



CAMERA CIVILE DI FIRENZE

# Le Corti Fiorentine

Rivista di diritto e procedura civile

*Quadrimestrale di giurisprudenza e dottrina*

Anno III

n. 1/2016



**Edizioni Scientifiche Italiane**

**Direttore Responsabile**

Carlo Poli

**Comitato di Direzione:**

Francesco Alcaro  
Giuseppe Caglia  
Francesca Cappellini  
Anna Carla Nazzaro  
Carlo Poli  
Vincenzo Putortì

**Comitato Editoriale:**

Anna Basetti Sani Vettori (coordinatrice)  
Agnese Alamanni  
Massimo Aragiusto  
Gianni Baldini  
Antonio Gorgoni  
Daniela Marcello  
Enrico Mucci  
Paolo Pisani  
Gabriele Salvi  
Emanuele Taccetti

**Comitato Scientifico**

Niccolò Abriani  
Claudio Cecchella  
Vincenzo Cuffaro  
Adolfo Di Majo  
Giuseppe Morbidelli  
Ilaria Pagni  
Massimo Palazzo  
Giovanni Passagnoli  
Pietro Perlingieri  
Andrea Proto Pisani  
Giuliano Scarselli

**Hanno collaborato a questo numero:**

Prof. Avv. Massimo Aragiusto (Università di Firenze); Prof. Avv. Gianni Baldini (Università di Firenze); Prof. Avv. Vincenzo Barba (Università di Roma Tre); Avv. Anna Basetti Sani Vettori (Foro di Firenze); Prof. Andrea Bucelli (Università di Firenze); Dott. Piergiulio Cinelli (Notaio in Rufina); Prof. Avv. Antonio Gorgoni (Università di Firenze); Avv. Enrico Mucci (Foro di Firenze); Prof. Anna Carla Nazzaro (Università di Firenze); Dott. Massimo Palazzo (Notaio in Pontassieve); Prof. Avv. Vincenzo Putortì (Università di Firenze).

Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5966 del 9 settembre 2014

Direttore Responsabile: Carlo Poli

## INDICE

### FOCUS

ATTI DALLA GIORNATA EUROPEA DELLA GIUSTIZIA CIVILE  
DEL 26 OTTOBRE 2015.

“LE SUCCESSIONI TRANSFRONTALIERE.  
COSA CAMBIA DOPO L’ENTRATA IN VIGORE  
DEL REGOLAMENTO EUROPEO N. 650/2012”

- PROF. AVV. VINCENZO PUTORTI, Successione *ex contractu* e “ordine pubblico del foro” ex art. 35 Regolamento UE 650/2012 p. 3
- PROF. AVV. VINCENZO BARBA, Patti successori e diritto europeo p. 17
- DOTT. MASSIMO PALAZZO e DOTT. PIERGIULIO CINELLI, La circolazione dei beni ereditari ed il certificato di successione europea p. 41

### OSSERVATORIO

- PROF. AVV. ANTONIO GORGONI, La filiazione oltre la genitorialità biologica p. 55

### GIURISPRUDENZA

- Tribunale di Firenze, ordinanza del 7 dicembre 2012, Dott.ssa Patrizia Pompei, con nota del PROF. AVV. GIANNI BALDINI, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU* p. 75
- Tribunale di Firenze, sentenza n. 4174 del 26 novembre 2015, Pres. Dott. Fernando Prodomo, con nota della PROF. ANNA CARLA NAZZARO, *Assicurazione a favore di terzo e diritti degli eredi dell’assicurato* p. 111

### RASSEGNA DI MASSIME

#### **Condominio degli edifici**

- Parti comuni dell’edificio, impugnazione delle delibere dell’assemblea p. 129

#### **Obbligazioni e contratti**

- Il contratto di locazione p. 139

**Responsabilità civile**

La responsabilità per danno cagionato da cosa in custodia ex art. 2051 c.c.p. 150

La responsabilità per danno cagionato da animali ex art. 2052 c.c. p. 157

**Procedura civile**

La competenza territoriale p. 159

VINCENZO PUTORTI

SUCCESSIONE EX CONTRACTU E “ORDINE PUBBLICO DEL FORO”  
EX ART. 35 REGOLAMENTO UE 650/2012<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. La valenza sostanziale del Regolamento U.E. 650/2012 – 2. La *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi – 3. Negozi *post mortem* e negozi a causa di morte – 4. L'ordine pubblico del foro ex art. 35 reg. UE 650/2012. Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza – 5. (Segue) Considerazioni critiche – 6. Conclusioni.

1. La valenza sostanziale del Regolamento U.E. 650/2012.

Il tema oggetto di questo intervento richiede innanzitutto una precisazione di carattere preliminare ed una riflessione di carattere generale. Infatti, tracciare un quadro esaustivo sulla successione *ex contractu* e sull'intera disciplina che essa riceve nel Regolamento UE 650/2012 in un tempo così ristretto sarebbe un compito davvero assai arduo e complesso. Preciso subito, pertanto, che in questa sede mi limiterò ad evidenziare la valenza sostanziale che il Regolamento riveste per il nostro sistema ordinamentale, senza entrare nel merito dei criteri di collegamento fissati in tale atto normativo in ordine alla designazione della legge applicabile ai contratti successori che presentino elementi di estraneità.

Da questo punto vista, è opportuno porre in luce che il Regolamento, entrato in vigore lo scorso 17 agosto, rappresenta la prima fonte normativa vigente nel nostro sistema che detta una disciplina, seppur minima e non esaustiva, dei patti successori sia in ordine ai requisiti richiesti ai fini della loro validità formale e sostanziale (art 25), sia in relazione alla loro liceità ed efficacia allorquando il patto sia caratterizzato dagli elementi di internazionalità previsti nel Regolamento. Non solo, ma per intendere l'effettiva valenza significativa di tale provvedimento comunitario è necessario tener presente che esso, oltre a fissare i criteri di collegamento per la designazione della legge applicabile alla successione *ex contractu*, contiene un'ampia definizione di patto successorio, riferendosi a tutti gli accordi, a causa di morte, a titolo oneroso o gratuito, diretti a conferire, modificare o revocare diritti nella successione futura di una o di entrambe le parti<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> \*Il testo riproduce l'intervento svolto al Convegno tenutosi a Firenze il 26 ottobre 2015 in occasione della Giornata europea della Giustizia Civile “*Le successioni transfrontaliere. Cosa cambia dopo l'entrata in vigore del Regolamento Europeo n. 650/2012*”. Per l'approfondimento del tema e per i più ampi riferimenti bibliografici si rinvia al nostro saggio “*Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento Ue 650/2012*, in *Dir. succ. fam.* in corso di pubblicazione.

<sup>2</sup> L'art. 3 comma 1 lett b) definisce il patto successorio come “l'accordo, a causa di morte, 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.” Il considerando n. 49 stabilisce infatti

Accordi che possono derivare anche da testamenti reciproci ed essere stipulati sia da cittadini stranieri o da cittadini italiani residenti all'estero, sia da coloro che, avendo una doppia cittadinanza, siano residenti in Italia e abbiano designato la legge nazionale straniera quale fonte a cui far riferimento per regolamentare la loro successione, purché detta legge non sia in contrasto con “*l'ordine pubblico del foro*”.

Consequentemente, per l'interprete è di fondamentale importanza stabilire se nel nostro ordinamento la nullità degli accordi a causa di morte derivi dalla violazione di una norma imperativa o sia riconducibile ad un principio di ordine pubblico, poiché è solo in quest'ultimo caso che il Giudice nazionale potrà disconoscere la validità e l'efficacia del contratto successorio o non dare riconoscimento o esecutività ad una pronunzia di un Collega straniero che ne 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.

In secondo luogo, è dato rilevare che proprio la valenza sostanziale che il Regolamento possiede – non sempre, a dire il vero, fino ad oggi colta fino in fondo dalla dottrina privatistica – può contribuire ad alimentare il dibattito sul reale ed effettivo ambito di operatività del divieto posto dall'art. 458 c.c. e sulla sempre maggiore contiguità che il diritto successorio presenta con il diritto contrattuale e delle obbligazioni. Infatti si deve alla più recente dottrina e alla giurisprudenza non solo l'aver sollecitato uno studio funzionale e sistematico di tale settore del diritto privato, volto a ricostruire la disciplina dei contratti successori sulla base delle regole dettate sia per il testamento che per il contratto in generale, in modo da garantire un corretto bilanciamento ed una valutazione comparativa dei molteplici interessi implicati in tali vicende, ma anche l'aver elaborato una serie di efficienti e duttili strumenti negoziali di pianificazione concordata del patrimonio, idonei a porsi quale valida alternativa all'atto di ultima volontà<sup>3</sup>. Istituti, questi ultimi, la cui rilevanza è resa sempre più manifesta sia dalla crisi della successione testamentaria, sia dalla modificazione della ricchezza da immobiliare a mobiliare, sia ancora dalle

che “il patto successorio è un tipo di disposizione a causa di morte la cui ammissibilità e accettazione variano nei diversi Stati membri” di guisa che vi è l'esigenza di dedicargli una disciplina all'interno del Regolamento in modo “da garantire la certezza del diritto per le persone che desiderano pianificare in anticipo la loro successione” (considerando n. 48).

<sup>3</sup> Il riferimento è non solo al patto di famiglia, ma anche alle clausole societarie di riscatto, di continuazione e di successione, al *leveraged buy out*, attuato spesso, nel nostro sistema, nella forma del *family buy out*, al *trust*, al contratto a favore di terzi, al mandato *post mortem* e al negozio fiduciario, alla donazione *si praemortis* e *cum moriar*, alle c.d. clausole di accrescimento, alla vendita o alla donazione con riserva di usufrutto congiuntivo.

nuove esigenze che emergono da una società mutata e globalizzata, che sollecitano strumenti di pianificazione della successione flessibili e elastici, in grado di garantire un corretto bilanciamento ed una valutazione comparativa dei molteplici interessi di volta in volta sottesi alla singola e specifica fattispecie successoria. Bilanciamento che solo il contratto pare poter offrire, in quanto strumento capace di coniugare in maniera appropriata i principi di efficienza economica e di solidarietà familiare, che si pongono tra le esigenze primarie che anche il Regolamento comunitario 650/2012 tende a realizzare.

Muovendosi in questa prospettiva, nelle pagine seguenti, si tenderà, allora, per un verso, a precisare le ragioni sottese al divieto dei patti istitutivi ed a individuare i criteri fondanti la dicotomia contratti *mortis causa* – contratti ad effetti *post mortem*, visto che questi ultimi, essendo atti *inter vivos*, fuoriescono dall’ambito operativo del Regolamento; per altro verso, a esaminare se, nel nostro sistema, la nullità degli accordi successori sia riconducibile alla violazione di una norma imperativa o di un principio di ordine pubblico, poiché è solo in quest’ultimo caso che il patto, stipulato ai sensi del citato Regolamento, potrà essere dichiarato invalido e inefficace dal Giudice italiano.

## 2. La *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi.

Partendo dai risultati cui sono pervenuti la dottrina e la giurisprudenza prevalenti in ordine al divieto posto dall’art. 458 c.c., è dato osservare, in primo luogo, come oggi si sia concordi nel prospettare una lettura destrutturata di detta norma, in modo da distinguere le diverse ragioni che stanno alla base delle varie fattispecie di patti successori. Esse, infatti, pur avendo come minimo comune denominatore beni appartenenti ad una successione non ancora aperta, sono sorrette da ragioni giustificative differenti. Basti pensare che i patti istitutivi sono atti a causa di morte e sono proibiti per motivi che – come vedremo – hanno una intrinseca valenza sistematica; mentre i patti dispositivi e rinunziativi sono atti *inter vivos* e sono proibiti in virtù di una scelta normativa che si fonda su motivazioni affatto differenti, riferibili o ad esigenze tese ad evitare atti di prodigalità oppure a fattori di ordine etico, quali il *votum corvinum o captandae mortis*<sup>4</sup>. Per tale ragione, in questa sede, l’attenzione si soffermerà sui soli patti istitutivi, chiarendo, dapprima, la ragione della loro proibizione e, successivamente, la linea di confine esistente tra essi e gli atti *inter vivos* ad effetti *post mortem*, per poi valutare la concreta portata operativa del limite posto dall’art. 35 del Regolamento U.E. 650/2012.

In particolare, sotto il primo profilo, è opportuno evidenziare subito come

<sup>4</sup> G. GIAMPICCOLO, Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà, Milano, 1954, p. 123 ss.

la *ratio* del divieto delle convenzioni istitutive appia, già *ictu oculi*, strettamente e funzionalmente collegata con tutto il sistema di circolazione della ricchezza *post mortem*. Tale proibizione, infatti, è sancita da una norma imperativa non isolatamente posta, ma inserita e connessa con tutte le altre regole che disciplinano la trasmissione dei beni ereditari, quali quelle previste dall'art. 457 c.c. in tema di tipizzazione delle fonti di delazione ereditaria; dagli artt. 679 ss. c.c. relativi alla revoca degli atti di ultima volontà; dalle disposizioni che disciplinano la rilevanza della violenza, del dolo e dell'errore (art. 624 c.c.) o della condizione (art. 634 c.c.) e del motivo illecito (art. 626 c.c.); dalle previsioni che sanciscono la nullità del testamento congiuntivo o reciproco (artt. 589 e 635 c.c.) e dalle regole formali previste per i vari tipi di testamento (art. 601 ss c.c) che assicurano una maggiore libertà volitiva.

Norme, queste, che sono tutte ispirate dal medesimo principio, il quale non si identifica però con la sola *libertas testandi* – ossia con l'esigenza di garantire all'ereditando il potere di revocare *ad libitum suum* le disposizioni a causa di morte, così come sembrerebbe emergere da una lettura poco attenta della giurisprudenza – ma è più complessa e articolata e si ricollega a due distinte, complementari, motivazioni: la libertà di testare, da un lato, e l'assenza di posizioni giuridicamente rilevanti in capo ai beneficiari della disposizione, dall'altro. E' in tal modo, infatti, che si assicura al *de cuius* la possibilità di disporre secondo il suo libero, effettivo e reale volere, visto che la sola revocabilità *ad nutum* non sarebbe comunque in grado di escludere l'applicazione delle regole di buona fede e correttezza che governano tutto l'*iter* contrattuale e valgono a fondare e salvaguardare le aspettative riposte dai beneficiari dell'atto, e dunque non precluderebbe, nel caso in cui dette regole fossero violate, la nascita di una responsabilità in capo al disponente.

In realtà, sebbene sia indubbio che la libera revocabilità delle disposizioni a causa di morte costituisca un principio fondamentale del nostro sistema successorio, è altrettanto vero, però, che, se per soddisfare tale esigenza fosse stata sufficiente la mera revocabilità dell'atto, il legislatore non avrebbe avuto motivo di sancire un divieto così perentorio e di così ampia portata come quello posto dall'art. 458.c.c. Né, sotto questo aspetto, si sarebbe potuto sostenere che l'eventuale revocabilità della convenzione successoria avrebbe determinato un inconciliabile contrasto con la natura contrattuale della disposizione, in quanto l'irrevocabilità del vincolo, nel nostro ordinamento, rappresenta una normale conseguenza della struttura bilaterale dell'atto di privata autonomia e, come tale, è modificabile sia dall'autonomia privata (art. 1373 c.c.), sia – *a fortiori* – da specifiche disposizioni di legge<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. succ.donaz.* Rescigno, (coord. da Ieva),

Viceversa, è la stretta relazione esistente tra la previsione normativa contenuta nell'art. 457 c.c. e la proibizione dei patti successori istitutivi che induce ad individuare il fondamento teorico del divieto con riguardo non solo ai caratteri strutturali dell'atto *mortis causa* (revocabilità, formalità, unilateralità, unipersonalità e non recettività), ma anche al suo profilo dinamico-funzionale, e dunque a individuare la ragione del divieto della successione *ex contractu* non solo nella libertà di testare, ma anche nell'assenza, *ante mortem*, di qualsiasi posizione giuridica soggettiva da parte dei beneficiari dell'atto e nella conseguente esclusione di ogni forma di responsabilità per il *de cuius*, poiché – si è detto – è solo in tal modo che si tutela concretamente ed effettivamente il reale, spontaneo volere del disponente.

### 3. Negozi *post mortem* e negozi a causa di morte.

Individuata la ratio della proibizione dei patti istitutivi, è opportuno porre in luce, adesso, come detti accordi si caratterizzino per la loro natura di atti a causa di morte a contenuto patrimoniale. Il che spiga perché parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza, ormai da tempo, abbiano rivolto la loro attenzione verso la dicotomia negozi *mortis causa* – negozi *inter vivos* ad effetti *post mortem*, nel tentativo di individuare criteri capaci di tracciare una linea di confine tra attribuzioni nulle, in quanto attuate attraverso un contratto a causa di morte, e disposizioni ad effetti *post mortem* che, rimanendo estranee all'ambito applicativo del divieto posto dall'art. 458 c.c., possono invece ritenersi valide ed efficaci<sup>6</sup>.

Criteri, questi, che fanno leva proprio sulla diversa funzione svolta dall'evento morte nell'ambito della complessiva operazione negoziale, spingendo l'interprete a valutare se il decesso del disponente rappresenti la causa dell'attribuzione contrattualmente predisposta oppure si ponga come semplice elemento di ordine temporale, volto a differire nel tempo l'effetto negoziale tipico<sup>7</sup>. E' in questa logica, infatti, che si muove, da tempo, la Suprema Corte, la quale, seguendo il noto pentalogico elaborato nel 1971 e più volte ribadito<sup>8</sup>, afferma che, ai fini

Milano, 2010, p. 25 ss.

<sup>6</sup> R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 147.

<sup>7</sup> A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p.44 ss.

<sup>8</sup> Cass. 29 luglio 1971 n°2404, in *Giust. civ.* 1971, I, p. 1536; Cass. 16 febbraio 1995 n° 1683, in *Giust. civ.* 1995, I, p. 1501; Cass. 9 maggio 2000, n° 5870, in *Riv. not.* 2001, p. 227; Cass. 1 ottobre 2003 n°14590 cit.; Cass. 3 marzo 2009 n°5119 cit., Cass. 19 novembre 2009 n°24450 in *De iure*; Cass. 12 febbraio 2010 n°3345, in *Dir. giust.* 2010, le quali hanno chiarito che per stabilire se una determinata convenzione rientri nell'ambito del divieto di cui all'art. 458 c.c. occorre accertare se: 1) il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione; 3) il

della invalidità delle convenzioni successorie, è necessario tener presente se il “*convenuto trasferimento dal promittente al promissario abbia avuto luogo mortis causa*”, ossia – riprendendo una terminologia largamente usata in dottrina – se il contratto sia funzionalmente caratterizzato dall’essere stato stipulato in vista della morte ed abbia avuto come unico scopo quello di fissare la sorte dei beni relitti, poiché è solo in questi casi che il decesso del disponente costituisce il fattore in forza del quale l’effetto giuridico si produce e senza il quale, invece, esso non si potrebbe realizzare<sup>9</sup>.

Tale criterio, peraltro, sebbene netto e chiaro da un punto di vista logico-concettuale, necessita, però, di alcune precisazioni sul piano pratico applicativo. E’ necessario, cioè, che lo stesso venga integrato da alcuni significativi indici, tipici delle attribuzioni *mortis causa*, che possono trarsi sia dagli ormai aboliti istituti del lucro dotale e della comunione *de residuo*, sia dalle esperienze europee che ammettono i patti successorii in termini generali o in via di eccezione.

Da tale indagine emerge che il contratto successorio è caratterizzato essenzialmente: a) dalla sopravvivenza del beneficiario al disponente; b) dall’avere ad oggetto beni che si individuano nella loro esistenza e consistenza quantitativa e qualitativa al momento dell’apertura della successione (c.d. attribuzioni *de residuo*); c) dall’intrasmissibilità a terzi della situazione soggettiva di cui il beneficiario è divenuto titolare; d) dalla revocabilità dell’atto, visto che in tal caso, essendo il *de cuius* libero di neutralizzare *ad libitum suum* gli effetti del negozio, l’attribuzione, in concreto, diviene stabile e definitiva nei suoi elementi soggettivi e oggettivi solo dopo la morte del disponente.

Ragionando in questa prospettiva, si comprende allora perché non condivisibili appaiono le pronunzie della Suprema Corte che incentrano la distinzione tra negozi *mortis causa* e negozi *post mortem* su criteri diversi, quali, ad esempio, la gratuità o onerosità dell’attribuzione. Emblematici, da questo punto di vista, sono le sentenze pronunziate in tema di clausole di consolidazione, le quali ultime sono state considerate valide se prevedevano la liquidazione della quota del socio defunto agli eredi, mentre sono state dichiarate nulle se stipulate a titolo gratuito. Il che rende evidente come in tal modo la giurisprudenza tenda a tutelare non già il libero, spontaneo ed effettivo intento del disponente, ma interessi di soggetti diversi, quali quelli dei legittimari a non veder lesa la loro quota di riserva, attribuendo al divieto posto dall’art. 458 c.c. una funzione e un ambito di operatività che non gli

promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi, così, dello *jus poenitendi*; 4) l’acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato.

<sup>9</sup> M.V. DE GIORGI, *I Patti sulle successioni future*, Napoli 1978, p. 69 ss.

competono, visto che i predetti interessi trovano già la loro garanzia giuridica in altre e diverse disposizioni normative.

E, tuttavia, tali oscillazioni giurisprudenziali non valgono certo a ridimensionare la lunga e preziosa opera svolta in ordine alla rigorosa delimitazione dell'area applicativa del divieto dei patti istitutivi, sia in relazione alla proficua elaborazione delle forme convenzionali di pianificazione del proprio patrimonio *post mortem*, e dunque a ridimensionare il significativo ampliamento quantitativo e qualitativo dello spazio riservato all'autonomia negoziale, che ha consentito alle parti una più adeguata soddisfazione dei loro specifici interessi programmati nella singola e concreta operazione contrattuale.

4. L'ordine pubblico del foro ex art. 35 Regolamento UE 650/2012. Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza.

A fronte dei risultati riassuntivamente illustrati cui sono pervenuti la dottrina e giurisprudenza prevalenti, diretti a circoscrivere in modo preciso e rigoroso l'ambito del divieto della successione *ex contractu*, il Regolamento comunitario 650/2012, per contro, contiene una definizione di patto successorio molto ampia, riferendosi a tutti gli accordi a causa di morte, anche derivanti da testamenti reciproci, diretti a modificare, revocare con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di uno o più contraenti (v. art 3 comma 1). Cosicché, mentre rimangono esclusi dalla sua sfera applicativa i contratti ad effetti *post mortem* che – si è detto – sono atti *inter vivos* e come tali continuano ad essere validi ed efficaci; sono invece espressamente inclusi, e come tali potranno trovare attuazione nei Paesi membri, tutti gli accordi *mortis causa*, compresi i testamenti congiuntivi nelle loro diverse forme di testamenti reciproci o collettivi, considerati validi ai sensi del citato Regolamento, purché non risultino “*manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico del foro*”<sup>10</sup>.

E' evidente, dunque, la stretta relazione che il Regolamento istituisce tra il divieto dei patti successori e i principi di ordine pubblico e la conseguente necessità per l'interprete di riflettere attentamente sull'individuazione e sull'operatività di siffatti principi. E' noto, infatti, che la dottrina-internazional privatistica e la giurisprudenza, da tempo, tendono a distinguere l'ordine pubblico interno – costituito dai principi fondanti l'intero nostro assetto ordinamentale in un determinato momento storico – dall'ordine pubblico internazionale, ritenendo che l'ordine pubblico richiamato dalle norme di diritto internazionale privato si

<sup>10</sup> L'art. 35 reg. stabilisce “*L'applicazione di una disposizione 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.*”

identifichi con “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”<sup>11</sup>.

Conseguentemente, muovendo dal presupposto che sussistano due diverse nozioni di ordine pubblico, una più ampia e dettagliata (ordine pubblico interno) e l’altra più ristretta e limitata (ordine pubblico internazionale), parte della dottrina afferma che la *ratio* fondante il divieto dei patti successori istitutivi non possa considerarsi in contrasto con l’ordine pubblico internazionale. Questo perché non solo in molti Stati europei tale proibizione non esiste (Germania) o è stata mitigata (Francia) o eliminata (Spagna), ma anche perché, pure in Italia, essa è avvertita come non più attuale, avendo perso, nel tempo, il valore e la centralità che aveva all’epoca in cui è stata introdotta nel codice civile<sup>12</sup>.

Viceversa, molto più articolata e complessa è la soluzione prospettata da chi ritiene che l’ordine pubblico richiamato dal Regolamento U.E. 650/2012 si identifichi con l’ordine pubblico interno, così come induce a pensare la stessa formulazione letterale dell’art. 35, nonché l’esame dei lavori della Commissione che ha predisposto ed esaminato il libro verde sulle successioni e i testamenti, presentato in occasione del nuovo programma dell’Aia approvato dal Consiglio europeo nel novembre 2004<sup>13</sup>.

Se si ragiona in quest’ottica, è dato rilevare allora come il citato art. 35, a differenza di molti altri testi di diritto internazionale privato, che richiamano l’ordine pubblico *tout court* senza specificazione alcuna, faccia espresso riferimento “all’ordine pubblico del foro” proprio per significare che la validità e l’efficacia dei patti successori nei diversi Paesi membri non può che dipendere dalla loro conformità o meno ai principi fondanti i singoli ordinamenti nazionali. Ciò in virtù dell’acquisita consapevolezza da parte del legislatore comunitario 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.

<sup>11</sup> La definizione è ripresa da Cass. 22 agosto 2013 n. 19405, in *De Iure*.

<sup>12</sup> E.CALÒ, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 37 ss.

<sup>13</sup> A ciò si aggiunga che il Consiglio europeo nel c.d. programma Stoccolma, adottato il 10-11 dicembre 2009 e richiamato dal considerando n. 6 del Regolamento U.E. 650/2012, nell’estendere il riconoscimento reciproco a materie non ancora contemplate e che tuttavia rivestono un ruolo centrale nella vita delle persone, quali successioni e testamenti, ha sottolineato l’esigenza di tener conto delle peculiarità degli ordinamenti degli Stati membri e in particolare “dell’ordine pubblico e delle tradizioni nazionali”.

E tuttavia, anche secondo questo orientamento, il Giudice nazionale, in presenza di un patto successorio con elementi di estraneità, dovrebbe riconoscere la sua validità ed efficacia, visto che la *ratio* su cui si fonda il divieto della successione *ex contractu* nel nostro sistema si spira a motivazioni prive di alcun riferimento costituzionale e ormai divenute anacronistiche.

5. (Segue). Considerazioni critiche.

Entrambi gli indirizzi esposti, giungendo a soluzioni rigide e astratte, appaiono nondimeno fonte di dubbi e perplessità per almeno un duplice ordine di ragioni.

In realtà, con riguardo al primo indirizzo è dato rilevare come la prospettata distinzione tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno debba oggi essere rivista alla luce del mutato sistema delle fonti. Attualmente, infatti, non sembra che si possa continuare a considerare le predette nozioni come due cerchi concentrici con un contenuto qualitativamente e quantitativamente diverso, nel più piccolo dei quali si collocherebbe l'ordine pubblico internazionale – il quale si porrebbe come limite di natura eccezionale destinato a operare in modo meno rigoroso e in un ambito più ristretto perché diretto a impedire esclusivamente l'applicazione delle norme o delle sentenze straniere – e in quello più grande l'ordine pubblico interno, che sarebbe deputato invece a circoscrivere il solo potere di autonomia privata.<sup>14</sup> L'ordine pubblico, infatti, allorquando opera come limite all'efficacia delle norme o delle sentenze straniere che riconoscono la validità di fattispecie che presentano elementi di estraneità ai sensi dell'art. 35 del citato Regolamento, richiede pur sempre che la fonte dalla quale il principio si ricava sia stata comunque recepita o ratificata dal legislatore dello Stato nazionale, di guisa che il principio possa ritenersi entrato a far parte dell'ordinamento nel quale è chiamato ad operare<sup>15</sup>. Cosicché, anche i c.d. principi di ordine pubblico internazionale – diretti proteggere i valori di portata universale, quali la libertà individuale, la dignità, l'uguaglianza sociale e, in genere, tutti gli altri diritti della persona umana comuni alle nazioni che hanno raggiunto un certo livello di civiltà – si individuano non già con riferimento ad un diverso ordinamento, quale sarebbe quello internazionale, ma con riguardo all'unico e unitario sistema ordinamentale, che è quello nazionale. Il che spiega perché l'ordine pubblico, concretizzandosi nella sintesi dei principi di diritto, interno, europeo e internazionale propri del singolo Paese membro, anche in questi casi, mantenga inalterate le sue caratteristiche qualitative<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> T. BALLARINO, *Diritto Internazionale privato*, Padova, 2001, p. 32 ss.

<sup>15</sup> N. PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974, p. 21 ss.

<sup>16</sup> P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

Non solo, ma se si ragiona in questa logica si comprende perché anche la nozione di ordine pubblico comunitario, di recente coniata per dare autonomo rilievo ai principi che formano la ragion d'essere dell'Unione Europea e l'appartenenza ad essa degli Stati<sup>17</sup>, rientri, quale parte integrante e qualificante, nel medesimo concetto di ordine pubblico, il quale comprende oggi tutto il sistema dei principi fondanti e dei valori che ispirano l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Principi che, in questo momento storico, si desumono non soltanto dalla Costituzione e dalle norme inderogabili sulle quali si fondano i più importanti istituti giuridici che caratterizzano il nostro sistema, ma anche dalle Convenzioni, dalle Carte dei diritti e dai Trattati internazionali recepiti dal legislatore nazionale. E' solo se si ha riguardo a tutte le predette fonti, infatti, che si possono individuare i valori che caratterizzano la nostra comunità nazionale in questo momento storico, conferendole una ben individuata fisionomia di cui la stessa nozione di ordine pubblico non può che essere espressione.

Del resto, proprio la dottrina privatistica ha di recente osservato come il concetto di ordine pubblico internazionale si ricavi sia dalle norme di matrice interna, sia da quelle che, pur derivando da un fonte internazionale o europea, costituiscono comunque "parte integrante e sostanziale del nostro ordinamento", di guisa che esso rimane sempre un concetto di diritto interno<sup>18</sup>. Di qui le riserve sulla distinzione tra le due predette nozioni, e la difficoltà di concepire una diversa inderogabilità dei principi di ordine pubblico a seconda della connessione più o meno stretta che la fattispecie di riferimento presenta con l'ordinamento nazionale. Anche perché è evidente che, ove si volesse far discendere l'operatività dei principi fondamentali di un determinato ordinamento dal legame più o meno diretto e intenso esistente tra esso e la fattispecie concreta – e dunque si intendesse affermare l'esistenza di un ordine pubblico "attenuato" in presenza di atti con evidenti elementi estraneità e di un ordine pubblico più accentuato in fattispecie caratterizzate da un' intrinseca e più immediata interrelazione con un dato sistema – si creerebbe una, inevitabile, significativa alterazione degli istituti fondamentali della *lex fori*. Si determinerebbe, cioè, da parte dello Stato nazionale, un'evidente compromissione della propria armonia interna, con conseguente introduzione di valori diversi e contrastanti con quelli ritenuti dallo Stato stesso fondanti e caratterizzanti i più importanti istituti giuridici.

Si spiega in tal modo perché l'ordine pubblico sia là dove miri ad impedire l'applicazione di norme straniere o di sentenze pronunziate al di fuori del territorio nazionale, sia nel caso in cui sia diretto a circoscrivere la validità degli atti di

<sup>17</sup> O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 323 ss.

<sup>18</sup> V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 198 ss.

autonoma privata dotati di un intrinseco valore precettivo, anche se geneticamente estranei alla volontà dello Stato nazionale, svolga una funzione sostanzialmente analoga: evitare la lesione degli interessi e degli istituti fondamentali dello Stato, mantenendo l'integrità e la coerenza dell'ordinamento del foro. Il che peraltro non significa che la nozione di ordine pubblico rivesta un valore assoluto e assuma il medesimo contenuto in tutti settori dell'ordinamento nei quali è chiamata ad operare. Essa infatti – si è detto – ha un contenuto complesso e articolato che si specifica in maniera differenziata nei singoli ambiti nei quali è chiamata ad operare, sulla base delle peculiarità che riveste la materia interessata dalla fattispecie.

In secondo luogo, qualche precisazione merita anche il diverso indirizzo che, pur identificando l'ordine pubblico del foro di cui all'art. 35 del menzionato Regolamento con l'ordine pubblico interno, afferma, in termini generali e astratti, la validità dei contratti successori, ritenendo che la loro *ratio* sia priva di alcun riferimento costituzionale e si basi su motivazioni anacronistiche in nessun modo riconducibili all'attuale nozione di ordine pubblico.

A tal riguardo, è dato infatti osservare che se è vero che i principi di ordine pubblico sono relativi e storicamente mutevoli, e dunque, attualmente, sono certamente diversi da quelli che caratterizzavano il sistema successorio all'epoca dell'entrata in vigore del codice civile, è altresì indubbio che la *ratio* sottesa al divieto dei patti istitutivi costituisce espressione di un principio (libertà del *de cuius* di disporre secondo il suo spontaneo, effettivo e reale volere) che ancora oggi continua ad organizzare, in modo sistematico, un insieme di norme inderogabili che interessano tutto il regime delle forme di circolazione dei beni *mortis causa*. Ciò anche se il predetto principio non abbia un fondamento costituzionale, dal momento che la bipartizione di cui all'art. 42 Cost. tra legge e testamento indica non già l'esclusione del contratto dalle fonti di delazione ereditaria, bensì una riserva di legge tesa ad impedire che il legislatore ordinario o una norma straniera possano escludere la vocazione legittima o quella volontaria ai fini della trasmissione della ricchezza *mortis causa*.

In questo senso, del resto, sembra muoversi anche la Suprema Corte, la quale ha più volte ribadito che il divieto dei patti istitutivi è diretto a tutelare “il principio fondamentale – e quindi di ordine pubblico – della libertà del testatore di disporre liberamente dei propri beni fino alla sua morte”<sup>19</sup>. Così implicitamente considerando l'art. 458 c.c. quale espressione di un più ampio e generale principio ordinante l'intero sistema di circolazione dei beni ereditari, tutelato e protetto attraverso un articolato sistema di norme proibitive, dirette ad assicurare la sua interna, intrinseca, coerenza.

<sup>19</sup> Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, e già Cass. 14 luglio 1983 n. 4827.

Né, per dimostrare che la libertà di testare sia estranea agli attuali principi di ordine pubblico potrebbero utilmente invocarsi le previsioni normative di cui agli artt. 768 *bis* ss c.c., sostenendo che, tramite esse è stata introdotta nel nostro sistema, seppur in maniera circoscritta e ben delineata, la successione *ex contractu*. Il patto di famiglia, infatti, si concretizza in un contratto non già a causa di morte, ma *inter vivos* ad effetti *post mortem*, che, come tale, rimane estraneo all'ambito di operatività del Regolamento. Esso, infatti, là dove differisca il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali possedute dal titolare alla morte dell'imprenditore, nessuna deroga introduce al divieto dei patti istitutivi, poiché sia i soggetti che l'oggetto dell'attribuzione risultano stabilmente e definitivamente identificati già prima dell'apertura della successione, di guisa che il patto è pur sempre qualificabile come un valido negozio *inter vivos* ad effetti *post mortem*.

#### 6. Conclusioni.

L'aver ricondotto la *ratio* del divieto dei patti istitutivi nell'ambito dei principi fondamentali del nostro sistema successorio non implica, peraltro, che il Giudice nazionale, dinanzi ad un accordo *mortis causa* caratterizzato da elementi estraneità, debba sempre e comunque dichiararlo invalido ed inefficace. In detti casi, infatti, compito dell'interprete è non già quello di esprimere un giudizio astratto e di principio sulla specifica disposizione applicabile alla singola fattispecie concreta, secondo un procedimento puramente sillogistico, ma di effettuare una valutazione, in concreto, degli effetti ovvero del risultato che l'applicazione della normativa straniera determina nel nostro sistema ordinamentale. Così, ad esempio, all'esito della comparazione tra i molteplici principi in astratto riferibili alla singola operazione negoziale, tenuto conto delle regole di interpretazione uniforme proprie degli Stati membri, il Giudice italiano potrà riconoscere validità ed efficacia al patto successorio con elementi di estraneità là dove lo stesso sia diretto a realizzare valori costituzionalmente rilevanti e preminenti rispetto a quelli che stanno alla base della proibizione della successione *ex contractu*, quali, ad esempio, la continuità dell'attività di impresa, ovvero la protezione di persone disabili o la cui salute sia gravemente compromessa.

La prospettazione di siffatta duttile e articolata soluzione, che mira a valutare “gli interessi e valori normativi coinvolti, coniugandoli e bilanciandoli con ragionevolezza”<sup>20</sup> si rende possibile, d'altronde, proprio perché i principi di ordine pubblico, costituendo un 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

<sup>20</sup> G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p.116.

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.

In realtà, la funzione delle norme di ordine pubblico sembra essere proprio quella di consentire esiti applicativi differenziati, rimettendo la decisione sulla validità e l'efficacia delle fattispecie con elementi di estraneità al potere discrezionale del Giudice del singolo Stato, il quale non viola alcun impegno derivante dalle norme di diritto internazionale privato uniforme se il modo attraverso cui individua il diritto materiale applicabile sia conforme al principio di ragionevolezza. Se, cioè, all'esito della comparazione tra i molteplici interessi coinvolti nella singola fattispecie, riterrà la disciplina dettata dalla normativa straniera non applicabile perché attuativa di valori incompatibili o in concreto soccombenti rispetto a quelli che stanno alla base dell'art. 458 c.c. Infatti, il principio dell'interpretazione uniforme, secondo il quale le convenzioni e i regolamenti dovrebbero essere interpretati e applicati in modo omogeneo in tutti gli Stati membri, non è assoluto, dal momento che le convenzioni e i regolamenti comunitari non costituiscono sistemi normativi autosufficienti, ma sono parte integrante di una nozione unica ed unitaria di ordinamento.

Conseguentemente, compito dell'interprete dinanzi ad un patto successorio istitutivo che presenti elementi di estraneità sarà quello non già di ignorare la clausola di ordine pubblico del foro di cui al citato art. 35, in ossequio ad una indiscriminata tendenza all'uniformazione, né di applicarla con semplicistica e imponderata frequenza, ma di procedere, piuttosto, al predetto bilanciamento di interessi in modo da individuare la soluzione più congrua e coerente con tutti i principi e i valori che oggi costituiscono il nostro articolato, complesso, ma pur sempre unitario, sistema ordinamentale.

#### NOTE BIBLIOGRAFICHE

- BALLARINO T., *Diritto Internazionale privato*, Padova, 2001.  
BARBA V., *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015; *Id. I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.* 2015.  
BIGLIAZZI – GERI L., *Il testamento*, Milano, 1976.  
BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014.  
CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. succ. donaz.* Rescigno, (coord. da Ieva), Milano, 2010.  
CALVO R. – PERLINGIERI G., (a cura di) *Diritto delle successioni*, Napoli 2008.  
CALÒ E. *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.  
DAMASCELLI D., *I criteri di collegamento impiegati dal Regolamento Ue n.*

650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte, in Franzina e Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milano, 2013.

DE GIORGI M.V., *I Patti sulle successioni future*, Napoli 1978.

DEL PRATO E., *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, *Riv. not.*, 2001.

FERACI O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

FERRI G.B., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss.

GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954; Id. voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1960, p. 233.

LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.* 1967, p. 641.

PADOVINI F. *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990; *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1007 ss.

PALAIÀ N., *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974.

PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; Id. *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Ius*, 1997; Id. *Le successioni*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 2000.

PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 146 ss; *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI P., *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009; Id. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; Id. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

PUTORTÌ V., *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001; Id. *I Contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.* 2012, p. 768 ss.

RESCIGNO P., *La successione a titolo universale e particolare*, in *Tratt. succ. donaz. Rescigno*, (coord. da M.Ieva), Milano 2010.

TRAISCI F.P., *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo della successioni*, Napoli, 2014.

ZOPPINI A., *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in "forma indiretta"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1103 ss.