innovazione*, n.2/2019, in <https://biblioteca.fondazione-notariato.it/prt/affidamento-fiduciario-successorio.html>.

A tale proposito, lo stesso autore in una precedente pubblicazione prevede che lo strumento introdotto dalla disciplina in esame è "capace di elevare la separazione a effetto generale di tutte le destinazioni opponibili ai terzi, o da fungere essa stessa da paradigma di ogni possibile isotopo di destinazione per interessi meritevoli di tutela. Senza, perciò, violare il principio generale della responsabilità patrimoniale, bensì fissando un generale principio di possibile plurima articolazione del patrimonio della persona". Sono le parole di V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, op. cit., p. 54-55.

Per quanto concerne le differenze tra la figura giuridica in esame e il *trust*, nel vincolo di destinazione non vi è un soggetto, come il “*trustee*”, che si impegna ad amministrare i beni, a realizzare gli interessi ed a perseguire le finalità volute dal *settlor*, anche dopo la sua morte.

Per giunta, il disponente nella destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. mantiene la titolarità dei beni vincolati, a differenza di quanto accade nel *trust*.

Altre difformità possono riscontrarsi in ordine agli effetti della segregazione patrimoniale poiché la disciplina del vincolo di destinazione prevede espressamente una deroga che permette ai creditori di soddisfarsi sui beni destinati, ove i crediti dagli stessi vantati siano sorti per la realizzazione del fine della destinazione stessa²⁴⁶.

Da ultimo, il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. può riguardare solo beni immobili, beni mobili registrati e deve essere di durata massima di novanta anni, mentre il *trust* può avere ad oggetto qualsiasi tipologia di bene e non è previsto alcun limite temporale²⁴⁷.

Esplicitate le caratteristiche del vincolo di destinazione d’uso di cui all’art. 2645 *ter* c.c., è bene ora soffermarsi sul profilo successorio ed in particolare sulla possibile finalità successoria della figura giuridica oggetto di indagine.

Secondo la dottrina, la destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. rientra tra quegli strumenti negoziali con efficacia *transmorte*: difatti il vincolo costituito sui beni immobili o mobili iscritti nei pubblici registri non si estingue necessariamente alla morte del destinante (*de cuius*), ma può andare oltre la sua vita ed in tal caso i suoi successori *mortis causa* subentreranno nello stesso²⁴⁸. Ciò conferma che il vincolo di destinazione, al pari degli altri strumenti negoziali *transmorte*, possa essere utilizzato dai privati come un’alternativa al testamento.

Infine, sebbene il legislatore non abbia previsto il testamento tra i mezzi per istituire il vincolo d’uso, la dottrina più liberale - che può senz’altro

²⁴⁶ P. SPACCHETTI, op. cit.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Cfr. M. GIULIANO, op. cit., p. 330.

accogliersi - ammette la validità della disposizione testamentaria avente ad oggetto l'imposizione di vincoli con efficacia obbligatoria a carico degli eredi e/o dei legatari²⁴⁹.

A sostegno di quest'ultima teoria, si ritiene che anche il negozio testamentario possa essere ricompreso in quelle fonti delle obbligazioni diverse dai contratti o da fatto illecito, in linea con quanto disposto ai sensi dell'art. 1173 c.c.²⁵⁰. Se ne dovrebbe desumere che la possibilità di costituire un vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. per mezzo dello strumento testamentario, rientri nell'autonomia del disponente, purchè il suo programma successorio sia lecito e

²⁴⁹ Di contro, una decisione del Tribunale di Roma del 18 maggio 2013, che desta non poche perplessità, ha dichiarato nullo *rectius* inefficace il vincolo di destinazione istituito *mortis causa* in favore dei legittimari del *de cuius*.

Nella specie, il giudizio era stato introdotto dal coniuge superstite, in proprio e nella qualità di genitore esercente la potestà sulle figlie minori, per sentir pronunciare la nullità/annullabilità/inefficacia della disposizione testamentaria costitutiva del vincolo di destinazione ai sensi e per gli effetti degli artt. 2645 *ter* c.c. e 1322 c.c., istituito al fine di garantire il mantenimento, l'istruzione e l'educazione delle figlie, nonché, ricorrendone le condizioni, il mantenimento del coniuge". Il Tribunale di Roma smentisce, in primo luogo, le ragioni sostenute da chi riconosce l'ammissibilità della costituzione del vincolo per testamento che si fonda su due argomenti: "l'esclusione del testamento produrrebbe un'ingiustificabile disparità di trattamento tra atti *inter vivos* e *mortis causa*, tenuto conto, tra l'altro, che la Convenzione dell'Aja ammette entrambe le fattispecie costitutive in relazione al *trust*; il testamento pubblico è riconducibile nel *genus* atto pubblico; la norma tratteggia una figura di carattere generale, non limitata agli atti *inter vivos*. Argomenta la propria decisione partendo dal dato testuale: "Il legislatore non indica il testamento quale titolo costitutivo della destinazione, mentre, per istituti affini quali le fondazioni e il fondo patrimoniale, ha espressamente previsto la costituzione sia per atto pubblico che per testamento. Rafforza il convincimento in tal senso, la specifica previsione contenuta nell'art. 2 della legge n. 364/1989 (di ratifica Convenzione dell'Aja del 1985), per cui il costituente può adottare l'uno o l'altro strumento negoziale (atto tra vivi o *mortis causa*)". Inoltre, segue il Tribunale, "può richiamarsi anche l'art. 2645 *quater* cod. civ., introdotto dal d.l. 20.03.2012, n. 16 convertito nella legge n. 44/2012 che, nel porre l'obbligo di trascrizione degli atti costitutivi di vincoli di natura pubblicistica su beni immobili, fa riferimento ai contratti e agli altri atti di diritto privato anche unilaterali. Non può ritenersi rilevante, poi, l'uso, da parte del legislatore del termine atto anziché contratto, dal momento che la scelta della collocazione sistematica della norma (posta dopo la disposizione sulla trascrizione dei contratti e prima della disciplina della trascrizione della divisione) e il carattere essenziale dell'intervento normativo, appaiono significativi di una volontà legislativa volta a risolvere, innanzitutto, il problema della opponibilità della limitazione della responsabilità. L'argomento che fa leva sulla riconducibilità del testamento pubblico all'atto pubblico prova troppo. Va pure sottolineato che attraverso l'atto di destinazione ex art. 2645 *ter* cod. civ. si deroga al principio della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. e dunque non appare consentita un'interpretazione estensiva, oltre i limiti tracciati dalla norma". Giurisprudenza richiamata da M. GIULIANO, op. cit., in nota n. 11 p. 331.

²⁵⁰ Ai sensi dell'art. 1173 c.c.: "Le obbligazioni derivano da contratto da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

la destinazione in questione sia finalizzata alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

Per giunta, se si rifiutasse l'ammissibilità di una destinazione patrimoniale effettuata tramite testamento, si otterrebbe un ingiustificato ed illogico trattamento, nonché una contraddizione all'interno del sistema giuridico²⁵¹. Difatti, posto che sia possibile costituire - *inter vivos* - un vincolo di destinazione patrimoniale per la realizzazione - *post mortem* - di interessi meritevoli di tutela, perché non si potrebbe conseguire lo stesso risultato attraverso l'utilizzo dello strumento testamentario?

Nonostante tali considerazioni, la questione circa l'idoneità del testamento di poter rappresentare una fonte del vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c., rimane abbastanza dibattuta. Al contrario, è pressoché pacifico il riconoscimento della natura *inter vivos* con effetti *post mortem* del vincolo di destinazione.

2.6.3 La fiducia.

L'ultimo meccanismo previsto dalla Legge sul "Dopo di noi" è il contratto di affidamento fiduciario, tuttavia, prima di procedere all'analisi dello stesso, è necessario esaminare il negozio fiduciario.

Nella trattazione del negozio fiduciario, la dottrina richiama necessariamente lo schema della fiducia derivante dall'antica tradizione romanistica e germanica, da cui trae origine la classica bipartizione tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*^{252 253}. Tuttavia, la dottrina più recente

²⁵¹ Cfr. C. BERTI, op. cit., p. 164 e ss.

²⁵² Tale nozione tradizionale ottocentesca che inquadra, appunto il fenomeno fiduciario nelle due forme indicate, è stata senz'altro influenzata dal ritrovamento delle Istituzioni gaiane, risalente l'1816. Al contrario la letteratura giuridica settecentesca aveva accolto una nozione più ampia ricomprendendo anche il settore delle successioni e della famiglia. M. GIULIANO, op. cit., p. 150.

²⁵³ Per fare un esempio, si parla di *fiducia cum amico* nel caso della vendita a scopo di mandato a vendere: Tizio vende a Caio con il patto che Caio provveda secondo le sue istruzioni, all'amministrazione del bene e su richiesta di Tizio glielo ritrasferisca. Si parla di *fiducia cum creditore* quando il contratto fiduciario intercorre tra il creditore e il debitore e il secondo vende al primo un bene a patto che, al momento dell'estinzione del debito, il creditore rivenderà il bene al debitore (una sorta di vendita a scopo di garanzia). F. GALGANO, *La fiducia e il trust*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Tav. 13, Bologna, 2011, p. 200.

evidenza come il negozio fiduciario, a fronte dei molteplici usi cui si presta, possa ricomprendere un'ampia gamma di situazioni non necessariamente riconducibili agli schemi tradizionali²⁵⁴.

Il concetto di fiducia è impiegato dal linguaggio giuridico per indicare due diversi fenomeni.

Il primo fenomeno fa riferimento ad una particolare tipologia di proprietà - la c.d. proprietà fiduciaria - caratterizzata dal potere del titolare di godere e disporre del bene non per realizzare un proprio interesse, bensì per soddisfare un interesse altrui.

Il secondo fenomeno concerne un contratto che implica, in forza del c.d. *pactum fiduciae*, il trasferimento della proprietà di un bene da un soggetto ad un altro affinché quest'ultimo se ne serva per un determinato fine e lo ritrasferisca al primo una volta raggiunto lo scopo anzidetto²⁵⁵.

Quanto al primo aspetto, si può propriamente parlare di proprietà fiduciaria solo quando il vincolo di destinazione del bene, istituito nell'interesse di un altro soggetto, sia reale in modo da rendere la destinazione del bene opponibile nei confronti dei terzi ed inaggregabile nei confronti dei creditori personali del fiduciante, come avviene nell'ipotesi del *trust* di *common law*.

Tale specifica proprietà, non essendo espressamente disciplinata dal nostro diritto positivo, non può ammettersi in linea con il principio di tipicità dei diritti reali che contraddistingue il nostro ordinamento di *civil law*²⁵⁶.

Di conseguenza, nel nostro sistema giuridico, la proprietà fiduciaria e i relativi effetti che ne derivano non potrebbero mai essere il frutto dell'autonomia contrattuale senza che vi sia una disciplina legislativa che lo preveda²⁵⁷.

²⁵⁴M. GIULIANO, op. cit., p. 150.

²⁵⁵F. GALGANO, op. cit., p. 197 e ss.

²⁵⁶*Ibidem*.

²⁵⁷Attualmente, le forme legislativamente ammesse di proprietà fiduciaria vengono comunemente individuate: “a) nelle società fiduciarie, regolate da leggi speciali, che si propongono di assumere l'amministrazione di titoli per conto di terzi” [...] “b) nelle società di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare”; [...] “c) nella cosiddetta fondazione fiduciaria, diversa dalla fondazione eretta in persona giuridica”. *Ibidem*.

Per giunta, nemmeno il *pactum fiduciae* potrebbe essere associato al concetto di proprietà fiduciaria, non essendo idoneo a produrre gli effetti reali propri del *trust* appena esaminati, ma implicando la nascita di un vincolo meramente obbligatorio non opponibile nei confronti dei terzi.

Inoltre, proprio sulla base del principio di tipicità dei diritti reali, parte dottrina ritiene inammissibile il negozio con *causa fiduciae* implicante il trasferimento della proprietà, in quanto il numero chiuso di diritti reali implicherebbe necessariamente il numero chiuso dei negozi ad effetti reali.

In quest'ottica, i contratti idonei a produrre effetti reali dovrebbero essere solo quelli cui la legge gli riconosce tale fine²⁵⁸.

Di contro, la dottrina prevalente ritiene di non poter trarre dal principio di tipicità dei diritti reali la necessaria tipicità delle fattispecie negoziali con effetti reali²⁵⁹.

A sostegno di tale teoria, gli autori si rifanno al comma 2 dell'art. 1322 c.c. espressione del principio di autonomia contrattuale e la libertà negoziale dei privati, sulla base del quale questi ultimi hanno “la facoltà di costituire rapporti contrattuali, con effetti sia obbligatori che reali, diversi da quelli tipizzati dalla legge e quindi, negozi fiduciari, cioè contraddistinti da un'atipica *causa fiduciae*, dotati di efficacia reale”²⁶⁰.

Sulla base di tali premesse, si può affermare quanto segue: il negozio fiduciario è quel negozio tramite cui il fiduciante trasferisce al fiduciario la titolarità di un diritto il cui esercizio è limitato alla realizzazione di uno scopo preciso che il fiduciario si obbliga a rispettare in forza di un patto con il fiduciante (*pactum fiduciae*), impegnandosi altresì a ritrasferire il diritto allo stesso fiduciante o ad un terzo beneficiario una volta raggiunto lo scopo.

L'effetto reale, derivante dal trasferimento del diritto, figura come il mezzo per dare la possibilità al fiduciario di eseguire l'obbligo assunto verso il

²⁵⁸ Cfr. M. GIULIANO op. cit., p. 152 e ss.

²⁵⁹ “Così ragionando si confonderebbe la fonte, cioè il negozio, con l'effetto, cioè il diritto”.

Ibidem.

²⁶⁰ *Ibidem*.

fiduciante e rappresenta l'adempimento degli obblighi derivanti dal *pactum fiduciae*²⁶¹.

Il patto ha efficacia obbligatoria tra le parti ed è quindi inopponibile ai terzi. Di conseguenza, in caso di alienazione a terzi dei beni trasferiti al fiduciario, il fiduciante non potrà rivendicare il bene, ma avrà diritto al solo risarcimento del danno per inadempimento²⁶².

Per quanto concerne la configurazione del negozio fiduciario, parte della dottrina ritiene che sia costituito da due diversi negozi collegati tra loro: quello obbligatorio derivante dal c.d. *pactum fiduciae* e quello traslativo implicante il passaggio della proprietà del bene per la realizzazione dei fini designati dal fiduciante^{263 264}.

Tuttavia, secondo l'opinione dottrinale prevalente, il negozio fiduciario è espressione di un'operazione negoziale unitaria e atipica, costituita da un'unica causa e produttiva sia di effetti reali che di effetti obbligatori, alla luce delle peculiarità della fattispecie negoziale in esame sopra chiarite.

Per quanto concerne le principali analogie e differenze tra il negozio fiduciario e il *trust*, entrambe sono contraddistinte dalla peculiarità che la "proprietà fiduciaria" sia diretta al perseguimento di uno scopo preciso stabilito del fiduciante, o dal *settlor* nel caso del *trust*.

Le differenze tra il negozio fiduciario e il *trust*, oltre a quelle appena esaminate derivanti dalle diverse origini dei due istituti, rispettivamente di *civil law* e di *common law*, riguardano il concetto di "fiducia". Mentre nel negozio

²⁶¹ Alla luce di tali considerazioni, la dottrina parla di eccedenza del mezzo rispetto al fine o di eccedenza della causa del contratto rispetto allo scopo delle parti. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014.

²⁶² F. GALGANO, op. cit., p. 200.

²⁶³ V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, op. cit., p. 58 e ss.

²⁶⁴ Anche la Giurisprudenza italiana è stata influenzata da tale ricostruzione poiché, nei casi in cui ha ammesso la validità del rapporto fiduciario, ha prevalentemente ravvisato nello stesso un'ipotesi di collegamento tra due negozi. Nel dettaglio, sono tre gli orientamenti giurisprudenziali: secondo il primo orientamento, il *pactum fiduciae* non ha rilevanza causale autonoma e la causa sarebbe comunque quella del negozio traslativo che è fuori di esso e ne costituisce il solo motivo; un secondo orientamento dottrinale il negozio traslativo e il patto fiduciario sono considerati come negozi separati ciascuno con la propria causa, seppur collegati; infine secondo un terzo orientamento il negozio fiduciario è composto da più negozi giuridici dove però l'intera operazione che li connota è caratterizzata da una causa unitaria, ossia quella di realizzare il programma fiduciario. M. GIULIANO, op. cit., p. 155.

fiduciario la fiducia ricopre un ruolo estremamente importante, essendo la causa del contratto; nel *trust* essa rappresenta un mero motivo dell'atto che non influisce né sulle regole di costituzione dell'istituto, né sulla causa.

In vista delle molteplici articolazioni del negozio fiduciario, si ritiene che lo stesso possa altresì rientrare nella categoria dei negozi alternativi al testamento, in quanto idoneo a produrre un effetto di destinazione *post mortem*²⁶⁵.

Ebbene, il fiduciante (disponente) può accordarsi con il fiduciario, affinché quest'ultimo, sulla base delle indicazioni impartitegli, si impegni a gestire ed amministrare il bene oggetto del negozio destinandolo, dopo la morte del disponente, al terzo beneficiario da lui designato.

Si precisa altresì che il negozio fiduciario idoneo a produrre effetti *post mortem*, al pari di ogni altra fattispecie negoziale contraddistinta da tale efficacia, è perfettamente compatibile con la norma imperativa di cui all'art. 458 c.c.

Difatti, l'attribuzione dei beni avviene sin dal momento del perfezionamento del negozio, sebbene gli effetti finali siano differiti al momento della morte del fiduciante in forza della pattuizione con il fiduciario di un termine iniziale per l'esecuzione dell'obbligazione, coincidente con il decesso del fiduciante, con l'ulteriore possibilità per quest'ultimo di riservarsi la facoltà di modificare la designazione del beneficiario dell'attribuzione.

Pertanto, all'apertura della successione, i beni oggetto del negozio fiduciario si troveranno già al di fuori del patrimonio del fiduciante e non potranno mai formare la massa ereditaria²⁶⁶. Al contrario, qualora il fiduciario venisse incaricato di prelevare ed attribuire al terzo beneficiario beni ricompresi nel lascito del *de cuius*, si verificherebbe una violazione della disciplina

²⁶⁵ V. BARBA, op.ult. cit., p. 57.

²⁶⁶ La dottrina prevalente ha esteso al negozio fiduciario le conseguenze cui è arrivata in ordine al mandato *post mortem*. Infatti, rileva la liceità del mandato *post mortem*, ogni qual volta la morte del mandante sia mero termine iniziale dell'efficacia obbligatoria del mandato medesimo, avendo questo per oggetto beni che non appartengono all'asse ereditario perché già in vita del *de cuius* donati al beneficiario". Cfr. R. MONTINARO, op. cit. p. 275.

successoria, in linea con le conclusioni cui è arrivata la dottrina in merito al mandato *post mortem*²⁶⁷.

Nonostante tali considerazioni, la dottrina tende a sconsigliare l'utilizzo del negozio fiduciario con finalità *post mortem* a causa dei problemi applicativi derivanti dall'eventuale inadempimento del fiduciario che renderebbe impossibile ricorrere ad un'adeguata tutela per il fiduciante, visto che l'accertamento dell'inadempimento potrebbe essere effettuato soltanto alla morte del fiduciante stesso.

Ancora, inconvenienti potrebbero sorgere a fronte dell'inopponibilità ai terzi del *pactum fiduciae*, per non parlare del notevole costo dell'operazione derivante dal doppio trasferimento dal fiduciante al fiduciario e successivamente dal fiduciario al beneficiario.

In definitiva, gli studi svolti dalla dottrina in ordine al negozio fiduciario hanno esteso la sua portata applicativa. Tuttavia, al giorno d'oggi vi sono molteplici fattispecie che non integrano gli estremi del negozio fiduciario, rimanendo così prive di un inquadramento giuridico. Ciò ha indotto la dottrina ad analizzare ed elaborare un'ulteriore fattispecie: il contratto di affidamento fiduciario.

2.6.4 La L. 112/2016 e il contratto di affidamento fiduciario.

La Legge sul “Dopo di noi” promuove, oltre al *trust* e il vincolo di destinazione ex art 2645 *ter* c.c., la costituzione di fondi speciali composti da beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati da contratti di affidamento fiduciario in favore delle persone affette da grave disabilità.

Gli istituti richiamati dalla normativa in esame, con particolare riferimento al *trust* e al c.d. contratto di affidamento fiduciario, non sono del

²⁶⁷La dottrina, in linea con la giurisprudenza, afferma “la validità del mandato *post mortem*, quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto meramente esecutivo, avente ad oggetto un bene, o un complesso di beni, di cui il mandante abbia già trasferito la titolarità al mandatario; mentre il contratto è invalido quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto giuridico, che importa il trasferimento di un diritto di cui il mandante abbia conservato la titolarità”. “Si dice, infatti, che in quest'ultimo caso, il mandatario finirebbe con il disporre ancorché in esecuzione del mandato di un diritto successorio”. V. BARBA, op. ult. cit., p. 67.

tutto consolidati nell'ordinamento italiano, tant'è che sono considerati dei fenomeni atipici in quanto privi di una specifica disciplina legislativa. Ciò nonostante, le fattispecie succitate trovano, nel caso di specie, tutela giuridica in quanto destinate a soddisfare i bisogni ed a realizzare gli scopi espressamente individuati dalla Legge oggetto di indagine.

In altri termini, “ciò che rileva e merita apprezzamento e considerazione, è la pattuizione con la quale si evidenzia e si raggiunge il fine perseguito, (inclusione sociale, cura e assistenza delle persone con disabilità grave)”²⁶⁸.

Prima di individuare le caratteristiche del contratto di affidamento fiduciario a fronte della prospettiva di riforma legislativa, occorre menzionare i recenti orientamenti dottrinali che confermano la necessità di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina *ad hoc* volta a regolare il contratto in esame, espressione della tradizione di *civil law* e produttivo di effetti analoghi a quelli del *trust* tipico dei Paesi di *common law*.

A tal proposito, bisogna rimembrare che la dottrina è solita distinguere tra il *trust* che trova espressione in una legge straniera, ammesso nel nostro ordinamento a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985; e il *trust* di diritto interno, cui la dottrina auspica, in quanto disciplinato direttamente dalla legge italiana, senza dover necessariamente far riconoscere ad una disciplina straniera.

Dunque, le problematiche applicative riconducibili all'istituto del *trust* derivano dalla mancata approvazione di una normativa nazionale che ne disciplini il regime giuridico, il quale vive “nei limiti del riconoscimento conseguente alle norme della convenzione internazionale e in base al rinvio da questa disposta alle normative straniere”²⁶⁹.

Pertanto, a fronte delle esigenze della dottrina più recente, l'ipotesi di un *trust* di diritto italiano appare “allettante”, seppur con le dovute accortezze e distinzioni rispetto alla disciplina del *trust* di diritto straniero, alla luce delle

²⁶⁸ Cit. P. SPACCHETTI, op. cit., Il sole 24 ore.

²⁶⁹ M. GIULIANO, op. cit., p. 138.

differenze tra il nostro diritto civile e quello dei Paesi di *common law* da cui trae origine il *trust* ²⁷⁰.

Effettuate tali precisazioni, sembra plausibile poter individuare nel nostro ordinamento una figura negoziale che raggiunga sostanzialmente gli stessi effetti del *trust*, in conformità con il principio di autonomia negoziale cui si ispira il Codice Civile e del coordinato disposto con l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1985²⁷¹.

Occorre precisare che, l'eventualità di individuare altri rapporti giuridici che possano produrre gli stessi effetti del *trust* non per forza riconducibili alla tradizione di *common law*, è stata - *in primis* - messa in luce dalla dottrina in sede di interpretazione dell'art. 2 Conv.

Difatti, seppur la Convenzione abbia dettato varie norme rifacendosi al modello del *trust* di *common law* in conformità con le origini dell'istituto, l'art. 2 della stessa fornisce una definizione tale da ricomprendere anche istituti civilistici che, nonostante non siano formalmente analoghi al modello del *trust* anglo-americano, rispondono comunque alla struttura delineata dall'articolo in esame: “*Ai fini della Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente- con atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico* (primo comma, art. 2 Conv.)²⁷².”

Premesso che gli effetti del *trust* possano essere perseguiti da istituti propri della tradizione dei sistemi di *civil law* così come si desume dal dettato normativo della Convenzione dell'Aja del 1895, la dottrina si è spinta verso lo

²⁷⁰L'antecedente storico del *trust* deve essere individuato nello *use* dell'Inghilterra medievale. Lo *use* consisteva nel trasferire un proprio bene ad altro soggetto obbligando quest'ultimo a detenerlo per gli scopi prefissati dal trasferente. Si era altresì sviluppata una figura ancora più complessa, ossia lo *use upon a use*, consistente in due operazioni consecutive: il proprietario originario trasferiva ad un soggetto il titolo, ed ad un altro il godimento del medesimo bene. Il primo soggetto, quindi, era proprietario di un bene, ma per il beneficio di un terzo. quest'ultima fattispecie descritta era denominata *trust*. F. GALGANO, op. cit., p. 204.

²⁷¹ Cfr. C. BERTI, op. cit., p. 261.

²⁷² Quanto appena illustrato è frutto di una scelta consapevole che risponde all'esigenza di “estendere l'applicazione della Convenzione anche ad istituti analoghi ai *trust*, sebbene detti istituti non siano mai stati indicati nei lavori della Conferenza né si è elaborata una categoria che comprendesse tanto i *trust* quanto gli altri istituti”. M. GIULIANO, op. cit., p. 142.

studio del c.d. contratto di affidamento fiduciario capace di competere con il *trust* anglosassone, partendo da una rivisitazione dell'obsoleto negozio fiduciario²⁷³.

Il contratto di affidamento fiduciario²⁷⁴ trova il suo primo riconoscimento normativo nella Legge sul “Dopo di noi” che lo inserisce tra i meccanismi in grado di tutelare e salvaguardare il benessere, la cura e l’assistenza del disabile grave per il tempo in cui i suoi genitori siano venuti a mancare.

Pertanto, la L. 112/2016 ne ha senza dubbio favorito lo sviluppo, comportando l’esigenza e la necessità di dettare una disciplina positiva, compiuta ed esauriente, in ordine al contratto di affidamento fiduciario, muovendo dall’inadeguatezza del *trust* per il suo necessario riferimento ad una legge straniera e dall’incapacità dell’art. 2645 *ter* c.c. a fornire un supporto normativo sufficiente per costruire una nuova figura negoziale.

Non a caso, il Senato ha presentato, in data 5 agosto 2019, il disegno di Legge n. 1452, XVIII legislatura ²⁷⁵ che mira a colmare una lacuna presente nel nostro diritto interno, nonché a portare a compimento tutti quei riferimenti al contratto di affidamento fiduciario contenuti nella legge 22 giugno 2016, n. 112, anche nota come la Legge sul “Dopo di noi”, tenendo conto del notevole supporto fornito dalla dottrina più recente²⁷⁶.

²⁷³ Cfr. C. BERTI, op. cit., p. 263 e ss.

²⁷⁴ Si ricorda che il massimo esponente del contratto di affidamento fiduciario è M. LUPOI, autore del testo “*Il contratto di affidamento fiduciario*” (op. cit.)

²⁷⁵ Cfr. <https://www.senato.it>

Nel disegno di legge menzionato sono stati ripresi principi e regole elaborate dalla dottrina in tema di contratto di affidamento fiduciario, in modo da poter arrivare a “tradurre” il *trust* come hanno fatto quasi gli altri Stati che hanno legiferato in materia, come per esempio già fece la Repubblica di San Marino nel 2010, n. 43. *Ibidem*

Inoltre, per quanto concerne gli interventi legislativi degli ordinamenti di *civil law* in merito, occorre menzionare: la legge n. 42 sul *trust*, e la n. 43 sull’affidamento fiduciario, entrambe del 1° marzo 2010 approvate dalla Repubblica di San Marino; e gli artt. 2010- 2030 introdotti nel *code civil*, che nel 2007 hanno accolto la “fiducia” nell’ordinamento francese. La disciplina francese è soggetta a più restrizioni, difatti è nullo il contratto di fiducia caratterizzato da un intento liberale nei confronti del beneficiario ed il costituente può essere soltanto una persona giuridica; inoltre la fiducia francese si caratterizza poi per un effetto segregativo limitato disciplinato art. 2025 *code civ*. Mentre la legge di San Marino è più espansiva.

R. LENZI, *Gli affidamenti fiduciari*, p. 9, atti del convegno giugno 2019, consultabile online in <https://civilistiitaliani.eu>

²⁷⁶ Ed è proprio grazie al supporto della dottrina, nonché al contributo della giurisprudenza che, utilizzando le linee guida della Convenzione dell’Aja, pian piano è stata ammessa e

In precedenza, il legislatore ha provato comunque ad introdurre delle soluzioni interne da poter utilizzare come alternativa al *trust* evitando così di ricorrere all'applicazione di una disciplina straniera. Tra le soluzioni legislative anzidette si può far menzione della stessa destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.

Tuttavia, gli strumenti introdotti, seppur originali, non sono sufficientemente competitivi rispetto al *trust*, tant'è che la Legge sul "Dopo di noi" ha comunque previsto la possibilità per i privati interessati di ricorrere al *trust* per raggiungere quegli obiettivi di nobile valore richiamati dalla legge stessa.

A tal proposito, secondo quanto sancito dal Senato nella proposta di legge n. 1452, "una legge sul contratto di affidamento fiduciario sarebbe l'occasione per l'Italia di proporsi quale guida a numerosi Paesi di *civil law* che intendono avere il *trust*, ma vogliono rimanere all'interno della propria tradizione giuridica e di tornare a essere esportatrice e non più solo importatrice di innovazione legislativa"²⁷⁷.

L'obiettivo perseguito dal Disegno di Legge in esame è quindi quello di favorire lo sviluppo di rapporti giuridici comparabili a quelli derivanti dalla costituzione del *trust*, servendosi però dei mezzi propri del Diritto Civile.

Ebbene, in linea con gli orientamenti dottrinali prevalenti, cui il Senato ha senz'altro preso spunto nella redazione del disegno di legge menzionato, il contratto di affidamento fiduciario presenta delle analogie sia con il contratto a favore di terzo, sia con l'istituto del *trust*.

In particolare, si tratta del contratto in cui un soggetto affidante predispone un programma e, in vista della sua realizzazione, "affida" e trasferisce determinati beni patrimoniali ad un altro soggetto affidatario²⁷⁸

riconosciuta "la possibile convivenza del *trust* con i principi del nostro ordinamento e con istituti giuridici preesistenti". C. BERTI, op. cit., p. 263-264.

²⁷⁷ Citazione contenuta nella premessa introduttiva al disegno di legge in esame, p. 3, consultabile in www.senato.it

²⁷⁸ A tal proposito occorre menzionare la seguente citazione: "Un contratto non è un contratto di affidamento fiduciario se non comporta alcun reale affidamento dei beni dell'affidatario fiduciario". Di conseguenza, non può essere considerato un contratto di affidamento fiduciario quello che seppur attribuisca al fiduciario notevoli poteri, "lo limiti o lo condizioni in ogni suo agire". M. LUPOI, op. cit., p. 318.

affinché li amministrati nel rispetto del programma anzidetto e si impegni a destinare il patrimonio affidato al terzo beneficiario designato dall'affidante²⁷⁹²⁸⁰.

Pertanto, grazie al contratto di affidamento fiduciario si crea un rapporto tra le parti che assicura l'esecuzione del programma prefissato - cuore del contratto- e ne garantisce il rispetto, prescindendo dalle vicende interne e dai conflitti personali delle parti²⁸¹.

Alla luce di tale precisazione, la dottrina individua la causa del contratto di affidamento fiduciario “nella predisposizione della stabile realizzazione di un programma destinatorio meritevole”²⁸².

In ordine all'attività dell'affidatario, questa può essere sorvegliata dal garante del contratto che concorre alla realizzazione del programma prestabilito e, qualora i beneficiari del patrimonio affidato siano soggetti gravemente disabili, la nomina del garante è obbligatoria, in linea con quanto disposto dalla legge sul “Dopo di noi”²⁸³.

Un'importante peculiarità del contratto di affidamento fiduciario riguarda i suoi risvolti patrimoniali: lo strumento contrattuale in esame realizza una segregazione patrimoniale con la conseguente opponibilità nei confronti dei

²⁷⁹ Cfr. V. BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, op. cit.

²⁸⁰ Occorre menzionare, relativamente agli obblighi dell'affidatario, l'art. 8 del disegno di legge 1452 che al comma 1 prevede che: “L'affidatario fiduciario si comporta secondo corrette e buona fede. Nello svolgimento delle sue mansioni, l'affidatario fiduciario: a) agisce quale soggetto tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui e non compie alcun atto dal quale possa ricavare vantaggio, neanche indiretto; b) usa la diligenza che un soggetto avveduto userebbe nelle medesime circostanze rispetto a beni propri; c) se svolge professionalmente l'attività di affidatario fiduciario, impiega la competenza che è ragionevole attendersi da un professionista”.

²⁸¹ M. LUPOI, op. cit., p. 313 e ss.; Cfr. altresì V. BARBA, op. ult. cit.

²⁸² Si tratta dell'espressione utilizzata da M. LUPOI, op. cit., p. 384.

²⁸³ L'istituzione del garante è anche prevista nel testo del disegno di legge 1452. In particolare, il comma 5 dell'art. 1 enuncia che: “il negozio di affidamento fiduciario può prevedere l'individuazione di un soggetto, denominato garante, al quale sono attribuiti poteri di vigilanza sull'esecuzione del medesimo. Lo stesso comma prevede inoltre le ipotesi in cui la nomina del garante del contratto debba essere obbligatoria a pena di nullità, tra cui spicca l'ipotesi di cui alla let. b) - i beneficiari minori di età o interdetti o inabilitati o beneficiari di amministrazione di sostegno o disabili gravi ai sensi dell'art. 3 comma 3, della legge 5 febbraio 1192 n. 104 – che risulta essere coerente a quanto previsto dalla Legge 112/2016.

terzi del patrimonio affidato e la non aggredibilità dello stesso da parte dei creditori personali dell'affidatario²⁸⁴, come peraltro avviene nel *trust*.

Pertanto, grazie alla separazione del patrimonio affidato, i beni che ne formano oggetto sono vincolati esclusivamente alla realizzazione degli scopi e all'adempimento degli obblighi espressamente previsti dal contratto di affidamento fiduciario²⁸⁵.

A fronte di tali peculiarità, il contratto di affidamento fiduciario viene visto come un'evoluzione del negozio di destinazione.

Difatti, in linea con la Legge sul "Dopo di Noi", il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. ricopre uno specifico ruolo: è servente rispetto alla fattispecie contrattuale in esame, essendo uno strumento che ne favorisce l'attuazione consentendone, mediante la trascrizione, l'opponibilità nei confronti dei terzi²⁸⁶.

In altri termini, è la trascrizione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. a realizzare la separazione patrimoniale dei beni immobili o mobili registrati affidati in funzione dell'attuazione del programma destinatorio.

In sostanza, "il contratto di affidamento fiduciario nasce proprio come recupero delle potenzialità del nostro diritto che attraverso la proposta di regole e principi nuovi, in alternativa rispetto al *trust* e all'atto di destinazione, offrendo un meccanismo generale di segregazione alternativo e di più facile conduzione che parte dal basso, per regolare situazioni affidanti che la giurisprudenza, a

²⁸⁴ In relazione ai beni che vengono affidati al fiduciario, si precisa che: "quei beni gli pervengono precisamente per non essere confusi con i suoi beni in quanto essi non sono suoi secondo il significato che questo aggettivo possessivo riveste nell'art. 2740 c.c. e quindi non sono soggetti al regime della responsabilità patrimoniale generica". Cit. M. LUPOI, op. cit., p. 366.

²⁸⁵ A tale proposito, nel disegno di legge 1452, l'art. 3, dedicato al cd. patrimonio affidato, sancisce al terzo comma che: "*il patrimonio affidato: a) appartiene temporaneamente all'affidatario fiduciario, che esercita su di esso ogni facoltà dominicale entro i limiti posti dal contratto; è distinto dal patrimonio personale dell'affidatario fiduciario e da altri patrimoni affidati al medesimo; è escluso dal regime patrimoniale della famiglia e dalla successione ereditaria, è impignorabile e inesquestrabile da chiunque se non per l'esecuzione di obbligazioni attinenti all'attuazione del programma o da essa originate*".

²⁸⁶ "In questa ricostruzione l'affidamento fiduciario definisce i soggetti, il programma, il patrimonio funzionale alla realizzazione del programma; il vincolo di destinazione costituisce lo strumento mediante il quale il programma e la valenza funzionale della titolarità dei beni possono essere resi opponibili ai terzi". R. LENZI, op. cit.

fatica, il più delle volte ha ricondotte, nella limitata fattispecie del negozio fiduciario classico²⁸⁷.

Per terminare l'indagine, occorre rapportare il contratto in esame con il divieto dei patti successori ex art. 458 c.c. ove il programma dell'affidamento preveda che i beni vengano destinati al beneficiario solo alla morte dell'affidante.

Ebbene, mettendo in relazione il contratto di affidamento fiduciario con la *trust*, il problema di liceità del contratto anzidetto nemmeno sussiste poiché quest'ultimo concerne solo l'affidante e l'affidatario fiduciario e con esso si realizza, in via immediata, l'attribuzione patrimoniale²⁸⁸.

2.6.5 Considerazioni conclusive sulla Legge sul “Dopo di noi”.

L'indagine vertente sui singoli meccanismi negoziali previsti dalla Legge sul “Dopo di Noi” volti a salvaguardare i diritti dei disabili gravi, ha mostrato come tali strumenti negoziali - diversi dal testamento- consentono di pianificare anticipatamente la trasmissione generazionale della ricchezza ed allo stesso tempo permettono di far fronte a particolari esigenze economico-sociali dei privati.

La seguente trattazione ha altresì confermato come la tendenza della prassi è quella di consentire ai privati di ricorrere a strumenti negoziali *inter vivos* con effetti *post mortem* che, in quest'ottica, appaiono maggiormente idonei a soddisfare le delicate esigenze dei singoli e si mostrano più competitivi rispetto allo strumento testamentario.

A tal proposito, è bene da ultimo evidenziare come il dettato legislativo sul “Dopo di noi” presenti dei punti critici che possono ostare con i principi derivanti dal diritto successorio, ed in particolare con il diritto di legittima dei legittimari.

Si potrebbe pertanto pensare di introdurre una riforma del sistema successorio che preveda il riconoscimento del patto successorio rinunziativo,

²⁸⁷ Cit. M. GIULIANO, op. cit., p. 164.

²⁸⁸ Cfr. M. LUPOI, op. cit., p. 381.

attualmente vietato ai sensi dell'art. 458 c.c., così da favorire ed estendere l'ambito di applicazione degli strumenti negoziali esaminati²⁸⁹.

²⁸⁹ Cfr. P. SPACCHETTI, op. cit., Il sole 24 ore.
<http://www.diritto24.ilsole24ore.com>

CAPITOLO III

Le prospettive di riforma del divieto dei patti successori e l'influenza derivante dalla disciplina comunitaria

«Anche quando le leggi sono scritte
non dovrebbero mai rimanere immutate»

- ARISTOTELE

SOMMARIO: Premessa. 3.1 L'inattualità del diritto successorio a fronte del mutamento della realtà socioeconomica. 3.1.1 Il successo dello strumento contrattuale. – 3.1.2 Crisi del diritto successorio? - 3.2 Il Regolamento europeo n. 650/2012 e la legge applicabile ai patti successori. - 3.2.1 Il rispetto dell'ordine pubblico – 3.2.2 I patti successori con elementi transazionali e i rapporti con la disciplina tedesca. – 3.3. Il Disegno di legge n. 1151/2019.

Premessa

La seguente indagine metterà in mostra le criticità derivanti dalla disciplina successoria, con particolare riguardo al dogma del divieto dei patti successori.

Si metterà in relazione il diritto successorio italiano, tutt'ora fondato su un'antica tradizione giuridica, con le inevitabili trasformazioni della realtà economico-sociale condizionate, senza dubbio, dai rapporti con gli altri ordinamenti.

Per concludere la trattazione, si esamineranno le nuove prospettive di riforma legislativa in merito al divieto di cui all'art. 458 c.c., derivanti dal Disegno di legge delega n. 1151/2019 di revisione del Codice Civile.

3.1 L'inattualità del diritto successorio a fronte del mutamento della realtà socioeconomica.

Negli ultimi anni, la dottrina propende e spinge per una riforma del diritto successorio ed in particolare per una rivisitazione di alcuni istituti giuridici regolati dalla disciplina successoria che continuano ad essere ancorati al passato

ed a rimanere immutati²⁹⁰, nonostante la veloce trasformazione della realtà economico- sociale.

Ciò ha portato tali istituti giuridici ed essere via via sempre meno competitivi rispetto agli altri strumenti presenti nel mercato che, al contrario dei primi, riescono a soddisfare e a rispondere meglio alle attuali esigenze dei consociati.

Ma quali sono le ragioni dell'inattualità delle regole successorie?

In primo luogo, le ragioni dell'inattualità si spiegano in ordine alla complessità del diritto successorio rispetto alle altre branche del diritto privato, essendo un diritto volto a regolare le conseguenze giuridiche derivanti da un evento così sacrale, come la morte.

Pertanto, in linea con quanto osservato nel primo capitolo in merito alla *ratio* del divieto dei patti successori, nel diritto successorio entrano gioco degli interessi che vanno ben oltre quelli meramente patrimoniali, nonché dei valori fondamentali della persona che il diritto positivo deve necessariamente tutelare e garantire.

AmMESSO quindi che il sistema del diritto successorio debba necessariamente poggiarsi su dei valori "sacrali", fondamentali ed irrinunciabili della persona, si spiega il motivo per cui lo stesso non si presta a facili trasformazioni, rimanendo tendenzialmente statico e manifestando notevoli resistenze verso un'innovazione legislativa.

²⁹⁰ "Solo due recenti interventi si segnalano come significativamente innovativi dell'originario ordito del Libro II: la riforma avvenuta nel 2005 degli artt. 561 e 563 c.c. – che ha ridimensionato la portata dell'azione di riduzione, rendendola inidonea a colpire i beni alienati dal donatario dopo il decorso di un ventennio dalla trascrizione della donazione, in assenza di un atto di opposizione del coniuge del parenti in linea retta, notificato e trascritto nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa- e l'istituto dei Patti di famiglia per l'impresa, introdotto con la legge 14 febbraio 2006, n. 55 agli artt. da 768 *bis*- 768 *octies* (nuovo Capo V-bis al titolo III relativo alla divisione ereditaria), nel tentativo di recepire le raccomandazioni comunitarie e predisporre strumenti che permettano di garantire la stabilità dell'assegnazione dell'azienda o delle partecipazioni". V. CIANCIOLO, *Il diritto ereditario e le prospettive di riforma sul divieto dei patti successori*, pubblicato il 27 giugno 2019, Diritto24, Il sole 24 ore. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>

Inoltre, per comprendere al meglio le ragioni per cui la disciplina successoria presenta degli elementi di inattualità, occorre soffermarsi sui profili principali su cui si fonda il diritto successorio: la famiglia e la proprietà.

Ebbene, tale branca del diritto è dominata da due diverse tipologie di norme: quelle volte a tutelare e proteggere gli interessi dei familiari; quelle volte a favorire l'autonomia privata del *de cuius* così da garantire allo stesso una migliore sistemazione di tutte le sue proprietà che compongono il *relictum*, e da rispettare le sue ultime volontà nella trasmissione della ricchezza.

Pertanto, le regole derivanti dal diritto successorio sono il frutto di un contemperamento di due valori contrapposti: quelli derivanti dal nucleo familiare e quelli derivanti dall'autonomia privata dell'ereditando.

A tale proposito, in linea con quanto sancito dalla dottrina, è bene precisare che: “ove maggiore sia il vincolo gravante sulla libera autonomia del disponente in funzione solidaristica, tanto più quel diritto successorio si caratterizza per un'impostazione paternalistica, conformativa dei destini della proprietà privata [...]; quanto maggiore sia invece la libertà di scelta del disponente, tanto più elevato è il carattere liberale del sistema successorio e quindi tanto maggiore l'attenzione da esso prestata alla circolazione efficiente della ricchezza, aprendo a logiche di mercato anche la trasmissione della proprietà attraverso le generazioni”²⁹¹.

Seguendo l'impostazione del nostro Codice Civile, il valore della famiglia prevale senz'altro rispetto a quello della proprietà²⁹².

Tale scelta legislativa poteva essere sicuramente giustificata in passato, ma al giorno d'oggi non si spiega il motivo di una simile restrizione specie se rapportata con la realtà contemporanea, il cui mutamento ha inevitabilmente colpito, non solo la concezione della proprietà, ma anche la concezione di famiglia.

²⁹¹ Cit. di G. ZANCHI, op. cit., p. 712 – 713, in www.juscivile.it

²⁹² Ciò è confermato dalle stesse disposizioni del Codice. Difatti, seppur l'art. 475 nell'ordine di preferenza della delazione indichi prima il testamento rispetto alla successione legittima, la prevalenza dello strumento testamentario deve comunque rispettare le disposizioni a tutela dei diritti dei legittimari. *Ibidem*.

Ebbene, in seguito ai cambiamenti economico-sociali, al concetto originario di famiglia parentale derivante dal diritto romano²⁹³ si è sostituito il concetto moderno di famiglia nucleare basata sulla parità dei suoi componenti, da ricomprendersi in tal senso sia i coniugi che i figli. Al fianco di quest'ultima va collocata la famiglia fondata sull'unione civile o sulla convivenza di fatto.

Pertanto, alla concezione nucleare di famiglia si deve altresì aggiungere: la famiglia convivente, intesa come insieme di familiari coabitanti nel medesimo luogo; la famiglia lavorativa rilevante ai sensi degli artt. 2083 e 230 *bis* c.c.; la famiglia anagrafica²⁹⁴.

Sempre riguardo alla famiglia, occorre da ultimo sottolineare un importante dato: l'incremento delle famiglie unipersonali, ossia formate da una sola persona, la quale, in considerazione del proprio stato, potrebbe avere un maggiore interesse a concludere accordi successori per predisporre il proprio assetto ereditario e disporre di diritti successori a favore di persone non congiunte.

Le considerazioni brevemente riportate in merito al concetto di famiglia dimostrano come lo stesso abbia subito notevoli evoluzioni nel corso del tempo, cosa che non può senz'altro dirsi in ordine al diritto successorio che, al massimo, ha recepito di riflesso le riforme in ordine alla disciplina sul diritto di famiglia.

Pertanto, una criticità fatta valere dalla dottrina in ordine al divieto dei patti successori deriva senza dubbio dal progressivo affermarsi di molteplici modelli familiari^{295 296}.

²⁹³ In linea con l'impostazione derivante dal diritto romano, la famiglia era intesa come quell'organizzazione giuridica di una pluralità di persone sottoposte alla potestà del capo famiglia. Prima della riforma del 1975, la famiglia definitiva come famiglia parentale era fondata sull'ordine e la gerarchia e, in quest'ottica, la donna non poteva mai rivestire il ruolo di capo famiglia. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Milano, 2019, p. 5 e ss.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ M. IEVA, *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori*, in Riv. del Notariato- LXXII, 22/2/2020, p. 3 – articolo pubblicato in <https://www.iusexplorer.it/riviste>

²⁹⁶ Nel biennio 2017/2018, le famiglie italiane sono “25 milioni e 700 mila, in crescita di 200 mila rispetto al biennio precedente e di oltre 4 milioni nel volgere di vent'anni”. “L'analisi delle strutture familiari conferma la tendenza, in atto da decenni, di una progressiva semplificazione nella dimensione e nella composizione delle famiglie”. Il numero medio di componenti della famiglia è passato da 2,7 (media 1997-1998) a 2,3 (media 2017-2018), soprattutto per l'aumento delle famiglie unipersonali che in venti anni sono cresciute di oltre 10 punti: dal 21,5 % (1997-1998) al 33% (2017-2018) e quindi un terzo del totale delle famiglie italiane. Parallelamente

Occorre altresì precisare che all'epoca della redazione delle norme successorie era fortemente sentita l'esigenza per i genitori di assicurare ai propri figli il sostentamento necessario per far fronte ai bisogni della vita quotidiana per il tempo successivo alla propria morte.

La citata esigenza era dipesa dal fatto che in passato l'età media di vita delle persone era decisamente inferiore rispetto a quella attuale, tant'è che i genitori tendevano a morire prima che i figli raggiungessero l'età necessaria per riuscire a mantenersi da soli.

Di conseguenza, il testamento ricopriva lo specifico ruolo di garantire ai figli il sostegno economico necessario per vivere in seguito al venir meno dei propri genitori.

Attualmente tale esigenza non è fortemente sentita come un tempo a causa dell'allungamento della vita media delle persone²⁹⁷.

Tra l'altro, nella maggior parte dei casi, i genitori muoiono quando i loro figli svolgono un'attività lavorativa tale da potersi mantenere autonomamente, e perfino quando questi ultimi hanno già strutturato una propria famiglia.

In questo scenario, si spiega il motivo per cui ad oggi gli atti di solidarietà vengono posti in essere nella fase antecedente la successione con appositi strumenti di liberalità, mentre in passato gli stessi venivano compiuti nella fase successiva, attraverso il testamento, proprio perché il disponente non viveva tanto a lungo²⁹⁸.

Per giunta, con il continuo aumento della sopravvivenza aumenta la probabilità che nell'ultima fase di vita il *de cuius* si trovi in una situazione di

sono diminuite le famiglie numerose che ad oggi raggiungono appena il 5,3%, di conseguenza le famiglie sono sempre più piccole. “Tra le tipologie familiari a registrare l'incremento maggiore sono le famiglie senza nucleo- quelle cioè in competenti non formano alcuna relazione di coppia o di tipo genitore-figlio, e che per la quasi totalità sono costituite da persone che vivono da sole”. I seguenti dati sono riportati nell'annuario statistico italiano, *Popolazione e famiglie*, 2019 in <https://www.istat.it>

²⁹⁷ Tralasciando l'impatto che la pandemia di COVID-19 del 2019-2020 avrà sui seguenti dati, nel 2018 il numero dei decessi è diminuito e ha raggiunto le 633.133 unità, quasi 16.000 in meno rispetto all'anno precedente. Il quoziente di mortalità è passato da 10,7 a 10,5 per mille nel 2018. La speranza di vita alla nascita (vita media), dopo la battuta d'arresto tra il 2016-2017, riprende ad aumentare nel 2018 attestandosi su 80,8 anni per gli uomini e 85,2 per le donne. Dati Istat riferiti all'anno 2018, in <https://www.istat.it>

²⁹⁸ G. ZANCHI, op. cit., p. 704.

debolezza e vulnerabilità in considerazione della sua tarda età. In presenza di tali circostanze, è ben possibile che quest'ultimo, nella predisposizione del proprio assetto successorio, sia facilmente influenzato da fattori esterni che condizionano negativamente la formazione della *voluntas testandi* ²⁹⁹.

Nell'ipotesi appena analizzata si può quindi mettere a rischio l'effettivo rispetto della volontà del testatore, principio cardine tutelato dalle regole di diritto successorio.

Una soluzione a tale problematica potrebbe essere risolta dal riconoscimento dei patti successori, così che il disponente possa decidere di vincolarsi alle disposizioni successorie effettuate con piena cognizione di causa ed evitare il rischio che negli ultimi momenti della sua vita possa essere manipolato da terze persone.

Dopo aver analizzato i cambiamenti della realtà sociale, occorre brevemente richiamare la trasformazione del concetto di proprietà, la quale rappresenta un ulteriore indice rilevatore dell'inattualità delle regole del diritto successorio.

Le attuali norme successorie sono state introdotte in periodo storico in cui la ricchezza era principalmente importata sulla proprietà di beni immobili e non sulle ricchezze mobiliari-finanziarie che invece, al giorno d'oggi, costituiscono parte integrante del patrimonio dei consociati, anzi ne rappresentano decisamente la componente maggiore. Proprio per tale ragione è stato messo altresì in discussione il principio di unicità della successione, altro dogma derivante dalla antica tradizione giuridica³⁰⁰.

Inoltre, la realtà economica di un tempo era caratterizzata dall'unicità del patrimonio familiare, mentre ad oggi è completamente mutata a fronte della nascita di patrimoni autonomi caratterizzati da autonomi statuti di responsabilità.

²⁹⁹ Cfr. M. IEVA, op. ult. cit., p. 3.

³⁰⁰ A tale proposito, è bene evidenziare come nel corso degli anni si è assistito ad un passaggio da un'economia di accumulo a un'economia di scambio e quindi "allo spostamento dei valori economicamente rilevanti dalla proprietà di beni e mezzi produttivi alla capacità di produrre reddito (da lavoro, professionale o d'impresa), nonché al sorgere di nuove forme di ricchezza".

Tra le tante fattispecie si può considerare l'ipotesi del *trust*, oggetto di indagine nel secondo capitolo.

In vista del cambiamento della realtà socioeconomica e dei conseguenti mutamenti dei concetti di famiglia e di proprietà sopra esaminati, la dottrina suggerisce di ritrovare all'interno del diritto successorio un equilibrio tra le norme volte a tutelare i diritti dei familiari e le norme volte a garantire la libertà della proprietà privata e di iniziativa economica dei singoli. Difatti, soltanto in tal modo si potrebbe riuscire ad accostare la branca del diritto successorio ai bisogni del mercato.

3.1.1 Il successo dello strumento contrattuale.

Negli ultimi anni il legislatore italiano si è concentrato più che sulla disciplina successoria, eccessivamente conservatrice, sulla disciplina contrattuale che, al contrario della prima, è tendenzialmente flessibile e si presta facilmente a “stare al passo” con le esigenze derivanti dal mercato nazionale ed internazionale, sempre in via di sviluppo ed in continua trasformazione.

Nello scenario contemporaneo, il contratto è sicuramente lo strumento più efficace e capace di rispondere ai bisogni del mercato, motivo per cui ha acquistato una posizione centrale e dominante nei rapporti giuridici tra i privati³⁰¹.

Il notevole successo dello strumento contrattuale si è spinto anche all'interno dei confini successori, seppur nel rispetto della disciplina inderogabile di cui all'art. 458 c.c. che, come noto, vieta la conclusione di accordi successori.

Pertanto, mentre da un lato si assiste ad un notevole “disinteresse” del legislatore di riformare la branca del diritto successorio, ad eccezione della disciplina introdotta in merito al patto di famiglia di cui agli artt. 768 *bis* e ss. c.c.; dall'altro lato si assiste ad un progressivo sviluppo di strumenti

³⁰¹ Non a caso, S. RODOTA', sin dai primi anni 70, riconosceva una crisi del diritto successorio, ritenendolo ormai “irrilevante nelle dinamiche circolatorie correnti se raffrontato ad altri circuiti di distribuzione della ricchezza, come il contratto”. V. CIANCIOLO, op. cit., Il sole 24 ore.

convenzionali alternativi al testamento finalizzati alla produzione di effetti altrimenti raggiungibili con il testamento³⁰².

Pertanto, si tende ad una “contrattualizzazione delle sistemazioni patrimoniali in funzione successoria”³⁰³, seppur entro i rigorosi limiti imposti dal divieto dei patti successori.

Non a caso, nel secondo capitolo è stato posto in luce come il testamento non sempre sia idoneo a soddisfare le esigenze del *de cuius* nella regolamentazione del fenomeno successorio. Di conseguenza, tale soggetto è spesso mosso dalla volontà di predisporre e pianificare il proprio assetto successorio anticipando, in qualche modo ed ove possibile, gli effetti della successione³⁰⁴.

Proprio entro questa concezione si spiega il motivo per cui la dottrina auspichi alla programmazione della vicenda successoria attraverso l'utilizzo dei contratti, i quali riescono ad ordinare e regolare qualsiasi tipo di assetto patrimoniale in conformità con gli interessi privatistici.

È pur vero che il nostro ordinamento offre molteplici possibilità ai privati per pianificare la trasmissione della ricchezza, ponendo in essere negozi diversi dal testamento.

A tal proposito, si può far menzione delle fattispecie contrattuali espressamente previste dal Codice civile tra cui rientra il contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante ex art. 1412 c.c.; il contratto di assicurazione sulla vita di cui all'art. 1920 c.c. che rappresenta un sottotipo del primo.

Si può richiamare altresì l'istituto del *trust* che, seppur regolato da una legge straniera, è espressamente ammesso dal nostro ordinamento, così come ben chiarito nel precedente capitolo.

³⁰²Cfr. G. ZANCHI, op. ult. cit., p. 703. Cfr. M. IEVA, *I fenomeni parasuccessori*, op. cit., p. 59 e ss.

³⁰³ Terminologia utilizzata da M. IEVA, *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori*, op. cit., p. 3

³⁰⁴ Cfr. P. GALLO, “Le successioni per causa di morte” in “*Introduzione al diritto comparato, Istituti giuridici*”, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2018, op. cit., p. 707 e ss.

Occorre, da ultimo ricordare gli studi dottrinali e le prospettive di riforma legislativa più recenti concentrati sul contratto di affidamento fiduciario, il cui primo riferimento è contenuto nella legge sul “Dopo di noi”, il quale è senz’altro in grado di offrire ai privati ulteriori soluzioni per “pianificare” la trasmissione generazionale della ricchezza in via alternativa al testamento.

Nonostante tali considerazioni, bisogna comunque precisare che la funzione svolta dal testamento, quale unico atto di espressione dell’autonomia privata in campo successorio, non può essere sostituita completamente da quella propria dello strumento contrattuale.

Difatti, secondo parte della dottrina gli strumenti richiamati non possono essere considerati come delle vere e proprie alternative allo strumento testamentario, potendo, al massimo, essere considerati suoi complementari, in quanto produttivi di effetti analoghi³⁰⁵.

Per giunta, occorre precisare che le disposizioni a contenuto non patrimoniale possono essere predisposte solo per via testamentaria, in considerazione della particolare tutela che lo strumento testamentario garantisce al disponente. Lo stesso è difatti sempre revocabile e modificabile per il *de cuius* a tutela del principio di autonomia che mira a salvaguardare l’osservanza dell’ultima volontà dell’ereditando.

Peraltro, secondo autorevole dottrina, il testamento rappresenta “uno strumento giuridico mediante il quale, oltre alle finalità eminentemente successorie, è dato perseguire obiettivi differenti e più nobili, in una prospettiva sociale di complessiva esaltazione della personalità umana”³⁰⁶.

In tale ottica, il testamento conserva la sua rilevanza rimanendo uno strumento necessario per ogni ordinamento giuridico, nonché socialmente utile

³⁰⁵ Cfr. par. 2.3, cap. II, in cui è stata effettuata una precisazione circa la terminologia comunemente utilizzata nei confronti degli istituti “alternativi” al testamento.

³⁰⁶ C. COPPOLA, *Le disposizioni testamentarie*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, La successione testamentaria*, Vol. II, Giuffrè, 2009, p. 198.

poiché consente l'attuazione e la realizzazione di molteplici interessi con rilevanza *post mortem*³⁰⁷.

Alla luce delle osservazioni effettuate, si deve affermare quanto segue: la tendenza della prassi di ricorrere agli strumenti contrattuali non si giustifica in virtù del declino dello strumento testamentario.

Tuttavia, così come il testamento non può essere sostituito dal contratto, viceversa anche il contratto non può essere sostituito dal testamento.

In particolare, il testamento non potrà mai assumere le veci del contratto e realizzare quelle specifiche volontà privatistiche che solo il più "elastico" strumento contrattuale è in grado di soddisfare, essendone la dimostrazione l'ampio ricorso dei privati alle alternative convenzionali al testamento.

Di conseguenza, in una prospettiva di revisione del divieto dei patti successori, il contratto successorio non si dovrebbe sostituire allo strumento testamentario poiché quest'ultimo costituisce pur sempre un'espressione dell'autonomia negoziale del disponente. Al contrario, il contratto dovrebbe rappresentare un'ulteriore fonte di delazione ereditaria, superando così il principio di tipicità delle fonti di delazione di cui all'art. 457 c.c.

In quest'ottica, i privati avranno la possibilità di decidere se optare per lo strumento testamentario o per quello contrattuale nella pianificazione della successione *mortis causa*. A sua volta, il contratto dovrà contenere le accortezze necessarie affinché sia compatibile con i principi derivanti dal diritto successorio posti a tutela di quei valori sacrali ed irrinunciabili della persona.

3.1.2 Crisi del diritto successorio?

Nei paragrafi precedenti sono state messe in luce le criticità derivanti dal diritto successorio a causa della sua tendenza a rimanere immutato e discostato rispetto ai cambiamenti della realtà economico-sociale.

³⁰⁷ La stessa Carta Costituzionale all'art. 42 ultimo comma eleva il testamento a strumento "atto a contribuire alla definizione dell'ampio disegno di salvaguardia dei valori della persona". *Ibidem*.

Si è altresì evidenziato come invece la disciplina contrattuale, essendo più elastica, è sempre pronta al cambiamento ed è pertanto idonea a soddisfare tutte le esigenze dei consociati che rispecchiano e si inseriscono in un determinato momento storico.

In vista di tali premesse, occorre quindi chiedersi se possa effettivamente parlarsi di una crisi del diritto successorio.

Spesso la dottrina, nella trattazione del tema ha parlato, in via generale, di crisi del diritto successorio, facendo leva sull'irrilevanza della disciplina successoria rispetto alla circolazione di beni e delle ricchezze nel mercato interno e transnazionale.

In realtà, parte della dottrina precisa che ciò che è in declino non è l'intero diritto successorio, ma soltanto alcuni istituti che senza dubbio non sono stati adattati dal legislatore al mutamento storico e che, pertanto, non riescono ad adeguarsi ed inserirsi nell'economia di mercato come validi strumenti per regolare i traffici giuridici di beni³⁰⁸.

In sostanza, le inattualità concernono soltanto alcuni profili del diritto successorio, tra cui il divieto dei patti successori, e ciò è anche confermato dalla considerazione, poc'anzi effettuata, concernente la rilevanza dello strumento testamentario per fronte a specifici interessi soprattutto di natura non patrimoniale.

3.2 Il Regolamento europeo n. 650/2012 e la legge applicabile ai patti successori.

Il Regolamento europeo n. 650/2012 del 4 luglio 2012, entrato in vigore il 17 agosto 2012 secondo quanto disposto dal suo art. 84³⁰⁹, è “relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle

³⁰⁸ G. ZANCHI, op. cit., p. 700-701.

³⁰⁹ Art. 84 Reg. UE 650/2012: “Il presente regolamento entro in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea”. L'articolo in esame continua sancendo che: “esso si applica a decorrere da 17 agosto 2015, tranne gli articoli 77 e 78, che si applicano a decorrere da 16 gennaio 2014, e gli articoli 79, 80 e 81, che si applicano a decorrere da 5 luglio 2012”.

decisioni, all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo".

In tale sede, l'indagine si concentrerà specificatamente sul criterio di collegamento individuato dal Regolamento succitato ai fini della determinazione della legge applicabile ai patti successori, precisando che in alcuni ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea gli stessi sono validamente ammessi.

In primo luogo, il Regolamento n. 650/2012 definisce il patto successorio come: "*l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo*" (art. 3 lett. b)³¹⁰.

L'oggetto del patto deve quindi essere costituito da diritti della successione di almeno una delle parti dell'accordo, ad esclusione dei diritti successori eventualmente acquistati da terzi rimasti estranei all'accordo.

La qualificazione ampia utilizzata dal legislatore comunitario di patto successorio, ricomprende non solo i patti successori istitutivi, ma anche i patti rinunziativi e dispositivi.

Il legislatore ha utilizzato volutamente tale terminologia così da poter includere tutti gli accordi concernenti la devoluzione della successione previsti dagli ordinamenti nazionali, compresi anche i testamenti congiuntivi che a rigore nemmeno rientrerebbero nella categoria degli accordi³¹¹.

³¹⁰Questa definizione di patto successorio corrisponde a quella generalmente accolta negli ordinamenti che vietano l'istituto, nonché a quella di cui all'art. 8 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte del 1° agosto del 1989. P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel Regolamento (UE) N. 650/2012*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1/2017, p. 15.

³¹¹ Per quanto riguarda i rapporti tra i patti successori e le donazioni, queste ultime sono escluse dall'ambito di applicazione del regolamento. Tuttavia, l'esclusione riguarda solo le donazioni *inter vivos*, attraverso le quali si realizza in via immediata un'attribuzione patrimoniale al beneficiario, mentre le donazioni *mortis causa* destinate a produrre effetto alla morte del donante dovrebbero essere assimilate alla categoria intesa dal regolamento in esame. Alcuni autori ritengono altresì che tale soluzione possa estendersi anche alle figure negoziali come la *donation-partage* o *partage d'ascendant* e l'*institution contractuelle* o *donation de biens a venir* del diritto francese, le quali si collocano tra le donazioni e gli accordi con cui una persona dispone della propria successione, ma sono considerate dalla dottrina prevalente francese come riconducibili alla materia successoria. A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in *Cuardenos de Derecho Transnacional*, Vol. 5 N.2, 2013 p. 68- il pdf dell'articolo è disponibile sul sito www.uc3m.es/cdt.

Al contrario, non possono essere ricompresi nella definizione di patto successorio data dal Regolamento comunitario quegli accordi che, seppur attribuiscono diritti o trasferiscano beni in occasione dell'apertura della successione, prescindono dalla vicenda successoria.

L'ulteriore restrizione desumibile dal dettato normativo comunitario riguarda gli accordi con i terzi. Ciò comporta la conseguente estromissione dalla nozione comunitaria di patto successorio di quei patti dispositivoivi mediante i quali una parte dispone a favore di un'altra dei diritti che le spettano in relazione ad una futura successione di un terzo estraneo all'accordo³¹².

I patti successori nel Regolamento europeo hanno una loro precisa disciplina non potendo essere regolati da una legge successoria applicabile solo al momento dell'apertura della successione.

Difatti, il momento di designazione della legge applicabile a tali accordi non può coincidere con la morte della persona la cui eredità è oggetto del patto successorio poiché quest'ultimo, sin dal momento del suo perfezionamento, vincola le parti contraenti e quindi produce degli effetti giuridici.

Ebbene, tali effetti devono necessariamente essere regolati dalla legge, motivo per cui non si può attendere la morte della parte disponente.

Per tale ragione la dottrina, nella trattazione del tema vertente sulla legge regolatrice del patto successorio, parla di legge successoria "anticipata" nei confronti del soggetto della cui eredità si tratta.

Il Regolamento europeo n. 650/2012 quindi stabilisce all'art. 25 la legge successoria applicabile al patto successorio.

L'art. 25 regola prevede e regola due distinte ipotesi: la prima ipotesi, di cui al primo paragrafo, è relativa ai patti riguardanti una sola successione; mentre

³¹² Non sarebbero invece ricompresi nella categoria dei patti successori, in linea con la definizione data dal Reg. UE, i negozi mediante i quali soggetti diversi dal disponente dispongono di diritti successori relativi alla successione di un terzo oppure vi rinunziano. Per fare un esempio, si richiama "la scrittura privata fra fratelli con la quale uno di essi, assentendo alla donazione che il padre aveva fatto a beneficio di alcuni di loro rinunciava ad ogni pretesa sulla quota di legittima nella successione del padre, in cambio di una somma di denaro". Anche se, in tal caso, a livello nazionale la nostra corte di cassazione ha qualificato tale accordo come patto successorio. Cfr. P. KINDLER, op. ult. cit., p. 16 e ss. Cfr. altresì A. DAVI, A. ZANOBETTI, op. cit., p. 67.

la seconda ipotesi, di cui al secondo paragrafo, concerne i patti che disciplinano più di una successione con la precisazione che, in quest'ultimo caso, subentra la necessità di risolvere tutti quei problemi derivanti dal concorso delle eventuali leggi successorie applicabili alle diverse eredità dei soggetti coinvolti nel patto.

Secondo il primo paragrafo dell'articolo in esame, il patto successorio “è disciplinato, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni di scioglimento, dalla legge che, in forza del presente regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione di tale persona se questa fosse deceduta il giorno della conclusione del patto”.

Dal primo paragrafo si desume il principio generale della sottoposizione dei patti alla legge che sarebbe stata applicabile alla successione della persona se questa fosse morta al momento della conclusione del patto, in linea con il criterio oggettivo di cui all'art. 21 del Reg. 650/2012³¹³.

In conformità di quanto disposto da quest'ultimo articolo, il criterio oggettivo è costituito dalla residenza abituale posseduta dal disponente al momento della stipulazione del patto, dovendosi in questo caso escludersi la possibilità di ricorso all'eccezione contenuta nell'art. 21 par. 2³¹⁴ basata sul criterio del collegamento più stretto perché ritenuto dalla dottrina prevalente eccessivamente vago³¹⁵.

Riguardo al criterio generale della residenza abituale scelto dal legislatore ai fini della determinazione della legge applicabile alla successione *mortis causa*, occorre fare alcune precisazioni.

A tale proposito, è bene sottolineare come la scelta del legislatore comunitario risulti essere coerente con il principio di prossimità: infatti di regola

³¹³ Ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 21 del Reg. 650/2012: “ Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, la legge applicabile all'intera successione è quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte”.

³¹⁴ Ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 21 del Reg. 650/2012: “Se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato”.

³¹⁵ Cfr. P. KINDLER, op. cit., p. 19; Cfr. A. DAVI, A. ZANOBETTI, op. cit., p. 70 e ss.

nello Stato in cui l'ereditando ha la sua ultima residenza vi sono la maggior parte delle ricchezze del *de cuius* e si trovano i suoi familiari più stretti.

Per giunta, tale scelta legislativa incoraggia senza dubbio la circolazione dei cittadini europei oltre i confini nazionali, così come il traffico delle ricchezze patrimoniali³¹⁶.

Tra l'altro, l'adozione del criterio oggettivo della residenza abituale non elimina il criterio basato sulla nazionalità del soggetto. Difatti, il Regolamento consente comunque allo straniero residente in uno Stato diverso da quello in cui ha la propria nazionalità, di decidere di applicare alla propria successione la legge del Paese di cui ha la nazionalità.

Quest'ultima facoltà è altresì riconosciuta ai privati che intendono stipulare un patto successorio, così come si vedrà a breve.

Chiariti quali sono i vantaggi derivanti dall'applicazione del criterio oggettivo della residenza abituale, il quale, di regola, viene applicato anche in relazione ai patti successori, occorre esaminare l'altra ipotesi prevista dalla disciplina comunitaria: quella dei patti successori riguardanti successioni di soggetti diversi.

In particolare, questa seconda ipotesi è disciplinata dal secondo paragrafo dell'art. 25 del Regolamento n. 650/2012, il quale prevede, *in primis*, che l'ammissibilità dell'accordo sia subordinata al riconoscimento positivo dei patti successori da parte delle leggi che avrebbero regolato la successione di ciascuno

³¹⁶ Inoltre, il criterio di collegamento adottato dal legislatore europeo si adatta meglio alla situazione dei Paesi di forte immigrazione che rappresentano, ormai, la maggior parte degli Stati UE. Difatti, "sotto ponendo alla legge locale la disciplina delle successioni apertes sul territorio dello Stato, essi evitano all'operatore giuridico nazionale- e, in primo luogo, al giudice – le difficoltà connesse all'accertamento del contenuto delle leggi straniere". Per giunta, il criterio della residenza abituale è senz'altro preferibile rispetto a quello del domicilio a fronte dei molteplici conflitti che potrebbero derivare dalle pluralità di definizioni cui il secondo termine si presta. Occorre altresì aggiungere che "il criterio di collegamento della residenza abituale sembra inserirsi armoniosamente nel *corpus* del diritto dell'Unione, che, com'è noto, da un lato, promuove l'integrazione sociale di tutti gli individui che hanno il principale centro di vita e interessi in uno degli Stati membri, proibendo le disparità di regolamentazione dei rapporti sociali ed economici basate sulla cittadinanza, e dall'altro, favorisce la circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea". D. DAMASCELLI, *I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, collana Consiglio nazionale del notariato, Giuffrè, 2013, p. 90 e ss.

dei soggetti coinvolti sulla base del criterio stabilito in via generale dal regolamento.

In secondo luogo, il suddetto Regolamento, assoggetta la validità sostanziale, gli effetti obbligatori tra le parti e le condizioni di scioglimento del patto successorio ad una legge unica, individuata tra le leggi anzidette, con la quale il patto da disciplinare presenta il collegamento più stretto.

In particolare, l'art. 25 al paragrafo 2 sancisce che: *“Un patto successorio avente a oggetto la successione di più persone è ammissibile solo se è ammissibile in base a ciascuna delle leggi che, in forza del presente regolamento, avrebbero regolato la successione di ciascuna di tali persone se esse fossero decedute il giorno della conclusione del patto”*.

*“Un patto successorio ammissibile ai sensi del primo comma del presente paragrafo è disciplinato, per quanto riguarda la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni per il suo scioglimento, dalla legge con la quale presenta il collegamento più stretto tra quelli menzionati al primo comma del presente paragrafo”*³¹⁷:

Secondo la dottrina, tale scelta legislativa evita le conseguenze restrittive che l'opposto sistema del cumulo avrebbe invece determinato, consentendo una maggiore applicazione dei patti, nonché un'agevole attuazione degli stessi.

Difatti, il cumulo delle leggi successorie riferibili ai soggetti coinvolti nel patto riduce la possibilità del ricorso ai patti successori: il simultaneo rispetto delle diverse leggi in gioco non solo richiede che gli ordinamenti interni concordino nel generico riconoscimento della categoria dei patti successori volti alla pianificazione anticipata della successione, ma presuppone altresì che tutte

³¹⁷ La disposizione è frutto di un compromesso tra le due principali scelte che erano disponibili per risolvere problema del concorso e del possibile contrasto tra le diverse leggi successorie astrattamente applicabili alla fattispecie: “la soluzione più restrittiva costituita dall'esigere il simultaneo rispetto di tutte le leggi successorie interessate e la soluzione più liberale consistente nell'accontentarsi del rispetto di una sola legge, determinabile con differenti metodi, quali quello, adottato dall'art. 25 per la disciplina della validità sostanziale e degli effetti dei patti, della ricerca casistica del collegamento più stretto oppure quello del concorso alternativo, che permette, in particolare, di considerare l'atto ammissibile e valido qualora la sua ammissibilità e la sua validità siano riconosciute da una qualsiasi delle leggi concorrenti”. A. DAVI', A. ZANOBETTI, op. cit., p. 72 e ss.

le leggi nazionali applicabili ammettano specificatamente il tipo di patto che le parti intendono porre in essere.

Tale impostazione restringerebbe senza dubbio l'applicazione dei patti successori a fronte delle molteplici fattispecie previste dai diversi ordinamenti degli Stati europei³¹⁸.

Un problema derivante dal criterio individuato dal legislatore comunitario al paragrafo 2 del Reg. (UE) n. 650/2012 potrebbe essere quello concernente l'individuazione effettiva della legge nazionale da applicare, visto che non sempre è agevole stabilire quale sia la legge che presenta un "collegamento più stretto" con il patto successorio³¹⁹.

Tuttavia, le parti nella stipulazione del patto potrebbero, in linea con quanto disposto dal paragrafo 3 dell'art. 25 in esame, scegliere come legge regolatrice del patto successorio, la legge dello Stato in cui una dei contraenti della cui successione si tratta ha la cittadinanza al momento del compimento del patto, ossia la legge che la stessa avrebbe potuto scegliere in linea con quanto disposto ai sensi dell'art. 22 del Reg. 650/2012^{320 321}.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ È altamente probabile che i patti possano riguardare successione di due o più persone che risiedono abitualmente in differenti Stati ed in ciascuno di essi siano situati i beni ereditari o altri elementi rilevanti della fattispecie, tali da non consentire di determinare la localizzazione del patto. *Ibidem*.

³²⁰ Ai sensi dell'art. 22 del Reg. 650/2012: "*Una persona può scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Una persona con più di una cittadinanza può scegliere la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte*". (paragrafo 1).

³²¹ Anche se l'art. 25 par. 3 fa un riferimento generico all'art. 22 che prevede la possibilità di scegliere la legge nazionale "al momento della scelta o al momento della morte", la dottrina ritiene che in tema di patti successori sia possibile scegliere solo la legge nazionale che sia già posseduta dal soggetto interessato al momento del compimento del patto e non anche la legge nazionale che egli potrebbe nel frattempo aver acquisito al momento dell'apertura della successione. In realtà questa interpretazione restrittiva non convince: "non si vede perché la volontà del *de cuius* non dovrebbe prevalere in questo caso; se egli accetta l'incertezza connessa all'applicazione di un'eventuale futura *lex patriae*, non sono ravvisabili interessi meritevoli di tutela di soggetti terzi, men che meno nel caso di un patto successorio basato sul consenso di tutti gli interessati". In vista di tali considerazioni, si ritiene che l'art. 25 par. 3 dovrebbe essere modificato nel senso di dare la possibilità al disponente di decidere se applicare la legge nazionale al momento del patto o anche al momento della morte; nonché modificato nel senso di aumentare gli ordinamenti che possono essere scelti come legge regolatrice del patto successorio, includendo non solo la legge nazionale, ma anche la legge della residenza abituale. Cfr. P. KINDLER, op. cit., p. 24; 31.

A tal proposito, bisogna comunque precisare che quest'ultima soluzione è pur sempre subordinata alla condizione che la legge scelta riconosca l'ammissibilità del patto in questione.

La facoltà concessa agli interessati di scegliere la legge nazionale da applicare al patto successorio, in relazione alle questioni concernenti l'ammissibilità, la validità sostanziale, nonché gli effetti obbligatori dello stesso, offre senza alcun dubbio dei notevoli vantaggi.

Difatti, ove il patto riguardi l'eredità di un solo soggetto, quest'ultimo avrà la possibilità di sottoporre alla legge del Paese di cittadinanza solamente le questioni riguardanti il patto da concludere, mentre i restanti aspetti successori saranno disciplinati dalla legge successoria effettiva, ossia dalla legge del Paese in cui avrà l'ultima residenza abituale al momento della sua morte, sulla base del criterio di collegamento oggettivo di cui all'art. 21 del Regolamento europeo.

In ordine ai patti successori aventi ad oggetto la successione di due o più persone, l'art. 25, par. 3, come già illustrato, permette ai privati di assoggettare alla legge nazionale di uno dei soggetti contraenti non solo la regolamentazione del patto, ma anche la questione dell'ammissibilità dello stesso.

Dunque, secondo tale impostazione, i privati potrebbero concludere un patto successorio sulla base di una legge con la quale non hanno alcun legame, e potrebbero addirittura concludere validamente l'accordo, nonostante lo stesso sia considerato inammissibile dalla propria legge nazionale e/o da quella del Paese della propria residenza abituale.

La disparità di trattamento tra l'ipotesi appena esaminata e quella di cui al paragrafo 2 dell'art. 25 che al contrario prevede che tutte le leggi successorie applicabili debbano ammettere la validità dei patti successori, "appare manifesta e fa risaltare con nettezza la finalità preminentemente materiale assegnata dal regolamento all'accordo di scelta della legge regolatrice dei patti"³²².

Per concludere la trattazione, occorre in primo luogo ribadire che il Regolamento europeo in questione favorisce, così come mostrato dalla dottrina,

³²² Cit. A. DALI', A. ZANOBETTI, op. cit., p. 77.

la libera circolazione di persone, di beni e dei capitali nell'Unione europea, grazie alla fissazione di un criterio oggettivo di collegamento che, anziché attenersi alla nazionalità del soggetto, si riferisce alla sua residenza abituale, fatta salva la possibilità di scegliere l'applicazione della propria legge nazionale successoria.

La libera circolazione favorisce altresì il traffico e la movimentazione di tutti quei modelli giuridici concentrati sulla pianificazione della successione, compresi quelli di natura contrattuale.

Difatti, il Regolamento europeo riconosce non solo gli strumenti di programmazione della successione e di trasmissione della ricchezza importati sul *favor testamenti*, ma promuove anche lo sviluppo degli strumenti convenzionali improntati sull'autonomia contrattuale, in linea con quanto sancito nel considerando n. 49: *“Al fine di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio, il presente regolamento dovrebbe determinare quale legge disciplina l'ammissibilità di tali patti, la loro validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti nonché le condizioni del loro scioglimento”*.

Non a caso, l'ingresso dei patti successori nei Paesi europei dove sono disconosciuti è concesso dal dettato comunitario, previa manifestazione della volontà di applicare la legge dello Stato in cui il contrante ha la propria nazionalità che ammette la validità dei patti successori, in linea con quanto disposto dall'art. 25 par. 3 Reg. 650/2012.

In questo scenario, il solo limite al riconoscimento dei patti successori potrebbe derivare dall'osservanza nazionale dell'ordine pubblico.

3.2.1 Il rispetto dell'ordine pubblico.

Il richiamo all'ordine pubblico è essenziale ai fini dell'indagine circa lo sviluppo dei patti successori a seguito del Regolamento europeo n. 650/2012.

A tale proposito, prima di entrare nel merito della questione occorre precisare che il Regolamento europeo non impone agli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea che non disciplinano o vietano i patti successori di

introdurli ed ammetterne la validità nel loro ordinamento giuridico, ma si occupa semplicemente di individuare la legge regolatrice del patto successorio e, al massimo, di favorirne l'applicazione nei Paesi europei.

In altri termini, anche se un Regolamento comunitario di diritto internazionale privato disciplina e designa la legge da applicare ad un dato istituto privatistico, non significa che gli Stati comunitari debbano introdurre necessariamente all'interno dell'ordinamento nazionale tale istituto³²³.

Poste tali premesse, si è poc'anzi osservato come sia possibile introdurre un patto successorio in ordinamenti nazionali che non disciplinano o addirittura vietano tale fattispecie, purchè ciò avvenga nel rispetto dell'ordine pubblico.

Pertanto, le autorità nazionali degli Stati membri possono disconoscere ed escludere l'ammissibilità di un patto successorio regolato da una legge straniera qualora sia in contrasto con l'ordine pubblico, a fronte del coordinato disposto con gli artt. 35³²⁴ e 40 lett. a³²⁵, nonché in vista del considerando di cui al n. 58³²⁶ del Regolamento 650/2012.

³²³ Esempi possono essere effettuati in ordine alla separazione dei coniugi che di certo non è stata introdotta dal regolamento europeo n. 1259/2010 relativo, bensì, alla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Ancora, al regolamento n. 1104/2016 in ordine agli effetti patrimoniali delle unioni registrate che non ha introdotto l'unione civile negli Stati membri. P. KINDLER, op. cit., p. 17.

³²⁴ Ai sensi dell'art. 35 del Reg. 650/2012: *“L'applicazione della legge di uno Stato designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro dell'autorità giurisdizionale o di altra autorità competente che si occupa della successione”*.

³²⁵ Ai sensi dell'art. 40 lett. a) del Reg. 650/2012: *“Le decisioni non sono riconosciute: a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento”*.

³²⁶ Il considerando n. 58 del Reg. 650/2012 afferma che: *“In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico gli organi giurisdizionali e altre autorità competenti in materia di successione degli Stati membri dovrebbero poter disapplicare determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie, l'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato. Tuttavia, agli organi giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi all'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro ovvero per rifiutare di riconoscere – o, se del caso, accettare, - o per eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziale emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta fondamentale dell'Unione Europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione.*

Per giunta, dal già richiamato considerando 49³²⁷, si desume che, nonostante il fine del legislatore comunitario sia quello di agevolare l'applicazione dei patti successori, spetta comunque agli Stati membri la decisione circa la delimitazione della portata del rispettivo ordine pubblico e, nel caso di specie, la scelta di ricomprendere nello stesso quelle norme che vietano i patti successori.

Pertanto, in riferimento al nostro ordinamento, il quesito che ci si pone è se effettivamente il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. sia espressione di un principio di ordine pubblico o meno, poiché solo nel primo caso i giudici italiani, nonché le altre autorità competenti in materia successoria sarebbero legittimati a rifiutare l'applicazione e a disconoscere la validità, nonché l'efficacia, di un patto successorio regolato da una legge successoria straniera secondo i criteri di cui al Reg. (UE) 650/2012³²⁸.

In particolare, l'art. 35 del Regolamento che si occupa specificatamente dell'ordine pubblico, sancisce che l'applicazione della legge straniera può essere esclusa qualora sia incompatibile con "l'ordine pubblico del foro".

Ma cosa deve intendersi per ordine pubblico del foro?

Prima di rispondere a tale interrogativo è bene mettere in luce la distinzione che la dottrina e la giurisprudenza hanno da sempre effettuato tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale.

L'ordine pubblico interno riguarda tutti quei principi etici e politici che si inseriscono e rispecchiano un determinato momento storico, la cui osservanza è ritenuta essenziale per l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico.

³²⁷ Difatti, nella prima parte del considerando n. 49 viene sancito che: "*un patto successorio è un tipo di disposizione a causa di morte la cui ammissibilità e accettazione variano nei diversi Stati membri [...]*".

³²⁸ Solo se per ragioni di ordine pubblico, "il Giudice nazionale può disconoscere la validità e l'efficacia del contratto successorio o non dare riconoscimento o esecutività ad una pronuncia di un Collega straniero che abbia sancito la validità. Così come un Notaio o altro pubblico ufficiale (ad esempio il conservatore dei registri immobiliari) potranno non riconoscere efficacia ad un titolo scaturente da siffatte convenzioni, ovvero ad una sentenza straniera avente ad oggetto un documento dotato di tale caratterizzazione". V. PUTORTI, *Successione ex contractu e "ordine pubblico del foro" ex art. 35 Regolamento UE 650/2012*, in *Le corti fiorentine, Rivista di diritto e procedura civile*, anno III, n. 1/2016, p. 4; Cfr. V. CUFFARO, F. DELFINI, *Commentario del codice civile, delle successioni*, diretto da E. GABRIELLI, UTET, 2009, p. 48.

L'ordine pubblico internazionale, invece, può essere definito come “l'insieme dei principi universali comuni a nazioni di tradizione e cultura affini, volti alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti e tutelati da convenzioni internazionali e da Carte Costituzionali”³²⁹.

Sulla base di tali definizioni, i patti successori non possono essere sicuramente considerati contrastanti con i principi di ordine pubblico internazionale, poiché, sul fronte estero, molti Stati ne ammettono la validità e, tra i tanti, si può fare il classico esempio della Germania; sul fronte interno il divieto dei patti successori ha ormai da tempo perso la sua centralità ed attualità, così come è stato accuratamente dimostrato nei primi paragrafi³³⁰.

Inoltre, per avvalorare tale tesi la dottrina tende a fare un'ulteriore considerazione, in virtù della quale la formulazione “ordine pubblico del foro” di cui all'art. 35 del Reg. UE 650/2012 sembrerebbe alludere più che all'ordine pubblico internazionale, all'ordine pubblico nazionale. Pertanto, in tale ottica, si dovrebbe ritenere che la validità e l'efficacia dei patti successori sia dipesa dalla conformità all'ordine pubblico interno³³¹.

Ebbene, per quanto concerne l'ordine pubblico nazionale, il divieto dei patti successori non può essere comunque considerato espressione dei principi nazionali di ordine pubblico poiché la sua *ratio* è priva di un fondamento costituzionale: quest'ultima, in altri termini, non poggia sui principi derivanti dalla Carta Costituzionale³³².

Difatti, anche il riferimento costituzione al regime successorio di cui all'art. 42 Cost. – *La legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità*– non esclude il

³²⁹ Così la Cass. 22 agosto 2013, n. 19405, pronuncia giurisprudenziale richiamata da V. PUTORTI', op. cit., p. 10

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ Ciò in virtù della consapevolezza del legislatore UE “che ha constatato come, allo stato, la successione *ex contractu* continui ad essere oggetto di una diversa sensibilità negli Stati membri, essendovi Paesi nei quali la sua proibizione appare ancora profondamente radicata nella cultura e nella tradizione dei popoli e dunque difficilmente modificabile attraverso regole uniformi applicabili in tutti gli ordinamenti”. *Ibidem*.

³³² Cfr. V. CUFFARO, F. DELFINI, op. cit., p. 48; Cfr. V. PUTORTI', op. cit., p. 10.

contratto dalle fonti di delazione ereditaria, ma riserva alla legge la possibilità di fissare i limiti dell'autonomia negoziale in campo successorio³³³.

Pertanto, la *ratio* del divieto dei patti successori, oggetto di indagine del primo capitolo, può essere ricondotta più che ai principi di rango costituzionale ai principi propri del nostro diritto successorio.

Per giunta, come anticipato, dal punto di vista storico il divieto dei patti successori non rispecchia più le esigenze moderne, restando tutt'ora ancorato al passato.

Per tale motivo non può essere considerato come espressione dell'ordine pubblico poiché i principi che ne fanno parte sono sempre "al passo con il tempo", inserendosi in un preciso contesto storico.

In sostanza, anche per coloro che sostengono che l'art. 35 si riferisca esclusivamente all'ordine pubblico interno, nel nostro sistema giuridico non sembra comunque giustificato il disconoscimento a priori di un patto successorio - regolato legittimamente da una legge straniera - da parte delle autorità nazionali competenti che si appellano all'osservanza dell'"ordine pubblico del foro".

La distinzione tra le due tipologie di ordine pubblico sostenuta da dottrina meno recente è parsa in tale sede opportuna, in considerazione della terminologia utilizzata dal legislatore europeo di cui all'art. 35 del Reg. (UE) n. 650/2012.

Tuttavia, ad oggi è ormai improprio parlare separatamente di ordine pubblico internazionale e di ordine pubblico nazionale³³⁴. Difatti, così come dimostrato dalla dottrina recente, anche i principi di ordine pubblico internazionale diretti a proteggere valori di portata universale non si individuano in riferimento ad un altro ordinamento, ossia ad un ordinamento internazionale distinto rispetto a quello nazionale, ma si inseriscono sempre all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati.

³³³ "Il riferimento esclusivo alla successione legittima e testamentaria che si legge nell'ultimo comma dell'art. 42 della Costituzione non esclude di per sé che possano essere previste altre forme di devoluzione alternative alla legge e al testamento. La norma costituzionale non si occupa di (e quindi, per quanto qui interessa, non vieta) eventuali altre forme di devoluzione". G. ZANCI, op. cit., p. 734.

³³⁴ Cfr. V. PUTORTI', op. cit., p. 11; Cfr. V. CUFFARO, F. DELFINI, op. cit., p. 48

In sostanza, l'ordine pubblico si concretizza “nella sintesi dei principi di diritto interno, europeo ed internazionali propri del singolo Paese membro”³³⁵.

Il concetto di ordine pubblico è quindi idoneo a ricomprendere tutti i valori e i principi cui si ispira l'ordinamento giuridico, principi che si desumono dalla Costituzione, dalle Convenzioni europee, dalle Carte dei diritti fondamentali, nonché e dai Trattati internazionali recepiti dal legislatore interno³³⁶.

Per concludere, si ricorda che i principi di ordine pubblico non sono statici, ma sono destinati a mutare nel tempo in funzione dei cambiamenti della società, inserendosi necessariamente in un preciso momento storico e dovendo altresì rispecchiare le esigenze e i valori della realtà in cui vivono e operano i consociati.

3.2.2 I patti successori transnazionali e i rapporti con la disciplina tedesca.

Una volta chiariti i motivi per cui nel nostro ordinamento il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. non può essere considerato in via astratta quale principio di ordine di ordine pubblico ai sensi dell'art. 35 del Reg. 650/2012, occorre esaminare le conseguenze che tale soluzione può comportare all'interno del nostro ordinamento.

Alla luce dell'indagine svolta nel paragrafo precedente, il Giudice italiano non può disconoscere un patto successorio che presenta elementi transazionali, ricorrendo e facendo valere il concetto generale dell'ordine pubblico.

L'attività del giudice sarà quella di valutare in concreto l'impatto, nonché il risultato derivante dall'applicazione della legge straniera regolatrice di un patto successorio nei confronti dell'ordinamento interno in vista delle regole successorie nazionali.

³³⁵ Cit. V. PUTORTI', op. cit., p. 11. L'autore afferma altresì che anche la nozione di ordine pubblico comunitario creata per date autonomo rilievo ai principi propri dell'Unione Europea, rientri “quale parte integrante e qualificante nel concetto di ordine pubblico”.

³³⁶ *Ibidem*.

In quest'ottica, l'autorità giudiziaria o le altre autorità nazionali competenti in materia successoria dovranno senza dubbio ammettere la validità e l'efficacia di un patto successorio straniero che consenta di pianificare anticipatamente la successione al fine di favorire e garantire la continuità dell'attività di impresa.

Per giunta, dovranno essere sicuramente ammessi quei patti successori transnazionali stipulati al fine di assicurare l'assistenza e il sostentamento economico dei soggetti "deboli", ossia di quei soggetti che non sono economicamente autosufficienti perché privi di un lavoro, nonché di quei soggetti gravemente malati o disabili che, a fronte delle loro condizioni psicofisiche, devono poter ricevere una tutela adeguata.

In sostanza, il compito delle autorità operanti nell'ambito successorio non è né quello di ignorare la disposizione di cui all'art. 35 del Regolamento europeo n. 650/2012 ammettendo, di conseguenza, qualsiasi figura di patto regolato dalla legge straniera; né quello di appellarsi all'ordine pubblico del foro, prescindendo dai risultati in concreto realizzati dal patto successorio.

Il giudice dovrà, al contrario, valutare gli interessi che lo strumento contrattuale *mortis causa* tende a tutelare e rapportarli, nonché ponderarli, con gli interessi ed i valori interni, così da garantire ed assicurare una soluzione appropriata³³⁷.

In vista di tali considerazioni, la giurisprudenza svolge un ruolo estremamente importante in relazione allo sviluppo e alla diffusione degli strumenti contrattuali che regolano la successione *mortis causa* e che realizzano interessi meritevoli di tutela³³⁸.

³³⁷ Tale valutazione effettuata dal Giudice si rende possibile anche perché gli eventuali principi di ordine pubblico che costituiscono il limite successivo e concreto all'operare del diritto internazionale privato, "intervengono ex post, ossia dopo che la norma straniera sia stata individuata". "Essi, pertanto, consentono al Giudice nazionale di valutare gli effetti che, in concreto, l'applicazione di detta norma produce senza precludere, in astratto e in via generale e assoluta, la protezione di determinate situazioni che appaiono meritevoli di tutela in quanto espressione di valori costituzionalmente rilevanti". V. PUTORTI', op. cit., p. 14 e 15.

³³⁸ G. ZANCHI, op. cit. p. 761

Pertanto, l'attività svolta dai giudici italiani, così come quella svolta dalle altre autorità che operano in campo successorio, quali i notai, fornisce una ragione in più per superare il grosso limite alla delazione contrattuale imposto dalle regole del nostro diritto successorio.

Proseguendo l'indagine, occorre esaminare i rapporti successori tra i cittadini italiani e i cittadini stranieri alla luce del regolamento europeo n. 650/2012.

Nell'impossibilità di soffermarsi sulle relazioni con i vari ordinamenti stranieri, si propone di considerare il rapporto ordinamento interno/ ordinamento tedesco in ragione dell'attenzione che esso ha suscitato presso gli interpreti e gli studiosi.

Il diritto tedesco, nel rispetto delle norme imperative e del buon costume, ammette il patto successorio istitutivo noto anche come l'*Erbvertrag*³³⁹: § 1941 BGB stabilisce che la persona della cui successione si tratta possa ricorrere al contratto per istituire erede, disporre un legato o imporre un onere³⁴⁰.

Per giunta, le parti possono scegliere contrattualmente la legge applicabile alla successione, a fronte della novità introdotta con la legge del 29 giugno del 2015 relativa al diritto successorio internazionale³⁴¹.

In Germania è dunque compresa la fonte contrattuale tra le fonti di delazione ereditaria che, si precisa, non sostituisce lo strumento testamentario,

³³⁹ I motivi per cui il legislatore tedesco ha previsto la fattispecie del contratto ereditario, quale conseguente limitazione della libertà testamentaria, deriva dalla volontà dello stesso di garantire la prevedibilità della successione mortis causa soprattutto in determinate situazioni. "Tra queste situazioni in legislatore inquadrava i rapporti fra coniugi e fidanzati nonché situazioni di carattere rurale". Inoltre, il legislatore tedesco è stato mosso anche dall'esigenza di trattare in modo paritario i figli nati da diversi matrimoni, oppure di dare la possibilità al soggetto che "si obbliga ad occuparsi di una persona anziana dietro il corrispettivo di essere istituito erede di tale persona". "In quest'ultimo caso il legislatore tedesco aveva in mente soprattutto i fratelli maggiori oppure altri familiari che convivevano con fratelli e/o figli più giovani e avevano il desiderio di garantire ai loro successori con cui convivevano le stesse condizioni di vita anche dopo la morte". P. KINDLER, op. cit., p. 14.

³⁴⁰ Cfr. P. KINDLER, op. cit., p. 14 e ss.; Cfr. altresì A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2017.

³⁴¹ Per quanto concerne invece la revocabilità la scelta della legge successoria da applicare, il legislatore tedesco ha introdotto una norma nazionale che permette alle parti di un patto successorio di rendere irrevocabile la *professio iuris* attraverso una specifica clausola contrattuale in tal senso, il che sembra in linea con il considerando n. 40 del Reg. 650/2012. P. KINDLER, op. cit., p. 31.

bensì costituisce un'ulteriore alternativa cui i privati possono ricorrere per regolare e pianificare la propria successione *mortis causa*.

Per quanto concerne la vincolatività della disposizione contrattuale, in linea con quanto disposto dal BGB, il patto successorio, o anche la singola disposizione contrattuale, possono essere sciolti mediante contratto dalle persone che hanno concluso il patto successorio. Tuttavia, dopo la morte di una di una delle parti contraenti, lo scioglimento è inammissibile³⁴².

Menzionata la disciplina tedesca che riconosce il c.d. contratto ereditario-in Germania denominato *Erbvertrag* - è interessante analizzare alcune fattispecie che in concreto possono verificarsi nei rapporti privatistici.

È ben possibile infatti che un cittadino tedesco, che si trova stabilmente nel territorio italiano, stipuli un accordo vertente sulla propria successione.

Sulla base dei criteri individuati dal Regolamento europeo n. 650/2012, secondo il par. 1 dell'art. 25³⁴³ si deve applicare la legge successoria operante se il disponente fosse venuto meno al momento della conclusione del patto, ossia la legge dello Stato in cui lo stesso ha la residenza abituale, in linea con il criterio obiettivo di cui all'art. 21.

Nel caso di specie, il cittadino tedesco ha la residenza abituale in Italia pertanto il patto successorio dallo stesso stipulato non avrà alcuna validità ed efficacia, in mancanza di un'espressa manifestazione di voler optare per la sua legge nazionale. Dunque, in questa ipotesi si applica il criterio di cui al par. 1 dell'art. 25 e, di conseguenza, l'ammissibilità del patto sarà rimessa alla legge successoria italiana, che come noto vieta esplicitamente all'art. 458 del Codice Civile i patti successori.

Pertanto, il cittadino tedesco residente nel territorio italiano che punta ad ottenere il riconoscimento della validità e dell'efficacia del patto successorio da stipulare dovrà, in linea con quanto disposto dal par. 3 dell'art. 25 Reg. (UE) n.

³⁴² P. KINDLER, op. cit., p. 14.

³⁴³ Trattandosi infatti di un patto riferito ad una sola eredità, si dovrà applicare il criterio di cui al primo paragrafo dell'art. 25 del Regolamento UE n. 650/2012.

650/2012, scegliere espressamente come legge regolatrice del patto la propria legge nazionale che, al contrario di quella italiana, ammette i patti successori.

In quest'ultimo caso, si ribadisce che il Giudice italiano o qualsiasi altra autorità competente che si occupa della successione, non possa rifiutarsi, in via generale, di riconoscere il patto successorio perché in contrasto con l'ordine pubblico appellandosi all'art. 35 del Reg. 650/2012.

Alla luce delle considerazioni precedentemente effettuate, gli organi competenti per poter di riconoscere l'efficacia e validità del patto successorio in questione devono valutare, in concreto, gli interessi meritevoli di tutela che il patto mira a realizzare, così da bilanciarli con gli interessi tutelati dalle norme successorie nazionali. Soltanto dopo la valutazione del caso concreto gli operatori nazionali potranno ammettere il patto successorio.

Discorso inverso può farsi nel caso del cittadino italiano che risiede abitualmente in Germania. In tale circostanza, quest'ultimo può stipulare legittimamente un patto successorio riguardante la propria successione, il quale sarà regolato dalla legge successoria anticipata tedesca in conformità con quanto disposto dal par. 1 dell'art 25.

Infine, occorre menzionare la terza ipotesi in cui il patto successorio riguardi le eredità di più persone di diverse nazionalità o che risiedono in Stati diversi: si pensi al caso in cui i due contraenti siano un cittadino italiano e un cittadino tedesco entrambi residenti abitualmente in Italia; oppure al caso in cui i due contraenti siano residenti rispettivamente in Italia e in Germania e almeno uno dei due abbia la nazionalità tedesca.

In mancanza di scelta delle parti, si dovrebbe applicare il par. 2 dell'art. 25 del Regolamento europeo n. 650/2012 che richiede l'ammissibilità in astratto del patto successorio da parte di ciascuna legge che, in forza dei criteri dettati dal regolamento, avrebbe dovuto applicarsi nei confronti delle parti se fossero venute a mancare il giorno della conclusione dell'accordo e, soltanto ove il patto fosse ammissibile dalle leggi successorie anticipate, la sua validità sostanziale nonché gli effetti e le condizioni di scioglimento sarebbero regolati dalla legge con un "collegamento più stretto".

Se ne desume che qualora i cittadini di nazionalità diverse fossero residenti in Italia, non potrebbero stipulare validamente un patto successorio visto che, in mancanza di un'espressa volontà di parte di cui al par. 3 dell'art 25, la legge applicabile che ne dovrebbe riconoscere l'ammissibilità sarebbe quella italiana.

Lo stesso accade anche nell'ipotesi in cui i soggetti siano residenti abitualmente in Stati diversi, nel caso di specie in Italia ed in Germania, poiché il Regolamento richiede il doppio riconoscimento di ammissibilità dei patti successori da parte delle leggi successorie applicabili.

Pertanto, anche in quest'ultima ipotesi, le parti che intendono stipulare un patto successorio vertente su più eredità dovrebbero scegliere, come legge regolatrice dello stesso, la legge nazionale di una delle parti contraenti che, nel caso di specie, dovrà essere per forza quella tedesca essendo la sola a riconosce la figura dei patti successori.

Le considerazioni appena riportate devono valere anche nei confronti dei cittadini italiani che hanno la doppia nazionalità nello Stato tedesco.

Per concludere si deve precisare che, seppur l'indagine si sia concentrata sui rapporti con l'ordinamento tedesco, anche altri ordinamenti stranieri riconoscono, in misura limitata o in via di eccezione, i patti successori³⁴⁴.

Pertanto, nei rapporti con gli altri ordinamenti europei emergono chiaramente le criticità del nostro diritto successorio ed in particolare del divieto

³⁴⁴ I Paesi che ammettono i patti successori istitutivi sono: Germania, Grecia, Cipro, Estonia, Irlanda Islanda, Finlandia, Lettonia, Norvegia, Serbia, Ungheria, Svizzera, Turchia (alcune regioni della Spagna tra cui Catalogna, Galizia, Paesi Baschi).

I patti istitutivi solo tra coniugi: Spagna, Austria, Portogallo (nel contratto di matrimonio), Olanda (nel contratto di matrimonio).

I patti successori rinunziativi: Estonia, Irlanda Islanda, Finlandia, Lettonia, Norvegia, Serbia, Ungheria, Austria, Spagna, Danimarca, Germania (patti rinunziativi verso corrispettivo), Polonia, Svezia, Svizzera, Turchia.

I patti dispositivi: Svizzera, Turchia, Germania (tra eredi legittimi). V. CIANCIOLO, op. cit., Il sole 24 ore. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>

Cfr. altresì G. ZANCHI, op. cit., p. 746 e ss., il quale evidenzia come alcuni gli ordinamenti stranieri che ammettono i patti successori li prevedono accanto al testamento come nel caso della Germania. Mentre altri ordinamenti li consentono solo in via di eccezione come per esempio nel caso austriaco. Per giunta, per il diritto spagnolo non si può effettuare un discorso unitario poiché la competenza in materia è rimessa al "*derecho foral*" (i patti successori sono comunque ammessi nella gran parte delle legislazioni locali spagnole).

dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. che ormai non rispecchia più le esigenze moderne, comportando un grosso limite per l'autonomia negoziale dei privati, limite che è stato palesemente superato, seppur con le dovute accortezze, dagli altri Stati.

3.3 Il Disegno di legge n. 1151/2019.

Le inattualità del diritto successorio e le pressioni della dottrina, che per molti anni si è dedicata allo studio dei patti successori, sembrano poter smuovere anche il legislatore.

A tale proposito, in questa sede si intendono esaminare le prospettive di riforma legislativa in merito al divieto dei patti successori, richiamando il disegno di legge delega presentato in data 19 marzo 2019 che propone la delega al Governo per la revisione del Codice Civile, tra cui la revisione di alcune norme successorie, con particolare riguardo ai patti successori e ai diritti dei legittimari³⁴⁵.

Le materia successoria che interessa ai fini dell'indagine concerne ovviamente il divieto dei patti successori, la cui revisione è prevista ai sensi della lettera d) del comma 1 dell'articolo 1 del presente disegno di legge³⁴⁶.

Ebbene, il disegno di legge 1151/2019 consente “a determinate condizioni, i patti successori cosiddetti istitutivi (con cui taluno dispone della propria successione), limitandoli però alla devoluzione di beni del patrimonio

³⁴⁵ Quanto ai diritti dei legittimari, è interessante mostrare come l'art. 1 comma 1 lettera c) del disegno di legge in esame mira a “trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario”. Dal testo del disegno di legge n. 1151/2019 alla p. 17, riportato sulla pagina del Senato <http://www.senato.it>

³⁴⁶ Inoltre, la lettera d) del comma 1 dell'art. 1 del presente disegno di legge delega, premesso che: “Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi”; prevede quanto segue: “consentire la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati ovvero a permettere la rinuncia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile”. Dal testo del disegno di legge n. 1151/2019, alla p. 17-18, riportato sulla pagina del Senato <http://www.senato.it>

ereditario che siano specificatamente individuati e in favore di successori ivi indicati”³⁴⁷.

In altri termini, la delega al Governo proposta intende consentire la stipulazione di patti successori istitutivi che danno la possibilità al disponente di pianificare e programmare la propria successione, limitatamente alla devoluzione dei propri beni patrimoniali, attraverso la forma contrattuale.

Per giunta, il disegno di legge mira ad eliminare “il divieto dei patti successori cosiddetti rinunziativi, intesi come atti negoziali *inter vivos*, unilaterali o contrattuali, con i quali taluno rinuncia anticipatamente ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta o sui beni che ne fanno parte”³⁴⁸.

Dunque, la proposta legislativa in esame permette, in secondo luogo, la stipulazione di patti successori rinunziativi che riconoscono ai successibili la facoltà di rinunciare in tutto o in parte alla successione futura³⁴⁹.

Tuttavia, in entrambi i casi deve essere salvaguardata e rispettata la quota di legittima inderogabile cui hanno diritto per legge i legittimari, in linea con quanto disposto dagli artt. 536 e ss. c.c.^{350 351}.

³⁴⁷ Tratto alla pagina 7 della Relazione del disegno di legge in esame n. 1151/2019, *Ibidem*

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ In ordine ai patti successori rinunziativi, la dottrina ne ravvisa da tempo le utilità che il riconoscimento degli stessi può comportare. Ebbene, i patti rinunziativi possono essere senz’altro utili nell’ambito dei rapporti patrimoniali: nel caso in cui due soggetti ci accingono a sposarsi e almeno uno di loro ha dei figli nati fuori dal rapporto con persone diverse da quella con cui stanno per sposarsi.

Al contrario, emerge un possibile inconveniente deriva dalla seguente osservazione: “l’introduzione di un patto successorio rinunziativo, consentendo di svincolare totalmente i diritti successori dal diritto alla pensione di reversibilità, potrebbe agevolare la celebrazione di matrimoni e unioni civili al solo scopo di consentire al futuro coniuge o alla futura parte della unione civile di avvantaggiarsi della pensione di reversibilità con conseguente incremento della spesa pubblica per la corresponsione delle pensioni”. M. IEVA, op. ult. cit., p. 6.

³⁵⁰ Tali disposizioni mirano a tutelare i diritti dei legittimari del *de cuius*. A tale proposito l’art. 536 c.c. dispone che: “Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione: sono il coniuge, i figli, gli ascendenti. Ai figli sono equiparati gli adottivi. A favore dei discendenti dei figli, i quali vengono alla successione in luogo di questi, la legge riserva gli stessi diritti che sono riservati ai figli”.

³⁵¹ “Entrambe tali eventualità sono contemplate dalla previsione del disegno di legge delega, ma con la significativa limitazione dell’inderogabilità della quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile”. “Questa limitazione mantiene il vigente divieto della rinuncia ai diritti dei legittimari e all’azione di riduzione finché sia in vita il disponente o il donante”. “Tuttavia, la delega consente di prevedere la rinuncia irrevocabile anche alla successione in particolari beni, sicché, se viene contestualmente data attuazione alla previsione di cui alla lettera

In sostanza, la prospettiva di riforma legislativa in esame avvicina la legislazione interna a quella dei principali Paesi europei in cui non vige una disciplina successoria così rigida come quella presente nel nostro ordinamento che limita notevolmente l'autonomia negoziale dei privati in ambito successorio.

Allo stesso tempo il disegno di legge n. 1151/2019, seppur si proponga di superare e modificare il divieto dei patti successori affinché la disciplina italiana si adatti alle esigenze moderne, continua sempre a tutelare e rispettare i diritti dei legittimari derivanti dalla nostra tradizione successoria.

In definitiva, a fronte delle considerazioni effettuate nei paragrafi del presente capitolo e nei capitoli precedenti, i vantaggi che possono derivare dall'introduzione di una disciplina di riforma del divieto dei patti successori sono notevoli.

In questo scenario, la dottrina più recente si sta altresì occupando di trovare delle soluzioni efficienti per ovviare agli eventuali inconvenienti, nonché ai probabili rischi di abuso che potrebbero derivare dal riconoscimento dei patti in questione.

Ebbene, un possibile suggerimento fornito dalla dottrina consiste nel prevedere un'età più elevata, rispetto all'età in cui si acquista la capacità di agire, per la stipulazione dei patti successori, con particolare riguardo ai patti successori dispositivi e rinunziativi³⁵².

In tal modo, si potrebbero evitare eventuali abusi di potere e pressioni dei genitori nei confronti dei propri figli, i quali a diciotto anni potrebbero essere influenzati più facilmente nelle decisioni da prendere soprattutto se vivono ancora sotto il tetto dei propri genitori³⁵³.

c), per la quale la quota riservata è quota di valore, attributiva di un diritto di credito garantito da privilegio, speciale o generale, ferma restando l'integrità di tale quota, sarebbe possibile consentire la rinuncia irrevocabile a particolari beni, con ciò favorendone la circolazione". Dalla relazione del disegno di legge 1151/2019 alla p. 17, <http://www.senato.it>

³⁵² Si può quindi prevedere una capacità speciale, come per esempio quella dei 25 anni di età prevista dall'art. 58 Cost. per eleggere i senatori. Soluzione proposta da M. IEVA, op. cit., p. 6.

³⁵³ *Ibidem*.

Si propone, come rimedio alternativo di tutela, “l’allungamento del termine di prescrizione dell’azione di annullamento per violenza o dolo”³⁵⁴ contro i patti successori dispositivi e rinunziativi, sempre ipotizzando che gli stessi siano ammessi dal legislatore.

³⁵⁴ *Ibidem.*

Conclusioni

In linea con trattazione svolta, la norma imperativa che vieta i patti successori appare al giorno d'oggi obsoleta ed eccessivamente rigida.

La revisione del divieto circa la stipulazione di patti successori, cui preme la dottrina, mira sicuramente a rafforzare l'autonomia privata in campo successorio.

Le ipotesi di riforma non sembrano poi così lontane ed irragionevoli rispetto alle tendenze della prassi, difatti a fronte delle attuali esigenze dei consociati appare sempre più plausibile e giustificata una revisione del Codice Civile in merito al divieto dei patti successori.

Una notevole spinta deriva, senza dubbio, dall'influenza della disciplina comunitaria riguardo alla legge applicabile per la regolamentazione di patti successori con elementi di transnazionalità.

Difatti, rispetto alle regole successorie degli altri Stati europei, la disciplina italiana si mostra eccessivamente ancorata ad un'antica tradizione giuridica che le impedisce di stare al passo con la realtà contemporanea e di ammettere strumenti negoziali nuovi e competitivi rispetto a quelli presenti nel mercato internazionale.

In occasione dell'analisi concernente la normativa europea sulla legge regolatrice delle convenzioni successorie, si è mostrato come la presenza del divieto ex art. 458 c.c. non giustifichi le autorità nazionali competenti a rifiutare, in via generale, il riconoscimento di un patto successorio transnazionale per ragioni di ordine pubblico interno.

Ebbene, il divieto dei patti successori non può essere considerato espressione di un principio di ordine pubblico sia perché non rispecchia la realtà contemporanea, ma anche perché non affonda le sue radici nella Costituzione.

Quanto appena esposto conferma - ancora una volta- il possibile e ragionevole superamento del divieto dei patti successori poiché, come evidenziato, non vi sarebbero ostacoli costituzionali per una possibile revisione

normativa: la Costituzione, difatti, si limita semplicemente a riservare al legislatore la predisposizione delle fonti di delazione ereditaria.

Sotto un altro profilo, le precisazioni poc'anzi effettuate, dimostrano come l'ordinamento italiano continui a rimanere passivo sul fronte successorio, nonostante le notevoli influenze derivanti dalla disciplina comunitaria.

Di conseguenza, il riconoscimento di un patto successorio nel nostro ordinamento potrebbe avvenire solo limitatamente ad un accordo transnazionale regolato da una legge straniera, in conformità con i criteri fissati dal regolamento europeo n. 650/2012.

In quest'ultimo caso l'Italia, priva di una normativa interna in merito ai patti successori, si riallaccia ad una disciplina straniera.

Vi è altresì un'ulteriore ipotesi esaminata nel presente studio in cui l'ordinamento interno si rifà ad una disciplina straniera nella regolamentazione di un istituto privatistico: è il caso del *trust*, oggetto di una particolare analisi, data la sua predisposizione ad essere utilizzato quale strumento negoziale *inter vivos* con effetti *post mortem*.

In questo scenario, la dottrina, anche per evitare il necessario ricorso ad una norma estera, ha elaborato il c.d. contratto di affidamento fiduciario che, in via informale, può essere considerato come una sorta di "rivisitazione" del *trust*, adattandosi agli istituti propri della tradizione degli ordinamenti di *civil law*.

Inoltre, il contratto di affidamento fiduciario, seppur non regolamentato, si presta a soddisfare efficacemente le concrete esigenze delle parti, così da realizzare interessi meritevoli di tutela.

Dalla trattazione è quindi emersa la propensione della prassi di incrementare l'operatività degli strumenti negoziali diversi dal testamento nell'ambito della vicenda successoria.

I consociati ricorrono a dei mezzi che, seppur formalmente possano considerarsi leciti in quanto rispettosi del divieto dei patti successori, dal punto di vista sostanziale realizzano proprio quello che la norma intende escludere, così da indebolire la stessa imperatività del divieto.

Inoltre, secondo quanto accertato nel primo capitolo, l'unico grosso limite degli strumenti contrattuali, riguarderebbe la necessità di tutelare l'assoluta libertà del disponente. La stessa viene senz'altro garantita dal testamento che, grazie alla sua natura unilaterale, può essere revocato e modificato sino all'ultimo istante di vita del *de cuius* senza pregiudicare la posizione dei beneficiari del lascito che, come analizzato nel secondo capitolo, non hanno alcun diritto di aspettativa in ordine all'attribuzione *mortis causa* disposta tramite testamento.

Diversamente, la struttura del contratto non consentirebbe il rispetto del principio di libertà e autonomia del testatore, in conformità con le ragioni e i fondamenti del divieto dei patti successori.

Ciò significa che lo strumento contrattuale non potrà mai essere idoneo a garantire la libertà del disponente?

La risposta deve essere negativa poiché, come evidenziato nella trattazione, si potrebbe ovviare al problema riconoscendo pattiziamente in capo al *de cuius* un diritto di recesso unilaterale così da garantire il rispetto del principio di libertà del disponente, o ancora potrebbe intervenire direttamente il legislatore prevedendo un diritto di recesso *ex lege*.

Per quanto concerne la questione di tutela dei legittimari, seppur tale aspetto non sia stato oggetto di approfondimento e di indagine, si può comunque rimandare al contenuto della proposta di legge delega n. 1151/2019, il quale prevede, da un lato, la possibilità di stipulare patti successori e, dall'altro, intende giustamente fare salvi i diritti inderogabili dei legittimari.

Le considerazioni anzidette dimostrano come le problematiche e le difficoltà di coordinamento tra la disciplina successoria e quella contrattuale, potrebbero essere risolte dal legislatore attraverso un contemperamento degli interessi in gioco: da un lato gli interessi meritevoli di tutela dei privati perseguiti attraverso l'accordo successorio; dall'altro gli interessi concernenti il rispetto di quei valori e principi cardini del diritto successorio.

Per giunta, la soluzione legislativa proposta dalla dottrina prevalente, non è quella di sostituire alla successione testamentaria la successione per contratto,

ma quella di fornire uno strumento in più per dare la possibilità ai privati di optare per una “terza via” per pianificare la propria successione a causa di morte.

Infine, bisogna altresì precisare che le parti, al momento della stipulazione di un contratto, sono di regola consapevoli delle conseguenze, nonché dei rischi associati all’accordo.

A fronte di tale considerazione ci si domanda: “Perché i privati non potrebbero decidere consapevolmente di vincolarsi mediante la stipulazione di un accordo successorio, nel rispetto di quei principi inderogabili del nostro sistema giuridico?”.

E ancora: “Posto che l’effettiva ragione del divieto dei patti successori istitutivi sia quella di tutelare la piena autonomia e libertà del disponente, perché non si potrebbe consentire allo stesso di stipulare un contratto sulla propria successione, che rappresenta il mezzo di massima espressione dell’autonomia privata?”.

Tra l’altro, molto spesso, lo strumento testamentario non assicura la corretta attuazione della volontà del testatore.

Difatti, è ben possibile che negli ultimi giorni di vita, la volontà del *de cuius* possa subire notevoli restrizioni e condizionamenti. Pertanto, in alcune ipotesi, è sicuramente meglio ricorrere allo strumento contrattuale per garantire che l’effettiva volontà del disponente sia rispettata dopo la sua morte.

In conclusione, dalla presente indagine emerge un’esigenza di “rivitalizzazione” del diritto successorio: occorre infatti rendere più “vive” e concrete alcune sue regole espressioni di dogmi ad oggi vacillanti – quali il divieto dei patti successori - attraverso il riconoscimento di strumenti negoziali appropriati che consentano ai privati di programmare e pianificare i loro rapporti patrimoniali per il tempo in cui avranno cessato di vivere.

In attesa di un possibile intervento legislativo - fortemente auspicato dalla dottrina - il contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante (archetipo del contratto *transmorte*); il *trust* con finalità successorie; il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.; un eventuale contratto di affidamento fiduciario ed anche lo stesso patto di famiglia rappresentano

strumenti capaci di rispondere alle esigenze e agli interessi dei consociati, a cui il legislatore non sembra ancora dare un responso.

Bibliografia

- R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2017.
- G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, nona edizione, Cedam, 2015.
- V. BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, in *L'affidamento fiduciario successorio*, in *Percorsi giuridici tra tradizione e innovazione* (n.2/2019).
- V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Saggi e pareri/Rivista di diritto privato*, 1/2016.
- C. BERTI, *Autonomia negoziale e devoluzione testamentaria. I contenuti atipici del testamento*, Giuffrè, Milano, 2018.
- C.M. BIANCA, *Diritto Civile – La famiglia. Le successioni*, II, Giuffrè, Milano, 2001.
- G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, ottava edizione, UTET, 2019.
- G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, La successione ereditaria*, Vol. I Giuffrè, 2009.
- G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, La successione testamentaria*, Vol. II, Giuffrè, 2009.
- P. BORRELLI, *Natura e revocabilità del Family trust (commento a sentenza del Tribunale Mantova, 19 febbraio 2018)*, studio legale borrelli, pubblicato il 25/06/2018.

C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Cedam, 2010

L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Edizioni scientifiche italiane, 1977.

G. CASU, *I Patti successori*, in *Testamento e patti successori*, opera diretta da L. IBERATI, Zanichelli, 2006.

P. CENDON, *Commentario al Codice Civile*, artt. 456-712, *Successioni legittime e testamentarie*, Giuffrè, 2009.

V. CIANCIOLO, *Il diritto ereditario e le prospettive di riforma sul divieto dei patti successori*, Il sole 24 ore, pubblicato il 27 giugno 2019.

C. COPPOLA, *Le disposizioni testamentarie*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, La successione testamentaria*, Vol. II, Giuffrè, 2009,

D.A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*. Jovene, Napoli, 2012.

G. P. D'AMATO, *L'atto devolutivo in trust per la revocatoria rappresenta un atto a titolo gratuito*, in *Massime, tecniche e tassazione notarile*, pubblicato il 23 luglio 2018, in *il Quotidiano Giuridico*.

D. DAMASCELLI, *I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO *Il diritto internazionale privato*

europo dolo succossioni mortis causa, collana Consiglio nazionale del notariato, Giuffrè, 2013.

A. DAVI', A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle succossioni nell'Unione europea*, in *Cuardenos de Derecho Transnacional*, Vol. 5 N.2.

P. DE CESARI, *Trattato di diritto privato dell'unione europea, Persone e Famiglia*, II, Giappichelli, Torino, 2008.

A. FERRARO, *Il trust ed il diritto successorio in Italia*, in *Civile, Contratti*, pubblicato il 24 agosto 2017, in *Salvis Juribus- Rivista di informazione giuridica*.

A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2017.

E. GABRIELLI, *Commentario del codice civile. Delle succossioni*, a cura di V. CUFFARO e F. DEFLFINI, UTET, 2009.

E. GABRIELLI, *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, UTET, 2011.

F. GALGANO, *La fiducia e il trust*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Tav. 13, Bologna, 2011.

P. GALLO, *Le succossioni per causa di morte in Introduzione al diritto comparato, Istituti giuridici*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2018.

D. GATTONI, *Il family trust è revocabile come il fondo patrimoniale*, articolo pubblicato il 26 marzo 2018.

G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni scientifiche italiane, 2010.

G. GIAMPICCOLO, voce "Atto mortis causa" in Enc., dir., IV, Milano, 1959.

M. GIULIANO, *Contributo allo studio dei trust "interni" con finalità parasuccessorie*, Giappichelli, Torino, 2016.

L. IBERATI, *Testamento e patti successori*, Zanichelli, 2006.

M. IEVA, *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori*, in Riv. del Notariato- LXXII, 22/2/2020.

M. IEVA, *I Fenomeni parasuccessori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M.IEVA, Vol. I, Cedam, 2010.

P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel Regolamento (UE) N. 650/2012*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1/2017.

R. LENZI, *Gli affidamenti fiduciari*, atti convegno giugno 2019 - civilisti italiani.

L. LEOCATA, *Il contratto a favore di terzo*, in *Civile- Contratti*, pubblicato l'8 dicembre 2016, in *Salvis Juribus- Rivista di informazione giuridica*, coordinatore e capo redazione G. ROMANO.

F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970

M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014.

F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in Riv. 4/2016.

M. R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente*, 1997.

E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Giappichelli, Torino, 2013.

A PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato diritto civile del Consiglio nazionale del notariato. Sez. 8, Le successioni per causa di morte*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2003.

G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Il foro napoletano 1/ 2014.

S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2010.

V. PUTORTI', *Successione ex contractu e "ordine pubblico del foro" ex art. 35 Regolamento UE 650/2012*, in *Le corti fiorentine, Rivista di diritto e procedura civile*, anno III, n. 1/2016.

P. RESCIGNO, *Trattato breve delle successioni e donazioni. Le successioni mortis causa- I legittimari- Le successioni legittime e testamentarie*, Vol. I, coordinato da M. IEVA, Cedam, 2010.

C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Libro IV – *Delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2012.

F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Giuffrè, 2011.

L. SCALIA, *La nullità e l'inefficacia delle disposizioni testamentarie* in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Vol. I, Cedam, 2010.

P. SPACCHETTI, *Dopo di Noi e gli strumenti giuridici di attuazione*, Il sole 24 ore, pubblicato il 27 novembre 2018.

A. SPATUZZI, *I patti successori. Su talune articolazioni e criticità del divieto*, in *Riv. di Diritto Civile*, 4/2019.

A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXII, Giuffrè, Milano, 2015.

G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, *Riv. Jus Civile*, 2013, 10.