

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto**

**Curriculum in Diritto Comparato
XXVII ciclo**

**LA SUCCESSIONE NELL'ATTIVITÀ DI IMPRESA.
ANALISI COMPARATA E INDAGINE SULLA (PRESUNTA)
ESTRANEITÀ DELLA CAUSA SOCIETATIS AL FENOMENO
SUCCESSORIO**

Settore scientifico: IUS/02

**Dott.ssa Roberta de Paoli Ambrosi
R09582**

Relatore: Ch.mo Prof. Carlo Marchetti

**Coordinatore del Dottorato: Ch.ma Prof.ssa
Albina Candian**

Anno accademico 2014/2015

«Vi comunicheremo frattanto
Quello che abbiamo intimamente deciso.
Datemi la mapppa.
Sappiate che abbiam diviso il nostro regno in tre
e che è nostro preciso intendimento
scrollarci dalle nostre vecchie spalle
tutte le cure e gli affari di Stato
per affidarli a più giovani forze,
mentre, sgravati ormai d'ogni fardello,
ci avviamo alla morte.
Figlio nostro di Cornovaglia, e voi
non meno caro figlio d'Albania,
è nostra ferma volontà in quest'ora
notificarvi quel che avranno in dote
le nostre figlie, sì da prevenire
sin d'ora ogni futura lor discordia.
I principi di Francia e di Borgogna,
rivali illustri nel chieder la mano
della nostra più giovane figliola,
hanno protrato ormai fin troppo a lungo
l'amoroso soggiorno in questa corte,
e bisognerà dar loro risposta.
Ordunque ditemi, figliole mie,
poiché siamo in procinto di spogliarci
da oggi d'ogni nostra potestà,
come di ogni possesso materiale
e d'ogni altro interesse dello Stato,
ditemi dunque quale di voi tre
dovremo dire ci vuol più bene,
sì che la nostra liberalità
si possa estendere in maggior misura
a quella nel cui animo l'affetto
naturale di figlia rivaleggia
con il merito».

(da Re Lear, Atto I, W. Shakespeare)

Indice sommario

Introduzione.

L'ambito della presente indagine, ragioni e metodo	p. 7
--	------

Capitolo 1

L'attività di impresa nella trasmissione *mortis causa*

1.1 L'attività di impresa nella trasmissione <i>mortis causa</i> . Significato giuridico	p. 15
1.2 L'attività di impresa nella trasmissione <i>mortis causa</i> . Significato economico – aziendalistico	p. 19
1.3 Il fenomeno della successione nell'attività di impresa nel contesto economico italiano ed europeo	p. 25
1.4 Il ruolo del diritto delle successioni in comparato	p. 31

Capitolo 2

Il Regolamento UE n. 650/2012. Obiettivi di fondo e scelte adottate nel diritto internazionale privato europeo delle successioni *mortis causa*

2.1 Introduzione	p. 38
2.2 La genesi e il sistema di valori del Regolamento (UE) n. 650/2012	p. 41
2.3 L'ambito di applicazione	p. 47
2.4 Segue (i): Il rapporto con la disciplina dei negozi <i>inter vivos</i> con effetti <i>post mortem</i> (contratti di assicurazione, donazioni e clausole societarie sulla circolazione delle partecipazioni)	p. 51
2.5 Segue (ii): l'esclusione dei diritti reali e del trust dal campo di applicazione del Regolamento	p. 56

2.6 Segue (iii): I rapporti patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate	p. 58
2.7 I criteri di collegamento	p. 60
2.8 La disciplina dei patti successori (rinvio)	p. 63

Capitolo 3

I limiti all'autonomia testamentaria con riferimento alla successione nell'attività di impresa in una prospettiva di diritto comparato

3.1 Introduzione	p. 65
3.1.1 La delazione e il principio di unitarietà della successione <i>mortis causa</i>	p. 66
3.1.2 Il principio di unitarietà della successione in comparato	p. 70
3.1.3 Le successioni anomale nell'ordinamento italiano con riferimento all'attività di impresa	p. 72
3.1.4 Le fonti della delazione nell'ordinamento italiano e l'erosione del principio <i>nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest</i>	p. 78
3.2 I patti successori	p. 82
3.2.1 Premessa	p. 82
3.2.2 I patti successori in Italia. Ratio dell' art. 458 Cod. Civ. e collocazione sistematica	p. 84
3.2.3 I patti successori ed il patto di famiglia	p. 88
3.2.4 L'auspicata erosione del divieto	p. 91
3.2.5 I patti successori in Francia. Il divieto prima delle riforme	p. 93
3.2.6 Le recenti novelle del 2001 e del 2006	p. 96
3.2.7 Patti successori per favorire la continuità dell'attività di impresa in Francia	p. 102
3.2.8 I patti successori in una prospettiva di comparato	p. 107
3.2.9 I patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e nell'ulteriore prospettiva di un diritto europeo delle successioni	p. 113
3.3 La successione necessaria	p. 120

3.3.1 La successione necessaria in Italia. Ratio, articolazione della tutela e prospettive di riforma	p. 121
3.3.2. La successione necessaria in Francia	p. 130
3.4 L'esperienza inglese	p. 133
3.4.1 Il <i>personal representative</i>	p. 133
3.4.2 La libertà testamentaria e la successione necessaria	p. 136
3.4.3 Il diritto delle successioni e il <i>trust</i>	p. 140

Capitolo 4

Soluzioni societarie e segregazioni patrimoniali quali strumenti alternativi al testamento. Le strade italiane e le soluzioni straniere per uno studio sulla causa degli spostamenti di ricchezza con finalità successorie

4.1 Premessa. Diritto delle successioni e diritto commerciale	p. 143
4.2 Uno sguardo sui possibili strumenti societari alternativi al testamento nell'ordinamento italiano	p. 144
4.2.1 Segue: circolazione delle partecipazioni nelle società di persone	p. 144
4.2.2. Segue: la circolazione delle partecipazioni nelle società di capitali	p. 150
4.2.3 Segue: gli eventi modificativo evolutivi	p. 152
4.2.4 Segue: Conferimento e apporto di beni in società con finalità successoria	p. 154
4.3 La causa dei patti sociali delle società di persone che regolano la morte del socio. Il rapporto con il divieto dei patti successori	p. 154
4.4 La causa delle clausole statutarie sulla circolazione delle partecipazioni nelle società di capitali	p. 160
4.5 Le separazioni patrimoniali quali alternative alla devoluzione mortis causa. In particolare la fondazione di famiglia ed il <i>trust</i>	p. 162

Capitolo 5

Conclusioni

5.1 La (presunta) estraneità della *causa societatis* al fenomeno successorio p. 167

5.2 Efficienza e solidarietà di un sistema. Fattori strategici di successo del passaggio generazionale p. 176

Bibliografia p. 180

Introduzione. La successione nell'attività di impresa

Ambito, ragioni dell'indagine e metodo

Il presente lavoro è rivolto all'indagine comparatistica del fenomeno della successione nell'attività di impresa nell'ambito della famiglia.

La prima esigenza che si pone nel delineare l'ambito della ricerca è quella di dar conto di come la trasmissione dell'azienda in prospettiva successoria possa assumere una rilevanza sotto diversi profili di indagine. Il tema può (e in un certo senso deve) essere studiato nel suo profilo economico-aziendalistico per individuare i fattori critici che consentono il mantenimento nel tempo della stabilità di governo onde affrontare il passaggio generazionale sotto il profilo strategico e manageriale e sotto il profilo giuridico per dominare i possibili strumenti negoziali utilizzabili per realizzare l'effetto programmato.

Sotto un altro punto di vista l'approccio alla materia potrebbe essere spiccatamente privatistico (se non egoistico) per conoscere le specifiche criticità, anche psicologiche, che ogni imprenditore può incontrare nella definizione della propria successione. Vi è poi un approccio più diffusamente pubblicistico nella misura in cui in tempi sempre più recenti si guarda al fenomeno della trasmissione dell'attività d'impresa come vicenda che non deve pregiudicare la continuazione dell'attività imprenditoriale a scapito dei livelli occupazionali, del mantenimento dei rapporti con gli interlocutori del mercato o, in generale, della possibilità della crescita economica.

La sensazione, e lo si avverte sin dal principio, è però quella di non poter porre dei segni di demarcazione tanto netti tra le differenti aree che studiano il fenomeno.

In ognuna delle riferite macro categorie esistono punti contatto con le altre che ad un certo punto finiscono inevitabilmente per intrecciarsi.

In particolare, sotto la visuale delle scienze giuridiche si possono riscontrare differenti possibili ambiti di inquadramento del tema: uno

spiccatamente privatistico, uno di matrice sociale, uno di matrice internazionalprivatistica attesa la crescente tendenza ad operare in presenza di elementi di estraneità e considerata la tendenza in senso all'Unione Europea a uniformare le situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità, da ultimo con il Regolamento UE n. 650/2012, uno afferente all'analisi economica del diritto.

Tentando di meglio circoscrivere il perimetro giuridico della ricerca nell'ambito del diritto privato si palesa intuitiva la trasversalità del tema al diritto delle successioni, come naturale (e tradizionale) campo di elezione della trasmissione della ricchezza per il tempo successivo alla morte, e al diritto commerciale per la ontologica (e funzionale) appartenenza ad esso delle vicende relative all'attività di impresa.

A sua volta il fenomeno successorio, per il quale è d'obbligo, non dimenticare che esso rimane improntato a un rigoroso tecnicismo, onde la difficoltà, se non l'inutilità di studiare singoli istituti o discipline se non si è in grado di cogliere una visione d'insieme, induce a soffermarsi su altri istituti privatistici che tradizionalmente ne hanno costituito la sua giustificazione:

a) la proprietà (nel presente lavoro come titolarità sull'azienda, in via mediata se vi sono quote di partecipazione o immediata nel caso di imprenditore individuale)

b) la famiglia, la cui nozione risponde sempre più ad un problema di rilevanza sociale, ove le sue possibili declinazioni, ben lontane dalla nozione di istituto fondato sul matrimonio, impongono di valutare attentamente la cerchia dei soggetti che vi possono rientrare, in considerazione dell'evoluzione dei modelli familiari. Si pensi alle «famiglie» che non sono fondate sul matrimonio, ma a vincoli affettivi in cui persone conviventi hanno figli, oppure alle famiglie ricomposte, allargate, etc.

Oltre a tali istituti pare assumere un'autonoma rilevanza il contratto rispetto al negozio testamentario nei casi in cui gli è consentito di produrre un effetto analogo o anticipatorio della successione (tradizionalmente, per l'Italia la donazione) se non parasuccessorio. In quest'ambito si apprezza,

sempre nell'ordinamento italiano la introduzione della fattispecie negoziale denominata «patto di famiglia», ma anche la riforma del diritto delle società che ha sancito la possibilità di inserire nel contratto sociale l'opzione di acquisto delle partecipazioni sociali al fine di consolidare la compagine sociale già esistente.

Vi sono poi da considerare gli istituti connessi all'esercizio dell'attività economica che inducono a verificare se la particolare natura del bene produttivo possa consentire di deviare al modello paradigmatico della universalità successione a causa di morte, come nei casi in cui è ammessa una attribuzione preferenziale ad un soggetto di determinati beni (nell'ordinamento italiano, a titolo di esempio, il compendio unico o il fondo rustico).

Inoltre sotto il profilo dei diritti societario, il contratto sociale, il regime di circolazione delle quote di partecipazione o dell'azienda e altre vicende evolutivo-modificative dell'ente societario sollecitano il problema (che costituisce il cuore e l'obiettivo ultimo del presente lavoro) se e fino a che punto la causa *societatis* è in grado di sovrapporsi, prevalere ed eventualmente a sostituirsi alle disposizioni a causa di morte.

Tale ultimo ambito di indagine costituisce il cuore più profondo del presente lavoro e per arrivare a occuparsi specificamente di esso sarà necessario prima studiare i limiti dell'autonomia negoziale in quanto costituiscono uno studio imprescindibile e strumentale per poter tentare ogni seria riflessione.

L'indagine comparatistica sarà un prezioso strumento per conoscere quegli ordinamenti che pur conoscendo divieti e limitazioni analoghi a quelli italiani si sono resi propensi a riconoscere talune deroghe per favorire il passaggio generazionale della ricchezza e specialmente dell'impresa.

Il fenomeno successorio, per l'inevitabilità dell'evento morte e della necessità¹ che si realizzi la trasmissione e la conservazione di tutte le

¹ Sulla necessità della successione ereditaria si veda A. DE CUPIS, voce *Successione ereditaria* (dir. priv.), in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano, 1990.

situazioni soggettive², tanto a tutela delle ragioni del credito che per evitare la trasformazione dei beni del *de cuius* in *res nullius*, si compone in ogni ordinamento di un complesso di regole più o meno articolato, che rispondono a scelte di fondo di politica sociale economica e familiare e che sono l'esito di sviluppi storici, economici e demografici³ che per questo rendono tali complessi di regole estremamente eterogenei tra loro.

Il tema della continuazione dell'attività di impresa dopo la morte dell'imprenditore induce a collocarsi il primo ambito di indagine entro il diritto delle successioni, pur con un avvertimento.

Se tradizionalmente il fenomeno successorio è stato concepito come un corpus di regole fortemente espressivo dello "stato sociale dei popoli⁴ di cui le istituzioni politiche sono espressione", sono decenni che si registra da più parti sempre più la sua inadeguatezza a far fronte alle esigenze dell'*homo economicus*, in considerazione innanzitutto di un dato demografico: l'allungamento della vita media. La maggior longevità ha posticipato di gran lunga il momento in cui si eredita, spostandolo in una fase in cui l'erede, mediamente lungi dall'essere minorenne, si trova a possedere già proprie fonti di reddito e di ricchezza, con la conseguenza di una diversa funzione del fenomeno successorio. Esso non pare più assolvere il significato di fornire all'erede i beni necessari per il suo sostentamento, bensì di conservazione e continuazione nel patrimonio del defunto.

A ciò si aggiunga, nell'ordinamento italiano, la rigidità del fenomeno successorio dovuta a principi di carattere inderogabile fortemente limitativi della autonomia testamentaria, quali il sistema dei legittimari e le tutele reali che agli stessi competono con i conseguenti problemi connessi alla circolazione dei beni di provenienza donativa ed ereditaria, il divieto dei patti successori, il divieto della sostituzione

² Sulle esigenze di ordine pubblico economico e giuridico sottese al fenomeno della successione *mortis causa* si tratterà più diffusamente nelle pagine che seguono.

³ A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in Trattato di Diritto Comparato diretto da R. Sacco, Torino, 2002, 2 e ss.

⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, 1847, t. II, p.76.

fedecommissaria ovvero l'esistenza dei principi di certezza e revocabilità della volontà testamentaria.

Si tratta di considerazioni, tanto quelle demografiche quanto quelle giuridiche, che hanno portato ad un maggior interesse alla pianificazione successoria (*estate planning*) attraverso lo studio di strumenti preordinati alla trasmissione della ricchezza al di fuori della vicenda successoria, tramite negozi *inter vivos* (propriamente civilistici o societari).

Nell'ordinamento italiano la pianificazione della successione nell'attività di impresa è un tema verso cui si è sviluppata negli ultimi decenni una certa sensibilità sia in seno al formante legislativo sfociata in limitati interventi legislativi quale l'introduzione del patto di famiglia, sia in seno al formante della dottrina, specie quella più marcatamente professionale e operativa (che generalmente si riferisce ad esso con la locuzione "passaggio generazionale dell'impresa").

Le ragioni di tale interesse sono evidentemente anzitutto di carattere economico.

Il tessuto imprenditoriale italiano è fortemente connotato dalla presenza di cd. aziende a controllo familiare. Tali sono, secondo la dottrina aziendalistica, quelle in cui è una famiglia a controllare il capitale di rischio, decidendo le sorti della gestione e nelle quali vi è un'aspirazione profonda alla trasmissione dell'attività a favore dei discendenti⁵.

Nell'attualità di un contesto economico (non solo quello italiano) connotato da forti discontinuità, incertezze, esigenze di internazionalizzazione, un assetto normativo come quello italiano in campo successorio non sembra essere in grado di far fronte alle mutevoli esigenze di una classe imprenditoriale sempre più longeva e preoccupata di pianificare e programmare con la dovuta autorevolezza il futuro controllo dell'attività di impresa⁶.

⁵ C. VALLONE, *Il passaggio generazionale del family business e i fattori strategici di successo per la continuità aziendale Analisi comparata tra Italia e Gran Bretagna*, Milano, 2009, 12 e ss.

⁶ G. ATTANZIO, *L'impresa di generazione in generazione*, in *Patti di famiglia per l'impresa. Atti dei Convegni tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a*

Nel panorama legislativo di fonte comunitaria, invece, già negli anni Novanta si è avvertita in seno alla Commissione l'esigenza di «*rimuovere gli ostacoli che possono derivare da talune disposizioni del diritto di famiglia o del diritto di successione: ad esempio, la cessione tra coniugi dovrebbe essere consentita, il divieto di atti sulla futura successione dovrebbe essere attenuato e la riserva in natura esistente in taluni paesi potrebbe essere trasformata in riserva in valore*⁷». Le imprese familiari sono considerate, per la loro propensione a operare con orizzonti di lungo termine, un vettore di stabilità per l'economia Comunitaria e l'interesse che ha portato la Commissione a occuparsi del tema dipende anche dalla considerazione che la popolazione europea sta invecchiando e la successione nell'attività di impresa è un fenomeno che riguarda una consistente fetta del mercato dell'Unione.

Interesse della ricerca diventa quello di esplorare in prospettiva comparatistica il sostrato comune agli ordinamenti cd. occidentali ai rapporti tra la disciplina delle successioni e la trasmissione nell'impresa avuto riguardo alle regole e ai modelli propri del fenomeno ereditario, familiare e societario. Anche tra i sistemi giuridici di tradizione romanistica, pur all'interno di un comune impianto successorio, emergono significative differenze per esempio in ordine all'ammissibilità dei patti successori o alle categorie e tutele dei legittimari.

La comparazione dovrà servire a conoscere, con riferimento a ogni specifico istituto o principio caratterizzante il sistema giuridico italiano, quali sono le risposte più interessanti degli altri ordinamenti, specie dell'ordinamento francese perché è il sistema giuridico che per il diritto delle successioni è stato più affine a quello italiano eppure in tempi recenti

Palermo il 16 giugno 2006 (N. 2-3/2006), I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, reperibile sul sito internet <http://elibrary.fondazione-notariato.it/>.

⁷ Comunicazione del 14 marzo 2006 della Commissione al Consiglio, al parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Attuazione del programma comunitario di Lisbona per la crescita e l'occupazione e Raccomandazione della Commissione CEE del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese, pubblicata in G.U.C.E. 31 dicembre 1994, L385.

si è riformato in maniera decisa pur senza rinunciare in assoluto ai principi della sua tradizione giuridica e sociale.

L'angolo di visuale prediletto è quello italiano ove il percorso di indagine sarà condotto dapprima con una breve ricostruzione sull'evoluzione dei modelli familiari, a cui seguirà la ricostruzione approfondita dei limiti della materia successoria con specifico riferimento alla trasmissione del bene produttivo di ricchezza (azienda). Solo una indagine profonda e sistematica del fenomeno successorio consente di conoscere entro quali limiti è possibile guardare a strumenti alternativi al testamento, specialmente negozi tra vivi onde coglierne l'ammissibilità con i principi regolatori dell'ordinamento.

All'interno di questa traccia si tenterà uno studio comparatistico non già seguendo lo stesso iter argomentativo in uno specifico ordinamento, ma con l'obiettivo di cogliere con riferimento a singoli istituti quali sono le risposte più significative o innovative che ordinamenti di matrice giuridica culturale simile al nostro hanno approntato.

L'interesse per una prospettiva comparatistica trae linfa non solo dalla incidenza della dimensione sempre più internazionalistica della trasmissione della ricchezza e quindi anche dell'attività di impresa, ma anche, sul piano più propriamente giuridico, dal rinnovato interesse per le contrapposizioni tra sistemi di *civil law* e di *common law* a seguito degli studi in materia di *Legal Origins*, che hanno condotto la *World Bank* ad elaborare i rapporti *Doing Business* sull'efficienza degli ordinamenti, partendo dal presupposto della possibilità di operare una misurazione del diritto⁸.

Un piano di rilevanza in un certo senso autonomo ma che non può essere trascurato è quello comunitario ove il fenomeno della libera circolazione delle persone ha sollevato anche presso le istituzioni europee l'importanza del fenomeno successorio e posto le basi per un profondo confronto tra gli Stati membri sulla disciplina successoria nella prospettiva

⁸ Per i riferimenti del dibattito si rinvia a A. Gambaro, *Misurare il diritto?*, relazione tenuta al Congresso nazionale della Società Italiana Ricerche Diritto Comparato (SIRDC), Milano, 5-7 maggio 2011

di poter uniformare tale materia. L'armonizzazione, date le distanze di disciplina successoria tra gli Stati membri, è un fenomeno molto complesso e per questo l'attività dell'Unione è stata nel senso di coinvolgere gli Stati in un processo inevitabilmente lungo, composto di varie fasi che nel 2012 ha consentito, per ora, al Parlamento Europeo di emanare un Regolamento (il n. 650 del 4 luglio 2012) di diritto internazionale privato per uniformare la legge applicabile alle successioni che presentano elementi di estraneità.

Le pagine che seguono sono dedicate ad una breve ricostruzione dei dati del fenomeno in termini terminologici, statistici e storici dell'attività di impresa nonché ad una esposizione delle principali linee evolutive nell'ambito dei modelli familiari, a completamento della premessa alla presente ricerca.

Capitolo 1

L'attività di impresa nella trasmissione *mortis causa*

1.1 L'attività di impresa nella trasmissione *mortis causa*.

Significato giuridico

Un lavoro che abbia ad oggetto la trasmissione dell'attività di impresa non può non porsi il problema definitorio di cosa debba intendersi per successione a causa di morte in questo particolare bene produttivo.

La prima considerazione da farsi è dunque di carattere terminologico e risponde all'esigenza di definire quale sia l'oggetto materiale in cui si succede per effetto della «trasmissione nell'attività di impresa».

Il termine «impresa», come noto allo studioso dell'ordinamento italiano, attiene ad un linguaggio più propriamente economico – aziendalistico che non giuridico. Il legislatore nazionale, infatti, non ha attribuito al concetto di *impresa* autonoma rilevanza, avendo scelto invece di definire la nozione di *imprenditore* individuandolo in colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi (art. 2082 Cod. Civ.). L'attività di impresa è considerata in via unitaria attraverso insieme di norme volto a regolarne da una parte l'organizzazione e dall'altro l'esercizio⁹, dando rilievo all'unità funzionale dei singoli atti posti in essere nell'ambito dell'attività economica.

Si tratta di una novità introdotta dal codice del 1942 che, differentemente dal codice del commercio previgente che sul modello delle grandi codificazioni dell'Ottocento disciplinava in una *sede* diversa dal

⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto dell'impresa*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Campobasso, vol.1, 2009, p. 2 e ss.

codice civile gli atti di commercio posti in essere dal commerciante¹⁰, ha reso possibile la convergenza di tutti gli atti del commercio attorno alla disciplina dell'imprenditore commerciale facendo venire meno la distinzione tra atti del commercio e la disciplina delle attività commerciali.

È così recepita una nozione generale di imprenditore atta a superare le contrapposizioni, tipiche del codice di commercio del 1882, relative a industria, commercio, artigianato e agricoltura poiché attorno alla definizione di imprenditore (art. 2082 Cod. Civ. e seguenti) gravita l'esercizio di ogni tipo di attività di impresa e quindi quella artigiana (art. 2083 Cod. Civ.), agricola (art. 2135 Cod. Civ.), pubblica (art. 2093 Cod. Civ.), ancorché in tale panorama l'impresa non possa considerarsi una fattispecie regolata da una disciplina unitaria¹¹. Ma si assiste anche alla unificazione della disciplina dei contratti e delle obbligazioni all'interno dell'unico codice, venendo meno la contrapposizione tra contratti e obbligazioni civili e contratti e obbligazioni commerciali, ovvero gli atti stipulati dall'imprenditore nell'esercizio dell'attività di impresa¹².

L'unificazione del diritto delle obbligazioni nel Codice del 1942, da taluni spiegata sulla scorta di un «manifesto intento apologetico¹³» di enfatizzare la funzione sociale dell'imprenditore, più verosimilmente, è la risposta giuridica ad un processo economico di evoluzione nei sistemi di produzione e di scambio che ha portato a rinunciare al dualismo di disciplina tra atti commerciali e atti civili¹⁵.

Per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, ci si vuole soffermare sul fatto che la definizione di cui all'art. 2082 del Codice Civile,

¹⁰ Precedentemente al codice del 1942 il legislatore italiano aveva infatti adottato un sistema cd. oggettivo con conseguente differenziazione nella disciplina dei contratti e delle obbligazioni a seconda che tra le parti del rapporto vi fosse o meno "il commerciante".

¹¹ G.F. CAMPOBASSO, *Op. cit.*, p. 21

¹² G.F. CAMPOBASSO, *Op. cit.*, p. 12

¹³ F. GALGANO, *Diritto Commerciale, I*, Bologna, 2011, p. 11

¹⁵ G.F. CAMPOBASSO, *Op. cit.*, Vol. I, p. 13

di chiara derivazione economica, risolve sul piano del diritto il problema di imputazione degli atti di impresa.

Se nella letteratura di matrice economico l'imprenditore è colui che nell'ambito della sua attività tende alla creazione di ricchezza a fini speculativi ed egoistici accollandosi il relativo rischio di impresa, anche a fronte dell'organizzazione che assume, per il legislatore – e quindi per la dottrina giuridica – è necessario definire quali sono i requisiti dell'imprenditore per comprendere quando un certo tipo di attività (deve trattarsi di una serie di atti tra loro unificati), caratterizzata da uno specifico scopo (la produzione o lo scambio di beni o di servizi) e resa con specifiche modalità (con organizzazione, secondo il criterio dell'economicità e con professionalità) possa essere a questi imputata.

Alla definizione di imprenditore si deve aggiungere la disciplina che definisce il cd. *statuto generale dell'imprenditore* di cui alla nozione di azienda (artt. 2255-2565 Cod. Civ.), segni distintivi (artt. 2563-2574 Cod. Civ.) e concorrenza (artt. 2595-2620 Cod. Civ.). Così la disciplina dell'imprenditore viene a essere completata da altre norme, tra cui quelle sull'azienda definita come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Nell'azienda si coglie il requisito dell'organizzazione dell'imprenditore dato dalla circostanza che i beni che la compongono di qualunque natura siano (mobili, immobili, immateriali, fungibili o infungibili) devono essere tra loro asserviti da un nesso di tipo funzionale che li unisce perché destinati in via unitaria ad uno specifico fine produttivo¹⁶. E' tale organizzazione data dall'imprenditore che consente ai beni che compongono l'azienda di assumere un valore diverso dalla mera somma dei singoli elementi; specificatamente tale valore unitario, maggiore della somma dei singoli componenti dell'azienda, costituisce l'avviamento.

Ai fini del presente lavoro non è strettamente di rilievo il dibattito sulla natura giuridica dell'azienda. Le definizioni istituzionali di imprenditore e azienda servono però a chiarire che sul piano giuridico la

¹⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Op. cit.*, p. 138

scelta del legislatore italiano è stata quella di porre una netta separazione tra i concetti di imprenditore e di azienda, ancorché tra loro legati da un rapporto di strumentalità. L'azienda è il complesso di beni organizzati a servizio dell'esercizio dell'attività d'impresa. L'imprenditore è colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

L'impresa sul piano giuridico non ha alcuna autonoma rilevanza costituendo solo il dato oggettivo da cui partire per verificare se essa possa essere imputata all'imprenditore.

Tanto chiarito, nel corso del presente lavoro si dovrà ricorrere ai termini «impresa» e «attività di impresa» tutte le volte in cui ci si riferirà ad un fenomeno meramente fattuale come quello dell'esercizio di un'attività economica organizzata professionalmente, non costituendo l'«impresa» alcun bene giuridico passibile di circolazione.

L'attività di impresa, ai fini del passaggio generazionale, può infatti circolare in almeno due modi¹⁷: attraverso l'azienda, nel caso in cui il titolare sia l'imprenditore individuale oppure attraverso le partecipazioni sociali attraverso le quali si subentra in via mediata nell'attività di impresa.

Nel caso delle società di persone, più esattamente la circolazione avviene attraverso una modificazione (soggettiva) del contratto sociale per la quale, salvo una diversa pattuizione, è necessaria l'unanimità stante la rilevanza delle caratteristiche personali del socio ed il regime di responsabilità illimitata e sussidiaria per le obbligazioni sociali. Nella società semplice, in nome collettivo e, per gli accomandatari, nella accomandita semplice, è pure prevista una disciplina particolare per la morte del socio. L'art. 2284 Cod. Civ. prevede che *«salvo contraria disposizione del contratto sociale, in caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi, a meno che preferiscano sciogliere la società ovvero continuarla con gli eredi e questi vi acconsentano»*.

¹⁷ Le operazioni straordinarie della fusione o della scissione costituiscono dei fenomeni modificativi evolutivi che non realizzano un «trasferimento», ma solo la «successione» nei rapporti giuridici. Per tutte *Cass. SS. UU. 8 febbraio 2006 n. 2637*

Nelle società di capitali, invece, stante il rilievo che hanno i capitali investiti rispetto alle persone dei soci, salvo alcune eccezioni per la società a responsabilità limitata nella quale a seguito della Riforma del diritto societario è possibile dare un risalto alle qualità personali del socio attribuendogli particolari diritti (art. 2468 Cod. Civ.), sono in vigore il principio generale della libera circolazione delle quote *inter vivos*, salvo l'introduzione di clausole volte a impedire, limitarne o subordinare il trasferimento al gradimento mero nel rispetto della normativa, ed il principio della libera trasmissibilità *mortis causa*, salvo, anche in questo caso l'introduzione di limitazioni che pure devono essere conformi alle previsioni di legge e in generale a taluni principi inderogabili in materia societaria (quali, primo tra tutti, il diritto ad un'equa valorizzazione della partecipazione alla stregua dei criteri previsti per la liquidazione del valore della partecipazione in caso di recesso).

La disciplina di circolazione delle partecipazioni sociali costituirà oggetto specifico di indagine del presente lavoro quale strumento di pianificazione della successione alternativo al testamento. Oggetto della presente indagine sarà infatti individuare il perimetro entro cui il mezzo societario può costituire un efficiente veicolo per programmare gli assetti futuri del patrimonio. Evidentemente un siffatto studio delle clausole societarie e dei modi di circolazione dell'impresa dovrà fare i conti con il ben noto divieto del patto successorio e con il sistema dei legittimari e delle tutele (reali) da cui è presidiato che costituiscono dei limiti importanti alla libertà di autodeterminare la devoluzione del patrimonio per il tempo in cui si sarà cessato di vivere.

Importante per il prosieguo del presente lavoro era dunque, senza pretesa di completezza sullo studio degli istituti nominati, porre le basi tecniche e terminologiche per chiarire a quale nozione di «impresa» ci si riferirà.

1.2 L'attività di impresa nella trasmissione *mortis causa*. Significato economico - aziendalistico

Nella presente ricerca non pare ci si possa esimere da un breve inquadramento aziendalistico del fenomeno della successione nell'attività di impresa.

Il momento in cui i discendenti succedono al fondatore nella gestione dell'attività di impresa costituisce un evento cruciale anche e soprattutto dal punto di vista economico e gestionale. La comprensibile aspirazione del padre fondatore di tramandare l'azienda ai propri figli deve fare i conti con le difficoltà che potrebbero insorgere nella realizzazione di tale passaggio per i profili di confusione e insicurezza.

Il passaggio generazionale, con qualunque strumento giuridico venga pianificato o attuato, non pone solo il problema della successione nell'attività di impresa, ma pone anche problemi manageriali e di *governance*. Al cambio del potere di controllo è insita una verifica delle capacità manageriali del designato che a sua volta coinvolge aspetti psicologici, culturali e organizzativi non indifferenti.

Il fenomeno assume poi, evidentemente, una rilevanza speciale per le piccole e medie imprese ascrivibili al modello delle *family business* che ai fini della presente ricerca costituiscono il modello di conduzione dell'attività di impresa più interessante.

Anche attorno alla nozione di *family business* in verità si pone una questione definitoria di non poco conto. Nella dottrina aziendalistica si sviluppano definizioni diverse a seconda che si individui l'elemento essenziale di tale modello (i) nel grado di controllo della famiglia sull'azienda¹⁸, (ii) nel passaggio generazionale inteso come aspettativa di

¹⁸ G.Ferrero, *Imprese e management*, Milano, 1987, p. 48. Per R. Donckles e E. Frolich, *Are family business really different? European experiences from a stratos*, in *Family Business Review*, 1991 l'azienda può definirsi a controllo familiare quando i membri della famiglia posseggono almeno il sessanta per cento del capitale sociale.

trasmettere l'azienda alla generazione successiva¹⁹, o (iii) nel coinvolgimento dei membri della famiglia nell'attività aziendale²⁰.

Nei termini del dibattito si è inserita anche la Commissione Europea²¹, attesa l'importanza del fenomeno su tutto il territorio dell'Unione come si vedrà nel paragrafo successivo, che ha proposto la seguente nozione di *family business*:

«A firm, of any size, is a family business, if:

1) *The majority of decision-making rights is in the possession of the natural Person(s) who established the firm, or in the possession of the natural person(s) who has/have acquired the share capital of the firm, or in the possession of their spouses, parents, child or children's direct heirs.*

2) *The majority of decision-making rights are indirect or direct.*

3) *At least one representative of the family or kin is formally involved in the governance of the firm.*

4) *Listed companies meet the definition of family enterprise if the person who established or acquired the firm (share capital) or their families or descendants possess 25 per cent of the decision-making rights mandated by their share capital.*

Le aziende a controllo familiare, quale che sia la definizione cui si intenda aderire, realizzano, e in termini descrittivi è fin troppo evidente, la commistione tra due istituti: l'attività di impresa e la famiglia, in una misura e secondo un concatenamento di interessi che è più o meno intenso a seconda del *background* culturale sotteso ora all'azienda ora alla famiglia e che plasma gli atteggiamenti ed i comportamenti degli attori di tali modelli aziendali.

¹⁹ E' la tesi sostenuta da R.G. DONNELEY, *The family business*, in *Family Business Review*, 1988, p. 427

²⁰ Si tratta della tesi sostenuta, *ex multis*, da W. Handler, *Methodological issues and considerations in studying family business*, in *Family Business Review*, 1982, p. 257 e ss. e G. Dell'Amore, *Le fonti del risparmio familiare*, Milano, 1961

²¹ *Final report of the Expert Group, Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Strategies (Novembre 2009)* reperibile sul sito internet della Commissione Europea <http://ec.europa.eu/>

Pare intuitivo che la strategia migliore per garantire la continuità dell'attività di impresa dipende dalla formula che si adotta per realizzare il bilanciamento tra gli interessi e le aspirazioni dei membri della famiglia coinvolti. Nell'ambito dell'attività di impresa a controllo familiare, allo scopo di lucro intrinseco all'attività di impresa si affiancano gli interessi economici riferibili al soddisfacimento dei bisogni dell'istituzione «famiglia». In ragione poi del *background* culturale in cui l'azienda a controllo familiare si trova ad operare mutano le ambizioni e aspirazioni dei membri familiari. Nelle piccole e medie imprese italiane si registra dal dopo guerra in avanti una forte aspirazione dell'imprenditore a trasmettere ai propri discendenti l'azienda creata, preservando l'unità aziendale insieme all'unità familiare. Nel tessuto economico delle PMI della Penisola, l'imprenditore, pur desiderando che l'attività aziendale non si esaurisca con la sua dipartita, è invero propenso a identificarsi con l'azienda da lui creata e ciò determina la reazione di psicologica di non volersi privare della gestione dell'impresa prima del tempo. Nell'aspirazione del padre- imprenditore a trasmettere l'impresa ai discendenti e a preservare il nome della famiglia si rinviene pure un altro atteggiamento diffuso nel tessuto imprenditoriale italiano: quello di sfruttare le risorse generate dalle aziende per soddisfare i bisogni dell'intero nucleo familiare²².

Nella dottrina aziendalisti cha che studia il *family business* non si manca di far notare come la commistione tra l'istituto familiare e quello imprenditoriale, ciascuno ispirato a principi diametralmente opposti, può portare ad una compresenza di principi e regole. Nell'ambito familiare i principi ispiratori sono quelli della solidarietà, eguaglianza e protezione dei membri, ove, al contrario, nell'impresa si è portati a valorizzare il principio meritocratico in base al quale avvengono i momenti della selezione, formazione e ricompensa delle persone che vi convergono.

Il punto di forza di tali istituzioni economiche si realizza quando è massimo il punto di convergenza tra i valori della famiglia e dell'impresa.

²² A. COLLI, *Capitalismo familiare*, Bologna, 2006, p. 54

La coesione, la capacità di mobilitazione, il valore della reputazione, la prospettiva di lungo termine, l'attenzione al territorio in cui si opera sono non a torto considerati elementi di efficienza del *family business*, ai quali si possono contrapporre però altrettanti elementi di debolezza individuabili nel rischio della sottovalutazione dei segnali critici, nel possibile favoritismo per taluni membri a discapito di altri collaboratori, nei bassi livelli di competizione interna o ancora, nella scarsa disciplina al profitto o nel rischio di tensioni e disaccordi²³.

La complessità del passaggio generazionale in tali modelli di impresa deriva inoltre dalla circostanza che sovente pure gli assetti proprietari possono costituire un momento di criticità ove le quote di partecipazione siano distribuite tra più rami della stessa famiglia ovvero a più membri in ragione della numerosità del nucleo familiare a cui magari consegue pure un certo grado di disomogeneità tra la proprietà ed il controllo. Da questo punto di vista, la frammentazione e la dissociazione tra proprietà e controllo rischiano di diventare elementi di debolezza poiché in essi potrebbero rinvenirsi ostacoli ad una successione di successo.

I principali profili di insuccesso delle successioni nel *family business* possono infatti imputarsi tanto a profili interni alla famiglia che esterni ad essa. I primi riguardano i malumori interni al nucleo familiare in ordine alla scelta del designato; i secondi, strettamente connessi ai primi, attengono ad eventuali perplessità che i clienti possono avere sulle chances di continuità dell'azienda, le banche potrebbero dubitare della solidità patrimoniale dell'impresa in ragione della distribuzione successoria delle ricchezze del disponente. I manager, poi, in questa fase sono interessati a conoscere le prospettive di carriera che possono (continuare) a nutrire.

Tutte queste parti possono avere un ruolo importante per l'influenza che possono avere su colui che deve assumere le decisioni in ordine alla pianificazione della successione. Ecco perché la dottrina aziendalistica consiglia di organizzare la pianificazione della successione in diverse fasi

²³ F. FERRARI, *Il passaggio generazionale nelle PMI*, Milano, 2005, p. 35.

(selezione del designato, gestione del *timing* per pianificare e quindi attuare la successione e gestione del cambiamento) adottando piani strategici non solo aziendali, ma anche familiari e patrimoniali²⁴.

Ai fini del presente lavoro gli studi in materia di strategia economica del passaggio generazionale sono presi in considerazione perché consentono di elaborare le criticità operative ed economiche ma anche di individuare i profili che possono condurre ad una più efficiente gestione della trasmissione dell'attività di impresa.

All'uopo, nello studio degli strumenti negoziali volti a favorire l'attribuzione del bene produttivo e nell'indagine, anche comparatistica, dei principi ispiratori di ogni ordinamento della regolamentazione dei limiti all'autonomia privata, si porranno a fondamento della ricerca le esigenze concrete emerse nella dottrina aziendalistica nonché talune soluzioni proposte dalla stessa. In particolare si terrà in considerazione che per una parte consistente della dottrina aziendalistica²⁵ i fattori strategici di successo per la successione nell'attività di impresa possono essere individuati (i) nella concentrazione del diritto di voto, (ii) nell'accordo della famiglia e (iii) nella trasmissione del capitale sociale.

Sulla base di tali obiettivi si condurrà la ricerca giuridica dei principi che regolano la autonomia privata nel perseguire tali interessi, soffermandosi sui limiti che incontra la libertà negoziale nella determinazione degli atti a causa di morte per poi indagare sotto il profilo societario quali sono gli spazi di manovra concessi dal legislatore per consentire la pianificazione degli assetti societari. Dapprima però si illustrerà la rilevanza del fenomeno, anche in termini quantitativi, per

²⁴ Sul punto si veda C. VALLONE, *Il passaggio generazionale del family business e i fattori strategici di successo per la continuità aziendale Analisi comparata tra Italia e Gran Bretagna*, Milano, 2009, p. 81. L'A. riprende uno studio condotto dall'Università di Harvard sulle sovrapposizioni tra famiglia, proprietà e management di R. Tagiuri e J.A. Davis, *On the goals of successful family compagne*, in *Family Business Review*, 5, 1992, pp. 43-62.

²⁵ C. VALLONE, *Il passaggio generazionale del family business e i fattori strategici di successo per la continuità aziendale Analisi comparata tra Italia e Gran Bretagna*, Milano, 2009, p. 89.

l'ordinamento italiano e per le istituzioni europee, queste ultime sempre più attente a monitorare quei fenomeni connotati da elementi di internazionalità che possono avere un grande impatto sulla crescita economica dell'Unione europea.

1.3 Il fenomeno della successione nell'attività di impresa nel contesto economico italiano ed europeo

Se vi è un dato obiettivo e univoco relativamente al fenomeno «successione nell'attività di impresa» è quello relativo difficoltà di reperire i numeri del fenomeno, tanto in Italia quanto in Europa, pur segnalandosi come molte siano le istituzioni che si sono dimostrate sensibili al tema.

Banca d'Italia²⁶ ha monitorato il decennio 1993-2003 rilevando che le imprese italiane: (i) sono caratterizzate da una scarsissima propensione alla dissociazione tra proprietà e controllo, (ii) sono connotate da una forte concentrazione della proprietà, ove il controllo è perlopiù detenuto da persone fisiche e mediante legami familiari; (iii) presentano uno scarso coinvolgimento di soggetti terzi o intermediari; (iii) molte di esse sono destinate ad affrontare un passaggio generazionale.

In un più recente studio condotto dall'Istituto Nazionale di Statistica²⁷ italiano effettuato a seguito del 9° Censimento dell'industria e dei servizi condotto nel 2012, si è confermato che nel sistema economico produttivo italiano prevalgono imprese gestite secondo modelli di *governance* semplificati, connotati da una intensa concentrazione delle quote di partecipazione. La struttura di tipo familiare definita, ai fini dello studio statistico, come quella in cui il controllo è direttamente o indirettamente esercitato da una persona fisica o da una famiglia, connota, a fine 2011, il settanta per cento delle imprese industriali e dei servizi.

Anche in ambito comunitario l'interesse per il tema in esame è vivo e l'attenzione per il fenomeno è da ascrivere già all'ultimo decennio del

²⁶ S. GIACOMELLI E S. TRENTO, *Proprietà, controllo e trasferimenti nelle imprese italiane. Cosa è cambiato nel decennio 1993-2003*, in *Temi di discussione. Servizio Studi. Banca d'Italia, 2003*.

²⁷ Il Sistema delle Imprese Italiane: competitività e potenziale di crescita

ventesimo secolo. La Commissione delle Comunità Europee, invitata dal Consiglio²⁸ insieme agli Stati Membri a esaminare le disposizioni che intralciano la costituzione, la crescita e la successione nelle imprese, nel 1994²⁹ ha formulato due raccomandazioni agli Stati Membri invitandoli ad adottare le misure necessarie per facilitare la successione nelle piccole e medie imprese al fine di assicurare la loro sopravvivenza ed il mantenimento dei livelli occupazionali.

Sullo sfondo delle raccomandazioni vi sono i programmi di miglioramento del contesto giuridico, fiscale e amministrativo in cui operano le imprese europee e in tale ambito è previsto l'esame specifico della successione dell'attività imprenditoriale. Il Libro bianco sulla crescita, la competitività e l'occupazione individua la successione nelle imprese un settore prioritario cui apportare dei miglioramenti.

Ogni anno diverse migliaia di imprese europee, a causa delle difficoltà insormontabili legate alla successione, cessano la loro attività con conseguenze negative per i lavoratori, per i creditori e, in generale, per il tessuto economico dell'Unione. La circostanza assume un risvolto preoccupante se ci si sofferma a osservare che tali risultati negativi non sono dovuti a forze esterne al mercato, ma «ad un'insufficiente preparazione della successione e all'inadeguatezza di alcune parti della legislazione degli Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale³⁰».

Un primo punto di criticità nella gestione del passaggio generazionale, a parere della Commissione viene individuato nella difficoltà per il successore di reperire le risorse finanziarie per liquidare il valore della partecipazione agli altri coeredi, da cui deriva l'incoraggiamento affinché in tutti gli Stati membri si rendano disponibili strumenti di finanziamento adeguati.

²⁸ Risoluzione del Consiglio del 10 ottobre 1994

²⁹ Raccomandazione della Commissione del luglio 1994 e del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE).

³⁰ Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE).

Inoltre, unitamente a considerazioni di carattere fiscale, si rileva che l'adozione di una adeguata forma giuridica può facilitare il buon esito dell'operazione così come la possibilità di adottarne una diversa senza procedere allo scioglimento e alla costituzione o costi o forme di incertezza per soci e terzi. Sullo sfondo vi è un altro carattere proprio delle imprese europee, già rilevato anche per quelle italiane, ovvero la scarsa propensione alla dissociazione tra proprietà e gestione.

La Raccomandazione del 7 dicembre 1994 individua alcuni obiettivi da perseguire al fine di creare un ambiente più favorevole alla successione nell'impresa e di facilitare tale vicenda per assicurare la loro sopravvivenza ed il mantenimento dei posti di lavoro:

1) uno che si potrebbe definire culturale - informativo, per consentire all'imprenditore di programmare in maniera efficace la sua successione sensibilizzandolo al tema anche mediante iniziative pubbliche e private, candidando a tal fine le Camere di Commercio affinché possa preparare tale operazione finché è in vita³¹;

2) uno, più propriamente tecnico e giuridico che riguarda la possibilità di assicurare la continuazione dell'attività di impresa in caso di decesso del socio o dell'imprenditore fornendo all'imprenditore adeguati strumenti. In quest'ambito si guarda alla struttura organizzativa della società;

3) uno di rilevanza fiscale e finanziaria, avente la finalità di evitare che la sopravvivenza dell'impresa sia messa in pericolo dal pagamento di ingenti imposte connesse al trasferimento dell'attività di impresa (siano esse indirette o dirette connesse alla plusvalenze realizzate) ovvero che la

³¹ In particolare, l'aspettativa è quella di «sensibilizzare i proprietari di imprese sulla necessità di una preparazione in tempo utile. Gli Stati membri dovrebbero prevedere in particolare approcci diretti come l'invio di lettere personalizzate ai proprietari di imprese che hanno superato una certa età. Inoltre, gli interlocutori importanti delle piccole imprese (consulenti fiscali, contabili, banche, ecc.) dovrebbero essere inseriti nelle campagne di sensibilizzazione.

Specialmente per i fondatori delle imprese è difficile dal punto di vista psicologico passare la mano e assistere alle modifiche introdotte dai nuovi proprietari. Un tutoraggio di terzi neutri e informati può aiutare a superare queste difficoltà».

successione sia impedita per la mancanza di risorse finanziarie da parte del designato alla continuazione a causa del pagamento del valore di liquidazione della quota agli altri aventi diritto. In questo senso suscita un certo interesse la proposta della Commissione di auspicare che, se il pagamento del valore di liquidazione avviene in misura dilazionata, il valore di liquidazione possa essere quello reale, comprensivo dell'avviamento, mentre ove si esiga il pagamento immediato il valore di liquidazione possa essere quello contabile³²;

4) uno che si potrebbe definire di rilevanza economica e sociale, teso a favorire (sia fiscalmente che finanziariamente) la continuità dell'attività di impresa anche in mancanza di successori nell'ambito della famiglia a favore di terzi o anche dei dipendenti.

All'uopo, nella medesima Raccomandazione³³, la Commissione invitava gli Stati membri a: (i) a incoraggiare le iniziative volte a sensibilizzare, informare e formare i capi di imprese, in modo da garantire una preparazione in tempo utile dei trasferimenti; (ii) offrire un ambiente finanziario che favorisca la riuscita del trasferimento; (iii) prevedere possibilità giuridiche per ristrutturare un'impresa prima del suo trasferimento; (iv) stabilire i principi giuridici che consentano di garantire la continuità della società di persone e delle imprese individuali in caso di decesso di uno dei soci o dell'imprenditore; (v) favorire la sopravvivenza dell'impresa mediante un'adeguata tassazione della successione e della donazione e (vi) incoraggiare fiscalmente l'imprenditore a vendere la sua impresa a terzi.

L'impresa è alla base dello sviluppo economico e «dei processi di razionale utilizzazione delle risorse produttive per il miglioramento del

³² «A tal fine è opportuno prevedere che, se le parti optano per un pagamento scaglionato, la liquidazione si basi sul valore commerciale dell'impresa, compreso l'avviamento, mentre se una parte esige il pagamento immediato, la liquidazione si basi sul valore contabile.»

³³ Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE)

benessere materiale della collettività»³⁴ e la sua «tutela» con riferimento ad un momento delicato come quello del passaggio generazione è un obiettivo dell'Unione Europea, tanto più in un contesto storico ed economico, se non macro economico, in cui è indispensabile aumentare la concorrenzialità.

Nel 2006 la Commissione in una Comunicazione³⁵ sul trasferimento della proprietà di imprese, sulla base quadro politico globale per le PMI ove è ampiamente riconosciuta l'importanza dei trasferimenti di proprietà delle imprese, ha delineato i numeri del fenomeno: seicentonovantamila piccole e medie imprese e due virgola otto milioni di posti di lavoro ogni anno. Nella Comunicazione si stimavano per la Germania circa 354.000 trasferimenti di imprese, per la Francia circa 600.000 mentre per l'Italia si calcolava che il fenomeno riguardasse circa il quaranta per cento di tutte le imprese.

L'interesse comunitario è, in particolare, per le imprese familiari in quanto sono considerate un «vettore di stabilità³⁶» delle economie degli Stati membri poiché spesso sono tali tipi di imprese ad essere all'origine di un certo tipo di prassi di responsabilità sociale per il sistema di valori (quello familiare) ad esse intrinseco. Esse inoltre, grazie al senso di appartenenza e alla dedizione del gruppo familiare, sono un modello che ben si presta ad attenuare i rischi di crisi dovuti a fattori esterni o macroeconomici³⁷.

Tuttavia è ben avvertito che il contesto sociale attuale consente ai figli degli imprenditori di avere altre opportunità e di poter coltivare

³⁴ G.F. CAMPOBASSO, *Op. cit.*, Vol. I, p. 2

³⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, in data 14.03.2006, COM(2006) 117. Attuazione del programma comunitario di Lisbona per la crescita e l'occupazione. Il trasferimento di proprietà delle imprese – La continuità grazie a un nuovo avvio

³⁶ Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE).

³⁷ S. KALSS, *General report*, in *Company law and the Law of the Succession*, World Congress, Académie Internationale de Droit Comparé, 2014, Vienna, reperibile sul sito intranet <http://www.iacl2014congress.com>.

interessi, ambizioni e aspirazioni diverse da quelle della continuazione dell'attività imprenditoriale e per questo è sollecitato lo studio di strumenti atti a evitare in ogni caso la dispersione del valore del bene produttivo. Nella Comunicazione si auspica infatti un'intensificazione degli sforzi di sensibilizzazione, incoraggiando innanzitutto l'ambiente finanziario, poiché spesso il trasferimento di un'impresa a terzi diversi dai membri della famiglia rischia di essere molto più oneroso della creazione di una nuova attività, anche solo per l'esistenza di alti costi di transazione³⁸. Tuttavia si consiglia di favorire il trasferimento delle imprese piuttosto che la creazione di nuove perché le prime hanno mediamente un tasso di successo più elevato e generano più posti di lavoro delle nuove imprese.

Nella Comunicazione, ancora, si legge una predilezione per la forma societaria della società a responsabilità limitata, perché, quale società di capitali, realizza un giusto equilibrio tra la tutela del mercato, del capitale investito e della persona dei soci; infatti è ritenuto più agevole ripartire le azioni tra gli eredi in funzione della loro quota di eredità, così come riacquistare le azioni per concentrare il potere di decisione e liquidare gli eredi non interessati all'impresa. Per quanto riguarda le società di persone, invece, in generale, i sistemi giuridici privilegiano il diritto del singolo erede piuttosto che la continuità dell'impresa. A tal fine uno strumento utile per garantire la continuità dell'impresa in caso di decesso del proprietario potrebbe essere il contratto di successione, ancorché vietato nella maggior parte degli altri. Nel divieto dei patti successori anche le istituzioni europee individuano quindi un ostacolo importante alla pianificazione efficace del passaggio generazionale, come si avrà modo di vedere nel prosieguo del presente lavoro, a proposito del Regolamento (UE) n. 650/2012.

³⁸ A tale scopo la Commissione ha assunto l'iniziativa della "Joint European Resources for Micro to Medium Enterprises" per aiutare le autorità responsabili per i programmi di coesione a colmare le lacune nell'elaborazione di ingegneria finanziaria. Mentre, per agevolare i finanziamenti per gestire il trasferimento dell'impresa, alcuni Stati hanno previsto prestiti a tasso d'interesse ridotto (Belgio e Lussemburgo).

Infine non viene sottovalutata, anzi viene auspicata, in mancanza della possibilità di individuare designati all'interno del nucleo familiare, la possibilità della prosecuzione dell'attività di impresa a favore di terzi. Al fine di favorire l'allocazione del bene produttivo si consiglia la predisposizione di un complesso pacchetto di servizi imparziali che comprendano non solo una banca dati, ma anche un servizio di mediazione globale.

1.4 Il ruolo del diritto delle successioni in comparato

Il fenomeno successorio, quale fenomeno inevitabile poiché legato all'evento morte della persona fisica, impone a tutti gli ordinamenti di confrontarsi con almeno un triplice ordine di esigenze:

1) l'esigenza di ordine pubblico di evitare che alla morte di un soggetto venga meno il criterio di imputazione allo stesso, da individuarsi nel successore, di titolarità dei beni e delle situazioni soggettive che gli facevano capo, onde evitare la nascita di *res nullius* e quindi scongiurare fenomeni di eversione sociale per l'accaparramento delle stesse;

2) l'esigenza, in economie fondate sulla circolazione della ricchezza volatile, che la morte del soggetto determini la frustrazione delle ragioni del credito o l'estinzione delle situazioni soggettive passive a svantaggio delle altrui pretese creditorie;

3) l'esigenza di poter individuare nelle situazioni dominicali il continuatore del possesso dei beni.

Quelle sinora esposte possono considerarsi le «minime» esigenze che ogni ordinamento deve affrontare e a cui deve dare delle risposte in relazione alla morte della persona fisica.

Ad esse poi si devono aggiungere le valutazioni di ordine sociale che possono essere ispirate a diversi principi, talora di equità, di solidarietà familiare, oppure della più ampia libertà testamentaria, a sua volta espressione del più ampio liberismo giuridico ed economico. Tali sistemi di valori fanno sì che ogni ordinamento fornisca un ampio corpus di regole attorno alla questione della successione per causa di morte.

Il diritto successioni risponde essenzialmente a scelte di politica del diritto assunte da ogni ordinamento in un dato contesto storico, sociale ed economico. Le scelte fondamentali del diritto successorio, a parere di un autorevole autore³⁹, possono essere immaginate disposte in una serie di cerchi concentrici, nel cui interno si trova l'appartenenza al diritto privato e a cui seguono la riserva a favore dei legittimari, la libertà testamentaria e il principio della successione nell'universalità dei beni. In tale ambito del diritto privato si riscontra, a livello comparatistico, la maggior eterogeneità di regole, in ragione proprio dei fattori storici, demografici, economici che connotano ogni ordinamento in quel dato momento. La stretta relazione tra scelte di natura politica e connotati intrinseci dell'ordinamento hanno determinato una tradizionale scarsa propensione allo studio delle successioni in diritto comparato, poiché considerato tematicamente inadatto alla ricognizione comparatistica. Il diritto delle successioni, specialmente dal punto di vista dell'ordinamento italiano, costituisce infatti una materia connotata da un altro profilo di tecnicismo che come tale mal si presterebbe ad una comparazione.

La vicenda successoria, però, proprio perché risponde a delle esigenze che tutti gli ordinamenti devono affrontare mostra di avere un substrato comune poiché in ogni modello essa deve fare i conti, prioritariamente, con gli istituti della famiglia e della proprietà e con le loro evoluzioni, prima ideologiche e poi socio economiche e socio culturali.

Dal punto di vista delle ideologie sottese a tali due istituti, i modelli successori sono stati⁴⁰ raggruppati, anche in ragione delle differenti esperienze storiche, in quattro gruppi a seconda che realizzino i) una successione familiare e non proprietaria; (ii) una successione che non è né familiare né proprietaria; (iii) una successione proprietaria e non familiare e (iv) una successione proprietaria e familiare. Al primo modello corrisponde una prevalenza dell'istituto familiare rispetto alla libertà negoziale di veicolare la proprietà a favore di soggetti che non siano legati

³⁹ A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in Trattato di Diritto Comparato diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. 1

⁴⁰ A. ZOPPINI, *Op., cit.*, p. 4

al *de cuius* da vincolo familiare, prevalenza che invece si ha nel terzo modello che è quello riscontrabile in Inghilterra. Il secondo modello è invece stato conosciuto dalla Russia nel momento rivoluzionario.

Gli istituti della proprietà e della famiglia sono quelli che hanno maggiormente caratterizzato e influenzato il diritto delle successioni poiché l'evoluzione dei primi determina l'adeguamento del secondo. Ciò è accaduto con l'affermazione dei principi di eguaglianza sostanziale tra figli a discapito della tutela del maggiorascato e della concentrazione di grandi patrimoni durante la Rivoluzione francese con la conseguenza che il legislatore del *Code Civil* ha scelto di tutelare i discendenti del defunto in pari maniera, attribuendo a quest'ultimo solo una limitata frazione del patrimonio di cui disporre liberamente.

Nel contesto attuale l'evoluzione dei modelli familiari sta portando gli ordinamenti a fare i conti con il mutato ambiente sociale. La tutela de coniuge, affermata per quanto riguarda l'ordinamento italiano con le riforme degli anni Settanta del secolo scorso, ha già assunto un connotato di desuetudine a fronte delle tendenze socio culturali in corso ove la famiglia intesa in senso istituzionale è un nucleo sempre più raro, a vantaggio di situazioni fattuali. Basti pensare poi che, in molti ordinamenti, il divorzio è la principale causa di scioglimento del vincolo matrimoniale superando di gran lunga la morte di uno dei coniugi⁴¹.

La piena equiparazione tra figli nati in costanza di vincolo matrimoniale e figli nati fuori dal matrimonio per l'Italia è l'esito della legge n. 219 del 10 dicembre 2012 che ha sancito il principio di unicità di stato giuridico della filiazione eliminando le differenze che ancora esistevano in ordine al trattamento, anche successorio, di tali discendenti⁴². Si pensi che prima di tale riforma il vincolo di parentela si instaurava solo tra figlio naturale ed il genitore che ha effettuato il riconoscimento e che ai figli legittimi era riconosciuto il diritto potestativo di commutazione,

⁴¹ Si rinvia ancora a A. ZOPPINI, *Op., cit.*, p. 13

⁴² Sulla riforma della filiazione naturale C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, in *Notariato 2/2014*, p. 131 e ss.

ovvero di estromettere i figli naturali dalla comunione ereditaria a fronte della liquidazione della quota in denaro.

L'evoluzione dei modelli familiari e in particolare l'emersione di nuclei fondati principalmente su un vincolo meramente affettivo dal quale possono discendere legami consanguineità ha determinato anche un mutamento di approccio al tema del diritto delle successioni. Unitamente al fenomeno demografico dell'allungamento della vita media, i nuovi modelli familiari stanno spostando il dibattito attorno al diritto delle successioni principalmente sul fenomeno patrimoniale della circolazione della ricchezza e degli strumenti più competitivi in tal senso. Il tema si arricchisce ulteriormente non appena si prende in considerazione un altro aspetto socio- demografico quale l'elevata propensione alla circolazione delle persone e dei beni in contesti internazionali.

In tempi più recenti, infatti, il raffronto tra modelli anche nel diritto delle successioni ha riscosso un maggior successo dovuto alla importante ricaduta che la comparazione può avere rispetto alla uniformazione del diritto e, in generale, in una fase in cui la globalizzazione e i fenomeni con implicazioni transfrontaliere richiedono risposte non solo nelle vicende del commercio ma anche in quelle legate alle persone⁴³.

Nell'ambito delle riflessioni attorno alle modalità di circolazione della ricchezza, anche sulla base delle sopra riferite iniziative delle Istituzioni europee, svolge un ruolo decisivo l'impatto che le regole di trasmissione della ricchezza hanno con riferimento alla natura e alle caratteristiche dei beni destinati a cadere in circolazione. Le regole di circolazione del bene produttivo costituito dall'azienda o dalle partecipazioni sociali attengono al piano del diritto societario; tuttavia, per l'interferenza con le regole successorie, la trasmissione di tali particolari beni può incontrare importanti limitazioni che rischiano di minare in radice la conservazione del valore di tali beni⁴⁴.

⁴³ F. P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 7.

⁴⁴ Da ultimo il fenomeno è stato studiato da S. Kalss, *Op. cit.*

L'adattamento degli strumenti giuridici tradizionali, si pensi in particolare al testamento, ai mutamenti prodotti dalla globalizzazione e, per quanto riguarda l'Europa, dalla libera circolazione delle persone, dei beni e dei capitali, impone un nuovo approccio al diritto delle successioni ed è in questa prospettiva che si impone l'approccio comparatistico allo studio della vicenda.

Emerge allora la necessità di comprendere quali sono le regole e gli strumenti, anche e soprattutto quelli alternativi al testamento, che altri ordinamenti hanno predisposto per far fronte a tali mutate esigenze.

La dottrina delle *legal origins*⁴⁵, secondo cui gli ordinamenti di *common law* favorirebbero un maggior sviluppo ed una maggiore efficienza dei mercati differentemente dai sistemi di *civil law*, potrebbe consigliare di condurre l'indagine comparatistica nell'ambito di tali contrapposizioni. Tuttavia, al di là del dibattito sviluppatosi attorno a tale teoria e del fondamento della tesi dei *legal origins*, nel corso del presente lavoro ci si dedicherà alla comparazione principalmente con la Francia e quindi si guarderà ad un sistema di *civil law* che con l'ordinamento italiano condivide le stesse origini e scelte politiche di fondo, anche in materia successoria.

Mentre i sistemi di *common law* appaiono caratterizzati da principi successori e scelte di politica economica radicalmente opposti a quelli conosciuti dall'ordinamento italiano, il codice francese ha fornito il modello al quale si è maggiormente ispirato il legislatore italiano dapprima con il Codice Civile del 1865 (che era poco più di una traduzione di quello napoleonico) e poi con quello del 1942. La Francia nella prima decade del XXI secolo ha deciso di modernizzare il suo sistema successorio pur conservando la propria matrice tradizionale. Ha scelto una soluzione di

⁴⁵ R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal origins Thesis, Doing Business Report, and the Silence of Traditional Comparative law*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 2009, p. 765.

Per i termini del dibattito in Italia si veda la relazione tenuta Congresso nazionale della Società Italiana Ricerche Diritto Comparato (SIRDC), Milano, 5-7 maggio 2011 da A. Gambaro, *Misurare il diritto?*

compromesso che ha consentito di mantenere gli istituti tradizionali (divieto del patto successorio, mantenimento della tutela dei legittimari, divieto del patto fedecommissario) benché siano stati adeguati alle nuove e mutate esigenze. La tecnica di tali riforme legislative è stata quella di confermare o rielaborare, come nel caso del divieto dei patti successori, la regola onde determinare una serie di eccezioni tipizzate dal legislatore (come la rinuncia preventiva all'azione di riduzione) che portano con sé l'effetto di erodere buona parte dei principi ispiratori del diritto delle successioni post rivoluzionari.

Il *common law* è il sistema in cui «da sempre» si è affermato che gli individui godono della assoluta libertà di disporre delle proprietà. La *freedom of testation*, esistita in maniera pressoché assoluta già dal XIII secolo per quanto riguarda la *personal property*, anche grazie al ruolo della Chiesa interessata al riconoscimento della facoltà di testare a favore della stessa affinché la medesima potesse provvedere alla realizzazione di opere benefiche mondando così le anime, continua ad essere affermata e riconosciuta sulla presunzione che la volontà testamentaria razionalmente espressa sia sempre preferibile e migliore di quella della legge⁴⁶. Il caso *Banks vs. Goodfellow* (1870) costituisce il paradigma di tale valore: «*The English law leaves everything to the unfettered discretion of the testator, on the assumption that, though in some instances, caprice, or passion, or the power of new ties, or artful contrivance, or sinister influence, may lead to the neglect of claims that ought to be attended to, yet, the instincts, affections, and common sentiments of mankind may be safely trusted to secure, on the whole, a better disposition of the property of the dead, and one more accurately adjusted to the requirements of each particular case, than could be obtained through a distribution prescribed by the stereotyped and inflexible rules of a general law*».

⁴⁶ A. MIRANDA, *Il Testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995, p.

Anche il modello inglese, come quello francese, ha conosciuto, la regola del maggiorascato (limitatamente alla *real property*⁴⁷e coerentemente con il sistema feudale) anche se essa, in estrema sintesi, è stata dapprima «elusa» attraverso il ricorso al trust e poi abrogata con il *Dower Act* del 1833. Il processo che ha portato all'abrogazione di tale principio è stato però più cauto e meno violento di quello francese, come peraltro tipico delle evoluzioni di *common law*⁴⁸, e per effetto del citato Act la libertà testamentaria può dirsi oggi affermata nella sua massima estensione: non trova limiti che possano dipendere dalla natura di tali beni (come avveniva per la *land property*), né è limitata dalla tutela dei legittimari o da un divieto dei patti successori. Il diritto inglese conosce la disciplina della successione legittima, ammette che alcuni soggetti possano vantare dei diritti sull'eredità, ma si tratta di limitate ipotesi che complessivamente sono prive della tutela reale e recuperatoria ben nota all'ordinamento italiano.

Ai fini del presente lavoro è stato individuato di maggior interesse il modello francese poiché continua a conoscere e condividere principi ispirati alla solidarietà ed equità familiare, ma, come si vedrà, ha avuto il coraggio di rendere più attuali le regole successorie.

⁴⁷ Sulla ricostruzione storica delle origini della *freedom of testation* oltre ad A. MIRANDA, *Op. cit.*, si veda l'interessante ricostruzione di U. MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore: radici profane di una contrapposizione sacra fra common law e sistemi romanisti*, in *Studi in Onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 765 e ss.

⁴⁸ A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Milano, 2011, p. 209 e ss.

Capitolo 2

Il Regolamento (UE) n. 650/2012

2.1 Introduzione

Tra le fonti del sistema giuridico italiano, quella che in epoca più recente ha introdotto novità in materia di successioni è il Regolamento dell'Unione Europea n. 650/2012 in materia di competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, accettazione ed esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e creazione di un certificato successorio europeo.

Tale nuovo strumento diventerà interamente applicabile a partire dal 17 agosto 2015 e per quanto riguarda l'Italia esso si presta a sostituire la disciplina di cui alla legge di Riforma del diritto privato internazionale n. 218 del 1995.

Il Regolamento si pone nell'ambito delle misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazione transnazionali con la finalità di estendere tale riconoscimento alla materia delle successioni e dei testamenti, in quanto settori non ancora considerati dall'Unione ma aventi «ruolo centrale nella vita di tutti i giorni⁴⁹». Infatti, oltre al fenomeno demografico relativo all'allungamento della vita media e al conseguente ritardarsi del momento in cui si eredita, l'altro dato sociale di particolare rilevanza è il sempre crescente numero di successioni che presentano elementi di estraneità (successioni cd. transnazionali) per il luogo di residenza sito in uno Stato diverso da quello della cittadinanza, per la esistenza di beni del patrimonio siti in Stati diversi tanto dal luogo della residenza abituale o della cittadinanza oppure ancora a causa di rapporti familiari con coniuge o figli abituati a risiedere altrove rispetto alla persona della cui successione si tratta. Basti pensare che la

⁴⁹ Letteralmente il considerando n. 6 del Regolamento (UE) n. 650/2012

Commissione europea ha valutato nel 2014 450.000 i casi in cui le successioni presentano elementi di internazionalità⁵⁰.

Per l'Unione Europea l'obiettivo di fondo rimane il corretto funzionamento del mercato interno e se per realizzarlo è necessario rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, in un contesto in cui le successioni con implicazioni transfrontaliere assumono dimensioni sempre più importanti, diventa fondamentale – e di questo il legislatore comunitario ne è consapevole – armonizzare le regole per consentire ai cittadini di organizzare in anticipo la propria successione e per dare certezza ai rapporti giuridici che coinvolgono gli eredi, i legatari ed i creditori del defunto.

La scelta della Commissione è stata però quella di scartare la via dell'uniformazione della disciplina sostanziale, poiché al momento le divergenze sono troppo gravi come confermato dalle resistenze di stati come il Regno Unito preoccupato, ad esempio, di subire per effetto di provvedimenti stranieri le azioni recuperatorie di cespiti aventi ad oggetto liberalità⁵¹. La scelta è stata invece quella di semplificare i criteri di diritto internazionale privato per favorire la prevedibilità del trattamento delle successioni con implicazioni transfrontaliere; in questo senso il Regolamento (UE) n. 650/2012 costituisce senza dubbio un'importante tappa ai fini dell'armonizzazione del diritto in tale ambito⁵².

L'ambito d'applicazione del Regolamento⁵³ dovrebbe estendersi a tutti gli aspetti di diritto civile della successione a causa di morte, ossia qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, che si tratti di un atto volontario per disposizione a causa di morte ovvero di un trasferimento per effetto di successione legittima. Esso,

⁵⁰ Per i dati si veda il sito internet http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/successions/index_en.htm

⁵¹ A. FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, p. 559 e ss.

⁵² Nel Libro Verde Successioni e testamenti la Commissione ha esplicitato che nessun progresso nella materia delle successioni potrà avvenire a livello comunitario se prima non si affronterà in via prioritaria il problema della norma applicabile.

⁵³ Considerando n. 9 del Regolamento (UE) 650/2012

sempre a livello di proclamazioni⁵⁴, intende promuovere l'armonizzazione sul conflitto di leggi applicabili ad una successione con elementi di estraneità al fine di far conoscere in anticipo la legge, consentendo ai cittadini di organizzare la propria successione. All'uopo, quali principali caratteristiche dell'armonizzazione ivi contemplate⁵⁵, il Regolamento sceglie il principio di unità della successione (differentemente dal sistema scissionistico prescelto dalla Francia e dal Regno Unito ove il diritto internazionale privato distingue tra successioni immobiliari e successioni mobiliari) al fine della certezza del diritto e onde evitare la frammentazione della successione in ragione dei beni oggetto dell'eredità, dalla loro natura o dal fatto che siano si trovino siti in altri Stati (Stati membri o Stati terzi). Il Regolamento, affermando il principio dell'unitarietà della successione secondo cui deve essere la medesima legge nazionale a regolare l'intera successione, intende rendere più agevole la sua applicazione anche da parte del giudice straniero, evitando che per opera di un gioco complesso di rinvii tra più ordinamenti, come poteva accadere prima del Regolamento, si realizzino discrepanze tra più leggi nazionali nella materia successoria.

Quale criterio di collegamento generale ai fini della determinazione sia della competenza che della legge applicabile, il Regolamento sceglie la residenza abituale del defunto al momento della morte⁵⁶, facendo salva la *electio iuris* a favore della legge dello Stato di cui ha la cittadinanza. Tale scelta è fatta in considerazione della crescente mobilità dei cittadini e al fine di assicurare la corretta amministrazione della giustizia all'interno dell'Unione e al fine di garantire un criterio di collegamento oggettivo tra la successione e lo Stato membro nel quale è esercitata la competenza.

Lo stesso criterio, del pari, è stato individuato per l'individuazione del giudice competente, agevolando così l'organo giudicante in modo che nella maggior parte dei casi possa applicare il proprio diritto nazionale,

⁵⁴ Considerando n. 37 del Regolamento (UE) 650/2012

⁵⁵ E. CALÒ, *Il progetto di Regolamento U.E. sulla legge applicabile alle successioni*, in *Notariato*, 2010, 5, 579

⁵⁶ Considerando n. 23 del Regolamento (UE) 650/2012

con conseguente risparmio di tempistiche, anche processuali o di costi legali⁵⁷.

Quanto alla struttura, il Regolamento, individuato l'ambito di applicazione (artt. 1 – 3) si compone di un Capo dedicato alla competenza (artt. 4-19), uno alla legge applicabile (artt. 20-38) in cui, oltre all'individuazione del criterio generale (la residenza abituale) e al riconoscimento della cd. *professio iuris* (riferita alla legge nazionale) prevede, in espressione del principio di unità della successione quali sono le materie oggetto della legge applicabile alla successione. Sempre in punto di armonizzazione sulla legge applicabile, il Regolamento si occupa anche dei patti successori, della validità sostanziale e formale delle disposizioni a causa di morte e delle disposizioni specifiche in materia di nomina e poteri di un amministratore dell'eredità in determinate situazioni. Il capo IV (artt. 39 -58) è dedicato al riconoscimento, esecutività ed esecuzione delle decisioni, il Capo V (artt. 59-61) agli atti pubblici transazioni giudiziarie, il Capo VI (artt. 62-73) alla istituzione del certificato successorio europeo destinato a facilitare le pratiche relative ad una successione transfrontaliera in modo che l'erede, il legatario, l'esecutore testamentario o l'amministratore dell'eredità possano facilmente dimostrare le loro qualità, diritti e poteri in un altro Stato membro, ed infine il Capo VII è dedicato alle disposizioni generali e finali.

Nelle pagine che seguono, per quanto riguarda l'indagine dei limiti alla libertà negoziale nell'ambito della pianificazione della successione, ci si occuperà principalmente dell'ambito di applicazione del Regolamento, del principio di unità della successione, dei criteri di collegamento e della disciplina offerta in materia di patti successori.

2.2 La genesi e il sistema di valori del Regolamento (UE) n. 650/2012

⁵⁷ F. P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 382.

Se da quanto sopra si evince in sintesi la struttura del Regolamento, con riferimento alla sua genesi vi è da dire che esso, preceduto da intensi lavori preparatori iniziati nel 2005 con la pubblicazione di un Libro verde della Commissione, è stato salutato come una «*delle realizzazioni più ambiziose dell'opera intrapresa dall'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile*»⁵⁸. Si tratta, infatti, del primo strumento compiuto di unificazione delle norme internazionalprivatistiche in materia successoria che può considerarsi un punto di arrivo di molte riflessioni e di altri strumenti tecnici già esplorati nell'ambito della cooperazione, ponendosi quale testo legislativo dell'Unione che «*consolida e sviluppa il «linguaggio» del diritto internazionale privato dell'Unione Europea, arricchendone e affinandone le categorie e le espressioni, in un dialogo che lega tra loro, in un gioco di rimandi e complementarità, le diverse componenti settoriali della disciplina europea*»⁵⁹.

Esso si muove in un settore in cui però la cooperazione tra gli Stati presenta però numerose difficoltà, come dimostrato dal fallito tentativo della Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni, mai entrata in vigore. I trattati internazionali in materia successoria che fino ad ora hanno avuto più successo sono quelli che si sono limitati ad armonizzare limitati aspetti del fenomeno *mortis causa* e principalmente aspetti formali del negozio testamentario ovvero il sistema di registrazione dei testamenti. Si pensi alla Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di legge relativi alla forma delle disposizioni testamentarie, in vigore per più di quaranta Stati, ma non per l'Italia, alla Convenzione di Washington del 1973 che istituisce una legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale, con annesso ed alla Convenzione di Basilea del 1972 relativa alla istituzione di un sistema di registrazione dei testamenti.

Le difficoltà sottese alla realizzazione di strumenti tesi all'armonizzazione e/o unificazione della materia successoria sono

⁵⁸ P. FRANZINA, *Ragioni, valori e collocazione sistematica*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 4

⁵⁹ P. FRANZINA, *Op. cit.*, p. 4.

generalmente ricondotte dalla dottrina⁶⁰ entro tre tipi di ostacoli: (i) il primo ostacolo riguarda la valenza sociale ed il sistema di interessi sotteso alla disciplina delle successioni *mortis causa*; (ii) il secondo ostacolo attiene al rapporto della disciplina successoria con gli altri istituti chiavi della materia privatistica: la famiglia, la proprietà e gli altri diritti reali, il contratto e l'impresa; (iii) il terzo ostacolo riguarda il substrato culturale, storico e sociale delle regole materiali della successione per causa di morte ed il tendenziale immobilismo della materia successoria. Le regole di ogni ordinamento, specialmente in tale materia, sono infatti ispirate a un sentire comune, radicato nel tempo che raramente consente momenti di innovazione a meno che non si tratti di profonde fratture col passato, di matrice reazionaria e rivoluzionaria come avvenne in buona parte, ad esempio, con la Rivoluzione Francese.

La materia successoria, in ogni ordinamento tende a porsi come un sistema chiuso, colmo di tecnicismi ma allo stesso tempo connotato da sistematicità e coerenza poiché ispirato all'ambiente giuridico sociale ed economico da cui le regole promanano ed influenzato dalla disciplina di altri istituti spiccatamente privatistici; onde la difficoltà di assumere iniziative internazionali per ridiscutere le soluzioni già adottate dai Paesi poiché in tale sede non si potrebbe prescindere dall'avviare nuove riflessioni sui valori da condividere e da porre a fondamento delle soluzioni che si vogliono uniformare.

Il Regolamento, preso atto dei differenti regimi di diritto sostanziale degli Stati membri, ha cercato di elaborare una disciplina successoria nell'ambito del diritto internazionale privato non già tesa a dare regole di diritto materiale e sostanziale ma a consentire la creazione di uno spazio sovranazionale unico il più possibile privo di barriere interne.

Allo scopo, si possono ravvisare tre scelte di fondo assunte dal Regolamento⁶¹: (i) l'unitarietà della successione; (ii) il criterio dell'ultima

⁶⁰ A. ZOPPINI, *Op. cit.*, p. 2; I. Kroppenbergh, *Nationale Rechtskulturen und die Schaffung eines europäischen Erbrechts*, in *Europaisierung des Rechts* (a cura di Roth), Tubingen, 2010, p. 107. Si veda pure P. Franzina, *Op. cit.*, p. 7.

⁶¹ P. Franzina, *Op. cit.*, p. 8.

residenza del *de cuius*, fatta salva *l'electio iuris* per la legge di cittadinanza valevole sia per l'individuazione della legge applicabile che della competenza giurisdizionale; (iii) la possibilità di riconoscimento ed esecuzione non solo delle decisioni giudiziarie ma anche degli atti pubblici formati in uno Stato membro, nonché la introduzione di uno strumento (il certificato successorio europeo) per favorire la continuità spaziale di tutte le situazioni giuridiche (qualità di erede, legatario, esecutore, etc.) derivanti dall'apertura della successione.

Sotto il profilo dell'unità della successione, concetto di derivazione romanistica ispirato al principio della universalità della successione, ovvero sotto il profilo contrapposto del principio della separazione dei beni mobili dagli immobili, comune agli ordinamenti anglosassoni⁶², lo strumento europeo adotta la scelta di una devoluzione unitaria di tutti i beni anziché di una loro dispersione a seconda degli Stati in cui si trovano.

Per quanto concerne i criteri per risolvere il conflitto di leggi e della competenza giurisdizionale gli autori del Regolamento hanno perseguito l'obiettivo di realizzare una convergenza tra *ius* e *forum*, individuando nella residenza abituale del *de cuius* tanto il criterio per il conflitto tra leggi, tanto il criterio della competenza giurisdizionale, in modo da escludere il più possibile possibili contrasti e fratture in sede di applicazione della legge straniera da parte dell'organo giurisdizionale chiamato.

L'adozione del criterio della residenza abituale del *de cuius* quale criterio principale che può essere derogato da un'espressa manifestazione di volontà a mezzo della cd. *professio iuris* che consente di attribuire rilevanza, ancorché in via secondaria e residuale, alla cittadinanza, è espressione del fenomeno della mobilità ed risponde all'esigenza di consentire una più efficace integrazione da parte di coloro che si avvalgono della libertà di circolazione. L'individuazione della legge applicabile alle successioni caratterizzate da internazionalità ad opera del criterio della residenza abituale risponde alla logica di individuare nella legge dello

⁶² Ove gli immobili trovano la loro regolamentazione nella *lex rei sitae*, mentre i beni mobili sono sottoposti alla legge personale del *de cuius* (rispettivamente del domicilio o nazionale a seconda dei casi).

Stato in cui si fissa «con voluto carattere di stabilità⁶³» il centro permanente o abituale dei propri interessi. Indipendentemente dal sostrato valoriale nazionale e dalle proprie radici culturali, il soggetto che trasferisce in altro Stato membro la residenza abituale sposa a pieno l'ambiente in cui realizza la propria persona. In questo modo, nel sistema di valori comunitari, si agevola l'integrazione nel territorio europeo favorendo la parità di trattamento tra cittadini europei, a discapito delle disparità di regolamentazione dei rapporti giuridici ed economici fondate sulla cittadinanza (art. 12 del Trattato UE).

L'armonizzazione della materia successoria non sarebbe però completa ove non si studiassero delle soluzioni per la continuità «spaziale» delle situazioni giuridiche che derivano dalla successione *mortis causa*. In questo senso il Regolamento ha studiato, oltre al riconoscimento delle decisioni straniere, l'esecutività degli atti pubblici formati in uno Stato membro e l'efficacia esecutiva delle transazioni giudiziarie, il certificato successorio. Si tratta della creazione di un certificato uniforme da rilasciare per essere utilizzato in un altro Stato membro, non obbligatorio, destinato ad eredi, legatari, esecutori o amministratori testamentari per i casi in cui debbano provare, fuori dallo Stato membro i cui titoli si sono formati, l'esistenza e la portata delle loro qualità e dei loro diritti e poteri. Non è di per sé un titolo esecutivo ma avrà forza probatoria e dovrebbe dimostrare con esattezza gli elementi accertati in forza della legge applicabile alla successione o di altra legge applicabile a elementi specifici, come la validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte.

L'unicità della successione, l'adozione della residenza abituale quale criterio per risolvere il conflitto di leggi e di giurisdizioni e l'introduzione di un certificato successorio possono essere considerate le soluzioni per l'attuazione dell'integrazione europea. In particolare essa, anche nella materia successoria, può dirsi ispirata alla esigenza di evitare discriminazioni basate sulla nazionalità. Del resto l'adozione del criterio

⁶³ Corte di Giustizia, 15 settembre 1994, causa C-452/93, *Magdalena Fernández*; 8 luglio 1992, causa C-102/91, *Knoch*; 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Swaddling*.

della residenza abituale è conforme agli altri strumenti internazionalprivatistici elaborati dall'Unione Europea, a riprova che il medesimo criterio di collegamento consente di assoggettare ad un'unica legge e/o giurisdizione più materie, che ancorché diverse e oggetto di differenti regolamenti e discipline giuridiche, sovente rispondono a interessi contigui e affini, come può essere per tutte le vicende personali, familiari o patrimoniali⁶⁴.

Un ulteriore e diverso *background* di valori riconoscibile nel Regolamento in esame è la marcata fiducia nei confronti dell'autonomia privata⁶⁵, elemento già caratterizzante di altri strumenti legislativi comunitari⁶⁶. Seppur entro certi limiti, il riconoscimento di un certo grado di libertà si indirizza da un lato a consentire al soggetto di manifestare la scelta per la legge applicabile alla propria successione e dall'altro a consentire una più agevole pianificazione della successione, obiettivo che si pone in linea con la gestione di un più efficiente passaggio generazionale delle imprese a carattere familiare. In questo senso il riconoscimento dell'autonomia privata deve consentire l'utilizzo di strumenti giuridici trasversali alla materia delle successioni, a quella dei contratti - e in questo senso è importante l'apertura (nei termini di cui si dirà) sui patti successori - e del diritto societario per quanto concerne la circolazione delle partecipazioni sociali e in generale, dell'attività di impresa, ancorché quest'ultima sia una materia espressamente esclusa dall'ambito di applicazione del Regolamento. Proprio nel riferimento al valore della

⁶⁴ Sul criterio della residenza abituale E. Calò, *L'inarrestabile declino della cittadinanza altrui: il Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012*, in *Corriere Giuridico*, 2013, p. 549 e ss.;

P. Kindler, *From nationality to habitual residence: some brief remarks on the future EU regulation on International successions and wills*, in *Convergence and divergence in private International law – Liber amicorum Kurt Siehr* (a cura di Boele – Woelki, Einhorn, Girsberger and Symeonides), Basel – The Hague, 2010, p. 251

⁶⁵ P. FRANZINA, *Op. cit.*, p. 15

⁶⁶ Si veda l'art. 23 del Regolamento «Bruxelles I», ora art. 25 del Regolamento «Bruxelles I bis», l'art. 3 del Regolamento «Roma I» e l'art. 5 del Regolamento «Roma III» in materia di legge applicabile.

libertà negoziale, il Regolamento, ponendosi il problema della incompatibilità tra ordinamenti nazionali nell'ambito del diritto delle successioni, affronta il tema dei patti successori considerandolo un istituto da apprezzare per consentir ai cittadini dell'Unione di «poter organizzare in anticipo la propria successione»⁶⁷, pur riconoscendo che ogni Stato membro continuerà a decidere sulla loro ammissibilità

2.3 L'ambito di applicazione

Il Regolamento (UE) n. 650/2012 è destinato a regolare la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, l'accettazione e l'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e la creazione di un certificato successorio europeo, applicandosi alle *successioni a causa di morte*. Nell'individuazione dell'ambito di applicazione (art. 1) e delle esclusioni è avvertita l'esigenza di coordinamento con altri strumenti già adottati sulla base di altre competenze comunitarie attribuite dall'art. 81 del trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, impendendo sia sovrapposizioni ma anche lacune. Si fa notare che il Regolamento n. 650/2012, rispetto ad altri, mostra una struttura più complessa poiché ha ad oggetto non solo la disciplina della legge applicabile, ma anche la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni. Da tale struttura deriva che lo strumento in oggetto si propone di disciplinare la materia successoria in maniera completa pur dovendosi coordinare con le altre misure già adottate dall'Unione Europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia di diritto civile. La pretesa di sistematicità e il risultato di un buon coordinamento tra gli strumenti comunitari potranno essere favoriti dal

⁶⁷ In tal senso il Considerando n. 7 del Regolamento (UE) n. 650/2012, ove «È opportuno contribuire al corretto funzionamento del mercato interno rimuovendo gli ostacoli alla libera circolazione di persone che attualmente incontrano difficoltà nell'esercizio dei loro diritti nell'ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere. Nello spazio europeo di giustizia, i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione. I diritti di eredi e legatari, di altre persone vicine al defunto nonché dei creditori dell'eredità devono essere garantiti in maniera efficace.»

favor già dimostrato dal formante della giurisprudenza comunitaria⁶⁸ volta a sviluppare, anche a livello di interpretazione degli strumenti comunitari, un quadro coerente e coordinato specie per ciò che può condurre ad attribuire un significato comune alle espressioni adottate nell'ambito degli altri Regolamenti della cooperazione giudiziaria e civile⁶⁹ (si pensi all'orientamento consolidato in ordine alla definizione di «residenza abituale»).

Venendo all'individuazione dell'ambito di applicazione, sulla base della tecnica già adottata da altri strumenti⁷⁰ dell'Unione Europea nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, l'articolo 1 del Regolamento delinea l'ambito di applicazione nella materia delle *successioni per causa di morte*, escludendo la materia fiscale, doganale e amministrativa così come:

a) lo status delle persone fisiche, i rapporti di famiglia e i rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili;

b) la capacità delle persone fisiche, fatto salvo quanto stabilito all'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), e all'articolo 26;

c) le questioni riguardanti la scomparsa, l'assenza o la morte presunta di una persona fisica;

d) le questioni riguardanti i regimi patrimoniali tra coniugi e i regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio;

e) le obbligazioni alimentari diverse da quelle a causa di morte;

f) la validità formale delle disposizioni a causa di morte fatte oralmente;

g) i diritti e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, quali le donazioni, la comproprietà con reversibilità a favore del comproprietario superstite, i piani pensione, i contratti di

⁶⁸ Corte di Giustizia 2 maggio 2006 C-341/04, *Eurofood*, 27 novembre 2007 C-435/06, *Eurofood*, 12 febbraio 2009 C-339/07, *Seagon*, 15 marzo 2011, C-29/010, *Koelzsch*.

⁶⁹ G. Biagioni, *L'ambito di applicazione*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 26.

⁷⁰ Regolamento «Roma I», Regolamento «Roma II» e Regolamento «Bruxelles I».

assicurazione e accordi analoghi, fatto salvo l'articolo 23, paragrafo 2, lettera i);

h) le questioni disciplinate dal diritto applicabile alle società, alle associazioni e alle persone giuridiche, quali le clausole degli atti costitutivi e degli statuti di società, associazioni e persone giuridiche che stabiliscono la destinazione delle quote di partecipazione alla morte dei loro membri;

i) lo scioglimento, l'estinzione e la fusione di società, associazioni e persone giuridiche;

j) la costituzione, il funzionamento e lo scioglimento di trust;

k) la natura dei diritti reali;

l) qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro.

Si tratta di un dettagliato elenco di materie che, pur presentando molti aspetti di contatto con la vicenda successoria, risultano escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento.

Ma prima di venire alle esclusioni è bene segnalare che lo strumento in esame si propone di definire la materia delle *successioni per causa di morte* all'articolo 3 ove si legge che «*ai fini del presente Regolamento si intende per:*

a) «*successione*», *la successione a causa di morte, comprendente qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, che si tratti di un trasferimento volontario per disposizione a causa di morte ovvero di un trasferimento per effetto di successione legittima (...)*».

La definizione si propone di superare le complesse differenti nozioni esistenti nei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri⁷¹ ed allo stesso tempo costituisce un'evoluzione rispetto alla più ristretta nozione prevista nella Proposta del Regolamento che si limitava ad ancorare la

⁷¹ Sulle difficoltà riscontrate nel tentativo di offrire una definizione di successioni per causa di morte si veda E. Lein, *A further step towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*, in *Yearbook of Private International Law*, 2009, p. 110 e ss.

successione al trasferimento della proprietà per causa di morte. Tale nozione sarebbe stata evidentemente troppo limitativa poiché il fenomeno del succedere nell'*universum ius defuncti* si riferisce ad una vicenda più complessa che, almeno per gli ordinamenti di matrice romanistica⁷², riguarda il subentrare di una persona vivente nella titolarità di tutte le situazioni giuridiche appartenenti al defunto che non si estinguono per effetto della morte dell'originario titolare⁷³. La successione per causa di morte consente la continuazione della vita economica oltre la vicenda della morte della persona fisica, risolvendosi in una faccenda che, a soddisfazione di un interesse generale della collettività, consente che sia affidato a un nuovo soggetto il complesso di rapporti giuridici attivi e passivi riferiti al *de cuius* perché, soddisfatte le ragioni dei creditori, questi rapporti possano essere conservati quali strumento di ricchezza⁷⁴.

Vi è però da fare una precisazione. La legge regolatrice di tutti i possibili rapporti giuridici destinati a cadere in successione non sarà la *lex successionis*, bensì la legge applicabile a tali singole situazioni giuridiche soggettive⁷⁵. Così ad esempio, ove il defunto fosse titolare del diritto di usufrutto, sarà la legge applicabile in materia di diritti reali a regolare se tale diritto reale di godimento sia un diritto la cui durata non può eccedere la vita dell'usufruttuario (art. 979 Cod. Civ.).

Il Regolamento adotta dunque una definizione omnicomprensiva del concetto di successione che, del resto, si pone coerente con l'adozione del criterio dell'unitarietà della successione adottato.

⁷² Negli ordinamenti di *common law* la nozione di successione pare differente nella misura in cui l'erede è solo un destinatario di beni o diritti del *de cuius* e non il continuatore della personalità del defunto. All'apertura della successione i beni immobili e mobili del defunto vengono trasmessi al *personal representative* incaricato di liquidare i beni per provvedere al pagamento dei debiti ereditari e di dare attuazione alle volontà del defunto.

⁷³ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino), Milano, 2009, tomo I, p. 17.

⁷⁴ Sulla nozione di successione per causa di morte nell'ordinamento italiano si vedano F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 90 ss.

⁷⁵ G. BIAGIONI, *Op. cit.*, p. 28.

Di rilievo è pure la definizione di cui all'art. 3 lettera d) di «disposizione per causa di morte» intendendosi per essa un testamento, un testamento congiuntivo o un patto successorio. Pertanto il Regolamento nel circoscrivere il campo di applicazione fa riferimento alla nozione di successione legittima, testamentaria ricomprendendovi anche le conseguenze di un patto successorio⁷⁶. La particolare importanza riconosciuta dal Regolamento ai patti successori che per loro natura giuridica sono contratti *inter vivos*, ancorché con effetti *post mortem*, impone una riflessione sul coordinamento con altre misure adottate dall'Unione Europea in materia contrattuale, riflessione per la quale si rinvia al paragrafo che segue.

2.4 Segue (i): Il rapporto con la disciplina dei negozi *inter vivos* con effetti *post mortem* (contratti di assicurazione, donazioni e clausole societarie sulla circolazione delle partecipazioni)

Il Regolamento all'articolo 1 elenca una serie di esclusioni dal campo di applicazione che riguardano materie che presentano aspetti connessi alla successione, ma che per scelta di fondo vengono escluse. Tra queste si segnalano, in particolare, ai fini dell'indagine del presente paragrafo che riguarda i rapporti del Regolamento con altri strumenti adottati in materia contrattuale, le materie di cui alla lettera g) ed h), ovvero, rispettivamente, i diritti e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, quali le donazioni, la comproprietà con reversibilità a favore del comproprietario superstite, i piani pensione, i contratti di assicurazione e accordi analoghi, fatto salvo l'articolo 23, paragrafo 2, lettera i) che riguarda la collazione e la riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote dei diversi beneficiari e le questioni disciplinate dal diritto applicabile alle società, alle associazioni e alle persone giuridiche, quali le clausole degli atti costitutivi e degli statuti di

⁷⁶ Sulla rilevanza del patto successorio nel Regolamento si rinvia al successivo paragrafo 4.2.8

società, associazioni e persone giuridiche che stabiliscono la destinazione delle quote di partecipazione alla morte dei loro membri.

Le materie di cui alla lettera g) riguardano acquisti originati dalla morte del *de cuius* (come tali sussumibili nella categoria dei negozi *post mortem*) ma la cui giustificazione causale deve essere rinvenuta in negozi *inter vivos* riconducibili allo schema della contrattazione a favore di terzo, ove la prestazione viene eseguita al terzo dopo la morte dello stipulante. Il contratto a favore di terzo con effetto dalla morte dello stipulante costituisce, per l'ordinamento italiano, una fattispecie per la quale è sempre attuale il dibattito se, quanto alla sua natura giuridica, integri un patto successorio eccezionalmente consentito o se sia un atto a struttura ed effetti *inter vivos*. Nella civilistica italiana infatti si contrappongono due orientamenti. Per una parte della dottrina⁷⁷ il negozio in esame ha natura di autentico negozio *mortis causa* poiché lo stipulante compie, seppur indirettamente, un'attribuzione di natura ereditaria nei confronti del terzo e nella revocabilità di tale attribuzione si coglierebbe la prova di tale natura giuridica. La natura *mortis causa* ma la struttura negoziale propria dell'atto *inter vivos* lo renderebbero un patto successorio eccezionalmente consentito dalla legge (art. 1412 Cod. Civ.). Secondo un altro orientamento⁷⁸, invece, si tratta di autentico e valido negozio *inter vivos* in cui, per effetto della stipulazione, il terzo acquista immediatamente un diritto, tant'è che in caso di sua premorienza rispetto allo stipulante, la prestazione dovrà essere eseguita a favore dei suoi eredi, benché la morte dello stipulante costituisca il termine di adempimento per eseguire la prestazione.

Sono poi esclusi dall'ambito di applicazione i contratti di assicurazione ed i piani pensione e tale esclusione induce una riflessione

⁷⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, p. 320; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile* (a cura di Scialoja e Branca), Bologna-Roma, 1980, p. 110

⁷⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 223; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1953/1962, p. 182; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte, Parte Generale*, Napoli, 1977, p. 403 e ss.

sul rapporto di tali negozi con i patti successori. Ci si potrebbe domandare se a tale previsione possa essere attribuita una valenza sistematica dalla quale ricavare un'ulteriore conferma della estraneità dei contratti di assicurazione ai patti successori, ma verosimilmente si tratta solo di una scelta di opportunità del legislatore europeo che, in tale ambito, ricalca la previsione della Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte. La ragione di tale esclusione dovrebbe infatti essere rinvenuta nelle difficoltà di comprensione e traduzione nei diversi ordinamenti ma anche dall'esigenza di evitare rischi in ordine al possibile giudizio di validità su contratti posti in essere con Banche, Assicurazione e altre istituzioni finanziarie⁷⁹.

Le donazioni sono parimenti escluse dal Regolamento poiché attratte dall'ambito di applicazione del Regolamento «Roma I», come confermato dal considerando n. 14 che prevede che «i diritti di proprietà, gli interessi e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, per esempio a titolo di donazione, dovrebbero essere altresì esclusi dall'ambito di applicazione del presente Regolamento. Tuttavia, dovrebbe spettare alla legge designata dal presente Regolamento, quale legge applicabile alla successione, determinare se le donazioni o altre forme di disposizioni *inter vivos* che comportano l'acquisizione precedente alla morte di un diritto reale debbano essere oggetto di collazione e riduzione ai fini del calcolo delle quote dei beneficiari secondo la legge applicabile alla successione». La scelta del Regolamento n. 650/2012 è quella di escludere dal suo campo di applicazione le attribuzioni di beni che avvengono al di fuori della successione, ovvero le attribuzioni realizzate per mezzo di strumento diverso dal testamento, testamento congiuntivo e patto successorio, perché afferenti la «materia contrattuale»⁸⁰, come tale, rientrante nel campo di applicazione del Regolamento «Roma I». Nella materia contrattuale, esclusa dal

⁷⁹ D. W. M. WATERS, *Rapport explicatif*, La Haye, 1991, p. 545.

⁸⁰ In questo senso G. BIAGIONI, *L'ambito di applicazione*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 37

Regolamento n. 650/2012 rientrano quindi le donazioni e «le altre forme di disposizione inter vivos», discutendosi, ma la risposta è per i più in senso affermativo⁸¹, se vi si possano ricomprendere anche le attribuzioni gratuite realizzate a mezzo di un negozio *inter vivos* unilaterale, ove, evidentemente, l'ordinamento ammetta la struttura unilaterale per realizzare la donazione o l'atto gratuito.

Vi sono però alcune fattispecie di «donazioni» che, secondo una certa interpretazione, rientrano nel campo di applicazione del Regolamento n. 650/2012. Si tratta delle fattispecie che realizzano delle attribuzioni in vista della morte e con effetti a seguito della stessa, benché la dottrina maggioritaria continua a sottolineare la natura *inter vivos* di tali negozi⁸². La sussunzione entro l'ambito di applicazione del Regolamento in esame viene fatta derivare dalla loro configurabilità in termini di patto successorio. Ci si riferisce, per esempio, alla cd. *donatio mortis causa* intendendosi per essa il contratto bilaterale, come tale irrevocabile, destinato a produrre i propri effetti dopo la morte del donante. Sul punto non si può non segnalare come, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, la categoria della donazione *mortis causa* costituisce un patto successorio, come tale vietato, perché realizzerebbe nella forma del contratto un' autentica attribuzione con causa di morte. Nell'ordinamento italiano, come si vedrà, la delazione può avere unicamente la propria fonte nella legge o nel testamento, unico negozio giuridico *mortis causa* e non sarebbero idonei altri negozi giuridici diversi dall'atto di ultima volontà.

⁸¹ P. BERTOLI, *Art. 1 – I)I*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)* – Commentario (a causa di Salerno e Franzina), in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 557; F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, p. 122.

⁸² G. MILLER, *International Aspects of Successions*, London, 2000, p. 47 propende per la natura *inter vivos* della donazione *mortis causa*; *contra* M. Lupoi, *Trusts: A comparative Study*, Cambridge, 2000, p. 36.

Diversa è invece la fattispecie della donazione *cum moriar*, ossia del contratto di donazione con termine di efficacia iniziale coincidente con la morte del donante: essa, per opinione prevalente, anche della giurisprudenza italiana⁸³, è una donazione, come tale irrevocabile, che ha il tipico carattere dell'attualità dello spoglio, poiché, ancorché gli effetti della donazione siano differiti ad un evento certo nell'*an*, incerto nel *quando*, il donatario viene dalla conclusione del contratto investito di un'aspettativa di legge giuridicamente tutelata che gli consente di compiere atti conservativi e dispositivi del diritto secondo la disciplina tipica degli atti sottoposti a termine di efficacia o condizione.

Un'ipotesi di esclusione dal campo di applicazione del Regolamento n. 650/2012 molto significativa è quella di cui alla lettera h) dell'articolo 1; si tratta delle questioni disciplinate dal diritto applicabile alle società, alle associazioni e alle persone giuridiche, quali le clausole degli atti costitutivi e degli statuti di società, associazioni e persone giuridiche che stabiliscono la destinazione delle quote di partecipazione alla morte dei loro membri.

Per effetto di tale esclusione, sono rimesse alla *lex societatis* tutte le possibili valutazioni circa le clausole relative alla circolazione delle quote di partecipazione in caso di morte del socio. Ai fini in esame infatti le cd. clausole di continuazione o di consolidazione, secondo la terminologia propria dell'ordinamento italiano e su cui si tornerà nelle prossime pagine, benché possano integrare degli autentici patti successori (come nel caso delle varianti più estreme di tali clausole come le clausole di continuazione obbligatoria, automatica, o alle clausole di consolidazione cd. pure), rimarrebbero escluse dal presente Regolamento al fine di evitare che gli atti costitutivi o gli statuti risultino regolati da leggi diverse ove alla successione del socio defunto fosse applicabile una legge diversa dalla legge applicabile al contratto di società⁸⁴.

⁸³ Per tutte si veda Cass. Civ. 9 luglio 1976 n. 2619

⁸⁴ B. BAREL *La disciplina dei patti successori*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 116.

Per parte della dottrina⁸⁵ siffatta scelta adottata dal legislatore comunitario si presta però all'inconveniente del *forum shopping* in favore di quelle giurisdizioni che sono più favorevoli alla assoluta libertà testamentaria, nella misura in cui il disponente-socio di società può, con riferimento alla circolazione delle quote di partecipazione societarie, sottrarre tali particolari beni alla legge applicabile alla successione. Da questo punto di vista il Regolamento n. 650/2012 confermerebbe la possibilità di continuare a far transitare le successioni di modeste dimensione entro il diritto civile e quelle più rilevanti entro i veicoli tipici del diritto societario⁸⁶ con, evidentemente, buona pace per i diritti dei legittimari. Vi è però da rilevare che il Regolamento scoraggia i fenomeni elusivi riconducibili al *forum shopping* perché il considerando n. 26 dispone che «nulla nel presente Regolamento dovrebbe impedire a un organo giurisdizionale di applicare meccanismi intesi a contrastare l'elusione della legge, come la frode alla legge nel contesto del diritto internazionale privato».

2.5 Segue (ii): l'esclusione dei diritti reali e del trust dal campo di applicazione del Regolamento

I diritti reali sono esclusi dall'ambito di applicazione del Regolamento, poiché la loro disciplina è rimessa alla *lex rei sitae*. Questione più delicata era definire la legge applicabile non già alla trasmissione di diritti reali realizzata per testamento nei casi in cui il diritto non si estingua per effetto della morte del suo titolare, ma alla costituzione di diritti reali disposta per testamento, potendosi distinguere tra le vicende relative alla loro costituzione e la loro natura, onde evitare che per effetto della *lex successionis* si dia luogo alla creazione di un diritto reale secondo una legge ignota allo Stato in cui si trova il bene sul quale costituire il diritto⁸⁷.

⁸⁵ In tal senso E. CALÒ, *Il progetto di Regolamento U.E. sulla legge applicabile alle successioni*, in *Notariato*, 2010, 5, p. 579.

⁸⁶ A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, p. 887 e ss.

⁸⁷ G. BIAGIONI, *Op. Cit.*, p. 41.

La scelta del legislatore comunitario è stata nel senso di ricomprendere nell'ambito di applicazione del Regolamento la fattispecie costitutiva dei diritti reali, lasciando che sia la *lex rei sitae* a riconoscere o meno la loro esistenza, validità, estensione per i beni siti in uno Stato diverso da quello la cui legge regola la successione.

Il Regolamento esclude altresì dal suo campo di applicazione le questioni riguardanti la costituzione, il funzionamento e lo scioglimento dei trust, poiché già oggetto della disciplina della Convenzione dell'Aja del 1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento.

Il considerando n. 13 risponde al quesito in ordine a quale sia la legge applicabile ad un trust testamentario. Si legge infatti che «le questioni inerenti alla costituzione, al funzionamento e allo scioglimento di trust dovrebbero essere escluse dall'ambito d'applicazione del Regolamento, senza che ciò sia inteso come un'esclusione generale dei trust. In caso di costituzione di trust testamentari o legali in connessione con una successione legittima si dovrebbe applicare la legge applicabile alla successione in forza del presente Regolamento per quanto riguarda la devoluzione dei beni e la determinazione dei beneficiari». Tale considerando è destinato a porre problemi interpretativi⁸⁸ di non poco conto, poiché, sul piano pratico, può apparire arduo distinguere i profili di devoluzione dei beni e di determinazione dei beneficiari – assoggettati alla *lex successionis* – dai profili che rimangono sottoposti alla legge regolatrice del trust. In tale modo però viene fatta salva la libertà del testatore di scegliere la legge applicabile al trust testamentario di cui all'articolo 6 della Convenzione dell'Aja che prevede che il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente, fermo restando che ai sensi dell'articolo 15 della medesima Convenzione la scelta della legge applicabile al trust non deve ostacolare l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:

⁸⁸ G. BIAGIONI, *Op. Cit.*, p. 292.

- a) la protezione di minori e di incapaci;
- b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima;
- d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali;
- e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità;
- f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.

2.6 Segue (iii): I rapporti patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate

Un'altra materia oggetto di esclusione dall'ambito di applicazione del Regolamento n. 650/2012 che, ai fini del presente lavoro, merita di essere ricordata è quella che riguarda i rapporti patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate e le obbligazioni alimentari.

Sono infatti escluse le questioni riguardanti i regimi patrimoniali tra coniugi e i regimi patrimoniali relativi a rapporti che hanno effetti comparabili al matrimonio (articolo 1 lettera *d*)), poiché si tratta di materie per le quali è in corso di adozione un nuovo strumento comunitario, sulla base della Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, presentata dalla Commissione il 16 marzo 2011.

Tale ambito viene poi in considerazione anche per i rapporti con la materia delle obbligazioni alimentari. Le obbligazioni alimentari diverse da quelle a causa di morte⁸⁹, infatti, sono espressamente escluse dal campo di applicazione del Regolamento n. 650/2012 (articolo 1 lettera *e*)) poiché rientrano nella disciplina del Regolamento (UE) n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

⁸⁹ Ne deriva che non tutte le obbligazioni alimentari sono comprese nel campo di applicazione del Regolamento n. 4/2009 che disciplina, invece, solo le obbligazioni alimentari derivanti dai rapporti di famiglia, matrimonio, parentela e affinità.

Per quanto riguarda l'oggetto di indagine del presente lavoro si rileva che il coordinamento tra tali settori, benché la giurisprudenza comunitaria appaia solida nel fornire la nozione di «obbligazione alimentare»⁹⁰ e di «rapporti patrimoniali»⁹¹, non pare completo potendosi aprire uno spazio per talune importanti discrasie. E' il caso⁹² del coniuge creditore di una prestazione alimentare e in comunione dei beni con il defunto il quale diventi creditore nei confronti dell'eredità per la prestazione agli alimenti, vanti diritti sulla stessa in qualità di erede del *de cuius* nonché rivendichi beni e/o diritti in dipendenza del rapporto patrimoniale derivante dal matrimonio. In tale ipotesi, si potrebbe verificare un cumulo di prestazioni a carico dell'eredità in dipendenza di diversi leggi applicabili. Si consideri, infatti, che in materia di obbligazioni alimentari (Regolamento n. 4/2009) la legge applicabile è quella della residenza abituale del creditore degli alimenti, in mancanza di una diversa scelta; nella proposta di Regolamento sui regimi patrimoniali si indica il criterio della residenza abituale comune dei coniugi, in mancanza di diversa designazione effettuata dalle parti. La libertà di scelta concessa in tali materie può rendere ulteriormente più difficile la convergenza del diritto materiale applicabile.

Infine, si deve rilevare come altri aspetti di criticità possono emergere in quegli ordinamenti che regolano con maggior interdipendenza i diritti successori del coniuge con il regime patrimoniale della famiglia.

Si pensi⁹³ che in Germania, ad esempio, ai sensi del § 1371 BGB i diritti del coniuge superstite sono aumentati di un quarto ove i coniugi

⁹⁰ Per tutte, Corte di Giustizia, 20 marzo 1997, causa C-295/95, *Farrell*.

⁹¹ Corte di Giustizia, 17 marzo 1979, causa 143/78, *De Cavel I*, 1° marzo 1982, causa 25/81, *C.W.H.*

⁹² G. BIAGIONI, *L'ambito di applicazione*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 50 e ss.

⁹³ L'osservazione è rinvenuta in *Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, in materia di successioni, Prime note sulle questioni di maggiore interesse notarile* (a cura di D. Boulanger, E. Calò, C. Foekherer, G. Liotta, R. Sus), in CNN Notizie© Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato del 03 settembre 2012, Settore Unione Europea.

avevano adottato il regime patrimoniale di partecipazione agli incrementi (*Zugewinngemeinschaft*) secondo le specifiche regole tedesche. In tal caso la dottrina tedesca si è interrogata chiedendosi come tale regola potrebbe risultare applicata ove, in dipendenza del Regolamento n. 650/2012 la successione non sia più regolata dalla legge tedesca.

Il considerando n. 12 del Regolamento n. 650/2012, almeno sul piano procedurale, si pone l'esigenza di assicurare un buon coordinamento in queste materie, imponendo all'organo giudicante di tener in considerazione, nel determinare l'asse ereditario, delle conseguenze dello scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi o tra *partner*. Prevede infatti che «il Regolamento non si dovrebbe pertanto applicare alle questioni inerenti ai regimi patrimoniali tra coniugi, comprese le convenzioni matrimoniali riconosciute in alcuni sistemi giuridici nella misura in cui non trattino questioni di successione, e i regimi patrimoniali relativi a rapporti che si considera abbiano effetti comparabili al matrimonio. Le autorità che, a norma del presente Regolamento, sono competenti per una determinata successione dovrebbero tener conto, in funzione della situazione, dello scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi o del regime patrimoniale assimilabile del defunto ai fini della determinazione dell'eredità del defunto e delle rispettive quote dei beneficiari».

2.7 I criteri di collegamento

Nell'ambito dell'unitarietà della legge applicabile alla successione, allo scopo della armonizzazione perseguita dallo strumento europeo e in particolare nel perseguimento degli obiettivi di certezza del diritto e prevedibilità della legge applicabile, ritenuti strumentali per favorire la pianificazione anticipata della successione e la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione di persone che attualmente incontrano difficoltà nell'esercizio dei loro diritti nell'ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere⁹⁴, il Regolamento adotta quale criterio di

⁹⁴ Considerando n. 7

collegamento quello della residenza abituale del defunto al momento della morte. Tale scelta è spiegata nel considerando n. 23 ove il legislatore comunitario esemplifica che, «in considerazione della crescente mobilità dei cittadini e al fine di assicurare la corretta amministrazione della giustizia all'interno dell'Unione e di garantire un criterio di collegamento oggettivo tra la successione e lo Stato membro nel quale è esercitata la competenza» il Regolamento assume quale criterio di collegamento generale ai fini della determinazione sia della competenza che della legge applicabile la residenza abituale del defunto al momento della morte. A partire dalla data del 17 agosto 2015 e quindi per tutte le successioni che si apriranno da tale data inizieranno ad essere disapplicate le norme nazionali di diritto privato internazionale in favore di quelle comunitarie.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, da tale data dovranno considerarsi abrogate le norme di cui agli articoli 46 -50 della legge n. 218 del 31 maggio 1995, che in materia successoria fissavano i seguenti principi:

- con riferimento alla legge applicabile alla successione il criterio è quello della legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte, fatta salva la possibilità di sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede (art. 46);

- in ordine alla capacità di disporre per testamento, di modificarlo o di revocarlo la legge applicabile è la legge nazionale del disponente al momento del testamento, della modifica o della revoca (art. 47);

- quanto alla validità e forma testamento vige il *favor testamenti*: il testamento è valido se è considerato tale dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto, ovvero dalla legge dello Stato di cui il testatore, al momento del testamento o della morte, era cittadino o dalla legge dello Stato in cui aveva il domicilio o la residenza (art. 48).

Con riferimento alla legge applicabile alla successione, i criteri del Regolamento sono i medesimi di quelli della legge nazionale attualmente ancora in vigore, benché diametralmente opposti.

L'art. 21 del Reg. 650/2012 stabilisce infatti che la legge applicabile all'intera successione è quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte. Se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato. Al fine di determinare la residenza abituale, prevede il Considerando n. 23, «l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere a una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso. La residenza abituale così determinata dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del presente Regolamento». Il criterio fondamentale non è più quindi quello della cittadinanza, bensì quello della residenza o del collegamento manifestamente più stretto. Infatti, anche sulla base delle Considerazioni n. 23, 24 e 25, preso atto che talvolta può risultare complesso determinare la residenza abituale del defunto, specie ove si sposti all'estero, anche per lunghi periodi per ragioni professionali o economiche, pur mantenendo un collegamento stretto e stabile con lo Stato di origine. In tali casi si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la propria residenza abituale nello Stato di origine in cui è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale. In generale, tenuto conto delle concrete situazioni di fatto, il Regolamento (Considerando n. 25) auspica che l'autorità che si occupa della successione possa, in casi eccezionali, concludere che la legge applicabile alla successione non debba essere la legge dello Stato di residenza abituale del defunto, bensì la legge dello Stato con il quale il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti, pur precisandosi che «i collegamenti manifestamente più stretti tuttavia non dovrebbero essere invocati come criterio di collegamento

sussidiario ogni qual volta la determinazione della residenza abituale del defunto al momento della morte risulti complessa».

Attenta dottrina⁹⁵ ha evidenziato le implicazioni sociali dell'adozione da parte dello strumento comunitario di un criterio diametralmente opposto a quello del legislatore nazionale in un contesto di fenomeni migratori. Nelle nazioni caratterizzate da una forte emigrazione sono certamente maggiori i casi di cittadini che risiedono all'estero rispetto agli stranieri residenti, differentemente dai paesi ove si assiste a fenomeni migratori inversi. Nel contesto intracomunitario l'adozione del criterio della residenza abituale pare ben attagliarsi ai sempre più crescenti fenomeni migratori. Inoltre, tale criterio dovrebbe agevolare il giudice nell'accertamento del contenuto di leggi straniere⁹⁶.

Il criterio della residenza abituale del defunto può essere derogato in presenza di una scelta (*professio iuris*) effettuata in modo espresso a mezzo di dichiarazione resa nella forma di una disposizione a causa di morte (ricordando che ai fini del Regolamento costituisce una disposizione per causa di morte anche un patto successorio) a favore della legge della cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte; una persona con più di una cittadinanza può scegliere la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte.

L'*optio iuris* si spiega in ragione dell'utilità, per quanti pur residenti all'estero, abbiano mantenuto un legale significativo con il Paese di origine.

2.8 La disciplina dei patti successori (rinvio)

Il Regolamento (Ue) n. 650/2012 sancisce che la posizione sempre più isolata dell'ordinamento italiano in ordine al mantenimento del divieto

⁹⁵ F. P. TRASCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 382 e lo stesso autore in *Which future for European Law of Succession*, Munich, 2013, p. 168 e ss.; si veda inoltre D. Damascelli, *I criteri di collegamento*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 90.

⁹⁶ In questo senso ancora D. DAMASCELLI, *Op. Cit.*, p. 90.

dei patti successori è inadeguata dinanzi alle esigenze dei cittadini europei di pianificare la propria successione. In uno spazio in cui devono circolare liberamente persone, cose e capitali, l'atteggiamento restrittivo e preclusivo dell'Italia costituisce un limite che rischia di non essere più accettabile, specie nel caso di patti successori stipulati all'estero in applicazione di una disciplina che ne riconosca la validità.

Per effetto del Regolamento l'Italia dovrà abituarsi a riconoscere la validità e l'efficacia di tali strumenti, poiché al fine di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio, il Regolamento determina quale legge disciplina l'ammissibilità di tali patti, la loro validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti nonché le condizioni del loro scioglimento. Sulla disciplina dei patti successori nel Regolamento si rinvia al paragrafo 3.2.9 poiché si avverte l'esigenza di illustrare la disciplina sostanziale dei patti successori per meglio comprenderne anche gli aspetti internazionalprivatistici.

Capitolo 3.

I limiti all'autonomia testamentaria con riferimento alla successione nell'attività di impresa in una prospettiva di diritto comparato

3.1 Introduzione

Si è già avuto modo di ribadire che in tutti gli ordinamenti si pone l'esigenza di disciplinare la vicenda successoria per le inevitabili problematiche che pone la vicenda della morte umana. Ciò avviene a causa dell'esigenza di assicurare la trasmissione dei beni e dei diritti onde evitare le *res nullius*, di consentire la continuazione del possesso per scongiurare il turbamento nell'ordine sociale da parte di chi possa avvantaggiarsi di una nuova relazione di fatto con le cose e di garantire il soddisfacimento dei debiti che gravavano sul *de cuius*⁹⁷.

Si tratta di esigenze a cui ogni sistema giuridico deve dare delle risposte. Si può dire che si tratta del cuore minimo e imprescindibile della materia successoria, benché, ogni Paese nel dettare la disciplina, aggiunga poi ulteriori profili e interessi ascrivibili ora a ragioni di equità e solidarietà, che vedono nell'ambiente familiare il centro di tali ulteriori valutazioni, ora al principio della autonomia privata che consente al testatore di poter indirizzare a determinati soggetti i diritti acquistati nel corso della vita.

Nelle pagine che seguono si tratterà dei principali differenti modelli di delazione per poi potersi soffermare, per quanto riguarda gli ordinamenti di derivazione francese, sul principio della tipicità delle fonti

⁹⁷ Si veda sul punto A. C ICU, *Le successioni per causa di morte, parte generale*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da C ICU e Messineo, Milano, 1961, p. 7; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, p. 2 e ss e A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di Diritto Comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. 23 e la nota 1 per gli ulteriori riferimenti di diritto comparato.

di delazione, presupposto per poter di seguito approfondire il divieto dei patti successori e quindi procedere all'analisi dei limiti entro cui è ammissibile avvalersi di disposizioni tese a realizzare la cd. delazione indiretta, attesa l'attualità, a dire il vero non più recentissima, sulla desuetudine degli strumenti successori predisposti dal legislatore⁹⁸.

3.1.1 I modelli di trasmissione della successione in comparato (in Francia e nel *common law* inglese)

Attorno al principio di derivazione romanistica secondo cui l'erede è il continuatore della personalità del defunto, qualità che gli consente di subentrare nel intero patrimonio del *de cuius*, si sono sviluppati gli ordinamenti che realizzano una trasmissione diretta dei beni. Per trasmissione diretta deve intendersi il fenomeno secondo cui una persona vivente subentra nella titolarità di una situazione giuridica patrimoniale che era appartenuta al defunto e che non si è estinta per effetto della sua morte. Si realizza in questo modo la trasmissione all'erede di tutti i diritti che facevano capo al *de cuius* e che costituisce il significato proprio del succedere a causa di morte.

Alla trasmissione diretta della successione, che trova il proprio archetipo nell'ordinamento francese al quale si è ispirato anche l'ordinamento italiano, devono essere ricondotte alcune caratteristiche costanti che si rinvergono nei modelli che adottano tale tipo di delazione.

⁹⁸ E' degli anni Novanta l'osservazione di P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 98 sulla perdita di terreno del testamento in favore di altri strumenti più celeri, favoriti dal prevalere della ricchezza mobiliare su quella immobiliare. Si veda inoltre M. COMPORI, *Considerazioni conclusive e prospettive di riforma legislativa*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 177 ss.

Si tratta innanzitutto del concetto di universalità della successione⁹⁹, in quanto per effetto della morte della persona fisica la trasmissione a favore dell'erede riguarda tutti i beni, diritti e situazioni giuridiche in genere che erano imputabili al *de cuius*. La successione così intesa è chiaramente possibile solo ove si risponda positivamente al problema della possibilità che una situazione giuridica rimanga identica nonostante il mutamento del soggetto¹⁰⁰. La successione, in questo senso, è una vicenda non già estintiva, ma solo modificativa di un rapporto giuridico poiché idonea a incidere solo sul profilo soggettivo, lasciando immutata, nel profilo oggettivo, la situazione giuridica. Ne deriva che la successione costituisce un modo di acquisto dei diritti e in particolare della proprietà a titolo derivativo.

Tanto nell'ordinamento francese che in quello italiano si scorge poi un ulteriore profilo comune: il ruolo dell'accettazione (sia tacita che espressa) dell'eredità non ha alcun significato traslativo, poiché essa serve solo a consolidare un acquisto che si produce in forza della sola vicenda successoria. Essa poi è irrevocabile in ossequio al principio *semel heres semper heres*.

Nell'ordinamento francese la trasmissione immediata del patrimonio dal defunto all'erede è realizzata ad opera della *saisine* che è l'istituto che consente l'investitura formale dell'erede nell'universalità dei beni o del legatario per i beni devolutisi a titolo di successione particolare, onde la possibilità di far valere le rispettive qualità ed esercitare i relativi poteri¹⁰¹. Ma dalla stessa deriva anche la possibilità per il chiamato

⁹⁹ In questi termini deve riferirsi però che vi sono ordinamenti che pur adottando un sistema di delazione immediata, nell'ambito del diritto internazionale privato, prima dell'entrata in vigore del Regolamento (UE) n. 650/2012, adottavano il criterio scissionista (era il caso della Francia), in ragione della legge applicabile a beni collocati in ordinamenti diversi.

¹⁰⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 90

¹⁰¹ C. GIARDINA, «*Saisine*», in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 318 e U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1949, p. 7 e A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in Trattato di Diritto Comparato diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. 28.

investito della chiamata ereditaria di far valere il possesso dei beni ereditari indipendentemente da un acquisto formale e compiuto degli stessi, come accade, invece, nella successione del possesso di cui all'art. 1146 del Cod.Civ. che presuppone sempre l'atto di accettazione dell'erede e che, in quanto tale, continua nel medesimo possesso (buona o mala fede) del successore. La *saisine* è inoltre lo strumento che limita la libertà del testatore perché volto a indirizzare la chiamata verso determinati soggetti e nelle quote previste dalla legge, elevandosi a istituto di ordine pubblico e inderogabile da parte del disponente.

Dall'accoglimento di un sistema di successione immediata e diretta deriva che l'erede, subentrando *in universum ius defuncti*, risponde anche di tutte le situazioni soggettive passive del proprio dante causa, risolvendo in questo modo il potenziale conflitto tra aventi causa e creditori del defunto.

In particolare, nei sistemi di derivazione francofona, come quello italiano, ma anche quello svizzero, belga e austriaco¹⁰², dal concetto romanistico di continuazione della personalità del defunto, deriva che l'erede risponde di tutti i debiti del *de cuius ultra vires*. Solo in presenza di un atto di accettazione con beneficio di inventario l'erede può beneficiare della responsabilità limitata potendo rispondere *intra vires* e *cum viribus hereditatis*.

Diversa è la soluzione al problema della responsabilità per i debiti ereditari negli ordinamenti che alla successione «nella persona» prediligono la successione «nei beni»¹⁰³. E' il caso degli ordinamenti di *common law* ove si assiste ad una trasmissione dei beni indiretta, differita e mediata dal *personal representative* tra il defunto e gli eredi¹⁰⁴. Si tratta di una figura assimilabile, ma solo con un certo grado di approssimazione,

¹⁰² A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in Trattato di Diritto Comparato diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. 40

¹⁰³ L'espressione è di A. ZOPPINI, *Op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁴ A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*. Padova, 1995, p. 407. Si veda invece A. ZOPPINI, *Op. cit.*, p. 32 per la ricostruzione della delazione inglese in termini di trasmissione indiretta e differita.

all'esecutore testamentario il quale diviene il rappresentante del defunto e ciò gli consente di ricevere il patrimonio del defunto, di gestirlo per poi attribuire i singoli beni alle persone designate, dalla legge o dal testamento, a riceverle.

Nella letteratura classica del *common law* inglese¹⁰⁵ si ha la consapevolezza dell'inutilità di cercare una figura assimilabile all'erede come successore universale del defunto. Del pari sarebbe del tutto inappagante tradurre *personal representative* con esecutore, poiché esso è, più precisamente, colui che ha la funzione di dare esecuzione alle disposizioni del defunto gestendo il relativo patrimonio, liquidando le attività e pagando i debiti per poi consegnare, *rectius* trasferire i beni residui alle persone designate dal testatore. Costui divenne legittimato a rappresentare il *de cuius* poiché in forza dei *writs* divenne la persona munita del potere di intraprendere le azioni relative all'eredità, pur agendo non per un interesse proprio ma per quello altrui (quello del suo rappresentante).

Nella funzione gestoria del *personal representative* si rinvengono le caratteristiche proprie del trustee¹⁰⁶. Egli ha il compito di gestire, amministrare e liquidare il patrimonio del testatore benché si tratti di un patrimonio che rimane separato e distinto da quello personale, con la ulteriore conseguenza che in caso di sua morte, questo stesso patrimonio si trasmetterà al *personal representative* dell'esecutore.

Il *personal representative* agisce però sotto la supervisione della Corte, la quale deve procedere all'omologazione del testamento a mezzo del procedimento denominato *probate*.

La devoluzione della eredità, nei termini sopra spiegati, si svolge in due momenti a ognuno dei quali corrisponde un trasferimento di proprietà: si ha dapprima la prima fase dell'omologazione (*probate*) e dell'attività di gestione e liquidazione dei beni rimessa al *personal*

¹⁰⁵ F. POLLOCK AND F.W. MAITLAND, *The history of English Law*,

¹⁰⁶ Sull'assimilazione de *personal representative* al *trustee* si veda M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995.

representative; successivamente questi può, in esecuzione del testamento, attribuire singoli beni o diritti alle persone designate dal testatore.

3.1.2 Il principio di unitarietà della successione in comparato

Nell'ordinamento italiano, per regola generale di derivazione romanistica, la successione è soggetta al principio di unitarietà.

L'unità della successione è connessa alla universalità della stessa. Tali principi si spiegano in ragione della necessità di individuare un soggetto che sia il continuatore del *de cuius* onde consentirgli di subentrare nell'intero suo patrimonio.

Ciò significa innanzitutto che la successione universale per causa di morte si apre una sola volta e che tutti i beni vengono individuati in un *unicum*, che è il patrimonio ereditario, individuato nella sua unità oggettiva al fine di consentire una destinazione unitaria di tutti i diritti lasciati dal *de cuius*¹⁰⁷.

Dalla esigenza di unificazione oggettiva dei vari elementi che compongono il patrimonio relitto derivano differenti interpretazioni del concetto di unità, tese ora a mettere in luce l'insieme delle posizioni giuridiche spettanti al *de cuius* ora a mettere in evidenza l'esistenza di un assetto di norme (è il caso della successione necessaria) idoneo a regolare sotto molteplici aspetti la vicenda della devoluzione dei beni a causa di morte (si pensi all'istituto della collazione e in genere alle norme sulla divisione, ancor più restrittive in presenza di legittimari).

Il principio di unità della successione non risulta poi minimamente messo in discussione dalla possibilità, riconosciuta dall'ordinamento italiano differentemente di quanto accadeva sotto il diritto romano, di succedere *pro parte intestatus* e *pro parte testatus*. Come si vedrà, la delazione nell'ordinamento italiano è sempre unica, benché più (due) possano essere le sue fonti: la legge ed il testamento.

¹⁰⁷ Sulla nozione di patrimonio ereditario e sulle tesi sulla sua natura giuridica in termini di universalità di diritto o di fatto e per la teoria atomistica si veda G. Capozzi, *Op. cit.*, p. 70.

In prospettiva comparatistica il principio di unitarietà così inteso non è stato sempre condiviso da tutti gli ordinamenti.

Nel *common law* inglese sino al 1925 e nelle esperienze giuridiche che derivano dal diritto germanico si assisteva ad una scissione della successione in ragione della qualità dei beni: l'attribuzione di alcuni beni (segnatamente la *land property*) derivava necessariamente dalla legge e tendenzialmente in ossequio del principio del maggiorascato, senza che l'autonomia privata potesse aver alcun ruolo, mentre per quanto riguardava le *personal properties* è sempre esistita la più ampia libertà di testare¹⁰⁸.

Anche in Francia, nelle regioni di diritto consuetudinario si era sviluppato un sistema successorio ben lontano dall'essere ispirato al principio di unità.

Fu il *Code Civil* ad eliminare le differenze fra regioni di diritto scritto e di diritto consuetudinario, sancendo il principio di unità della successione all'articolo 732, che nella sua formulazione vigente sino al 30 giugno 2002, recitava che la legge *ne considère ni la nature ni l'origine del biens pur en régler la succession*.

A fondamento del principio di unitarietà della successione si pose l'esigenza di eguaglianza sostanziale tra gli eredi. Generalmente, infatti, il sistema valoriale connesso alla unitarietà della successione trova le propria fundamenta nella tutela innanzitutto della proprietà privata e in subordine della famiglia da intendersi quale istituto moderno e non nella accezione di gruppo, a cui capo è posto il *pater familias* o il primogenito, preposto alla conservazione di generazione in generazione del patrimonio.

Inoltre, all'unitarietà della successione può dirsi intrinseco il valore, proclamato dalla Rivoluzione francese, della eguaglianza al fine di scardinare le disuguaglianze e le discriminazioni dell'*ancien regime* al quale valore è ispirata la regola della devoluzione dell'eredità secondo eguali quote di legge.

¹⁰⁸ Sulla ricostruzione storica del sistema successorio in Inghilterra si rinvia a A. Miranda, *Op.cit.*, p. 77 e ss.

Il principio di unitarietà della successione, affermato nei termini sopra descritti, non è più stato messo in discussione da nessun ordinamento per tutto il XIX sino ad oggi e anzi, dal punto di vista internazionalprivatistico della legge applicabile la scelta del Regolamento dell'Unione Europea n. 650/2012 è stata quella di affermare che l'intera successione deve essere regolata da un'unica legge.

Tuttavia non si può negare che, almeno nell'ordinamento italiano, il principio come sopra affermato soffre alcune significative eccezioni. Si tratta del regime delle vocazioni anomale, il cui studio serve per iniziare una riflessione su come il legislatore italiano, in considerazione delle specifiche qualità di taluni beni connessi all'imprenditoria, ancorché agricola, abbia già adottato una soluzione che differisce dal paradigma legale e ordinario della successione per garantire la continuazione e soprattutto per evitare la frammentazione di tali beni.

3.1.3 Le successioni anomale nell'ordinamento italiano con riferimento all'attività di impresa

Sono definite¹⁰⁹ anomale le successioni disciplinate dalla legge con norme speciali che prevedono delle deroghe al principio di unità della successione o dal punto di vista del soggetto designato, prevedendo un'alterazione rispetto all'ordine dei successibili *ex lege* (vocazioni anomale soggettive) o dal punto di vista dei beni o complessi di beni (vocazioni anomale oggettive).

Nelle vocazioni soggettive può assistersi, ad esempio, ad una indicazione dei successibili in base a loro peculiari qualità personali o professionali ovvero ad una deroga della regola di eguaglianza di

¹⁰⁹ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione legittima*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000, p. 241 il quale, dal punto di vista terminologico, all'interno delle vocazioni anomale distingue tra vocazioni speciali e separate indicando per quest'ultime quelle in cui si verifica una pluralità di masse patrimoniali. Si vedano inoltre sul significato, in generale, delle vocazioni ANOMALE F. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, p. 258 e L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 221 e ss.

trattamento tra i coeredi in proporzione delle rispettive quote. Esse, infatti, si caratterizzano per l'attribuzione dei soli diritti espressamente previsti dalla legge a favore di soggetti che, secondo le norme della successione legittima, non vi sarebbero chiamati, come nel caso del legato a favore dei figli nati fuori dal matrimonio non riconoscibili, del legato a favore del coniuge cui sia stata addebitata la separazione o come nel caso della vocazione del coniuge superstite divorziato, della vocazione alla successione nel contratto di locazione di immobili o nella vocazione alla successione nei contratti agrari.

Nelle vocazioni oggettive è invece la particolare natura e funzione dei beni che determina una regola di devoluzione diversa da quella ordinaria, impedendo il frazionamento di taluni beni in ragione del loro significato produttivo, costituendo una significativa eccezione al principio della legittima in natura in presenza di legittimari e in generale una significativa deviazione alla regola della divisione dei beni ereditari in funzione delle quote di eredità. E' ad esempio il caso del «maso chiuso» o del compendio unico.

Diverse, invece, dalle vocazioni anomale sono invece le ipotesi in cui l'acquisto di un diritto avviene *iure proprio* alla morte di un determinato individuo, poiché si tratta di diritti che non derivano dalla successione ereditaria bensì sorgono *ex novo* con l'evento morte, come avviene, secondo la dottrina prevalente, per le indennità in caso di morte del lavoratore oppure nel caso del diritto morale d'autore, oppure ancora nel caso della pretesa risarcitoria spettante al parente della vittima ovvero per il capitale spettante, in forza di un contratto di assicurazione sulla vita, alla morte dell'assicurato, ad un soggetto designato beneficiario.

Per quanto attiene all'oggetto del presente lavoro, lo studio delle vocazioni anomale è riferito alle sole norme speciali che prevedono delle particolari regole per la devoluzione di beni produttivi al fine di conservarne l'unità e l'intrinseco valore.

Nei primi decenni del XIX secolo si avvertiva la insoddisfazione verso il sistema generale delle successioni che nulla prevedeva in ordine alla possibilità di preservare la continuità di quei cespiti imprescindibili

per garantire un reddito alla famiglia anche a seguito della morte del capofamiglia. In particolare fu rimesso agli studiosi del diritto di famiglia e del diritto agrario, poiché all'epoca buona parte del tessuto imprenditoriale italiano era rappresentato dalle attività agricole, l'obiettivo di dare risposta all'esigenza del mantenimento del valore aziendale e, contestualmente a salvaguardare dal punto di vista patrimoniale e reddituale il benessere del nucleo familiare, specie nel caso delle c.d. famiglie monoreddito.

L'esigenza di fondo era quella di limitare la frammentazione della proprietà fondiaria. Le scelte operate dal legislatore in tale ambito si indirizzano per lo più sulle norme della divisione sancendo la impossibilità di procedere al frazionamento dei beni produttivi.

A livello sistematico vi è da dire che gli artt. 720 e 721¹¹⁰ Cod. Civ. contengono, sebbene a livello per così dire embrionale, una disciplina speciale per i beni che non sono comodamente divisibili, o il cui frazionamento recherebbe pregiudizio alle ragioni della pubblica economia e per i beni reputati indivisibili nell'interesse della produzione nazionale. A livello di disciplina, in questi casi, la conseguenza è che tali beni andranno compresi per intero nella porzione di uno dei coeredi fermo restando l'utilizzo del conguaglio per perequare l'intera differenza di valore.

Proprio con riferimento all'istituto della divisione e alla possibilità (eccezionale) di un'attribuzione preferenziale si scorge il tipo di regola adottato del legislatore per favorire la continuità dell'impresa agricola. E' il caso della legge 3 giugno 1940, n. 1078 e della legge 19 febbraio 1992, n. 191 sulle unità poderali costituite nei comprensori di bonifica, ove è prevista la loro indivisibilità, a pena di nullità dell'atto, sia per atto *inter vivos*, sia in seguito alla successione *mortis causa*, per un periodo di trenta anni.

Analogamente deve dirsi per la vocazione alla successione nel compendio unico di cui all'art. 5 *bis* del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228 che ha introdotto l'istituto di tale compendio per favorire

¹¹⁰ AA. VV., *Art. 722*, in *Commentario breve al Codice Civile* (a cura di G. Cian e A. Trabucchi), p.701.

l'accorpamento della proprietà fondiaria. Il compendio unico consiste nella «*estensione di terreno necessaria al raggiungimento del livello minimo di redditività determinato dai piani regionali di sviluppo rurale per l'erogazione del sostegno agli investimenti previsti dal Regolamento (CE) n. 1257/1999 e dal Regolamento (CE) n. 1260/1999, e successive modificazioni*». Si tratta di una tutela della superficie minima indivisibile necessaria per garantire l'esercizio di una conveniente coltivazione del fondo secondo le regole della buona tecnica agraria¹¹¹. All'uopo il legislatore dispone che i terreni e le relative pertinenze, compresi i fabbricati, costituenti il compendio unico, essendo considerati unità indivisibili per dieci anni dal momento della costituzione, durante tale periodo non possono essere frazionati (pena la nullità del trasferimento) né mediante disposizioni a causa di morte né per atti tra vivi (co. 4). Pertanto, il testatore può designare la persona (necessariamente una, non potendosi procedere a frazionamento) a cui sarà assegnato il compendio unico, con ciò preservandosi l'unità funzionale del compendio.

Analoghe scelte sono state operate dal legislatore per la tutela del cd. maso chiuso. Il maso chiuso (*Geschlossener Hof*) è quel podere tipico del vecchio Tirolo che, alla morte del proprietario, non viene suddiviso fra gli eredi, ma passa ad uno solo tra di essi, detto assuntore (*Anerbe*), mentre gli altri coeredi hanno diritto solo ad un compenso. La disciplina del maso chiuso, comune a molte legislazioni straniere, è per l'Italia contenuta nella legge della provincia autonoma di Bolzano 28 novembre 2001 n. 17 (così come modificata dalle leggi provinciali 22 gennaio 2010, n. 21 e 12 dicembre 2011 n. 14).

Come testimoniato anche dalla Raccomandazione e Comunicazioni delle istituzioni europee già richiamate, la medesima esigenza di preservare la ricchezza e la idoneità a generare reddito, a causa dell'evoluzione economica e sociale della società capitalista si pone oggi con riferimento all'attività di impresa. Il fenomeno, lo si è già visto, è ancora più significativo per l'ordinamento italiano ove il tessuto

¹¹¹ G. CAPOZZI, *Op. cit.*, p. 653 e ss.

imprenditoriale è formato in buona parte da imprese a base familiare in cui le vicissitudini familiari giocano un ruolo delicatissimo in un'ottica di continuazione o disaggregazione dell'attività di impresa.

La Riforma¹¹² proposta dal legislatore italiano, giudicata pressoché all'unanimità inappagante allo scopo, è costituita dall'introduzione dell'istituto del patto di famiglia¹¹³ (artt. 768 bis e ss. del Cod. Civ), che

¹¹² Legge 14 febbraio 2006, n. 54

¹¹³ Sul patto di famiglia si segnalano, in particolare i seguenti contributi: Aa.Vv., *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006; Aa.Vv., *Il patto di famiglia*, a cura di U. La Porta, Torino, 2007; Aa.Vv., *Il patto di famiglia*, a cura di N. Di Mauro, E. Minervini e V. Verdicchio, Milano, 2006; Aa.Vv., *Patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, in *Leggi civ. comm.*, 2007, 24; Aa.Vv., art. 768 bis - 768 octies, in *Comm. c.c. E. Gabrielli, Delle successioni*, III, Torino, 2009, 375; Aa.Vv., *Il patto di famiglia*, a cura di G. Palermo, Torino, 2009; Aa.Vv., in G. De Nova, F. Delfini, S. Rampolla e A. Venditti (a cura di), *Il patto di famiglia*, Milano, 2006; G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 345; L. BALESTRA, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione (Parte prima)*, in *Riv. trim.*, 2007, I, 732; Id., *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione (Parte seconda)*, *ivi*, 2007, I, 1050; G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 390; Id., *Il patto di famiglia*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 636; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, 289; L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, Padova, 2008; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. notariato*, 2006, 889; Id., *Funzione, contenuto, ed effetti del patto di famiglia in Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007, 323; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 217; M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno e M. Ieva, II, Padova, 2^a ed., 2010, 337; Id., *Profili strutturali del patto di famiglia*, in *Donazioni, atti gratuiti, Patti di famiglia e Trusts successori* a cura di E. Del Prato, M. Costanza, P. Manes, Bologna-Roma, 2010, 445; G. OPPO, *Patto di famiglia e diritti della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 441; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 261; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 146 (anche in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni* a cura di C.A. Graziani, Napoli, 2007, 1159 ss.); G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, I, 402; P. Vitucci, *Ipotesi sul patto di*

trova applicazione con riferimento a qualunque impresa, indipendentemente dall'attività esercitata ed anche dalla forma giuridica, potendo trattarsi sia di una impresa individuale sia di una impresa collettiva, esercitata in forma societaria. Tuttavia non può certo affermarsi che la disciplina del patto di famiglia abbia introdotto una nuova fattispecie di vocazione anomala a favore dell'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociale. Il trasferimento dell'azienda o delle quote sociale si realizza immediatamente per effetto della conclusione del patto e si è dunque al di fuori di una devoluzione *mortis causa*. Del pari non può però negarsi che il patto di famiglia abbia aperto la strada ad un meccanismo di devoluzione separata del bene produttivo o si ponga, quantomeno potenzialmente, come una deroga all'unità della successione. Ciò deriva dalla circostanza che il trasferimento dell'azienda o delle quote di partecipazione ed il corrispondente diritto di liquidazione spettante agli altri partecipanti al patto diversi dall'assegnatario sorgono e vanno valutati, una volta per tutte senza che il valore possa essere rimesso in gioco al momento di apertura della successione, al momento della conclusione del patto¹¹⁴. Ecco perché per la dottrina prevalente il patto di famiglia, nonostante la deroga che attualmente apre la formulazione dell'art. 458 Cod. Civ. è un negozio tra vivi e non *mortis causa*, residuando semmai uno spazio per considerarlo un patto rinunciativo nella misura in cui i legittimari non assegnatari rimangono privi del diritto di esperire l'azione di riduzione e di pretendere la collazione dei beni oggetto del patto. Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, l'impossibilità di agire in riduzione non è l'effetto di una precisa manifestazione di volontà del soggetto, ma è un effetto di legge privo di ogni tipo di negozialità.

famiglia, in Riv. dir. civ., 2006, I, 459; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione «anticipata»* (note sul patto di famiglia), in Riv. dir. civ., 2007, II, 273.

¹¹⁴ *Ex multis*, DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 132.

3.1.4 Le fonti della delazione nell'ordinamento italiano e l'erosione del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*

Nell'ordinamento italiano, e per l'oggetto di indagine del presente paragrafo ci si riferirà solo a tale sistema giuridico perché la tipicità delle fonti di delazione costituisce uno dei limiti più importante che incontra la libertà negoziale e come tale merita un approfondimento «interno», l'art. 457 del Cod. Civ. dispone che «l'eredità si devolve per legge o per testamento».

La devoluzione dell'eredità, secondo la dottrina tradizionale italiana, si articola in due momenti: la vocazione e la delazione. La prima indica, almeno nell'accezione ritenuta preferibile¹¹⁵, la chiamata specifica del soggetto designato dalla legge o dal testamento. Essa riguarda l'aspetto soggettivo, risolvendosi nella designazione di coloro che dovranno succedere all'eredità. La delazione costituisce invece l'offerta specifica dell'eredità al soggetto designato dalla vocazione. Si tratta dell'aspetto oggettivo della successione poiché riguarda l'aspetto patrimoniale della devoluzione: è l'offerta al chiamato di subentrare nel complesso dei diritti, beni, doveri e di tutte le situazioni giuridiche che facevano capo al defunto.

Talora, e si tratta della maggioranza delle ipotesi, i due fenomeni coincidono. Ma può ben accadere che tra tali aspetti della successione vi sia uno scarto temporale: è il caso delle istituzioni di erede fatte sotto condizione sospensiva o della istituzione di nascituri, ove a fronte di una vocazione attuale (la designazione del soggetto è attuale al momento di apertura della successione), la concreta offerta della eredità può prodursi solo nel momento in cui si verifica l'evento dedotto in condizione ovvero si ha la nascita del soggetto.

Ciò premesso, la designazione del soggetto, nell'ordinamento italiano può trovare il proprio titolo solo nella legge o nel testamento. Sono le uniche fonti della delazione, *rectius* della vocazione, e la successione non può aver luogo per una fonte diversa.

¹¹⁵ G. CAPOZZI, *Op. cit.*, p. 22

Le fonti della legge e del testamento, quest'ultimo quale unico atto negoziale idoneo a produrre la delazione, possono però combinarsi tra loro. Nell'ordinamento italiano è infatti superato il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Al contrario è possibile che il testatore disponga nel testamento solo di una parte del proprio patrimonio consentendo che per la parte di cui non ha disposto si verifichi la devoluzione secondo le norme della successione legittima.

Non è invece possibile prevedere che la delazione si produca in via pattizia in forza di un contratto ereditario quale sarebbe il patto successorio istitutivo¹¹⁶.

La tipicità degli atti di delazione, affermata dalla dottrina¹¹⁷ e dalla giurisprudenza¹¹⁸ italiane, che si desume dall'art. 457 Cod. Civ. è un principio posto a fondamento del divieto dei patti successori di cui al seguente art. 458 Cod. Civ., come peraltro affermato dalla stessa Relazione al Codice Civile secondo cui «affermato nell'art. 457 Cod. Civ. il principio fondamentale del nostro diritto successorio, per cui le forme di successione sono due, la legale e la testamentaria, ho considerato l'opportunità di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione ossia il contratto come titolo di successione».

Sulle ragioni storiche di tale principio le ricostruzioni non sono univoche¹¹⁹, ma sicuramente sottostante al divieto di delazione pattizia giace la necessità di evitare la dilapidazione del patrimonio, specie se per far fronte ai debiti di gioco e al contempo, di impedire, per effetto di rinunzie ad opera di religiosi o da parte delle donne o dei figli secondogeniti, la manomorta e l'accentramento di beni e diritti.

Del pari, il riconoscimento del testamento quale unico strumento negoziale idoneo a produrre la delazione, si spiega, tradizionalmente, in ragione dell'esigenza di spontaneità dell'atto unilaterale, assunto, dalla giurisprudenza, un principio di ordine pubblico del nostro ordinamento,

¹¹⁶ U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *tratt. dir. priv.* (a cura di Rescigno), Torino, 1997, p. 552

¹¹⁷ L. FERRI, *Op. cit.*, p. 98

¹¹⁸ Cass. Civ. 6 marzo 1950 n. 576

¹¹⁹ G. AZZARITI, *Successioni e donazioni*, Padova, 1982, p. 10 e ss.

dal quale deriva che la delazione ereditaria può avvenire solo per testamento o per legge, senza, quindi, l'ipotizzabilità di un *tertium genus*, come il patto successorio che, proprio perché si pone in contrasto con il principio fondamentale del nostro ordinamento della piena libertà del testatore di disporre dei propri beni fino al momento della sua morte è radicalmente nullo senza possibilità di conversione.

La tipicità della delazione, in tale accezione, è stata però di recente oggetto di un ripensamento da parte della dottrina¹²⁰ sollecitata a studiare il ricorso a strumenti alternativi al testamento in funzione della pianificazione della successione.

In tale prospettiva è tornato attuale lo studio dell'articolo 42 comma 4 della Costituzione Italiana che prevede che «La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità». Le interpretazioni più diffuse su tale articolo sono di due tipi. Secondo una prima ricostruzione¹²¹ il richiamo al testamento contenuto nella norma costituzionale deve essere letto in via estensiva, potendosi intendere per testamento anche tutti gli altri strumenti di tipo volontario che consentono di attuare la devoluzione dei beni a favore di persone diverse da quelle designate dalla legge. Il testamento deve essere inteso come strumento di autonomia negoziale riconosciuto al privato, lasciando aperta la possibilità di ricorrere al negozio unilaterale *mortis causa* ovvero a contratti ereditari i quali non incontrano divieti di natura costituzionale.

Secondo un'altra lettura, tutto sommato affine, il richiamo nella Costituzione al testamento vale solo per esaltare il significato della riserva di legge per impedire al legislatore ordinario di escludere la vocazione su base volontaria quale modi di succedere alternativo alla designazione di legge.

¹²⁰ F. P. TRAISCI, *Op. cit.*, p. 56.

¹²¹ P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *successioni e donazioni*, a cura dello stesso A., p. 5

Posto che pare quindi condivisibile l'assunto che la tipicità della delazione nelle due fonti indicate dall'art. 457 Cod. Civ. non abbia alcuna copertura costituzionale se non nel sopra riferita declinazione, la stessa, a parere di chi scrive, deve essere considerata rispondente ad una precisa valutazione di politica legislativa. Non si tratta né di un principio immanente all'ordinamento giuridico né di un'esigenza logica insopprimibile, come dimostrato dal BGB tedesco che conosce e disciplina la via della delazione patrizia ad opera dei patti successori istitutivi. Si tratta di una mera scelta di «opportunità» politica del legislatore del 1942 e che, in maniera più o meno consapevole, è rimasta condivisa anche dai successivi legislatori. Pertanto, ai fini del presente lavoro si avvertirebbe un certo senso di inadeguatezza a soffermarsi sulle proposte della dottrina italiana di abrogare il divieto dei patti successori o la tipicità delle due fonti di delazione prevista dall'art. 457 Cod. Civ. Si ritiene, ai fini del presente lavoro, concentrarsi sull'attuale «stato dell'arte» dell'ordinamento italiano e della disciplina che risulta dalla disposizione legislativa e dalla applicazione che di essa ne fa la giurisprudenza. Le istanze ed esigenze di riforma emergono con sufficiente chiarezza dalla comparazione con gli altri ordinamenti e dagli interventi delle istituzioni europee, onde sarebbe fuorviante prendere in considerazione le singole e specifiche proposte di come dovrebbe avvenire in concreto la riforma di tali norme.

Tornando all'ordinamento interno, a ben vedere, non si può dire che manchino in assoluto fattispecie *inter vivos* che, sul almeno sul piano effettuale, realizzano il risultato di far risultare tutti i beni del disponente al designato prima della sua morte.

E' il caso della donazione fatta in vita di tutti i propri beni, specificatamente individuati, che compongono il patrimonio, magari con la riserva del diritto di usufrutto.

Il negozio in esame è un contratto bilaterale che chiaramente non può essere ascritto, quanto alla sua giustificazione causale ad un atto *mortis causa* poiché si tratta di una fattispecie che tanto nella struttura quanto negli effetti produce effetti sin da subito. La circostanza che il donatario acquisti la piena proprietà di quanto donato solo alla morte del

donante deriva unicamente dalla natura del diritto di usufrutto quale diritto reale minore di durata.

3.2 I patti successori

3.2.1 Premessa

La scelta di attribuire nel presente lavoro una rilevanza centrale ai patti successori deriva dalla circostanza che essi costituiscono uno degli istituti più significativi nell'ambito della libertà dispositiva in prospettiva successoria.

Nell'ordinamento italiano i patti successori sono vietati e puniti con la sanzione della nullità dall'art. 458 Cod. Civ. In epoca recente il legislatore italiano è intervenuto con una modifica su tale articolo, a seguito dell'introduzione del patto di famiglia, istituto di cui si dirà in appresso.

Nell'ultimo decennio sono intervenute inoltre altre due riforme che hanno avuto un risvolto pratico ai fini dello studio dell'evoluzione del divieto dei patti successori. Si tratta della legge n. 80/2005 che ha ridimensionato la tutela reale dell'azione di riduzione, escludendo l'azione recuperatoria dei beni decorso un ventennio dalla trascrizione della donazione e in mancanza di un atto di opposizione del coniuge e dei parenti in linea retta, notificato e trascritto nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa (art. 563 Cod. Civ.). Il riferimento al patto successorio rinunziativo è colto nella possibilità di rinuncia preventiva alla opposizione dei legittimari, coeva alla donazione o in un momento successivo.

Vi è poi la riforma del diritto societario che con l'introduzione degli articoli 2355 bis e 2469 Cod. Civ. ha sancito l'ammissibilità dell'opzione di acquisto delle partecipazioni sociali a causa di morte e ha in buona parte risolto i problemi con la materia successoria.

La trasmissione preordinata della ricchezza trova i suoi più ampi ostacoli nel divieto di destinare per contratto i beni per il tempo successivo alla morte, e di disporre o rinunciare ai diritti che deriveranno da una successione non ancora aperta. Tali ultimi divieti diventano ancor più limitativi in un ordinamento, come quello italiano, in cui la tutela di

determinate categorie di soggetti (legittimari) è particolarmente intensa e connotata di realtà¹²².

Per lo studioso del diritto comparato¹²³ l'interesse verso il divieto dei patti successori si spiega per diversi motivi. In linea generale, negli ultimi decenni si è assistito ad una generale evoluzione del dibattito su tale istituto al fine di far emergere strumenti negoziali atti a favorire la pianificazione concordata della successione e della trasmissione della ricchezza tra generazioni.

Anche in sede europea¹²⁴ si è auspicata la loro rimozione. Il divieto dei patti successori è stato, infatti, identificato come «uno dei maggiori ostacoli alla libertà di trasmissione concordata del patrimonio in generale ed in particolare delle imprese e delle società, anche in chiave di armonizzazione del diritto in ambito comunitario¹²⁵», al punto che nella Comunicazione del 28 marzo 1998 n. 98/C 93/02 si è auspicato che gli Stati membri in cui i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo) li introducano poiché il loro divieto si pone come un'inutile complicazione ai fini di una sana gestione patrimoniale.

L'interesse per una ricerca di diritto comparato si giustifica anche per le novelle adottate dalla Francia nel 2001 e nel 2006. L'ordinamento al quale si è ispirato l'ordinamento italiano ha di recente avuto il coraggio di operare una progressiva erosione del divieto. Si spiega in tal senso l'interesse del presente lavoro verso uno studio e una ricerca dei patti successori in Francia.

Si è invece ritenuto di prestare una minore attenzione alla comparazione con la Germania, considerato che il BGB considera validi i patti successori e quelli rinunciativi. L'ordinamento tedesco, infatti,

¹²² A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013, n.3, pp. 391.

¹²³ F. P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 18

¹²⁴ Si rinvia *supra* Raccomandazione del 7 dicembre 1994 n. 94/1069 e Comunicazione del 28 marzo 1998 n. 98/C 93/02

¹²⁵ Così, espressamente, F. P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 17

riconosce la validità del contratto ereditario c.d. *Erbvertrag*, ex § 2274 *BGB*, secondo cui «la persona della cui successione si tratta può concludere solo personalmente un contratto successorio», ma anche dei patti rinunziativi, c.d. *Erbverzicht* ex § 2346 *BGB*, secondo cui «I parenti così come il coniuge della persona della cui successione si tratta, possono rinunciare al diritto successorio legittimo mediante contratto con la persona della cui successione si tratta. Il rinunziante è escluso dalla successione legittima come se egli non fosse più vivo al tempo dell'apertura della successione; egli non ha più diritto alla quota di legittima. La rinunzia può essere limitata al diritto alla quota di legittima».

Per una indagine comparatistica si è però scelto di studiare il modello francese che condivide con quello italiano le stesse origini storiche. E' l'ordinamento nel quale è nato il divieto dei patti successori e, in epoca recente, ha scelto di discostarsene per consentire un maggior spazio di azione alla libertà in ordine alla pianificazione della vicenda successoria.

3.2.2 I patti successori in Italia. Ratio dell' art. 458 Cod. Civ. e collocazione sistematica

L'art. 458 c.c. dispone che «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione.

E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi».

L'articolo in commento, in omaggio al principio *viventis non datur hereditas*, pone il divieto generale dei patti successori e, allo stesso tempo, distingue al primo comma la fattispecie del patto successorio istitutivo (il cd. contratto successorio stipulato con il proprio erede o legatario) dalle fattispecie, di cui al secondo comma, del patto successorio dispositivo (con cui si dispone, per esempio a titolo di vendita, dei diritti che si prevedono di acquistare da una futura successione) e rinunziativo (con cui si rinunzia a dei diritti che potranno spettare su una successione non ancora aperta).

Si tratta di fattispecie eterogenee tra loro benché siano accumulate dalla dottrina classica¹²⁶ per il fatto che si tratta di negozi giuridici diversi dal testamento e che hanno per oggetto dei diritti su una successione non ancora aperta.

Il divieto dei patti successori non è una novità del Codice del 1942. Essi infatti erano già vietati nel Codice del 1865 seppur non esistesse un'unica norma ma solo una pluralità (artt. 954, 1118, 1460 Cod. Civ.) di ipotesi vietate, secondo il modello francese.

Il fondamento dei patti successori è stato oggetto di approfonditi studi dalla dottrina italiana perché esso costituisce uno dei limiti più importanti alla autonomia negoziale e ad esso, come si vedrà, è ricondotta pure la speciale tutela reale del legittimario in sede di azione di restituzione, trattandosi di un'azione ritenuta dalla dottrina maggioritaria, ma non unanime, irrinunciabile prima dell'apertura della successione.

La ricerca, però, di un'unica ratio a fondamento del divieto di tutte e tre le fattispecie di patti successori vietati non è ancora stata rinvenuta, anticipandosi che la ragione comune al divieto delle tre ipotesi di patto (istitutivo, dispositivo e rinunciativo) è individuata in una mera scelta di politica legislativa¹²⁷, al più di mera utilità, non credendo che esso possa giustificarsi per considerazioni di equità naturale o sociale.

Infatti, le varie ipotesi di ratio di volta in volta rinvenute dalla dottrina non paiono potersi riferire a tutti e tre i divieti. La tipicità della delazione (di cui all'art. 457 Cod. Civ.), infatti non potrebbe giustificare il senso del divieto di un patto rinunciativo. Allo stesso tempo la tutela della assoluta libertà testamentaria, talvolta individuata quale fondamento del divieto del patto successorio istitutivo, non può dirsi posta a fondamento né del patto dispositivo né di quello rinunciativo.

Ma si proceda con ordine.

A fondamento del divieto del patto istitutivo si rinviene, solitamente, un'esplicitazione del principio della tipicità degli atti di delazione (art. 457 Cod. Civ.), nonché di unitarietà della successione a

¹²⁶ G. CAPOZZI, *Op, cit.*, p. 39

¹²⁷ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1891, pp. 409

garanzia dei legittimari onde evitare una frammentazione degli strumenti negoziali atti a produrre l'assegnazione dei beni che renderebbe più difficile l'operatività degli istituti della collazione e della riduzione.

Del pari il fondamento del divieto viene ricostruito nell'esigenza di impedire il *votum captande benevolentiae*.

Si aggiunge, inoltre, che la ragione logica del divieto deve essere individuata nel principio dell'assoluta libertà di testare. Tale libertà deve garantire al testatore un carattere assolutamente spontaneo¹³³ all'atto di disposizione del proprio patrimonio per il tempo successivo alla morte.

Se, infatti, si negasse la facoltà di revoca, libertà espressamente riconosciuta come inderogabile dall'art. 679 Cod. Civ. ma anche, indirettamente, dagli artt. 589 e 635 Cod. Civ., si priverebbe di senso la stessa categoria dell'atto di ultima volontà¹³⁴.

Altra dottrina¹³⁵ precisa invece che il fondamento del divieto andrebbe rinvenuto nella tutela del principio della centralità del volere del disponente negli atti a causa di morte, che si ricaverebbe dall'insieme di norme che regolano il negozio testamentario, in modo da assicurare che la volontà del *de cuius* sia l'unica a dirigere l'intero fenomeno successorio, senza che rilevi la tutela dell'affidamento dei terzi interessati.

Si segna poi la riprovazione verso il *votum corvinum* e il *votum captande mortis*, benché, a onor del vero, si possa rilevare che nell'ordinamento italiano non mancano ipotesi in cui le prestazioni del contratto sono fatte dipendere o sono commisurate alla morte di una delle parti: è il caso della costituzione di rendita vitalizia o il contratto (a favore di terzo) di assicurazione sulla vita.

¹³³ L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 536; M.V. De Giorgi, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p.

¹³⁴ M.T. LIGOZZI, Sulla presunta erosione del divieto dei patti successori, in *Notariato*, 2009, 6, p. 622

¹³⁵ C. Caccavale, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni* a cura di Pietro Rescigno, 1994, Padova, p. 25 e F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 1417.

Si pensi anche al negozio di vendita della nuda proprietà di immobili, generalmente di cospicuo valore, posto in essere da soggetti molto anziani che si riservano l'usufrutto vita natural durante. Anche in questo caso la piena disponibilità dell'immobile da parte del soggetto acquirente dipende dall'evento morte del proprio dante causa. Eppure la validità di tali contratti non ha mai patito alcun dubbio sulla loro validità, nemmeno con riferimento al rischio del desiderio della morte dello stipulante. Non è questa la sede per interrogarsi se il *votum corvinum*, censurabile sul piano morale e sociale, per l'ordinamento giuridico costituisca (o debba costituire) un mero motivo, come tale, generalmente irrilevante o un motivo illecito. Però è innegabile che esistono una serie di fattispecie che subordinano gli effetti del negozio alla morte di un terzo e per i quali, in astratto, parrebbe potersi profilare lo stesso rischio di desiderio della morte altrui.

Per quanto riguarda i patti rinunziativi e dispositivi è fin troppo evidente come per essi, trattandosi di negozi in cui la parte che dispone o rinuncia non è quella della cui eredità si tratterà, ma un terzo, non sia rinvenibile nel principio di tipicità della delazione o nella tutela della libertà testamentaria il loro fondamento.

Per essi sembra invece valgano considerazioni logiche e sistematiche diverse.

Sotteso al divieto di patti dispositivi potrebbe rinvenirsi il divieto di donazione dei beni futuri. Eppure tale considerazione pare inappagante. I negozi aventi ad oggetto beni futuri, infatti, sono per regola generale ammessi (combinato disposto artt. 1348 e 1472 Cod. Civ.), salvo l'eccezione della donazione dei beni futuri ove si vuole impedire un depauperamento del donante in un momento in cui non abbia ancora contezza del valore di quanto donato, e ove, in generale, si vogliono evitare atti di prodigalità senza controllo¹³⁶.

¹³⁶ A.TORRENTE, *La donazione*, in *trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 65

Diverso e ancor più fuorviante sarebbe porre a fondamento un generico disfavore per il compimento di atti dispositivi di beni altrui perché, almeno per la dottrina maggioritaria, non sarebbe vietata dall'ordinamento nemmeno la donazione di un bene altrui.

Per quanto riguarda i patti rinunziativi il collegamento sistematico deve essere fatto con l'art. 519 Cod. Civ. sulla rinuncia all'eredità, secondo cui essa deve farsi con dichiarazione ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione e inserita nel registro delle successioni, ma soprattutto con l'articolo 557 comma 2 che preclude ai legittimari la rinuncia al diritto di agire in riduzione.

Può affermarsi e ribadirsi che le tre fattispecie di patti successori non siano giustificabili entro un'unica *ratio*, benché ciascuno dei tre tipi di patto sia collocato e collegato in maniera coerente con altre disposizioni.

La scelta di vietare i patti successori risponde quindi a una mera scelta di «opportunità» del legislatore e di utilità che risponde ad un giudizio negativo su molti (non tutti) dei patti che hanno ad oggetto la disposizione di beni o diritti che possono derivare da una successione non ancora aperta.

3.2.3 I patti successori e il patto di famiglia

Si è detto che l'art. 458 del Cod. Civ. a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento del patto di famiglia è stato modificato e nella sua attuale formulazione recita «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione...*omissis*».

La dottrina italiana, sin dai primi commenti¹³⁷, ha però chiarito come tale modifica dell'articolo sopra citato sia rimasta ambigua, non potendosi attribuire al patto di famiglia natura di atto *mortis causa*.

Ma perché non si può attribuire la natura di atto *mortis causa* né tantomeno quella di patto successorio?

¹³⁷ G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in Riv. not., 2006, I, 408.

Il patto di famiglia è il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore *trasferisce*, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie *trasferisce*, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti (art. 768 bis Cod. Civ.).

Il patto di famiglia produce effetti traslativi immediati dell'azienda o delle partecipazioni sociali, privando sin da subito l'imprenditore del bene produttivo; circostanza peraltro valutata inappagante sotto il profilo psicologico per la tendenziale scarsa propensione dell'imprenditore a privarsi prima del tempo della gestione della propria realtà economica.

Ma tornando al profilo propriamente giuridico, il patto di famiglia si propone di rendere stabili le attribuzioni, salvo il diritto di recesso eventualmente attribuibile al disponente, perché il beneficiario, partecipando al patto, rende irrevocabile il suo consenso all'acquisto del bene produttivo. Si tratta infatti di un atto *inter vivos* e come tale irrevocabile (art. 1372 Cod. Civ.). Gli effetti del recesso agiscono su un piano che nulla a che vedere con la revocabilità del negozio giuridico.

La stabilità del patto e l'attualità degli effetti del patto di famiglia dovrebbe di per sé già escluderne la natura *mortis causa*: non vi sono nel patto di famiglia effetti che dipendano funzionalmente dall'evento morte in quanto l'acquisto è un effetto di un contratto che, indipendente dal dibattito sulla natura giuridica, è sicuramente connotato da spirito di liberalità del disponente.

Eppure per taluno¹³⁸ la deroga al divieto dei patti successori dovrebbe essere individuata nella natura del patto di famiglia in quanto strumento si attegga a definire i futuri assetti successori tra i contraenti. Ma si tratta di un giudizio che non convince appieno poiché nel patto di famiglia non c'è alcuna attribuzione fatta in dipendenza della morte.

La peculiarità dell'istituto semmai va rinvenuta nel fatto che la mera aspettativa di fatto del legittimario viene, ad opera del patto di famiglia,

¹³⁸ M. C. LUPETTI, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *CNN notizie del 14 febbraio 2006*

trasformata in una autentica situazione giuridica soggettiva e attuale in forza della quale questi vanta una prestazione in denaro, o in altro bene in natura, corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti. L'adesione dei legittimari non assegnatari cristallizza la loro posizione e attribuisce loro un controvalore in luogo della tutela reale che altrimenti sarebbe loro riconoscibile¹³⁹.

Del pari, per l'opinione della dottrina qui ritenuta condivisibile, non è nemmeno possibile immaginare di configurare il patto di famiglia quale eccezione al patto successorio rinunciativo con riferimento alla partecipazione al negozio dei legittimari non assegnatari.

La non soggezione dell'attribuzione all'azione di riduzione non costituisce oggetto di un accordo tra le parti, ma è un preciso effetto di legge. L'art. 768 *quater* Cod. Civ. al quarto comma prevede, infatti, che quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione.

I legittimari non assegnatari del bene produttivo sono tutelati non più dalla vicenda successoria, ma l'impianto delle loro tutele è rimesso alla disciplina di fonte normativa del patto di famiglia. Se intendono partecipare al patto di famiglia essi accettano che il loro diritto sul bene produttivo si trasformi in un diritto di credito, in ciò realizzandosi una tutela alternativa a quella «reale» propria dei legittimari. La loro partecipazione al contratto inoltre fa sì che le tutele ed i rimedi siano quelli proprio dello strumento negoziale bilaterale.

Inoltre il diritto di credito di tali soggetti, di cui possono disporre in ogni modo, eventualmente anche a mezzo di una rinuncia, deriva, per legge, non da una loro contrattazione con il disponente, ma in forza della convenzione tra il disponente e l'assegnatario.

Il patto di famiglia non costituisce una deroga al divieto dei patti successori benché sia uno strumento che, nelle ipotesi (rare) in cui le posizioni economiche dei soggetti coinvolte siano tali da consentire il ricorso ad esso (in particolare la disponibilità economica dell'assegnatario

¹³⁹ A. RESTUCCIA, Divieto dei patti successori, successione nell'impresa e tutela di legittimari, in *Il patto di famiglia* a cura di U. La Porta, Milano, 2007, p. 58

di liquidare gli altri legittimari), consente di realizzare una devoluzione certamente anche a carattere liberale del bene produttivo con carattere di stabilità. Esso, infatti, costituendo un micro sistema successorio cristallizzato, quanto al calcolo del valore dell'azienda o delle partecipazioni sociali e quindi anche della pretesa degli altri legittimari, al momento in cui viene concluso.

3.2.4 L'auspicata erosione del divieto dei patti successori

Le giustificazioni storiche del divieto, benché complesse e attorno alle quali l'indagine è sempre viva¹⁴⁰, parevano appaganti in un contesto sociale di lotta al sistema feudale, ai fenomeni della manomorta e del maggiorascato. Si tratta di esigenze emerse durante la Rivoluzione francese e rimaste condivise dagli ordinamenti per lungo tempo. Ma al confronto con gli attuali interessi della società civile del XXI secolo, il divieto dei patti successori sembra però essere diventato uno degli strumentic che più di altri limita quella stessa libertà posta a fondamento dello stesso divieto poiché impedisce, insieme alla tutela reale dei legittimari, ogni possibilità di studiare strumenti idonei alla pianificazione, possibilmente condivisa della successione. Con riferimento all'attività di impresa l'esigenza avvertita è proprio quella di consentire con un certo anticipo non solo la pianificazione della trasmissione della stessa a favore del designato, ma anche la possibilità che questi possa farvi ingresso in un tempo ragionevole e in un ambiente che favorisca il più possibile il suo inserimento al fine di maturare le competenze necessarie. Per realizzare tale passaggio è però necessario che la soluzione possa essere condivisa e resa stabile da tutti i familiari.

Il patto di famiglia è lo strumento predisposto dal legislatore italiano a tale scopo eppure esso nel lato pratico si appalesa inappagante perché per realizzare la stabilità del patto è necessario che il discendente assegnatario del bene produttivo abbia già la capacità reddituale per liquidare gli altri partecipanti non assegnatari.

¹⁴⁰ Per tutti si segnala la già citata opera di F. P. TRASCIA, *Op. cit.*, p. 33 e ss.

La struttura del patto di famiglia, sotto questo punto di vista pare ancor più inappagante se si ricorda che la Commissione¹⁴¹, già negli anni Novanta, individuava il principale punto di criticità nella gestione del passaggio generazionale delle aziende europee nella difficoltà per il successore di reperire le risorse finanziarie per liquidare il valore della partecipazione agli altri coeredi, da cui deriva l'incoraggiamento affinché in tutti gli Stati membri si rendano disponibili strumenti di finanziamento adeguati.

Per queste ragioni in dottrina è rimasta estremamente viva, anzi, forse ancor più che prima della Riforma del 2006 l'attenzione per i patti successori e per la portata del divieto, onde scoprire quali sono, se ci sono, gli spazi di azione per avviare la pianificazione, evidentemente con uno strumento *inter vivos*, della trasmissione dell'attività di impresa.

Per favorire il passaggio intergenerazionale si dovrebbe poter guardare a più strumenti che consentano di attagliarsi alle differenti esigenze del caso specifico.

Il patto di famiglia non riuscirebbe a rispondere al tema del passaggio intergenerazionale, indipendentemente dal problema della capienza per far fronte al diritto di liquidazione dei partecipanti non assegnatari, nei casi in cui i designati siano ancora in età molto giovane se non minorenni. In tali casi il mandato *post mortem*, ovvero un mandato che non si estingua dopo la morte, potrebbe rivelarsi uno strumento molto efficace per affidare la gestione ad un terzo di fiducia. Evidentemente però, siffatto contratto è vietato nell'ordinamento italiano per la sua contrarietà con il divieto dei patti successori, mentre nel sistema tedesco è riconosciuta l'ammissibilità sia del mandato *post mortem* (par. 672 BGB) che della procura *post mortem* destinata ad avere effetto solo dopo il decesso del rappresentato.

Le clausole societarie sono quelle alle quali si guarda più spesso per un'indagine sui possibili strumenti negoziali alternativi al testamento e

¹⁴¹ Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE).

ammessi dal legislatore italiano. Esse infatti possono favorire una predisposizione successoria e nelle pagine che seguono ci si dedicherà allo studio delle clausole statutarie di continuazione e di consolidazione per circoscrivere la loro ammissibilità con riferimento al divieto di cui all'art. 458 Cod. Civ.

Tuttavia lo studio di tale clausole deve essere condotto, per averne piena contezza, tanto sotto un profilo successorio (i rapporti con l'art. 458 Cod. Civ. e con la tutela dei legittimari) che sotto un profilo societario. Pertanto ci si occuperà di entrambi i profili nel prossimo capitolo dedicato agli strumenti para successori riconosciuti dall'ordinamento italiano.

3.2.5 I patti successori in Francia. Il divieto prima delle riforme

L'ordinamento francese¹⁴² ha registrato in epoca recente l'obsolescenza della disciplina della tutela dei legittimari e del divieto di patti successori rispetto alle mutate esigenze della società civile di fronte alla vicenda della successione dell'attività di impresa, ma anche con riferimento all'evoluzione dei modelli familiari.

Con le leggi¹⁴³ 2001 – 1135 del 3 dicembre 2001 «*relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*» e 2006 – 728 del 23 giugno 2006 «*portant réforme des successions et des libéralités*» la Francia ha preso atto della inadeguatezza del ruolo tradizionale delle successioni e ha inteso

¹⁴² In generale, sui patti successori in Francia, M. GRIMALDI, *Droit civil. Les successions*, 2001, Paris; L. Leveneur e S. Mazeud – Leveneur, *Succession-Libéralités*, in *Leçon de droit civil*, a cura di H. e L. Mazeud, J. Mazeud e F. Chabas, IV, vol. II, 5, Parigi, 1999; I. Najjar, voce *Pactes sur succession future*, in *Encyclopédie Dalloz*, vol. III, Parigi, 2007; C. Jubault, *Droit civil, les successions – Les libéralités*, 2010, Parigi.

¹⁴³ Sulla predilezione dell'intervento legislativo in Francia si veda A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 287.

riformare alcuni aspetti della disciplina del divieto dei patti successori e dei legittimari, pur senza rimuoverli o scardinarli completamente¹⁴⁴.

Prima delle novità introdotte da tali interventi normativi e fin dall'entrata in vigore del *Code Civil* nemmeno in Francia era possibile «*organiser la transmission d'une succession au moyen d'un contrat conclu entre le défunte et un héritier presomptif ou librement choisi*¹⁴⁵».

Il *Code Civil* non ha però mai fornito né una nozione dei patti successori né ha mai formulato un unico divieto, invero esso elenca(va) una serie di proibizioni, secondo una scelta di tecnica legislativa condivisa anche dal nostro legislatore nel Codice del 1865, che hanno costituito il punto di partenza per le elaborazioni della dottrina e delle giurisprudenze attorno al divieto dei patti successori estendendolo (soprattutto la giurisprudenza) ad ipotesi disparate.

Storicamente, il divieto di consentire l'istituzione contrattuale in Francia risponde al valore dell'eguaglianza formale inseguito con la Rivoluzione Francese.

Sotto il vigore dell'*ancien droit* esistevano una pluralità di istituti che consentivano la devoluzione dei patrimoni ereditari a favore di un solo designato, il primogenito, per consentire a costui il privilegio di ricevere l'intero patrimonio familiare.

Tali istituti derivavano dal *droit coutumier* in cui erano consentiti sia i patti successori che i patti contenuti nelle convenzioni matrimoniali; tutti guardati con favore perché posti a tutela della conservazione dei patrimoni familiari.

In particolare erano diffuse le convenzioni con cui si istituiva erede il primo nato, ma anche le convenzioni matrimoniali con cui, in occasione del matrimonio del primogenito, le sorelle di costui e i cadetti rinunciavano a ogni diritto sulla successione paterna.

¹⁴⁴ A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contr. Impr. Europa*, 2009, fasc.1, pp.427-464.

¹⁴⁵ P. MALAURIE E L. AYNÈS, *Les successions – Les libéralités*, Parigi, 2008, p. 297.

Sotto l'ideologia della Rivoluzione francese è emersa l'odiosità verso questi accordi che duplicavano, nell'ambito dell'organizzazione familiare, lo stesso principio dinastico dello Stato¹⁴⁶. La scelta adottata dal *Code Napoléon* fu però non quella di rinnegare il ruolo della volontà del disponente in ordine alla propria futura successione, ma di limitare tale ruolo, introducendo quale unico negozio al'uopo preposto il testamento.

La libertà testamentaria viene poi limitata ove è fatto divieto al testatore di disporre liberamente della propria eredità per la parte che eccede la quota riservata a favore dei legittimari. La tutela dell'eguaglianza formale della famiglia viene, in questo modo, posta a fondamento della distribuzione dei beni tra gli eredi e quindi della disgregazione della proprietà feudale.

Il divieto dei patti successori introdotto sulla base dei valori così affermatasi durante la Rivoluzione francese, veniva desunto da una serie di disposizioni, poiché mancava un articolo che li vietasse come categoria generale di contratti.

L'articolo 1130¹⁴⁷, fino alle modifiche del 2006, prevedeva dopo aver disposto la generale idoneità delle cose future ad essere dedotte in obbligazione, che «*on ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit*».

L'articolo 791, abrogato dalla riforma del 2006, in materia di rinuncia all'eredità, impediva pure la rinuncia ad eredità di persona vivente, anche se contenute in un *contrat de mariage*, prevedendo che «*on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'une personne vivante, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession*».

Vi era poi l'articolo 1600 che vietava la vendita della successione di una persona vivente, nemmeno con il consenso di quest'ultima.

¹⁴⁶ A. ZOPPINI, *Op. cit.*, p. 159

¹⁴⁷ Tale articolo era riprodotto nel Codice italiano del 1865 sulla base di una traduzione pressoché fedele del testo francese.

L'articolo 1389, tuttora vigente, dispone che «*Sans préjudice des libéralités qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions*».

Sulla base dell'interpretazione estensiva di queste norme la giurisprudenza francese ha ricavato un'elaborazione molto ampia del divieto ricostruendone, di fatto, una nozione unitaria attorno, principalmente, all'oggetto del patto successorio: la successione non ancora aperta. La successione non ancora aperta costituisce, per il formante giurisprudenziale, un oggetto illecito, onde la nullità di tutti i patti istitutivi, dispositivi o rinunziativi che la deducano quale elemento oggettivo del contratto. Tuttavia l'oggetto del patto (la successione non ancora aperta) non è l'unico elemento attorno al quale si è costruita la categoria del divieto dei patti successori. Infatti oltre ad esso, per giudicare se un'operazione possa ricadere nel divieto si guarda alla natura del patto inteso come stipulazione irrevocabile con cui si intendono creare diritti ovvero rinunciare a diritti comunque derivanti da una eredità che non si è ancora devoluta.

L'interpretazione particolarmente rigida e intransigente da parte della giurisprudenza ha posto le basi per un diverso atteggiamento da parte della dottrina e della prassi notarile volta a studiare, in ragione delle mutate esigenze della società civile, strumenti alternativi al testamento e tesi ad aggirare il divieto.

Sulla base di tali istanze il legislatore è intervenuto al fine di riconoscere la validità di talune pattuizioni, pur senza scardinare in termini assoluti i principi del diritto successorio fondanti la materia.

3.2.6 Le recenti novelle del 2001 e del 2006

Le novelle citate del 2001 e del 2006 si inseriscono in un contesto di riforma più ampio della sola progressiva erosione del divieto dei patti successori. In particolare la riforma del 2001 ha maggiormente ad oggetto la posizione del coniuge e dei figli nati al di fuori del matrimonio,

realizzando un rafforzamento dei loro diritti successori. Tuttavia essa ha altresì riguardato altri aspetti del diritto successorio e, per quanto riguarda i patti successori, il legislatore ne ha per la prima volta offerto una definizione. L'articolo 722, ricalcando la nozione di patto successorio offerta dalla giurisprudenza costante¹⁴⁸, prevede che «*Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi*», anticipandosi che, come si evince dalla lettura di tale articolo, il legislatore ha ribadito il divieto generale del patto successorio consentendo però che esso possa produrre effetto solo se autorizzato dalla legge.

La novella del 2006 è invece più spiccatamente rivolta ad allargare il raggio di azione dell'autonomia privata nell'ambito della trasmissione del patrimonio ereditario, come dimostrato innanzitutto dal fatto che si è modificata la rubrica del titolo secondo da «*Des donations entre vifs et des testaments*» in «*Des libéralités*», introducendo una nuova categoria negoziale atta a ricomprendere sia atti tra vivi che a causa di morte con notevole valenza sistematica.

L'articolo 893, incentrandosi sulla gratuità, prevede che «*La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament*».

¹⁴⁸ A partire dall'*arrêt Crémieux* della Cass. Civ. 11 gennaio 1933 ove «*Toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti. Cette prohibition est formelle et d'ordre public et ne comporte d'autres dérogations que celles qui sont limitativement déterminées par la loi. Dès lors, doit être considérée comme tombant sous le coup de cette prohibition la clause d'un contrat de mariage établissant entre les époux le régime de la séparation de biens, qui permet à l'époux survivant de prendre, dans la succession du prémourant, les droits sociaux appartenant à celui-ci dans un établissement commercial, contre versement de leur valeur à ses héritiers. Une telle clause, nulle de plein droit et, par suite, dépourvue de toute existence légale, est réputée n'avoir point été consentie, et il ne peut, en conséquence, en être fait état à quelque titre que ce soit*».

Sul fronte dei patti successori la novella ha modificato la formulazione dell'articolo 1130 che, nel riconoscere che le cose future possono essere dedotte in oggetto di un'obbligazione stabilisce che «*On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi*», confermando la tecnica legislativa di dettare una regola limitando il suo campo di applicazione ad opera di eccezioni di fonte normativa.

A riprova dello stretto collegamento tra patti successori e tutela dei legittimari, la riforma francese, nell'esaltare il ruolo della donazione come uno strumento per consentire la trasmissione successoria dei patrimoni ha rafforzato tale ruolo nei casi in cui è disposta con il consenso di tutti i potenziali aventi diritto. In questo senso, in cagione della consapevolezza della necessità di adeguare gli strumenti successori e para successori nella trasmissione del patrimonio familiare assicurando la stabilità degli acquisti, costituisce una grande innovazione l'introduzione della possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione.

Le riforme, consapevoli che «*les successions ne remplissent donc plus leur rôle traditionnel d'établissement dans la vie*¹⁴⁹», al fine di consentire una gestione più efficiente della successione si sono mosse nel segno di rafforzare il ruolo dell'autonomia privata e, complessivamente hanno agito su tre fronti: (i) la famiglia, migliorando la posizione del coniuge e dei figli naturali; (ii) i patti successori, confermando in linea generale il divieto ma ammettendo diverse eccezioni e (iii) l'istituto della riserva, anch'esso confermato ma attenuando l'incidenza dei diritti dei legittimari, dimostrando ancora una volta che i principali limiti all'autonomia privata derivano proprio da tali ultimi due punti.

Ecco che dalle riforme emergono delle ipotesi legalizzate di patti successori stipulabili nell'interesse della famiglia, della circolazione dei beni e nell'interesse delle imprese.

¹⁴⁹ Si veda il Rapporto del Senato francese n. 343 del 10 maggio 2006 reperibile sul sito internet <http://www.senat.fr>

Sotto il profilo dei patti successori legalizzati nell'interesse della famiglia, il mutato quadro normativo consente che il divieto di donazione dei beni futuri e di revocabilità della donazione non si applichino ai contratti di matrimonio di cui agli articoli 1389 e seguenti del *Code Civil* con cui si consente ai coniugi di regolare di comune accordo gli aspetti patrimoniali della famiglia¹⁵⁰.

All'interno del *contract de mariage* si è prevista la possibilità di effettuare delle donazioni da parte di ciascun coniuge ovvero da terzi che ben possono essere ascendenti, parenti degli sposi ovvero terzi estranei e a favore dell'altro coniuge e dei membri presenti o futuri della famiglia. La deroga al divieto dei patti successori si coglie nell'oggetto della donazione che può riguardare beni futuri, ovvero tutti beni che il donante si troverà a lasciare al momento della sua morte ovvero quelli che residueranno. Nessun trasferimento di beni o diritti di verifica per effetto della stipulazione del patto e «*le bénéficiaire d'une institution contractuelle, titulaire sur la succession que d'un droit éventuel quant à son objet, n'acquiert l'entier bénéfice de la libéralité qu'au décès de l'instituant, et ne peut donc y renoncer avant cette date*¹⁵¹».

Sotto il profilo della irrevocabilità di tali donazioni, l'art. 1083 limita la facoltà del disponente di alienare i beni oggetto della donazione a titolo gratuito, mentre rimane libero di disporne a mezzo di negozi giuridici onerosi.

Un'altra fattispecie di *institution contractuelle* è la *promesse d'égalité*, con cui gli ascendenti, sempre nell'ambito del contratto matrimoniale, si obbligano nei confronti del nubendo a non avvantaggiare nella loro successione i fratelli o sorelle in danno del figlio verso cui effettuano la promessa.

Tutto ciò è possibile perché il contratto matrimoniale, che consente di derogare al regime legale della comunione legale, è l'istituto attraverso il

¹⁵⁰ J. BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux-Première Partie*, in *Traité Pratique de Droit Civil Français*, a cura di M. Planiol e G. Ripert, Paris 1957, p. 51

¹⁵¹ Cass. Civ. 1, 16 luglio 1981

quale trovano sistemazione anche interessi familiari di più ampio respiro rispetto ai meri accordi patrimoniali tra coniugi.

I coniugi, pendente il matrimonio, hanno anche la facoltà di regolare la successione del premoriente potendo decidere di assegnare i beni all'altro coniuge o agli eredi o, ancora, di riconoscere al coniuge una quota maggiore di quella cui avrebbe diritto. Infatti, pur essendo vietato ai coniugi di derogare all'ordine legale della successione (art. 1389) essi *«peuvent, toutefois, stipuler qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux, le survivant a la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prédécédé, à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils ont au jour où cette faculté sera exercée.*

La stipulation peut prévoir que l'époux survivant qui exerce cette faculté peut exiger des héritiers que lui soit consenti un bail portant sur l'immeuble dans lequel l'entreprise attribuée ou acquise est exploitée».

In una prospettiva trasversale alla famiglia e alla preservazione dell'attività di impresa il legislatore francese è intervenuto anche con riferimento alla *clause commercial*. Si tratta dell'accordo, contenuto anch'esso nel contratto matrimoniale, con cui il coniuge superstite ha il diritto di conservare i beni compresi nell'azienda con cui è esercitata l'attività di impresa in comune tra loro, potendoli rilevare esercitando il diritto di riscattarli. In questo caso la clausola non attribuisce al coniuge superstite un vantaggio patrimoniale, ma solo un diritto preferenziale da esercitare in via onerosa in sede divisoria. Il secondo comma di tale articolo, la *clause commerciale*, è stato introdotto dalla riforma del 2006 e sul punto si tornerà meglio nel prossimo paragrafo.

Sul fronte della sicurezza giuridica la novità più importante introdotta dalla riforma del 2006 riguarda l'ammissibilità del patto rinunciativo nelle ipotesi previste dalla legge.

Prima di tale novella il patto successorio rinunciativo era vietato dagli artt. 1130 e 791 del *Code Civil* in ragione dell'odiosità emersa nel periodo rivoluzionario verso l'istituto del maggiorascato. Sul divieto del patto successorio rinunciativo la giurisprudenza ne ha fatto

un'interpretazione molto rigorosa¹⁵² facendo ricadere sotto le scure del divieto qualsiasi rinuncia pattizia al patrimonio ereditario o a presunti diritti che potrebbero derivare da una futura successione.

A seguito della riforma è rimasto inalterata la formulazione del divieto in termini generali, ma, secondo la tecnica già vista, il legislatore ha stemperato l'assolutezza del divieto consentendo nei casi previsti dalla legge la sua validità. Ai sensi dell'art. 918, invertendo il criterio previgente che escludeva l'azione di riduzione solo a coloro che avessero partecipato alla donazione, è consentito l'esercizio dell'azione di riduzione solo a coloro *qui n'ont pas consenti à ces alienations*. La conseguenza dovrebbe quindi essere quella di una maggiore preclusione all'esercizio dell'azione di riduzione, essendo aumentate le ipotesi in cui il titolare può manifestare validamente la propria acquiescenza alla donazione anche in forma implicita¹⁵³.

In termini ancor più generali e ampi l'attuale formulazione dell'articolo 929 riconosce la facoltà di rinuncia anticipata all'azione di riduzione relativamente all'intera (o ad una parte) quota di legittima, nonché con riferimento ad un singolo e specifico atto di liberalità. *Tout héritier réservataire présumé peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter.*

La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé.

L'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier.

¹⁵² Per tutte Cass. Civ. 1, 30 aprile 1968

¹⁵³ L'opinione è di F. P. TRASCIA, *Op. cit.*, p. 264

La possibilità di rinunciare all'azione di riduzione in termini generali o specifici costituisce un'innegabile semplificazione della vicenda successoria a tutela dei riservatari, della circolazione dei beni di provenienza donativa e della libertà negoziale con riferimento alla pianificazione della successione. Non vengono infatti compressi i diritti dei riservatari, bensì ad essi è riconosciuto, nell'interesse più ampio prima della pianificazione della successione e poi della circolazione dei beni di provenienza donativa e successoria (oggi, in Francia si dovrebbe dire beni acquistati per effetto di liberalità) di poter partecipare alle disposizioni del genitore rendendole il più possibili stabili e certe.

3.2.7 I patti successori per favorire la continuità nell'attività di impresa nell'ordinamento francese

Anche nell'ordinamento francese si è sviluppato il dibattito sul rapporto con il divieto dei patti successori nelle clausole societari che disciplinano la sorte della società o della quota sociale ove trasmissibile alla morte del socio.

L'attuale articolo 1870 del *Code Civil* dispone per la *Société civile* che «*la société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés. Il peut toutefois être convenu que ce décès entraînera la dissolution de la société ou que celle-ci continuera avec les seuls associés survivants. Il peut également être convenu que la société continuera soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par disposition testamentaire. Sauf clause contraire des statuts, lorsque la succession est dévolue à une personne morale, celle-ci ne peut devenir associée qu'avec l'agrément des autres associés, donné selon les conditions statutaires ou, à défaut, par l'accord unanime des associés*».

Si tratta di una modifica introdotta non già dalle riforme più volte citate nel presente lavoro, ma dalla legge n. 9 del 4 gennaio 1978 che ha riformato la previgente disciplina secondo cui nelle società di persone,

salvo l'accordo dei soci superstiti, la morte del socio determinava anche lo scioglimento della società¹⁵⁴. Sotto il vigore della normativa precedente si era sviluppato in seno alla giurisprudenza di legittimità un orientamento più permissivo secondo cui potevano considerarsi lecite le clausole contenute negli statuti di esclusione degli eredi dalla società o quelle di continuazione con solo alcuni di essi.

La legge del 1978 è intervenuta quindi per confermare l'orientamento della giurisprudenza prevedendo che la società non si scoglie per la morte di uno dei soci, ma continua con gli eredi o legatari, a meno che non sia contenuta nello statuto una clausola di gradimento o una clausola che preveda lo scioglimento o la continuazione solo con i soci superstiti, con il coniuge o con le persone designate dallo statuto stesso o in un successivo testamento.

Nella possibilità di designare in un atto tra vivi, quale è il contratto sociale, l'erede che potrà continuare la società con i soci superstiti si coglie, evidentemente, un autentico patto successorio ed un profilo di disciplina profondamente diverso da quello dell'ordinamento italiano.

Per la dottrina francese¹⁵⁵, la validità di tali clausole può spiegarsi in forza della scissione esistente tra la qualità di socio e il diritto al valore patrimoniale della quota che come tale costituisce un diritto idoneo a cadere in successione e che anzi non può essere sacrificato. Prosegue, infatti, l'art. 1871 che sancisce che «*Les héritiers ou légataires qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur. Cette valeur doit leur être payée par les nouveaux titulaires des parts ou par la société elle-même si celle-ci les a rachetées en vue de leur annulation*».

Quanto alla ratio di tali clausole, il loro fondamento viene poi rinvenuto, come per l'ordinamento italiano, nella rilevanza che assumono le qualità personali nelle società in cui i soci rispondono illimitatamente delle obbligazioni sociali. E' l'*intuitus personae* che determina questo

¹⁵⁴ P. MALAURIE E L. AYNÈS, *Les successions – Les libéralités*, Parigi, 2008

¹⁵⁵ C. JUBAULT, *Op. Cit.*, p. 440

particolare regime di circolazione delle partecipazioni sociali nelle società di persone e che, nel confronto con la dinamica successoria, consente di attribuire un giudizio di preferenza alle qualità della persona del socio piuttosto che alla circolazione *mortis causa* della partecipazione.

E' controverso invece se tali clausole possano essere contenute negli statuti delle *Société Anonymes*. Il dibattito in Francia trae origine da una pronuncia della Cassazione degli anni ottanta¹⁵⁶ con cui gli ermellini avevano giudicato nulla la convenzione con cui il genitore aveva previsto la sorte della sua partecipazione per il tempo successivo alla morte in un *acte contractuel*.

La reazione della dottrina fu nel senso di ritenere che il giudizio di nullità derivasse non tanto dalla circostanza che la partecipazione riguardasse una *Société Anonyme*, ma che fosse contenuta in un atto diverso dallo statuto sociale, non potendosi giustificare una disparità di trattamento tra tali clausole solo in ragione del diverso tipo di società. Infatti è vero che la norma che vieta le clausole di continuazione è disposta per le sole società di persone, ma la ratio deriva dalla rilevanza, come detto, delle qualità personali dei soci. Essendo però consentita una certa autonomia ai soci, non si dovrebbe poter negare in astratto tale potere ai soci di altre società.

Al contrario però vi è una parte della dottrina¹⁵⁷ che condivide l'orientamento della giurisprudenza poiché il *Code de Commerce* (art. 1228-35)¹⁵⁸ non consentirebbe l'inserimento di alcuna clausola di

¹⁵⁶ Cass. Civ. 1, 11 marzo 1981

¹⁵⁷ F. X. TESTU, *Pactes sur succession future exceptionnellement autorisés*, in *Droit patrimoniale de la famille*, a cura di M. Grimaldi, Dalloz, 2009, p. 407

¹⁵⁸ *Dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts. Une clause d'agrément ne peut être stipulée que si les titres sont nominatifs en vertu de la loi ou des statuts. Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant. Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé*

gradimento nei casi di successione riguardanti il coniuge, gli ascendenti o i discendenti del socio premorto. A maggior ragione dovrebbe propendersi per la nullità delle clausole che abbiano l'effetto di restringere ulteriormente l'applicabilità alle norme che regolano la vicenda successoria.

Un altro strumento che il legislatore francese ha introdotto nell'ordinamento è la *clause commerciale*, come già sopra anticipato. Si tratta di un istituto che deve essere collocato entro le *contrat de mariage* e che consente ai coniugi di prevedere che il superstite abbia la facoltà di acquistare o di farsi attribuire determinati beni personali del defunto.

Si tratta di uno strumento pensato¹⁵⁹ per agevolare il socio superstite nella continuazione dell'attività di impresa, il quale, ove voglia far valere il proprio diritto di riscatto dovrà corrispondere agli eredi un indennizzo la cui determinazione viene generalmente affidata ad un terzo.

Sotto il profilo della continuazione dell'attività di impresa mi sembra inoltre di grande interesse l'introduzione, ad opera della riforma del 2006, del *mandat à effet posthume*, ovvero del mandato avente ad oggetto la gestione del patrimonio ereditario che, per certi aspetti, avvicina il modello francese a quello del *common law* inglese nella parte in cui, alla morte di un soggetto, i suoi beni vengono affidati ad un terzo che deve verificare il titolo e le aspettative dei pretendenti.

Il mandato con effetti postumi è il contratto con cui il mandante, in vita, conferisce ad un terzo, che accetta, il compito di amministrare all'apertura della successione determinati beni ovvero l'intero patrimonio ereditario.

réserve des actions à ses salariés, dès lors que la clause d'agrément a pour objet d'éviter que lesdites actions ne soient dévolues ou cédées à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société. Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle.

¹⁵⁶ F. X. TESTU, *Op. Cit.*, p. 395

¹⁵⁹ F. X. TESTU, *Op. Cit.*, p. 395

Esso è disciplinato dagli articoli 812¹⁵⁸ e seguenti e si tratta di un autentico patto successorio che consente al mandato, contratto che come in Italia è destinato ad estinguersi con la morte del mandante, di sopravvivere eccezionalmente a tale evento, dovendosi, anzi, rinvenire in tale patto un autentico negozio *mortis causa*. La portata innovativa di tale istituto si scorge infatti nel suo essere *ad effet posthume* da intendersi però non come mero contratto *post mortem* ma di vero e proprio negozio a causa di morte con struttura contrattuale ma revocabile. Si è detto¹⁶⁰ essere stato in buona parte ispirato dal *trust*, ma da esso si distingue profondamente perché il mandatario non acquista alcuna proprietà fiduciaria: infatti non può compiere atti dispositivi dei beni ereditari né può sostituirsi agli eredi nelle operazioni successorie.

Il mandato *post mortem* deve essere conferito per atto notarile e la sua durata non può eccedere due o cinque anni a seconda delle circostanze; in ogni caso *le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au renard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé*.

L'introduzione di tale mandato è evidentemente ispirata a favorire la continuazione dell'attività di impresa in tutte quelle circostanze in cui l'erede designato non sarebbe sa dubito in grado di assumere la responsabilità della guida dell'impresa, perché ancora impegnato negli studi o in altre esperienze professionali o perché minorenni.

Sempre nella prospettiva di migliorare gli strumenti adottabili nella pianificazione della trasmissione del patrimonio la riforma del 2006 si è pure concentrata sulla divisione.

¹⁵⁸ L'art. 812 dispone «*Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés Le mandataire peut être un héritier. Il doit jouir de la pleine capacité civile et ne pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral. Le mandataire ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession*».

¹⁶⁰ P. MALAURIE E L. AYNÈS, *Op. Cit.*, p. 297

La *donation-partage* non è in assoluto una novità introdotta dalle riforme, ma è stata riformata.

Si tratta dell'istituto che consente che in ogni momento si possa chiedere la ripartizione della comunione ereditaria. In particolare, ante riforma, era concesso all'interno della famiglia concordare la divisione dei beni prima della morte del titolare, così come era possibile concludere un accordo sull'ammontare delle quote e sulla scelta dei beni e diritti da assegnare in funzione quotativa. La riforma ha rafforzato la efficacia di tali patti consentendo che siano accompagnati anche dalla rinuncia all'azione di riduzione.

Per effetto delle novelle, la *donation partage* oggi può coinvolgere anche i figli non comuni, può avere ad oggetto beni personali ma anche beni in contitolarità ed è dotata di efficacia reale immediata e come tale è irrevocabile.

Nell'ottica di favorire il passaggio anche transgenerazionale, specie delle imprese, si consente poi che i figli possano rinunciare ai diritti loro riservati a favore dei loro rispettivi discendenti.

Il *partage transgénérationnel* è lo strumento che consente che infatti i beneficiari del negozio divisorio siano discendenti di generazioni diverse o appartengano a linee di discendenza diverse, in modo da consentire anche a chi non abbia discendenti diretti di poter pianificare la propria successione.

La finalità dell'istituto in oggetto non è quindi solo quella di realizzare l'attribuzione donativa attuale e immediata dei beni ma soprattutto di consentire la distribuzione degli stessi in funzione divisoria.

3.2.8 I patti successori per l'impresa in una prospettiva di comparato

Dalle pagine che precedono mi pare si possano cogliere alcune importanti riflessioni sull'attenzione che i due ordinamenti posti a confronto stanno prestando allo studio degli strumenti idonei alla pianificazione concordata e stabile della successione.

Si ricorda che il fenomeno della gestione efficiente del passaggio generazionale o trans generazionale è visto dalle istituzioni europee con una certa preoccupazione per il forte impatto che un'efficiente gestione della trasmissione delle imprese può avere sulla crescita economica dell'area dell'Unione.

Invero il tema si impone anche in conseguenza del fenomeno demografico dell'allungamento della vita media della popolazione che spostata in avanti il momento in cui si succede ma, dal lato del disponente, consente a questi di valutare la sistemazione del proprio patrimonio quando ha davanti a sé più generazioni adulte da tenere in considerazione.

Vi sono poi alcuni aspetti psicologici da non sottovalutare. Il primo riguarda la sfera emotiva e psichica del disponente che raramente è disposto ad abdicare prima del tempo alla sua posizione di capo dell'impresa che, magari, egli stesso ha costruito. Un secondo piano di valutazione riguarda il cd. dilemma del buon samaritano teorizzato da Buchanan nel 1975¹⁶¹ ove il rischio che dall'atto di generosità derivino complessivamente delle inefficienze può ben profilarsi anche nel caso dell'attribuzione *ante mortem* del patrimonio e specialmente con riferimento ai beni produttivi.

Con riferimento a tali aspetti, che ben devono essere presi in considerazione anche dallo studioso del diritto, ci si può porre, specialmente ai fini del presente elaborato, solo in via dubitativa il dubbio se si possa misurare il grado di efficienza di un sistema dall'assetto di regole che esso si dà.

Per quanto concerne una valutazione comparatistica dei patti successori, è bene ricordare che l'ordinamento francese e quello italiano dal XIX secolo condividono e hanno condiviso, seppur in uno sfondo culturale e storico a tratti profondamente diverso (si pensi al *diritto coutumier* che li consentiva e poi alle riforme rivoluzionarie contro il maggiorascato), lo stesso sistema di valori e lo stesso giudizio di disvalore

¹⁶¹ J. M. BUCHANAN, The Samaritan's dilemma, in: E.S. Phelps (ed.), *Altruism, Morality, and Economic Theory*, Sage Foundation, New York, 1975.

per ogni tipo di patto che abbia ad oggetto una successione non ancora aperta. Eppure il legislatore francese si è mostrato molto più sensibile al tema, aggiornando il diritto delle successione a favore di un diritto delle liberalità al fine di abbracciare sotto un'unica più ampia categoria gli istituti che possono indirizzare la successione nel patrimonio familiare.

Nel *Code Napoleon* mancava una formulazione unitaria del divieto, ma vi erano singole ipotesi vietate. Il Codice italiano del 1865 era da questo punto di vista poco più che una traduzione del modello francese. Il codice italiano del 1942, immutato sino alla limitata riforma del 2006, ha adottato una formulazione unitaria del divieto priva di eccezioni «fatto salvo quanto disposto dagli articoli 769 bis e ss.», sulla cui natura di eccezione al divieto la dottrina è tutt'altro che concorde.

La Francia, che storicamente non conosceva una definizione unitaria del divieto, ha avuto un legislatore che si è in tempi recenti mostrato molto sensibile alle esigenze della prassi notarile e della dottrina che avvertivano la necessità di mitigare l'interpretazione particolarmente rigorosa del divieto ad opera della giurisprudenza.

In Francia è stato il formante legislativo, secondo quella che è una tradizione consolidata francese, che si è fatto carico di adeguare il diritto alle mutate esigenze sociali. L'intervento normativo, come visto, è stato nel senso di fornire una nozione unitaria di patto successorio, di vietarlo ma al contempo di ammettere che la legge possa autorizzare alcune figure di patto successorio (istitutivo e rinunziativo).

Il confronto è innanzitutto tra l'articolo 722 del *Code* (*Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi*) e l'art. 458 Cod. Civ. (fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi).

L'eccezione immaginata dal legislatore italiano non sembra però confacente. Il patto di famiglia infatti per le ragioni sopra viste non può essere considerato un negozio con finalità devolutive, ma si tratta di un autentico negozio tra vivi.

Nel patto di famiglia inoltre si esaurisce la riforma del legislatore italiano con riferimento all'introduzione di strumenti alternativi alla devoluzione per testamento, posto che, nemmeno lo stesso patto di famiglia può a rigore considerarsi uno strumento alternativo al testamento. L'attualità del trasferimento dell'azienda o delle quote di partecipazione al momento della conclusione del patto, che conduce quanto alla natura giuridica a concludere per la natura *inter vivos* del patto di famiglia, lo rende uno strumento inadeguato per l'imprenditore che non sia pronto ad abdicare e che vorrebbe solo pianificare, in maniera sicura, la successione nell'attività di impresa per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Sulla difficoltà pratica di ricorrere al patto di famiglia ci si è già espressi mettendo in luce la rarità dei casi in cui l'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni abbia già una capienza reddituale tale da consentirgli di liquidare gli altri partecipanti al patto.

Nell'ordinamento italiano, a fronte di questo limitato intervento normativo, rimane poi l'orientamento della giurisprudenza che, sulla base del dato letterale dell'art. 458 Cod. Civ., fa ricadere entro le scure del divieto tutti gli strumenti negoziali che, connotati da irrevocabilità del vincolo, hanno ad oggetto diritti derivanti da un'eredità che non si è ancora aperta e che hanno quale unica giustificazione causale la sistemazione del patrimonio *mortis causa*¹⁶².

¹⁶² Per tutte Cass. Civ. 22 luglio 1971 n. 2404, la cui massima così si esprime: «Per stabilire se una determinata pattuizione costituisca patto successorio il giudice di merito deve accertare: 1) se propria del *vinculum iuris* con essa creato sia stata la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi così dello *ius*

Nella differenza della funzione tra atti *mortis causa* e atti *post mortem* è infatti individuato il confine, a volte difficile da identificare, tra negozi che ricadono entro il patto successorio, vietato, e altri negozi che per essere validi devono trovare la propria giustificazione causale in una causa diversa da quella *successionis causa*. Gli unici istituti cui si può guardare in Italia per la «pianificazione» della successione rimangono, in generale, le donazioni, nelle varianti della donazione con riserva dell'usufrutto, della donazione *cum moriar, si moriar* e *si preamoriar*, i negozi che realizzano liberalità indirette, quali, ad esempio, il contratto che contenga la clausola di deviazione degli effetti a favore di terzo, l'adempimento del terzo fatto per spirito di liberalità.

Tutte tali fattispecie però scontano i limiti propri delle donazioni riferiti alle tutele dei legittimari (calcolo ai fini della riunione fittizia, imputazione, collazione ed eventualmente riducibilità con le note conseguenze sulla (in)certezza degli acquisti di provenienza successoria o donativa dovuti alla possibilità di esperire l'azione di restituzione) e sono tutti negozi che in quanto *inter vivos* hanno forza di legge tra le parti, quindi irrevocabili salvo mutuo consenso.

Agli strumenti successori e para successori per favorire la continuità dell'attività di impresa sarà dedicato il prossimo capitolo.

Il modello francese invece ha colto l'opportunità dello strumento normativo per consegnare alla prassi una serie di strumenti pensati per favorire la trasmissione generazionale del patrimonio familiare anche in modo concordato con tutti i soggetti interessati dalla vicenda successoria.

Si è non a caso posta l'attenzione sul mandato post mortem, che al di là del *nomen iuris*, è un vero e proprio mandato *mortis causa* che consente di affidare ad un terzo soggetto di fiducia la trasmissione del patrimonio per i tempo in cui il disponente sarà morto e che di fatto ha avvicinato sotto il profilo della devoluzione del patrimonio il modello francese a quello anglosassone.

poenitendi; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato.»

La donazione (*donation partage*) diventa poi il contratto con il quale realizzare un patto successorio istitutivo o rinunziativo o, istitutivo e rinunziativo nello stesso momento. Le donazioni divengono veri e propri strumenti anticipatori della successione i cui effetti sono rimandati, sul piano causale e non sotto il profilo del momento di efficacia dell'atto, al tempo in cui il donante avrà cessato di vivere.

Il patto di famiglia rimane invece una fattispecie isolata che non soddisfa le possibili esigenze di chi intende pianificare la propria successione perché esso consente solo di disporre del bene produttivo, non potendo assolvere alcuna funzione, più ampia, di distribuzione del patrimonio. Semmai esso costituisce una minima risposta alle raccomandazioni formulate dalle istituzioni dell'Unione.

Il divieto del patto successorio in Italia costituisce ancora un forte baluardo contro la autonomia non solo testamentaria ma in generale contro l'autonomia privata. Se il suo fondamento poteva essere rinvenuto ora nell'odiosità del voto corvino ora nell'esigenza di tutela della volontà del disponente che non poteva essere limitata da accordi negoziali (principio di revocabilità del testamento) ora nella centralità di tale volontà, tutte queste ragioni sembrano oggi a portare ad un modello antitetico a quello tutelato. Il disponente non è libero di pianificare la propria successione al di fuori del testamento che, rimane infatti l'unico strumento con cui disporre del patrimonio *successioni causa* (combinato disposto artt. 457 e 458 Cod. Civ).

Il *favor* verso il testamento, atto idoneo a ricevere eccezionalmente tutela dall'ordinamento anche ove contenga disposizioni utili o capricciose perché atto di ultima volontà, ha determinato, a parere di chi scrive, un risultato paradossale. La tutela è massima se si dispone del patrimonio unilateralmente nel negozio a causa di morte. La libertà è minima se il disponente che ha a cuore il proprio patrimonio e al suo interno il bene produttivo intenda condividere con i propri potenziali legittimari la pianificazione della successione, essendogli precluso in principio di poter trovare insieme a loro un'adeguata distribuzione dei beni atta a soddisfare

i molteplici interessi, patrimoniali, economici e personali sottostanti alla trasmissione dei beni da una generazione all'altra.

La permanenza del divieto, più che frutto di una scelta politica di fondo, come poteva essere per il legislatore del 1942, sembra il frutto di una scelta di pigrizia politica che non è in grado di rendere attuale il sistema delle successioni alle mutate esigenze della società civile ed economica.

Non si tratta infatti di scardinare i principi ispiratori della solidarietà economica e soprattutto familiare che sono senza dubbio posti a fondamento di molti istituti del diritto privato e in particolare delle successioni. La sfida potrebbe semmai essere quella di valorizzare gli stessi principi ispiratori ma in un quadro giuridico più attuale che, non per questo, dovrebbe perdere i suoi caratteri di coerenza e di sistematicità. Benché in buona parte obsoleto, il libro II del codice civile continua a offrire un modello estremamente coerente e rigoroso di regole. Prova ne è, ad esempio, il filo conduttore che passa in maniera estremamente coerente tra la tipicità delle fonti di delazione (art. 457 Cod. Civ.), il divieto dei patti successori (art. 458 Cod. Civ.) e la revocabilità del testamento (artt. 587 e 679 Cod. Civ.).

3.2.9 I patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e nell'ulteriore prospettiva di un diritto europeo delle successioni

Negli ordinamenti degli Stati membri¹⁶³ è piuttosto diffuso il divieto dei patti successori. Seppur con sfumature diverse può dirsi che a fondamento del divieto vi è sempre l'esigenza di massima tutela della volontà privata che deve essere conservata come *ambulatoria usque ad vitae supremum exitum*.

¹⁶³ Italia, Francia, Belgio, Lussemburgo, Grecia

Altri Paesi¹⁶⁴ invece riconoscono una più ampia libertà e consentono che la devoluzione del patrimonio *mortis causa* possa avvenire con strumenti pattizi come tali alternativi al testamento. In particolare la tutela della famiglia e l'esigenza di continuità nell'attività di impresa sono considerati interessi meritevoli di tutela¹⁶⁵, come tali atti a essere oggetto di disposizioni negoziali quali donazioni, mandati *mortis causa*, clausole societarie, regimi pensionistici, assicurazioni sulla vita, etc.

Il Regolamento (Ue) n. 650/2012, considerata la diversità delle regole successori all'interno dei vari Stati membri, lungi dall'operare una armonizzazione della disciplina trattandosi di uno strumento internazionalprivatistico, armonizza (solo) le regole di conflitto anche per i patti successori. In particolare essi vengono in considerazione nel Regolamento solo nella misura in cui siano configurabili come disposizioni a causa di morte.

A mente del considerando n. 49 «un patto successorio è un tipo di disposizione a causa di morte la cui ammissibilità e accettazione variano nei diversi Stati membri. Al fine di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio, il presente Regolamento dovrebbe determinare quale legge disciplina l'ammissibilità di tali patti, la loro validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti nonché le condizioni del loro scioglimento». E' poi l'articolo 3 che ne offre la definizione come «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo».

Dalla nozione del Regolamento, secondo la tripartizione nota all'ordinamento italiano, rimangono esclusi i patti successori dispositivo o rinunciativi poiché l'articolo 3 si riferisce unicamente all'accordo che

¹⁶⁴ Si tratta in particolare dei Paesi di matrice germanistica come Germania, Austria, Svizzera, ma anche delle legislazioni locali della Galizia, Catalogna, Paesi Baschi, Aragona, Navarra e Baleari.

¹⁶⁵ B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 107

conferisce diritti di una o più successione relativa ad un soggetto che sia parte dell'accordo.

L'accordo può pure essere quello derivante da un testamento reciproco, la cui definizione in termini di «testamento congiuntivo» è quella offerta dalla lettera c) dell'articolo 3: si tratta del testamento redatto in un unico documento da due o più persone, benché si ammetta che siano attratti dal patto successorio anche i testamenti congiuntivi contenuti in atti formalmente separati ma sostanzialmente interdipendenti.

Nel Regolamento la legge applicabile al patto successorio è regolata in maniera diversa a seconda che esso abbia ad oggetto la successione di una sola persona o di più persone.

Il patto successorio che ha ad oggetto la successione di una sola persona è disciplinato, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni di scioglimento, dalla legge che, in forza del presente Regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione di tale persona se questa fosse deceduta il giorno della conclusione del patto. Il patto successorio avente a oggetto la successione di più persone è ammissibile, invece, solo se è ammissibile in base a ciascuna delle leggi che, in forza del presente Regolamento, avrebbero regolato la successione di ciascuna di tali persone se esse fossero decedute il giorno della conclusione del patto.

In tale secondo caso potrebbe sembrare che la scelta di subordinare la ammissibilità del patto al positivo riconoscimento di validità da parte di tutte le leggi applicabili riduca la possibilità di utilizzare realmente lo strumento. Vi è tuttavia la possibilità che, in deroga a quanto sopra previsto, le parti possono scegliere come legge regolatrice del loro patto successorio, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni per il suo scioglimento, la legge che la persona o una delle persone della cui successione si tratta avrebbe potuto scegliere ai sensi dell'articolo 22, alle condizioni ivi indicate, ovvero la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte e, nel caso di persona

con più di una cittadinanza, la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte.

Si scorge così l'obiettivo del Regolamento di agevolare l'uso di tale strumento nelle ipotesi in cui essi siano riconosciuti validi dalla legge in astratto applicabile alla successione, in modo da pianificare la successione anche mediante una pluralità di negozi giuridici¹⁶⁶.

Un punto che merita una riflessione è quello se il patto successorio possa essere utilizzato per scegliere la legge applicabile all'intera successione ed essere in questo modo impiegato per rendere vincolante tra le parti la scelta della legge nazionale. Tuttavia se il patto successorio si esaurisse nell'accordo sulla scelta applicabile all'intera successione si tratterebbe di un utilizzo improprio dello strumento in contrasto con la disciplina generale del Regolamento sulla *lex successionis* e sulla possibilità di modificarla mediante opzione fino al momento della morte.

Per quanto riguarda i rapporti del patto successorio e la tutela dei legittimari è controverso se la scelta del Regolamento è stata nel senso di far salvi i diritti di tutti i riservatari, compresi quelli che abbiano eventualmente partecipato al patto in modo che i diritti di questi ultimi possano essere affermati sulla base della *lex succesionis* eventualmente in contrasto o diversa dalla *lex pacti*.

E' fin troppo evidente che le intenzioni del legislatore comunitario, al fine del corretto funzionamento del mercato interno e della rimozione degli ostacoli alla libera circolazione di persone che attualmente incontrano difficoltà nell'esercizio dei loro diritti nell'ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere, sono quelle di consentire ai cittadini europei di poter organizzare in anticipo la propria successione. Nella scelta della legge applicabile alla propria successione si deve però evitare che una legge sia scelta nell'intento di frustrare le aspettative legittime di persone aventi diritto ad una quota di legittima, tant'è (considerando n. 50) che la legge chiamata a disciplinare l'ammissibilità e la validità sostanziale di una disposizione a causa di morte nonché, per

¹⁶⁶ B. BAREL, *Op. cit.*, p. 108.

quanto riguarda i patti successori, gli effetti vincolanti di tali patti tra le parti, non dovrebbe pregiudicare i diritti di chiunque, in forza della legge applicabile alla successione, abbia diritto a una quota di legittima o abbia un altro diritto di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta.

L'esigenza di pianificare con anticipo la successione deve contemperarsi con i diritti eventualmente riconosciuti ai legittimari, i quali però probabilmente non dovrebbero poter partecipare ora al patto successorio e poi, in ragione di un mutamento della *lex successionis*, rimetterlo in discussione e rivendicare diritti a cui avevano eventualmente rinunciato, anche perché sarebbe in palese contraddizione con un principio tipico e generale di ogni ordinamento: il divieto dell'*ire contra factum proprium*.

Posto che nel patto successorio dovrebbe infatti aversi riguardo alla tutela dei riservatari secondo la legge del patto, ove all'apertura della successione la *lex successionis* dovesse risultare diversa da quella del patto e questa fosse (ancor) più favorevole al legittimario, parrebbe alquanto eccessivo riconoscere che lo stesso possa reclamare una maggior o diversa tutela. La dottrina che si è occupata del problema¹⁶⁷, in maniera condivisibile, ritiene che sarebbe più «coerente con gli obiettivi del Regolamento e più equilibrata rispetto a tutte le persone coinvolte» che un patto successorio ammissibile e valido secondo la *lex pacti* non possa essere rimesso in discussione successivamente per il caso che la *lex successionis* eventualmente diversa (a causa di un mutamento della residenza abituale del defunto) attribuisca al legittimario una tutela e dei diritti che siano incompatibili con gli obblighi dedotti nel patto successorio.

Vi è un ultimo aspetto sul quale vale la pena soffermarsi: l'opponibilità del limite dell'ordine pubblico al patto successorio ammesso dalla legge applicabile.

All'uopo vengono in considerazione l'articolo 35 ed il considerando n. 57. L'art. 35 consente che l'applicazione di una disposizione della legge

¹⁶⁷ Ancora si veda B. BAREL, *Op. cit.*, p. 133.

di uno Stato designata dal presente Regolamento possa essere esclusa se risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro dell'autorità giurisdizionale o di altra autorità competente che si occupa della successione.

Il ricorso al limite dell'ordine pubblico però è consentito solo in presenza di circostanze eccezionali, poiché l'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro non deve avvenire in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione.

Per quanto riguarda i patti successori l'eccezione di ordine pubblico dovrebbe essere impedita. Militano in questo senso tutto l'impianto del Regolamento sulla legge applicabile ai patti successori e sul loro valore apprezzato dal legislatore comunitario per favorire la pianificazione concordata della successione.

L'ordinamento italiano in questo senso ha già maturato la propria evoluzione. Il divieto dei patti successori, benché inderogabile e protetto dalla sanzione della nullità assoluta non assurge al rango di un principio dell'ordine pubblico internazionale. La giurisprudenza, dagli anni ottanta, è solita affermare che il patto successorio, che è nullo secondo il nostro ordinamento e valido secondo l'ordinamento germanico, non è tuttavia contrario all'*ordine pubblico* e al buon costume del nostro Stato¹⁶⁸. Nello stesso senso è anche la dottrina che generalmente rileva che non può ritenersi il principio della revocabilità delle disposizioni *mortis causa* un principio di ordine pubblico né interno, né internazionale¹⁶⁹ poiché esso risponde solo ad un principio di tipo giuridico, ispirato ad una scelta politica di fondo ma che non assurge a un limite inviolabile.

La sfera di operatività dell'ordine pubblico internazionale deve semmai ritenersi circoscritta a quegli ordinamenti che riservano un trattamento discriminatorio e deteriore dei figli naturali o adulterini

¹⁶⁸ Trib. Bolzano, 8 marzo 1968

¹⁶⁹ Sulla differenza tra ordine pubblico interno e internazionale si rinvia a G. Morelli, *Elementi e nozioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1986, p. 82 e ss.

rispetto ai figli legittimi o che operano discriminazioni in ragione del sesso o della religione¹⁷⁰.

Il significato dell'opponibilità dell'ordine pubblico internazionale riguarda infatti solo i casi di incompatibilità manifesta tra la legge applicabile e l'ordinamento in cui si pretende di fare l'esame relativo all'ordine pubblico. Esso non può esaurirsi in un mero contrasto tra normative ma si deve trattare di difformità che creano un profondo contrasto con i valori sociali, di natura etica politica o economica di un ordinamento esistenti in un preciso momento storico e che portano ad esprimere un giudizio particolarmente disdicevole sulla disciplina esistente in un altro ordinamento.

E' giunto il momento di soffermarsi sulle prospettive di armonizzazione del diritto successorio europeo anche con riguardo al patto successorio.

Il Regolamento, fonte di diritto per l'ordinamento italiano, è il primo strumento normativo, seppure di diritto internazionale privato, che riconosce espressamente l'ammissibilità dei patti successori. Si è già detto che l'obiettivo dell'armonizzazione del diritto delle successioni, nel programma europeo, doveva passare dalla armonizzazione della legge applicabile alle stesse. L'armonizzazione delle regole internazionalprivatistiche costituisce il primo passo per la semplificazione delle successioni transfrontaliere le quali potranno considerarsi efficienti quando non solo, per favorire l'integrazione di cittadini europei e la stessa cittadinanza europea, saranno armonizzate sotto una medesima legge applicabile, ma soprattutto quando ad esse saranno applicabili strumenti per la pianificazione stabile della trasmissione dei patrimoni.

L'obiettivo di fondo auspicato dalle istituzioni e dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione non è solo quello della cittadinanza europea nel mercato interno, ma di una cittadinanza europea entro un

¹⁷⁰ D. DAMASCELLI, voce *Successioni (diritto internazionale privato e processuale europeo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2013, p. 962

comune «spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁷¹». Potrebbe dirsi che solo uno spazio comune delle libertà e non solo del mercato e delle economie può diventare uno spazio comune anche per quelle materie strettamente privatistiche e non immediatamente collegate al mercato interno (persone, famiglia, successioni). Evidentemente un tale spazio può affermarsi solo ove si condividano dei valori comuni e ove i vari Stati membri siano in grado di realizzare un progressivo avvicinamento delle loro posizioni.

Nell'ambito del fenomeno successorio, prima di discutere di valori, pare determinante che esistano delle regole che possano dare stabilità agli effetti degli atti dispositivi con finalità successoria. In questo senso e pensando all'ordinamento italiano, la stabilità degli effetti delle attribuzioni successorie o parasuccessorie costituisce un valore importante ai fini della certezza del diritto e della circolazione dei beni.

A questo punto è inevitabile iniziare a porsi il problema degli eredi necessari, rimasti al momento esclusi dal piano di azione comunitario. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano è innegabile che, attesa la coerenza di sistema che lega il divieto dei patti successori e la tutela dei legittimari, ogni serio tentativo di riforma dovrebbe contemperare i due aspetti, in favore della certezza delle situazioni giuridiche.

Il tema di fondo riguarda il mutamento di composizione qualitativa e quantitativa del patrimonio che può intercorrere nel periodo tra la pianificazione della successione e il momento della sua apertura. Posto che il controllo delle sopravvenienze pone sempre la scelta di decidere su chi accollare ogni rischio, non può più considerarsi efficiente un sistema che sposti anche (e soprattutto) sul terzo avente causa la tutela del legittimario.

La riforma del 2005 degli articoli 561 e 563 del Cod. Civ. non pare ancora appagante, ma alla successione necessaria quale grave limite all'autonomia privata si dedicheranno le prossime pagine.

3.3 La successione necessaria

¹⁷¹ Art. 4 TFUE

3.3.1 La successione necessaria in Italia. Ratio, articolazione della tutela e prospettive di riforma

«Nei Paesi civili e moderni la legge riconosce ai proprietari il potere di disporre liberamente dei propri beni sia inter vivos sia mortis causa. Nei Paesi quasi civili e quasi moderni, il potere di disporre mortis causa è limitato bensì da una legislazione fortemente di favore per la categoria dei legittimari, ma sono ammessi accordi ante mortem per disciplinare la futura successione. Nei Paesi incivili e arretrati anche questi accordi sono invece tassativamente vietati.

L'Italia, ovviamente, nella sua arretratezza e inciviltà (anche) giuridica, è rimasta, con qualche lieve deroga in sede di riforma del diritto di famiglia, all'epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria. Se si eccettua l'istituto del maggiorasco e della biblica primogenitura, nonché l'esclusione del coniuge, di sangue diverso, dalla proprietà, il sistema di protezione dei legittimari è infatti di tipo medioevale, se solo si considera che l'art. 550 c.c., prevede una delle poche vie praticabili dal de cuius per tentare di aggirare il divieto di ledere le quote di legittima, la quale via altro non è se non la c.d. «cautela sociniana», risalente al Quattrocento».

Con queste parole Francesco Gazzoni introduce un suo articolo sulla competitività e dannosità della successione necessaria¹⁷² nell'ordinamento italiano.

Nell'ultimo decennio in Italia si sono moltiplicati i commenti della dottrina sulle proposte di abrogazione della successione necessaria a seguito, in particolare, del disegno di legge n. 1043 del 2006 sulla novellazione di tale sistema. Tale proposta di legge ha portato maggiormente a riflettere sul sistema successorio italiano che, fatta eccezione talune novità recenti quali il patto di famiglia e la riforma dei termini per l'esercizio dell'azione di riduzione, è per quanto riguarda tali

¹⁷² F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (A proposito dei novellati art. 561 e 563 C.C.)*, in *Giust. Civ.*, 1, 2006, p. 3

aspetti è ancora saldamente ancorato alla tradizionale visione della tutela della famiglia¹⁷³.

Per comprendere meglio la «dannosità» di tale successione legittima «potenziata¹⁷⁴» si esporranno di seguito i tratti di disciplina che sono percepiti di maggior ostacolo alla libertà testamentaria.

La successione necessaria consiste nei limiti imposti al testatore di disporre *mortis causa* dei propri beni, poiché sulla libertà testamentaria prevale, in funzione solidaristica, la tutela per la famiglia¹⁷⁵. L'autonomia dei soggetti e l'interesse della collettività si trovano in conflitto nella materia ereditaria in ragione di un certo tipo di tutela accordata alla famiglia. Nell'ordinamento italiano il «contemperamento» di tali interessi è dato dall'istituto della legittima che riconosce a determinati soggetti (discendenti legittimi e naturali, coniuge e qualora manchino i discendenti, anche gli ascendenti) una quota parte del patrimonio¹⁷⁶.

Per aver contezza del tipo di tutela che l'ordinamento accorda ai legittimari e, di contro, comprendere fino a che punto può estendersi l'autonomia testamentaria è necessario indagare, seppur in termini molto sintetici, in cosa consista il sistema della successione necessaria e quali siano gli aspetti di tale sistema che costituiscono maggiormente un limite alla autonomia privata.

L'art. 457 c.c., in tema di delazione dell'eredità, prevede che le disposizioni testamentarie non possano pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari e in questo senso il diritto alla legittima costituisce uno dei più importanti limiti alla autonomia testamentaria, benché il rimedio previsto contro le disposizioni lesive di legittima non sia la nullità, ma l'azione di riduzione.

Per calcolare l'estensione dei diritti dei riservatari è necessario tenere distinto il *relictum*, che è il patrimonio ereditario esistente alla

¹⁷³ G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, p. 581 e ss.

¹⁷⁴ A. CICU, *Op. cit.*, 212

¹⁷⁵ A. ZOPPINI, *Op. cit.*, p. 70

¹⁷⁶ G. CAPOZZI, *Op. cit.*, p. 385

data di apertura della successione, eventualmente oggetto di disposizioni testamentarie, al netto dei debiti, dall'intero patrimonio del *de cuius*, che è quello comprendente anche il valore dei beni di cui si sia disposto in vita a titolo di donazione¹⁷⁸. Tale distinzione è desunta dall'art. 556 c.c. (c.d. riunione fittizia), che dà le norme per la determinazione della porzione disponibile e quindi, *a contrario*, delle quote di riserva. In sintesi: «*relictum* – debiti + *donatum*», il tutto secondo i criteri previsti dagli artt. 747 e ss. Cod. Civ.

Al legittimario compete una quota di eredità, che deve essere espressione del valore di patrimonio a cui il legittimario ha diritto, tenendo cioè in considerazione la composizione del patrimonio comprensivo delle eventuali donazioni. Tale quota è la porzione legittima: si tratta di una frazione di una massa fittizia il cui valore deve essere poi rapportato al solo *relictum*, al fine di determinare quale parte di eredità deve essere destinata al legittimario a soddisfazione dei suoi diritti. La legittima quindi si calcola sul *relictum* aumentato del valore dei beni donati. Poiché il diritto del legittimario è relativo ad una porzione di patrimonio che tiene conto non solo del *relictum* ma anche del *donatum*, ben potrebbe accadere che ove il testatore abbia in vita disposto donazioni che per il loro valore superano la quota disponibile, il solo patrimonio relitto non sarà sufficiente a soddisfare il diritto del legittimario. La quota a lui riservata dalla legge è infatti maggiore di quella che conseguirebbe anche ove subentrasse, per ipotesi, quale unico erede nell'intero patrimonio relitto.

La tutela dei riservatari è congegnata nel senso che ogni calcolo può definitivamente farsi solo all'apertura della successione, poiché solo in tale circostanza si ha la reale contezza della composizione qualitativa e quantitativa del patrimonio. Da tale meccanismo deriva il forte limite per il testatore di non poter predire quale sarà l'esito di eventuali donazioni fatte in vita, poiché ai fini del calcolo, il valore che rileva è quello che il

¹⁷⁸ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000, p. 241

bene donato avrà all'apertura della successione. Fatta eccezione per il patto di famiglia, certamente connotato anche da un profilo di liberalità, la cui disciplina consente la cristallizzazione del valore dell'azienda o delle partecipazioni trasferite alla data di conclusione del patto, un siffatto meccanismo di calcolo rende impossibile al testatore pianificare con un'aspettativa di stabilità la sorte dei propri beni in presenza dei legittimari. Tale meccanismo risulta ancor più «grave» in costanza del divieto dei patti successori, specie quelli rinunziativi, perché nessun rilevanza giuridica potrebbe avere l'eventuale adesione dei legittimari diversi dal donatario.

Proseguendo nella ricostruzione della disciplina dei legittimari, si intendono ricostruire i principi che regolano la successione necessaria.

Il primo principio è quello che attribuisce al legittimario una tutela composita, sia quantitativa che qualitativa.

La tutela del legittimario è innanzitutto una tutela qualitativa¹⁷⁹, poiché egli ha diritto ad una quota di patrimonio da prendersi a titolo di eredità *sui beni relitti*. Diviene anche quantitativa¹⁸⁰ nella misura in cui, in prospettiva divisoria, il testatore è libero di scegliere i beni con cui apporzionare la quota ai sensi dell'art. 549 c.c. (che fa salva l'applicazione delle norme in tema di divisione), purché si tratti di beni compresi nell'asse ereditario.

Alla tutela qualitativa è riconducibile il diritto del legittimario a ottenere la legittima in natura, dovendo ricevere beni di provenienza ereditaria. Il testatore non può pertanto disporre che la quota del legittimario sia formata da un diritto di credito verso i coeredi¹⁸¹; può invece disporre che sia concretata unicamente da denaro, se questo si trova nel patrimonio ereditario.

¹⁷⁹ Cass. 3599/1992

¹⁸⁰ Cass. 2202/1968

¹⁸¹ Cass. 3694/2003; Trib. Napoli 26 giugno 1997

La legittima inoltre deve essere conseguita libera da pesi e condizioni che possano diminuire *vel in quantitate vel in tempore* i diritti del legittimario, *ex art. 549 c.c.*

A fronte di tali principi, qualora il testatore non li rispetti, il legislatore ha approntato a favore del legittimario diversi rimedi e regimi di tutela, modulati a seconda del tipo e dell'entità della lesione.

Il rimedio generale è quello dell'azione di riduzione di cui agli artt. 553 e ss. c.c. L'azione di riduzione, nel sistema codicistico, postula l'esercizio di un'azione giudiziale di accertamento costitutivo, diretta alla pronuncia di una sentenza che dichiari nei confronti del legittimario l'inefficacia delle disposizioni lesive, presupponendo quindi la validità delle stesse. L'azione di riduzione può avere efficacia retroattiva anche nei confronti dei terzi, alle condizioni stabilite per l'esercizio dell'azione di restituzione (artt. 561 e 563 c.c.). Tra le condizioni per l'esercizio dell'azione in esame vi è la necessità che il legittimario imputi alla sua porzione di legittima le donazioni (incluse le c.d. liberalità non donative *ex art. 809 c.c.*) ed i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato, fermo restando che ogni cosa che è esente da collazione è pure esente da imputazione (si veda *infra* «imputazione *ex se*»).

Un secondo tipo di rimedio è quello dell'inefficacia di tutti i pesi e le condizioni apposte alla legittima *ex art. 549 c.c.*: sono inefficaci, senza bisogno che il legittimario esperisca l'azione di riduzione, i pesi e le condizioni imposti sulla legittima. L'art. 549 c.c., espressione del principio di intangibilità della legittima, impedisce al testatore di imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari.

Si tratta di una tutela inversa a quella prevista dall'azione di riduzione¹⁸², poiché il divieto opera ogni volta in cui la lesione non è prodotta da una disposizione eccedente la quota di cui il defunto poteva disporre, bensì da una disposizione con cui si lede *vel in quantitate vel in tempore* il diritto del legittimario. A titolo esemplificativo, risulta compresa nel divieto anche l'imposizione a carico del legittimario del

¹⁸² L. MENGONI, *Op. cit.*, p. 89 e ss.

pagamento dei debiti ereditari in misura più che proporzionale rispetto alla legittima, tale per cui ne venga intaccato il valore netto della stessa. Costituiscono certamente un peso alla legittima anche le disposizioni che mirano a costituire vincoli di destinazione sui beni della medesima, come ad esempio la costituzione di fondo patrimoniale, di *trust* ovvero di destinazione per altri scopi *ex art. 2645-ter c.c.*

E' pure prevista un'ipotesi di nullità: l'art. 735 co. 1 c.c. dispone che la divisione nella quale il testatore non abbia compreso alcuno dei legittimari o degli eredi istituiti è nulla. La previsione normativa in esame distingue due diverse fattispecie: la prima in cui l'erede istituito (che ben potrebbe anche essere il legittimario) non viene compreso nella divisione e in tal caso la predetta sanzione si spiega perché è sempre nulla, per anomalia funzionale, la divisione alla quale non partecipi uno dei dividendi¹⁸³ e la seconda che riguarda il legittimario preterito, ovverosia il legittimario che risulti escluso non solo dalla divisione, ma anche dalla vocazione.

La disposizione di cui all'art. 735 c.c. è stata variamente interpretata. Secondo la tesi cd. formalistica¹⁸⁴ che si fonda sul dato letterale della norma la divisione sarebbe sempre nulla se con essa il testatore non provvede ad apporzionare per intero tutti gli eredi istituiti (ed i legittimari). In tal caso sarebbe colpita da nullità anche la divisione oggettivamente parziale perché inidonea ad assolvere in via unitaria la funzione distributiva tipica della divisione.

Secondo la tesi cd. sostanziale¹⁸⁵ invece, la nullità è disposta solo per il caso di preterizione effettiva (sostanziale) e non anche per quella apparente. La divisione, infatti, è nulla solo nel caso in cui vengano distribuiti tutti i beni del patrimonio del testatore, senza che ne residuino altri per apporzionare l'erede istituito o il legittimario preterito. Non è invece sanzionabile con la nullità l'ipotesi in cui il testatore abbia

¹⁸³ L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 105 ss.

¹⁸⁴ A. CICU, *Op. cit.*, p. 464

¹⁸⁵ L. MENGONI, *Op. cit.*, p. 105 e *Cass. 3599/1992*

pretermessi il legittimario od un altro erede istituito, lasciando però beni residui indivisi sufficienti a formare la porzione dello stesso.

Giova rammentare altresì che la giurisprudenza¹⁸⁶ sanziona con la nullità *ex art. 735 co. 1 c.c.* la divisione con cui il testatore stabilisce che un legittimario sia soddisfatto con una somma di denaro non compresa nel *relictum*. Infatti «*costituisce un risalente e consolidato orientamento di questa Corte che, per il principio di intangibilità della quota di legittima, i diritti del legittimario vanno soddisfatti con beni (o denaro) provenienti dall'asse ereditario, pur se senza l'osservanza di un criterio qualitativo, e che, a norma dell'art. 735 c.c., la clausola testamentaria, con la quale il testatore abbia disposto che le ragioni ereditarie di un riservatario siano soddisfatte dagli eredi con la corresponsione di una somma di denaro non compresa nel relictum, è conseguentemente nulla se si risolve in una preterizione del legittimario ed è ridicibile se ne abbia leso la quota di riserva*»¹⁸⁷.

Sempre con riferimento alle operazioni distributive della divisione merita una riflessione anche la possibilità di utilizzo del conguaglio, istituito tipicamente paradivisorio il cui utilizzo è però limitato in presenza di legittimari, in ragione della tutela qualitativa riconosciuta agli stessi.

Il conguaglio, previsto dall'art. 728 c.c. in tema di divisione ereditaria, è lo strumento per compensare l'eventuale ineguaglianza delle porzioni con una somma di denaro. Il testatore prevedendo un programma divisionale completo, può avvalersi di denaro non ereditario in tutti i casi in cui ciò si renda di ausilio alla assegnazione dei singoli cespiti secondo criteri di proporzionalità. Detto utilizzo, infatti, agevola la causa distributiva.

In presenza di legittimari è però discusso se esso possa essere utilizzato.

Secondo un orientamento¹⁸⁸ sarebbe ammissibile il conguaglio, ma non a favore di un legittimario in quanto esso non potrebbe formare la sua

¹⁸⁶ Cass. 13380/2005

¹⁸⁷ Cass. 13380/2005

¹⁸⁸ Cass. 3599/1992; Cass. 2560/1974

quota di riserva, non rappresentando una *pars bonorum*. Si è infatti affermato¹⁸⁹ che “*per il principio dell’intangibilità della quota di legittima i diritti del legittimario vanno soddisfatti con beni o danaro provenienti dall’asse ereditario; pertanto la divisione, in cui il testatore disponga che le ragioni ereditarie di un riservatario siano soddisfatte dagli eredi, tra cui è diviso l’asse ereditario, con la corresponsione di una somma di danaro non compresa nel relictum, è affetta da nullità, che può essere fatta valere dal legittimario pretermesso con l’azione di nullità di cui al 1° comma art. 735 c.c. contestualmente all’azione di riduzione (ed, in entrambi i casi, all’azione di divisione)*”.

La dottrina preferibile¹⁹⁰ e la giurisprudenza¹⁹¹ ritengono che il conguaglio sia ammissibile anche a composizione della quota di riserva di un legittimario, ma solo nei casi di stretta necessità. Infatti, il conguaglio, trattandosi di strumento paradivisorio, è il mezzo tecnico idoneo a compensare le disuguaglianze tra il valore dei beni attribuiti e il valore della quota di coeredità. Pertanto, tenuto conto che l’art. 549 c.c. non annovera tra i «pesi» la libera composizione della porzione del legittimario in sede di divisione, anche nei confronti del legittimario può trovare applicazione l’art. 728 c.c., a norma del quale l’ineguaglianza in natura delle quote ereditarie sia compensata con un equivalente in denaro¹⁹². Al riguardo la giurisprudenza ha statuito che «*i limiti posti dall’indisponibilità quantitativa della legittima non escludono, tuttavia, che il testatore, il quale proceda direttamente alla divisione dei beni ereditari, possa fare ricorso allo strumento del conguaglio in denaro per correggere le diseguaglianze in natura nelle quote ereditarie, che già si presentino all’atto della formazione del piano di ripartizione, ovvero per assicurare ai lotti il loro valore originario sino all’apertura della*

¹⁸⁹ Cass. 3599/1992

¹⁹⁰ L. MENGONI, *Op. cit.*, p. 103 e ss.

¹⁹¹ Cass. 13380/2005; Cass. 2107/1977; Cass. 5568/1981; Cass. 2117/1995; Cass. 4499/1996; Cass. 10306/1996

¹⁹² C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, in *Notariato*, 2, 2014, p. 131 ss

successione rispetto agli eventuali squilibri dovuti alla fluttuazione dei prezzi di mercato o ad altri non prevedibili eventi».

Quanto alla natura giuridica della disposizione che prevede il conguaglio, la sentenza sopra citata ha precisato che «*tale conguaglio, non potendo essere considerato né come assegnazione, perché non ha ad oggetto un bene ereditario, né come assegno divisionale, in quanto non costituisce norma per una futura divisione, integra un legato obbligatorio divisionis causa e si sostanzia in un diritto di credito nei confronti del coerede assegnatario della disponibile, che viene acquisito dal legatario direttamente all'atto dell'apertura della successione senza bisogno di accettazione e salva la facoltà di rinuncia*». Il conguaglio in senso tecnico, essendo infatti ricostruito come una disposizione con la quale il testatore obbliga uno dei coeredi a corrispondere, a fini perequativi, ad un altro coerede una somma di denaro non ereditaria, può considerarsi un legato (obbligatorio) con funzione divisoria, che attribuisce al legatario un mero diritto di credito. Trovando il legato la propria causa unicamente nel programma divisionale, qualora venga meno la divisione, anch'esso sarà privo di causa.

Dalle norme e regole sopra esposte emerge un sistema fortemente ancorato a principi che si possono ritenere ampiamente superati sia a fronti dei dati socio demografici sia a fronte del mutato sistema di valori del liberismo¹⁹³.

Il venir meno del modello di famiglia patriarcale e della corrispondente immagine della ricchezza patrimoniale ad esso connessa costituisce il senso del disagio verso un sistema che tutela soggetti come ad esempio gli ascendenti.

Al contempo i principi del liberismo e soprattutto l'aspirazione ad una più intensa certezza e stabilità degli atti disposti per favorire la circolazione della ricchezza diventano interessi a fronte dei quali il sentire comune ritiene oggi di poter sacrificare gli interessi della famiglia.

¹⁹³ G. AMADIO, *la successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 803 e ss.

La rigidità della successione necessaria ha indotto la dottrina italiana a ripensarne il fondamento e la giustificazione in un contesto in cui la solidarietà familiare dovrebbe piuttosto esprimersi in forme assistenziali (diritto di alimenti o al limite di mantenimento) come dal XIX secolo è avvenuto ad esempio in Inghilterra.

Si aggiunga poi che in un sistema giuridico economico come quello italiano connotato da una grande diffusione di piccole e medie imprese, la successione necessaria nei casi in cui nel patrimonio sia compreso un bene produttivo, ove attribuisce un patrimonio aziendale a soggetti non necessariamente competenti rischia di assolvere ad una funzione tutt'altro che sociale¹⁹⁴ o meritevole.

3.3.2 La successione necessaria in Francia

Si è già avuto modo di vedere che la Francia nel primo decennio del XXI secolo ha modificato in modo significativo il proprio regime successorio, modernizzando buona parte delle regole napoleoniche¹⁹⁵ che erano rimaste pressoché immutate dal 1804.

Con specifico riferimento ai legittimari, il legislatore francese è intervenuto su diversi fronti. Il primo riguarda la categoria dei legittimari, con l'introduzione del coniuge tra gli aventi diritto alla legittima ma con l'esclusione degli ascendenti. Sotto un altro punto di vista il legislatore ha scardinato il principio di eguaglianza in natura in sede di divisione, a favore dell'affermazione del diritto ad un mero valore economico. Inoltre il legislatore è intervenuto anche sul piano delle tutele del legittimario, modernizzando l'azione di riduzione rendendola disponibile anche prima della morte del disponente, introducendo una vistosa deroga al divieto del divieto dei patti successori, ma di tale aspetto si è già trattato nelle pagine che precedono.

¹⁹⁴ E. CALÒ, *la successione in diritto comparato*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013, p. 232

¹⁹⁵ In tale senso si esprime anche Clément, Ministro della Giustizia, nella discussione del progetto di legge (seduta del 13 giugno 2006).

Per quanto riguarda l'individuazione dei legittimari, la Francia ha escluso dal novero dei riservatari gli ascendenti. In tale scelta si manifesta un deciso cambio di prospettiva rispetto al modello di famiglia patriarcale assunta a modello dal *Code Civil*.

Con la legge n. 728 del 23 giugno 2006 poi è stata aggiornata la posizione del coniuge superstite che entra nella categoria dei riservatari poiché prima di tale momento i suoi diritti erano esclusi in presenza di ascendenti, a ulteriore conferma del modello patriarcale adottato dal legislatore napoleonico teso indubbiamente a favorire la circolazione della ricchezza all'interno della famiglia di origine¹⁹⁶.

Tra le novità più significative sul piano del diritto alla legittima si pone la riformulazione dell'art. 821 del *Code Civil* che prevede che «*l'égalité dans le partage est une égalité en valeur*». Viene così introdotta la regola dell'eguaglianza in valore delle quote in luogo del principio dell'eguaglianza in natura, per limitare le situazioni di conflittualità nelle comunioni ereditarie, consacrando la prevalenza dell'interesse economico alla circolazione dei beni rispetto all'interesse degli eredi che invece continua a connotare l'ordinamento giuridico italiano.

Da tale principio deriva poi la disciplina dell'attribuzione preferenziale dell'azienda caduta in successione, di cui all'art. 831 Cod. Civ. secondo cui «*Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants. S'il y a lieu, la demande d'attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux, sans préjudice de*

¹⁹⁶ D. TESSERA, *Successioni e liberalità: la riforma francese*, in *Nuova Giur. Civ. e Comm.*, 2007, p. 358 e ss.

l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d'une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers». Pare manifesto che tale articolo così modificato si fonda sull'esigenza di conservare l'unità economica del bene produttivo, non solo agricolo, ma anche commerciale, artigianale o industriale, accelerando il più possibile le operazioni divisionali.

Al fine poi di mitigare e limitare il contenzioso derivante dalle stesse, anche l'azione di rescissione è stata rivisitata. In caso di lesione oltre il quarto, la divisione rimane efficace, ma conformemente al principio di eguaglianza in valore delle quote, il condividente leso può chiedere un complemento per soddisfare i propri diritti e tale «conguaglio» dovrà essere corrisposto in denaro o in natura a seconda della scelta che effettueranno i coeredi (art. 889).

Sempre sotto il profilo divisionale, la Francia ammette sotto il profilo civilistico la divisione di masse plurime, ovverosia delle comunioni esistente tra i medesimi soggetti ma in dipendenza di titoli diversi¹⁹⁷.

Venendo invece al piano delle tutele del legittimario, il senso più profondo della riforma mi pare possa essere individuato, coerentemente all'affermazione del principio di eguaglianza delle quote in valore e non in natura, negli effetti della «nuova» azione di riduzione.

Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent. Le paiement de l'indemnité par l'héritier réservataire se fait en moins prenant et en priorité par voie d'imputation sur ses droits dans la réserve (art. 924 Cod Civil).

Viene così scardinato il principio della riduzione in natura delle liberalità eccedenti la quota disponibile e il riservatario che risulti reso potrà vantare solo un indennizzo fino a concorrenza del valore ad esso riservato dalla legge.

¹⁹⁷ In Italia le masse plurime sono ammesse, al ricorrere di determinati requisiti, solo dalla normativa fiscale di cui all'art. 34 del D.P.R 26 aprile 1986 n. 131.

L'azione di riduzione è poi disponibile anche prima della morte del disponente a mezzo di un patto successorio rinunziativo a testimonianza dello strettissimo collegamento tra successione necessaria e divieto dei patti successori quali primari responsabili delle limitazioni alla libertà negoziale in ordine alla gestione e pianificazione della successione.

3.4 L'esperienza inglese

3.4.1 Il *personal representative*

Si è avuto modo di anticipare nelle pagine precedenti che nei sistemi di *common law* è prevista una tecnica di trasmissione del patrimonio diversa da quella dei sistemi di tradizione romano germanica, poiché nel mondo anglosassone si assiste ad una trasmissione indiretta e differita ad opera del *personal representative*.

Mentre nei paesi di origine romanista lo scopo principale della successione per causa di morte è l'individuazione di un erede e successore universale, nell'ordinamento inglese tale esigenza non si è mai posta mancando completamente l'idea dell'eredità come un'entità creata per consentire la prosecuzione di tutti i rapporti del *de cuius* nel suo successore¹⁹⁴.

Nel diritto inglese invece è sempre stata avvertita l'esigenza di assicurare la trasmissione di tutte le attività e passività ad un esecutore poiché deve essere una persona terza e diversa dal destinatario finale dei beni colui che deve provvedere alla liquidazione di tutte le attività per la soddisfazione dei debiti lasciati dal defunto, eventualmente anche di quelli costituiti a mezzo del testamento.

Il *personal representative*, assimilabile all'erede solo per quanto attiene alla funzione di distribuzione e adempimento dei legati e soggetto passivo tenuto al pagamento dei debiti, può considerarsi come un «s sofisticato curatore e liquidatore del defunto, che opera in sua vece e come se, per l'appunto, ne fosse il rappresentante ma senza che vi sia una

¹⁹⁴ W.W. BUCKLAND – A.D. MCNAIR, *Roman law and common law*, p. 147

coommistione o un *absolute merging* tra la sua personalità e quella del *de cuius*»¹⁹⁵.

La funzione dell'esecutore di *common law* è dunque quella di amministrare il patrimonio per una profittevole gestione e liquidazione dello stesso.

Non è quindi difficile pensare ad un accostamento tra la sua funzione e quella del *trustee* proprio come affermato nel celebre caso *Farr v. Newman (1972)*¹⁹⁶ ove il giudice Ashurst afferma che «*I shall next consider what the nature of the property is which an executor has in the assets of the testator; and I apprehend it clearly not to be an absolute, but a qualified, property; he has it only under a trust to apply it for payment of the testator's debts, and such other purposes as he ought to fulfil in the course of his office as executor*».

Infatti, l'esecutore è il soggetto al quale tutti i creditori si rivolgono per ottenere la soddisfazione dei propri debiti e solo una volta terminata la fase di liquidazione il *personal representative* potrà trasferire ai beneficiari designati i residui beni.

L'accostamento all'istituto del *trust* può cogliersi anche sotto il profilo degli effetti patrimoniali della devoluzione dei beni all'esecutore. Non si verifica alcuna confusione tra il patrimonio del *personal representative* e quello del *de cuius*, così come l'esecutore non può disporre per testamento dei beni che deve amministrare poiché egli assolve ad un ufficio di diritto privato.

Infatti, la funzione del *personal representative* si compone di due fasi distinte tra loro. La prima fase di accertamento del patrimonio, gestione e liquidazione dei beni per il soddisfacimento dei debiti è soggetta al controllo della *Court of Probate* mentre la seconda fase è solo eventuale e riguarda la distribuzione ed il trasferimento dei beni ai beneficiari.

Il *personal representative* può ben essere nominato dal disponente nel testamento e tradizionalmente esso è il *solicitor* o il consulente del

¹⁹⁵ A. MIRANDA, *op. cit.*, p. 409

¹⁹⁶ La sentenza è reperibile nella banca dati Heinoline.

testatore, può essere anche un ente come un *trust corporation*. Ove l'indicazione dell'esecutore contenuta nel testamento sia impugnata ovvero manchi, sarà la corte a provvedere alla nomina dell'esecutore.

La fase del *Probate* è la fase di controllo pubblicistico a mezzo della quale la Corte procede alla omologazione del testamento mediante l'emissione del *Grant of probate* che fa fede e prova della validità del testamento e delle sue disposizioni. E' in questa fase che viene confermata la nomina del *personal representative* contenuta nel testamento ovvero, in mancanza, si procede alla nomina dell'*administrator*. L'investitura del *personal representative* tuttavia si considera efficace sin dal momento della morte del defunto poiché il *Grant of Probate* certifica e garantisce solo la nomina di tale esecutore che invece si considera *vested* nel patrimonio del testatore sin dal momento di apertura della successione.

Le funzioni ed i poteri dell'esecutore, già disciplinati dall'*Administration of Estate Act 1925* e dal *Trustee Act 1925*, possono riassumersi nell'affermazione che l'esecutore è tenuto ad adempiere alla propria funzione con la massima prudenza e abilità, in qualunque fase del proprio incarico¹⁹⁷. Infatti l'opera di costui è finalizzata a mantenere quanto più integro possibile il patrimonio, potendo e dovendo però gestirlo con la massima diligenza per renderlo eventualmente maggiormente profittevole al fine del soddisfacimenti di tutti i creditori.

All'esecutore non vengono imposti dei termini entro cui effettuare la liquidazione essendo piuttosto importanti i metodi ed i risultati raggiunti. Una volta che il patrimonio del defunto è stato liquidato per far fronte a tutte le passività e ai debiti, il *personal representative* può eseguire le disposizioni di ultima volontà del defunto mediante la distribuzione del patrimonio ai beneficiari delle disposizioni. In questa fase l'esecutore è tenuto a effettuare con la massima diligenza le ricerche necessarie per trovare i singoli destinatari per poter poi trasferire loro i beni residui e procedere così alla distribuzione del patrimonio ai beneficiari.

¹⁹⁷ M. PALLICCIA, *Testamento e Probate*, p. 28

Come sottolineato da autorevole dottrina¹⁹⁸ il diritto dei beneficiari delle disposizioni testamentarie potrà essere soddisfatto solo se, dopo il pagamento dei debiti, residuo delle sostanze ereditarie. Il diritto di tali soggetti designati dal testatore si perfeziona dunque non già all'apertura della successione, ma solo all'esito della fase di liquidazione di cui responsabile e titolare è il *personal representative*.

Ai beneficiari devono essere trasferiti i beni residui e ciò potrà avvenire solo quando si perfeziona il titolo del beneficiario a mezzo della dichiarazione di assenso dell'esecutore che attesta che la fase di liquidazione è ultimata e che è divenuto possibile attribuire i beni ai beneficiari dichiarando che *the property is no longer needed for the purposes of administration*.

3.4.2 La libertà testamentaria e la successione necessaria

E' affermazione ricorrente quella per cui «*in English law a person has complete freedom of testation to dispose of his assets as he chooses by will*».

L'Inghilterra è il Paese in cui «da sempre» si è riconosciuta una libertà e autonomia privata estremamente ampia anche in ambito testamentario. Ciascun individuo gode di una libertà assoluta di disporre delle proprie sostanze come meglio crede e l'assoluto primato della successione testamentaria rispetto a quella legittima risponde alla logica che la volontà dell'uomo è sempre e comunque preferibile a quella della legge.

Il riconoscimento alla totale assolutezza della libertà di testare è confermato, a livello legislativo, sin dal *Wills Act 1837* e successivamente ribadito dall' *Inheritance (Family Provision) Act 1938*, come modificato nel 1975.

Nell'ordinamento anglosassone infatti gli unici limiti alla libertà di disporre a favore di chi si voglia esistono non già nel senso del riconoscimento di una quota di eredità a determinati soggetti uniti da

¹⁹⁸ A. MELLOWS, *The Law of Succession*, p. 513

vincolo familiare al *de cuius*. Le limitazioni alla volontà del defunto possono semmai derivare dal potere discrezionale di intervento riconosciuto al giudice che può decidere di tutelare taluni soggetti indigenti che erano conviventi con il *de cuius*.

La regola contenuta nel *Will Act*¹⁹⁹ è quella secondo cui è legittimo per chiunque disporre dei propri beni a favore di chi si voglia e infatti il Parlamento ha lasciato al giudizio discrezionale e insindacabile del giudice la scelta di destinare determinate sostanze, la misura delle stesse ovvero, preferibilmente, un diritto di natura alimentare a favore di soggetti bisognosi che erano tutelati dal defunto quando questi era in vita.

In Inghilterra dunque il testatore ha una massima libertà di testare poiché nessuna quota del suo patrimonio deve essere destinata al coniuge o ai figli, potendo ben questi ultimi essere esclusi dal patrimonio ereditario mediante una diseredazione cd. «secca»²⁰⁰.

¹⁹⁹ Cfr. *Section 3*: «*It shall be lawful for every person do devise, bequeath, or dispose of, by his will ... all real estate, and all personal estate which he shall be entitled to, either at law or in equity, at the time of his death*».

²⁰⁰ Si rammenta al proposito invece il ben più lungo e tortuoso iter italiano sulla ammissibilità della diseredazione quale disposizione meramente negativa di esclusione dalla successione di un successibile ex lege, ovviamente diverso da un legittimario. Si veda al proposito la recente Cass. Civ. 8352/2012 che per la prima volta ha ammesso e riconosciuto valida la disposizione meramente negativa affermando che: «*La clausola di diseredazione integra un atto dispositivo delle sostanze del testatore, costituendo espressione di un Regolamento di rapporti patrimoniali, che può includersi nel contenuto tipico del testamento: il testatore, sottraendo dal quadro dei successibili ex lege il diseredato e restringendo la successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione post mortem del proprio patrimonio. Il "disporre" di cui all'art. 587 c.c., comma 1, può dunque includere, non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva. [...]. D'altronde, il nostro legislatore ha concepito disposizioni di contenuto certamente patrimoniale, che non implicano attribuzioni in senso tecnico e che possono genericamente farsi rientrare nella nozione di "atto dispositivo" del proprio patrimonio ex art. 587 co. 1 c.c., avendo utilizzato il termine "disposizione" nel senso riferito in questa sede (in materia di dispensa da collazione, di assegno divisionale semplice, di onere testamentario, di ripartizione dei debiti ereditari, di disposizione contraria alla costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia, di disposizione a favore dell'anima e di divieti testamentari di divisione). [...] In conclusione, [...] è valida la clausola del testamento con la*

Infatti, come già ricordato nelle pagine che precedono nel caso *Banks v Goodfellow* (1870), il testatore è libero di esprimere la sua volontà testamentaria come preferisce perché per quanto in certi casi il capriccio, la passione o la forza dei legami, gli espedienti o l'influenza maligna possano condurre ad assumere decisioni diverse da quelle che sarebbe invece logico attendersi, i sentimenti e gli affetti dell'essere umano sono sufficientemente solidi da consentire di poter confidare nella capacità del soggetto di esprimere la volontà per il tempo successivo alla morte e tale libertà costituisce un valore migliore di quanto si potrebbe ottenere attraverso regole leali rigide e prefissate.

Tale celebre sentenza, insieme ad un altro caso del XIX secolo (*Hardwood v Bakes* 1840) esprime il valore tipico della cultura anglosassone per la libertà privata dell'individuo che nell'ambito del testamento è meritevole di tutela anche quando diventi capricciosa essendo sempre insindacabili i motivi delle disposizioni.

Tuttavia se l'assoluta libertà testamentaria anche a scapito dei familiari legati dai più stretti vincoli pur se può sembrare una consuetudine millenaria per l'Inghilterra, essa a dire il vero è formalizzata nel *Dower Act* solo a partire dal 1833. Tale libertà è l'esito di un lungo processo che ha portato al progressivo affievolimento di una certa tutela esistente a favore di determinati soggetti e principalmente del maggiorascato.

E' infatti solo dalla prima metà del Diciannovesimo²⁰¹ secolo che si afferma in Inghilterra una libertà assoluta e piena di diseredare figli e coniuge, in corrispondenza della definitiva scomparsa del sistema feudale e dell'affermazione dei principi individualistici del *laissez faire*²⁰² diventati uno dei connotati peculiari *del common law* inglese.

quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili".

²⁰¹ Per una precisa ricostruzione storica della libertà testamentaria in Inghilterra con riferimento alle differenti *properties* si veda A. MIRANDA, *Op. cit.*, p. 18 e ss.

²⁰² A. ZOPPINI, *Op. cit.*, p. 76

Sebbene le origini storiche non siano oggetto di indagine del presente lavoro per ragioni di economia, è bene però ricordare che in Inghilterra per molto tempo una parte delle proprietà e precisamente la *real property* era sottratta dalla devoluzione testamentaria perché necessariamente destinata al primogenito.

Fu l'utilizzo di strumenti alternativi al testamento come il *trust* ed i *marriage settlements* a consentire la devoluzione della *real property* a soggetti determinati dal titolare e diversi dal primogenito.

Se la reazione al principio della tutela del maggiorascato fu in un primo momento una assoluta libertà testamentaria, in un secondo momento si arrivò ad accordare a determinati soggetti una *reasonable share* del patrimonio.

A favore del coniuge e dei figli minori di anni ventuno poteva essere riconosciuto dalle corti un diritto alimentare determinato sia nell'*an* che nel *quantum* discrezionalmente dalle corti.

Con la riforma del 1975 sconfinata nell' *Inheritance Act* si è provveduto ad ampliare la categoria dei potenziali aventi diritto a tali diritti di natura alimentare consentendo che vengano riconosciuti anche a tutti quei soggetti che erano già a carico del defunto, indipendentemente dal legame di parentela o affinità con lo stesso.

Per quanto riguarda la posizione del coniuge, questi può aver diritto ad una prestazione più ampia degli alimenti, ovvero ad un vero e proprio mantenimento. Ma è sempre in facoltà della corte attribuire al coniuge una diversa prestazione, secondo un criterio discrezionale e di ragionevolezza.

La materia della successione intestata invece è stata oggetto di una recente riforma legislativa: l'*Inheritance and Trustees' Powers Act 2014* entrato in vigore il primo ottobre del 2014.

Con particolare riferimento alla successione legittima è stata infatti modificata la posizione del coniuge superstite e del partner civile, che rimane però il privilegiato nelle regole della delazione intestata. La nuova legge ha previsto che se unico sopravvissuto al defunto è il coniuge questi subentra nell'intero patrimonio residuo (*If the intestate leaves no issue: the residuary estate shall be held in trust for the surviving spouse or civil*

partner absolutely); mentre se ci sono altri eredi legittimi, il coniuge superstite o il partner hanno diritto alla quota di un mezzo del patrimonio residuo, in luogo della quota di un mezzo di un *life interest* come avveniva prima del primo ottobre 2014, oltre ai legati dei *personal chattels* e dello *statutory legacy*. Significativa a tal proposito è la nuova definizione di *personal chattels*, poiché è destinata a coprire *all tangible moveable property* fatta eccezione per *property which consists of money or security for money, or property that, at the death of the intestate, was used solely or mainly for business purposes or was held solely as investment*.

Per quanto riguarda la *statutory legacy* (si tratta di una somma di denaro riconosciuta al coniuge) essa rimane fissata in 250,000 sterline ma dovrà essere indicizzata e aggiornata al tasso di interessi determinato periodicamente dalla Bank of England dalla data del decesso.

3.4.3 Il diritto delle successioni e il trust

Il *trust* è nell'ordinamento del *common law* inglese il principale strumento di trasmissione della ricchezza alternativo al testamento.

Esso è stato apprezzato e definito come lo strumento maggiormente utilizzabile per la pianificazione della successione²⁰³ perché alla «forza organizzativa del trust», che consente una pianificazione di interessi futuri a mezzo dell'affidamento fiduciario ad una terza persona di fiducia, si deve aggiungere la flessibilità propria del diritto di proprietà di *common law*.

L'utilizzo del *trust* quale strumento alternativo al testamento deriva, in parte, anche dalla circostanza che la procedura del *Probate* non si estende ai beni in trust. Infatti, i beni in trust costituiscono un assetto di diritti e interessi usciti dal patrimonio del *settlor* e come tali non sono destinati a rientrare in gioco.

Tale affermazione merita però una precisazione. Quando la Corte è chiamata a verificare l'ammontare del patrimonio ed eventualmente a riconoscere una *reasonable share* a determinati soggetti, tiene in considerazione anche di eventuali donazioni e alienazione a prezzo vile

²⁰³ A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto*, IV ed., s sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, p. 449 e ss.

effettuate negli ultimi sei anni di vita del defunto se poste in essere con finalità elusive delle *Family Provisions*.

Allo stesso modo vengono considerati i trust disposti con evidenti finalità elusive della successione per sottrarre non solo beni alla successione ma anche e soprattutto per evitare la fase di omologazione del testamento.

Tuttavia, nella costituzione di trust, tende a prevalere la salvezza del trust perché sin dal momento della sua costituzione si costituisce un *equitable interest* immediatamente a favore di chi potrà godere della prestazione dopo la morte del disponente.

Nei sistemi di *common law* certamente il *trust* svolge un'importante funzione di strumento alternativo alla devoluzione testamentaria.

Tuttavia, rispetto alla funzione che si è abituati a prendere in considerazione nei sistemi di *civil law* ove, con particolare riferimento all'Italia, si deve pur sempre fare i conti con alcuni divieti come, ad esempio, il divieto di donazione di beni futuri ovvero del mandato post mortem, l'utilizzo del trust in *common law* è ovviamente «pieno» e consente al disponente di realizzare un più articolato assetto di interessi affidando la gestione dei beni ad un soggetto terzo di fiducia.

In *common law*, non essendovi alcun problema poi di tutela dei legittimari, né tantomeno di tutela reale, il *trust* non può mai costituire un peso sulla legittima né dare luogo a una compressione del valore dei beni della legittima, tale da giustificare l'azione di riduzione.

In Inghilterra, mancando una tutela dei legittimari intesa nel senso della successione necessaria come disciplinata in Italia o in Francia prima delle recenti riforme, non si pone nemmeno il problema del divieto dei patti successori, se non nei termini dei *contracts to make a will or not to revoke a will*, a riprova della stretta interdipendenza anche funzionale del divieto dei patti successori con la tutela dei legittimari.

Orbene, l'assoluta libertà di testare non pone al giurista inglese tutti i problemi e le esigenze che l'interprete di un sistema romanista

solitamente si pone dinnanzi alla successione di un soggetto che lascia dopo di sé dei legittimari.

Tale libertà di testare può semmai porre altri tipi di criticità come osservato nella dottrina della *undue influence* e *testamentary capacity* e in generale dal contenzioso sui requisiti formali del testamento²⁰⁴.

La totale estraneità agli ordinamenti di common law del tema dei limiti alla libertà testamentaria rende pertanto superfluo ogni tipo di indagine sulla ricerca di strumenti alternativi al testamento secondo la metodologia e l'approccio che invece connota il giurista di *civil law*. Ai fini del presente lavoro e in particolare per quanto concerne il problema del rapporto causale tra la successione a causa di morte e gli strumenti alternativi del testamento in ambito successorio, la materia del trust anglosassone, pur interessantissima ai fini delle modalità di esplicazione della autonomia privata, non pare essere particolarmente significativa. Eppure l'esperienza inglese ai fini del presente lavoro si colloca pur sempre però come un importante momento di riflessione su un ordinamento caratterizzato da un sistema valoriale diametralmente opposto a quello italiano.

²⁰⁴ Sul punto si veda E. CALÒ, *Op. cit.* p. 216

Capitolo 4

Soluzioni societarie e segregazioni patrimoniali quali strumenti alternativi al testamento. Le strade italiane e le soluzioni straniere per uno studio sulla causa degli spostamenti di ricchezza con finalità successorie

4.1 Premessa. Diritto delle successioni e diritto commerciale

Il diritto delle successioni e il diritto commerciale sono per funzioni e finalità ambiti del diritto civile diametralmente opposti²⁰⁵. Il primo si propone di regolare una vicenda inevitabile, la morte della persona fisica, e generalmente le regole di disciplina della vicenda successoria sono ispirate ai principi di equità e solidarietà che determinano una distribuzione e frammentazione del patrimonio a seconda dei gradi di prossimità dei chiamati all'eredità rispetto al defunto.

Il diritto commerciale, ispirato ai principi teocratici, vede invece confluire la ricchezza dei soci, a mezzo principalmente dei conferimenti, in un unico patrimonio al fine dell'esercizio in comune dell'attività economica sotto la veste di un nuovo e diverso soggetto di diritto, la società²⁰⁶. Da questo punto di vista pare corretto affermare che il diritto societario aspira ad una concentrazione delle risorse e, in questo senso, *the company law is a law of consolidation, of unification*²⁰⁷.

La morte del socio si presta a generare invece conflitti endosocietari nella misura in cui gli eredi predestinati non siano graditi alla compagine sociale ovvero in ragione del fatto che più siano gli eredi destinati a

²⁰⁵ S. KALSS, *Op. cit.*, p. 1

²⁰⁶ Sulla nozione del contratto di società in Italia si vedano, *ex multis*, F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1992, p. 59 e G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Campobasso, vol.1, 2009, p. 59

²⁰⁷ S. KALSS, *Op. cit.*, p. 1

subentrare nella posizione del defunto, onde può derivare una conflittualità sia tra gli eredi che tra i soci superstiti, ovvero tra gli uni contro gli altri. Si consideri poi che il socio imprenditore potrebbe avere l'aspirazione che l'attività di impresa prosegua intatta e vorrebbe che la partecipazione rimanesse concentrata nelle mani di un solo erede; al contempo la prospettiva e le ambizioni degli (altri) eredi potrebbero ostacolare questo piano e ricorrere alle tutele successorie che molti degli ordinamenti riconoscono.

Il presente lavoro si propone di indagare qual è il punto di equilibrio tra le tutele proprie del diritto delle successioni e le esigenze, anch'esse garantite e tutelate, del diritto commerciale.

Rispetto al diritto civile, il diritto commerciale si muove su binari molto più liberi e veloci perché in definitiva il principio ispiratore è il principio teocratico.

Di fronte ad esso cadono molte delle pretese che le minoranze potrebbero far valere, mentre i principi inderogabili della materia, con riferimento al profilo organizzativo della compagine societaria, potrebbero con certezza individuarsi nel divieto del patto leonino (art. 2265 Cod. Civ.), nel principio generale di parità di trattamento e nel principio maggioritario, senza dubbio espressione della stessa teocrazia che costituisce il fondamento del diritto societario.

Nel corso delle pagine che seguono si offrirà una visione d'insieme sulle possibili soluzioni negoziali e societarie alternative al testamento.

4.2 Uno sguardo sui possibili strumenti societari alternativi al testamento nell'ordinamento italiano

4.2.1 Segue: circolazione delle partecipazioni nelle società di persone

L'art. 2284 Cod. Civ. in tema di morte del socio nella società semplice stabilisce che se non è stato diversamente disposto nel contratto sociale, alla morte di uno dei soci gli altri devono liquidare la sua quota, salvo che preferiscano, alternativamente, sciogliere la società o continuarla con gli eredi e questi vi acconsentano.

La predetta norma è applicabile alla società in nome collettivo ai sensi del combinato disposto degli artt. 2293 - 2284 Cod. Civ. e al socio accomandatario di società in accomandita semplice ai sensi del combinato disposto degli artt. 2315, 2293 e 2284 Cod. Civ.

La centralità della persona del socio all'interno di tali enti trova puntuale conferma nell'art. 2284 Cod. Civ., il cui tenore letterale ha portato la dottrina²⁰⁸ ad affermare che la partecipazione sociale non è liberamente trasmissibile *mortis causa*. Conseguentemente parte della dottrina²⁰⁹ e la giurisprudenza²¹⁰ hanno concluso che l'unico diritto trasmissibile è il diritto alla liquidazione della quota, poiché la qualità di socio, strettamente connessa alla persona, non si può considerare suscettibile di essere trasmessa *iure successionis*. Gli eredi del socio defunto quindi acquistano *hoc ipso* un diritto di credito ad una somma rappresentativa del valore della quota.

Esula invece dalla fonte testamentaria e dal potere dispositivo del testatore l'accordo *inter vivos* tra i soci superstiti e i successori del socio defunto, stipulato al fine di continuare l'attività d'impresa nella società²¹¹.

Venendo alle clausole che invece i soci possono predisporre in deroga alla disciplina dispositiva di cui all'art. 2284 Cod. Civ. vi è da dire che esse, salvo quanto si dirà a breve sui loro rapporti con il divieto del patto successorio, sono da taluni considerate delle pattuizioni dalle quali possono dipendere delle attribuzioni *transmorte*²¹².

Il negozio *transmorte* è stato definito come il negozio che «presenta un congegno atto ad assicurare il verificarsi degli effetti attraverso la sussistenza di interessi protetti dalla legge in capo ai sopravvissuti e che si presta ad essere bloccato prima dell'avvento della morte di colui ce vi ha dato origine per verificare le attitudini dell'altra parte a gestire gli effetti

²⁰⁸ G. CAPOZZI, Op. cit., p. 56 e ss.

²⁰⁹ G. CAMPOBASSO, Op. cit., p. 116 e ss.

²¹⁰ Cass. Civ. 8 ottobre 1970 n. 1850

²¹¹ Cass. Civ. 3104/1972

²¹² A. PALAZZO, Op. cit., p. 477

del Regolamento contrattuale»²¹³.

Tale congegno, a parere della medesima dottrina, viene rinvenuto nel contratto sociale delle società personali, con le limitate eccezioni per la società in accomandita semplice, ove la legge, prevedendo il consenso di tutti i soci per le modificazioni dello stesso, consente che sia il medesimo contratto a stabilire che dalla mancanza delle qualità personali dell'erede discenda lo scioglimento del rapporto, pur consentendo che l'erede che abbia le qualità apprezzate dai soci superstiti possa proseguire con loro il rapporto sociale, ma in quest'ultimo caso deve concorrere il consenso di tutti.

Si può dire che le clausole derogatorie alla disciplina standard di cui all'art. 2284 Cod. Civ. nascono per rispondere essenzialmente a opposte esigenze ora ascrivibili all'interesse dell'erede, ora all'interesse dei soci superstiti e ora ai diritti patrimoniali degli uni e degli altri.

L'interesse dell'erede può essere quello di non subentrare in un tipo sociale che lo espone alla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali. Contrapposto a tale interesse vi è quello dei soci superstiti di non condividere il rischio dell'impresa con soggetti che per qualità personali non sono reputati idonei. Infine i primi hanno interesse, ove non decidano di continuare la società, di ottenere la liquidazione del valore della partecipazione del socio defunto, mentre, evidentemente i secondi hanno interesse a non veder diminuire il patrimonio sociale.

A seconda dell'interesse sottostante, sono state proposte differenti clausole derogatorie alla disciplina base dell'art. 2284 Cod. Civ. che generalmente vengono dalla dottrina così classificate²¹⁴:

(i) clausola di consolidazione (o di accrescimento). Essa prevede l'automatico accrescimento ai soci superstiti della quota del socio defunto

²¹³ A. PALAZZO, *Op. cit.*, p. 477

²¹⁴ La classificazione quella proposta da L. GENGHINI e P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, Padova, 2012 p. 317 e ss. Ma sulle clausole si vedano in particolare DI SABATO, *Op. cit.* p. 129; FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, p. 283 e ss e G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1987, p. 141 e ss., nonché R. RORDORE, *Trasmissione agli eredi di quote sociali*, nota a Trib. Milano 17 aprile 1989

ed è conosciuta nella forma cd. impura quando è previsto l'obbligo di liquidazione degli eredi da parte dei soci superstiti e cd. pura quando non vi è alcun obbligo di liquidazione da parte dei soci superstiti;

(ii) clausola di liquidazione obbligatoria: la società si assume l'obbligo di liquidare la quota del socio superstite, escludendo *ab initio* la possibile continuazione dell'attività con gli eredi. Essa riproduce pedissequamente l'art. 2284 Cod. Civ. e pertanto alla morte del socio, gli altri soci dovranno liquidare l'eredità, onde i dubbi sulla sua utilità. Si badi che differentemente dalle clausole di consolidazione ove la liquidazione è posta a carico dei soci, nella presente clausola la liquidazione graverà sui soci superstiti;

(iii) clausola di scioglimento automatico: i soci optano in via anticipata per una delle possibilità previste dall'art. 2284 Cod. Civ., ovvero lo scioglimento della società. In questo caso l'eredità concorre con i soci superstiti al risultato della liquidazione della società;

(iv) clausola di continuazione facoltativa: il contratto sociale prevede che i soci superstiti (e solo loro) siano obbligati nei confronti degli eredi a permettere il sub ingresso degli stessi, i quali invece rimangono liberi di aderire alla società continuandola con i soci superstiti o di richiedere la liquidazione della quota²¹⁵. Nel caso in cui gli eredi decidono di continuare la società essi vi entreranno non già in forza di una devoluzione *mortis causa* della quota, ma per effetto della stipula di un atto *inter vivos* con i soci superstiti;

(v) clausola di continuazione obbligatoria: essa riconosce ai soci superstiti il diritto (potestativo) di continuare la società con gli eredi²¹⁶ i quali, in forza della clausola, sono pure obbligati a proseguire la società; diversamente saranno responsabili del risarcimento del danno da loro provocato con la mancata adesione al contratto sociale. La natura del risarcimento è spiegata per il debito del defunto derivante dalla promessa

²¹⁵ G. CAMPOBASSO, Op. cit., p. 112

²¹⁶ G. FERRI, *Le società – sub. Art. 2284*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1968, p. 276

del fatto del terzo da questi fatta ai soci nel contratto di società²¹⁷;

(vi) clausola di continuazione automatica: è previsto l'automatico subentro degli eredi nella posizione sociale del *de cuius*, per effetto della sola accettazione dell'eredità. Tale clausola renderebbe liberamente trasmissibile *mortis causa* la quota sociale perché l'unico atto richiesto sarebbe l'accettazione dell'eredità da parte dell'erede²¹⁸.

Non tutte tali clausole sono però ritenute ammissibili dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Esemplificando i risultati cui si è pervenuti, è possibile affermare che sono perlopiù ritenute certamente invalide per violazione del divieto dei patti successori le clausole di consolidazione pura. Esse, infatti, non prevedendo alcuna forma di remunerazione a favore degli eredi, sono ritenute nulle perché disposte in spregio al divieto dei patti successori²¹⁹. Alle stesse conclusioni si giunge in tutti i casi in cui all'erede venga riconosciuta una attribuzione equivalente al mero valore nominale o comunque palesemente inferiore al valore effettivo della quota.

Il problema centrale di tali clausole è quello di spiegare in che modo la quota del socio defunto possa accrescersi alle partecipazioni sociali dei soci superstiti.

Viene all'uopo in evidenza non tanto l'istituto dell'accrescimento, quanto il rapporto con il cd. *Pacte de Tontine*²²⁰ e in definitiva con il divieto dei patti successori istitutivi. La giurisprudenza sul punto si esprime in maniera costante affermando che «La clausola di consolidazione, senza attribuzioni agli eredi del socio defunto o con liquidazione della sola quota di capitale, è nulla per contrarietà al divieto di pattuizioni tontinarie, salvo che emergano particolari ragioni che giustificano l'accrescimento o non sussista un divario eccessivo tra il valore della quota di capitale e quello della quota di patrimonio²²¹», o

²¹⁷ G. FERRI, *Op. cit.*, p. 276

²¹⁸ Si vedano in questo senso le pronunce di Cass. Civ. 27 aprile 1968 n. 1311; Cass. Civ. 16 luglio 1976 n. 2815 e Cass. Civ. 27 aprile 1968 n. 1311

²¹⁹ G.C. RIVOLTA, *Op. cit.*

²²⁰ F. P. TRAISCI, *Op. cit.*, p. 129

²²¹ Trib. Vercelli, 19-11-1992

ancora che «E' nullo, per contrarietà all'ordine pubblico, il patto (sociale o associativo) con il quale le parti dispongono che la rispettiva quota di capitale (o di patrimonio) messa in comune si accresca ai superstiti, nel caso di premorienza di una di esse».

Dunque, per affermazione costante²²², la clausola con cui si dispone che, alla morte di uno dei soci, le quote di questi si trasferiscano ai soci superstiti, senza che sia prevista l'attribuzione di alcunché ai successori per legge o testamento, è nulla per contrarietà al divieto dei patti successori. La stessa clausola però, in presenza di riscatto e quindi ove venga riconosciuto il diritto di liquidazione viene però dai più, giurisprudenza inclusa, ritenuta ammissibile. Sulle ragioni di tale differenza di trattamento si tornerà infra nel paragrafo 4.2.3 ove si indagherà più a fondo sulla correttezza di quanto sopra affermato circa la nullità delle clausole di consolidazione per violazione del divieto del patto successorio.

Con riferimento alle clausole di continuazione obbligatoria e automatica il panorama dottrinale e giurisprudenziale è ancora molto incerto, anche se si riscontra una certa tendenza ad ammetterne la loro validità.

Sul punto si segnala che una parte della dottrina²²³ seguita dalla prassi notarile ritiene valide le clausole di continuazione obbligatoria e invalide quelle di continuazione automatica, mentre di diverso avviso è la giurisprudenza²²⁴ e altra parte della dottrina²²⁵, che le ammette entrambe, postulando²²⁶ «la trasmissibilità a causa di morte della quota del de cuius».

Regola diametralmente opposta rispetto a quella sopra citata vale per il socio accomandante, la cui partecipazione è assimilabile a quella in una società di capitali e quindi è liberamente trasferibile. Ciò trova puntuale conferma nell'art. 2322 Cod. Civ. il quale stabilisce che la quota del socio accomandante, unitamente alla sua qualità di socio, è

²²² Cass. Civ. 16 aprile 1975 n. 1434

²²³ G.F. CAMPOBASSO, Op. cit.

²²⁴ Cass. 16 luglio 1976 n. 2815

²²⁵ G. COTTINO, *Diritto commerciale*, t. 2, Padova, 1994, p. 235 e ss.

²²⁶ Cass. Civ. 19 giugno 2013 n. 15395

trasmissibile per causa di morte.

4.2.2. Segue: la circolazione delle partecipazioni nelle società di capitali

Le partecipazioni in società di capitali sono liberamente trasmissibili *mortis causa*²²⁷, fermi restando gli adempimenti formali che il successore deve compiere per legittimarsi nei confronti della società, al fine di poter esercitare i diritti amministrativi e patrimoniali. Non fanno eccezione alla predetta regola nemmeno le partecipazioni dell'accomandatario di società in accomandita per azioni, argomentando a contrario dall'art. 2355 co. 3 Cod. Civ. (circolazione delle azioni), alle stesse applicabile in forza del rinvio alle norme della società per azioni operato dall'art. 2454 Cod. Civ. (Norme applicabili).

Il regime di libera circolazione può tuttavia essere precluso in presenza di limiti convenzionali che possono essere contenuti in patti parasociali, e come tali vincolanti solo tra i paciscenti, ovvero nello statuto. In tale ultimo caso le limitazioni assumono efficacia reale²²⁸ nel senso che i vincoli in esso contenuti vincolano tutti i soci, anche quelli futuri e i trasferimenti avvenuti in violazione di tali clausole sono nei confronti della società inefficaci.

In tema di società per azioni, e quindi anche di società in accomandita per azioni, l'art. 2355-bis co. 3 Cod. Civ. (limiti alla circolazione delle azioni), richiamando il secondo comma del medesimo articolo, consente di sottoporre a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, purché siano previsti i medesimi correttivi richiesti per l'introduzione della clausola di mero gradimento nei trasferimenti *inter vivos* delle azioni e cioè: (i) l'obbligo di acquisto a carico della società o degli altri soci; (ii) il diritto di recesso dell'alienante (*rectius*, diritto alla liquidazione).

²²⁷ G.F. CAMPOBASSO, *Op. cit.*, p. 239; M. NOTARI, *Le società azionarie: Disposizioni generali. Conferimenti. Azioni*, in *Diritto delle Società. Manuale breve*, Milano, 2004 p. 117

²²⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Op. cit.*, p. 240

Il regime di circolazione delle azioni pertanto è il seguente: nel silenzio dello statuto, le azioni sono liberamente trasmissibili *mortis causa*; ove invece siano previste clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento, ma questo non viene in concreto impedito il successore acquista direttamente le azioni e la relativa qualità di socio; diversamente, ove in concreto il trasferimento venga impedito (gradimento non concesso o prelazione esercitata), muta l'oggetto della successione, che consisterà in una somma di denaro corrispondente al valore della partecipazione, da determinarsi secondo criteri oggettivi ovvero sia quelli previsti per il recesso (art. 2437-ter Cod. Civ.). Qualora sia previsto il divieto di trasferimento *mortis causa* delle azioni (ove ritenuto ammissibile), opererà necessariamente il correttivo di cui in precedenza e la liquidazione delle azioni agli eredi verrà effettuata dalla società.

Si è anticipato che è discusso se si possa prevedere il divieto di trasferimento delle azioni *mortis causa*. Ciò deriva dal tenore letterale dell'art. 2355 bis Cod. Civ. che si riferisce alla sola ipotesi di clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento.

A seguito della Riforma del diritto societario la dottrina prevalente²²⁹ pare però essersi attestata nel senso positivo, a patto che all'erede sia riconosciuto il diritto ad un'equa valorizzazione delle partecipazioni, ovvero sia la liquidazione al valore di recesso.

Quanto alle società a responsabilità limitata, l'art. 2469 Cod. Civ. enuncia la libera trasmissibilità *mortis causa* delle quote sociali, ma fa salva la contraria disposizione dell'atto costitutivo. Esso aggiunge al co. 2 che il socio o gli eredi del socio defunto possono esercitare il diritto di recesso per il caso in cui lo statuto preveda condizioni o limiti che, nel caso concreto, impediscono il trasferimento a causa di morte. Si sottolinea che in realtà in tale ipotesi gli eredi sono già fuori dalla società ed essi sono quindi titolari del diritto al rimborso del valore della quota sociale originariamente appartenuta al *de cuius*, non potendosi parlare di recesso in senso tecnico.

²²⁹ M. DI FABIO, *Riforma societaria e circolazione delle partecipazioni societarie*, p. 811

In definitiva, valgono anche per le s.r.l. le stesse conclusioni esposte per le società per azioni: ai successori del socio defunto si trasmette la quota sociale, salvo che lo statuto preveda diversamente ed in concreto il trasferimento risulti impedito (es. prelazione esercitata, diniego di gradimento ²³⁰, divieto di trasferimento). In tal caso oggetto della successione è il diritto alla liquidazione di una somma di denaro equivalente al valore della partecipazione.

4.2.3 Segue: le operazioni modificativo evolutive (la fusione e la scissione)

Tra gli strumenti che la prassi annovera tra quelli idonei a consentire la pianificazione vi sono quelli della fusione e della scissione. Nel corso del presente paragrafo, seppur con carattere di sintesi, ci si riferirà alla fusione nella variante del cd. *family buy out* e alla scissione.

La fusione²³¹ a mezzo del cd. *family buy out* si presta in quei casi in cui un familiare si rende disponibile ad acquistare una quota di partecipazione, non avendo una capienza reddituale per sostenere l'esborso, ricorre ad un finanziamento, garantito dal patrimonio della società di famiglia (società bersaglio o *target*).

Evidentemente la vicenda in questi termini è estranea alle attribuzioni liberali e successorie e si risolve su un piano squisitamente societario e civilistico che pare particolarmente attagliarsi a tutte quelle situazioni in cui si intenda realizzare una «successione» per così dire completa, sia dal punto di vista degli assetti proprietari che del management.

Il familiare predestinato che intende ottenere il controllo della società di famiglia costituisce una nuova società (cd. *newco*), la quale assume il debito del finanziamento e lo garantisce con la costituzione della

²³⁰ Si veda in particolare sul gradimento R. CARAVAGLIOS, *Incidenza sulla successione «mortis causa» della clausola di gradimento*, in *Società*, 1996, 1, p. 80 e ss.

²³¹ Sulla fusione si veda per tutti si veda C. CLERICI, *sub art. 2501-ter*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – M. Notari, Milano, 2006, p. 427 e ss.

garanzia pignoratizia sulle partecipazioni a favore della Banca.

La fase successiva dell'operazione consiste nell'acquisto da parte della *newco* delle partecipazioni della società di famiglia (*target*).

Acquistate le quote, le due società possono attuare la fusione per incorporazione della *target* nella *newco*, che diviene così capace di rimborsare alla banca il finanziamento ottenuto per l'acquisizione.

L'operazione fin qui illustrata è una delle opzioni che consentono di concentrare le partecipazioni e sotto questo profilo si presta a risolvere la conflittualità tra i diversi membri della famiglia che ricoprono funzioni e responsabilità imprenditoriali ovvero a consentire ad uno dei fratelli di acquisire le quote degli altri.

Tale strumento essendo finalizzato all'acquisizione delle quote di titolarità degli altri familiari, non pare assumere invece una significativa rilevanza (quantomeno diretta) sul piano della pianificazione della successione, palesandosi, in questo senso come uno strumento inadeguato allorché la volontà di attuare il passaggio generazionale di azienda sia imputabile al solo imprenditore.

La scissione²³², fattispecie inversa alla fusione, può trovare ricorso nell'ambito delle pianificazioni successorie e dei passaggi generazionali. La scissione realizza infatti una scomposizione del patrimonio della società scindenda perché una parte dell'intero patrimonio ovvero l'intero patrimonio viene assegnato ad una o più società. L'utilizzo con finalità successorie di tale operazione è infatti intuitivo.

Alla scissione sono infatti da ascrivere delle funzioni riorganizzative sia sul piano oggettivo della disaggregazione del patrimonio sia sul piano, eventuale, dei soggetti titolari delle partecipazioni delle società partecipanti alla scissione.

Nella modalità più semplice di scissione (cd. scissione proporzionale) la compagine sociale della scissa la si ritrova in maniera proporzionale nella partecipazione al capitale sociale della o delle

²³² Sulla scissione si rinvia a A. PICCIAU, *Commento all'art. 2506*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi – M. Notari, Milano, 2006, p. 1025 e ss.

beneficiarie e in questo caso la riorganizzazione sarà solo sul piano oggettivo.

Diversamente, nei casi di scissione non proporzionale o asimmetrica, nei limiti in cui sono ammesse, si assisterà ad una riorganizzazione anche delle partecipazioni sociali. Nel caso della scissione asimmetrica è infatti il legislatore che consente che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa (art. 2506 Cod. Civ.). La scissione asimmetrica è certamente l'operazione straordinaria a cui guardare nei casi in cui nella compagine sociale siano già entrati tutti i membri della famiglia e si intenda dividere tra loro i diversi aziendali in cui si esercita l'attività di impresa.

4.2.4 Segue: Conferimento e apporto di beni in società con finalità successoria

Tra gli strumenti alternativi al testamento, seppur con una funzione diversa da quella della pianificazione del passaggio generazionale e dall'attribuzione del bene produttivo, si ha il conferimento di beni fatto nella società di cui sia già socio il familiare che si intende avvantaggiare.

Si tratta di un trasferimento che avviene sì con finalità successoria ma ha effetti immediati e sostanzialmente è dettato dalla intenzione di sfuggire al sistema di tutele dei legittimari, trattandosi di spostamento di ricchezza formalmente a titolo di conferimento e quindi sorretto dalla tipica *causa societatis*.

Se ne parla in questa sede non per delineare la disciplina societaria che regola il conferimento in società, ma per iniziare a sottoporre all'attenzione talune vicende societarie che pur realizzate certamente sorrette da una causa liberale possono essere utilizzare per finalità parasuccessorie.

4.3 La causa dei patti sociali delle società di persone che regolano la morte del socio. Il rapporto con il divieto dei patti successori

Qual è la giustificazione causale delle clausole a mezzo delle quali si deroga alla disciplina dispositiva di cui all'art. 2284 Cod. Civ. in caso di morte del socio di società di persone?

Gli sforzi di comprendere i limiti che l'autonomia negoziale incontra nella pianificazione della successione e di conoscere i possibili modi di circolazione delle partecipazioni sociali mi pare possano trovare un punto di incontro nella domanda sopra riferita.

Si è anticipato che tra le clausole di consolidazione si distingue tra le clausole cd. pure e quelle impure, giudicandosi perlopiù nulle le prime e valide le seconde.

In maniera frettolosa si afferma che la nullità delle clausole di consolidazione cd. pure va rinvenuta nella loro contrarietà al divieto dei patti successori.

Diviene in questo senso illuminante l'opinione di chi ha evidenziato che non può essere la previsione del prezzo del riscatto in cui giace il discrimen tra la «purezza» e l'«impurità» della clausola a modificare la natura del negozio e tramutarlo da *inter vivos* a *mortis causa*²³³. Conseguentemente, sotto il profilo del divieto dei patti successori, non è confacente ritenere che solo le clausole di consolidazione pura siano in violazione della previsione di cui all'art. 458 Cod. Civ. mentre quelle cd. impure non impingano in tale divieto.

Né si vuol affermare che anche le clausole di consolidazione impura siano nulle per violazione del divieto.

Si vuole invece soffermarsi a riflettere che il patto successorio non può essere rinvenuto solo in quelle clausole che lasciano privo l'erede del contro valore delle quote.

Con entrambe le tipologie di clausole i soci dispongono infatti di una parte del loro patrimonio per il tempo successivo alla morte, ma con la differenza che in un caso l'erede ha diritto ad un'attribuzione patrimoniale equivalente al valore della quota (impure) e nell'altro no (pure). La distinzione tra tali clausole sotto il profilo della violazione del divieto del

²³³ F.P. TRAISCI, *Op. cit.*, p. 132

patto successorio non avrebbe in questi termini senso, mentre il *discrimen* tra le due varianti delle clausole di consolidazione deve esser rinvenuto in principi di diverso tipo.

Le clausole di consolidazione pure prevedono un acquisto a favore dei soci superstiti senza alcun corrispettivo a carico degli stessi. La loro nullità dovrebbe piuttosto essere valutata sotto il profilo della loro giustificazione causale: in mancanza di corrispettivo, l'attribuzione, verosimilmente più che gratuita dovrebbe considerarsi nulla per mancanza di causa; ovvero nulla per contrarietà al divieto del patto tontinario²³⁴, perché la clausola si «atteggerebbe a mera scommessa sulla premorienza dei soci e quindi un tipico caso di ripartizione tontinaria»²³⁵.

Ecco che la pronuncia già sopra richiamata del Tribunale di Vercelli torna decisiva nella parte in cui afferma *che salvo che 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, la clausola di consolidazione, senza attribuzione agli eredi del socio defunto o con liquidazione della sola quota di capitale, è nulla per contrarietà al divieto di pattuizioni tontinarie.

Le particolari ragioni, a mio avviso, altro non sono che una giustificazione causale dello spostamenti di ricchezza.

Secondo una lettura parzialmente diversa la nullità delle clausole di consolidazione pura per violazione del divieto di patti successori è frutto di una valutazione della giurisprudenza che utilizza l'art. 458 Cod. Civ. «come strumento succedaneo di tutela di eredi e creditori del *de cuius*»²³⁶.

La clausola di consolidazione pura, quanto alla natura e struttura giuridica sembra quindi costituire un negozio con effetti *post mortem* poiché la premorienza di un socio diviene il mero evento dedotto in condizione, ma non assurge a giustificazione causale della consolidazione e si è fuori dalla figura del patto successorio.

²³⁴ M. CALOGERO, *Tontine e Achat tontine*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p. 774

²³⁵ G.C. RIVOLTA, *Op. cit.*, e in particolare nt. 6

²³⁶ A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma «indiretta»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1998, p. 1077 e ss.

Si deve invece rilevare, e ciò a dire il vero vale in generale, che l'aspetto di sovrapposizione con il divieto dei patti successori e dunque la loro violazione potrebbe aversi in relazione all'entità della quota oggetto di consolidazione.

Se la quota che si consolida è diversa da quella posseduta dal socio al momento della stipulazione della clausola, la clausola realizza una attribuzione *de residuo* e l'evento morte diventa inevitabilmente la giustificazione causale dello spostamento di ricchezza e allora è incontestabile l'invalidità della clausola per violazione del divieto dei patti successori (nella specie istitutivo).

Tornando alla ricerca delle ragioni della nullità della clausola di consolidazione pura, a conferma che essa vada rinvenuta non già nell'esistenza di un patto successorio, quanto in un problema di giustificazione causale si può utilizzare, a contrario, un argomento sulla validità delle clausole di consolidazione impure.

Una Cassazione della metà degli anni Cinquanta²³⁷ del secolo scorso aveva già escluso il patto successorio nelle clausole di consolidazione (impure).

Ciò che mi interessa segnalare di tale pronuncia è la motivazione. «Il consolidarsi nei soci superstiti della quota del socio defunto non è a titolo successorio, né di liberalità, ma si verifica in virtù di convenzione sociale reciproca, le cui disposizioni rimangono sospese fino alla realizzazione di in evento incerto, quale è appunto la premorienza. ... *omissis*... Gli altri soci conseguono la cosa *tempore mortis*, ma non *causa mortis*; essi non succedono né a titolo particolare né a titolo universale, al defunto. Si è fuori pertanto dallo schema del patto successorio e questo Supremo Collegio ha già avuto occasione di avvertire che il divieto dei patti successori, costituendo eccezione alla regola della validità dei contratti sulle cose future, non può essere esteso a rapporti che non ne presentino gli estremi caratteristici».

Si passa ora alla trattazione delle clausole di continuazione.

²³⁷ Cass. Civ. 17 marzo 1951 n. 685

Le clausole di continuazione facoltativa non hanno mai seriamente posto il dubbio se integrassero un patto successorio vietato²³⁸. L'ingresso degli eredi del socio defunto in società deriva non già da una attribuzione (la quota) *mortis causa*, ma dall'adesione *inter vivos* che gli eredi devono prestare affinché possano continuare la società insieme ai soci superstiti.

La struttura sottesa a tale meccanismo è semmai stata ricostruita in termini di contratto a favore del terzo²³⁹ oppure di patto di opzione²⁴⁰. Solamente una parte isolata della dottrina vi ravvisa un patto successorio perché l'attribuzione all'erede del diritto potestativo di subentrare nella società sarebbe l'effetto di un negozio a causa di morte²⁴¹ per quanto attiene all'oggetto del diritto che cade in successione.

Per altra opinione invece il divieto dei patti successori deve essere valutato non tanto nella clausola contenuta nel patto sociale di continuazione facoltativa, quanto nella circostanza che per effetto di tale clausola si renderebbe la partecipazione sociale trasmissibile *mortis causa*.

Ma un siffatto dubbio si chiarisce in radice considerando che la clausola in esame non opera quale vera e propria attribuzione patrimoniale realizzata al di fuori dello strumento testamentario. Infatti, ove l'erede intenda valersi del diritto di proseguire la società potrà farlo solo in un modo: formalizzando tale volontà in un atto tra vivi insieme ai soci superstiti²⁴².

La clausola di continuazione obbligatoria ha tradizionalmente destato maggiori perplessità in ordine alla sua ammissibilità e ai suoi profili di validità nel confronto con il divieto dei patti successori.

²³⁸ In questo senso M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 503 e ss. Per la giurisprudenza si vedano App. Milano 7 maggio 1974; Cass. Civ. 18 dicembre 1995 n. 12906

²³⁹ M. GHIDINI, *Op. cit.*, p. 520

²⁴⁰ FERRI, *Op. cit.*, p. 273 e ss. e F. DI SABATO, *Op. cit.*, p. 147

²⁴¹ F. MAGLIULO, *Il divieto di patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, p. 1410 e ss.

²⁴² Sul punto di veda A. PALAZZO, *Op. Cit.*, p. 504 e ss.

Secondo l'orientamento contrario alla loro validità²⁴³ esse sono da considerarsi nulle perché realizzano la trasmissione *mortis causa* delle partecipazioni sociali, impedendo all'erede di scegliere liberamente se assumere o meno lo status di socio, poiché diversamente sarà tenuto al risarcimento del danno nei confronti dei soci superstiti.

Tuttavia la loro validità, più correttamente, può semmai essere messa in discussione per i rapporti con la disciplina della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, che non può essere imposta. Ma anche a questa osservazione pare potersi agevolmente rispondere che ciò che tutela l'erede è l'atto di accettazione (o di rinuncia) all'eredità.²⁴⁴

Per concludere sul punto, si rilevi poi che il divieto del patto successorio non sarebbe violato nemmeno per un altro motivo: la scelta dell'erede non è contenuta nella clausola societaria ma la sua designazione dipenderebbe pur sempre dalla legge o dal testamento.

Le clausole di continuazione automatica (o di successione) hanno l'effetto di rendere trasmissibile la partecipazione sociale e l'erede, obbligato a continuare la società insieme ai soci superstiti, anche essi obbligati, continua la società per il solo effetto dell'accettazione dell'eredità. L'effetto di tali clausole è infatti quello di trasformare in trasmissibile *mortis causa* un rapporto di per sé intrasmissibile, benché la continuazione della società non opera automaticamente nei confronti dell'erede designato ma questi dovrà pur sempre accettare l'eredità devoluta nella quale sono altresì comprese le quote sociali quale bene patrimoniale del socio defunto²⁴⁵. La funzione di tali clausole, in ordine alle sue conseguenze patrimoniali, è duplice. Essa consente di escludere le

²⁴³ F. MAGLIULO, p. 1447, Di SABATO, *Op. Cit.*, p. 147; Cass. 18 maggio 1945 n. 361; Cass. Civ. 16 luglio 1976 n. 2815

²⁴⁴ A. VENDITTI, *L'eredità del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 217. E' questione diversa invece se l'accettazione con beneficio di inventario è idonea a tutelare l'erede dalla responsabilità per le obbligazioni sociali pregresse. Sul punto si veda G.C. RIVOLTA, *Op. Cit.*, p. 160

²⁴⁵ In questo senso si esprime la giurisprudenza prevalente di cui alla Cass. Civ. 16 luglio 1976 n. 2815, Cass. Civ. 27 aprile 1968 n. 1311 nonché la recente Cass. Civ. 19 giugno 2013 n. 15395

conseguenze economiche negative derivanti da un possibile scioglimento della società e dalla sua liquidazione, ma permette altresì di rafforzare la garanzia patrimoniale della società e specie quella sussidiaria illimitata e solidale dei soci, a favor dei creditori sociale.

Dal punto di vista successorio pertanto la clausola in esame non desta particolari problemi perché non è mai destinata a sovrapporsi al divieto del patto successorio; semmai essa pone il problema della conciliabilità del regime della responsabilità illimitata dei debiti sociali con il regime della responsabilità dei debiti ereditari eventualmente limitata in caso di accettazione con beneficio di inventario (art. 470 Cod. Civ.). La dottrina più recente è ormai pacifica nel ritenere che tali due principi operano su piani diversi e come tali non sono destinati a scontrarsi: il principio della limitazione della responsabilità per i debiti ereditari non interferisce con la responsabilità dei debiti sociali che rimane illimitata anche in caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario²⁴⁶.

Si può scorgere poi un'altra funzione di tali clausole: escludendo in radice l'alternativa della liquidazione della quota, si impedisce un depauperamento del patrimonio sociale e in definitiva di quello dei soci superstiti.

4.4 La causa delle clausole statutarie sulla circolazione delle partecipazioni nelle società di capitali

La circolazione delle partecipazioni nelle società di capitali (azioni nella società per azioni e quote nella società a responsabilità limitata) trova a seguito della Riforma una disciplina codicistica che consente sicuramente di limitarne la trasmissibilità (prelazione) ovvero di subordinarla al gradimento, anche mero, e secondo molti, anche di vietarne per un determinato periodo la circolazione.

Tali clausole, anche se sono definite di predisposizione successoria,

²⁴⁶ G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Scritti per A. Scialoja*, Bologna, 1953, p. 111 e A. VENDITTI, *L'erede del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 230 e ss.

vanno considerate come espressione della autonomia privata in ambito societario, come testimoniato dalla loro collocazione sistematica e sono valide nei limiti di tale sistema.

Esse si collocano nel più ampio disegno della riforma delle società di capitali di esaltare l'estrinsecazione degli interessi dei soci al fine di adattare degli statuti societari alle esigenze della compagine sociale e un riscontro di tale autonomia è dato proprio nella disciplina dispositiva in materia di circolazione delle partecipazioni.

I soci possono chiudere la compagine sociale ovvero limitare o impedire con diversi strumenti l'ingresso di soci che non abbiano le caratteristiche personali gradite, pur trattandosi di società di capitali ove ontologicamente deve aversi riguardo alle caratteristiche patrimoniali e non personali dei soci medesimi.

Allo stesso modo l'attuale impianto codicistico consente ai soci di inserire clausole di predisposizione successoria, che, in definitiva, tutelano l'erede nello stesso modo in cui trova tutela il socio che intenda *inter vivos* spogliarsi della propria partecipazione.

Il limite di validità a fronte del quale si giudicano ammissibili le possibili clausole è quello dell'equa valorizzazione della partecipazione.

Fermo restando che *inter vivos* il socio può essere prigioniero della società per al massimo cinque anni, in tutti gli altri casi le clausole di circolazione, comunque configurate, non possono impedire al socio di uscire dalla compagine sociale né possono impedirgli di ricavarne un prezzo o comunque una liquidazione che non tenga conto della consistenza patrimoniale e delle prospettive reddituali della società, alla stregua dei criteri di liquidazione della quota previsti in caso di recesso.

Le clausole successorie, quale che sia il congegno, consentono in definitiva all'autonomia statutaria di mutare l'oggetto della successione perché possono surrogare alla partecipazione il suo valore. L'erede, pur sempre indicato al di fuori dello statuto e quindi nell'ambito della vicenda successoria, se non può subentrare nella partecipazione del defunto perché è stata esercitata la prelazione, perché non è gradito o perché è previsto (e ritenuto ammissibile) il divieto di circolazione delle partecipazioni *mortis*

causa, succede nell'equivalente economico determinato alla stregua dei criteri previsti dall'art. 2437 ter Cod. Civ. per la Società per azioni e dall'art. 2479 Cod. Civ. per la società a responsabilità limitata.

Tale mutamento oggettivo può seguire per esempio anche a seguito di una clausola come quella contenuta nello statuto della Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a.²⁴⁷, secondo cui «le azioni pervenute in proprietà o altro diritto reale, per donazione o successione legittima o testamentaria, a soggetti che non siano discendenti o consanguinei dell'azionista dante causa o altri possessori di azioni, dovranno essere offerte in opzione a questi ultimi nei modi e con gli effetti di cui ai precedenti commi».

4.5 Le separazioni patrimoniali quali alternative alla devoluzione mortis causa. In particolare la fondazione di famiglia ed il *trust*

Un'altra alternativa alla devoluzione testamentaria può consistere nell'utilizzo di strumenti negoziali atti a produrre un effetto di segregazione patrimoniale al fine di rendere insensibili taluni beni alle vicende della persona fisica.

Le fondazioni e i *trust* sono in questo senso strumenti conosciuti e adoperati a tal fine in molti ordinamenti. L'Austria e la Germania conoscono il «*Familienstiftung*», in Olanda, Grecia, Finlandia e Svizzera è possibile istituire delle fondazioni che abbiano la finalità di destinare rendite solo a membri della famiglia, mentre nei paesi di *common law* (Inghilterra, Scozia e Stati Uniti) è utilizzato a tal fine solo ed unicamente il *trust*.

In Italia l'art. 28 Cod. Civ., senza offrire una definizione di fondazione di famiglia, prevede al terzo comma che le disposizioni dei primi due commi del medesimo articolo (trasformazione delle fondazioni) e quelle di cui all'art. 26 Cod. Civ. (coordinamento di attività e unificazione di amministrazione) non si applicano alle fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate.

²⁴⁷ Pubblicato in Giur. comm., 1987, 1027 ss

Nell'esperienza italiana (come in quella tedesca) le fondazioni familiari contribuiscono al dibattito relativo al tema se anche interessi non socialmente rilevanti possono essere perseguiti dalla fondazione, portando con sé l'inevitabile timore di una progressiva immobilizzazione della proprietà fondiaria e del perseguimento di uno scopo fedecommissario.

Il legislatore del 1942 non chiarisce quali possono essere gli scopi perseguibili con la fondazione, ma sulla base di diversi elementi storici e sistematici si afferma che la definizione è data in negativo dall'assenza della distribuzione di utili.

Nella fondazione di famiglia lo scopo di utilità sociale sembra apparentemente limitato dall'essere la fondazione destinata a vantaggio soltanto di una o più famiglie, ma al contempo è evidente che l'erogazione di rendite non può però essere preordinata a perpetuare il patrimonio familiare o il nome di una famiglia. La sostituzione fedecommissaria infatti è vietata dall'ordinamento per la contrarietà a un principio di ordine pubblico, di talché la fondazione di famiglia è ammissibile solo ove preordinata al conseguimento di un vantaggio comunque riferibile ad una collettività.

Lo scopo non deve essere individuale, ma al contempo l'utilità collettiva (che è la nozione in cui si risolve lo scopo di natura non individuale) non significa necessariamente il bene della generalità (il *Gemeinwohl* cui si riferisce il § 87 BGB)²⁴⁸. Ciò significa che la soddisfazione d'interessi collettivi, ma anche particolari può essere compatibile con la struttura e le finalità delle fondazioni e la gradazione della «particolarità» degli interessi perseguiti segna il punto in cui si passa ad un apprezzamento di utilità sociale, alla stregua del criterio del comune benessere²⁴⁹.

²⁴⁸ P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, in *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, p. 811 e ss. Si veda anche il contributo di F. GALGANO, *Delle persone giuridiche* (artt. 11-35), in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969; Id., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987; Id., voce «*Fondazione*», in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989

²⁴⁹ P. RESCIGNO, *Op. cit.*, p. 811 e ss.

La fondazione di famiglia dovrebbe dunque avere dei beneficiari che siano individuati non già per il loro mero appartenere ad un dato casato, ma sulla base di un interesse ulteriore che deve colorare l'utilità della medesima fondazione. Il presupposto di appartenenza al gruppo può ad esempio consistere nella situazione di indigenza o di un certo tipo di studi o di carriera professionale, fermo restando che per opinione comune in giurisprudenza, non costituisce fondazione per assoluta mancanza di scopo l'ente in cui i beneficiari sono chiamati a godere del patrimonio ereditario²⁵⁰.

La fondazione di famiglia italiana non è utilizzabile ove si voglia dotarla di un bene produttivo per poi devolvere gli utili al fondatore e successivamente agli eredi, diversamente da quanto accade in quei paesi come la Germania e il Lussemburgo che conoscono l'*Anstalten* o istituti analoghi che permettono che la fondazione possa avere come oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività economica.

La dotazione in patrimonio di un bene aziendale con la finalità di regolare per detta via la successione non è dunque ammissibile in Italia proprio perché mancherebbe lo scopo di pubblica utilità che giustifica la creazione di una persona giuridica.²⁵¹

Si consideri poi che in Italia la fondazione di famiglia e specie l'atto di dotazione patrimoniale, per quanto consenta la devoluzione di alcuni (o tutti) i beni al di fuori della vicenda successoria, salvo il caso della fondazione costituita per testamento, non risolve il rischio dell'esperimento dell'azione di riduzione e restituzione da parte dei legittimari, poiché i beni costituenti il patrimonio vengono pur sempre conferiti a titolo gratuito.

Per queste ragioni di criticità dell'istituto la dottrina guarda al *trust* che meglio si presta a realizzare interessi meramente privatistici ed egoistici, secondo l'esperienza tipica anglosassone, benché anche contro gli atti dispositivi realizzati in forza della costituzione di *trust*, ove lesivi dei

²⁵⁰ Cass. 1979 n. 3960

²⁵¹ Si veda Cass. 10 luglio 1971 n. 3969. Contra A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 134

diritti dei legittimari, rimangano esperibili le azioni di riduzione e di restituzione.

Il *trust* già da tempo, per la verità in Inghilterra sin dai tempi delle prime corti di *equity*²⁵², assolve la funzione di perpetuare la potenza patrimoniale delle famiglie, consentendo ai discendenti di beneficiare degli utili e delle rendite, fermo restando che il bene produttivo, quanto alla sua titolarità, rimarrà per il massimo tempo consentito (anche in perpetuo ove si addivenga ad un *charitable trust*) in capo al *trust* ed in definitiva a vantaggio della famiglia, generazione dopo generazione.

Il *trust*, differentemente dalla fondazione, non ha alcun tipo di soggettività giuridica e sul piano strutturale i termini di riferimento oggettivi e soggettivi sono il *trustee* e la *trust property*, ove, invece, la fondazione è un soggetto di diritti, titolare del proprio patrimonio e dotato di un proprio scopo²⁵³.

Se l'accostamento tra tali istituti è però naturale specie con riferimento al *charitable trust*, nondimeno deve farsi sotto il profilo della natura fiduciaria del vincolo e l'effetto segregativo che entrambi realizzano.

Decisamente tenue è infatti la differenza tra il *trust* e le cd. fondazioni fiduciarie nel nostro ordinamento intendendosi per esse quelle in cui viene impressa a determinati beni una destinazione particolare (art. 32 Cod. Civ.) perché in tali si realizza l'opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi, senza la necessità di creare un'organizzazione autonoma²⁵⁴.

In entrambi gli istituti si assiste ad una certa autonomia sul piano organizzativo da parte del fondatore che è colui che decide lo scopo, ma anche le modalità con cui perseguirlo affidando la gestione ad una persona il cui comportamento, caratterizzato dall'ambito di doverosità, dovrà essere posto al fine del raggiungimento del fine prestabilito.

²⁵² A. MIRANDA, *Op. cit.*, p. 18 e ss. Ma si veda pure A. FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, 5, p. 559 e ss.

²⁵³ A. ZOPPINI, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. It.*, 1997, 1, p. 147 ss.

²⁵⁴ A. ZOPPINI, *ut supra*, p. 147 e ss.

Entrambi gli istituti possono essere disposti *inter vivos* e *mortis causa* e con riferimento a questi ultimi il *trust* sembra palesarsi nettamente superiore quale strumento di trasmissione intergenerazionale della ricchezza alternativo al testamento.

Nei sistemi di *civil law* alla scelta della costituzione della fondazione per testamento può talvolta contrapporsi quella della donazione modale che però porta con sé i rischi di incertezza in tutti i casi in cui il soggetto passivo dell'obbligazione dedotta con il *modus* risulti inadempiente²⁵⁵. Per la fondazione testamentaria invece gli aspetti di maggiore criticità riguardano i casi in cui la volontà del testatore non sia completa nell'indicazione di tutti gli elementi della fondazione per cui, in mancanza di diversa previsione, sarà la pubblica amministrazione a decidere le regole necessarie al funzionamento dell'ente, mentre, nel caso del *trust*, la disciplina applicabile è quella dell'istituto e quindi non vi sarà alcun intervento esterno.

Un ulteriore aspetto che rende più diffuso il ricorso al *trust* è che lo stesso, maggiormente connotato da interessi privatistici, consente di essere disposto per il raggiungimento di fini che difficilmente renderebbero giustificabile il ricorso alla «macchina pubblicistica» per il riconoscimento della fondazione da parte delle pubblica autorità ove interesse del disponente fosse quello di tutelare l'animale domestico.

²⁵⁵ U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, *passim*, e part. 213

5. Conclusioni

5.1 La (presunta) estraneità della *causa societatis* al fenomeno successorio

L'ineludibilità del problema successorio per la persona umana dovrebbe condurre a individuare nel diritto delle successioni l'unica strada maestra per addivenire alla disciplina di tale vicenda.

Eppure dalle pagine che precedono pare evidente che in un ordinamento come quello italiano le innumerevoli istanze di insoddisfazione degli operatori del diritto per la rigidità del diritto successorio medesimo conducono a trovare al di fuori di tale vicenda le soluzioni per la trasmissione intergenerazionale.

Difatti è considerato un dato ormai costante quello per cui le eredità di maggior valore si gestiscono al di fuori dello strumento testamentario, mentre a tale negozio giuridico sono affidate le ultime volontà del ceto medio, nei casi in cui si intenda deviare alla chiamata di fonte legale ovvero si intendano arricchire il mero profilo dell'attribuzione con altri interessi patrimoniali (si pensi alle disposizioni circa la divisione).

Ciò non toglie che il testamento costituisca un atto negoziale potentissimo e talvolta sottovalutato, nella misura in cui si creda, secondo l'insegnamento anglosassone, che la volontà dell'uomo, per quanto talora futile o capricciosa, sia sempre migliore di quella della legge. Pure sul piano dell'analisi economica del diritto si avrebbe buon gioco a dimostrare che, al di là delle valutazioni fiscali, che pure spesso portano alle medesime conclusioni, alla morte della persona fisica sono collegate una serie di criticità prima psicologiche e poi patrimoniali potenzialmente idonee a tramutarsi in costi degli eredi al palesarsi manifesto della litigiosità. In questo senso si pensi alla divisione cui devono procedere gli eredi per vedersi concretata, con funzione di apporzionamento, la loro quota ideale. In un contesto psicologico di tensione tra i chiamati all'eredità, la divisione cui gli stessi devono addivenire inter vivos rischia di costituire il terreno sul quale potrà erigersi una lite avente ad oggetto innanzitutto un problema di valutazione.

Dandosi per scontato che un sapiente uso (e consiglio) del testamento, nonostante tutti i limiti cui soggiace la volontà testamentaria in parte esposti nel corso del presente lavoro, possa costituire una scelta più efficiente della rimessione della vicenda alle norme di legge, si vuole arrivare ora a riprendere le fila di quanto sopra esposto per esporre le mie riflessioni sui rapporti, sotto il profilo funzionale, tra il diritto delle successioni ed il diritto societario.

Il tipo di ricchezza destinato a cadere in successione incide profondamente sulla vicenda successoria e, in un certo senso, è sempre stato così.

Al mutare però della ricchezza e, fenomeno ancor più eclatante negli ultimi decenni, al mutare dei modelli familiari dovrebbe corrispondere un mutamento di disciplina.

Per l'Italia non è stato così.

L'Italia, che ha subito nella materia successoria una profonda influenza della disciplina francese non solo, come è scontato con il codice del 1865, che era poco più che una tradizione del *Code Civil*, ma anche nel Codice del 1942 che ha confermato le scelte di fondo francesi, non ha praticamente mutato la sua disciplina al di fuori di poche eccezioni. La prima, in ordine cronologico, è stata quella derivante dalla Riforma del diritto di famiglia del 1975 che ha disciplinato la situazione successoria del coniuge, elevandolo a legittimario avente diritto ad una quota di eredità e non già al solo usufrutto su una quota dell'intero patrimonio.

Si annoverano poi due riforme recenti, da iscriverne alla prima decade del XXI secolo: quella che ha rideterminato i termini per l'esercizio dell'azione di restituzione e quella che ha introdotto il patto di famiglia.

Le due riforme riguardano due dei maggiori temi che incidono maggiormente sulle limitazioni all'autonomia testamentaria. La prima si rivolge alla tutela reale dei legittimari e la seconda, nei modi già sopra riferiti, consente l'attribuzione del bene produttivo ai legittimari prima della morte del disponente annunciandosi come riforma idonea a permettere il passaggio generazionale nell'impresa. La modifica che ne è derivata all'articolo che contiene il divieto dei patti successori non sembra

però aver veramente inciso su quest'ultimo divieto nemmeno in termini di eccezione alla regola, residuando moltissimi dubbi sulla reale portata derogatoria del patto di famiglia al divieto in esame.

Per le ragioni viste tali riforme sono considerate inappaganti allo scopo, tanto più se si considera che l'esigenze di riforma dovrebbero operare congiuntamente sul divieto dei patti successori e sui legittimari.

In questo senso, ancora una volta, diviene un modello l'esempio d'oltralpe della Francia ove gli interventi in ambito successorio sono stati mossi dalla finalità più ampia di «*sécuriser l'option des héritiers*», «*simplifier leurs démarches*», «*accélérer le partage des successions*» et «*assurer la continuité des entreprises*».

L'esigenza di favorire la continuazione delle imprese familiari è poi stata assunta dalle istituzioni europee come un bisogno dell'intero tessuto economico dell'Unione Europea tanto che dagli anni Novanta del secolo scorso si è fatta strada la metafora delle piccole e medie imprese come il cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni²⁵⁶.

Il Regolamento Ue n. 650/2012 testimonia in un certo senso l'interesse per il fenomeno, pur lasciando escluso dal suo ambito di applicazione la materia delle clausole di predisposizione successoria contenute negli statuti sociali.

Le conseguenze della morte del socio, la circolazione delle partecipazioni sociali, i diritti di liquidazione della quota sociale o, ancora, la possibile esclusione o il diniego all'ingresso in società del coniuge dal punto di vista della legge applicabile in caso di elementi di estraneità rimangono estranei al nuovo strumento europeo adottato in materia di successioni e per individuare la legge applicabile si dovrà fare riferimento agli specifici criteri di collegamento individuati dai singoli Stati membri.

Come si è già avuto modo di vedere, una siffatta scelta deve considerarsi ispirata all'esigenza di evitare che il medesimo contratto sociale possa ora essere soggetto alla legge applicabile individuata ai sensi

²⁵⁶ L'espressione è di E. CALÒ, *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova Giuris. Civ. e Comm.*, 1997, p. 217 e ss.

del Regolamento n. 650/2012 ora alla legge individuata dai criteri nazionali di diritto internazionale privato.

Cosicché, da un punto di vista sistematico, mi pare che da tale scelta di fondo del Regolamento possa trarsi un importante dato: il diritto societario, retto da logiche ed esigenze sue proprie, deve rimanere soggetto ad unità funzionale e di disciplina.

A dire il vero anche la materia delle successioni, pure per lo strumento europeo, è avvolta dal medesimo principio di unitarietà (dal punto di vista della legge applicabile).

E' nello scontro tra le esigenze di unitarietà proprie di tali due ambiti del diritto che deve ricavarci, a mio avviso, il senso delle loro opposte esigenze ed eventualmente della loro conciliazione.

E' ben vero che il diritto societario con i suoi istituti consente, in un certo senso in modo discriminatorio, che le famiglie che svolgono attività d'impresa abbiano una via in più per governare la sorte dei beni dopo la dipartita del familiare imprenditore. E difatti, anche contro il patto di famiglia, si era mossa la medesima critica di lesione del principio di parità di trattamento dei cittadini.

Ma in un certo senso tale via preferenziale è comune a tutti gli ordinamenti come pure confermato dalla scelta del «sovra ordinamento» europeo.

Le piccole medie imprese sono un vettore di stabilità per le economie ed il diritto societario è anche il ramo del diritto che disciplina l'esercizio dell'attività di impresa tenuto conto delle esigenze macroeconomiche dei mercati.

Dunque, il diritto societario è destinato ontologicamente a prevalere sul diritto delle successioni. Ma in cosa consista tale prevalenza è bene chiarirlo subito poiché non si deve frettolosamente pensare che attraverso la *lex societatis* si possa arginare la vicenda successoria, specie in ordinamenti, come quello italiano, caratterizzati dai tanti limiti all'autonomia testamentaria.

Le clausole di predisposizione successoria, interpretate, come fatto nelle pagine che precedono, anche alla luce del divieto dei patti successori

dimostrano il più delle volte che il confronto con tale divieto rischia di non essere completamente confacente.

Esso può più ragionevolmente ravvisarsi ove si consideri che la clausola potrebbe disciplinare la sorte della partecipazione quando essa sarà per valore ed entità diversa dal valore (rapportato al capitale sociale o all'ammontare dei conferimenti) esistente al momento in cui è predisposta la clausola.

A ciò si aggiunga che l'oggetto della successione, con riferimento alle partecipazioni sociali, è in realtà talvolta necessariamente diverso dalla partecipazione. Per le società di persone l'oggetto è il valore di liquidazione della quota, salvo diverso accordo, comunque inter vivos e successivo all'apertura della successione. Nelle società di capitali, invece, si potrebbe parlare di oggetto alternativo a seconda del tenore e dell'operatività in concreto della clausola.

Si consente cioè, che per la salvaguardia dei rapporti della compagine sociale, all'erede del socio defunto possa spettare solo l'equivalente monetario della partecipazione, anche quando trattasi di legittimario.

Il riferimento ai legittimari coglie nel segno dell'evidente deroga al principio della tutela qualitativa. Il diritto ad un'equa valorizzazione della partecipazione sociale, che costituisce anche il principio al quale devono informarsi tutte le possibili declinazioni delle clausole di predisposizione successoria, rende possibile che il legittimario riceva in luogo del bene in natura una somma in denaro di provenienza diversa da quella ereditaria.

In questo senso a mio avviso si coglie il senso più profondo della prevalenza del diritto successorio rispetto alla vicenda societaria.

Il diritto del legittimario ad ottenere una porzione dei beni ereditari in natura costituisce uno dei limiti più importanti all'autonomia testamentaria che rischia di diventare un limite alla circolazione dei beni di provenienza ereditaria tutte le volte in cui il defunto lasci dopo di sé dei legittimari. L'azione di restituzione, irrinunciabile peraltro fintanto che il disponente è in vita, costituisce un'azione di tutela del legittimario potentissima che fa prevalere le ragioni di questi anche a fronte delle

esigenza di certezza nella circolazione dei beni e, in generale, dei traffici giuridici.

Salvo rare eccezioni e ipotesi derivanti da normative speciali, come nel caso delle vocazioni anomale (cfr. il maso chiuso), il diritto societario detta una regola standard che è quella dell'equivalenza funzionale tra la partecipazione alla società, con i diritti o obblighi connessi, ed il suo controvalore monetario.

Il riferimento al divieto del patto successorio per affermare la nullità poi delle clausole di consolidazione «pure», come si è cercato di evidenziare, non è poi soddisfacente. La nullità di tale clausole deve più propriamente ascriversi ad una mancanza di giustificazione causale della previsione dell'accrescimento automatico a favore dei soci superstiti i quali acquistano, pro quota, la partecipazione del socio defunto non già per spirito di liberalità del defunto e nemmeno a fronte di un corrispettivo.

Se la *causa societatis* consente di cogliere le ragioni che giustificano l'alternatività tra la caduta in successione della partecipazione ed il suo equivalente monetario, essa invece non è sufficiente a spiegare la funzione economica sociale, né tantomeno, la funzione economica individuale dell'arricchimento che, in dipendenza della morte di un socio, avrebbero gli altri.

Da questo punto di vista il problema delle clausole di consolidazione «pure» è prettamente civilistico e precisamente attiene al piano della giustificazione causale.

E' la causa che deve sorreggere ogni spostamento di ricchezza. La giustificazione oggettiva dell'operazione consente di distinguere da un lato ciò che è giuridicamente rilevante da ciò che non lo è, e dall'altro ciò che è corrispettivo da ciò che è liberale.

Invero, la tradizione francese insegna che la necessità di una causa «giusta e ragionevole» vale a discernere un fatto giuridicamente rilevante rispetto all'impegno privo di effetti giuridici. Del pari la causa deve pure essere «sufficiente» per escludere la necessità della forma donativa: è causa sufficiente, ovvero sia quella che fonda la giustificazione oggettiva

dello spostamento patrimoniale nella corrispettività, che esclude la necessità di adottare la promessa con la forma solenne della donazione.

Nelle clausole di predisposizione successoria, la causa muove innanzitutto dalla vicenda successoria che è il motore propulsore della circolazione *mortis causa* ma è arricchita dall'appartenenza del defunto ad una compagine societaria che, posta l'alternatività tra la partecipazione sociale ed il suo controvalore economico-patrimoniale, consente una serie di declinazioni in ragione degli interessi propri della compagine sociale (nelle misure, innanzitutto, della prelazione e del gradimento).

Talvolta invece è unicamente il contesto societario a colorare il profilo causale dell'operazione e a sorreggerla, come evidentemente accade nei casi di conferimento e di tutte le fattispecie idonee a dotare la società di mezzi patrimoniali.

La *causa societatis* riesce a costituire, infatti, la giustificazione causale di alcuni trasferimenti di ricchezza, quali, pure, il sopraprezzo in sede di aumento di capitale o altri apporti, comunque denominati, al patrimonio sociale. Si tratta di fenomeni nei quali la *causa societatis* esaurisce e completa il profilo giustificativo dell'operazione, poiché ogni apporto che si faccia nelle casse sociali risponde sempre ad un interesse della società che non deve essere ulteriormente specificato.

Ma quando gli spostamenti di ricchezza avvengono non già a favore (solo) della società, ma (anche e soprattutto) tra i soci, torna in gioco il problema civilistico della necessità di una giustificazione obiettiva e funzionale degli stessi. In tal senso una conferma è nella impossibilità, a meno che non vi ricorra una causa civilistica (*vendendi causa* o *donandi causa*) di attuare una diversa distribuzione delle quote tra i soci in sede di trasformazione perché la mera vicenda modificativa endosocietaria non è idonea a giustificare una diversa partecipazione dei soci al rischio di impresa.

Analogamente potrebbe dirsi per le ipotesi di scissione asimmetrica o non proporzionale, dove lo schermo societario consente sì di addivenire ad una diversa allocazione delle risorse tra i soci, ma dal punto di vista

della ricchezza complessiva degli stessi nessuna variazione può ammettersi, proprio perché si è in presenza di una vicenda anch'essa modificativo – evolutiva di riorganizzazione societaria e non di spostamenti patrimoniali tra coloro che compongono la compagine sociale.

La causa societaria non è di per sé in grado di giustificare gli spostamenti patrimoniali tra i soci ed a tal fine è inadeguata.

A onor del vero però vi è almeno un'ipotesi che sembra smentire tale affermazione e, se non si trattasse di eccezione alla regola della causalità intesa in senso propriamente civilistico di tutti gli spostamenti di ricchezza, avrebbe ben altro peso nel corso della presente trattazione.

L'assegnazione non proporzionale delle azioni o delle quota nelle società di capitali in sede di conferimenti, sia in fase di costituzione che successivamente in caso di aumento di capitale, consente che siano assegnati ai soci delle partecipazioni più che proporzionali, compensate dall'assegnazione ad altri soci di partecipazioni meno che proporzionali alla parte di capitale sottoscritta, ferme restando le tutele poste ad integrità del capitale sociale.

Ai fini del presente lavoro però tale fattispecie non riesce ad assumere alcuna valenza sistematica tale da poter ricavare degli elementi utili al dibattito dei rapporti tra la *causa societatis* e la vicenda successoria.

Sotto diverso profilo possono però valutarsi altre operazioni tipicamente societarie che portano con sé l'effetti di modificare la ricchezza complessiva dei soci. Mi riferisco in particolare al conferimento di beni, al versamento di sovrapprezzo e in generale a tutti quegli apporti che possono essere posti in essere, in concreto, anche per modificare in concreto la ricchezza complessiva dei soci.

Se si assume quale paradigma della presente tesi il modello della piccola media impresa a conduzione familiare, ogni tipo di trasferimento di denaro effettuato dal socio fondatore alla società nella quale, ad esempio, sia socio anche uno solo dei figli può assumere dei connotati importanti anche sotto il profilo successorio.

Il conferimento di beni in società non necessita infatti di particolare giustificazione: l'interesse della società a vedersi accrescere il proprio

patrimonio è di per sé sufficiente a reggere causalmente il trasferimento di risorse a favore della società, indipendentemente dai motivi esistenti nell'animo del socio o anche da interessi più profondi che eventualmente riescono ad arricchire il profilo causale dell'attribuzione. Dal punto civilistico il riferimento sarebbe alla categoria del negozio misto e del negozio indiretto.

Si pensi alla previsione, in sede di conferimento di un bene, di un importante sovrapprezzo con l'effetto di incrementare il patrimonio sociale complessivo senza che a un siffatto apporto corrisponda una corrispondente partecipazione da parte del socio conferente agli utili. Si consideri pure l'evidente arricchimento degli altri soci ove si addivenisse, in sede di scioglimento e liquidazione, alla ripartizione del patrimonio.

Una siffatta operazione è idonea a realizzare una liberalità non donativa a favore degli altri soci?

E' questa, a mio avviso, la domanda illuminante per indagare i rapporti tra la *causa societatis* e la vicenda successoria.

Se la risposta a tale quesito fosse sempre negativa, indipendentemente da ogni circostanza ed, evidentemente dalla faccenda probatoria, posto che l'*animus donandi* non può mai presumersi, si paleserebbe un evidente prevalenza a tutti gli effetti del diritto societario sul diritto delle successioni, sottraendo, a mezzo dello schermo societario, quella parte di disciplina delle successioni che rimane sempre applicabile anche ove lo spossessamento avvenga in vita del defunto a mezzo di atti connotati da liberalità (donative e non). Ci si riferisce agli istituti della collazione, imputazione ed eventualmente riduzione.

Si aggiunga che se la risposta al quesito di cui sopra fosse sempre negativa, diverrebbe conclamato che lo schermo societario serve anche e soprattutto, in contesti familiari, a eludere la vicenda successoria, non solo sotto il profilo oggettivo dei beni (o del loro controvalore economico) idonei a cadere in eredità, ma anche sotto il profilo stesso dell'*an* ove il conferimento o l'apporto, comunque denominato, avvenga in una società nella quale l'alienante ha una partecipazione minima con l'effetto di un indiretto, ma palese, arricchimento degli altri soci.

Nel contesto europeo mi pare che il tema dei rapporti tra diritto societario e successorio sia sentito con la stessa intensità dell'ordinamento italiano e di quei sistemi giuridici che pur evolvendosi condividono il medesimo sistema valoriale di fondo, ispirato alla tutela sostanziale della famiglia o comunque dei nuclei affettivi riconosciuti.

Agli ordinamenti di *common law* in tema sul confronto causale tra questi due ambiti del diritto è molto più estraneo. Una prima ragione, evidentemente, sta nella diversa rilevanza del profilo causale degli spostamenti patrimoniali, ma soprattutto si tratta di Paesi ispirati a principi e valori di fondo radicalmente diversi. La libertà di testare, intesa in senso massimo e il limitato riconoscimento di diritti a determinati soggetti particolarmente vicini al defunto, comunque mai qualitativi, ma solo quantitativi, rendono estranei i problemi di compatibilità con la devoluzione successoria a mezzo di clausole di predisposizione contenute negli statuti. Il trust poi è certamente idoneo ad abbracciare e accogliere tutte le possibili istanze del testatore che voglia assicurarsi che il passaggio generazionale avvenga in maniera controllata nel tempo e secondo le sue volontà.

Non per questo però per l'Europa non si deve porre il problema del coordinamento delle due materie, posto che proprio a fronte della diversità di disciplina e di sistemi valoriali degli ordinamenti dei singoli Stati membri, si deve evitare che nelle vicende connotate da elementi di internazionalità, alcuni cittadini abbiano più *chances* di regolare e pianificare la propria successione.

La scelta di procedere per gradi partendo dall'armonizzazione dei criteri per l'individuazione della legge applicabile risponde alle numerose complessità che si riscontrano in una vicenda che per interessi sociali di fondo rimane molto vicina al comune sentire dei cittadini di ogni Stato.

5.2. Efficienza e solidarietà di un sistema. Fattori strategici di successo del passaggio generazionale

La successione necessaria ed i patti successori sono tra gli istituti, insieme con le forme testamentarie, ad essere più utilizzati per un'indagine sull'efficienza delle scelte.

Nella successione necessaria sono due i paradigmi di fondo. Il primo passa per l'attribuzione di una quota determinata a determinati soggetti, indipendentemente da ogni valutazione circa i loro effettivi bisogni.

Il secondo risponde alla scelta di dotare di risorse determinati soggetti che ne abbiano bisogno, senza una preventiva valutazione *ex ante*. E' rimesso infatti al giudice il ruolo di determinare la misura, la modalità e l'entità delle risorse da destinare a soggetti bisognosi.

Nel primo modello si assiste a declinazioni in ragione del tipo di tutela che viene riconosciuta ai legittimari e la tutela reale del modello italiano è certamente la più rigida e protettiva degli interessi di detti soggetti.

Nel secondo modello è rimesso alla discrezionalità del giudice stabilire se ricorra uno stato di bisogno del legittimario tale da assicurargli una tutela (in genere un diritto di natura alimentare) da prendersi dal patrimonio ereditario.

Nei primi modelli, in ragione della tutela dei legittimari si sviluppano quei correttivi volti a correggere la volontà del testatore a fronte degli abusi commessi da questo a mezzo di liberalità. La libertà testamentaria è certamente più limitata, ma *ex post* le scelte del testatore sembrano scontare minori incertezze sul piano di un eventuale contenzioso giudiziario.

Nei secondi modelli è maggiore il rischio di litigiosità all'apertura della successione e l'inefficienza di tali scelte può manifestarsi nel rimettere al giudizio discrezionale dell'autorità giudiziaria la misura della tutela del legittimario, misura che non è conoscibile a priori nemmeno dal disponente.

Sotto il profilo dei patti successori non è scontato nemmeno che la loro ammissibilità costituisca una scelta necessariamente efficiente.

Il tema in particolare riguarda il patto successorio istitutivo. Negli ordinamenti in cui è ammesso esso rischia di rivelarsi inefficiente per l'evidente ragione che il bene oggetto della disposizione non è ancora individuato perché si specificherà al momento dell'apertura della successione in ragione della composizione patrimoniale.

Il patto successorio istitutivo, poi, non mutila il potere di disporre dei diritti che si trovano nel patrimonio del disponente.

In definitiva, sono le sopravvenienze a minare l'efficienza di tali patti istitutivi.

Nei paesi che invece conoscono il divieto l'inefficienza si palesa nell'impossibilità di attuare, ricorrendone le circostanze, una pianificazione della successione.

Nello scontro tra tali diversi approcci al tema, uno spazio autonomo di riflessione dovrebbe trarsi nell'esigenza di favorire quelle pianificazioni, specie quando si abbia ad oggetto l'attività di impresa, ove sussista il placet di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti dalla morte dell'imprenditore persona fisica.

Un momento di congiuntura tra le mutate esigenze e diversi sistemi valoriali dovrebbe aversi nella possibilità di coinvolgere i legittimari e di render giuridicamente vincolante una loro manifestazione di adesione all'eventuale programma del disponente a mezzo del patto successorio rinunziativo.

Solo la stabilità giuridica che sia predicabile *ex ante*, salvi gli ordinari rimedi civilistici, potrebbe consentire una efficace programmazione e pianificazione della successione a quel punto in grado di concentrarsi su tutte le possibili fasi del processo di successione. Per conservare il valore produttivo delle piccole e medie imprese del tessuto europeo l'imprenditore – disponente deve essere nella condizione di programmare non solo il piano familiare e patrimoniale, ma deve potersi dedicare, proprio per avere qualche chance che l'attività di impresa sopravviva ad un momento delicato come quello del passaggio di testimone, anche al piano aziendale e di *management* in senso ampio. Evidentemente anche alla fase di pianificazione sono connessi dei costi,

ma il costo di tutti tali piani strategici diventa un investimento nella misura in cui riesca effettivamente a preservare il valore della ricchezza del bene produttivo.

Bibliografia

- AA.VV, *Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, in materia di successioni, Prime note sulle questioni di maggiore interesse notarile* (a cura di D. Boulanger, E. Calò, C. Foekherer, G. Liotta, R. Sus), in CNN Notizie© Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato del 03 settembre 2012, Settore Unione Europea
- AA.VV, *Patti di famiglia per l'impresa, in Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006
- AA.VV., *Il patto di famiglia*, a cura di U. La Porta, Torino, 2007
- AA.VV., *Il patto di famiglia*, a cura di N. Di Mauro, E. Minervini e V. Verdicchio, Milano, 2006
- AA.VV., *Patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, in *Leggi civ. comm.*, 2007
- AA.VV., art. 768 bis - 768 octies, in *Comm. c.c. E. Gabrielli, Delle successioni, III*, Torino, 2009
- AA.VV., *Il patto di famiglia*, a cura di G. Palermo, Torino, 2009
- AA.VV., in G. De Nova, F. Delfini, S. Rampolla e A. Venditti (a cura di), *Il patto di famiglia*, Milano, 2006
- AA. VV., *Art. 722*, in *Commentario breve al Codice Civile* (a cura di G. Cian e A. Trabucchi)
- G. AMADIO, *la successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 803 e ss.

- G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in Riv. dir. civ., 2007, II, 345
- G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Scritti per A. Scialoja*, Bologna, 1953
- G. AZZARITI, *Successioni e donazioni*, Padova, 1982
- L. BALESTRA, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione (Parte prima)*, in Riv. trim., 2007, I
- L. BALESTRA, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione (Parte seconda)*, 2007, I
- L. BALESTRA, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in Fam. pers. succ., 2007
- B. BAREL *La disciplina dei patti successori*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013.
- G. BIAGIONI, *L'ambito di applicazione*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 2005
- P. BERTOLI, *Art. 1 – DI*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») – Commentario* (a cura di Salerno e Franzina), in *Nuove leggi civili commentate*, 2009
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002

- G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009
- G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006
- G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, p. 581 e ss.
- A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2010
- W.W. BUCKLAND – A.D. MCNAIR, *Roman law and common law*, Cambridge university press, 2008
- C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006
- C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni a cura di Pietro Rescigno*, Padova, 1994
- E. CALÒ, *Il progetto di Regolamento U.E. sulla legge applicabile alle successioni*, in *Notariato*, 2010
- E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, nota a Cass. 24 giugno 1996 n. 5832, in *N. Giur. Civ.*, 1997, I, p. 167
- E. CALÒ, *La successione in diritto comparato*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013.
- E. CALÒ, *L'inarrestabile declino della cittadinanza altrui: il Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012*, in *Corriere Giuridico*, 2013

E. CALÒ, *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova Giuris. Civ. e Comm.*, 1997

M. CALOGERO, *Tontine e Achat tontine*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p. 774

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto dell'impresa*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Campobasso, vol.1, 2009

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Campobasso, vol.1, 2009

R. CARAVAGLIOS, *Incidenza sulla successione «mortis causa» della clausola di gradimento*, in *Società*, 1996, 1, p. 80 e ss.

L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte Generale*, Napoli, 1977

L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, Padova, 2008

U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969

L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979

A. CICU, *Le successioni per causa di morte, parte generale*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1961

A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947

C. CLERICI, *sub art. 2501-ter*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – M. Notari, Milano, 2006

A. COLLI, *Capitalismo familiare*, Bologna, 2006

G. COTTINO, *Diritto commerciale*, t. 2, Padova, 1994, p. 235 e ss.

D. DAMASCELLI, *I criteri di collegamento*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013.

- D. DAMASCELLI, voce *Successioni (diritto internazionale privato e processuale europeo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2013
- A. DE CUPIS, voce *Successione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano, 1990
- S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. notariato*, 2006, 889
- S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto, ed effetti del patto di famiglia in Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007
- M. DI FABIO, *Riforma societaria e circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Riv. Not.* 2003, I, p. 811
- F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1992,
- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino), Milano, 2009
- P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001
- M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976
- A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, 1847
- G. DELL'AMORE, *Le fonti del risparmio familiare*, Milano, 1961
- M. DI FABIO, *Riforma societaria e circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Riv. Not.* 2003, I, p. 811,
- R. DONCKLES e E. FROLICH, *Are family business really different? European experiences from a stratos*, in *Family Business Review*, 1991
- R.G. DONNELEY, *The family business*, in *Family Business Review*, 1988
- F. FERRARA – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006
- F. FERRARI, *Il passaggio generazionale nelle PMI*, Milano, 2005

- R. FERRARIS FRANCESCHI, *L'azienda: caratteri discriminanti, criteri di gestione, strutture e problemi di governo economico*, in E. Cavalieri e R. Ferraris Franceschi, *Economia aziendale*, Vol. I, Torino 2000
- G.FERRERO, *Imprese e management*, Milano, 1987
- G . FERRI, *Le società – sub. Art. 2284*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1968
- L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981
- L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile* (a cura di Scialoja e Branca), Bologna-Roma, 1980
- L. FERRI, *Dei legittimari, Art. 536-564*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981
- P. FRANZINA, *Ragioni, valori e collocazione sistematica*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (a cura di P. Franzina e A. Leandro), Milano, 2013
- A. FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, 5, p. 559 e ss.
- A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013, n.3, pp. 391.
- A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contr. Impr. Europa*, 2009, fasc.1, pp.427-464.
- G. GABRIELLI, *Dei legittimari*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, V, Padova, 1992

- F. GALGANO, *Delle persone giuridiche* (artt. 11-35), in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969
- F. GALGANO, *Diritto Commerciale, I*, Bologna, 2011
- F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987
- F. GALGANO, voce «*Fondazione*», in Enc. Giur. Treccani, XIV, Roma, 1989
- A. GAMBARO, Il modello francese, in A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002
- A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, relazione tenuta al Congresso nazionale della Società Italiana Ricerche Diritto Comparato (SIRDC), Milano, 5-7 maggio 2011
- A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto, IV ed., s sez. civ., vol. XIX*, Torino, 1999
- F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 217
- F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (A proposito dei novellati art. 561 e 563 C.C.)*, in *Giust. Civ.*, 1, 2006, p. 3
- L. GENGHINI E P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, Padova, 2012
- G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1891
- S. GIACOMELLI E S. TRENTO, *Proprietà, controllo e trasferimenti nelle imprese italiane. Cosa è cambiato nel decennio 1993-2003*, in *Temi di discussione. Servizio Studi. Banca d'Italia*, 2003
- M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972
- M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995
- M. GRIMALDI, *Droit civil. Les successions*, Paris, 2001

- W. HANDLER, *Methodological issues and considerations in studying family business*, in *Family Business Review*, 1982
- M. IEVA, voce *Successione, X – fenomeni parasuccessori*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 2002
- S. KALSS, *General report*, in *Company law and the Law of the Succession*, World Congress, Académie internationale de droit compare, Vienna, 2014
- P. KINDLER, *From nationality to habitual residence: some brief remarks on the future EU regulation on International successions and wills*, in *Convergence and divergence in private International law – Liber amicorum Kurt Siehr* (a cura di Boele – Woelki, Einhorn, Girsberger and Symeonides), Basel – The Hague, 2010
- I. KROPFENBERG, *Nationale Rechtskulturen und die Schaffung eines europäischen Erbrechts*, in *Europaisierung des Rechts* (a cura di Roth), Tubingen, 2010
- C. JUBAULT, *Droit civil, les succession – Les libéralités*, Parigi, 2010
- M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno e M. Ieva, II, Padova, 2^a ed., 2010
- M. IEVA, *Profili strutturali del patto di famiglia*, in *Donazioni, atti gratuiti, Patti di famiglia e Trusts successori* a cura di E. Del Prato, M. Costanza, P. Manes, Bologna-Roma, 2010
- L. LEVENEUR E S. MAZEAUD – LEVENEUR, *Succession-Libéralités*, in *Leçon de droit civil*, a cura di H. e L. Mazeud, J. Mazeud e F. Chabas, IV, vol. II, 5, Parigi, 1999

E. LEIN, *A further step towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*, in *Yearbook of Private International Law*, 2009

M.T. LIGOZZI, *Sulla presunta erosione del divieto dei patti successori*, in *Notariato*, 2009, 6, p. 622.

M. C. LUPETTI, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *CNN notizie del 14 febbraio 2006*

M. LUPOI, *Trusts: A comparative Study*, Cambridge, 2000

F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 1417

P. MALAURIE E L. AYNÈS, *Les successions – Les libéralites*, Parigi, 2008

U. MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore: radici profane di una contrapposizione sacra fra common law e sistemi romanisti*, in *Studi in Onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, 26 marzo 2010

L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000

L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000

A. MELLOWS, *The Law of Succession*, London, 1977

- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1953/1962
- R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal origins Thesis, Doing Business Report, and the Silence of Traditional Comparative law*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 2009
- G. MILLER, *International Aspects of Successions*, London, 2000
- A. MIRANDA, *Il Testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995
- G. MORELLI, *Elementi e nozioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1986
- I. NAJJAR, voce *Pactes sur succeson future*, in *Encyclopédie Dalloz*, vol. III, Parigi, 2007
- M. NOTARI, *Le società azionarie: Disposizioni generali. Conferimenti. Azioni*, in *Diritto delle Società. Manuale breve*, Milano, 2004
- G. OPPO, *Patto di famiglia e diritti della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 441
- A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 261
- A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato teorico – pratico di diritto privato* (diretto dal G. Alpa e S. Patti), Padova, 2008
- M. PALLICCIA, *Testamento e Probate nei paesi angolosassoni*, Torino, 1935
- G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 146
- G. PETRELLI, *La nuova disciplina del “patto di famiglia”*, in *Riv. not.*, 2006, I, 402

- A. PICCIAU, *Commento all'art. 2506*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi – M. Notari, Milano, 2006
- P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, in *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, p. 811 e ss
- P. RESCIGNO *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987
- A. RESTUCCIA, *Divieto dei patti successori, successione nell'impresa e tutela di legittimari*, in *Il patto di famiglia* a cura di U. La Porta, Milano, 2007
- F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006
- A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994
- C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, in *Notariato* 2/2014
- C. ROMANO, *Tecniche di apporzionamento nella divisione del testatore in presenza di legittimari*, *Notariato* 1/2011
- R. RORDORF, *Trasmissione agli eredi di quote sociali*, nota a Trib. Milano 17 aprile 1989
- F. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla successione legittima*, Roma, 1930
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997
- R. TAGIURI e J.A. DAVIS, *On the goals of successful family compagnie*, in *Family Business Review*, 5, 1992

- D. TESSERA, *Successioni e liberalità: la riforma francese*, in *Nuova Giur. Civ. e Comm.*, 2007, p. 358 e ss
- A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999
- A. TORRENTE, *La donazione*, in *trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956
- F. P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014
- F. P. TRAISCI, *Which future for European Law of Succession*, Munich, 2013
- C. VALLONE, *Il passaggio generazionale del family business e i fattori strategici di successo per la continuità aziendale Analisi comparata tra Italia e Gran Bretagna*, Milano, 2009
- A. VENDITTI, *L'eredità del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 217
- P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 459;
- D. W. M. WATERS, *Rapport explicatif*, La Haye, 1991
- A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma «indiretta»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1998, p. 1077 e ss.
- A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995
- A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di Diritto Comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 2002.
- A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione «anticipata» (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 273.
- A. ZOPPINI, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. It.*, 1997, 1, p. 147 SS

Giurisprudenza comunitaria

Corte di Giustizia, 17 marzo 1979, causa 143/78, *De Cavel I*

Corte di Giustizia, 1° marzo 1982, causa 25/81, *C.W.H.*

Corte di Giustizia, 8 luglio 1992, causa C-102/91, *Knoch*

Corte di Giustizia, 15 settembre 1994, causa C-452/93, *Magdalena Fernández*

Corte di Giustizia 20 marzo 1997, causa C-295/95, *Farrell*

Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Swaddling*

Giurisprudenza italiana

Cass. SS. UU. 8 febbraio 2006 n. 2637

Cass. 18 maggio 1945 n. 361

Cass. Civ. 17 marzo 1951 n. 685

Cass. Civ. 27 aprile 1968 n. 1311

Cass. Civ. 8 ottobre 1970 n. 1850

Cass. Civ. 3104/1972

Cass. 10 luglio 1971 n. 3969

Cass. Civ. 3104/1972

Cass. Civ. 16 aprile 1975 n. 1434

Cass. Civ. 9 luglio 1976 n. 2619

Cass. Civ. 16 luglio 1976 n. 2815

Cass. Civ. 14 luglio 1983 n. 4827

Cass. Civ. 18 dicembre 1995 n. 12906

Cass. Civ. 31 maggio 2012 n. 8352

Cass. Civ. 19 giugno 2013 n. 15395

Trib. Bolzano, 8 marzo 1968

App. Milano 7 maggio 1974

Trib. Vercelli, 19-11-1992