

## Indice del 3° numero

### SAGGI

- 621 ARIANNA ALPINI, Esercizio congiunto della prelazione nella c.d. vendita in blocco
- 635 ANNA LASSO, La solidarietà nella destinazione patrimoniale
- 667 ANDREA LEPORE, Prescrizione, decadenza e «giusto rimedio»
- 712 FRANCESCO LONGOBUCCO, Profili evolutivi del principio *fraus omnia corrumpit* tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzi»
- 738 ROBERTA MONGILLO, Provvedimenti sanzionatori dell'Autorità *antitrust* e applicabilità dell'art. 6 CEDU: necessità di un adeguato controllo da parte di "*organes judiciaires de pleine jurisdiction*"
- 768 VINCENZO PUTORTÍ, I contratti *post mortem*
- 808 MADDALENA SEMERARO, «Regolazione» del «mercato»: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)
- 830 VINCENZO VERDICCHIO, Il mutuo dissenso di contratto a effetti reali (con particolare riferimento alla donazione)

### COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 872 DANILA DI BENEDETTO, Il procedimento acquisitivo della proprietà degli alloggi in cooperative edilizie e le ragioni familiari
- 909 MARCO ANGELONE, Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica

### OSSERVATORIO LEGISLATIVO

- 932 BARBARA MASTROPIETRO, La trascrizione degli atti costitutivi di vincoli pubblici

### CRONACHE E ATTUALITÀ

- 952 PIETRO PERLINGIERI, Gli scritti di Vincenzo Panuccio
- 956 PIETRO RESCIGNO, L'ultima regola delle preleggi

### RECENSIONI

- 962 ARIANNA ALPINI, La prelazione nelle comunioni [FERDINANDO PARENTE]
- 965 ACHILLE ANTONIO CARRABBA, Donazioni [FRANCESCO ROSSI]

## I contratti *post mortem*\*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del sistema successorio e l'attuale valenza dell'art. 458 c.c. – 2. La *ratio* del divieto dei patti successori dispositivi e rinunziativi. – 3. *Segue*. Le ragioni sottese alla proibizione dei patti istitutivi. – 4. I criteri fondanti la dicotomia negozi *post mortem* - negozi *mortis causa*. – 5. Le forme di trasmissione della ricchezza alternative al testamento: il patto di famiglia. – 6. Il *family buy out*. – 7. Le clausole statutarie di trasmissione delle partecipazioni sociali. – 8. Il mandato *post mortem*, il negozio fiduciario ed il contratto a favore di terzo. – 9. Il *trust*. – 10. La donazione *si praemoriar, cum moriar* e le clausole c.dd. di accrescimento. – 11. Conclusioni.

1. Il tema dei contratti *post mortem* induce innanzitutto ad una riflessione di carattere generale. Esso dimostra come possa considerarsi ormai superata la diffusa opinione secondo la quale la permanenza del divieto dei patti successori varrebbe a dimostrare che il diritto ereditario sia il settore del diritto civile piú ancorato a vecchi schemi e refrattario ai rinnovamenti<sup>1</sup>. Proprio le forme convenzionali di devoluzione della ricchezza *post mortem*, attraverso istituti che si pongono quale valida ed efficace alternativa al negozio testamentario<sup>2</sup>, evidenziano infatti quanto proficua e,

\* Il testo, con l'aggiunta delle note, riproduce la relazione tenuta al Convegno «Il trasferimento della ricchezza tra contratto e testamento», svoltosi a Lecce il 24 febbraio 2012 ed organizzato dall'Università del Salento.

<sup>1</sup> Tra coloro che ritengono che la permanenza del divieto dei patti successori dimostri che il diritto ereditario sia il settore del diritto civile poco sensibile ad adattarsi ai mutamenti della realtà socio-economica, vedi: P. SCHLESINGER, *Successione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 748; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 90; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, p. 4 ss.

<sup>2</sup> Il declino dell'istituto testamentario e la conseguente devoluzione della ricchezza attraverso istituti che si prestano a fungere da valida alternativa al negozio testamentario è stata sottolineata nel mio precedente lavoro V. PUTORTÍ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 163 ss. Piú di recente, vedi G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 146 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemoriar al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 303 ss.; F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1007 ss.; M. DI MARZIO, *Il testamento ed i negozi trasmorte dal punto di vista*

seppur non rapidissima, sia stata l'evoluzione del sistema successorio<sup>3</sup>, grazie ai decisivi contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>4</sup> che, ancor prima della novella del 2006 sul patto di famiglia, hanno circoscritto con rigore gli attuali confini di operatività del divieto posto dall'art. 458 c.c., leggendolo in combinato disposto con il principio di autonomia negoziale.

Si pensi agli strumenti alternativi al testamento idonei a soddisfare le esigenze economiche dei processi produttivi, sottraendo all'applicazione delle tradizionali regole successorie la scelta dei soggetti che maggiormente garantiscono la continuità dell'attività di impresa, che si pone, attualmente, come valore certamente da tutelare<sup>5</sup>. Strumenti, cioè, in grado di permettere una programmazione nella successione dell'impresa che prevenga le future difficoltà derivanti dall'incapacità gestionale degli eredi o dalla loro non infrequente litigiosità. Il riferimento, oltre al patto di famiglia, è, ad esempio, alle clausole societarie di riscatto, di continuazione e di successione, al *leveraged buy out*, spesso attuato, nel nostro sistema, nella forma del *family buy out*, visto l'alto numero di imprese familiari presenti nel mercato italiano, al *trust*, al contratto a favore di terzi, al mandato *post mortem* e al negozio fiduciario, alla donazione *si praemortis* e *cum mortis*, alla donazione o alla vendita con riserva di usufrutto congiuntivo.

E, tuttavia, la proficua elaborazione delle forme di trasmissione in via convenzionale dei beni *post mortem*, spesso programmata in funzione di

*dell'anziano*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2295 ss.; A. MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 1158 ss.; F. PARENTE, *Le disposizioni in «forma indiretta» connesse alla morte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 107 ss.; G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1905.

<sup>3</sup> R. CALVO e G. PERLINGIERI, *Prefazione*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, p. VII, rilevano come il diritto successorio, pur progredito e modificato, sia stato per lungo tempo considerato un sistema a sé, con inevitabili conseguenze negative nelle soluzioni dottrinali e giurisprudenziali; mentre oggi si è sempre più sensibili nell'interpretare gli istituti successori con i quali si attua la trasmissione della ricchezza *post mortem* in una prospettiva di tipo assiologico, tesa a valorizzare la persona umana secondo criteri di giustizia sostanziale.

<sup>4</sup> Il mutamento, seppur non rapido, del sistema successorio in seguito all'evolversi delle condizioni politiche, sociali ed economiche, è stata da tempo sottolineata da: P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 272 ss.; ID., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 15 ss.; V. SCALISI, *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 137 ss.

<sup>5</sup> La dottrina (R. CALVO e G. PERLINGIERI, *Prefazione*, cit., p. VII) ha infatti evidenziato come il diritto successorio tenda sempre più ad allontanarsi dal modello codicistico per uniformarsi alla legalità costituzionale e comunitaria, assumendo il ruolo di strumento di circolazione della ricchezza teso a realizzare «gli obiettivi e i valori segnati dalle nozioni costituzionali della proprietà e dell'impresa».

un ricambio generazionale nella titolarità della ricchezza, se, da un lato, dimostra come il sistema successorio abbia una sua specifica vitalità<sup>6</sup> e solleciti sempre più uno studio funzionale e sistematico che, senza intaccarne l'intrinseca coerenza, sappia garantire, in concreto, un corretto bilanciamento ed una valutazione comparativa dei molteplici interessi in esso implicati<sup>7</sup>; dall'altro, non deve indurre, però, a ritenere che il divieto dei patti successorii risulti tacitamente abrogato, oppure non rivesta più alcuna valenza significativa<sup>8</sup>.

2. Partendo dai risultati cui sono pervenuti dottrina e giurisprudenza in tema di contratti *post mortem*, preme porre in rilievo, in primo luogo, come essi impongano una lettura destrutturata dell'art. 458 c.c., ossia orientata a distinguere la varie fattispecie e le diverse ragioni che stanno alla base del divieto dei patti successorii istitutivi, dispositivi e rinunziativi. In tal modo superando definitivamente le opinioni che, muovendo dalla formulazione del predetto testo normativo – che ravvisa nell'appartenenza dei beni ad una futura successione il minimo comune denominatore di tutte e tre le tipologie di patti – avevano individuato per essi una medesima *ratio*, costituita dal *votum corvinum* o *captandae mortis*, o dal rischio che il futuro erede possa compiere atti di prodigalità<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, in *Tratt. dir. succ.* Bonilini, III, Milano, 2009, p. 635.

<sup>7</sup> G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 146 ss., che rileva come la *ratio* sottesa al patto di famiglia sia articolata e complessa, dovendosi ricondurre, da un lato, all'esigenza di garantire la continuità d'impresa, evitando che il passaggio generazionale della stessa determini un'eccessiva frammentazione del controllo e della gestione aziendale, con inevitabili riflessi negativi sull'efficienza del mercato e dell'ordine pubblico; dall'altro, alle istanze di solidarietà familiare sottese alla tutela dei legittimari.

<sup>8</sup> Per un'analisi storica dell'istituto e degli scopi che il legislatore del '42 e quello del 1865 hanno inteso perseguire tramite tale divieto, vedi: M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1978, p. 3 ss.; ID., *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 533; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successorii*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Napoli, 1994, p. 48; R. LENZI, *Il problema dei patti successorii tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1216; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 6 ss.; ID., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successorii per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita not.*, 1993, p. 1228 ss.; ID., *Le successioni*, I, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1996, p. 45 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 44; ID., *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1960, p. 233; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1139 ss.; ID., *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero dei tentativi di rimediare a ipotesi di mal-funzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)*, *ivi*, 2009, p. 1081 ss.

<sup>9</sup> A. LISERRE, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, V, Torino, 1982, p. 40. Un richiamo, sia pure generico, a ragioni di ordine morale viene effettuato da N. COVIELLO e L. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1932, p. 78. Altra dottrina,

Si è infatti dimostrato come il citato divieto richieda una lettura articolata, poiché i patti successori sottendono esigenze diverse e implicano problemi differenti<sup>10</sup>. Tant'è vero che mentre i patti istitutivi sono atti a causa di morte e sono proibiti per ragioni che hanno un'intrinseca valenza sistematica, attinente alle forme di vocazione ereditaria; gli altri sono vietati, invece, in virtù di una scelta normativa che si fonda su motivazioni affatto differenti<sup>11</sup>, dal momento che sono negozi *inter vivos*<sup>12</sup> ed interferiscono con il fenomeno degli atti di disposizione di beni futuri e altrui<sup>13</sup>.

Non solo, ma è dato osservare che sia il testamento che gli accordi *post mortem*, espressamente previsti dal legislatore, ben possono esporre il disponente al rischio del *votum captandae mortis* da parte di coloro che sono stati istituiti eredi o legatari o che risultano essere i beneficiari delle attribuzioni convenzionalmente predisposte<sup>14</sup>. Infatti, nei più recenti progetti di legge si evidenzia come sia proprio la presenza di determinati schemi contrattuali, utilizzabili dal disponente per rinviare all'epoca in cui avrà cessato di vivere l'attribuzione patrimoniale, unitamente alla mutata coscienza civile, che considera la paura del *votum corvinum* come un re-taggio di convinzioni ormai superate, a far ritenere maturi i tempi per una modifica dell'art. 458 c.c.<sup>15</sup>.

invece, individua in tale esigenza la *ratio* del divieto dei soli patti successori dispositivi (G. GIAMPICCOLO, *o.u.c.*, p. 233); ovvero di questi e di quelli rinunziativi (R. LENZI, *o.c.*, p. 1216).

<sup>10</sup> A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, p. 453 ss.; R. CALVO, *I patti successori*, in ID. e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, cit., p. 60.

<sup>11</sup> Diversamente, L.C. SCORDO, *La tutela giuridica dell'acquirente di un bene proveniente da donazione: una proposta interpretativa*, in *Vita not.*, 2002, p. 139, secondo il quale anche il patto rinunziativo pregiudicherebbe la libertà di testare, in quanto il *de cuius*, di fronte ad una preventiva rinunzia, non potrebbe validamente disporre delle proprie sostanze a favore del rinunziante.

<sup>12</sup> Si noti che tali accordi non solo non richiedono la partecipazione dell'ereditando, ma presuppongono anche che l'eredità si devolva per legge o testamento secondo le regole ordinarie. L'adesione del *de cuius* al patto dispositivo, prevista dall'art. 1460 c.c. del 1865, è stata infatti considerata inopportuna dal legislatore del 1942, in quanto diretta a creare una sovrapposizione tra patti istitutivi e dispositivi, con ciò determinando una inutile duplicazione di cause di nullità.

<sup>13</sup> Questo aspetto si coglieva chiaramente nella formulazione dell'art. 1188 c.c. del 1865 che stabiliva: «Le cose future possono formare oggetto di contratto. Non si può rinunciare ad una successione non ancora aperta, né fare alcuna stipulazione attorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta, sia con terzi, quantunque intervenisse il consenso di esso». Segna che la norma dell'art. 458 c.c. rappresenta uno dei divieti cui fa rinvio la disposizione dell'art. 1348 c.c.

<sup>14</sup> G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, p. 19; G. RISPOLI, *Riflessioni in tema di patti successori*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1554; F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, p. 1411 ss.

<sup>15</sup> A. PALAZZO, *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità*

Tale modifica, nondimeno, dovrebbe tener conto che la *ratio* della proibizione dei patti dispositivi e rinunziativi va ravvisata nell'esigenza di garantire stabilità ai traffici giuridici. Di qui il divieto di tali convenzioni, visto la duplice incertezza che le caratterizza: soggettiva, da un lato (il disponente, infatti, dovrebbe essere istituito erede), e oggettiva, dall'altro (in quanto presuppone che i beni alienati dal presunto erede rimangano nel patrimonio del *de cuius* fino alla sua morte). Ragioni, queste, che, seppur maggiormente fondate rispetto a quelle in precedenza citate, potrebbero anch'esse ritenersi superabili per il fatto che i patti dispositivi, se posti in essere a titolo oneroso, potrebbero ricondursi alle previsioni normative dettate per la vendita di cosa altrui; mentre, ove assumano i caratteri delle liberalità donative, potrebbero comunque ritenersi sottratti al divieto posto dall'art. 771 c.c.<sup>16</sup>, visto che la sfera di incidenza di tale norma appare oggi limitata ai soli negozi aventi ad oggetto beni futuri.

In realtà, si è osservato come, superando una concezione soggettiva di bene futuro ed adottando una visione oggettiva di siffatta categoria concettuale, sia possibile distinguere la donazione di beni futuri da quella di beni altrui e così ricondurre quest'ultima tra le donazioni obbligatorie di cui all'art. 769 c.c. Il che permetterebbe sia di spiegare le ragioni che giustificano l'applicazione a tale ultima figura delle previsioni in tema di garanzia per evizione e del possibile possesso *ad usucapionem* da parte di colui che ha acquistato *a non domino*, sia di cogliere gli esatti confini di operatività della sanzione dettata dall'art. 771, comma 1, c.c.<sup>17</sup>.

*del testamento*, in *Jus*, 1997, p. 289 ss., il quale evidenzia come la proposta di modifica dell'art. 458 c.c. sia nel senso di abolire il divieto dei patti successori dispositivi e rinunziativi per motivi che vanno «al di là delle indicazioni espresse nella relazione al progetto di legge che considera soltanto il contratto a favore di terzi con effetti *post mortem*». Diversamente, C. CACCAVALE e F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 75 ss., i quali, seppur favorevoli all'abrogazione del divieto dei patti rinunziativi, manifestano dubbi e perplessità in ordine all'abrogazione della proibizione dei patti dispositivi.

<sup>16</sup> Numerosi sono peraltro gli autori che ancora oggi tendono ad estendere la portata del divieto posto dall'art. 771 c.c. alla donazione di cose altrui, ritenendo che l'espressione beni futuri si riferisca non solo alle entità che vengono ad esistenza *in rerum natura* successivamente alla conclusione del negozio, ma ai beni che non sono presenti nel patrimonio del donante [B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, IV, Torino, 1956, p. 172; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 412; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, II, cit., p. 196; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, Torino, 1982, p. 469, il quale rileva che è proprio rispetto alla *ratio* dell'art. 771 c.c., volta ad evitare liberalità avventate, che i beni altrui sono equiparabili ai beni futuri].

<sup>17</sup> R. LENZI, *Il problema dei patti successori*, cit., p. 1211; F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, p. 225 ss., che ipotizza, altresì, in una prospettiva *de iure condendo*, un profilo di illegittimità costituzionale del divieto di cui all'art. 771 c.c.

3. Particolarmente complessa e articolata è la ragione sottesa al divieto dei patti istitutivi. Essa appare funzionalmente collegata a tutto il sistema di circolazione della ricchezza *post mortem*<sup>18</sup> e non già si identifica esclusivamente con la *libertas testandi*; ossia con l'esigenza di garantire all'ereditando il potere di revocare *ad libitum suum* le disposizioni a causa di morte<sup>19</sup>. Infatti, se è indubbio che la libera revocabilità delle disposizioni *mortis causa* costituisce un principio fondamentale del nostro sistema successorio, che tende a salvaguardare pienamente la libera e spontanea determinazione volitiva dell'ereditando, è altrettanto vero, però, che, se per soddisfare tale esigenza fosse bastata 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.; divieto che fa da *pendant* alla tipizzazione delle fonti di delazione ereditaria, che individuano nel testamento l'unico strumento a disposizione dei privati per disporre delle loro sostanze per il tempo successivo alla loro morte<sup>20</sup>. Né, sotto questo profilo, si sarebbe potuto sostenere che tale previsione avrebbe determinato un inconciliabile contrasto con la natura contrattuale della disposizione, in quanto l'irrevocabilità del vincolo rappresenta una normale

<sup>18</sup> V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 9, rileva come, prima di ogni ipotesi di riforma del divieto dei patti successori, si dovrà procedere ad identificare «con precisione, e attentamente valutare nel loro pregio rispettivo, i diversi interessi» per poi stabilire quali fra essi potranno non essere più sacrificati «e quindi costruire le formule più idonee a tradurre normativamente questa selezione di interessi». Formule che implicheranno notevoli problemi di tecnica legislativa – ed in primo luogo – i rapporti gerarchici che si vorranno stabilire tra libertà e divieto. Si potrà infatti prevedere che «i patti successori sono in linea di principio ammessi, tranne alcune figure che rimangono ancora vietate o, all'inverso, potrà dirsi che i patti successori sono in linea di principio vietati, tranne alcune figure che in via di deoga si ammettono».

<sup>19</sup> A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi*, cit., p. 455; A. MUSTO, *Il profilo identitario*, cit., p. 1158 ss.; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 31 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 414; P. SCHLESINGER, *Successione*, cit., p. 752; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 28; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 533; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Riv. not.*, 1995, p. 559 ss., con nota di C. ACCAVALLE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*.

<sup>20</sup> Nella Relazione del Guardasigilli al Re Imperatore (n. 225) si legge: «Affermato nell'art. 2 [art. 457 c.c.] il principio fondamentale del nostro diritto successorio, secondo il quale due sono le forme di successione: la legale e la testamentaria, ho considerato di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della così detta successione pattizia o patto successorio». Sul tema vedi R. NICOLÒ, *Disposizione di beni mortis causa in forma «indiretta»*, in *Riv. not.*, 1967, p. 644; ID., *Atribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, p. 195 ss., e già in *Vita not.*, 1971, p. 147; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 222; L. BIGLIAZZI GERI, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim.*, 1962, p. 1218 ss.

e derogabile conseguenza della struttura bilaterale dell'atto di privata autonomia e, come tale, modificabile sia dall'autonomia privata (art. 1373 c.c.), sia – *a fortiori* – da specifiche disposizioni di legge.

Del resto, proprio la stretta relazione esistente tra la previsione normativa contenuta nell'art. 457 c.c. e la proibizione dei patti successori istitutivi<sup>21</sup>, induce a ricercare il fondamento teorico del divieto in ragioni ulteriori rispetto alla semplice revocabilità del patto; ad aver riguardo, cioè, non solo ai caratteri strutturali dell'atto *mortis causa* (revocabilità, formalità, unilateralità, unipersonalità e non recettizietà)<sup>22</sup>, ma anche al suo profilo dinamico-funzionale, perché solo così è possibile cogliere le reali ed effettive motivazioni che stanno alla base del divieto<sup>23</sup>.

In questa logica, in cui struttura e funzione costituiscono fattori imprescindibili del procedimento di qualificazione giuridica<sup>24</sup>, è dato ritenere

<sup>21</sup> V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 6, il quale osserva come sia difficile non leggere il divieto dei patti successori alla luce della norma fondante che lo precede e «più precisamente quale necessario presidio dello spazio e del ruolo da essa attribuiti al testamento, a sua volta eretto ad architrave dell'intero edificio delle successioni *mortis causa*». Riconoscendo all'art. 458 c.c. carattere integrativo rispetto alla norma precedente (art. 457 c.c.), che individua le fonti di devoluzione dell'eredità e non anche dei legati, si potrebbe essere indotti peraltro ad affermare che non rientrano nel divieto dei patti successori istitutivi le attribuzioni a titolo particolare. È, questa, tuttavia, una interpretazione che non può essere accolta perché l'art. 457 c.c., indicando quale fonte di vocazione dell'eredità il testamento, chiaramente si riferisce non solo all'istituzione di erede, ma anche ai legati, per cui è fondato ritenere che nell'ambito del divieto dei patti successori istitutivi rientrano tutti gli acquisti *mortis causa* siano essi a titolo universale o particolare.

<sup>22</sup> I predetti caratteri si desumono da una pluralità di norme, quali, ad esempio, quelle poste dagli artt. 679 ss. c.c. in tema di revoca, le disposizioni che disciplinano la rilevanza della violenza, del dolo e dell'errore (art. 624 c.c.) o del motivo illecito (art. 626 c.c.), le previsioni che sanciscono la nullità del testamento congiuntivo o reciproco o della condizione di reciprocità (artt. 589 e 635 c.c.) e le regole formali previste per i vari tipi di testamento, le quali ultime contribuiscono ad una maggiore «ponderatezza e libertà della volizione» nello stabilire il contenuto ed i beneficiari dell'atto. In questo senso vedi: V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 429 ss.; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, p. 277, il quale invita a rimeditare sulla forma olografa del testamento in quanto, vista la tarda età in cui il l'atto viene redatto, non sempre il suo contenuto corrisponde all'intento effettivo del testatore.

<sup>23</sup> F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, p. 223, che sottolinea come la tipicità del testamento, che è l'unico atto con cui i privati possono disporre dei loro beni per il tempo successivo alla morte, si ricavi proprio dalla peculiare disciplina ad esso riservata dal legislatore, che vale a contraddistinguerlo da ogni altro negozio (unilaterale o bilaterale) *inter vivos*.

<sup>24</sup> Per una lettura del diritto successorio in chiave funzionale, per lo più ignorata dalla letteratura giuridica che ha prediletto una lettura strutturale del fenomeno, vedi P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 131, il quale evidenzia come la struttura di un negozio costituisca non già un *prius*, ma una conseguenza degli effetti che il negozio in concreto realizza. Essa, pertanto, non può essere rigidamente predeterminata ed iden-



che la ragione fondativa del divieto dei patti istitutivi debba ravvisarsi in due distinte, complementari, esigenze: la libertà di testare, da un lato, e l'assenza di posizioni giuridicamente rilevanti in capo ai beneficiari, dall'altro, in quanto è solo in tal modo che si assicura al *de cuius* la possibilità di disporre secondo il suo libero, effettivo e reale volere<sup>25</sup>.

Effetto, questo, che non sarebbe raggiungibile, invece, attraverso la sola revocabilità *ad nutum*, poiché essa non escluderebbe 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 nell'atto dispositivo<sup>26</sup>, e dunque a generare, nel caso in cui vengano violate, una responsabilità in capo al disponente, a prescindere dalla natura *inter vivos* o *mortis causa* dell'atto. Aspettative che sono invece assenti nel testamento, il quale, *ante mortem*, deve considerarsi *tamquam non esset*. Tant'è vero che prima della morte del testatore nessuna posizione giuridica soggettiva sorge in capo ai beneficiari dell'atto e nessuna responsabilità può essere imputata al suo autore.

Deriva da ciò la peculiarità del negozio *mortis causa* e la sua idoneità a far sí che il *de cuius* possa disporre dei propri beni secondo il suo libero, reale ed effettivo volere, senza incontrare alcun limite nel vincolo che la convenzione crea con i beneficiari dell'attribuzione, e dunque senza che la revoca possa generare alcuna forma di responsabilità a suo carico<sup>27</sup>.

4. Sulla scia di tali sintetiche indicazioni, emerge come il criterio distintivo tra validità e invalidità delle convenzioni *post mortem* non possa incentrarsi sulla revocabilità del patto, ma vada ricercato in un diverso criterio; e precisamente nella diversa funzione svolta dall'evento morte nel-

tificata esclusivamente con il tipo negoziale, ma varia in funzione degli scopi che i soggetti intendono perseguire con l'atto di privata autonomia. Di qui la variabilità della struttura ed il suo parziale modellarsi all'iniziativa dei soggetti.

<sup>25</sup> C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 25 ss.; F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio*, cit., p. 1411 ss.

<sup>26</sup> La dottrina (G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 147 s.) ha infatti rilevato come gli obblighi derivanti dalla regola di buona fede non soltanto prescindano dalla volontà delle parti, ma interessino altresì l'intero arco della vicenda contrattuale: dalla sua genesi alla sua attuazione, assumendo rilievi diversi che riguardano sia il piano dell'atto che quello del rapporto.

<sup>27</sup> M. DI MARZIO, *Il testamento ed i negozi transmorte*, cit., p. 2295 ss. Si è osservato (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 168) infatti che la disciplina dei negozi unilaterali *inter vivos* non può dirsi diretta a garantire unicamente la volontà dell'autore del negozio, così come avviene, invece, negli atti a causa di morte, in cui le eventuali aspettative dei terzi che al testamento si ricollegano possono venire in considerazione e «mutuare tutela solo subordinatamente al fatto che l'atto si riconosca puntuale alla determinazione e all'intento effettivo dell'ereditando».

l'ambito della complessiva operazione negoziale, poiché occorre valutare se esso si ponga come causa dell'attribuzione o come semplice elemento di ordine temporale volto a differire nel tempo l'effetto negoziale tipico<sup>28</sup>.

Del resto, è in questa logica che va letta la dicotomia contratti *mortis causa*-contratti *post mortem*, fatta propria dalla Suprema Corte, che nel noto pentalogo elaborato nel 1971 e di recente ribadito, ha affermato che, ai fini della invalidità del patto, oltre alla irrevocabilità della disposizione, è necessario tener presente se il «convenuto trasferimento dal promittente al promissario, abbia luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato»<sup>29</sup>; e cioè – riprendendo una terminologia consolidata in dottrina – se il contratto sia funzionalmente caratterizzato dall'essere stipulato in vista della morte ed abbia come unico scopo quello di fissare la sorte dei beni relitti, in quanto 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 può realizzarsi. Mentre deve qualificarsi come valido negozio *post mortem* l'atto che, fin dal momento della sua conclu-

<sup>28</sup> La Suprema Corte ha chiarito che non realizza un patto successorio vietato, ma un valido negozio *inter vivos*, la convenzione con la quale il disponente si riconosce, sin dal giorno della stipulazione, debitore della controparte e differisce, dopo la sua morte, l'estinzione del debito riconosciuto, poiché, in questi casi, il decesso costituisce un termine di adempimento (Cass., 3 marzo 2009, n. 5119, in *www.dejure.giuffre.it*). Mentre ai fini dell'operatività del divieto di cui all'art. 458 c.c. è necessario un atto dispositivo della propria successione, di guisa che la morte del disponente non si traduca in una mera modalità dell'attribuzione (Cass., 1 ottobre 2003, n. 14590, *ivi*).

<sup>29</sup> Cass., 29 luglio 1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1536; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, cit.; Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, p. 227 ss., con nota di F. GAZZONI, *Patti successorii: conferma di un'erosione*; Cass., 1 ottobre 2003, n. 14590, cit.; Cass., 3 marzo 2009, n. 5119, cit.; Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2160, 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 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. Al riguardo è dato osservare, però, che se l'ultimo requisito è riferibile esclusivamente ai patti successorii istitutivi, che sono i soli ad avere natura di atti *mortis causa*, il primo, invece, non può che riguardare i patti dispositivi o rinunziativi, poiché l'istituzione contrattuale di erede o legatario è certamente anteriore all'apertura della successione. Il terzo requisito, invece, altro non rappresenta se non il riflesso della natura contrattuale del negozio; mentre il secondo ed il quarto sono tra loro speculari, giacché la circostanza che taluno disponga dei propri beni considerandoli parte di una successione non ancora aperta non può che presupporre la consapevolezza della sua futura qualità di erede.

sione, determina una modificazione immediata e stabile nelle sfere giuridiche delle parti contraenti o dei terzi destinatari dei suoi effetti diretti, attribuendo loro la titolarità di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti<sup>30</sup>.

È questo un criterio che, netto e chiaro da un punto di vista logico – concettuale, necessita però di alcune precisazioni sul piano pratico – applicativo. Precisazioni che possono essere formulate sulla base di taluni significativi indici che connotano le attribuzioni *mortis causa* e che possono trarsi dagli ormai aboliti istituti del lucro dotale, della comunione *de residuo* e dalle esperienze europee che ammettono i patti successori in termini generali o in via di eccezione<sup>31</sup>. Da tale indagine emerge infatti che il contratto *mortis causa* è caratterizzato essenzialmente dalla sopravvivenza del beneficiario al disponente, dall'aver ad oggetto beni che si individuano nella loro esistenza e consistenza quantitativa e qualitativa al momento dell'apertura della successione (c.dd. attribuzioni *de residuo*), dall'intrasmissibilità a terzi della situazione soggettiva di cui il beneficiario è divenuto titolare e dalla revocabilità dell'atto, dal momento che proprio tale elemento contribuisce ad attenuare sensibilmente l'attualità dell'attribuzione.

Piú precisamente, in presenza di una attribuzione liberamente revocabile, il disponente rimane pur sempre libero di neutralizzare *ad libitum*

<sup>30</sup> Così, quasi testualmente, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 168; R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 195.

<sup>31</sup> In Francia, ad esempio, si ritiene che ai fini dell'esistenza di un patto successorio è necessario: a) l'esistenza una convenzione che abbia ad oggetto beni suscettibili di far parte della successione di uno dei contraenti (patti istitutivi) o che si pensa di acquistare dalla successione di un terzo; b) che l'oggetto del negozio rientri in una successione non ancora aperta; c) che si realizzi una modificazione delle regole di diritto successorio concernenti le quote spettanti agli eredi necessari. Cfr. J.F. VOVIN, *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, Paris, 1967, p. 15 ss.; J. BOULANGER, *Pacte sur succession future*, in *Enc. jur. Dalloz*, Paris, 1965, p. 17; A. SERIAUX, *Les successions. Les libéralités*, Paris, 1986, p. 49 ss.; in giurisprudenza, vedi: Cass., 30 maggio 1985, in *Rec. Sirey*, 1986, p. 65. Parzialmente diversa è la disciplina che il sistema giuridico tedesco riserva all'*Erbvertrag*. Dal contratto successorio nasce infatti un vincolo obbligatorio che non può essere sciolto unilateralmente dal disponente, di guisa che il beneficiario diviene titolare di una situazione di «aspettativa» la quale, pur essendo intrasmissibile ai suoi eredi, dato il carattere personalissimo della disposizione, è assistita da una garanzia legale. Pertanto, se il bene oggetto dell'attribuzione viene distrutto, alienato a terzi o gravato di oneri, con l'intento di incidere negativamente sul futuro acquisto della controparte, quest'ultima (solo dopo la morte del promittente) ha il potere di agire per ottenere la surrogazione del valore al bene distrutto o far sí che gli eredi, in esecuzione dell'obbligazione su di loro incombente, gli procurino la proprietà della cosa alienata o liberata da pesi. M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 224 ss., secondo la quale i suddetti poteri, almeno in linea di principio, sarebbero da considerarsi eccezionali proprio perché il disponente «conserva integra la libertà di mutare, con negozi *inter vivos*, la consistenza del suo patrimonio (par. 2286) ed il vincolo assunto riguarda solo il potere di disporre a causa di morte».

*suum* gli effetti del negozio, anche alienando a terzi i beni negoziati, di guisa che l'attribuzione in concreto, diviene stabile e definitiva nei suoi elementi soggettivi e oggettivi solo dopo la sua morte. Il che dimostra la sostanziale affinità esistente, in questi casi, tra tali operazioni contrattuali e gli atti *mortis causa*<sup>32</sup>.

Per tali ragioni, ai fini della validità delle convenzioni collegate al decesso del disponente, occorre aver riguardo al concreto assetto di interessi realizzato dall'operazione negoziale, valutando sia la struttura che la funzione che l'atto di privata autonomia è destinato a realizzare, poiché è solo in tal modo che sarà dato sapere se il regolamento di interessi sia da dichiararsi nullo perché contrasto con il divieto dei patti successori istitutivi, oppure sia un valido contratto ad effetti *post mortem*.

5. Alla luce di tali criterio si esamineranno, adesso, alcuni strumenti di devoluzione della ricchezza alternativi al testamento, iniziando dal patto di famiglia, introdotto con la novella del 2006, che ha recepito le istanze comunitarie<sup>33</sup> volte a consentire, alla morte dell'imprenditore, una successione nel complesso aziendale con i soggetti ritenuti idonei a garantire una proficua gestione dell'attività di impresa<sup>34</sup>. Istituito, questo, assai complesso in cui ai profili di carattere teorico generale ed alle importanti ed imme-

<sup>32</sup> Sul punto vedi V. PUTORTI, *Morte del disponente*, cit., pp. 116-117. Affinità che non significa però identità di effetti, sia perché in presenza di un'attribuzione contrattualmente predisposta, benché revocabile, gli interessi facenti capo a coloro che della stessa ne sono i destinatari acquistano comunque giuridica rilevanza, sia perché il potere pattiziamente concesso al disponente di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale, con conseguente possibilità di esercitare il potere di disposizione in ordine agli stessi bei oggetto della precedente attribuzione, proprio per il motivo anzidetto, non esclude che un siffatto comportamento, a differenza di ciò che accade per la revoca del testamento, venga comunque valutato alla stregua della regola di buona fede.

<sup>33</sup> Il riferimento è alla comunicazione della Commissione europea del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese ed alla comunicazione della Commissione 98/C 93/02 che ha individuato nei patti d'impresa e negli accordi di famiglia uno dei modi per aumentare la continuità nell'attività di gestione aziendale e per mantenere «talune regole gestionali da una generazione all'altra, attenuando le conseguenze della proibizione dei patti sulla successione futura»; poiché tale proibizione «complica una sana gestione patrimoniale» (art. 4, lett. d, comunicazione).

<sup>34</sup> La rilevanza socio economica dell'attività di impresa e l'esigenza dell'imprenditore che intende garantire alla propria azienda o alle partecipazioni sociali possedute una successione non aleatoria in favore di uno o più dei suoi discendenti vanno nondimeno coordinate con gli interessi dei legittimari a ricevere beni il cui valore va calcolato al momento dell'apertura della successione, alla natura reale riconosciuta all'azione di riduzione e alla collazione e al diritto di ricevere la quota in natura (P. RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, p. 8 ss.; U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, Torino, 2007, p. 27 ss.; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 45 ss.).

diate ricadute che essi esplicano sul piano pratico-applicativo si associano aspetti di carattere puramente tecnico di indubbia difficoltà operativa<sup>35</sup>. Ed è per questo che ad oggi l'istituto non è approdato all'attenzione della Suprema Corte, né ha dato luogo ad una significativa prassi stipulativa.

Tra gli aspetti di carattere generale, particolare attenzione merita, in questa sede, il problema della qualificazione del patto di famiglia come deroga al divieto posto dall'art. 458 c.c., visto l'inciso iniziale in tale norma introdotto dal legislatore del 2006<sup>36</sup>. Si è già accennato peraltro che, anteriormente all'entrata in vigore della disciplina dettata dagli artt. 768 *bis*-768 *octies* c.c., l'obiettivo di conservare e tutelare l'efficienza e la funzionalità dei beni produttivi per il tempo successivo al decesso dell'imprenditore era affidato ad altri strumenti negoziali che, ancora oggi, continuano a rivestire un importante ruolo nella trasmissione della ricchezza *post mortem*, sebbene essi, a differenza del patto di famiglia, non sottraggano i beni oggetto di attribuzione ai meccanismi di tutela previsti per legittimari.

Del resto, è proprio la disattivazione di tali strumenti che costituisce l'aspetto centrale del patto<sup>37</sup>, poiché esso, nella sua configurazione tipica, concretizzandosi in un contratto ad efficacia traslativa immediata nella successione dell'azienda o nelle partecipazioni sociali possedute dal titolare, nessuna deroga sembra introdurre al divieto dei patti istitutivi<sup>38</sup>. Più precisamente, detto istituto, quand'anche differisca il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali alla morte dell'imprenditore o subordini alla

<sup>35</sup> Quali, ad esempio, la determinazione delle quote spettanti ai legittimari non assegnatari e la fissazione dei criteri per la relativa liquidazione, l'eventuale liquidazione in natura e l'imputazione di tali beni alla quota di legittima *ex art. 768 quater*, ove si ammetta che i non assegnatari possano essere liquidati dal disponente con altri beni

<sup>36</sup> A. CARRABBA, *Le donazioni «mortis causa»*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1469, che considera l'inciso introdotto nell'art. 458 c.c. come «un espresso passo legislativo verso una definizione più circoscritta dell'ambito del divieto dei patti successori».

<sup>37</sup> A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE e G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 2547 ss.; M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2001, p. 374 ss.; G. AMADIO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA.VV. (a cura di), *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 73, che individua nella sottrazione dell'azione di riduzione e della collazione «il centro di gravitazione del patto di famiglia».

<sup>38</sup> Tra coloro che riconoscono natura *inter vivos* al patto di famiglia, vedi S. DELLE MONACHE, *Sub art. 1*, in L. BALESTRA e S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia. Commentario sub art. 768 bis*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 10 ss.; G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 390 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 261 ss.; B. INZITARI, *Il patto di famiglia: negoziabilità del diritto successorio con la l. 14 febbraio 2006 n. 55*, Torino, 2006; G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 745 ss.; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, p. 145 ss.

premorienza di quest'ultimo, rispetto ai beneficiari dell'attribuzione, il verificarsi dell'effetto traslativo, deve pur sempre qualificarsi come negozio *post mortem*<sup>39</sup>, in quanto, alla stregua dei criteri sopra illustrati, il decesso del disponente si pone come semplice elemento temporale, essendo *ante mortem* stabilmente e definitivamente identificati sia i soggetti che l'oggetto dell'attribuzione. Tant'è vero che la versione iniziale del decreto legge sullo sviluppo del 2011, tra le modifiche proposte alla disciplina del patto di famiglia – poi espunte dalla versione definitivamente approvata<sup>40</sup> – pre-

<sup>39</sup> G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 187 ss., che spiega la riserva introdotta all'art. 458 c.c. sulla base della riconosciuta rilevanza e della sottoposizione agli strumenti dell'autonomia privata *inter vivos* degli interessi che, anteriormente alla riforma, dovevano ritenersi ad essa sottratti fino alla morte del disponente. Di qui la riconducibilità del patto alla categoria della successione anticipata e la sua funzione divisionale, diretta a distribuire una parte dei beni dell'alienante, in via anticipata, ai suoi familiari. Su tale aspetto vedi però le osservazioni di G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 150 ss., che giustamente osserva come al patto non possa riconoscersi un carattere divisionale-distributivo [così, invece, F. DELFINI, *Commento all'art. 2 (art. 768-quater)*, in G. DE NOVA, F. DELFINI, S. RAMPOLLA e A. VENDITTI (a cura di), *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 20 ss.], poiché al momento della stipulazione non solo manca uno stato di comunione attuale e una qualsiasi forma di contitolarità, ma anche perché la funzione distributivo-divisionale può anche essere assente, visto che la stessa si identifica non già nella nascita, *ex lege*, dell'obbligo di liquidazione, ma con l'effettiva liquidazione, che, nel caso di specie, può anche mancare a causa della rinuncia del legittimario non assegnatario. Come, pure, l'A. precisa che al patto non possa essere riconosciuta natura di donazione modale [così, invece, C. CACCAVALE, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in AA.VV. (a cura di), *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 48], sia perché il profilo liberale, seppur presente, non esaurisce la funzione del contratto, sia perché l'eventuale *modus* verrebbe ad avere un ruolo non già accessorio, ma essenziale e tipico, in quanto imposto dalla legge. Per tali ragioni, il patto più che essere assimilato ad una divisione o donazione ha una peculiare funzione produttiva che induce a ricondurlo tra le c.dd. liberalità non donative, ossia tra agli atti attraverso i quali «si attuano oggettivamente effetti equivalenti o risultati economici analoghi alla donazione» (p. 156).

<sup>40</sup> L'art. 8 del testo originario del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106, al comma 1 stabiliva: «Per rafforzare la disciplina del cosiddetto "Patto di famiglia", per favorire la continuità nell'esercizio delle imprese, al Codice civile sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'art. 768 *bis* sono aggiunti i seguenti commi: "L'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali può anche ricevere la titolarità dei beni alla scadenza di un termine o di una condizione sospensiva non retroattiva, anche successivi alla morte dell'imprenditore o del titolare delle partecipazioni societarie. In tal caso, l'imprenditore o il titolare di partecipazioni societarie nomina nel contratto un terzo al quale si applicano le disposizioni di cui al quinto e al sesto comma del presente articolo". Comma, questi, che prevedevano rispettivamente «Tra la morte dell'imprenditore e l'accettazione del beneficiario o il verificarsi di uno degli eventi di cui al secondo comma, l'azienda o le partecipazioni sociali e i relativi frutti costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello del terzo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori del terzo o nell'interesse degli stessi. Il terzo dovrà amministrare l'azienda o le partecipazioni societarie e i relativi frutti secondo le indicazioni contenute

vedeva espressamente che gli effetti del contratto potessero essere differiti alla morte dell'imprenditore e che, nel periodo intercorrente tra la conclusione del contratto e la sua efficacia tipica, i beni potessero essere amministrati da un terzo designato dall'imprenditore. Ciò in analogia a quanto accade nel *trust*, visto che la proposta prevedeva che i predetti beni ed i relativi frutti costituivano patrimonio distinto da quello del terzo e non erano aggredibili dai creditori di quest'ultimo<sup>41</sup>.

Un profilo di interferenza con il divieto delle convenzioni successorie istitutive si potrebbe tuttavia ravvisare nell'ipotesi in cui il patto attribuisca espressamente al genitore imprenditore il potere di recedere liberamente dal rapporto obbligatorio, ai sensi dell'art. 768 *septies* n. 2<sup>42</sup>. In tal caso – come si è detto – il disponente rimarrebbe libero di neutralizzare *ad libitum suum* gli effetti del negozio, di guisa che l'assegnazione diverrebbe stabile e definitiva nei suoi elementi soggettivi e oggettivi solo dopo la sua morte. La previsione di siffatto potere di recesso, infatti, rendendo identificabili sia l'oggetto che i beneficiari dell'assegnazione esclusivamente *post mortem*, contribuirebbe a mitigare sensibilmente l'attualità dell'attribuzione e farebbe sì che il patto, in sostanza, venga a svolgere una funzione assai simile quella tipica dei contratti a causa di morte. Di qui la clausola c.d. «di salvaguardia»<sup>43</sup> di cui all'inciso iniziale dell'art. 458 c.c., tesa ad evitare, appunto, che il patto possa essere dichiarato nullo perché in contrasto con il divieto degli accordi successori istitutivi.

Non solo, ma la predetta clausola sembra diretta a sottrarre il patto anche dall'ambito operativo del divieto dei contratti successori rinunziativi<sup>44</sup>. Infatti, muovendo dalla premessa secondo la quale la partecipazione dei legittimari non assegnatari non rappresenta un elemento costitutivo ed essenziale del contratto – il quale è pertanto valido ed efficace e determina comunque, *ex lege*, la nascita del diritto alla liquidazione della quota, indipendentemente dal loro consenso<sup>45</sup> – ma costituisce piuttosto un se-

nel contratto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico ed evitando situazioni di conflitto d'interessi. Il terzo dovrà rendere conto del suo operato ai soggetti indicati al terzo comma».

<sup>41</sup> M. IEVA e A. ZOPPINI, *Brevissime note sulla proposta di modifica del patto di famiglia inserita nel testo originario del decreto sviluppo*, in *Riv. not.*, 2011, p. 1458

<sup>42</sup> In questo senso, vedi A. CARRABBA, *Le donazioni «mortis causa»*, cit., p. 1468.

<sup>43</sup> P. PERLINGIERI e G. RECINTO, *Il patto di famiglia*, in P. PERLINGIERI e AA.VV., *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., Napoli, 2007, p. 945.

<sup>44</sup> A. MASCHERONI, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in AA.VV. (a cura di), *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 73; A. MERLO, *Profili civilistici del Patto di famiglia*, *ivi*, p. 104; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, p. 428.

<sup>45</sup> La dottrina (G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 166) ha ampiamente dimostrato come il patto di famiglia, anche in assenza della partecipazione dei legittimari non assegnatari,

parato atto «diretto ad assicurare soltanto l'esclusione dalla collazione e dalla riduzione delle attribuzioni»<sup>46</sup> già operate in sede di stipulazione dell'accordo, è dato ritenere che sia stata siffatta convenzionale rinunzia ai citati strumenti rimediali ad aver indotto il legislatore a novellare l'art. 458 c.c. Ciò al fine di impedire che il patto, ponendosi in contrasto con la previsione di cui all'art. 557, comma 2, c.c., che del divieto dei negozi successori rinunziativi costituisce espressa applicazione<sup>47</sup>, potesse, anche sotto questo profilo, essere dichiarato illecito.

A tal riguardo è opportuno chiarire, nondimeno, che i legittimari non assegnatari che decidono di non prestare il loro consenso al contratto concluso tra disponente e assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali, pur acquisendo un diritto attuale e certo alla liquidazione della loro quota di riserva<sup>48</sup>, nessuna preclusione ricevono in ordine all'eventuale attivazione dei meccanismi della riduzione e della collazione<sup>49</sup>. Questo per-

possa considerarsi valido ed efficace perché: *a*) il prodursi degli effetti essenziali del contratto non determina alcuna lesione dei diritti loro spettanti; *b*) non vi è alcuna norma che sancisca la nullità del patto bilaterale; *c*) la sanzione della nullità sarebbe incongrua e inadeguata in quanto in contrasto con la *ratio* della norma, che detta un *favor* per la stabilità e continuità dell'impresa, e con il principio di conservazione degli effetti; *d*) non spiegherebbe la previsione di cui all'art. 768 *septies* c.c. che, riconoscendo ai legittimari il diritto di recesso, implicitamente riconosce la non necessaria partecipazione degli stessi. Sempre in questa prospettiva, altri autori (G. OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 440; A. CATAUDELLA, *Parti e terzi nel patto di famiglia*, *ivi*, 2008, p. 185) hanno rilevato che la mancata partecipazione dei legittimari non assegnatari – che al pari dei legittimari sopravvenuti sarebbero da considerarsi terzi – inciderebbe sul loro diritto ad ottenere la liquidazione della quota fintanto che non si apre la successione dell'imprenditore. Diversamente, tra coloro che ritengono che la partecipazione di tutti i potenziali legittimari sia necessaria ai fini della validità del patto, vedi M. IEVA, *La disciplina del patto di famiglia*, cit., p. 1085 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 233 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 9 ss.; L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 235; *Id.*, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 750 ss.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 447 ss., che osservano come il peculiare regime derogatorio dei principi successori e dei meccanismi di tutela dei legittimari non possa che basarsi sul consenso di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda successoria, di guisa che, in caso di mancata partecipazione dei legittimari non assegnatari, il patto dovrà essere considerato nullo.

<sup>46</sup> P. PERLINGIERI e G. RECINTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 945.

<sup>47</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 322; A. PALAZZO, *Delle successioni*, in *Comm. c.c. Cendon*, II, Torino, 1991.

<sup>48</sup> A. CATAUDELLA, *Parti e terzi nel patto di famiglia*, cit., p. 180, che rileva come in presenza della rinunzia da parte dei legittimari non assegnatari il contratto si qualifichi come negozio a titolo gratuito e implichi una pluralità di liberalità donative, proprio perché le rinunzie hanno ad oggetto non un diritto futuro, quale sarebbe la quota di legittima, ma la somma o i beni in natura a loro spettanti come liquidazione, e dunque un diritto di credito attuale e certo.

<sup>49</sup> G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 167, sottolinea che l'espressione «devono par-



ché la neutralizzazione di tali rimedi richiede inevitabilmente una loro manifestazione di volontà, anche successiva al patto, diretta alla riscossione o alla rinuncia della predetta quota. Ne segue che è proprio tale dichiarazione di volontà che, determinando quale effetto consequenziale tipico la disattivazione dei meccanismi dettati a tutela dei legittimari, si pone come eccezione, legalmente prevista, alla previsioni di cui agli artt. 458 e 557, comma 2, c.c., che sanciscono la nullità della rinuncia all'azione di riduzione effettuata anteriormente all'apertura della successione del disponente.

Così, pure, una deroga a tale ultimo divieto pare sussistere ove si ammetta che la quota dei legittimari non assegnatari possa essere liquidata, oltre che da coloro che risultano assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali, anche dal disponente, e si ritenga che gli «altri beni» che l'imprenditore «assegna con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda» (art. 768 *quater* c.c.), se accettate dai beneficiari, comportino la sottrazione dell'azione di riduzione e della collazione. Risultato, questo, a cui è dato pervenire ove si proceda ad una valutazione in concreto della causa del patto e si adotti un'interpretazione funzionale e sistematica dell'istituto che bilanci l'esigenza di produttività con gli interessi familiari, in conformità ai valori costituzionali<sup>50</sup>.

Seguendo tale impostazione, emerge allora come, anche in tal caso, i legittimari non assegnatari, accettando la liquidazione della quota ad opera dell'imprenditore, dispongano «eccezionalmente del proprio ed esclusivo diritto di rinuncia all'azione di collazione e riduzione», rendendo così stabili, anche nei loro confronti, le attribuzioni effettuate dall'imprenditore, in deroga al divieto risultante dal combinato disposto degli artt. 557, comma 2, 458 e 768 *quater*, comma 4, c.c.<sup>51</sup>.

6. Tra le operazioni negoziali alle quali i privati possono far ricorso per garantire il passaggio generazionale dell'azienda a favore di uno dei figli

tecipare» di cui all'art. 768 *quater*, comma 1, c.c., riferita al coniuge ed a tutti coloro che al momento della stipulazione del patto sarebbero legittimari, deve essere intesa non come elemento essenziale ai fini della produzione degli effetti essenziali del negozio, bensì come «condizione o presupposto di vincolatività del patto in punto di esenzione da riduzione o collazione».

<sup>50</sup> G. RECINTO, *Patto di famiglia e liquidazioni operate dal disponente*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 170 ss., ed *ivi* una sintesi delle posizioni dottrinali sul tema. In particolare, l'A. rileva come, seguendo una prospettiva di tipo funzionale e sistematico dell'istituto e valutando la funzione che il patto persegue in concreto, non possa escludersi che le assegnazioni effettuate dal disponente in funzione liquidativa della quota spettante ai non assegnatari rientrino nella causa del patto. Il che può accadere, ad esempio, ove dette attribuzioni siano strumentali all'attuazione «del complesso contemperamento d'interessi che il legislatore intendeva garantire attraverso l'introduzione dell'istituto in esame» (p. 174).

<sup>51</sup> G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 168.

o dei discendenti dell'imprenditore, merita di essere ricordato anche il *leveraged buy out*. Istituto, questo, nato negli Stati Uniti negli anni '60<sup>52</sup>, sviluppatosi gradualmente nei paesi europei e formalmente introdotto in Italia<sup>53</sup> con la riforma del diritto societario<sup>54</sup>. E esso, in particolare, nel campo

<sup>52</sup> La tecnica finanziaria del *leveraged buy out* trova le sue origini negli Stati Uniti negli anni '60 e si sviluppa poi, gradualmente, anche in Inghilterra e negli altri paesi europei, dove ha incontrato ostacoli nuovi rispetto a quelli sorti nella terra che gli ha dato i natali: la presenza in tutti gli ordinamenti comunitari del divieto di *financial assistance* espresso dalla II direttiva CEE in materia societaria n. 77 del 1991 [cfr. V. CAPIZZI, *The constitution of a venture capital company: the case of Italian closed-end funds*, in S. CASELLI e S. GATTI (a cura di), *Venture capital. A Euro-system approach*, Berlin-Heidelberg, 2004, p. 3 ss.; ID., *Leveraged acquisitions: technical and financial features*, in S. CASELLI e S. GATTI (a cura di), *Structured finance. Techniques, products and market*, Berlin-Heidelberg, 2005, p. 28 ss.].

<sup>53</sup> Prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, la giurisprudenza e parte della dottrina avevano affermato l'illiceità del *leveraged buy out* perché in contrasto con il principio di cui all'art. 2358 c.c., che vieta alla società di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie, nonché di accettare azioni proprie in garanzia (Cass. pen., 15 novembre 1999, n. 5503, in *Corr. giur.*, 2000, p. 745 ss., con nota di P. SCHLESINGER, *Leveraged buy out: un'apparente presa di posizione della cassazione penale*; P. MONTALENTI, *Il leveraged buy out*, Milano, 1991, p. 86 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Padova, 1999, p. 324 ss.). Diversamente, altri autori ritenevano che, nell'intero procedimento, non vi era alcuna attività della società *target* che potesse definirsi in contrasto con il divieto di assistenza finanziaria. Infatti, nella fase anteriore all'acquisizione, quando la *newco* s'indebita per finanziare l'acquisizione della *target*, quest'ultima è del tutto estranea all'operazione di finanziamento; mentre nel momento dell'acquisizione, la società *target* rimane comunque terza rispetto al contratto. Come, pure, si affermava che con l'atto di fusione la società incorporata non si accollava il debito contratto dalla società incorporante per l'acquisto delle azioni proprie, in quanto l'eventuale accollo avveniva soltanto per effetto della fusione, e quindi in un momento in cui le azioni della società *target* non esistevano più perché già annullate con la fusione (A. FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how*, Torino, 1996, p. 35 ss.; A. BUSANI, «*Leveraged buy out*», in *Riv. not.*, 2002, p. 512 ss.).

<sup>54</sup> Con la riforma del diritto societario del 2003 si sono superati i dubbi di legittimità sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza e si è subordinata la liceità della operazione all'adempiimento di alcuni oneri. In particolare, l'art. 7, comma 1, lett. d, l. 3 ottobre 2001, n. 366, ha disposto che la nuova legge di riforma del diritto societario dovesse «prevedere che le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie, di cui, rispettivamente, agli articoli 2357 e 2357-*quater* del codice civile, e del divieto di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'articolo 2358 del codice civile». Nel d.lg. n. 6 del 2003, la prescrizione della legge delega è stata attuata con l'aggiunta di alcune condizioni, quali l'imposizione dell'obbligo agli amministratori delle società interessate all'operazione di predisporre un piano economico e finanziario, confortato da una relazione di esperti che ne attesti la ragionevolezza, nel quale devono essere indicate le fonti delle risorse finanziarie e devono essere descritti gli obiettivi che si intendono raggiungere; la distinzione tra debito *senior* (ossia con garanzie e *covenant* positive e negative) – la cui concessione è subordinata all'obbligo di pagare interessi e capitale nel caso in cui vi sia un esubero di liquidità ed al mantenimento del rapporto *debit/equity* entro un certo valore (in genere 1,75)

che a noi interessa in questa sede, è stato spesso attuato nella formula del *family buy out*, ponendosi come tecnica finanziaria, variamente articolata<sup>55</sup>, preordinata all'acquisizione (*buy out*), da parte di una società appositamente costituita (c.d. *new company* o società veicolo), dell'impresa familiare (società *target*) attraverso il ricorso prevalente al capitale di debito<sup>56</sup>. In sostanza, il *family buy out* si concretizza in un'operazione di acquisizione dell'azienda del genitore-imprenditore che tende a traslare il costo d'acquisto di quest'ultima sul suo stesso patrimonio, vincolando i futuri flussi di cassa al pagamento del debito a tal fine contratto<sup>57</sup>. Il che vale a differenziare tale tecnica finanziaria dalle ordinarie attività di acquisizione

– e debito *junior*, che deve essere remunerato dopo il debito *senior*; un'ampia serie di obblighi di informazione quando, per effetto della fusione, il patrimonio della società acquisita venga a costituire garanzia generica o fonte di rimborso dei debiti contratti per acquisire il controllo della *target* (art. 2501 c.c.). Cfr. F. SUPERTI FURGA, *Il merger leveraged buy-out nella prospettiva di riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 25 ss.; A. MORANO, «*Leveraged buy out*» nelle operazioni di fusione dopo la riforma, in *Riv. not.*, 2005, p. 653 ss.; L.M. PETRONE, *Il «giusto equilibrio» del legislatore italiano nel dare definitivo ingresso al merger leveraged buy out (MLBO)*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 244 ss.; V. SALAFIA, *Il nuovo art. 2358 c.c. e la sua relazione con l'art. 2501-bis c.c.*, *ivi*, p. 575 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Legalismo e tutela dei diritti: leveraged buy out e leveraged cash out nel nuovo diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1035 ss.

<sup>55</sup> Il processo tipico attraverso cui si completa un'operazione di *leveraged buy out* comprende innanzitutto l'individuazione della società da acquisire (c.d. società *target*), che deve avere una buona solidità patrimoniale e reddituale; la costituzione di una società preordinata all'acquisto («*new company*» o c.d. «*newco*»), che deve richiedere e ottenere il finanziamento necessario per procedere all'acquisto; l'acquisizione totale delle azioni della società *target*; la fusione per incorporazione della società acquisita nella *newco*; la restituzione del finanziamento con i *cash flows* della società acquisita o la vendita degli *assets* aziendali non strategici. Rispetto a siffatto schema base il *leveraged buy out* può poi subire delle varianti, così come accade, ad esempio, nei casi in cui la *newco* sia interessata ad acquisire solo il patrimonio della *target* o un singolo ramo d'azienda e non le azioni (c.d. *asset sale*), oppure acquisti la maggioranza (e non la totalità) delle azioni; ovvero là dove vi sia una fusione inversa in quanto è la *newco* che viene incorporata dalla *target*, con conseguente possibile contrasto con il divieto di acquisto di azioni proprie [P. FERRARI, *Gli intermediari finanziari e le operazioni di leveraged buy-out*, in G. FORESTIERI (a cura di), *Corporate e investment banking*, Milano, 2003, p. 47 ss.].

<sup>56</sup> Cass. pen., 18 maggio 2006, n. 23730, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it), ha affermato che oggi non costituisce illecito penale l'operazione, inquadrabile nel più ampio schema del c.d. *leveraged buy out*, con la quale una società operativa ceda a credito parte del pacchetto azionario ad altra società, creata in modo strumentale per effettuare detto acquisto con contestuale previsione di indebitamento, per compiere un'attività di gestione di interesse della prima, per poi essere destinata alla fusione per incorporazione con la medesima e ripianare il debito con gli utili dell'attività posta in essere.

<sup>57</sup> V. SALAFIA, *Il «leveraged buy out» nella riforma societaria*, in *Obbl. contr.*, 2004, p. 935 ss., che definisce tale istituto «una istituzione economico-finanziaria che consiste nell'indebitamento che un soggetto contrae per acquisire la proprietà di un'azienda, con lo scopo di migliorarne e accrescerne la produttività ed impiegare il maggior valore prodotto per pagare il debito contratto».

societaria, che richiedono, invece, da parte della società acquirente, sufficienti risorse proprie, ossia la capacità economica a realizzare direttamente e autonomamente, a proprio rischio, l'acquisto<sup>58</sup>.

Le operazioni di *family buy out* sono finanziate, per contro, con capitale di terzi, generalmente fornito da istituti di credito, *merchant bank*, intermediari specializzati o altri investitori istituzionali. Esse, pertanto, riducono al minimo l'utilizzo di capitale proprio da parte della *newco* e, per questo, possono favorire i processi di trasmissione *post mortem* dell'impresa familiare, evitando che a capo della stessa subentrino soggetti inefficienti o non interessati alla sua gestione, che potrebbero portare l'azienda a subire una diminuzione di valore o di redditività<sup>59</sup>. Attraverso il *family buy out* i soggetti maggiormente capaci di proseguire l'attività aziendale<sup>60</sup>, pur senza disporre di rilevanti risorse finanziarie, possono acquisire la società familiare mediante la costituzione di una società veicolo la quale, dopo aver proceduto all'acquisizione, si obbliga a rimborsare le somme ricevute per concludere siffatta operazione con le attività e i flussi finanziari generati dalla gestione corrente della società acquisita o attraverso la vendita dei beni non strategici di essa. Nel contempo nello statuto e nell'atto costitutivo della *newco* si prevede che in futuro (spesso dopo la morte del genitore-imprenditore) essa debba fondersi per incorporazione con la società familiare, in modo tale che nel patrimonio dell'originario imprenditore confluisca una somma corrispondente al valore delle quote trasferite alla società incorporante; prezzo che potrà poi essere suddiviso tra tutti i familiari o soltanto tra coloro che sono rimasti estranei all'operazione acquisitiva<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Il *leveraged buy out* si differenzia inoltre da una normale cessione d'azienda in quanto esso permette, per effetto della fusione, di imputare ad avviamento l'eventuale disavanzo da fusione, che potrà essere «spalmato» sui singoli beni patrimoniali della società acquisita, mediante una loro rivalutazione rispetto al valore indicato nei libri contabili della stessa (G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 2007, p. 638 ss.).

<sup>59</sup> Si pensi, ad esempio, alla società Riello che, dopo varie vicissitudini familiari, fu acquisita da due cugini che avevano forti divergenze sullo sviluppo strategico del gruppo e che per evitare ulteriori insanabili contrasti decisero di assegnarla mediante un'asta familiare, in busta chiusa, a chi di loro avesse formulato l'offerta più alta. In tal caso, la somma necessaria all'acquisto fu versata al cugino «uscente» e venne fornita da una banca d'affari, la quale acquisì il 50% della *holding* di controllo del gruppo Riello (F. VERGNANO, *Tra cambi generazionali, disastri e divorzi, i Riello volano in alto*, in *Sole 24 ore*, 22 ottobre 2001).

<sup>60</sup> E. LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali*, cit., p. 318 ss.

<sup>61</sup> Significativa è l'operazione di *family buy out* progettata per affrontare il passaggio generazionale nella Ipa Sud s.r.l., azienda di famiglia attiva nella grande distribuzione organizzata, aderente al consorzio Despar Italia. In tal caso, furono programmate tre fasi al fine di consentire ad uno dei fratelli di acquisire le quote degli altri fratelli che avevano deciso di vendere l'azienda, visto che i loro figli avevano intrapreso percorsi professionali diversi. La prima fase si

È evidente, quindi, che il *family buy out*, realizzato attraverso un collegamento negoziale (costituzione della società veicolo, clausola di incorporazione per fusione con la società di famiglia e delibera di fusione attuata dopo la morte dell'imprenditore), può essere frutto sia dell'iniziativa del familiare che intenda acquisire il controllo maggioritario o totalitario dell'azienda, sia dell'imprenditore che desideri trasferire l'azienda ai suoi discendenti più capaci<sup>62</sup>. Per tale ragione, esso si pone non solo come un valido strumento alternativo al testamento, in grado di assicurare la continuazione dell'impresa di famiglia, ma anche come una tecnica che, utilizzata unitamente al patto di famiglia, può consentire ai familiari assegnatari dell'azienda di liquidare gli altri legittimari non assegnatari, e risolvere così uno dei problemi più spinosi posti dall'art. 768 *quater*, comma 2, c.c.

Sotto questo profilo non pare potersi condividere l'opinione di coloro che hanno evidenziato che l'atto di fusione, deliberato dopo la morte del genitore imprenditore, porterebbe a qualificare il *family buy out* come un'operazione in frode alla legge, visto che i singoli atti, pienamente legittimi se considerati singolarmente, ove valutati nel loro complesso, sarebbero finalizzati ad aggirare il divieto imposto dall'art. 458 c.c.<sup>63</sup>.

A tal riguardo, è sufficiente rilevare che la fusione, essendo un'operazione tipizzata dal legislatore, è di per sé neutra, per cui ai fini della sua illiceità *ex art. 1344 c.c.* è comunque richiesta la specifica prova che sia stata posta in essere non già per garantire la continuità dell'attività di impresa, ma unicamente per perseguire un'attribuzione patrimoniale *mortis causa*. Il che appare assai arduo da dimostrare, visto che la morte dell'imprenditore, in questi casi, si pone spesso come semplice elemento temporale che chiude un'operazione traslativa attuata *inter vivos* per soddisfare proprio il predetto interesse imprenditoriale.

7. Un'altra importante tecnica di trasmissione della ricchezza *post mortem* è data dalle clausole, elaborate dalla prassi societaria, che regolano la sorte delle partecipazioni sociali del socio defunto. Si pensi, ad esempio, alle clausole che stabiliscono che tale quota debba trasferirsi ai successori universali, che assumono automaticamente la qualità di soci sulla base della

concretizzò nella creazione di una società (*NextGen*) interamente partecipata dal ramo della famiglia facente capo al fratello che intendeva acquisire la società, in cui confluì la quota di quest'ultimo in Ipa Sud. Successivamente, la predetta società, grazie ad un finanziamento bancario, acquistò le quote degli altri fratelli e poi si fuse nella *NextGen*.

<sup>62</sup> G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 652.

<sup>63</sup> P. MONTALENTI, *Il leveraged buy out*, cit., p. 88.

semplice accettazione dell'eredità (c.dd. clausole di successione); oppure alle clausole che obbligano gli eredi a stipulare un successivo negozio con i soci superstiti, in virtù del quale subentrano nella compagine sociale (c.dd. clausole di continuazione obbligatoria); oppure, ancora, ai patti statutari che lasciano gli eredi liberi di scegliere se entrare a far parte della società o chiedere la liquidazione della quota del loro dante causa (c.dd. clausole di continuazione facoltativa)<sup>64</sup>.

Limitando l'esame ai profili di validità di tali clausole in relazione alla proibizione dei patti successori, può dirsi, innanzitutto, che nell'ambito delle società personali esse rappresentano una deroga al principio della intransmissibilità *mortis causa* della quota, che – è noto – trae fondamento dalle regole che sanciscono la responsabilità illimitata del socio e dal carattere fiduciario che connota tali rapporti societari<sup>65</sup>.

Tuttavia, la natura derogabile di siffatto principio fa sí che le predette clausole siano considerate valide anche sotto il profilo del divieto posto dall'art. 458 c.c.<sup>66</sup>. In particolare, per ciò che concerne le clausole di continuazione a titolo oneroso, si è sottolineato come esse sanciscano il trasferimento delle quote agli eredi sulla base di un atto *inter vivos*; e precisamente per effetto del contratto che i successori universali stipulano con gli altri soci (clausole di continuazione obbligatorie), oppure in forza del negozio attraverso il quale i soci prestano il consenso alla trasmissibilità *mortis causa* della partecipazione sociale (clausole di successione)<sup>67</sup>, e cioè

<sup>64</sup> Per tale classificazione, vedi: G. AULETTA, *Clausole di continuazione delle società con l'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. trim.*, 1953, p. 885 ss.; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 168 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 146 ss.; F. SCAGLIONE, *Successioni anomale e contratto di società*, Napoli, 1999, p. 18 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio degli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 146 ss.

<sup>65</sup> M. PALAZZO, *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1375 ss.; S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, Milano, 2002, p. 40.

<sup>66</sup> Cass., 11 novembre 2008, n. 26946, in *Riv. not.*, 2010, p. 226 ss., con nota di G. CARADONNA, *Patto successorio e convenzione tra donatari legittimari*; Cass., 16 aprile 1994, n. 3609, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 161 ss., con nota di L. CALVOSA, *Clausole di riscatto delle azioni in favore dei soci superstiti e divieto dei patti successori*; G. IUDICA, *Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 213 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 322; M. LEVA, *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 40 ss.

<sup>67</sup> F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2007, p. 71; G. AULETTA, *Clausole di continuazione*, cit., p. 895; G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, X, Torino,

per effetto di una «convenzione sociale reciproca le cui disposizioni rimangono sospese fino alla realizzazione di un evento incerto, qual è, appunto, la premorienza», di guisa che gli altri soci conseguono la quota *tempore mortis* e non *causa mortis*, non essendo successori né a titolo particolare, né a titolo universale del *de cuius*<sup>68</sup>.

Nelle società di capitali, invece, vigendo l'opposto principio della libera trasmissibilità sia *inter vivos* che *mortis causa* delle azioni, si è stabilito che le eventuali clausole statutarie derogative dello stesso possono sí vietare il trasferimento o limitare la circolazione delle azioni, ma devono prevedere la liquidazione agli eredi delle partecipazioni possedute dal socio premorto. In particolare, ancor prima delle novità introdotte con la riforma del diritto societario, che ha ampliato l'autonomia statutaria e con essa il novero delle clausole legittime<sup>69</sup>, dottrina e giurisprudenza, da tempo, affermavano la validità delle clausole che consentivano agli azionisti superstiti di «riscattare» dagli eredi le azioni da essi acquistate, *successionis causa*, ad un prezzo i cui criteri di determinazione risultavano convenzionalmente stabiliti.

Tali clausole, peraltro, ancora oggi, continuano ad essere inquadrate nello schema delineato dall'art. 1331 c.c.<sup>70</sup>, il quale, in virtù del richiamo

1987, p. 275; C. SARASSO, *Clausola statutaria sulla morte del socio e patto successorio*, Torino, 1983, p. 25 ss.; in giurisprudenza vedi: Cass., 16 dicembre 1988, n. 6849, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1130 ss., con nota di M. SARALE, *Divisione testamentaria della quota di partecipazione in società di fatto e continuazione della società con gli eredi*.

<sup>68</sup> In particolare, la Suprema Corte ha chiarito come detta clausola, configurandosi come atto *inter vivos*, non contrasti né con l'art. 2322 c.c., che espressamente prevede la trasmissibilità *mortis causa* della quota del socio accomandante, né con l'art. 458 c.c., in quanto fuoriesce «dallo schema tipico del patto successorio» (Cass., 11 novembre 2008, n. 26946, cit.; in questo senso, vedi pure Cass., 11 ottobre 2006, n. 2183, in *www.dejure.giuffre.it*).

<sup>69</sup> Il d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6, disciplina le clausole di predisposizione successoria negli art. 2355 *bis*, comma 3, c.c., per le s.p.a. (applicabile alle s.a.p.a. ex art. 2454 c.c.) e 2469, comma 2, c.c., per le s.r.l., nonché negli artt. 2437 e 2437 *bis, ter, quater* c.c., per le s.p.a. e 2473 c.c., per le s.r.l. Esso inoltre ha introdotto alcune importanti novità che riguardano: la circolazione dei certificati azionari (art. 2355, comma 4, c.c.) e i limiti alla circolazione delle azioni (art. 2355 *bis* c.c.). Infatti, la scelta di fondo del legislatore della riforma è stata quella di ampliare l'autonomia statutaria, realizzando la chiusura del sistema di bilanciamento di interessi e la tutela del socio (e dei suoi eredi) con il diritto di ottenere l'equivalente monetario del valore (reale) della partecipazione, ove le clausole non consentano in concreto il trasferimento. Con la rilevante differenza che nella s.p.a. le previsioni difformi sono affette da inefficacia, mentre nelle s.r.l. restano efficaci, salvo il diritto *ex lege* alla liquidazione delle quota (E. MARMOCCHI, *La circolazione delle partecipazioni sociali tra statuto e contratto*, in *Riv. not.*, 2004, p. 63; F. TASSINARI, *Partecipazioni di s.r.l. e loro vicende*, *ivi*, 2003, p. 1405; M. DI FABIO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie*, *ivi*, p. 811).

<sup>70</sup> L. MENGONI, *Interesse sociale ed esclusione del diritto d'opzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, p. 281; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., p. 1195; M.R. MARELLA, *Il divieto dei*

all'art. 1329 c.c. – che stabilisce che la proposta (che ognuno dei soci si è impegnato a mantenere ferma) non perde efficacia alla morte del proponente – consente agli azionisti superstiti di perfezionare, *inter vivos*, il negozio di acquisto<sup>71</sup>. Cosicché si ritiene che, in tali casi, la morte del socio assuma una rilevanza meramente temporale e non già «causale», in quanto, a differenza di ciò che accade in presenza di una clausola di consolidazione – dove il decesso del contraente determina l'immediato trasferimento delle azioni (o delle quote) appartenenti al *de cuius* in capo agli altri soci – l'evento morte costituisce soltanto «il presupposto perché il diritto d'opzione possa essere esercitato»<sup>72</sup>.

In realtà, anche dopo la riforma del 2003, si continua a sostenere che gli azionisti superstiti acquistano le azioni «non come eredi, ma dagli eredi, esercitando il diritto d'opzione nei limiti temporali e secondo le condizioni stabilite nello statuto o nell'atto costitutivo e, perciò, in forza di un atto tra vivi». Dette clausole pertanto – secondo la Suprema Corte – producono un immediato effetto vincolante nei confronti di tutti i soci e determinano la nascita di una situazione di aspettativa in capo ai beneficiari, con conseguente indisponibilità obbligatoria delle azioni<sup>73</sup>.

La prevalente giurisprudenza e larga parte della dottrina ritengono, peraltro, che sia le clausole di riscatto che quelle di continuazione siano va-

*patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 108; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, cit., p. 173 ss. Non sempre, però, tali clausole sono formulate secondo lo schema dell'opzione. In taluni casi esse prevedono un obbligo ad alienare da parte degli eredi, mentre, in altri, attribuiscono un diritto di prelazione a favore dei soci superstiti.

<sup>71</sup> L'utilità del richiamo all'art. 1329 c.c. è sottolineata da E. CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, p. 60 ss., che trae argomento dalla natura della situazione soggettiva (soggezione) in cui viene a trovarsi il proponente per affermare che l'esercizio del diritto d'opzione è un atto diverso da quello disciplinato dall'art. 1326 c.c. Considerano il riscatto come potere conformativo del patrimonio dell'erede G. PORTALE, *Azioni con prestazioni accessorie e clausole di riscatto*, in *Riv. soc.*, 1982, p. 763 ss.; L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nelle società per azioni*, Milano, 1995, p. 272 ss.

<sup>72</sup> Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, cit., e in *Giur. it.*, 2010, p. 560 ss., con nota di V. CUFFARO, *Divieto dei patti successori e clausole statutarie c.d. di consolidazione*, che, in relazione alle clausole di riscatto, ha ribadito come esse possano considerarsi valide in quanto, a differenza delle clausole di consolidazione che non ricollegano direttamente alla morte del socio l'attribuzione ai soci superstiti della quota di partecipazione del defunto, consentono che questa entri inizialmente nel patrimonio degli eredi e possa successivamente essere acquistata dai soci superstiti attraverso il diritto d'opzione previsto nello statuto sociale.

<sup>73</sup> Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, cit.; Cass., 16 aprile 1994, n. 3609, cit.; e già Trib. Roma, 18 giugno 1953, in *Temì rom.*, 1955, I, p. 151 ss.; nonché in *Foro it.*, 1956, IV, c. 22 ss., con nota di F. CARNELUTTI, *Un caso clinico*. In dottrina, vedi V. CUFFARO, *o.c.*, p. 561; F. PARENTE, *Le disposizioni in «forma indiretta»*, cit., p. 134; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali*, cit., p. 967.



lide solo là dove prevedano la liquidazione della quota ai successori, in quanto è esclusivamente in tali casi che la clausola, consentendo all'ereditando di disporre di un bene sostitutivo (corrispondente al valore della quota), nessun contrasto determina con il divieto dei patti successori. Contrasto che sarebbe invece ravvisabile ove la clausola stabilisse che alla morte di uno dei soci la quota si trasferisca agli altri soci, senza prevedere alcuna liquidazione in favore degli eredi. Questo perché, in quest'ultimo caso, la convezione escluderebbe totalmente la libertà testamentaria e, come tale, si porrebbe in contrasto con l'art. 458 c.c.<sup>74</sup>.

È questa, peraltro, un'impostazione che sembra essere stata ribadita anche dal legislatore del 2003, il quale ha formalmente sancito l'invalidità delle clausole c.dd. di consolidazione pura, che dispongono l'automatico trasferimento della quota agli eredi senza prevedere l'attribuzione di alcunché ai successori; mentre ha considerato valide le clausole che consentono la consolidazione o il riscatto in favore dei soci superstiti dietro il pagamento di un corrispettivo agli eredi o ai legatari del socio premorto<sup>75</sup>.

Tuttavia, ciò che suscita dubbi e perplessità è proprio l'affermato contrasto delle clausole di consolidazione pura o di riscatto non onerose con l'art. 458 c.c., poiché tale costruzione porta ad estendere l'ambito applicativo di siffatto divieto oltre i confini suoi propri, ricomprendendo fattispecie differenti che sottendono interessi eteronomi rispetto a quelli che si pongono a fondamento dello stesso. La previsione della liquidazione della quota agli eredi e la congruità dei criteri per stabilire il valore della stessa<sup>76</sup>, sono diretti, infatti, più a tutelare i creditori particolari del *de cuius*

<sup>74</sup> Cass., 16 aprile 1975, n. 1434, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 59; Cass., 16 aprile 1994, n. 3609, cit.; App. Bologna, 23 ottobre 1996, in *Società*, 1997, p. 414; App. Torino, 22 novembre 1993, cit.; Trib. Vercelli, 19 novembre 1992, cit., che nel dichiarare nulle le clausole di consolidazione senza liquidazione o con liquidazione della sola quota di capitale, hanno precisato che esse possono essere valide solo se «emergano particolari ragioni che giustifichino l'accrescimento o non sussista un divario eccessivo tra il valore della quota di capitale e quello della quota di patrimonio». È, questa, del resto, la prospettiva in cui si muove la dottrina prevalente M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 151; G. BARALIS e O. CAGNASSO, *La morte del socio di società di persone*, Palermo, 1983, p. 83 ss.; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 110; L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nelle società per azioni*, cit., p. 281 ss.; F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.* 1995, I, p. 94 ss.

<sup>75</sup> M. IEVA, *Le clausole limitative*, cit., p. 40 ss.

<sup>76</sup> I criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per la liquidazione della quota fanno riferimento, essenzialmente: a) all'ultimo bilancio approvato dal socio defunto (Cass., 17 marzo 1951, n. 685, cit.; A. CANDIAN, *Intorno all'alienazione di azioni con clausola di gradimento*, Milano, 1954, p. 100); b) alla situazione patrimoniale della società, tenuto conto del valore dell'avviamento (App. Milano, 20 settembre 1985, in *Società*, 1986, p. 378); c) alla situazione patrimoniale temperata dalla valutazione dell'andamento della società in un determinato arco

ed a salvaguardare l'intangibilità della quota di riserva che ad incidere sulla funzione (*mortis causa* o *inter vivos*) dell'attribuzione che la clausola tende a realizzare.

In realtà, se è vero che i legittimari non hanno diritto ad ottenere in eredità un determinato e specifico bene, dovendosi l'intangibilità della riserva intendere in senso quantitativo e non qualitativo<sup>77</sup>, è altresì indubbio che, ove la clausola escluda la liquidazione della quota agli eredi, oppure preveda criteri determinativi del valore poco congrui, i legittimari, ricevendo in sostituzione della partecipazione sociale un diverso bene, di valore ad essa inferiore, possono sì subire una lesione delle loro aspettative sull'eredità, e dunque esperire i rimedi a tal fine predisposti, ma non già invocare l'applicazione di un divieto, qual è quello posto dall'art. 458 c.c., che – si è visto – riposa su ragioni altre e diverse rispetto a siffatte esigenze<sup>78</sup>. Anche perché se si aderisse all'indirizzo giurisprudenziale sopra descritto dovrebbe ammettersi che la clausola, pur là dove realizzi un'attribuzione a causa di morte, se è onerosa, sia comunque valida. Il che introdurrebbe una distinzione nell'ambito dei patti successori istitutivi che non trova riscontro nella previsione di cui all'art. 458 c.c., che vieta tutte le convenzioni a causa di morte, siano esse gratuite o onerose.

Conseguentemente, è dato ritenere che il criterio della corrispettività o onerosità del trasferimento delle partecipazioni sociali piú che interferire con la natura *inter vivos* o *mortis causa* dell'attribuzione, sia essenzialmente orientato a contemperare tre diversi interessi: quello dei soci a evi-

di tempo (A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 172, il quale per evitare il rischio che si verifichi un arricchimento dei soci superstiti a danno dei successori, che potrebbe portare ad una dichiarazione di nullità della clausola per contrasto con il divieto dei patti successori, sottolinea la necessità di integrare il criterio *sub a* con l'introduzione di alcuni coefficienti che funzionino da correttivi di tale potenziale squilibrio); *d*) alla situazione patrimoniale della società al momento della successione nella titolarità dell'azione (M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., p. 1176.). Con esclusivo riguardo alle società quotate in borsa si è fatto riferimento, altresì, al prezzo medio delle azioni nell'ultimo semestre (A. CANDIAN, *o.l.u.c.*) oppure al valore effettivo di mercato delle azioni (L. CALVOSA, *Clausole di riscatto delle azioni*, cit., p. 651).

<sup>77</sup> G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 135 ss.

<sup>78</sup> A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, *Personae, famiglie, successioni e proprietà*, Milano, 1998, p. 966, nota 124, ha rilevato che dal collegamento tra i risultati cui è pervenuta la giurisprudenza e la dottrina in tema di intangibilità della quota di riserva, da intendersi in senso quantitativo, e la regola giurisprudenziale elaborata in ordine alle clausole di riscatto, si evince chiaramente come detta regola sia posta proprio in funzione dell'esigenza di apprestare tutela ai legittimari e non già per determinare la natura (*mortis causa* o *inter vivos*) del patto. L'autore evidenzia, pertanto, come la giurisprudenza utilizzi il divieto dei patti successori per finalità ad esso estranee e ciò al «prezzo della nullità delle clausole non pregiudizievoli che realizzano una funzione protettiva dell'interesse sociale».

tare che soggetti estranei entrino nella compagine sociale e, dunque, a mantenere la coesione della società; il diritto degli eredi a non veder intaccata la loro quota di riserva e l'esigenza dei creditori a non veder pregiudicate le loro ragioni<sup>79</sup>. Ne segue che nessun significativo indice circa la natura successoria dell'attribuzione può trarsi dalla gratuità del trasferimento della partecipazione sociale, visto che in dette clausole, siano esse pure o onerose, il decesso del socio assume il medesimo ruolo ed impone una valutazione circa la liceità del patto in base ai medesimi criteri direttivi.

Cosicché per stabilire se dette clausole contrastino o meno con il divieto dei patti successori ciò a cui occorre aver riguardo è soprattutto all'attualità e stabilità della disposizione, ossia se essa realizza un'attribuzione in cui le azioni sono individuabili nella loro esistenza e consistenza *ante mortem*, oppure un'attribuzione *de residuo*<sup>80</sup>, poiché è solo in quest'ultimo caso che la clausola, sia essa gratuita o onerosa, ricade nell'ambito del divieto di cui all'art. 458 c.c.<sup>81</sup>.

8. Tra gli strumenti utilizzati dai privati per attuare un trasferimento di ricchezza *post mortem*, significativo è il richiamo al mandato *post mortem*. Espressione, questa, che in una prima generale accezione individua il contratto con il quale una parte si obbliga a compiere una determinata attività giuridica dopo la morte del *dominus*.

Nell'ambito di tale ampia fattispecie, dottrina e giurisprudenza operano peraltro una preliminare e fondamentale distinzione alla quale ricollegano una serie di conseguenze destinate ad incidere sull'ammissibilità stessa della figura. Più precisamente, numerosi sono gli autori che tendono a distinguere il mandato *post mortem exequendum*, in cui il mandatario è tenuto a porre in essere un'attività esecutiva relativa ad un'attribuzione patrimoniale che si è già perfezionata *inter vivos*, dal mandato *mortis causa*, che ha per oggetto il trasferimento a favore di un terzo di determinati diritti rientranti nell'asse ereditario<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> P. SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in AA.Vv. (a cura di), *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, Padova, 2004, p. 131.

<sup>80</sup> Proprio per tale ragione, parte della dottrina (M. IEVA, *La disciplina del patto di famiglia*, cit., p. 1081 ss.) ha evidenziato l'utilità di introdurre la figura del c.d. patto di impresa, di un patto, cioè, che preveda a «favore della società, dei soci o di terzi, il diritto di acquistare le azioni nominative cadute in successione» ad un prezzo corrispondente al loro valore.

<sup>81</sup> V. PUTORTÍ, *Morte del disponente*, cit., p. 149 ss.;

<sup>82</sup> *Ex multis*, v. G. BONILINI, *Manuale*, cit., p. 19; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 688 ss.; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, *ivi*, 2010, p. 56 ss; A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi*, cit.,

Sulla scia di tale distinzione, si tende a considerare nulla quest'ultima figura perché in contrasto con i principi che regolano la trasmissione dei diritti successori; mentre si ritiene valido il mandato *post mortem exequendum*, proprio perché l'incarico che il mandatario deve adempiere dopo la morte del *dominus* si traduce in una semplice attività materiale, che può essere anche di natura non economica<sup>83</sup>. Soluzione, questa, che può definirsi intermedia tra la tesi più restrittiva – che considera il mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante sempre e comunque nullo per l'inderogabilità della norma posta dall'art. 1722, n. 4, c.c.<sup>84</sup> – e l'opinione di coloro i quali considerano valido anche il mandato *mortis causa* purché sia liberamente revocabile dal *dominus*<sup>85</sup>.

E, tuttavia, se il primo indirizzo può ormai considerarsi superato dai più recenti orientamenti che, da tempo, assegnano carattere dispositivo<sup>86</sup> alla regola, derivante dalla trattazione di Gaio, *mandatum morte finitur*<sup>87</sup>,

p. 457 ss.; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 1249; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 368.

<sup>83</sup> Cass., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Riv. not.* 2007, p. 693, con nota di G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*; in *Fam. per. succ.*, 2007, p. 524 con nota di G. BONILINI, *Iscrizione a «società» di cremazione e mandato post mortem*, e già Cass., 28 luglio 1950, n. 2146, in *Foro it.* 1951, I, c. 920, con nota di F. CARIOTA FERRARA, *Mandato post mortem e disposizioni sulla sepoltura*; ID., *Scritti minori*, Napoli, 1986, p. 602 ss.; la quale ha affermato che l'atto di iscrizione a società di cremazione costituisce mandato oneroso *post mortem*, lecito e vincolante per gli eredi; Trib. Palermo, 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, p. 1101 ss., con nota di G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, che ha affermato la validità del mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante, avente ad oggetto la tumulazione delle spoglie mortali. Il riferimento è altresì al mandato concernente la pubblicazione delle opere inedite o relativo alle credenziali di accesso alle risorse informatiche (N. DI STASO, *Il mandato post mortem*, cit., p. 690 ss.).

<sup>84</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960 (rist.), p. 320; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, 2ª ed., Milano, 1980, p. 549.

<sup>85</sup> In questo senso, seppur con argomentazioni diverse, vedi: M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 145; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 304.

<sup>86</sup> Alcuni autori, tuttavia, affermano la derogabilità della previsione di cui all'art. 1722 c.c., sulla base della natura fiduciaria del rapporto (A. VENDITTI, *Appunti sul mandato*, Napoli, 1966, p. 90 ss.); mentre altra dottrina ritiene che detta norma abbia natura dispositiva perché diretta a tutelare unicamente l'interesse dei successori di scegliere liberamente i criteri e le modalità di amministrazione del patrimonio ereditario (G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la disposizione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1954, p. 205; F. BILE, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Roma, 1961, p. 231).

<sup>87</sup> A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 649; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, pp. 113 e 256; A. LUMINOSO, *Mandato commissione spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1984, p. 125 ss.; G. MINERVINI, *o.c.*, p. 207 ss.; U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, nota critica a Trib. Mi-

dubbi e perplessità suscita invece l'opinione di chi riconosce validità al mandato *mortis causa* ove lo stesso sia liberamente revocabile dal mandante, ritenendo che in tal caso nessun contrasto sussista con la *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi. Di qui la nullità del solo mandato oneroso o irrevocabile, oppure conferito anche nell'interesse del mandatarario o di un terzo, visto che, nei primi due casi, il mandante o i suoi eredi, esercitando il potere di revoca (recesso), in assenza di una causa di giustificazione, possono sí liberarsi dal vincolo, ma sono comunque tenuti ad indennizzare il mandatarario<sup>88</sup>; mentre, nell'altra fattispecie, lo scioglimento del rapporto è subordinato – come è noto – all'esistenza di una giusta causa<sup>89</sup>.

Si è già chiarito, però, che la *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi non può ritenersi soddisfatta dalla sola revocabilità dell'atto, in quanto essa è piú complessa e articolata e si ricollega al principio di tipicità delle fonti di delazione ereditaria, che individuano nel testamento l'unico strumento con cui i privati possono disporre dei loro beni per il tempo successivo alla morte ed in funzione di essa (art. 587 c.c.). L'esclusività assegnata dal legislatore al negozio di ultima volontà concerne proprio la funzione che esso è destinato a svolgere; funzione che si differenzia nettamente da quella dei negozi *inter vivos* (anche a struttura unilaterale). Infatti, mentre questi ultimi sono destinati a regolare un conflitto di interessi tra il disponente e coloro ai quali la dichiarazione è diretta, il testamento, invece, non creando alcun vincolo giuridico tra l'ereditando ed i terzi, assicura l'effettività e spontaneità dell'intento dispositivo, evitando che lo stesso possa risultare distorto dalla volontà di terzi o dall'esigenza di tutelare l'altrui affidamento.

lano, 18 aprile 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 694; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 106; in giurisprudenza, *ex multis*: Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1613.

<sup>88</sup> La fattispecie viene qualificata in termini di atto lecito dannoso e determina in capo mandatarario il diritto ad ottenere – oltre al compenso proporzionale all'opera prestata fino a quel momento e al rimborso delle spese sostenute – un indennizzo commisurato al lucro cessante sofferto per la anticipata estinzione del rapporto, da raggugiarsi agli utili che egli avrebbe potuto percepire dall'esecuzione dell'incarico, detraendo gli eventuali guadagni conseguiti in tale periodo a séguito dell'esercizio di altre attività che non avrebbe potuto svolgere in mancanza della revoca (G. MINERVINI, *o.c.*, p. 181; A. CATAUDELLA, *o.u.c.*, p. 645). Diversamente, altri autori (A. LUMINOSO, *o.c.*, p. 468) ritengono che, ove sia stata pattuita l'irrevocabilità, l'eventuale revoca costituirebbe un illecito contrattuale in quanto violerebbe l'obbligo di non recedere (se non per giusta causa) nascente dall'accordo. Di qui il risarcimento del danno spettante al mandatarario commisurato «alla lesione dell'interesse [...] alla permanenza del rapporto e non soltanto alla lesione dell'interesse al compenso, che potrà costituire semmai (nel mandato oneroso) una delle componenti».

<sup>89</sup> Mass. NUZZO, *Il mandato conferito nell'interesse altrui*, Milano, 2003, p. 68 ss

Di conseguenza, dubbi suscita anche l'opinione di coloro i quali, sempre nell'ambito del medesimo indirizzo, per dimostrare la validità del mandato *mortis causa* revocabile hanno messo in dubbio che il testamento rappresenti l'unico strumento per realizzare un assetto di interessi successorio ed hanno affermato che ciò che è dato desumere dalla disciplina dettata per l'atto *mortis causa* è solo il principio della essenzialità della forma «quale particolare strumento di garanzia di certezza e serietà della volontà testamentaria» e non anche quello della esclusività del tipo. Sicché ben potrebbe riconoscersi validità al mandato a causa di morte ove questo fosse stato stipulato per atto pubblico o con l'osservanza delle formalità prescritte per il testamento olografo<sup>90</sup>.

Ragionando in quest'ottica, però, non solo non si attribuisce la dovuta rilevanza al peculiare modo di atteggiarsi del testamento sotto il profilo dinamico funzionale, ma riesce altresì difficile comprendere perché il legislatore abbia espressamente posto un divieto così perentorio come quello desumibile dagli artt. 457 e 458 c.c., quando, ai fini della validità dei contratti a causa di morte, sarebbe stato sufficiente imporre ai contraenti l'adozione di una determinata forma<sup>91</sup>.

È per tali motivi, dunque, che, allo stato, può riconoscersi validità al mandato *post mortem* unicamente là dove esso abbia ad oggetto un incarico che si concretizza in un'attività esecutiva relativa ad un'attribuzione patrimoniale già perfezionata in vita dal mandante. Così come accade, ad esempio, allorquando il *dominus* conferisce al mandatario l'incarico di consegnare a terzi determinati beni il cui diritto di proprietà il mandante, mediante appositi atti di alienazione, abbia già trasferito ai beneficiari, di guisa che l'attività del mandatario si rivela essere meramente esecutiva rispetto ad un trasferimento di diritti già attuatosi *inter vivos*<sup>92</sup>.

Più complessa e articolata è la soluzione prospettabile nei casi in cui

<sup>90</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 420; in questo senso, in relazione al *trust*, vedi M. LUPOI, *Trust*, Milano, 1997, p. 512, nota 149, dove si sottolinea l'opportunità di far ricorso all'atto pubblico. Diversamente, A. PALAZZO, *Donazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 157, che evidenzia come il requisito della forma nell'ambito delle liberalità *post mortem*, in quanto inidoneo a tutelare adeguatamente il disponente, abbia subito un profondo declino, nonostante in altri settori del diritto privato si sia assistito ad una rivalutazione dei requisiti formali.

<sup>91</sup> F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, cit., p. 223; A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi*, cit., p. 457; N. DI STASO, *Il mandato post mortem*, cit., p. 690.

<sup>92</sup> Relativamente ad un'ipotesi di mandato a vendere da eseguirsi dopo la morte del *dominus*, la Suprema Corte ha chiarito che l'incarico deve considerarsi nullo poiché la coincidenza dei mandatarî con gli eredi «necessariamente implica la riferibilità della loro volontà negoziale all'assorbente posizione di successori, ormai ostativa ad una contrattazione in nome e per conto del proprietario» (Cass., 23 aprile 2001, n. 5891, in *www.dejure.giuffre.it*).

al mandato si affianchi un patto fiduciario con il quale il mandatario si obbliga con il mandante a trasferire al terzo, dopo la morte del *dominus*, i beni ricevuti *inter vivos*<sup>93</sup>. Ai fini della liceità di tali operazioni, è necessario svolgere, infatti, una penetrante indagine sugli scopi concretamente perseguiti dalle parti, in modo da valutare se i beni siano stati trasferiti al fiduciario solo formalmente, conservando il fiduciante la sostanziale disponibilità sugli stessi, oppure siano realmente entrati a far parte del patrimonio del mandatario<sup>94</sup>.

In realtà, se si valuta esclusivamente la struttura formale dell'operazione negoziale, è evidente che nessun contrasto sussiste con il divieto dei patti successori, dal momento che i beni vengono acquistati immediatamente, *inter vivos*, dal fiduciario e da quest'ultimo trasferiti, dopo la morte del mandante, al terzo<sup>95</sup>. Diversamente, se si ha riguardo al profilo funzionale dell'atto ed al suo concreto atteggiarsi, occorre essere molto più cauti nell'affermare la validità di tali operazioni<sup>96</sup>, in quanto esse, diffuse soprattutto in ambito finanziario, sembrano fondarsi spesso sullo schema della fiducia non romanistica, ma germanistica, incentrata – come è noto – sulla

<sup>93</sup> U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario*, cit., p. 700 ss.; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 1249 ss.; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato*, cit., p. 304; F. REALMONTE, *Rapporti fiduciari nei trasferimenti mortis causa e post mortem: un vecchio problema rivisitato*, in AA.Vv. (a cura di), *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, p. 230 ss.; G. MINERVINI, *Il mandato*, cit., p. 125, i quali tendono a considerare valide le fattispecie descritte nel testo.

<sup>94</sup> Gli autori che hanno studiato tali schemi negoziali in chiave di alternativa convenzionale al testamento hanno rilevato, peraltro, che essi presentano due difficoltà, e precisamente: a) l'operazione negoziale è gravata dalle spese fiscali sul doppio trasferimento che rende assai costoso il congegno; b) l'inadempimento del fiduciante non è sanzionabile specificamente in quanto può dar luogo solo al risarcimento del danno. Nel mandato, invece, all'inconveniente *sub a*), si aggiungono la libera revocabilità del contratto da parte degli eredi, che potrebbe ostacolare il trasferimento del bene al beneficiario, e la possibile permanenza del bene per un periodo di tempo indefinibile (fino alla morte del mandante) nel patrimonio del mandatario (F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, cit., p. 227; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 91 ss.; M.L. GAMBINI, *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 965). Proprio per tali ragioni si è sostenuto che per realizzare lo scopo del disponente sarebbe preferibile la donazione fiduciaria (F. REALMONTE, *o.c.*, p. 238).

<sup>95</sup> A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 1249 ss.; G. CESÀRO, *Patrimoni destinati nell'interesse della famiglia tra diritto positivo e prospettive di disciplina del trust*, in AA.Vv. (a cura di), *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 101 ss.

<sup>96</sup> A. LUMINOSO, *Intestazione di quota societaria, negozio fiduciario e mandato a confronto*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, p. 518, rileva come anche il primo trasferimento, dal fiduciante al fiduciario, trovi la sua causa nella morte del mandante, dato il peso determinate che, ai fini della collazione e dell'azione di riduzione, assume il "piano economico effettuale dell'operazione complessiva". Piano che dimostrerebbe il carattere strumentale del primo atto di alienazione rispetto alle reali finalità perseguite dalle parti, che sarebbero dirette essenzialmente ad arricchire il beneficiario finale dell'attribuzione.

dissociazione tra titolarità sostanziale del diritto, che rimane al fiduciante, e legittimazione formale all'esercizio dello stesso che viene attribuita al fiduciario<sup>97</sup>.

Conseguentemente, questi tipi di trasferimento, sebbene in astratto leciti, possono, per contro, risultare invalidi in concreto, sotto il profilo della frode alla legge, soprattutto là dove il *dominus*, oltre a conservare integro il potere sostanziale di disporre dei beni negoziati, si sia riservato la facoltà di individuare i beneficiari dell'attribuzione mediante un atto di ultima volontà<sup>98</sup>. In presenza di tali caratteri, sia i beni che gli effettivi destinatari degli stessi si identificano solo al momento della morte del mandante-fiduciante, rendendo la funzione dell'atto assai simile a quella dei negozi a causa di morte, e dunque illecita ai sensi dell'art. 1344 c.c.<sup>99</sup>. Tant'è vero che anche quella parte della dottrina che riconosce validità al mandato *post mortem* là dove il *dominus* abbia la possibilità di revocare liberamente l'incarico non ha mancato di avvertire che, a fronte di «una trasmissione fiduciaria con conseguente titolarità formale e conseguente potere di abuso del fiduciario», ogni «lesione o contaminazione» del divieto dei patti successori non possa ritenersi esclusa<sup>100</sup>.

Viceversa, sembra fuoriuscire dall'ambito operativo del divieto di cui all'art. 458 c.c. lo schema del contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante<sup>101</sup>. In tale ipotesi – nella quale,

<sup>97</sup> Per il riferimento alla dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, vedi A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AA.VV. (a cura di), *Destinazione di beni allo scopo*, cit., p. 35 ss.

<sup>98</sup> Si è rilevato (A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 1254 s.) come dalla normativa riguardante le s.i.m. emerga uno schema contrattuale che sembra rientrare nell'ambito della fiducia di tipo germanistico proprio perché il bene non può considerarsi uscito dal patrimonio del cliente (fiduciante). Per tale ragione, si è affermato che il titolare dei valori mobiliari per disporre validamente degli stessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere, dovrebbe, al momento della costituzione del rapporto, far ricorso ad una tipologia contrattuale della gestione rappresentativa, che rende meno incisivo il potere di controllo del cliente. Non solo, ma sarebbe altresì necessario che nel negozio con la s.i.m. si inserisca una clausola la quale preveda che in caso di morte del cliente «la società promette il trasferimento dei beni al terzo beneficiario indicato nel contratto».

<sup>99</sup> R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 196.

<sup>100</sup> M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 145; M. COSTANZA, *Negozio mortis causa o post mortem*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 957, la quale in relazione al contratto a favore di terzo rileva come esso costituisca uno strumento «di legittimazione di operazioni negoziali di tipo fiduciario che potrebbero essere considerate invalide proprio perché in contrasto con il divieto dei patti successori».

<sup>101</sup> M. FRANZONI, *Il contratto e terzi*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contr.* Rescigno, Torino, 1999, p. 1088 ss.; A. FUSARO, *Il contratto a favore di terzi*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, in *Tratt. contr.* Roppo, III, Milano, 2006, p. 390 ss.



a titolo esemplificativo, rientrano la rendita vitalizia, il vitalizio alimentare e l'assicurazione sulla vita a favore di terzi – l'acquisto del diritto da parte del terzo, beneficiario della disposizione, avviene *iure proprio* e non *iure successionis*<sup>102</sup>. Detto acquisto, in particolare, si verifica per effetto del contratto stipulato tra promittente e stipulante e non a «causa» della morte di quest'ultimo<sup>103</sup>. Il decesso dello stipulante si pone infatti come mero elemento temporale teso a differire nel tempo la realizzazione di un diritto che è stato già acquistato dal terzo in via immediata e diretta per effetto della stipulazione e che è entrato, *inter vivos*, a far parte della sua sfera giuridica.

Per tali ragioni, le descritte operazioni negoziali, risultando prive degli indici caratterizzanti le convenzioni a causa di morte, visto che l'attribuzione non solo non è subordinata alla premorienza dello stipulante al beneficiario, ma è spesso resa stabile e definitiva attraverso la rinuncia al potere di revoca e la dichiarazione del terzo di voler profittare del beneficio, devono considerarsi estranee all'area operativa del divieto posto dall'art. 458 c.c.<sup>104</sup>.

9. Particolarmente controverso, inoltre, è l'utilizzo del *trust* in funzione successoria. Esso, nella sua configurazione essenziale, a differenza del negozio fiduciario, fa sí che il *trustee* si obblighi direttamente verso il terzo a trasferire i beni che ha ricevuto *inter vivos* dal *settlor*; beni che sono oggetto di un effetto segregativo e che rimangono pertanto staccati da quelli del *trustee*<sup>105</sup>. Il che vale indubbiamente a differenziare tale negozio sia

<sup>102</sup> R. NICOLÒ, *Disposizione di beni*, cit., p. 641; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 305; G. BONILINI, *I legati*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2001, p. 130 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 496.

<sup>103</sup> *Ex multis*, v. M. TAMPIERI, *Contratto a favore di terzi e patti successori alcuni orientamenti confronto*, in *Vita not.*, 2011, p. 1796; F. ANGELONI, *Contratto a favore di terzi. Art. 1412*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2004, p. 348 ss.; Mass. NUZZO, *Il mandato*, cit., p. 103 ss.

<sup>104</sup> F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, cit., p. 206 ss.

<sup>105</sup> La Convenzione dell'Aia del 1 luglio 1985 ratificata dall'Italia con la l. 16 ottobre 1989, n. 364 (entrata in vigore il 1 gennaio 1992), al fine di evitare eventuali abusi del *trustee*, ha stabilito che: «a) che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*; b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta; c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*; d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro» (art. 11 conv.). Inoltre, «il *trustee* è investito del potere e onerato dall'obbligo, di cui deve rendere il conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge» (art. 2, lett. c, conv.) e

dalle convenzioni successorie che dal negozio fiduciario, garantendo una maggiore tutela dell'interesse del *settlor* e del destinatario finale dell'attribuzione, visto che il *trustee* si obbliga direttamente verso quest'ultimo<sup>106</sup>.

Tale istituto, pertanto, se, da un lato, risponde certamente alle moderne esigenze socio-economiche e rappresenta uno strumento idoneo a soddisfare la richiesta di pianificare la successione all'interno di un nucleo familiare<sup>107</sup>, ponendo un limite alla c.d. potestà di abuso, che è invece insita nella figura del fiduciario<sup>108</sup>; dall'altro lato, però, non esclude, almeno in via generale ed assoluta, che, in concreto, si possa verificare un'elusione dei principi fondamentali che regolano la trasmissione dei beni ereditari<sup>109</sup>. Considerata l'ampia figura di *trust* delineata dalla Convenzione, è possi-

ha la capacità «di agire in giudizio ed essere citato in giudizio o di comparire in qualità di *trustee* davanti ad un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica» (art. 11 conv.).

<sup>106</sup> R. SICLARI, *Trust e passaggio generazionale di impresa*, in *Trust*, 2011, p. 130, che trae argomento dalla costituzione del vincolo creato *inter vivos* dal *trust* per affermare che il negozio, seppur posto in essere in funzione successoria, fuoriesce dal divieto posto dall'art. 458 c.c.

<sup>107</sup> A. PISCHETOLA, *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa in comparazione anche con i patti successori*, in *Vita not.*, 2010, II, p. 955.

<sup>108</sup> N. LIPARI, *Fiducia statica e fiducia dinamica*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 494, sottolinea il distacco netto esistente tra la figura di *trust* delineata dalla Convenzione e il negozio fiduciario tradizionalmente inteso, quale atto traslativo accompagnato da un patto di natura obbligatoria volto a regolare gli scopi e gli effetti del trasferimento. Secondo l'A. la disciplina che la Convenzione dedica all'istituto è incentrata soprattutto sul fine che deve essere realizzato e sulle tecniche di tutela idonee a garantire la sua soddisfazione. Il che, spostando l'attenzione dal piano dell'atto e della sua rilevanza causale a quella del rapporto, rende assimilabile il *trust* alla c.d. «fiducia statica», ossia a quelle fattispecie fiduciarie in cui il soggetto, essendo già investito di una determinata situazione giuridica, si impegna a utilizzarla per perseguire certi fini (C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548 ss.; A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 93 ss.; M. LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, p. 74 ss.).

<sup>109</sup> G. DE NOVA, *Trust interni con valore aggiunto e trust elusivi: il caso del trust di cimeli napoleonici*, in *Trust*, 2006, p. 174. Occorre considerare che tale figura di *trust*, seppur rappresenta uno strumento ottimale per la pianificazione familiare e l'individuazione dei beneficiari, in quanto consente al disponente di modificare l'attribuzione originariamente predisposta sulla base di circostanze sopravvenute o delle mutate esigenze personali, trova un ulteriore ostacolo nella possibile violazione delle norme poste a tutela dei legittimari (A. PALAZZO, *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, p. 671 ss.). Per tale ragione, per garantire le quote di legittima si utilizzano spesso alcune clausole di salvaguardia quali, ad esempio, quelle che impongono al *trustee* o al beneficiario finale di garantire i diritti degli eredi legittimari del *settlor* mediante l'integrazione, con beni o danaro da prelevarsi dal patrimonio stesso, della quota ad essi spettante. Si tenga presente, inoltre, che ai fini dell'eventuale azione di riduzione, per stabilire la priorità dell'eventuale liberalità, dovrebbe far fede non già la data in cui i beni sono usciti dal patrimonio del *de cuius* e sono stati acquistati dal *trustee* (M. LUPOI, *Trust*, cit., p. 511), bensì quella della morte del *settlor* (A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 959, nota 106).

bile infatti che al negozio vengano aggiunte determinate clausole che attribuiscono al *settlor* il potere di revocare liberamente la disposizione, di modificare i beneficiari o di nominarli successivamente, di sostituire il *trustee* o di assegnare a quest'ultimo la facoltà di attribuire beni diversi da quelli originariamente confluiti nel *trust* (c.d. *living trust*).

Del resto, basta pensare che un imprenditore avveduto difficilmente sarebbe disposto ad operare un'effettiva traslazione dei poteri dominicali in favore del *trustee*, che sebbene persona di sua fiducia, verrebbe in tal modo ad avere poteri così incisivi sull'organizzazione e gestione dell'azienda da alterare quel rapporto simbiotico, inscindibile, che sussiste tra l'impresa (in genere medio piccola) ed il suo titolare. Conseguentemente, in presenza di un *trust* come quello sopra descritto è necessario procedere ad una attenta valutazione degli scopi che il negozio tende in concreto a soddisfare, poiché, proprio attraverso la predisposizione delle suddette clausole non è infrequente che le parti realizzino un assetto di interessi del tutto analogo a quello perseguibile attraverso un testamento o un negozio fiduciario<sup>110</sup>.

In realtà, sebbene anche tale peculiare figura di *trust* sia costituita per atto *inter vivos* e non preveda alcun accordo tra il *settlor* e il futuro beneficiario della disposizione, dal momento che quest'ultimo può essere designato anche successivamente dal *trustee* ed acquista la titolarità dei beni direttamente da quest'ultimo<sup>111</sup>, non sembra che ciò sia sufficiente ad escludere, in concreto, un'elusione del divieto dei patti successori<sup>112</sup>. Questo perché il divieto posto dall'art. 458 c.c. può essere aggirato non solo attraverso accordi intercorsi direttamente tra il disponente e il beneficiario finale dell'attribuzione, ma, anche – e più in generale – con «ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione» e, quindi, attraverso operazioni contrattuali complesse come quelle appena descritte.

Cosicché in presenza di un *trust* liberamente revocabile, subordinato alla sopravvivenza del beneficiario al disponente in cui i beni oggetto dell'attribuzione siano determinabili e commisurabili nella loro esistenza e

<sup>110</sup> Sul *trust* testamentario, vedi R. CALVO, *Il «trust» testamentario*, in ID. e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, cit., p. 63 ss. La giurisprudenza di merito ha peraltro considerato valido il *trust* costituito dai genitori esercenti la potestà sul minore affinché il figlio, al compimento della maggiore età, possa ricevere l'oggetto del legato attribuitogli dal testatore, in quanto – si è affermato – esso «costituisce la migliore garanzia per la conservazione dei beni segregati fino al conseguimento della capacità di agire del beneficiario» (Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, in *Nuovo dir.*, 2004, p. 907).

<sup>111</sup> F. PARENTE, *Le disposizioni in «forma indiretta»*, cit., p. 135 ss.

<sup>112</sup> U. CARNEVALI, *Negozi fiduciari*, cit., p. 703 ss.; Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 753 ss., con nota di G. CASSONI, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*.

consistenza solo dopo la morte del *settlor*, potendo addirittura il *trustee* attribuire ai beneficiari beni diversi da quelli originari, non può escludersi, *a priori*, un contrasto con il combinato disposto degli artt. 1344 e 458 c.c., dovendo l'interprete operare un'attenta valutazione in concreto degli scopi perseguiti dalle parti attraverso siffatta, articolata, operazione negoziale.

10. Un richiamo infine merita il problema della donazione *mortis causa* che nella sua configurazione tipica di negozio liberamente revocabile dal donante, teso realizzare un'attribuzione *de residuo* e subordinato alla sopravvivenza del beneficiario al disponente, è da tempo considerata nulla. La presenza di tali caratteristiche, che ben si armonizzavano con la funzione che la donazione era destinata a svolgere nel diritto romano, induce a considerare tale istituto non solo in contrasto con il divieto dei patti successori, dal momento che è diretto a realizzare un'attribuzione patrimoniale a causa di morte, ma, ancor prima, incompatibile con le regole dettate in tema di scioglimento del vincolo contrattuale<sup>113</sup>.

In particolare, con riguardo al menzionato contrasto dell'istituto con il divieto posto dall'art. 458 c.c. è opportuno ribadire che la facoltà di revoca, pur ove non integri gli estremi di una condizione sospensiva *si volum*, non è comunque idonea, di per sé, a sottrarre il negozio dal conflitto con la *ratio* che ispira la proibizione dei patti successori istitutivi. Questo perché – si è detto – un contratto liberamente revocabile dall'alienante non esclude comunque la nascita immediata di un vincolo obbligatorio, e quindi l'operatività delle regole contrattuali volte a tutelare l'altrui affidamento.

Diversamente possono considerarsi valide sia la donazione *cum moriar*, in cui la morte del donante si pone come termine che differisce nel tempo il prodursi dell'effetto negoziale tipico, sia la donazione *si praemoriar*, dove l'effetto attributivo è subordinato alla premorienza del donante al benefi-

<sup>113</sup> La nullità della donazione liberamente revocabile dal donante deriva, infatti, prima ancora che dal divieto dei patti successori, dai principi che regolano la materia contrattuale, i quali – è noto – ammettono lo scioglimento del vincolo obbligatorio solo per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge (art. 1372 c.c.) e non consentono l'apposizione di clausole che rendano il negozio dipendente nei suoi effetti dal mero arbitrio del disponente. Del resto, la donazione *mortis causa* era ritenuta inammissibile già durante la vigenza del codice civile del 1865 proprio perché contrastava con il principio stabilito dall'art. 1050 c.c., secondo il quale la donazione implicava lo spoglio attuale e irrevocabile del bene donato. A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 314; ID., *Variazioni sul tema della donazione «mortis causa»*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 580; A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1972 (rist.), p. 41; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1985, p. 52; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XII, Torino, 1961, p. 103 ss.; A. CARRABBA, *Le donazioni «mortis causa»*, cit., p. 1451.

ciario<sup>114</sup>. Anche se alcuni autori operano una distinzione tra le due fattispecie, riconoscendo validità alla donazione *si praemoriar* e considerando nulla la donazione sottoposta a termine iniziale<sup>115</sup>. Ciò sul presupposto che, in quest'ultima ipotesi, il negozio, producendo i suoi effetti tipici soltanto dopo la morte del donante, rientrerebbe tra gli atti *mortis causa*; mentre nell'altro caso, vista la retroattività della condizione, ogni interferenza con il divieto dei patti successori sarebbe esclusa, potendosi gli effetti della donazione farsi risalire al momento della stipulazione dell'atto.

È questo, però, un indirizzo che non solo sopravvaluta il carattere retroattivo della condizione – carattere, peraltro, soltanto normale e non necessario, potendo essere derogato dall'autonomia privata o escluso dalla natura del rapporto (art. 1360 c.c.) – ma, riportando la *donatio cum moriar* tra le fattispecie vietate dall'art. 458 c.c., sembra non cogliere compiutamente i caratteri distintivi tra negozi *mortis causa* e negozi *inter vivos* ad effetti *post mortem* in precedenza esposti<sup>116</sup>.

Piú adeguata a rappresentare la complessità del fenomeno appare l'opinione espressa dall'orientamento prevalente che, trattando unitariamente le due fattispecie, sottolinea le differenze esistenti tra esse e le convenzioni successorie<sup>117</sup>. Si afferma, cosí, da un lato, che l'apposizione del termine o della condizione altro non determinano se non una valorizzazione dei mo-

<sup>114</sup> La giurisprudenza ha affermato, peraltro, che il contratto con cui una parte deposita presso un'altra persona una determinata somma di danaro ed attribuisce poi ad un altro soggetto, che è parte dell'atto, il diritto a pretendere la restituzione della somma dopo la morte del disponente, non potendosi configurare come un contratto a favore di terzi *ex art.* 1412 c.c., in quanto il beneficiario è parte del negozio e lo stipulante si è obbligato a mantenere ferma l'attribuzione in suo favore, deve qualificarsi come una «complessa convenzione costituita da un deposito irregolare e da una donazione a causa di morte» vietata ai sensi dell'art. 458 c.c. (Cass., 17 agosto 1990, n. 8335, in *Riv. not.*, 1991, p. 517).

<sup>115</sup> B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 106; V. CASULLI, *Donatio mortis causa (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1964, p. 1004. Diversamente, considerano nulle sia la donazione *cum moriar*, che la donazione *si praemoriar*: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 312, nota 4; A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 26, ritenendo che detto negozio, sostanzialmente, produce effetti assai simili a quelli dell'atto *mortis causa*, non comportando l'immediato trasferimento di alcun diritto al donatario e producendo quale effetto immediato solo quello che caratterizza la fattispecie vietata e, cioè, la non revocabilità dell'attribuzione (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 355).

<sup>116</sup> G. CARADONNA, *Patto successorio*, cit., p. 229.

<sup>117</sup> R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 150; F. SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto «cum praemoriar»*, in *Foro it.*, 1950, I, c. 385; A. TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione*, cit., p. 580; A. CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 91 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 537; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 490; in giurisprudenza v. Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *Mass. Giust. civ.*, 1976, p. 1130; Trib. Torino, 26 febbraio 2009, in *www.dejure.giuffre.it*.

tivi del donante<sup>118</sup> e, dall'altro, che, durante la fase di pendenza, il contratto è comunque produttivo di effetti giuridici preliminari, i quali si traducono nella nascita di situazioni giuridiche soggettive normativamente tutelate, immediatamente azionabili e trasmissibili agli eredi secondo i principi che regolano la successione nei rapporti contrattuali<sup>119</sup>. Di qui la differenza con il negozio a causa di morte e la conseguente validità delle fattispecie in esame.

Particolarmente controversa inoltre è la soluzione prospettabile nei casi in cui la donazione venga effettuata in favore di più beneficiari e risulti caratterizzata dall'apposizione di una clausola di accrescimento, che prevede che alla morte di uno dei coacquirenti la quota non si trasmetta ai suoi eredi, ma si trasferisca ai beneficiari superstiti.

Gli autori che sostengono la validità di simili clausole fanno leva soprattutto sulla retroattività della condizione e affermano che, proprio in virtù di tale carattere, il coacquirente premorto deve considerarsi come mai divenuto comproprietario del bene, di guisa che il trasferimento della sua quota in capo ai coacquirenti superstiti si realizza non *successionis causa*, ma in forza del negozio originario stipulato tra il donante ed i beneficiari<sup>120</sup>.

E tuttavia non può sottacersi che l'accrescimento della quota in capo al coacquirente, modificando l'ordine legale dei successibili, è diretto essenzialmente ad istituire erede o legatario l'ultimo dei donatari superstiti<sup>121</sup>. Infatti, se è vero che la clausola realizza, *inter vivos*, un effetto attributivo immediato in favore di tutti i coacquirenti, è altresì indubbio che alla morte di uno di essi il comproprietario superstite acquista la quota non dal disponente (donante) originario, ma direttamente da colui che è premorto<sup>122</sup>. In virtù dell'atto di alienazione stipulato tra il disponente ed i donatari, il bene, infatti, entra immediatamente (*pro quota*) nel patrimonio di questi ultimi, di guisa che alla morte di uno di essi la sua quota (ideale) si tra-

<sup>118</sup> A. CARRABBA, *Le donazioni «mortis causa»*, cit., p. 1454.

<sup>119</sup> Trib. Torino, 26 febbraio 2009, cit., che ha ribadito che la donazione *si praemioriar* per essere valida esige che il consenso prestato al tempo della stipulazione sia perfetto e irrevocabile «*ab initio*» e soltanto differito negli effetti alla data del decesso.

<sup>120</sup> La diversità delle clausole di accrescimento rispetto alle clausole condizionali e la contrarietà delle stesse al divieto dei patti successori è sottolineata da R. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951, p. 72; e da A. PALAZZO, *Accrescimento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 47 ss.

<sup>121</sup> La Suprema Corte ha affermato che il patto di accrescimento integra una donazione *mortis causa* – e non una donazione *si praemioriar* – che, come tale, non si sottrae alla censura di nullità per violazione del divieto dei patti successori (Cass., 16 giugno 1966, n. 1547, in *Giust. civ.* 1967, I, p. 1351; Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, cit.

<sup>122</sup> Trib. Torino, 26 febbraio 2009, cit.

sferisce automaticamente ai comproprietari superstiti<sup>123</sup>. Ed è per questo che tali clausole, essendo dirette ad evitare che la quota di colui che premuore cada nel suo patrimonio ereditario, attuano una vicenda traslativa a causa di morte al di fuori delle tipiche forme di delazione ereditaria che, come tale, non può che essere dichiarata nulla ai sensi degli artt. 457 e 458 c.c.<sup>124</sup>.

Diversa, per contro, sarebbe la soluzione se il negozio avesse ad oggetto un diritto per sua essenza temporaneo, destinato ad estinguersi, *ex lege*, alla morte del contitolare. L'ipotesi alla quale si intende fare riferimento è quella tipica della costituzione per atto di donazione (art. 796 c.c.) di un diritto di usufrutto congiuntivo, di guisa che, alla morte di uno dei cousufruttuari, la sua quota, anziché consolidare la nuda proprietà, accresce quella degli altri titolari del diritto reale minore. In tal caso, infatti, in favore dei beneficiari si determina un'attribuzione patrimoniale immediata; mentre l'accrescimento a favore dei cousufruttuari superstiti si realizza esclusivamente in virtù della citata previsione legale che esclude, *ab origine*, ogni possibile contrasto tra l'atto di autonomia ed i principi che disciplinano il trasferimento dei beni a causa di morte<sup>125</sup>. Ciò analogamente a quanto accade in presenza di una vendita con riserva di usufrutto vita natural durante (*ex art. 1002, comma 3, c.c.*)<sup>126</sup>, dove la morte del vendi-

<sup>123</sup> In particolare, si è precisato che «Configura un patto successorio vietato dall'art. 458 c.c., l'atto con il quale due soggetti comprino in comune la proprietà di un immobile, contestualmente pattuendo che la quota ideale di comproprietà di ciascuno acquistata debba successivamente pervenire a chi di essi sopravviva, in quanto quest'ultimo acquista l'altra quota non dall'originario venditore che l'aveva già alienata al soggetto premorto, ma direttamente dal medesimo, al di fuori delle prescritte forme di successione *mortis causa*» (Cass., 18 agosto 1986, n. 5079, in *www.dejure.giuffre.it*).

<sup>124</sup> Non solo, ma anche là dove la condizione di premorienza si atteggiasse come condizione sospensiva e non risolutiva si creerebbe un grado di incertezza in ordine al soggetto destinato ad acquistare la titolarità definitiva dei beni del tutto inammissibile, visto che sarebbe solo in séguito alla morte del penultimo donatario che si conoscerebbe l'effettivo proprietario dei beni donati.

<sup>125</sup> In tal senso sono orientate la dottrina e la giurisprudenza prevalenti che hanno chiarito come il consolidamento dell'usufrutto in capo al donatario, nudo proprietario, costituisca un effetto legale dovuto all'estinzione del diritto reale minore alla morte del donante riservatario e non un'attribuzione fatta da questi con effetti *post mortem*. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1979, p. 82; F. SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto*, cit., p. 385; A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 313; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 45; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 490.

<sup>126</sup> A. CARRABBA, *Le donazioni «mortis causa»*, cit., p. 1454, che rileva come la predetta norma dimostri la liceità dell'istituto, il quale è stato «accostato al diritto di usufrutto per la frequenza con cui la riserva è stata e viene utilizzata rispetto a tale ultimo diritto soprattutto negli atti di liberalità».

tore riservatario, determinando la ricostituzione della pienezza del diritto di proprietà in capo all'acquirente, non per effetto dell'atto di privata autonomia, ma in virtù dell'automatico estinguersi, *ex lege*, del diritto di usufrutto, nessun contrasto determina con il divieto posto dall'art. 458 c.c.

11. Il quadro sinteticamente delineato in ordine alle forme di devoluzione della ricchezza *post mortem* attraverso istituti che si pongono come valida alternativa al negozio testamentario, da un lato, dimostra, dunque, come il divieto dei patti successori istitutivi, pur trovando la ragion d'essere in motivazioni che sorreggono l'intero sistema successorio, non sia espressione di alcun valore costituzionalmente garantito, per cui ben potrebbe essere abrogato o ulteriormente circoscritto da apposite previsioni normative; dall'altro pone in evidenza quanto complessi e articolati siano gli interessi implicati nelle vicende contrattuali sopra richiamate. Il che impone di rifuggire da analisi descrittive e proporre, invece, mediante un'interpretazione funzionale e sistematica, attenta ai principi normativi ed ai valori costituzionali, soluzioni tese a bilanciare, in concreto, i diversi principi e le molteplici istanze di tutela sottese agli istituti illustrati.

In questa logica, la libertà di testare, nell'accezione delineata, rappresenta quindi un valore non più assoluto, ma relativo, in quanto le regole poste a salvaguardia della reale, spontanea ed effettiva volontà del *de cuius*, devono comunque contemperarsi sia con i principi di solidarietà familiare, sottesi alla posizione dei legittimari, sia con le esigenze economiche dei processi produttivi, sempre più al centro delle indicazioni provenienti dagli organi europei e sensibili al mantenimento dei livelli occupazionali, in conformità del principio di uguaglianza<sup>127</sup>. Di qui gli attuali confini del divieto posto dall'art. 458 c.c. e le soluzioni sopra delineate, le quali, proprio perché fondate su una valutazione comparativa dei contrapposti interessi che animano le vicende contrattuali *post mortem*, tendono a favorire una lettura del predetto testo legislativo più aderente alle recenti tendenze normative e giurisprudenziali sia interne che comunitarie.

VINCENZO PUTORTÍ

### *Abstract*

Il lavoro ha per oggetto il tema dei rapporti correnti tra l'autonomia privata e la normativa successoria e tende a verificare se determinati contratti, i cui effetti tipici sono destinati a prodursi dopo la morte del disponente, possano rice-

<sup>127</sup> P. PERLINGIERI e G. RECINTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 941.



vere un giudizio di validità da parte dell'ordinamento. In questa prospettiva, l'A. esamina il problema della esclusività della funzione riservata al testamento e del significato stesso della tipizzazione legale, analizzando la compatibilità con tale previsione e con il divieto dei patti successori di altre figure contrattuali cui fanno ricorso i privati per soddisfare le esigenze economiche dei processi produttivi e garantire la continuità dell'attività di impresa. Dopo aver messo in luce la *ratio* sottesa ai contratti successori istitutivi e gli indici che caratterizzano i contratti *post mortem*, vengono prese in esame le figure contrattuali che maggiormente consentono una programmazione nella successione dell'impresa, quali il patto di famiglia, le clausole societarie di riscatto, di continuazione e di successione, il *family buy out*, il *trust*, il contratto a favore di terzi, il mandato *post mortem* e il negozio fiduciario, la donazione *si praemoriar* e *cum moriar*. Si delinea in tal modo un quadro complesso e articolato che impone di ricercare soluzioni attente ai principi normativi ed ai valori costituzionali e sensibili a bilanciare, in concreto, i molteplici interessi e le contrapposte esigenze di tutela sottese a tutte le operazioni esaminate.

The paper treats the relationship between the contractual freedom and the law of succession. Its target is to verify the legal validity of certain kind of contracts whose typical effects are produced after the settlor's death. In the described perspective, the Author examines the issues related both to the function of the will and to the meaning of the legal typing. Thus, the analysis regards the legal compatibility and the prohibition of the inheritance agreements that involve other pacts directed by the private parties to satisfy the economic interests of the production and to guarantee the continuation of the enterprise's activity. After having underlined the *ratio* of the contract of the founding inheritance and the indexes which characterize the *post-mortem* contracts, the study is focussed on the major contracts which allows the succession of the enterprise, such as the (so called) «patto di famiglia», the corporate's clauses providing the redemption, the continuation and the succession of the enterprise, the family buy out, the trust, the contract to third party, the *post-mortem* mandate, the fiduciary, the donation *si praemoriar* and *cum moriar*. Therefore, it is depicted a complex framework which imposes the research of solutions harmonised with the legal and constitutional principles and capable to concretely balance the multiple interests and the different needs of protection present in the whole described operations.