

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Corso di Dottorato in
Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”



u^b

**UNIVERSITÄT
BERN**

AMBULATORIA EST VOLUNTAS DEFUNCTI?

Ricerche sui ‘patti successori’ istitutivi

Tutors:

Prof. ssa Iole FARGNOLI

Prof. Lorenzo GAGLIARDI

Tesi di dottorato di:

Sabrina LO IACONO

Matr. n. R10500

2014-2017

Per aspera sic itur ad astra.
Seneca

INDICE GENERALE

Introduzione	1
--------------	---

CAPITOLO PRIMO

I PATTI SUCCESSORI NEL DIRITTO ITALIANO

1. Le forme di vocazione ereditaria nel diritto italiano; la libertà testamentaria	4
2. Atti: <i>mortis causa</i> ; <i>inter vivos</i> ; con effetti <i>post mortem</i> ; transmorte; di ultima volontà	8
3. Le tre categorie di patto successorio vietate dall'ordinamento; la disciplina della loro nullità e <i>ratio</i> del divieto	13
4. Il divieto dei patti successori di natura obbligatoria e la disciplina degli atti esecutivi dei medesimi	27
5. La riconoscibilità in Italia dei patti successori conclusi all'estero e la nuova disciplina di diritto comunitario	31
6. Alcune figure controverse: patti successori o altre tipologie di contratti?	44
7. I patti successori. Tendenze e nuove esigenze percepite all'interno del territorio nazionale italiano	74
8. Il rapporto tra il divieto dei patti successori e la successione necessaria	85

CAPITOLO SECONDO

I PATTI SUCCESSORI NEL DIRITTO SVIZZERO

9. La vocazione ereditaria e la successione necessaria nel diritto elvetico	94
10. Brevi cenni circa il dibattito sull'introduzione del patto successorio nell'ordinamento svizzero	102
11. I patti successori ammessi dal diritto successorio svizzero	105
12. Capacità di disporre <i>mortis causa</i> , vizi della volontà e forma del contratto	

successorio	118
13. La caducazione del patto successorio	128
14. L'apertura della successione; accettazione e rinuncia all'eredità	136
15. I patti successori dispositivi, i patti successori obbligatori e altri istituti	140
16. Il patto successorio nella sua applicazione pratica	143
17. Brevi riflessioni e nuovo progetto di riforma del diritto successorio	152

CAPITOLO TERZO

IL DIVIETO DEI “PATTI SUCCESSORI” NEL DIRITTO ROMANO

18. Questioni preliminari e nozione di riferimento	156
19. La presunta immoralità dei patti successori istitutivi e le obbligazioni di istituire erede	161
20. La revocabilità degli atti <i>mortis causa</i> in diritto romano	178
21. Considerazioni circa l'effettiva sussistenza del divieto	198
22. La <i>mancipatio familiae mortis causa</i>	209
23. La donazione <i>mortis causa</i>	214
24. La tutela dei diritti successori dei familiari più stretti del <i>de cuius</i>	226
25. I patti successori rinunciativi	241
26. Le ragioni del divieto	248
Considerazioni conclusive	258
BIBLIOGRAFIA	285
INDICE DELLE FONTI	298

INDICE GENERALE

Vorwort	1
---------	---

KAPITEL 1

DIE ERBVERTRÄGE IM ITALIENISCHEN RECHT

1. Die Formen der erblichen Berufung im italienischen Gesetz	4
2. Akten: <i>mortis causa</i> ; <i>inter vivos</i> ; mit <i>post mortem</i> Effekt; nach dem Tode; der letzte Wille	8
3. Die drei, im Erbvertrag gesetzlich verbotenen, Kategorien	13
4. Das Verbot von obligatorischen Erbverträgen und deren Durchführungsdisziplinen	27
5. Die Anerkennung von, im Ausland geschlossenen, Erbverträgen in Italien und die neue Disziplin des EU-Rechtes	31
6. Einige umstrittene Normen: Erbverträge oder andere Vertragsarten?	44
7. Die Erbverträge. Tendenzen und neue, innerhalb des italienischen Staatsgebietes wahrzunehmende Bedürfnisse	74
8. Das Verhältnis zwischen dem Verbot von Erbverträgen und die notwendige Erbfolge	85

KAPITEL 2

DIE ERBVERTRÄGE IM SCHWEIZERISCHEN RECHT

9. Die erbliche Berufung und die notwendige Erbfolge gemäss schweizer Gesetz	94
10. Kurze Notizen über die Debatte betreffend der Einführung des Erbvertrages in die schweizer Gesetzverordnung	102
11. Darauf folgende, vom Schweizer Erbrecht anerkannte, Erbverträge	105
12. Fähigkeit zur Erstellung von <i>mortis causa</i> , Willenslasten und Formen	

des Erbvertrages	118
13. Die Verfassungswidrigkeit des Erbvertrages	128
14. Die Eröffnung der Nachfolge; Akzeptierung oder Verzicht des Erbanteils	136
15. Die frei verfügbaren Erbverträge, die gesetzlich erforderlichen Erbverträge und Andere Einrichtungen	140
16. Die praktische Anwendung von Erbverträgen	143
17. Kurze Reflexionen und neue Projekte zur Reform des Erbrechtes	152

KAPITEL 3

DAS VERBOT DER “ERBVERTRÄGE” IM RÖMISCHEN RECHT

18. Preliminärangelegenheiten und Referenznotionen	156
19. Die angebliche Unmoral der gesetzlich geregelten Erbverträge und die Pflicht zur Ernennung eines Erben	161
20. Die Widerrufbarkeit der Akte <i>mortis causa</i> im römischen Recht	178
21. Überlegungen über die tatsächliche Existenz des Verbots	198
22. Die <i>mancipatio familiae mortis causa</i>	209
23. Die Schenkung <i>mortis causa</i>	214
24. Der Rechtsschutz der engeren Verwandtschaft	226
25. Die Erbverzichtsverträge	241
26. Die Verbotsgründe	248
Schlussbemerkungen	258
BIBLIOGRAFIE	285
QUELLENVERZEICHNIS	298

Introduzione

Questo lavoro di ricerca si propone l'obiettivo di indagare la categoria dei patti successori nel diritto romano, prendendo le mosse dal diritto italiano e cercando di arrivare ad una comparazione anche con il diritto svizzero, individuando la sussistenza o meno, nei tre ordinamenti, di un divieto dell'istituto e gli eventuali motivi alla base di esso.

Lo studio è incentrato essenzialmente (per il diritto romano) su una sola specie di patti successori, quelli istitutivi, ed è suddiviso in tre capitoli, ognuno dei quali dedicato a ciascuno degli ordinamenti sopra indicati.

Nel compiere l'attività d'indagine, mi è sembrato opportuno iniziare dal diritto italiano, così da delineare chiaramente la nozione di patto successorio da assumere come punto di riferimento della mia ricerca, anche nell'ambito del diritto romano. Infatti, non è possibile basarsi su una definizione romana dell'istituto né essa può essere individuata sulla base dell'analisi delle fattispecie concrete affrontate dalla giurisprudenza, del pensiero dei giuristi o di altre fonti del diritto; l'ordinamento giuridico romano, infatti, né prevede un divieto generale e astratto dei contratti successori né giunse mai a una formulazione scientifica e a un riconoscimento della categoria.

La seconda parte della ricerca è dedicata alla disciplina del contratto successorio in Svizzera, uno dei paesi che oggi ammettono tale istituto, con l'obiettivo di indagare le ragioni che ne giustificano il suo riconoscimento e che, anzi, lo pongono quale mezzo preferenziale scelto dai cittadini per disporre di una successione futura.

L'ultima parte del lavoro è dedicata al diritto romano e allo studio delle fattispecie affrontate nel Digesto e nel *Codex* nelle quali sia ravvisabile, secondo la definizione moderna, un patto successorio, analizzando l'esito delle decisioni prese in merito dai giuristi o dall'imperatore e le motivazioni su cui esse si fondavano.

In relazione al diritto romano, mi preme sottolineare come, quando ho iniziato ad avvicinarmi all'argomento dei patti successori, le mie idee a riguardo fossero assai diverse rispetto a quelle che, con l'avanzare della ricerca, si sono fatte strada.

Infatti, in principio, poiché tradizionalmente si afferma che il divieto dei patti successori oggi vigente in Italia tragga la propria origine dal diritto romano¹, pensavo che la proibizione

¹ C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1, Milano, 1964, 39 ss.; F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, 10; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, vol. XII, tomo I, Torino,

del contratto successorio fosse un divieto generale e astratto legato all'impossibilità, per il contraente che disponeva *mortis causa* del proprio patrimonio tramite tale istituto, di poter revocare a proprio arbitrio la disposizione successoria. La dottrina dominante ritiene che il principio *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (Ulp. D. 34.4.4) fosse un principio saldo nel diritto romano tale per cui ogni atto che non avesse permesso al *de cuius* di modificare la propria volontà fino all'ultimo istante della sua vita sarebbe stato considerato illecito e non ammesso dall'ordinamento.

Tuttavia, i risultati a cui si è pervenuti sembrano mettere in discussione l'orientamento prevalente. Mi sono presto accorta che, in realtà, non solo il divieto non venne mai sancito in termini generali e astratti e la categoria giuridica dei patti successori mai pienamente individuata, ma anche che esistevano ed erano ammessi istituti mediante i quali un soggetto sarebbe stato in grado di disporre dei propri beni in previsione della propria morte senza poter in seguito modificare la sua volontà.

Tale studio dei patti successori sia sotto un profilo moderno e comparatistico (anche se limitato al diritto italiano e al diritto svizzero) sia sotto un profilo storico, con riferimento al diritto romano, permette di giungere a una riflessione e a una conoscenza più profonda e consapevole dell'istituto, anche in ragione di una maggior comprensione delle motivazioni pratiche sottostanti il suo accoglimento o il suo divieto.

1977, 92; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 1, Milano, 2002, 27 e 2009, 39; B. TROISI, *Diritto civile. Lezioni*, Napoli, 2004, 258; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 443.

I PATTI SUCCESSORI
NEL DIRITTO ITALIANO

1. Le forme di vocazione ereditaria nel diritto italiano; la libertà testamentaria

Si ha “successione”, in senso lato, quando un rapporto giuridico, in conseguenza di un atto, di un fatto o di un negozio giuridico, si trasferisce a un diverso titolare, anziché estinguersi; la successione è dunque una vicenda modificativa del lato soggettivo di un determinato rapporto giuridico, che permane, nei suoi elementi oggettivi, identico a com'era in capo al soggetto predecessore².

La successione può essere *inter vivos* o *mortis causa*, a titolo universale o a titolo particolare.

Le forme di successione a causa di morte ammesse dalla legge italiana sono esclusivamente due: la successione legittima e la successione testamentaria. L'art. 457, comma 1, c.c., infatti, dispone: “L'eredità si devolve per legge o per testamento”. Pertanto, la legge garantisce che, in seguito alla morte di un soggetto, vi sarà una vocazione ereditaria a favore dei destinatari designati dalla legge stessa o dal testatore nel testamento³.

Il nostro ordinamento giuridico esclude dunque un *tertius genus* di successione a causa di morte e ne dà conferma all'articolo successivo, l'art. 458 c.c., escludendo espressamente la chiamata per mezzo di contratto⁴.

La successione testamentaria ha il suo fondamento nel testamento, ossia in un atto, unilaterale e revocabile, di volontà dispositiva dei propri beni (in tutto o in parte) per il tempo successivo alla propria morte in funzione e in previsione della stessa (art. 587 comma 1 c. c.). In esso la morte assurge specificatamente a elemento causale delle disposizioni testamentarie stesse⁵.

² G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in G. BONILINI (diretto da) *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, 5 s.

³ A. DE CUPIS, voce *Successione testamentaria*, in ED, 43, 1990, 1378.

⁴ La scelta del legislatore di limitare la vocazione non legale a quella testamentaria risulta anche da quanto si legge nella *Relazione al Re* del libro secondo del Codice civile: “Affermato nell'art. 2 [457 c.c.] il principio fondamentale del nostro diritto successorio, per cui le forme di successione sono due, la legale e la testamentaria, ho considerato di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della cosiddetta successione pattizia o patto successorio”. Si veda L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Dell'apertura della successione, della delazione e dell'acquisto dell'eredità. Della capacità di succedere - dell'indegnità. Della rappresentazione - dell'accettazione dell'eredità. Art. 456-511*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di Francesco Galgano). II. *Delle successioni*, Bologna-Roma, 1997, 99. È da sottolineare che il collegamento del divieto all'art 457 c.c. è vero per il principale patto successorio, quello istitutivo, mentre per gli altri due tipi (dispositivi e rinunziativi) la giustificazione deve trovarsi, come si vedrà nel § 3, altrove.

⁵ Il testamento si distingue dagli atti *inter vivos*, in cui la morte è solamente una modalità o condizione volontariamente apposta dai contraenti che influisce esclusivamente sulla loro efficacia e non anche sulla loro funzione causale. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 37 ss.; A. PALAZZO,

Il testamento, inoltre, è espressione dell'autonomia negoziale riconosciuta al privato e connessa alla garanzia della proprietà privata e dell'iniziativa economica⁶. In esso, la volontà del testatore assume un ruolo fondamentale e costui, disponendo delle proprie sostanze per il momento successivo alla propria morte, realizza la sua individualità anche al di là della stessa⁷.

L'annosa discussione avente a oggetto la preminenza, l'una sull'altra, della successione legittima o della successione testamentaria scaturisce dalla sussistenza di due diversi presupposti etici: da una parte la priorità da riconoscersi al privato di disporre a proprio piacimento dei propri beni, dall'altra l'esigenza di tutelare gli interessi familiari dei congiunti superstiti.

La discussione sembrerebbe risolversi nel senso di una preminenza della seconda sulla prima, anche tenendo in considerazione il disposto dell'art 457 comma 2 c.c., secondo cui non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi, in tutto o in parte, quella testamentaria o laddove la designazione testamentaria del chiamato sia travolta da nullità, sia annullata o comunque risulti inefficace; le norme della successione legittima hanno dunque carattere “suppletivo”, poiché operano solo in assenza di un testamento, e hanno carattere “dispositivo” nel senso che il testamento costituisce un’eccezione e una deroga alla disciplina legale⁸.

La grande rilevanza attribuita dal nostro ordinamento alla successione testamentaria si evince altresì dalla tutela della libertà testamentaria e della volontà del testatore: costui è libero di fare o non fare testamento, di attribuirgli il contenuto preferito (nel rispetto dei diritti dei legittimari), di mutarlo o revocarlo, anche senza disporre un altro (artt. 679-686 c.c.).

Anche la volontà del testatore, d'altra parte, è ampiamente tutelata; essa esprime la personalità del soggetto e per tale motivo gli artt. 631 e 632 c.c. escludono la rappresentanza, mentre l'art. 624 c.c. prevede l'impugnabilità del testamento per errore (entro determinati limiti, anche sul motivo), violenza o dolo. A tal proposito la legge prevede particolari sanzioni dei comportamenti lesivi della libertà testamentaria che si concretano nell'indegnità a succedere per titolo testamentario o anche legittimo del soggetto che li ha assunti (art. 463 n. 4-6 c.c.)⁹.

Autonomia contrattuale e successioni anomale, Napoli, 1983. Sulla differenza tra atti *mortis causa* e atti *inter vivos* si veda § 2.

⁶ “Il testamento nel rispetto dei doveri di solidarietà familiare assicurati attraverso le norme della successione necessaria, è manifestazione - l'ultima, se si considera che prende efficacia con la morte - del potere di disporre dei beni spettanti al proprietario”. P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1982, 576 s.

⁷ G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, II, Milano, 1959, 130 ss.

⁸ A. LISERRE, *Art. 457*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile, Delle successioni*, V. CUFFARO, F. DELFINI (a cura di), Milano, 2009, 22 s.

⁹ A. DE CUPIS, voce *Successione*, 1381.

Inoltre, la volontà del testatore, in quanto espressione della sua autonomia negoziale e della sua personalità, deve essere ricercata con la massima ampiezza in sede interpretativa: alla volontà del testatore si dovrà guardare, attraverso l'esame del contesto del testamento e di elementi esterni, qualora la stessa non sia stata congruamente manifestata nella disposizione testamentaria (artt. 588 comma 2 e 625 c.c.); anche nel caso di mancato rispetto delle formalità previste per la forma di testamento impiegata, la volontà dispositiva del testatore deve prevalere e, pertanto, dovrà essere privilegiata la forma validamente concorrente (ad esempio, validità del testamento segreto come olografo *ex art. 607 c.c.*); l'interpretazione dovrà essere compiuta tenendo conto della volontà del *de cuius* anche quando le disposizioni, in sé e per sé considerate, non sarebbero sufficienti a realizzare lo scopo sostanzialmente voluto dal testatore (artt. 629 e 630 c.c.), ecc.¹⁰.

Dunque, da quanto fin qui esposto (l'ampiezza della libertà testamentaria, la sua tutela rispetto i comportamenti lesivi della stessa, la latitudine della ricerca della volontà del testatore, la salvezza dell'efficacia di tale volontà, l'espansione e l'integrazione della medesima efficacia), emerge il favore del legislatore per la successione testamentaria.

Il testamento è definito dalla legge “atto revocabile” (art. 587, comma 1, c.c.¹¹). Il potere di revoca riconosciuto al testatore, ritenuto esplicitazione della sua stessa autonomia privata, permette l'eliminazione del regolamento di interessi precedentemente formulato in ragione di un mutato giudizio relativo alla sua convenienza. Si tratta di una caratteristica essenziale: alla facoltà di revoca del testamento non si può in alcun modo rinunciare e ogni clausola o condizione contraria è nulla (art. 679 c. c.).

La ragione politica della revocabilità del testamento risiede nello scopo del medesimo: poiché con il testamento il testatore dispone del proprio patrimonio per il tempo successivo alla propria morte e la sua volontà non produrrà alcun effetto prima di quel momento, non vi è alcun motivo di escludere la possibilità che essa venga modificata.

Il principio della revocabilità è principio di ordine pubblico, tutelato da quanto disposto, come già poc'anzi rilevato, dall'art. 679 c.c. e dall'art. 458 c.c., che nega la possibilità di disporre del proprio patrimonio per convenzione (che per sua natura sarebbe irrevocabile) e 635 c.c., che sancisce la nullità del testamento reciproco¹².

¹⁰ Una tendenza al *favor testamenti* è riscontrabile anche nel diritto romano in cui vi è stata una vera e propria evoluzione volta a dare maggior rilevanza alla volontà del testatore, anche a discapito della forma, prima fondamentale. Si veda § 20.

¹¹ Art. 587, comma 1, c.c.: “Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse”.

¹² G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2, Milano, 2015, 975 s.

Inoltre, per l'esigenza di tutelare e assicurare la libertà di disporre della propria successione, è inammissibile il contratto di revoca, ossia la convenzione con la quale il testatore e un altro soggetto (quale, ad esempio, un erede legittimario - che diverrà erede a seguito della revoca del testamento -) si accordino su di essa.

Rispetto all'interesse che ispira la successione testamentaria (e che è prevalente rispetto a quello familiare, che orienta la successione legittima e che si estende anche a parenti i cui vincoli morali con il *de cuius* sono molto tenui), un interesse superiore è ravvisabile unicamente relativamente ai successori legittimari, ossia il coniuge, i figli e gli ascendenti legittimi (art. 536 c.c.), i quali sono legati al *de cuius* da un rapporto tendenzialmente stretto che, secondo il nostro ordinamento, deve avere la giusta tutela. Riflesso di ciò è l'inderogabilità delle norme della successione necessaria.

L'autonomia privata riconosciuta dall'ordinamento alla persona fisica di disporre dei propri beni per donazione o mediante testamento non è dunque assoluta, ma limitata dalle norme che prevedono la riserva di una quota del patrimonio netto del defunto ad alcune classi di successibili qualificati come "legittimari" dall'art. 536 c.c. Lo stesso art. 457, comma 3, c.c. stabilisce che "le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari". La violazione di tali diritti, pur essendo le norme che li tutelano norme cogenti, comporta non la sanzione generale di nullità dei negozi contrari a norme imperative (art. 1418 c.c.), ma una sanzione minore di impugnativa negoziale mediante l'azione di riduzione, concessa anche quando la lesione della quota di riserva sia causata dalle donazioni compiute in vita dal *de cuius* (eventualità da valutare a seguito della c.d. riunione fittizia)¹³.

¹³ A. LISERRE, *Art. 457*, 27.

2. Atti: *mortis causa*; *inter vivos*; con effetti *post mortem*; transmorte; di ultima volontà.

Per procedere in modo chiaro all'analisi della categoria dei patti successori (anche al fine di distinguerli da altri istituti simili) è fondamentale contraddistinguere le categorie, ormai comunemente differenziate in dottrina, degli atti *inter vivos* e degli atti *mortis causa*¹⁴ e, all'interno della prima, degli atti con effetti *post mortem* e degli atti transmorte.

La ripartizione è incentrata sulla funzione dell'atto e sui suoi effetti¹⁵.

I negozi *inter vivos* disciplinano la situazione giuridica attuale tra le parti contraenti, anche nel caso in cui siano sottoposti a condizione o differiti nel tempo: la morte, nei casi in cui nell'atto si faccia riferimento alla dipartita di una delle parti stesse, costituisce solo un elemento accidentale del negozio e non attinente alla funzione tipica dell'atto.

Il negozio *mortis causa*, invece, regola la successione del disponente, disciplinando la sorte del suo patrimonio in riferimento al periodo successivo alla sua morte; l'atto *mortis causa* è in sostanza volto a disciplinare situazioni giuridiche che traggono origine, qualificazione e individuazione autonoma dalla morte dell'autore. La morte del disponente stesso, dunque, assurge ad elemento causale del negozio e determina il costituirsi di un rapporto prima inesistente; difatti, prima di tale momento, l'atto *mortis causa* non ha alcun effetto sul patrimonio o sui singoli beni del disponente¹⁶.

Nell'odierna dottrina ha assunto rilevanza l'elaborazione compiuta sul tema da G. Giampiccolo, tanto da divenire poi una costante esplicativa nei lavori successivi dedicati ai patti successori. Secondo l'Autore, gli elementi che individuano un negozio *mortis causa* sarebbero: “a) la considerazione del bene oggetto dell'attribuzione come una entità commisurata al tempo della morte dell'attribuente; b) la considerazione del beneficiario come soggetto esistente a quello stesso momento”¹⁷.

Perciò, negli atti *mortis causa*, i beni sono regolati nello stato in cui si trovano al momento dell'apertura della successione (l'istituzione d'erede testamentaria, ad esempio, si riferisce all'ammontare del patrimonio del defunto in tale momento e non in quello di confezionamento

¹⁴ In diritto romano, i *prudentes* non procedettero mai a una consapevole contrapposizione tra esse, come, invece, avviene nella dogmatica moderna. Si veda § 18.

¹⁵ Cfr. S. P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, in F. Galgano (a cura di), *Le monografie di contratto e impresa*, Milano, 2014, p. 116.

¹⁶ M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, in ED, 32, 1982, 535; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, 37 ss.; ID., voce *Atto mortis causa*, in ED, 4, 1959, 232 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 44 s.

¹⁷ G. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, 233.

del testamento). In altri termini, ciò che connota l'attribuzione *mortis causa* dal punto di vista oggettivo è l'essere un'attribuzione *de residuo*¹⁸.

È essenziale alla nozione di atto *mortis causa*, poi, che il beneficiario delle disposizioni successorie sopravviva al defunto disponente. Ciò in quanto la dottrina individua come tratto saliente ed elemento rilevatore della sussistenza di un atto *mortis causa* la totale inefficacia del medesimo nei confronti dei terzi prima che si verifichi l'evento morte.

La dottrina e i commentatori, già nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del Codice civile del 1942 enuclearono la distinzione tra le due diverse categorie di *atti mortis causa* e atti con effetti *post mortem*¹⁹ e, successivamente, elaborarono anche quella dei negozi transmorte.

La bipartizione dogmatica tra atti *mortis causa* e atti con effetti *post mortem* trova la sua motivazione nella necessità di individuare chiaramente ciò che è vietato e ciò che, invece, è consentito alla luce del divieto *ex art. 458 c.c.* al fine di tentarne un superamento.

Infatti, vi è un campo d'indagine delimitato, a un'estremità, dall'atto assolutamente revocabile e valido, il testamento, e, all'altra, da quello irrevocabile e nullo, il patto successorio, all'interno del quale si possono individuare e sono sempre maggiormente adoperati nella prassi istituti alternativi al testamento.

Tuttavia, distinguere un contratto valido da un patto successorio nullo comporta non poche difficoltà per la giurisprudenza in quanto il concetto di atto *mortis causa* e quello di atto con effetti *post mortem* si rivelano imprecisi e sfuggenti nel momento della loro applicazione pratica²⁰.

Si parla di atto con effetti *post mortem* quando si fa riferimento ad un atto *inter vivos* in cui la morte assurge ad evento dedotto in condizione o come termine fissato dalle parti per la

¹⁸ “L'attribuzione *mortis causa*, per essere tale, non può non avere ad oggetto che un *quid superest*, ed implica sempre la condizione di sopravvivenza del beneficiario all'attribuente”, G. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, 233.

¹⁹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, 40 ss; 327 ss. È preferibile parlare di atti con effetti *post mortem* e non di atti *post mortem* per evitare il rischio di una confusione terminologica poiché parte della dottrina utilizza la seconda locuzione per identificare quei negozi di natura non patrimoniale che possono trovare spazio nel testamento ai sensi dell'art. 587 c.c. Si tratta di quegli atti che, contenuti in un testamento e adeguandosi a tale forma di emissione della dichiarazione, acquistano rilevanza giuridica nei confronti della generalità dei terzi con la morte del loro autore (ad esempio, la confessione, la dichiarazione di paternità, il riconoscimento di debito, ecc.); la realizzazione dell'effetto, pertanto, è posticipata a tale momento (al pari dell'atto ad effetti *post mortem*), ma, in questo caso, il differimento è legato alla forma di emissione dell'atto piuttosto che all'essere l'evento morte assunto a condizione dell'atto. L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, 87 s.

²⁰ M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 536.

disciplina di una situazione giuridica già preesistente all'apertura della successione e che con essa spiegherà semplicemente effetti definitivi.

Nei negozi ad effetto *post mortem*, pertanto, la morte ha rilevanza in ordine ai profili di efficacia della fattispecie: in costanza di vita vengono individuati sia il destinatario dell'attribuzione, sia l'ammontare della stessa, mentre gli effetti definitivi dell'atto si verificheranno posteriormente all'apertura della successione, apposta come termine o condizione (così come nel contratto a favore di terzo con prestazione da effettuarsi dopo la morte dello stipulante, art. 1412 c.c.²¹). Gli atti con effetti *post mortem*, inoltre, si caratterizzano (a differenza di quelli *transmorte*) per la carenza del potere di modifica di quanto in essi predisposto.

In sintesi, nelle due categorie di atti *mortis causa* e di atti con effetti *post mortem*, l'evento morte assume un diverso ruolo. Mentre nella prima categoria la morte costituisce l'elemento causale del negozio, al tempo stesso creatrice di un nuovo rapporto prima inesistente, nella categoria dell'atto *post mortem* il ruolo cambia: il rapporto giuridico è preesistente e la morte assume unicamente la funzione di regolare lo svolgimento effettuale del rapporto stesso²².

In conclusione, sulla base di quanto precedentemente asserito sulle due distinte categorie, è contratto *mortis causa*, e come tale nullo, l'atto irrevocabile mediante il quale il disponente trasferisce al soggetto beneficiario, a titolo oneroso o gratuito, il proprio patrimonio (o una sua quota o uno o più beni determinati) nella consistenza che risulterà dopo la sua morte, conservando il potere di trasferire e genericamente di disporre a proprio piacimento dei beni oggetto della disposizione contrattuale *mortis causa*. Di contro, è atto a effetti *post mortem*, ammesso, quello con cui il disponente cede uno o più beni *ex ante* determinati e in cui sarà la semplice efficacia negoziale ad essere o differita al momento della propria morte o condizionata alla propria premorienza; in tal caso il potere di disporre dei beni oggetto del contratto anche dopo la stipulazione del medesimo sarà limitato dagli effetti preliminari del meccanismo condizionale: al titolare dell'aspettativa giuridica spetteranno, infatti, azioni conservative e l'avveramento della condizione sospensiva travolgerebbe i negozi di disposizione eventualmente posti in essere dal titolare del diritto pendente.

La dottrina, infine, individua un'ulteriore tipologia di atto: l'atto *transmorte*.

²¹ Si veda *infra* § 6.

²² La distinzione tra atto *mortis causa* e atto ad effetti *post mortem* starebbe dunque in ciò: “nel primo, l'evento morte concorre a determinare la situazione regolata, che prima di esso non sussiste, nemmeno in maniera che sia *ex ante* determinabile; nel secondo, l'evento morte ‘sospende o limita semplicemente nel tempo gli effetti del negozio’, e dunque rinvia una vicenda già in tutto determinata”. L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 89.

Esso si caratterizza per il fatto: che l'uscita del bene dal patrimonio del disponente avviene antecedentemente alla sua morte; che l'attribuzione del bene al beneficiario diviene definitiva solamente in seguito alla morte del disponente (salva una possibile e parziale anticipazione degli effetti - di tipo successorio -, senza che ciò ne pregiudichi la possibilità di revoca); che quest'ultimo ha sempre diritto di modificare l'assetto patrimoniale da lui predisposto con l'atto (dunque *ad libitum suum*)²³. Pertanto, le caratteristiche principali di un atto transmortale sono l'efficacia traslativa immediata del bene che ne costituisce l'oggetto, l'evento morte quale condizione per l'efficacia di alcuni effetti negoziali e la titolarità di uno *ius poenitendi* in capo al disponente, quale il recesso o la revoca del contratto stesso, che tuttavia può farsi dipendere da un fatto che lo giustifichi²⁴.

La dottrina ha poi distinto i negozi di ultima volontà da quelli che di ultima volontà non sono, avendo riguardo, in questo caso, alla struttura dell'atto. Sono atti di ultima volontà quei negozi unilaterali essenzialmente revocabili fino alla morte del disponente, purché costui sia in grado di procedervi. Da tale definizione si evince che i negozi di ultima volontà possono essere solamente negozi *mortis causa*. Non vale, tuttavia, l'opposto: l'istituzione contrattuale di erede, come accennato ammessa da alcuni ordinamenti stranieri, è un esempio tipico di negozio *mortis causa* che non è, però, atto di ultima volontà, avendo, appunto, natura contrattuale; il patto successorio, infatti, è un negozio ("che non può essere sciolto che per mutuo consenso delle parti o per cause ammesse dalla legge", art. 1372 c.c.) in cui il recesso unilaterale è un diritto potestativo che deve essere espressamente previsto in favore della parte e che è esercitabile allorché non vi sia stato un principio di esecuzione (art. 1373 c.c.).

Sebbene differenti in ragione della revocabilità o meno dell'atto, dal punto di vista funzionale gli effetti dei due istituti (entrambi *mortis causa*) sono i medesimi: ambedue fanno riferimento al patrimonio del testatore/disponente contrattuale al momento dell'apertura della successione ed avranno efficacia solo nel caso in cui l'istituto non premuova²⁵.

²³ S. P. CERRI, *Negozi successorii*, 120 s. nt. 12.

²⁴ A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi. Grandi questioni e pareri*, in G. Palazzolo (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (diretto da G. Alpa e S. Patti), Padova, 2008, 254 s.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994, 235.

²⁵ La qualifica di atto revocabile deve tuttavia collegarsi al contenuto patrimoniale del testamento; il testamento può infatti contenere anche atti *mortis causa* non negoziali e dunque non revocabili (ad esempio, il riconoscimento di figlio naturale, ex art. 254, comma 1, c.c., o la confessione, ex art. 2735 c.c.; essi sono atti non negoziali, ma di accertamento). Inoltre, il fatto che tali atti siano contenuti in un testamento non toglie che ad essi si applichi la regolamentazione per essi prevista. Ad esempio, in relazione alla capacità, è efficace come atto *mortis causa* il testamento del minore sedicenne con il quale egli abbia riconosciuto il proprio figlio naturale o abbia espresso la volontà di legittimarlo. A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 9 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 776 s.

Tuttavia, dal divieto dei patti successori sancito nell'ordinamento italiano consegue che i negozi *mortis causa* debbano oggi assumere sempre la forma di atti di ultima volontà, ossia quella testamentaria²⁶.

²⁶ Il testamento non è stato l'unico negozio *mortis causa* ammesso nella storia del diritto privato italiano, essendo stati riconosciuti anche altri atti a causa di morte, come il c.d. patto di lucro dotale (con cui ciascun coniuge assegnava reciprocamente all'altro quanto residuava dalla dote al momento della morte) e la donazione *de residuo si premoriar* (con cui un soggetto donava ad un altro non beni sussistenti nel suo patrimonio al momento della stipulazione del contratto, ma quelli che sarebbero residuati dal patrimonio del donante al momento della sua morte).

3. Le tre categorie di patto successorio vietate dall'ordinamento; la disciplina della loro nullità e *ratio* del divieto

La nullità dei patti successori è sancita in forma generale e astratta nel Codice civile vigente dall'art. 458²⁷, che così recita: “Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 *bis* e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi”.

Il Codice civile del 1942 ha mantenuto il divieto dei patti successori già presente nel codice del 1865, ma ne ha cambiato la collocazione, espungendola dal campo contrattuale ed inserendola in quello successorio, e ne ha accolto una formulazione più generale, resa più esplicita e più aderente alla tripartizione dei patti stessi elaborata dalla dottrina; la norma, infatti, racchiude il divieto delle tre specie di patti successori: istitutivi, dispositivi e rinunciativi²⁸.

Si tratta di tre categorie eterogenee, sebbene accomunate nel divieto e nella sanzione di nullità dell'art 458 c.c. Ciò che probabilmente giustifica, nell'intenzione del legislatore, la considerazione unitaria delle tre diverse specie di patti successori è un'esigenza di esposizione sistematica delle “disposizioni generali sulle successioni”, cui è dedicato il Titolo I, del Libro II: una volta individuati i titoli di vocazione ereditaria consentiti dall'ordinamento italiano (legge e testamento, art. 457 c.c.), si è voluta escludere la delazione pattizia in tutte le sue forme mediante il disposto generico dell'art. 458 c.c., salutato dalla relazione ministeriale come logica conseguenza dell'articolo che lo precede²⁹.

²⁷ Articolo modificato dalla L. 14 febbraio 2006 n. 55.

²⁸ Il Codice unitario del 1865 accolse *in toto* il divieto dei patti successori, sebbene non con un'unica norma: l'art. 1118 c.c., dettato in tema di contratti, dopo aver enunciato il principio dell'idoneità delle cose future a formare oggetto di contratto, sancì il divieto generale di stipulazione attorno ad una successione non ancora aperta; l'art. 954 c.c. vietò la rinuncia all'eredità di una persona vivente e l'alienazione dei diritti eventuali su di essa, anche se contenuta nel contratto di matrimonio (possibilità ammessa, invece, dal *Code Civil* e, sulle sue orme, dai codici preunitari. C. LESSONA, *La revocabilità del testamento nella sua evoluzione storica*, Torino, 1886, 62: poiché “la famiglia non ha presso di noi l'importanza quasi di ente politico, il legislatore non crede di dover incoraggiare il matrimonio permettendo di spingervi i cittadini con la promessa di lucro”); l'art. 1380 c.c. inibiva agli sposi la stipula di convenzioni o la rinuncia volte a mutare l'ordine legale delle successioni; l'art. 1460 c.c., in tema di compravendita, confermava il divieto dei patti successori dispositivi prevedendo la nullità della vendita dei diritti di successione di una persona vivente, ancorché quest'ultima vi avesse acconsentito.

Il progetto definitivo del libro delle successioni del nuovo Codice civile italiano inizialmente riportava una sola norma del Codice unitario del 1865 (l'art. 954, riprodotto nell'art. 70 del progetto finale) che, regolando la sola ipotesi dei patti successori rinunciativi, sarebbe stata incompleta. Pertanto, nella stesura definitiva si intese dare al principio una portata generale, come si può facilmente constatare dalla lettura del dispositivo dell'art. 458 c.c. M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 534.

²⁹ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 74; L. FERRI, *Disposizioni generali*, 99. Anche la *Relazione del Guardasigilli alla Maestà del Re Imperatore*, al n. 225, considera corollario della duplicità delle forme di

L'eterogeneità (anche in riferimento alla loro *ratio*) delle tre figure di patti successori comprese nel divieto sancito dalla norma non impedisce il riconoscimento di due principi ad esse comuni, ossia: a) l'esistenza di un negozio giuridico non testamentario (normalmente un contratto, ma in alcuni casi anche un negozio unilaterale); b) la considerazione dell'oggetto del negozio come entità di una successione non ancora aperta³⁰.

La giurisprudenza, chiamata a dare una soluzione circa le controversie sulla validità di talune convenzioni aventi quale condizione o termine la morte di una delle parti o di un terzo, ha elaborato una serie di indicatori volti a distinguere le convenzioni valide dai patti successori, nulli *ex art. 458 c.c.* In particolare, occorre accertare se: il negozio sia stato stipulato prima dell'apertura della successione alla quale si riferisce; il vincolo giuridico creato con l'atto abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi a una successione non ancora aperta; la cosa o i diritti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano essere comunque compresi nella stessa; il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi, in tal modo, dello *ius poenitendi* (patti successori istitutivi); l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa (patti successori dispositivi e rinunciativi); il trasferimento convenuto tra le parti, tra promittente e promissario, avvenga *mortis causa* (per i soli patti successori istitutivi)³¹.

successione (legale e testamentaria) l'espressa esclusione di una terza "causa di delazione ossia del contratto come titolo di successione".

³⁰ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2015, 39; Cass. n. 361/1950; Cass. n. 700/1971.

³¹ Cass. n. 1683/1995; Cass. n. 26946/2008. Con la prima sentenza, i giudici di legittimità, precisando i criteri atti a identificare i patti successori, hanno escluso la presenza di un tale istituto nella promessa di vendere la quota indivisa dei 2/9 della nuda proprietà di una casa di abitazione al figlio naturale del coniuge della promittente, dopo la morte del coniuge stesso. Si legge nella motivazione che si è escluso che il coniuge parte del preliminare abbia disposto della propria successione in quanto i beni oggetto della promessa di vendita non erano beni da prendersi dall'eredità del coniuge premorto, bensì beni già appartenenti alla venditrice come quota della comunione familiare, temporaneamente indisponibile solo in virtù delle norme che regolavano la comunione tra i coniugi. La morte del coniuge, dunque, non è stata causa dell'acquisto di tali beni, ma semplice momento della loro disponibilità. Con la seconda sentenza, sempre dopo aver individuato i criteri distintivi della categoria del contratto successorio, la Cassazione ha affermato che non è configurabile un patto successorio dispositivo nella convenzione conclusa, contestualmente a due distinti atti di donazione, tra i due donatari in base alla quale gli stessi, al fine di rispettare il volere del donante e perequare il valore patrimoniale già acquisito da ciascuno, rimettono ad un terzo la determinazione del valore delle rispettive donazioni, obbligandosi preventivamente ad accettare l'eventuale conguaglio da costui stabilito in caso di sproporzione tra le stesse.

Si veda G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile. Complemento giurisprudenziale*, I, Padova, 2003, art. 458 c.c., 458 s; M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 535; A. PALAZZO, voce *Successioni (parte generale)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 19, 2001, 137. Si vedano altresì: Cass. n. 4053/1987 e Cass. n. 2404/1971; quest'ultima sentenza ha inoltre specificato che, in applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*, la nullità del patto successorio non determina anche la nullità del contratto nel quale è inserito, a meno che non risulti che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella clausola.

La categoria dei patti successori istitutivi ricomprende tutti quegli atti con cui una delle parti compie attribuzioni in favore dell'altra disponendo in funzione ed in vista della propria morte. Si tratta di veri e propri contratti successori, normalmente conclusi tra il futuro *dante causa* e il futuro erede³² (ad esempio, Tizio nomina contrattualmente Caio, che accetta, erede o legatario), che possono essere a titolo gratuito od oneroso e hanno natura di negozio *mortis causa* in quanto mirano a disciplinare “rapporti e situazioni che vengono a formarsi, in via originaria, con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione”³³.

Il patto istitutivo integra una vocazione pattizia: si tratta di un atto che è *mortis causa* e al contempo *inter vivos* e che costituisce, dunque, un'inaccettabile alternativa al testamento, unica fonte lecita di vocazione volontaria.

Un patto successorio istitutivo può avere quale oggetto l'intero patrimonio del disponente o una sua quota, realizzando così un'istituzione contrattuale di erede, oppure un singolo bene o più beni determinati, istituendo così contrattualmente un legatario.

Se il patto successorio istitutivo fosse valido produrrebbe i medesimi effetti di un testamento, pur con un'importante conseguenza: l'irrevocabilità ad arbitrio del disponente, stante la sua natura contrattuale.

È ugualmente nulla ogni disposizione successoria interdipendente con disposizioni successorie altrui. Pertanto, non è consentito a due o più persone di redigere un testamento unitario che disponga delle sostanze di entrambi a favore di un terzo o a vantaggio reciproco (testamento congiuntivo o reciproco, art. 589 c.c.)³⁴ ed è nulla l'istituzione di erede o il legato

³² Difatti, sono inclusi in questa categoria anche quei contratti in cui le parti non sono il futuro *dante causa* ed il futuro erede, ma il primo e una terza persona, come avviene, ad esempio, nel caso del mandato *mortis causa*, ulteriore figura che avrebbe l'effetto di determinare una delazione pattizia (per un approfondimento su quest'ultimo istituto si veda § 6).

³³G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, 41. Per un approfondimento sul negozio *mortis causa* e sul negozio *inter vivos* si veda *supra* § 2. Il solo effetto che la stipulazione del patto successorio produce immediatamente è il vincolo contrattuale che lega le parti a quanto in esso stabilito, salva la possibilità di revoca per atto contrario.

³⁴ Diverse pronunce della Corte di Cassazione, in ragione della libertà testamentaria quale diritto incoercibile di ciascun individuo, su cui il giudice può liberamente indagare al fine di raggiungere il proprio convincimento, hanno ravvisato la nullità di testamenti aventi pari data e identico contenuto e con i quali due persone disponevano l'una in favore dell'altra (c.d. testamenti reciproci), ritenendosi che i testatori si fossero reciprocamente influenzati e che, sebbene i testamenti fossero due, le loro volontà fossero in sostanza racchiuse in un unico atto, in violazione sia dell'art. 458 c.c. sia dell'art. 589 c.c. Tuttavia, una recente decisione di merito ha precisato che si ha testamento reciproco nullo soltanto quando le disposizioni testamentarie siano contenute in un unico atto; quando, invece, i testamenti sono contenuti in due atti distinti, non si rende applicabile l'art. 589 c.c. Inoltre, anche nel caso in cui i testamenti siano contestuali, il sospetto che i testatori abbiano stipulato un patto successorio, vietato dall'art. 458 c.c., deve trovare adeguato riscontro attraverso ulteriori elementi di prova diversi dal mero fatto della redazione avvenuta nello stesso giorno: in definitiva, occorre che si riscontri un'interdipendenza tra le disposizioni (T. Genova 12.9.2006). La Suprema Corte ha poi escluso che ricorra un patto successorio vietato nelle distinte schede testamentarie di due soggetti dirette a costituire un'unica fondazione e a nominarla erede universale, in quanto

disposti dal testatore a condizione di essere a sua volta avvantaggiato nel testamento dell'erede o del legatario (condizione di reciprocità, art. 635 c.c.).

Gli interessi sottostanti l'eventuale impiego di tale categoria di patto successorio possono essere molteplici: l'interesse del beneficiario della disposizione a contare sull'irrevocabilità della stessa; l'interesse del disponente a veder attribuita certezza all'assetto patrimoniale da lui pianificato e accettato dai singoli beneficiari; l'interesse di entrambe le parti alla costituzione di un vincolo sinallagmatico tra prestazione *mortis causa* e controprestazione³⁵.

I patti dispositivi sono quei contratti con i quali una parte dispone di un'eredità altrui, non ancora aperta.

Essi non regolano la devoluzione dell'eredità del disponente e non costituiscono legati contrattuali, ma dispongono di uno o più beni attualmente altrui, che il disponente prevede di acquistare (a titolo di erede o di legatario) in forza di successione non ancora apertasi, legittima o testamentaria. In ogni caso, il fenomeno successorio che riguarderà i beni oggetto del patto successorio dispositivo non sarà influenzato dal patto stesso³⁶.

Al contrario dei patti istitutivi, quelli dispositivi sono negozi³⁷ *inter vivos*.

Possono essere sia a titolo oneroso che gratuito. In quest'ultimo caso, qualora all'atto si accompagni anche lo spirito di liberalità, alla nullità *ex art. 458 c.c.* concorrerebbe anche quella prevista dall'art. 771, comma 1, c.c.: "La donazione non può comprendere che i beni presenti del donante. Se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati"³⁸.

È bene dare risalto, sin da subito, al fatto che, nonostante il codice vieti il contratto di donazione avente a oggetto beni futuri, d'altra parte ammette ed appresta un'apposita disciplina per la vendita di cose altrui e di cose future (artt. 1478 ss. c.c.)³⁹.

Il divieto *ex art. 458 c.c.*, pertanto, costituirebbe una delle deroghe legislative alla possibilità di dedurre in contratto la prestazione di cose future, prevista dall'art. 1348 c.c.

l'interesse perseguito dai testatori è da ritenersi di natura esclusivamente morale e non sarebbe ravvisabile il perseguimento di un vantaggio patrimoniale reciproco (Cass. n. 24813/2008).

³⁵ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 104 s.

³⁶ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 124 s.

³⁷ I patti successorii dispositivi hanno generalmente natura contrattuale, ma possono essere anche atti unilaterali (tale possibilità è suffragata dalla dizione "atto" adoperata dal legislatore nell'art. 458 c.c.); in quest'ultimo caso, essi, secondo alcuni autori, dovrebbero essere necessariamente obbligatori, posta la mancanza, nel diritto italiano, di negozi traslativi unilaterali, almeno di regola. Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. I. Parte generale*, Napoli, 1977, 3; 47.

³⁸ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 29; L. FERRI, *Disposizioni generali*, 98.

³⁹ Cfr. per tutti: Cass. n. 1165/1968; Cass. n. 527/1974; Cass. n. 4801/1978.

Non ogni negozio che disponga in concreto di una futura eredità è da ricondursi alla categoria dei patti successori dispositivi: il criterio discretivo tra patto successorio dispositivo e vendita di cosa altrui consiste nel determinare se nella comune intenzione delle parti contrattuali il bene oggetto del contratto sia stato dedotto in quanto facente parte di una futura eredità oppure in sé e per sé considerato (ad esempio, si avrà vendita di cosa altrui quando Tizio vende a Caio l'immobile di Sempronio, con il quale aveva in precedenza stipulato un contratto preliminare, e Sempronio muore nominandolo erede, senza che Caio se lo aspetti). In tale ultima ipotesi la vendita non è nulla e l'effetto reale si verifica automaticamente quando il bene passa *iure hereditatis*, al momento della morte del proprietario, al venditore, che nel frattempo non aveva adempiuto all'obbligo di acquistare la proprietà su di lui ricadente *ex contractu*. Dunque, la validità della pattuizione dipende dal movente soggettivo delle parti e la sua nullità non è legata all'illiceità dell'oggetto⁴⁰.

Indici rivelatori della sussistenza di un patto successorio dispositivo saranno: l'esistenza di un rapporto di parentela tra disponente e terzo titolare del bene che gli permetta di accedere alla successione intestata; l'esistenza di un testamento, conosciuto dal disponente, con il quale il bene gli venga attribuito; le modalità di acquisto del bene programmate dalle parti⁴¹.

Analogamente non può essere considerata un patto successorio dispositivo la vendita che uno compia con la convinzione che il bene oggetto della stessa sia proprio e non un bene che preveda di acquistare *mortis causa*⁴².

L'eventuale adesione del *de cuius* al patto dispositivo non varrebbe in alcun modo a sanarlo⁴³.

I patti rinunciativi, infine, sono atti *inter vivos* costituiti da ogni forma di rinuncia, a titolo oneroso o a titolo gratuito, ad un'eredità futura⁴⁴.

⁴⁰ G. CIAN (a cura di), *Commentario breve*, 452; G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 29; L. FERRI, *Disposizioni generali*, 98; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale*, 32 ss. In giurisprudenza: Cass. n. 2619/1976; Cass. n. 4801/1978; M. IEVA, *Art. 458*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del Codice civile, Delle successioni*, (a cura di) V. Cuffaro, F. Delfini, Milano, 2009, 50.

⁴¹ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 129.

⁴² Cass. n. 2261/1977.

⁴³ L. FERRI, *Disposizioni generali*, 105; A. PALAZZO, voce *Successioni*, 137. Secondo alcuni autori, il consenso del *de cuius* aggraverebbe la situazione in quanto andrebbe ad innestare un patto successorio istitutivo su di un patto dispositivo, aggiungendo un'ulteriore causa di nullità. Tuttavia, mi sembra che tale situazione non si realizzi, poiché, prestando il consenso, l'ereditando non dispone della sua successione e non si vincola in alcun modo a quanto stabilito nel patto dispositivo.

⁴⁴ È stato ravvisato un patto successorio rinunciativo nel caso di un'obbligazione assunta verso la propria sorella in correlazione con un'attribuzione patrimoniale effettuata dal comune genitore alla moglie dell'obbligato in quanto la causa di tale obbligazione doveva ravvisarsi nella rinuncia della controparte a far valere l'eventuale lesione dei propri diritti di legittima dopo l'apertura della successione del comune genitore. Si veda Cass. n. 4712/1978.

Questi si differenziano dagli altri patti successori in quanto non comportano la disposizione di propri diritti, presenti od eventuali, ma la rinuncia ai medesimi in modo tale da determinare l'acquisto in favore di altro successibile⁴⁵. Secondo alcuni autori, il patto rinunciativo non sarebbe altro che un sottotipo del patto dispositivo, caratterizzato dalla mancanza di una correlativa attribuzione⁴⁶.

La dottrina ha individuato una serie di norme che fanno da corollario a questo divieto: le norme in tema di rinuncia all'eredità di successione già apertasi, la c.d. rinuncia tipica (artt. 519 ss. c.c.); le disposizioni dettate a favore dei legittimari in tema di rinuncia all'azione di riduzione, che impediscono la rinuncia preventiva (mentre il *de cuius* è ancora in vita) sia che si realizzi con dichiarazione espressa sia prestando il consenso a una donazione (art. 557, comma 2, c.c.)⁴⁷.

Il divieto colpisce sia la rinuncia contrattuale (stipulata o con un terzo che trarrebbe beneficio dalla rinuncia, come il chiamato all'eredità in luogo del rinunciante o un coerede con diritto di accrescimento, o con lo stesso soggetto della cui eredità si tratta) che quella unilaterale (ossia strutturalmente analoga a quella prevista dall'art. 519 c.c. per la successione già aperta). Infatti, sebbene in pratica sia alquanto rara, potrebbe sussistere la possibilità di una rinuncia unilaterale; in tal caso, pur non riconoscendosi un patto successorio propriamente detto, si considera senza dubbio che la nullità comminata dall'art 458 c.c. copra anche tale categoria di atti, anche perché, sebbene la rubrica della norma faccia riferimento a un "patto", il testo della stessa fa riferimento più genericamente a qualsiasi "atto" con cui si disponga di diritti derivanti da una successione non ancora aperta⁴⁸; di conseguenza, anche la rinuncia unilaterale dovrebbe essere ritenuta nulla. Inoltre, l'estensione della disciplina sulla nullità contrattuale applicabile ai patti successori sarebbe giustificata anche dal disposto dell'art. 1324 c.c.⁴⁹.

⁴⁵ Nel momento in cui il soggetto compisse la rinuncia, non avrebbe ancora alcun diritto sui beni; la rinuncia avrebbe dunque a oggetto diritti futuri in senso proprio, ancora non esistenti nel patrimonio del rinunciante.

⁴⁶ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 132.

⁴⁷ Art. 557 c.c.: "1. La riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa. 2. Essi non possono rinunciare a questo diritto, finché vive il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione (...)". G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 29 s.; Cass. n. 3299/1962; Cass. n. 1086/1976.

⁴⁸ Il dettato legislativo presenta un'eterogeneità linguistica. Esso, infatti, contiene diversi termini: "convenzioni", "patti" e "atti". Bisogna sottolineare che il legislatore impiega il termine "convenzione" attribuendogli il significato di "contratto" ed ugualmente in tal senso la parola "patto" viene utilizzata nell'uso comune. F. MESSINEO, voce *Convenzione (dir. priv.)*, in ED, 10, 1962, 511.

⁴⁹ Art. 1324 c.c.: "Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale". Si veda M. R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1991, 111.

Sarà nulla *ex art.* 458 c.c. anche la rinuncia effettuata nella convinzione erronea che la successione oggetto della medesima si sia già aperta; di contro sarà valida la rinuncia operata volendo realizzare un patto successorio rinunciativo, ma che in realtà aveva ad oggetto una successione già aperta⁵⁰.

Poiché l'art. 458 c.c. sancisce la nullità dei patti successori, ad essi dovranno essere applicate, in linea di massima, tutte le norme civilistiche previste in tema di nullità dei contratti, poiché essi appartengono pienamente a tale categoria. La disciplina della nullità contrattuale si applica, tuttavia, anche agli atti unilaterali in virtù del già richiamato rinvio *ex art.* 1324 c.c.

Dunque, la nullità potrà essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.), l'azione è imprescrittibile (art. 1422 c.c.), salvi gli effetti dell'usucapione, della prescrizione delle azioni di ripetizione e della trascrizione della domanda di nullità (art. 2652, n. 6, c.c.), ecc.⁵¹.

Non è invece applicabile la disciplina prevista dall'art. 590 c.c., ossia quella della sanatoria per conferma o esecuzione volontaria: tale istituto, infatti, si applica solo alle “disposizioni testamentarie”, mentre i patti successori sono “contratti ereditari”; ad essi risulterà applicabile il principio generale sancito dall'art. 1423 c.c., che nega la sanatoria dei negozi nulli⁵².

In relazione al patto successorio istitutivo, nonostante qualche voce contraria⁵³, non è ammessa la sua conversione in un testamento valido del quale posseda i requisiti di forma previsti dalla legge (art. 1424 c.c.).

La tesi negativa è stata avanzata sulla base di tre elementi: 1) in primo luogo, l'art. 1424 c.c. prevede la convertibilità di un negozio in un altro di pari natura e ciò non si verifica nel caso *de quo*, in cui si realizzerebbe la conversione, di dubbia ammissibilità, di un contratto nullo in un negozio unilaterale valido.; 2) ove si ammettesse la conversione, si vincolerebbe la volontà del testatore al rispetto di impegni concernenti la propria successione assunti con terzi, contravvenendo allo scopo che l'ordinamento vuole raggiungere con il divieto dei patti successori⁵⁴; 3) ammessa la conversione, si violerebbe il principio consolidato secondo cui il

⁵⁰ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2015, 42 nt. 62.

⁵¹ M. IEVA, *Art. 458*, 47 nt. 39; G. CAPOZZI, *Successioni*, 2015, 51.

⁵² G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 33 s.; L. FERRI, *Disposizioni generali*, 102; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale, Art. 456-535*, in De Martino (diretto da), *Comm. Cod. civ.*, Novara, 1981, 65.

⁵³ Cfr. M. VIGNALE, *Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. giur.*, 1962, 304; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 104.

⁵⁴ Quanto appena affermato risulta evidente dal fatto che, se fosse ammessa la conversione, il divieto in esame risulterebbe avere una portata e un'efficacia puramente formale in quanto ogni patto successorio istitutivo autografo finirebbe, in concreto, per produrre effetti, convertendosi in un valido testamento olografo. Tale opinione

rimedio previsto dall'art. 1424 c.c. non si applicherebbe ai negozi illeciti per contrasto con norme imperative di legge (e tale è considerato l'art. 458 c.c.)⁵⁵.

Per quanto concerne la ripetizione di quanto adempiuto in esecuzione del patto, la dottrina non è concorde. Parte di essa, ravvisata la giustificazione del divieto nell'immoralità dei patti successori stessi, almeno con riferimento al patto dispositivo e a quello rinunciativo, ritiene che, una volta dichiaratane la nullità, la ripetizione sia da escludersi, per contrarietà al buon costume; non si applicherà dunque l'art. 2033 c.c.⁵⁶

Tuttavia, altra parte della dottrina è di opinione contraria⁵⁷ e la giurisprudenza propende per questa seconda opinione per quanto riguarda i patti successori rinunciativi⁵⁸: la loro nullità ha quale effetto la restituzione delle somme eventualmente versate dalla controparte al rinunciante in esecuzione del patto, in applicazione dei principi dell'indebito oggettivo, non potendosi presumere la natura liberale delle dazioni (che dovrebbe essere provata, così come dovrebbero sussistere, se necessari, i prescritti requisiti di forma delle donazioni).

È possibile che un patto successorio venga incluso nell'ambito di una convenzione più ampia; la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sull'eventuale ripercussione della nullità del patto sul resto della convenzione. La nullità del patto successorio rende nulla l'intera convenzione (*vitiatur et vitiatur*) o non si estenderà anche ad essa (*vitiatur sed non vitiatur*)? La risposta viene fornita dalla legge tramite l'art 1419 c.c. che sancisce: “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”. La soluzione, dunque, non è univoca, ma dovrà essere tenuta in considerazione ed indagata la volontà delle parti al fine di comprendere e stabilire se il patto successorio contenuto nella convenzione fosse per loro una *condicio sine qua non* oppure un elemento del contratto che non aveva assunto una rilevanza fondamentale per le parti; nel primo caso la nullità del patto si estenderà all'intera convenzione, nel secondo cadrà solo la clausola contenente il patto successorio⁵⁹.

ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Si veda, ad esempio, Cass. n. 4827/1983.

⁵⁵ Vi sono tuttavia alcuni autori che ammettono la convertibilità del contratto successorio nullo: M. V. DE GIORGI, *I patti*, 97 ss. ammette la convertibilità del patto successorio istitutivo a titolo gratuito in una disposizione testamentaria valida. Cass. n. 24450/2009; Cass. n. 4827/1983.

⁵⁶ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 138.

⁵⁷ Tra gli altri: L. FERRI, *Disposizioni generali*, 100.

⁵⁸ Si veda Cass. n. 12474/2002.

⁵⁹ L. FERRI, *Disposizioni generali*, 108.

L'eterogeneità delle tre categorie di patti successori si riscontra anche nelle differenti *rationes* alla base del divieto *ex art. 458 c.c.*⁶⁰.

Le ragioni addotte al divieto dei patti successori istitutivi sono molteplici.

1. Una corrente più antica ha rinvenuto la motivazione della proibizione, sul piano tecnico-giuridico, nel fatto che essa sia estrinsecazione del principio di tipicità degli atti di vocazione, *ex art. 457 c.c.*, e nella conseguente inammissibilità di una causa di vocazione ulteriore rispetto al testamento e alla legge, quale sarebbe il contratto⁶¹.

2. Altra *ratio* è stata individuata nella necessità di scongiurare un *votum captandae benevolentiae* e il *votum captandae mortis*.

3. Una terza motivazione, avanzata dalla dottrina più recente, sembra essere rinvenuta nella necessità di tutelare il principio secondo cui la volontà di disporre dei propri beni *mortis causa* si debba formare spontaneamente e liberamente, senza dover tenere conto di eventuali interessi che, per definizione, il contratto sarebbe chiamato a contemperare; inoltre, la volontà del *de cuius*, che svolge un ruolo centrale negli atti a causa di morte, deve costituire l'unico referente nell'interpretazione del negozio al momento della morte del testatore⁶².

In altre parole, l'ordinamento ritiene che, nella materia in esame, non appaia corretto che in sede di interpretativa venga attribuita rilevanza all'affidamento della controparte; l'atto a causa di morte deve sempre reputarsi quale manifestazione esclusiva del suo autore, senza che venga attribuita rilevanza alle posizioni di terzi controinteressati o cointeressati⁶³.

Il testamento, pertanto, si afferma come l'unico negozio *mortis causa* idoneo in tal senso; infatti, le esigenze suddette (che hanno determinato anche il divieto del testamento congiuntivo o con disposizione reciproca) risulterebbero compromesse dal carattere bilaterale o plurilaterale del contratto⁶⁴.

4. La dottrina e la stessa relazione al codice individuano la ragione logica della nullità dei patti successori istitutivi nella tutela del principio dell'assoluta libertà testamentaria⁶⁵, intesa

⁶⁰ C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994, 26.

⁶¹ P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. II. Delle successioni. Artt. 456-809*, Napoli, 1991, art. 458 c.c., 4.

⁶² F. P. TRAISCI, *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, 56 ss.

⁶³ F. VENTURINI, *Profili di contrattualizzazione a finalità successoria*, Firenze, 2012, 25 ss.; 30 ss.

⁶⁴ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 28; F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992, 1418 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti*, 25 ss.

⁶⁵ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 27 s.; L. FERRI, *Successioni in generale, Art. 456-511*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, 95; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, 92; P. RESCIGNO (a cura di), *Codice civile. Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Milano, 1994, art. 458 c.c., 557 s.; A. PALAZZO, voce *Successioni*, 136; M.

come possibilità di revoca *ad nutum* dell'atto *mortis causa usque ad vitae supremum exitum*. Il *de cuius* deve essere libero di disporre della propria successione fino al momento della sua morte e tale possibilità è garantita dal requisito fondamentale del testamento, la sua revocabilità, la cui importanza è confermata anche da altre disposizioni normative (in particolare, dall'art. 679 c.c., che stabilisce l'inefficacia della rinuncia alla facoltà di revoca e dall'art. 589 c.c., che sancisce la nullità del testamento congiuntivo).

L'irrevocabilità del contratto (carattere normale dello stesso, seppur non essenziale, poiché le parti o la legge, con il limite di non cadere nel divieto di una condizione sospensiva meramente potestativa, possono prevedere delle cause di revocabilità) non permetterebbe che esso fosse manifestazione dell'ultima volontà del disponente; una volta stipulato, il contratto lo vincolerebbe all'erede istituito, salva la revoca per contrario consenso delle parti⁶⁶.

La necessaria revocabilità del testamento quale unico atto *mortis causa* ammesso dall'ordinamento è stato ritenuto da alcuni autori una giustificazione eccessiva del divieto di patto successorio, poiché il legislatore avrebbe potuto prevedere come effetto legale necessario la possibilità di recedere per chi ha disposto contrattualmente a causa di morte. In realtà, un contratto così costruito, ossia nel quale sia riconosciuta una libertà di recesso *ad nutum* del disponente, non sarebbe dissimile dal testamento e dal contratto al quale venga apposta una condizione sospensiva meramente potestativa; esso, pertanto, sarebbe privo di quel significato e non risponderebbe alle esigenze per cui il patto successorio è voluto: quelle di certezza degli

VIGNALE, *Il patto successorio*, 304. In giurisprudenza: Cass. n. 1702/1972; Cass. n. 2228/1979; Cass. n. 4827/1983. Anche nel codice italiano del 1865 il divieto trovò giustificazione nella tutela della libertà testamentaria: l'atto *mortis causa* doveva essere atto di ultima volontà, revocabile e mutabile fino all'estremo momento della vita del suo autore. Per tale ragione, non si sarebbe potuto ammettere un contratto con il quale un soggetto disponesse per il tempo successivo alla sua morte dei propri beni in maniera irrevocabile. M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 534. Il divieto dei patti successori fu inoltre giustificato mediante ulteriori motivazioni: il Pisanelli, ad esempio, nella relazione al Senato del Codice civile del 1865, affermò che l'istituzione contrattuale di erede "rende incerta la proprietà, scema il credito immobiliare e altererebbe grandemente l'economia del sistema ipotecario e della trascrizione" (S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria, dalle discussioni parlamentari e dai verbali della commissione coordinatrice coll'aggiunta delle leggi complementari che si riferiscono al codice civile*, I, *Relazione sul progetto del terzo libro del codice civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli*, n. 137, Torino, 1887, 85). A quanto da costui affermato fu però obiettato che "non vi è paese in cui la pubblicità dei rapporti fondiari sia meglio ordinata che in Germania: eppure vi è riconosciuta la validità dei patti successori" e che tali inconvenienti si sarebbero potuti superare richiedendo la trascrizione del patto successorio. S. GIANZANA, *Codice civile*, I, *Relazione*, 291 s.; l'obiezione si trova in N. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1914, 107. Si veda M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 534.

⁶⁶ F. P. TRAISCI, *Il divieto*, 53 s.; L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 121 ss.; Cass. n. 1247/1956; Cass. n. 2228/1979; Cass. n. 4827/1983. Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali*, 101 nt. 1.

effetti del contratto anche antecedentemente alla morte del disponente, senza che essi siano rimessi alla discrezionalità di quest'ultimo⁶⁷.

5. Non è mancata anche la spiegazione del divieto in chiave di esigenze solidaristiche: la solidarietà sociale, economica e politica, che rappresenta un principio cardine nella nostra Costituzione, sarebbe assicurata dal divieto dei patti successori e consisterebbe nel mantenere il carattere altruistico dell'atto di delazione successoria *mortis causa*, aspetto che si perderebbe qualora fossero ammesse le convenzioni vietate *ex art. 458 c.c.*⁶⁸.

Queste motivazioni, tuttavia, non sono andate esenti da critiche.

Innanzitutto, la prima spiegazione esposta, ossia l'esigenza di salvaguardare il principio di tipicità delle fonti di vocazione successoria, enunciato nell'art. 457, comma 1, c.c., è inadeguata poiché in sé meramente descrittiva e tautologica.

Inoltre, è ormai pacifico che il divieto risponda a scelte di politica legislativa e non sia, invece, supportato da alcuna ragione di carattere pubblico o di contrarietà al buon costume.

Il riferimento che l'art. 42, comma 4, Cost. fa alla sola successione testamentaria (oltre a quella per legge)⁶⁹ non deve essere letto come escludente ogni altra tipologia di vocazione volontaria; anzi, esso è esplicativo della possibilità di introdurre qualsiasi strumento *mortis causa* di natura volontaristica e siffatto richiamo sarebbe volto solo ad impedire che il legislatore ordinario escluda la vocazione volontaria dal novero delle successioni⁷⁰.

Anche il tentativo di fondare il divieto dei patti istitutivi sul pericolo del *votum corvinum*, attesa la presenza e la liceità, nel nostro sistema civilistico, di istituti in cui la morte di un soggetto assurge a causa, o quantomeno ad occasione, dell'attribuzione patrimoniale in favore di persone terze, risulta insoddisfacente. Inoltre, essendo il *de cuius* stesso a creare un'aspettativa successoria in capo al beneficiario, si deve presumere che egli sia consapevole di questa eventualità. Allo stesso modo si deve ritenere che l'ereditando sia consapevole del rischio di *captatio benevolentiae* derivante dalla possibilità di disporre *mortis causa* per contratto (rischio che, tra l'altro, è presente anche in relazione alla successione testamentaria,

⁶⁷ I concetti di revoca e recesso, dal punto di vista tecnico-giuridico, sono distinti: la revoca consiste in un atto uguale e contrario al precedente, che rimuove il primo; il recesso incide sul rapporto, senza che l'atto che lo ha originato, già perfetto, sia toccato.

⁶⁸ P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 7.

⁶⁹ Art. 42, comma 4, Cost.: "La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità".

⁷⁰ F. P. TRAI SCI, *Il divieto*, 56 s. Inoltre, la menzione della sola successione testamentaria è semplicemente giustificata e si richiamerebbe alla tradizione storica italiana. L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 78; G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, 800.

sebbene in misura inferiore poiché le disposizioni prese per testamento sono, stante la revocabilità del negozio, incerte).

Per quanto riguarda la motivazione del divieto fondata sulla compressione che il vincolo contrattuale importerebbe alla naturale revocabilità delle disposizioni successorie, è da dirsi che, in realtà, spontaneità del volere e revocabilità non devono essere necessariamente requisiti del negozio *mortis causa*, ma lo sono del testamento in particolare, secondo la disciplina prevista dal legislatore per tale istituto.

Inoltre, l'irrevocabilità del contratto successorio non sarebbe incompatibile con la revocabilità del testamento, ma si tratterebbe semplicemente di due istituti *mortis causa* differenti; nel caso di scelta del patto successorio, il disponente sarebbe consapevole del carattere irrevocabile dell'atto che ha scelto di compiere.

Ancora, se la *ratio* del divieto *de quo* risiedesse esclusivamente sulla tutela della revocabilità testamentaria, si dovrebbe ritenere ammissibile un contratto successorio in cui fosse prevista la libera revocabilità *ad nutum* ad opera dell'ereditando; cosa che, però, non corrisponde al vero, stante, oltre alle ragioni di convenienza pratica (già sopra richiamate) di un tale atto, l'ostacolo costituito dall'art. 457 c.c., che non annovera tali tipologie negoziali tra i titoli di vocazione successoria ammessi⁷¹.

Per quanto concerne le ultime due categorie di patti successori analizzate, la dottrina e la relazione al codice non danno una sufficiente spiegazione del loro fondamento e per esse non vale quanto precedentemente illustrato e riconosciuto per i patti successori istitutivi: in questi casi, infatti, la libertà di disporre del *de cuius* non è in gioco in quanto costui di regola non partecipa a tali patti o, pur prendendone parte, resta libero di disporre come meglio creda⁷².

Si è ricorsi, pertanto, a ragioni diverse, e forse meno convincenti.

Secondo l'opinione tradizionale, la nullità dei patti dispositivi è da collegarsi all'obiettivo di preservare soggetti prodighi e inesperti dal rischio di dilapidare in anticipo i beni che,

⁷¹ Già in seguito all'emanazione del Codice civile del 1865, per quanto riguarda l'istituzione contrattuale di erede, si osservò che la libertà testamentaria non rivestiva più un valore essenziale come in precedenza e, del resto, poiché già soffriva di talune limitazioni, tra di esse quella del patto successorio non sarebbe stata la più gravosa. Inoltre, il limite imposto alla libertà di testare avrebbe avuto come contrappeso un ampliamento della libertà contrattuale. M. V. DE GIORGI, *I patti*, 52 ss.

⁷² Il fondamento della regola è dunque parzialmente analogo a quello che giustifica la nullità della donazione di beni futuri (art. 771 c.c.). P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, 745 s.; L. FERRI, *Disposizioni generali*, 104.

prevedibilmente, riceveranno a titolo di eredità o di legato da un terzo. Sembrerebbe, questa, una giustificazione eccessivamente “paternalistica”, non in linea con i tempi⁷³.

La ragione del divieto è stata anche individuata nella volontà di impedire il desiderio della morte del soggetto della cui eredità si dispone (*votum captandae mortis*), ossia il desiderio di colui che sarà avvantaggiato dal patto successorio di concretizzare quanto prima il beneficio, auspicando la morte del *de cuius*. Tuttavia, anche questa motivazione non sembra convincere interamente: si è notato, infatti, che l’ordinamento italiano prevede altre figure in cui alla morte di un soggetto sono riconnessi vantaggi economici a favore di un altro (rendita vitalizia, donazione con patto di reversibilità, assicurazione sulla vita, costituzione di usufrutto vitalizio, ecc.)⁷⁴.

Residua quale giustificazione del divieto la ripugnanza sociale nei confronti di atti di speculazione e di opportunità economica su eredità di persona vivente.

Vi è differenza, sebbene sottile, tra quest’ultima *ratio*, ivi accolta, ossia l’esigenza di impedire la “contabilizzazione” della futura morte di un uomo e quella, da scartarsi, del pericolo del *votum captandae mortis*: nella *ratio* del pericolo di *votum corvinum* si ha la pretesa di scongiurare il compimento di atti in conseguenza dei quali possa insorgere l’intimo e celato desiderio dell’altrui morte (obiettivo di utopistica realizzazione in qualsiasi ordinamento giuridico); viceversa, nell’altra *ratio* si ha l’intenzione di non consentire che vengano posti in essere atti i quali, di per sé stessi, esprimono un atteggiamento di immorale ed irrispettosa smania, esteriorizzando l’offensivo sentimento che ne è alla base⁷⁵.

L’immoralità e la riprovevolezza di tali patti è confermata altresì dalla considerazione che in contesti normativi che ammettono la successione contrattuale, come quello tedesco e quello svizzero, i patti dispositivi siano gli unici patti successori espressamente vietati.

La giustificazione del divieto dei patti successori rinunciativi non si basa su necessità di carattere logico-giuridico; difatti, ferma restando la nullità prevista all’art. 771, comma 1, c.c., non si ravvisano ostacoli alla rinuncia a diritti futuri⁷⁶.

⁷³ Si noti che questi stessi soggetti inesperti e prodighi, tutelati mediante il divieto *ex art. 458 c.c.*, possono d’altra parte effettuare atti di liberalità, svolgere attività imprenditoriali, anche con connessa responsabilità illimitata, che potrebbero assorbire ogni futura acquisizione, anche *mortis causa*. Si veda P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile. II*, 4 s.

⁷⁴ L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, Bari, 1962, 250; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti*, 35, il quale ritiene, appunto, che si debba escludere che il diritto positivo “(...) si sia preoccupato di scongiurare il possibile verificarsi di simili nefandi pensieri”, considerato che vi sono altre ipotesi regolate dall’ordinamento alle quali ugualmente potrebbe conseguire il desiderio della morte di un soggetto al fine di realizzare un vantaggio patrimoniale. Le medesime critiche a tale giustificazione furono mosse in seguito all’adozione del Codice civile del 1865.

⁷⁵ F. VENTURINI, *Profili di contrattualizzazione*, 35.

⁷⁶ Sul tema si veda C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005.

Secondo la dottrina, il motivo di nullità di questo terzo tipo di patto successorio consisterebbe, come per quello dispositivo, nella necessità di tutelare i futuri ed eventuali successibili dal rischio di prodigalità, poiché potrebbero privarsi troppo avventatamente della possibilità di conseguire in futuro un patrimonio ereditario.

Anche per questa categoria, tale giustificazione si rivela insoddisfacente.

Inoltre, sebbene sia stata avanzata, come per i patti dispositivi, quale ragione del divieto l'immoralità connessa al desiderio della morte altrui, essa non può qui essere riscontrata: il rinunciante, infatti, non otterrebbe alcun vantaggio economico alla morte del soggetto alla cui eredità ha rinunciato, ma semplicemente, rinunciando, si pone fuori dal fenomeno successorio; inoltre, trattandosi di un fenomeno abdicativo e mancando, dunque, un effetto traslativo, non si verifica un arricchimento volontario della controparte (eventuale) del rinunciante⁷⁷.

Sebbene quelle sin qui richiamate siano le motivazioni tradizionalmente addotte a giustificazione del divieto dei patti successori, a mio avviso, la motivazione, come si vedrà più approfonditamente nel § 8, principale sarebbe da ravvisarsi, per quanto concerne i patti successori istitutivi e quelli rinunciativi, nell'ampia tutela che il nostro ordinamento riconosce ai legittimari; infatti, mi sembra evidente che sussista un collegamento funzionale tra divieto dei patti successori e successione necessaria⁷⁸.

⁷⁷ L'arricchimento che si verificherà a favore dell'erede in misura maggiore per effetto della rinuncia, appare un effetto legale conseguente all'eliminazione di un potenziale successibile. L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 134 s.

⁷⁸ Dello stesso avviso M. IEVA, *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti all'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2000, 1348 ss. La tesi è ripresa e sviluppata ulteriormente in numerosi scritti successivi, tra i quali si vedano: M. IEVA, voce *Successione. X. Fenomeni parasuccessori*, in *Enc. Giur. It.*, volume di aggiornamento XI, 2003, 3 ss.; M. IEVA, *Divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. Not.*, 2005, 934 ss.; M. IEVA, *Art. 458*, 31 s.

4. Il divieto dei patti successori di natura obbligatoria e la disciplina degli atti esecutivi dei medesimi

Nel divieto previsto dall'art. 458 c.c. rientrano non solo i patti successori cosiddetti “reali”, con i quali un soggetto immediatamente dispone della sua successione o di diritti eventualmente a lui spettanti su una futura eredità altrui o rinuncia ad essi, ma anche quei negozi con i quali un soggetto si obbliga a disporre in una determinata maniera, mediante una successiva dichiarazione di volontà, della sua successione o dei diritti eventualmente a lui spettanti su una futura successione altrui o si obbliga a rinunciare ai medesimi.

Di conseguenza, sono nulli i patti ad efficacia meramente obbligatoria con i quali ci si impegna ad istituire in futuro taluno erede o legatario del patrimonio ereditario. La nullità di tali contratti trova fondamento anche nel disposto dell'art. 771 c.c., che sanziona con la nullità la donazione dei beni futuri del donante, potendo rappresentare entrambe le ipotesi deroghe al principio generale fissato dall'art. 1348 c.c.⁷⁹.

Il motivo risulta chiaro: se il nostro ordinamento vieta i patti successori fondando il divieto sulle ragioni osservate nel paragrafo precedente, a maggior ragione sarà nullo quell'atto che obblighi un soggetto a stipulare in futuro un patto successorio o un testamento⁸⁰. Il legislatore vuole impedire che si raggiunga un risultato che ritiene pericoloso: di certo, una convenzione obbligatoria sarebbe altrettanto rischiosa e dannosa di una convenzione dispositiva in senso stretto⁸¹.

Oltre che sotto questo aspetto, la nullità delle convenzioni obbligatorie può ravvisarsi sotto il profilo dell'idoneità a condizionare la volontà che l'ereditando consegnerà alla scheda testamentaria e sotto quello della privazione della facoltà di revoca del testamento, considerato che l'impegno contrattuale di testare in un certo modo implicherebbe l'obbligo di non revocare o modificare il testamento conforme all'obbligo precedentemente assunto.

Pertanto, l'estensione del divieto *ex art. 458 c.c.* anche a tali contratti obbligatori non deriva dal fatto che tali atti siano di natura *mortis causa*, essendo essi, infatti, a efficacia *inter vivos*, ma dal fatto che essi comporterebbero un'evidente limitazione della libertà di testare.

⁷⁹ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2015, 40; M. IEVA, *Art. 458*, 31.

⁸⁰ La legittimità di tale estensione è suffragata anche dal disposto dell'art 635 c.c., che sancisce la nullità della disposizione testamentaria fatta sotto condizione di reciprocità: in questo caso la mera possibilità di un'intesa (la condizione di reciprocità, infatti, non comporta necessariamente la sussistenza di un precedente accordo, essendo sufficiente la presunzione che esso vi sia stato) ha indotto il legislatore a dichiarare la nullità di tale disposizione; a maggior ragione, la nullità dovrà logicamente discendere dalla prova che una convenzione vi sia effettivamente stata. Si veda L. FERRI, *Disposizioni generali*, 101; A. CICU, *Testamento*, Milano, 1951, 23.

⁸¹ L. FERRI, *Disposizioni generali*, 105.

Si devono però ritenere escluse dall'estensione in esame le mere promesse di disporre per la loro struttura unilaterale; esse sono tuttavia egualmente nulle in virtù del principio contenuto nell'art. 1987 c.c., che nega valore vincolante alla promessa unilaterale⁸².

La convenzione, difatti, deve essere rivestita dei requisiti che, in assenza del divieto dei patti successori, darebbero luogo ad una vincolante fonte d'obbligazione: una mera promessa, pertanto, non è idonea a creare alcun *vinculum iuris*⁸³.

La nullità di questi impegni obbligatori fa sorgere il problema della validità dell'atto esecutivo degli stessi posto in essere dal *de cuius* o dall'erede: testamento, rinuncia, alienazione di eredità o legato.

È indubbio che l'atto successivo esecutivo compiuto da un soggetto che non si senta obbligato in forza di un precedente "patto successorio obbligatorio" sia da ritenersi valido⁸⁴.

Se, ad esempio, Tizio ha stipulato un contratto successorio istitutivo di natura obbligatoria con il proprio nipote e successivamente, indipendentemente da esso e spontaneamente, fa testamento in suo favore, esso sarà valido e nessuna rilevanza avrà la nullità del patto successorio obbligatorio. Ugualmente, ad avviso di parte della dottrina, la nullità del testamento andrebbe esclusa quando vi siano state delle mere promesse, stante l'irrelevanza di esse⁸⁵.

Diversamente si deve dire per il caso in cui l'atto esecutivo successivo venga compiuto in adempimento di un obbligo assunto con il patto successorio.

Le conseguenze di tali atti sono differenti a seconda che adempiano ad un obbligo assunto con un patto successorio obbligatorio istitutivo, dispositivo o rinunziativo.

Nel caso dei patti successori istitutivi di natura obbligatoria, sembra da accogliersi la tesi di coloro che ritengono l'atto esecutivo successivo, il testamento, nullo per illiceità del motivo (il motivo illecito consiste nel proposito di rispettare l'impegno consacrato nel patto)⁸⁶.

Prevedendo l'art. 626 c.c.⁸⁷ la sanzione della nullità solo nel caso in cui il motivo illecito risulti dal testamento, sembrerebbe essere sufficiente, ai fini di evitare l'invalidità del testamento

⁸² La giurisprudenza sembrerebbe escludere che il testamento con il quale si sia data esecuzione ad una mera promessa unilaterale sia nullo. Tra le altre: Cass., n. 2426/1951. In senso contrario, però Cass. n. 1604/1964: la Cassazione ha qui affermato che la promessa di istituire erede rientra tra i patti successori istitutivi vietati dall'art 458 c.c.; Cass. n. 5870/2000. Si veda M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-461*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 163; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, 99.

⁸³ Cass. n. 1702/1972; Cass. n. 2477/1971; Cass. n. 5870/2000.

⁸⁴ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 30 s.; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, 95. In giurisprudenza: Cass. n. 5870/2000.

⁸⁵ L. FERRI, *Disposizioni generali*, 102.

⁸⁶ Di tale opinione, tra gli altri: G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 31; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 92; L. FERRI, *Successioni in generale*, 96. In giurisprudenza: Cass. n. 2860/1955.

⁸⁷ Art. 626 c.c.: "Il motivo illecito rende nulla la disposizione testamentaria, quando risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre".

esecutivo successivo, non indicare in esso l'impegno precedentemente assunto dal testatore. Altra parte della dottrina, tuttavia, ritiene che, affinché si produca la nullità dell'atto esecutivo di un patto successorio istitutivo, non sia necessario che l'esistenza dello stesso risulti dal testamento o da prova scritta⁸⁸.

Si reputa possibile una difesa della validità del testamento dimostrando che il testatore abbia agito non solo per dare esecuzione a un precedente accordo, ma anche per ragioni ulteriori, provando che avrebbe comunque testato come ha fatto⁸⁹.

Si ritiene altresì che se il patto successorio di natura obbligatoria si è successivamente tradotto in un testamento eseguito da un soggetto a conoscenza della sua nullità, essa non potrà essere fatta valere da costui e non potrà essere ripetuto quanto già dato; è qui applicabile l'art. 590 c.c., che regola la conferma ed esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie nulle.

Relativamente agli atti esecutivi di patti successori dispositivi di natura obbligatoria, essi saranno annullabili per errore di diritto *ex art.* 1429 n. 4 c.c.⁹⁰ (non si applica l'art. 624 c.c., che si riferisce solo ai testamenti); se, ad esempio, Tizio ha stipulato con Caio un contratto preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile di suo zio Sempronio e si è obbligato a trasferirglielo nel momento in cui lo avrà ereditato da costui, il contratto definitivo concluso tra Tizio e Caio in adempimento del patto successorio dispositivo preliminare, sarà annullabile, in quanto atto *inter vivos*⁹¹, per errore di diritto *ex art.* 1429 n. 4 c.c.

Trattandosi di un atto non nullo, ma annullabile, è possibile la convalida del negozio esecutivo e attuativo di un patto successorio dispositivo obbligatorio, essendo esso per sua natura sanabile (art. 1444 c.c.)⁹².

Infine, per quanto riguarda gli atti esecutivi di patti successori rinunciativi di natura obbligatoria, essi non saranno impugnabili in quanto l'art. 526 c.c. stabilisce che la rinuncia all'eredità può essere impugnata solo se sia stata determinata da violenza o dolo, non anche dall'errore; dunque, la rinuncia fatta dopo l'apertura della successione in virtù di un precedente

⁸⁸ Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali*, 102; C. GANGI, *La successione*, 1, 41; A. CICU, *Testamento*, 24.

⁸⁹ La validità del testamento che dia esecuzione al contenuto di una precedente convenzione è da riconoscersi anche nel caso in cui si dimostri che il testatore sia sicuramente consapevole della nullità del patto successorio cosiddetto obbligatorio e dell'assenza di un vincolo all'adempimento dell'impegno assunto. Si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile. II. La famiglia-Le successioni*, Milano, 2005, 416.

⁹⁰ Art. 1429 c.c.: "L'errore è essenziale: 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stata la ragione unica o principale del contratto."

⁹¹ Non può essere applicato l'art. 624 c.c., poiché esso attiene solo ai testamenti, dunque ad atti *mortis causa*.

⁹² In senso contrario cfr. G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, art. 587-712, in De Martino (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Novara, 1982, 50.

impegno a rinunciare, quando il rinunciante abbia agito nell'erronea convinzione che esso fosse valido e vincolante, non sarà annullabile per errore di diritto *ex art. 1429 n. 4 c.c.*

Oltre ai patti successori “classici” e ai patti successori di natura obbligatoria, sono nulli e rientrano nel divieto *ex art. 458 c.c.* anche i patti successori indiretti, cioè quelli che costituiscono un'attribuzione indiretta a causa di morte.

Un'ipotesi può essere individuata nel contratto a favore del terzo con riserva di designare il beneficiario a mezzo di successivo testamento⁹³; in tale caso si tratterebbe non di un atto *inter vivos* (come nel caso di contratto a favore di terzo con effetti dalla morte dello stipulante⁹⁴), ma di un atto *mortis causa*: ogni effetto si produrrà solo dopo la morte del soggetto, momento in cui (e solo allora) si conoscerà l'identità della persona beneficiaria. Ad esempio: Tizio stipula con Caio un contratto con il quale quest'ultimo si obbliga a trasferire, dopo la morte di Tizio e dietro un corrispettivo di 50.000, il proprio fondo A alla persona che Tizio stesso designerà per testamento, la cui identità, pertanto, si conoscerà solo al momento della morte di Tizio, momento in cui l'atto produrrà i suoi effetti; si tratterà perciò di un'attribuzione indiretta *mortis causa*, come tale invalida.

Occorre fare una specificazione in ordine all'art 210 c.c., il quale, nel prevedere la cosiddetta “comunione convenzionale” tra coniugi, ha consentito, tra l'altro, di inserire in essa anche i beni acquistati dai coniugi per successione a causa di morte.

La norma potrebbe considerarsi in contrasto con il divieto previsto dall'art. 458 c.c. qualora si ritenga che essa riguardi anche i beni che, dopo la convenzione, saranno acquisiti dai coniugi. Per tale ragione sembra preferibile interpretare la norma in conformità con il sistema legislativo, ricomprendendo nella comunione convenzionale, dunque, solo quei beni già acquistati dopo il matrimonio per l'effetto di successione e non anche quelli che saranno acquistati in epoca successiva⁹⁵.

⁹³ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 32; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 122 ss.

⁹⁴ Per un approfondimento sul contratto a favore di terzo, si veda *infra* § 6.

⁹⁵ G. CAPOZZI, *Comunione convenzionale ed acquisti a causa di morte*, in *Vita not., Esperienze giuridiche*, Supplemento al n. 6, nov.-dic. 1989, LXV ss.

5. La riconoscibilità in Italia dei patti successori conclusi all'estero e la nuova disciplina di diritto comunitario

I patti successori sono vietati in Italia così come in molti altri Paesi⁹⁶ in cui prevale un disfavore nei confronti di tale istituto derivante, da una parte, dall'incompatibilità dello stesso con il principio tradizionale secondo cui il testatore deve avere la possibilità di disporre della propria successione e mutare la propria volontà fino al momento della sua morte, dall'altra, dal timore di facilitare l'elusione delle regole previste a tutela dei legittimari mediante l'impiego dell'istituto *de quo*. In altri Stati⁹⁷, invece, i patti successori sono leciti in quanto tendono a favorire la libertà degli individui di disporre della propria successione anche mediante strumenti giuridici diversi dal testamento e a tutelare altri interessi ritenuti degni quali, ad esempio, la stabilità e la continuità delle imprese, soprattutto di medie e piccole dimensioni⁹⁸.

Ciò pone il problema della riconoscibilità, nel nostro ordinamento, di patti successori stipulati secondo le norme di un diritto straniero che invece li riconosca.

Con il termine "diritto internazionale privato" si intendono le norme di diritto interno di uno Stato che stabiliscono quale legge nazionale sia da applicare ad un rapporto giuridico che presenti elementi di internazionalità e, dunque, un collegamento con legislazioni straniere (che sono tutte astrattamente applicabili allo stesso).

Secondo la giurisprudenza italiana⁹⁹, e anche secondo la dottrina prevalente¹⁰⁰, il patto successorio non deve essere considerato contrario all'ordine pubblico internazionale sicché, qualora esso sia valido per un altro ordinamento, potrà trovare attuazione anche nel territorio italiano.

⁹⁶ Soprattutto di matrice romanistica, quali l'ordinamento belga, lussemburghese, portoghese, greco, nel diritto comune spagnolo e in vari Stati dell'Europa orientale.

⁹⁷ Si tratta di ordinamenti di matrice germanica come Germania, Svizzera e Austria e di alcune legislazioni locali spagnole come quelle della Galizia, della Catalogna, dei Paesi Baschi, dell'Aragona, della Navarra e delle Baleari; inoltre, anche il sistema inglese e quello irlandese conoscono il *mutual will*. Per ciò che concerne il diritto svizzero, si veda in modo più approfondito il cap. 2.

⁹⁸ A tal fine si sono diffusi e hanno assunto rilevanza nel panorama internazionale, accanto ai patti successori, che comunque sono disposizioni a causa di morte, anche altri strumenti giuridici *inter vivos*: donazioni, mandati *post mortem*, assicurazioni sulla vita, *trust*, clausole societarie, ecc.

⁹⁹ Cass., 6 ottobre 1955 (*Foro It.*, Rep. 1955, voce *Successione* n. 8); anche una risalente sentenza di merito ha escluso che i patti successori siano contrari all'ordine pubblico: "Il patto successorio, nullo secondo il nostro ordinamento, e valido secondo l'ordinamento germanico, non è contrario all'ordine pubblico e al buon costume nel nostro Stato" (T. Bolzano 8.3.1968 in *Foro It.*, Rep., 1969, *Successione*, n. 34).

¹⁰⁰ D. DAMASCELLI, *La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 2003, p. 86; E. CALÒ, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, (in *Lecture notarili*), Milano, 2007, 76 s.

Infatti, gli artt. 16¹⁰¹, 64¹⁰² e 65¹⁰³ della legge 218/1995 sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (che: “determina l’ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l’individuazione del diritto applicabile e disciplina l’efficacia delle sentenze e degli atti stranieri”, art. 1) affermano il limite dell’ordine pubblico quale limite al riconoscimento delle sentenze e dei provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone e ai rapporti di famiglia (in particolare, l’art. 16 dispone che: “la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico”); pertanto, non essendo il patto successorio contrario all’ordine pubblico, se ne dovrà ammettere il riconoscimento anche in Italia¹⁰⁴.

Con il riferimento operato dalle norme sopra richiamate all’“ordine pubblico” si intende l’ordine pubblico internazionale e non quello interno. La differenza tra queste due categorie risiede nel fatto che la seconda riguarda il particolare atteggiarsi del nostro ordinamento, mentre la prima attiene ai suoi principi fondamentali; dunque, il patto successorio potrà ledere l’ordine pubblico interno (non essendo accolto dall’ordinamento italiano), ma non quello internazionale, per la qual cosa è sufficiente che le norme straniere applicabili al patto non violino le basi della nostra civile convivenza¹⁰⁵.

Anche la giurisprudenza ha tracciato, in più occasioni, la distinzione tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno: “[...] non bisogna confondere il concetto di ordine pubblico interno da quello di ordine pubblico internazionale. Il primo opera nell’interno dell’ordinamento giuridico italiano e comprende il complesso delle norme che riflettono

¹⁰¹ Art. 16, L. 218/1995: “1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico. 2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”.

¹⁰² Art. 64, L. 218/1995: “La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l’ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano; b) l’atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all’ordine pubblico”.

¹⁰³ Art. 65, L. 218/1995: “Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all’esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell’ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all’ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa”.

¹⁰⁴ Già l’art. 31 delle disposizioni preliminari stabiliva che non potessero avere effetto nel territorio dello Stato italiano le convenzioni o disposizioni private straniere quando fossero contrarie all’ordine pubblico o al buon costume. L’art. 31 è stato successivamente abrogato dall’art. 73 della legge 218/1995, ma, come si è visto, il principio in esso enunciato è permastato negli artt. 64 e 65 della legge stessa.

¹⁰⁵ E. CALÒ, *Le successioni*, 73.

interessi della società italiana, che per il loro carattere essenziale si impongono ai singoli, perciò le norme stesse non possono essere da essi derogate. Tale inderogabilità non si giustifica rispetto alle situazioni che presentano elementi di estraneità, in relazione all'ordinamento italiano, il quale rinvia allora a norme di altri ordinamenti anche in materie come quelle dello stato delle persone e dei rapporti di famiglia, che appartengono all'ordine pubblico. Certo, anche rispetto a tale ricezione non manca il limite, ma esso è più ristretto proprio perché, in relazione al nostro ordinamento, il limite è dato dall'insieme di principi etici che sono alla base della nostra concezione sociale, si direbbe della nostra civiltà, e che ripugnerebbe non vedere applicati anche nei riguardi degli stranieri"¹⁰⁶. L'ordine pubblico internazionale "attiene a quei principi generali che sono espressione di un'esigenza così fondamentale, da rappresentare le condizioni necessarie per l'esistenza stessa della società, secondo il momento storico in cui si tratta di applicarli"¹⁰⁷.

Ad esempio, il limite dell'ordine pubblico impedisce che la scelta della legge effettuata dal *de cuius* o comunque l'applicazione della legge statale con la quale il rapporto giuridico presenta un collegamento più stretto possa ledere i diritti dei legittimari, mentre non è ritenuto limite di ordine pubblico il divieto del patto successorio e di testamento congiuntivo, essendo pertanto ammissibili i richiami a legislazioni straniere che li ammettano.

In relazione alla possibilità di concludere un contratto successorio in Italia, la disciplina normativa è recentemente cambiata in virtù dell'entrata in vigore, il 16 agosto 2012, del Regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L. 201/107 del 27 luglio 2012, "relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo"¹⁰⁸, il quale ha trovato applicazione negli Stati membri a partire dal 17 agosto 2015 (ossia trascorso un lasso di tempo di 36 mesi dall'entrata in vigore del Regolamento che è stato previsto dal legislatore europeo allo scopo di permetterne lo studio e la diffusione a causa della complessità della normativa e alla novità della stessa rispetto al diritto precedentemente vigente in molti Stati membri).

¹⁰⁶ Cass. n. 488/1956.

¹⁰⁷ Cass. n. 2414/1980. Si veda anche Cass. n. 189/1981; Cass. n. 2215/1984; Cass. n. 16978/2006.

¹⁰⁸ In relazione all'intera successione a causa di morte di un soggetto, il Regolamento prevede, all'art. 21 paragrafo 1, quale legge applicabile ad essa, quella dello Stato in cui il defunto aveva la sua "residenza abituale" al momento del decesso.

Secondo quanto disposto dall'art. 83, par. 1, il regolamento si applica alle successioni a causa di morte apertesi a partire dal 17 agosto 2015, in relazione alle quali, dunque, le disposizioni nazionali dovranno essere disapplicate in favore delle norme contenute nel Regolamento¹⁰⁹.

La sua emanazione ha risposto a un'esigenza di semplificazione e omogeneità delle norme volte ad individuare la legge statale applicabile a fattispecie successorie caratterizzate da elementi di internazionalità.

In linea generale, secondo la giurisprudenza¹¹⁰, il notaio che riceva un patto successorio violerebbe l'art 28 n. 1 della L. 89/1913¹¹¹ e sarebbe pertanto soggetto alle sanzioni disciplinari relative. Tale articolo, infatti, fa divieto ai notai di ricevere o autenticare atti che siano espressamente proibiti dalla legge o contrari al buon costume o all'ordine pubblico. I patti successori, pertanto, sebbene, come visto, non considerati contrari all'ordine pubblico o al buon costume, sono certamente vietati dal nostro ordinamento tant'è vero che la rubrica dell'art. 458 c.c. così recita: "Divieto di patti successori".

La disciplina scaturente dall'applicazione dell'art. 28 L. 89/1913 deve però essere integrata con quanto previsto dal Regolamento UE sopra citato¹¹².

L'art. 3 del Regolamento ammette la possibilità di patto successorio e dà una definizione, ai fini del Regolamento stesso e per agevolare una sua uniforme interpretazione, alla lettera a) del termine "successione («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") e alla lettera b) della nozione di patto successorio - mutuata sostanzialmente dall'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 1989 - («patto successorio», 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").

¹⁰⁹ Fanno eccezione gli articoli 77 e 78, che si applicano a decorrere dal 16 gennaio 2014 e gli articoli 79, 80 e 81, che si applicano a decorrere dal 5 luglio 2012.

¹¹⁰ C. App. Napoli, 30 gennaio 1958 (*Foro it.*, Rep. 1958, voce *Successione* n. 46-47).

¹¹¹ Art 28 n. 1, L. 89/1913 "Il notaio non può ricevere o autenticare atti: 1. se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico".

¹¹² La disciplina antecedente al Regolamento, invece, sarebbe dovuta cadere sotto il regime dell'art. 46 della legge 218/1995 ("Riforma del sistema di diritto internazionale privato"), il quale - con riferimento alla legge applicabile alle successioni - consentiva che un soggetto potesse, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, sottoporre la propria successione alla legge del paese ove risiedeva, purché alla sua morte, fosse stato ancora residente in tale Stato. Una disciplina più specifica era prevista dalla Convenzione dell'Aja 1.8.1989.

Quest'ultima nozione è formulata in termini deliberatamente ampi, in modo da renderla atta a ricomprendere la massima parte degli accordi concernenti la devoluzione della successione previsti dagli ordinamenti nazionali, oltre ai testamenti congiuntivi recanti disposizioni a causa di morte corrispettive o interdipendenti, che non dovrebbero a rigore essere qualificati come accordi; allo stesso modo, il Regolamento UE ammette la possibilità di trasmettere la propria successione anche mediante un patto successorio istitutivo il quale possa derivare parimenti da testamenti reciproci¹¹³.

A essa è dunque senza dubbio riconducibile la tripartizione tradizionale tra patti istitutivi, rinunciativi e dispositivi, sempre che, tuttavia, siano conclusi con la partecipazione della persona o delle persone le cui eredità sono implicate. L'esistenza di questa restrizione, desumibile chiaramente dalla definizione sopra riferita, ha come conseguenza che i patti dispositivi con i quali una parte disponga a favore di un'altra dei diritti che le spettano sulla futura successione di un terzo non partecipe all'accordo non sono suscettibili di venire ascritti alla categoria in esame e devono pertanto essere considerati come semplici contratti sottoposti alla legge normalmente competente a disciplinarli ai sensi del regolamento 593/2008 (Roma I).

L'art. 25, rubricato "Patti successorii", ne individua la disciplina, affrontando la questione della validità e della legge regolatrice dei medesimi, distinguendo gli accordi successorii che abbiano a oggetto la successione di una sola persona da quelli che abbiano a oggetto la successione di più persone.

Il paragrafo 1¹¹⁴ di tale articolo stabilisce che il patto destinato a regolare la successione di un solo soggetto è disciplinato, per ammissibilità, validità sostanziale ed effetti vincolanti, dalla legge che sarebbe stata applicata in forza del Regolamento *de quo* alla successione di questa persona, se la stessa fosse deceduta il giorno in cui il patto è stato concluso (si parla di *lex successionis* virtuale o statuto successorio ipotetico); in tal modo si stabilizza la legge

¹¹³ Nel Regolamento non viene però data una definizione di cosa si debba intendere per "testamenti reciproci" e ciò permette di attrarre sotto la disciplina dei patti successorii anche quegli accordi realizzati indirettamente, mediante appunto testamenti reciproci formulati in modo tale da limitare la volontà testamentaria delle parti che li hanno posti in essere, ciò non solo quando assumano la forma di un testamento congiuntivo, ma anche quando vi siano due testamenti formalmente distinti, ma in realtà interdipendenti. Cfr. B. BAREL, *La disciplina dei patti successorii*, in P. Franzina e A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa - Collana di Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2013, 111 ss.; A. DUTTA, *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, 9.

¹¹⁴ Art. 25, paragrafo 1, Regolamento UE n. 650/2012: "Un patto successorio avente a 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".

applicabile al patto, evitando che essa possa successivamente cambiare per volontà del disponente o per fatti obiettivi¹¹⁵.

Pertanto, il soggetto che abbia la propria residenza abituale¹¹⁶ in un Paese in cui i patti successori sono validi e ammessi potrà stipulare un patto successorio avente a oggetto la propria

¹¹⁵ Vi sono dubbi sull'applicabilità alla disciplina dei patti successori dell'art. 21, par. 2, che sancisce la prevalenza della legge del Paese con cui il defunto avesse manifestatamente un collegamento più stretto rispetto al Paese di residenza abituale. In favore di una sua disapplicazione, anche sulla base della natura eccezionale della norma e sul considerando 51 che non vi fa cenno, si veda A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 902.

¹¹⁶ È evidente la rilevanza della novità introdotta dal Regolamento rispetto all'attuale previsione dell'articolo 46 della legge italiana D.I.P., che prevede quale legge applicabile la legge nazionale del *de cuius*.

La scelta della residenza abituale quale criterio per l'individuazione della legge applicabile ai patti successori (così come all'intera successione, senza distinzione tra beni mobili e immobili) risponde all'esigenza di trovare una soluzione che consenta in concreto l'applicazione della legge di un Paese con il quale la successione ha un legame concreto e significativo; dal punto di vista statistico, infatti, appaiono maggioritari i casi in cui nello Stato di ultima residenza abituale del defunto si trovino la maggior parte dei suoi beni e i suoi familiari più stretti. In secondo luogo il passaggio dal criterio della nazionalità a quello della residenza abituale risponde anche a considerazioni di carattere politico: il nuovo criterio accolto, infatti, è maggiormente funzionale allo sviluppo dell'Unione perché tende a favorire l'integrazione giuridica e sociale nel Paese di accoglienza dei soggetti che si spostano da un Paese membro ad un altro. La soluzione accolta dal Regolamento, poi, comporta il vantaggio della tendenziale coincidenza tra *forum* e *ius* che essa determina in quanto il luogo di ultima residenza abituale del *de cuius* è assunto anche come criterio principale di giurisdizione dall'art. 4 del Regolamento. Deve, inoltre, essere presa in considerazione la situazione di forte immigrazione che coinvolge ormai quasi tutti i Paesi dell'Unione Europea; in tale scenario, l'applicazione del criterio della residenza abituale evita all'operatore giuridico nazionale le difficoltà connesse all'accertamento del contenuto delle leggi straniere, che sarebbe necessario qualora il criterio d'individuazione della legge applicabile alla successione fosse quello della cittadinanza. Cfr. D. DAMASCELLI, *I criteri di collegamento impiegati dal Regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte*, in P. Franzina e A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa - Collana di Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2013, 90 ss.; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, 44.

La scelta del criterio di residenza abituale può però comportare alcuni svantaggi tra cui quello di poter mutare con facilità e frequenza e quello di poter essere di difficile determinazione a discapito della prevedibilità e della certezza del diritto applicabile (che rivestono un ruolo di importanza fondamentale in tale ambito, riconosciuta dallo stesso Regolamento, specialmente per quei soggetti che vogliono provvedere alla propria successione in maniera affidabile) e con difficoltà di alcuni operatori del diritto, quali i notai, ai quali sono spesso affidate le operazioni di liquidazione e divisione della successione, nello svolgimento delle proprie mansioni poiché non dispongono di ampi poteri di indagine, riconosciuti invece ai giudici. Si veda A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto*, 46 s.

In considerazione di queste possibili difficoltà, durante i lavori preparatori era stata prospettata la possibilità di inserire una definizione precisa del concetto di residenza abituale, ma tale soluzione non venne successivamente accolta. Oggi, dunque, la nozione di "residenza abituale" non è fornita dal Regolamento *de quo* né in altri testi, poiché si tratta di un criterio di fatto, da accertare caso per caso, evitando le rigidità che una definizione legale comporterebbe; essa, infatti, non sarebbe mai sufficientemente completa e particolareggiata da includere tutte le situazioni che possono verificarsi nella pratica e le eventuali lacune potrebbero avere a effetto, in alcuni casi, il mancato raggiungimento della soluzione preferibile. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia, in relazione ad altri settori (in particolare Regolamento Bruxelles II-bis 2201/2003), ha affermato che "per quanto riguarda la determinazione del senso e della portata di detta nozione, tale determinazione deve essere effettuata alla luce del contesto nel quale si inseriscono le disposizioni del regolamento e dell'obiettivo da (l Regolamento) perseguito"; ne deriva che la nozione di "residenza abituale" è autonoma ed indipendente da quella dei singoli Stati membri. Inoltre, nel Regolamento sono stati inseriti tre considerando (23-25) che specificano gli elementi di fatto e i criteri principali cui fare riferimento nell'esame delle fattispecie concrete, soprattutto in relazione a quei casi maggiormente dubbi che possono presentarsi nella pratica.

Il considerando 23 del Regolamento in esame afferma, confermando quindi che il criterio vada definito in considerazione degli scopi dello stesso, che: "Al fine di determinare la residenza abituale, l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere a una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto

successione anche in un Paese in cui l'istituto sia vietato, dunque anche in Italia. Tale soggetto potrà quindi recarsi da un notaio italiano affinché riceva il patto successorio, che sarà ovviamente regolato dalla legge del luogo della sua residenza abituale.

Come visto, il principio cardine che regola la competenza e la legge applicabile alle successioni transnazionali¹¹⁷ è quello della residenza abituale del defunto al momento della morte. Residenza abituale che dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile del defunto con lo Stato interessato.

Il paragrafo 2 dell'art. 25¹¹⁸ prevede che, nel caso di patto successorio collettivo, ossia destinato a regolare la successione di due o più persone le quali, come anzidetto, devono tutte essere parti del patto stesso, sia necessario verificare che la legge che avrebbe regolato la successione di ciascuna delle parti che lo sta ponendo in essere ammetta questo istituto; il patto successorio sarà regolato, in quanto a validità ed effetti, dalla legge con la quale esso presenta il collegamento più stretto.

Il paragrafo 3¹¹⁹, infine, prevede che le parti possano scegliere la legge regolatrice del loro patto successorio, nei termini consentiti dall'art. 22, tra quelle che la persona o anche una

negli anni precedenti la morte e al momento della morte stessa 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 rilevare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del presente regolamento”.

Dal citato considerando 23 emergono gli elementi rilevanti al fine di determinare il luogo di residenza abituale: valutazione globale delle circostanze di vita del defunto, considerazione di tutti gli elementi fattuali pertinenti, durata e regolarità della permanenza di una persona nel territorio dello Stato, condizioni del soggiorno e ragioni dello stesso. È evidente, d'altra parte, che le semplici certificazioni anagrafiche non saranno né essenziali né determinanti al fine di tale individuazione e allo stesso modo non potrà essere dirimente l'acquisizione di un domicilio fiscale: non sarà sufficiente né necessario avere la prova documentale della residenza, ma si dovrà guardare alle circostanze concrete al fine di poterla definire quale “abituale”.

Nell'individuazione della nozione di “residenza abituale” può essere d'aiuto la definizione di “domicilio” secondo la legge italiana (art. 43 c.c.) come “sede principale dei propri affari e dei propri interessi” intendendosi per “interessi” non solo quelli economici, ma anche quelli personali, sociali e politici. Pertanto, si tratta, in genere, del luogo ove una persona ha fissato il centro dei propri interessi (personali e patrimoniali), dove si trova la maggior parte dei suoi beni e dove vivono le persone a lui più vicine e che possono essere interessate alla successione.

Il legislatore, poi, al paragrafo 2 dell'art. 21, aggiunge che, qualora dall'esame delle circostanze del caso concreto risulti che al momento della morte il defunto aveva dei collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso da quello della sua residenza abituale, la legge applicabile alla successione sarà quella dello Stato con cui sussistono collegamenti più stretti; si tratta della cosiddetta “clausola di eccezione” o *Ausweichsklausel*. Per un approfondimento sulla questione della determinazione della nozione di “residenza abituale” si veda M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 685 ss.

¹¹⁷ Il numero delle successioni transnazionali risulta essere in aumento; si stima che circa 450.000 famiglie, ogni anno, si trovano a dover fronteggiare una successione internazionale.

¹¹⁸ Art. 25, paragrafo 2, Regolamento UE n. 650/2012: “Un patto successorio avente a oggetto la successione di più persone è ammissibile solo se è ammissibile in base a ciascuna delle leggi che, in forza del presente regolamento, avrebbero regolato la successione di ciascuna di tali persone se esse fossero decedute il giorno della conclusione del patto”.

¹¹⁹ Art. 25, paragrafo 3, Regolamento UE n. 650/2012: “In deroga ai paragrafi 1 e 2, le parti possono scegliere come legge regolatrice del loro patto successorio, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti

soltanto delle persone della cui successione si tratta avrebbe potuto scegliere; si parla di *professio iuris*. Dunque, il paragrafo 3, in deroga ai precedenti paragrafi 1 e 2, prevede la possibilità di stipulare un patto successorio anche per il soggetto il cui Paese di residenza abituale non lo ammetta quale valido qualora *ex art. 22*¹²⁰ scelga espressamente la legge del luogo di cittadinanza di una delle altre parti del patto successorio, che invece lo ammetta¹²¹. Pertanto, la scelta di legge a favore della legge nazionale di una delle parti dell'accordo, che accolga i patti successori rende irrilevante il fatto che la legge nazionale di un'altra parte non li ammetta.

Con il regolamento *de quo* si è allora verificata un'ampia apertura: per la valida conclusione di un patto successorio tra un cittadino di uno Stato in cui i patti successori sono

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".

¹²⁰ L'art. 22 del regolamento consente alla persona della cui successione si tratta di scegliere la legge che regola la sua intera successione in luogo della legge della residenza abituale, limitando questa scelta alla propria legge nazionale al momento della scelta o della morte; in caso di più di una cittadinanza, il soggetto potrà sceglierne una tra di esse e altresì la legge del Paese di una cittadinanza non posseduta al momento della designazione, purché essa sia posseduta al momento dell'apertura della successione. Tale possibilità reca giovamento a quelle persone che a causa di un loro trasferimento hanno perso la cittadinanza di un determinato Stato con il quale hanno però mantenuto degli stretti legami e del quale contano di riacquistare la cittadinanza perduta, ma allo stesso tempo non desiderano attendere fino a quel momento per pianificare la propria successione (è da mettere in luce come, in tal caso, l'efficacia dell'atto dipenderebbe da una condizione che deve ancora avverarsi, lasciando sussistere degli spazi di incertezza e, dunque, suggerendo la necessità di apprestare particolare cautela nell'avvalersi di tale facoltà. La *professio iuris* permette al *de cuius* di organizzare la trasmissione del proprio patrimonio sulla base di una regolamentazione materiale, quella della sua cittadinanza, che potrebbe meglio rispondere alle sue esigenze e di evitare la precarietà e l'incertezza che il criterio di residenza abituale inevitabilmente porta con sé, essendo un criterio che rimane tendenzialmente indeterminato e indeterminabile fino al momento della morte dell'interessato. A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto*, 55 ss. Deve escludersi che i futuri eredi possano accordarsi sulla legge applicabile alla successione sia prima della sua apertura che dopo in quanto, in caso contrario, si incorrerebbe in una modifica della volontà del defunto, il quale, scegliendo una determinata legge, aveva fatto affidamento su di essa per la pianificazione della propria successione. Per un approfondimento si veda D. DAMASCELLI, *I criteri di collegamento*, 99 ss.

La possibilità di eleggere quale legge regolatrice della propria successione (e del patto successorio concluso, in base al richiamo dell'art. 25 all'art. 22) la *lex patriae* in luogo della legge del luogo di residenza abituale si giustifica anche con la finalità di consentire ai soggetti di scegliere la legge del Paese di cui hanno una maggior conoscenza giuridica. Relativamente alla scelta della legge nazionale di una delle parti quale legge applicabile al patto successorio, è opportuno sottolineare che, a differenza di quanto stabilisce l'art. 22 sulla *professio iuris* dell'intera successione, è possibile scegliere solo una legge nazionale che sia già posseduta dall'interessato al momento della designazione; ciò è confermato anche dal considerando 51 e si fonda principalmente sull'esigenza di assicurare una certa sicurezza alla pianificazione ereditaria. A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto*, 119.

¹²¹ Tale scelta "parziale" (l'articolo 25 regola ammissibilità e validità del patto, ma non la successione nel suo insieme) può creare non pochi problemi, rendendo applicabile al patto una legge diversa da quella regolatrice della successione. Tale scelta, inoltre, si esclude se estenda anche alla legge nazionale posseduta al momento della morte in quanto sarebbe incoerente sia con l'art. 25, che ancora il patto allo statuto successorio ipotetico, sia con la generale finalità di tutelare le parti dell'accordo e il loro affidamento sulla validità del patto e sulle loro scelte conseguenti. Risulta chiara, infatti, l'esigenza delle parti dell'accordo di assicurarsi che il patto da loro compiuto non solo sia valido e che tale rimanga nel tempo, ma che venga disciplinato secondo la legge scelta, quale che sia in futuro la *lex successionis*; la *lex successionis* virtuale, dunque, si cristallizza e diventa *lex pacti*, immune ai cambiamenti che in futuro potrebbero incidere sulla determinazione della *lex successionis* reale. Cfr. B. BAREL, *La disciplina dei patti*, 126 s.

ammessi e un cittadino di uno Stato in cui non lo sono, sarebbe sufficiente scegliere la legge dello Stato di cittadinanza del primo contraente.

Ad esempio, oggi un cittadino italiano residente in Italia e un cittadino tedesco residente in Germania (in cui i patti successori sono ammessi dalla legge) o addirittura in Italia possono tra di essi stipulare un patto successorio istitutivo scegliendo quale legge regolatrice dell'istituto quella nazionale del cittadino tedesco (che lo ammette e prevede)¹²².

L'art. 25, par. 3, fa rinvio all'art. 22 non solo al fine di individuare i criteri di scelta della legge applicabile ai patti successori, ma anche per stabilirne le condizioni; dunque, applicandosi anche il par. 2 dell'art. 22, la scelta deve esser effettuata in modo espresso con dichiarazione resa nella forma di un atto per causa di morte o deve risultare dalle clausole di tale disposizione¹²³. L'elezione della legge, pertanto, potrà essere contenuta nel patto successorio stesso, in un accordo separato, purché concluso tra le medesime parti e correlato al patto, o potrà desumersi, sebbene occorrerà particolare prudenza (soprattutto qualora il patto si riferisca alla successione di più persone aventi diverse leggi nazionali), dal contenuto del contratto successorio (ad esempio quando un soggetto abbia fatto riferimento a nozioni e istituti giuridici della propria legge nazionale, lasciando intendere di aver dato per scontato la sua applicazione). Invece, a norma del par. 4, la sua modifica o revoca potrà essere effettuata in tutte le forme "previste per la modifica o revoca di una disposizione a causa di morte" e, a norma del par. 3, la validità sostanziale dell'atto con cui è stata operata la *professio iuris* è rimessa alla medesima legge in esso scelta.

La scelta della legge applicabile al patto successorio prevista dall'art. 25, par. 3, costituisce il frutto di un accordo tra le parti, *pactum de lege utenda* (a differenza della *professio iuris* di carattere generale, prevista e disciplinata dall'art. 22, riguardante l'intera successione e di quella più specifica che l'art. 24, par. 2, permette di realizzare riguardo alla validità e all'ammissibilità delle disposizioni a causa di morte ivi contemplate, che sono negozi

¹²² D'altronde questa grande apertura risulta in linea sia con l'esigenza, sempre più sentita anche in Italia, di riconoscimento dell'istituto del patto successorio, sia con l'esigenza di uniformare il diritto successorio a livello europeo, considerando che, come abbiamo visto, l'art. 458 c.c. non è ritenuto in contrasto con l'ordine pubblico.

¹²³ Secondo A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto*, 119 s.; 119 nt. 187, non è necessario, al fine di sottoporre sia i patti successori sia l'intera successione alla medesima legge nazionale della persona o delle persone le cui eredità sono implicate, che vengano compiuti due atti di scelta distinti, dal momento che la *professio iuris* relativa all'intera successione, qualora sia anteriore o contestuale alla conclusione del patto successorio, estende automaticamente i suoi effetti alla determinazione della legge regolatrice dei patti in quanto essa viene richiamata dall'art. 25, par. 1 e 2 come legge che sarebbe stata competente a regolare la successione nel momento in cui il patto è stato concluso.

unilaterali). In quanto accordo, essa ha effetto vincolante per ciascuno dei partecipanti e potrà essere modificata o revocata solo con il consenso di tutti.

La legge applicabile ai patti successori secondo quanto disposto dall'art. 25 del Regolamento si estende non solo all'ammissibilità degli stessi, ma anche alla loro validità sostanziale i cui elementi costitutivi sono richiamati dall'art. 26¹²⁴.

È necessario mettere in luce che si presta a essere ricondotta (benché in maniera non sempre sicura e incontrovertibile) alla categoria dei patti successori una gamma considerevolmente vasta di figure, di cui alcune presentano elementi o caratteri comuni a istituti rientranti in categorie diverse e per lo più escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento, quali, ad esempio, le donazioni o altre specie di contratti, i *trusts* e gli accordi relativi ai rapporti patrimoniali tra coniugi. La determinazione esatta del contenuto della categoria in questione è quindi destinata a far sorgere non pochi problemi di delimitazione, parecchi dei quali non potranno ricevere soluzione certa e definitiva che dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia.

Un argomento rilevante da affrontare in relazione alla disciplina europea dei patti successori è quello del loro rapporto con la tutela dei diritti dei legittimari e di un eventuale contrasto tra la *lex successionis* virtuale, regolatrice del patto, e la *lex successionis* reale applicabile alla successione di una parte o più parti del contratto, regolatrice dei diritti dei legittimari.

Nell'art. 18 della Proposta (corrispondente all'attuale art. 25 del Regolamento) si individuava un'unica legge applicabile al patto successorio in tutti i suoi aspetti, ad eccezione della forma, prevedendo al par. 4 che fossero fatti salvi soltanto i diritti intangibili riconosciuti dalla *lex successionis* ai soggetti che non avessero partecipato al patto. Nella versione definitiva, ora in vigore, è stato interamente soppresso il par. 4, ossia la clausola di tutela dei legittimari, ma allo stesso tempo si è precisato che la legge applicabile al patto successorio è competente a disciplinarne gli effetti limitatamente ai soli "effetti vincolanti tra le parti". Dunque, spetterà alla *lex successionis* reale stabilire se il patto possa aver effetti anche nei confronti di soggetti

¹²⁴ Art. 26: "1. Ai fini degli articoli 24 e 25 i seguenti elementi sono attinenti alla validità sostanziale: a) la capacità della persona che fa la disposizione a causa di morte di fare tale disposizione; b) le cause specifiche che impediscono alla persona che fa la disposizione di disporre a favore di determinate persone o che impediscono a una persona di ricevere beni della successione dalla persona che fa la disposizione; c) l'ammissibilità della rappresentanza ai fini di una disposizione a causa di morte; d) l'interpretazione della disposizione; e) il dolo, la violenza, l'errore e qualsiasi altra questione legata al consenso o alla volontà della persona che fa la disposizione. 2. Se una persona ha la capacità di fare una disposizione a causa di morte secondo la legge applicabile a norma dell'articolo 24 o dell'articolo 25, una successiva modifica della legge applicabile lascia impregiudicata la sua capacità di modificare o revocare una tale disposizione".

che non vi abbiano partecipato oppure se, diversamente, il patto non possa pregiudicare i diritti riconosciuti dalla stessa ai legittimari.

Il cambiamento di formulazione sopra riportato ha dato adito a dubbi interpretativi importanti; ci si è chiesti se gli effetti vincolanti del patto riguardino i legittimari che vi abbiano partecipato nonostante la *lex successionis* reale preveda una tutela dei medesimi contro qualsivoglia violazione dei diritti loro spettanti dalla successione.

Alcuni autori hanno sostenuto, basandosi sulla soppressione del par. 4 originario, che faceva salvi i diritti dei legittimari estranei al patto (e quindi solo di questi), che ora devono intendersi fatti salvi i diritti di tutti i legittimari, anche di quelli che siano stati parti dell'accordo¹²⁵. Seguendo quest'interpretazione, nel caso in cui sia stato concluso un patto successorio abdicativo conforme al diritto tedesco, regolatore dell'accordo poiché il disponente risiedeva abitualmente in Germania, e successivamente costui si sia trasferito in Italia e sia qui deceduto, i diritti riservati dalla legge italiana, quando sia *lex successionis* applicabile, ai legittimari possono essere fatti valere anche da quei riservatari che abbiano partecipato al patto con il disponente.

Altri autori, invece, hanno ritenuto che la tutela dei legittimari prevista dalla *lex successionis* applicabile non debba essere estesa anche ai legittimari partecipanti all'atto, sostenendo la propria opinione con varie argomentazioni. Innanzitutto hanno ritenuto che il par. 4 dell'art. 18 della Proposta sia stato soppresso solo poiché oramai superfluo stante l'inserimento, nell'art. 25, della precisazione secondo cui la *lex pacti* disciplina gli effetti vincolanti tra le parti, con esclusione, quindi, degli effetti verso i terzi; pertanto sarebbe sembrato inutile un manifesto riferimento alla salvaguardia dei diritti dei legittimari rimasti estranei al patto di fronte all'espressa limitazione dei suoi effetti alle sole parti. Inoltre, la finalità di certezza e stabilità nella pianificazione delle proprie vicende successorie, chiaramente enunciata dal considerando n. 7 del Regolamento, verrebbe meno qualora si consentisse a un legittimario che abbia partecipato al patto successorio di sottrarsi ai vincoli con esso assunti

¹²⁵ In tal senso S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, XI, 2011, 383 s.; 400 s.; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto*, 107 ss. Questi ultimi ritengono che l'intangibilità dei diritti conferiti ai legittimari (o ad altre categorie di persone protette) dalla legge dello Stato in cui il disponente ha la propria residenza abituale al momento della sua morte rimanga salda e non possa rischiare di subire lesioni se non in forza di una *professio iuris* operata in favore della propria legge nazionale; anche in questo caso, tuttavia, sussiste un certo margine di aleatorietà dell'organizzazione anticipata della successione, in quanto la *professio iuris* può essere discrezionalmente revocata dall'autore della stessa. Secondo Davì e Zanobetti tale conclusione si evince dal considerando 50, "che indica chiaramente che l'applicazione ai patti, come pure alle disposizioni a causa di morte contemplate dall'art. 24, della legge successoria anticipata non può pregiudicare la posizione di 'chiunque' pretenda di trarre contrari diritti dalle norme imperative della prima legge". A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto*, 111.

invocando le norme a lui più favorevoli della *lex successionis* reale, non prevedibile al momento della conclusione dell'accordo; in tal modo si determinerebbe una situazione d'incertezza non solo per il disponente, ma anche per gli altri partecipanti ed essa non può essere ritenuta logicamente accettabile. Pertanto, l'applicazione della *lex successionis* reale sopravvenuta più favorevole ai legittimari che abbiano partecipato al patto costituirebbe un rafforzamento eccessivo della tutela riconosciuta a tali soggetti¹²⁶.

Il regolamento 650/2012 ha altresì previsto all'art. 27 una disciplina di conflitto omogenea anche per la validità formale di tutte le disposizioni a causa di morte e che, dunque, si estende ai patti successori. È dato per scontato che si debba trattare di disposizioni fatte per iscritto, dal momento che quelle compiute oralmente sono del tutto escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento ex art. 1, par. 2, lett. f). Domina il *favor validitatis*, essendo prevista l'applicazione alternativa di una pluralità di leggi: dello Stato in cui il patto è stato concluso; di uno degli Stati di cittadinanza, residenza abituale o domicilio di almeno una delle persone la cui successione è oggetto dell'accordo, riferita indifferentemente al tempo del patto o del decesso. Per i beni immobili, poi, vi è un ulteriore criterio alternativo: il luogo in cui essi sono siti; tuttavia, tale criterio è di difficile applicazione qualora il patto riguardi una pluralità di immobili locati in Paesi differenti. Sarà dunque sufficiente che la forma del patto sia conforme a quanto previsto da una delle leggi sopra richiamate per determinarne la validità¹²⁷.

L'art. 35 del Regolamento consente di opporre il limite dell'ordine pubblico all'applicazione di leggi straniere richiamate dalle norme di conflitto previste dal Regolamento stesso solo in caso di manifesta incompatibilità. Si ritiene che una situazione del genere non possa verificarsi nel caso di applicazione di norme straniere che ammettano i patti successori in uno Stato che invece li vieti; in caso contrario, infatti, si giungerebbe a impedire, di fatto, l'applicazione dell'art. 25 e a ostacolare la libera circolazione delle persone nel territorio dell'Unione Europea dato che la validità del patto potrebbe dipendere proprio da una modifica della residenza abituale. Inoltre, come già enunciato nella parte iniziale del presente paragrafo, la giurisprudenza e la dottrina italiane sono concordi nel ritenere che il divieto sancito dall'art. 458 c.c. non sia da considerarsi espressione di un principio di ordine pubblico internazionale¹²⁸.

¹²⁶ In tal senso B. BAREL, *La disciplina dei patti*, 130 ss.

¹²⁷ B. BAREL, *La disciplina dei patti*, 134 s.

¹²⁸ Cfr. Trib. di Bolzano, 8 marzo 1968, in *Foro it., Rep.*, 1969, *Successione*, n. 34; A. MIGLIAZZA, voce *Successione (Diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, 30, Roma, 1993, 6; R. CLERICI, *Sub. art. 46*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato - Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, 1140, S. MARINO, *La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 469.

Nonostante le novità introdotte dal Regolamento¹²⁹, che hanno determinato un'apertura importante verso l'accoglimento dei patti successori, da un lato prettamente pratico, nessun notaio italiano (o pochi di loro) accetterebbe di ricevere un patto successorio ammesso sulla base della legge di residenza abituale, *ex art. 25*, paragrafi 1 e 2, o nazionale *ex art. 25*, par. 3, scelta dalle parti quale legge regolatrice dello stesso, rischiando poi di incorrere in responsabilità per aver ricevuto un atto che eventualmente pregiudichi i diritti dei legittimari ad esso non partecipanti nell'ipotesi che essi siano tutelati dalla futura *lex successionis* reale. Senza considerare il fatto che la ricezione di un patto successorio comporterebbe per il notaio lo studio della normativa giuridica straniera applicabile ad esso¹³⁰.

¹²⁹ Un'altra importante novità introdotta dal Regolamento è stato il "certificato successorio europeo", destinato ad essere utilizzato da tutti coloro che abbiano necessità di far valere la loro qualità o di esercitare i loro diritti di eredi o legatari e/o i loro poteri come esecutori testamentari o amministratori dell'eredità in un altro Stato membro senza dover ricorrere ad alcun procedimento particolare.

¹³⁰ Conclusioni tratte sulla base dei colloqui intrapresi con il Dott. Luca Lori, notaio in Giussano. Infine, si evidenzia che Danimarca, Regno Unito e Irlanda non hanno partecipato all'adozione del presente Regolamento e non sono dunque vincolati da esso né sono soggetti alla sua applicazione, salva sempre la possibilità per il Regno Unito e l'Irlanda di notificare la loro intenzione di accettarlo dopo la sua adozione.

6. Alcune figure controverse: patti successori o altre tipologie di contratti?

Come in precedenza accennato, la prassi applicativa ha elaborato taluni istituti volti a disciplinare la successione degli individui.

Si tratta di strumenti negoziali che nascono come alternativa al testamento al fine di consentire la sistemazione degli interessi patrimoniali del disponente in previsione della sua morte attraverso un regolamento contrattuale. Tali istituti alternativi al testamento sono chiamati a rispettare il divieto dei patti successori sancito dall'art. 458 c.c. e vengono adoperati per soddisfare le esigenze sociali di pianificazione della propria successione essenzialmente in riferimento alla natura dell'oggetto dei beni della medesima, che esige un sistema di trasmissione adeguato alla loro diversa destinazione o funzione economica, e alle differenti qualità e bisogni dei soggetti beneficiari delle attribuzioni patrimoniali.

Spesso, infatti, sussistono situazioni patrimoniali complesse che necessitano un regolamento negoziale frutto non di una volontà unilaterale, ma di una riflessione congiunta (bilaterale o plurilaterale), che solo il contratto può offrire.

La ricerca di un'alternativa testamentaria trova il suo ambito di applicazione principale nella successione nell'attività d'impresa; proprio in questo ambito, infatti, è maggiormente sentita l'esigenza di salvaguardare la produttività e l'efficienza dell'attività mediante l'individuazione di meccanismi negoziali che permettano, alla morte dell'imprenditore, di evitare il rischio di smembramento che il ricambio generazionale porta con sé, stanti anche le possibili liti tra legittimari (che possono influire sull'andamento dell'impresa sino al decorso del termine di prescrizione decennale dell'azione di riduzione, alla quale non si può rinunciare prima dell'apertura della successione - artt. 458 e 557 c.c. -).

Pertanto, essendo state elaborate tali nuove tipologie di istituti, in dottrina e in giurisprudenza si è discusso e si continua a discutere circa il loro inquadramento tra i patti successori e circa la loro ammissibilità.

Dei principali si parlerà qui brevemente, specificando come la dottrina abbia individuato alcuni atti che, sebbene formalmente rientranti nel divieto previsto dall'art. 458 del Codice civile vigente, sono invece ammessi dall'ordinamento; esistono, dunque, come meglio si specificherà nel prosieguo del paragrafo, ipotesi di patti successori legalmente consentiti¹³¹.

¹³¹ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 32; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 125. In senso contrario: L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 400; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 218.

1) Donazioni a causa di morte

Per stabilire se una donazione possa in concreto definirsi a causa di morte occorre indagare se la morte assuma una rilevanza causale ovvero se tale evento rivesta solo la funzione di termine o condizione dell'atto.

La nozione di donazione *mortis causa* viene fornita dal diritto romano arcaico, che ammetteva e prevedeva una donazione revocabile subordinata alla premorienza del donante al donatario in previsione di un pericolo di morte (ad esempio, in caso di partenza per una battaglia o per un viaggio rischioso, in caso di malattia, ecc.)¹³².

Una simile figura non può essere ammessa nel nostro ordinamento in quanto esso ha riconosciuto natura contrattuale alla donazione e, in ragione di ciò, ne ha escluso la revocabilità *ad nutum*¹³³; l'irrevocabilità si evince, inoltre, dalla sua stessa natura e ciò risulta anche dall'eccezionalità delle cause di revocazione (ingratitude e sopravvenienza di figli, artt. 800 ss.); ancora, se la donazione sospensivamente condizionata alla morte del donante fosse stipulata come liberamente revocabile da costui, sarebbe sottoposta ad una condizione meramente potestativa, individuandosi così un altro motivo di nullità (art. 1355 c.c.).

Pertanto, in relazione ai patti successori, riconosciuta quale loro caratteristica fondamentale l'irrevocabilità, la *donatio mortis causa* non rientrerebbe in codesta categoria; vi sarebbe compresa, invece, la *donatio mortis causa* qualificata dalle parti come irrevocabile (*ut nullo casu revocetur*)¹³⁴: essa sarebbe un patto successorio istitutivo gratuito, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c.¹³⁵. La differenza tra contratto successorio e *donatio mortis causa* è, infatti, evidente: l'istituzione contrattuale presenta il carattere dell'irrevocabilità, mentre la seconda è revocabile ad arbitrio del donante; questo è l'unico elemento di differenziazione tra le due figure, che, essendo entrambe atti *mortis causa*, determinano la nascita solo di un'aspettativa di fatto¹³⁶.

¹³² Cfr. F. FILOMUSI GUELFU, *Diritto ereditario*, I, Roma, 1903, 41; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934, 537; P. MELUCCI, *Il diritto di successione*, Napoli, 1910, 68 ss. Sull'uso non univoco in diritto romano della locuzione *mortis causa* si veda G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, 38 ss. Sull'argomento, più approfonditamente, § 23.

¹³³ L. FERRI, *Disposizioni generali*, 110; l'art. 1050 del Codice civile abrogato definiva espressamente la donazione come atto irrevocabile.

¹³⁴ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 3, 53; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 417.

¹³⁵ A. TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*, in *Foro it.*, I, 1959, 580.

¹³⁶ M. VIGNALE, *Il patto successorio*, 318.

Sono accolte come valide dalla dottrina¹³⁷ quelle donazioni in cui l'evento della morte non assurge ad elemento causale dell'attribuzione, ma funge da termine o condizione: donazione con termine iniziale dalla morte del donante (*donatio cum moriar*) o sotto condizione sospensiva della premorienza del donante (*donatio si praemoriar*). Esse non sono altro che delle normali donazioni sottoposte a termine o a condizione sospensiva il cui evento consiste nella morte del donante, evento che nessuna norma giuridica considera illecito. Queste figure, pertanto, non realizzano donazioni *mortis causa*, ma donazioni tra vivi delle quali presentano il carattere tipico dell'irrevocabilità e dell'attualità dello spoglio del bene donato (per quanto condizionato o sottoposto a termine): il donatario acquista immediatamente ciò che ogni acquirente a termine iniziale o sotto condizione sospensiva acquisisce, ossia l'aspettativa legalmente tutelata che gli permette di compiere atti conservativi (1356, comma 1, c.c.) o di disporre del diritto condizionato, sia pure con un atto che rimane subordinato alla stessa condizione (la premorienza del donante) da cui dipende il suo acquisto (art. 1357 c.c.)¹³⁸. Si tratta quindi di donazioni *inter vivos* in cui si verifica l'immediata attualità dell'attribuzione, ma con differimento alla morte del donante dell'entrata del donatario nel possesso e nel godimento dei beni donati¹³⁹.

Con il patto successorio, invece, ove esso fosse ammesso dal nostro ordinamento, il beneficiario avrebbe solo un'aspettativa di fatto¹⁴⁰.

Anche la Cassazione ha distinto il patto successorio dalla donazione *si praemoriar*, ritenuta valida in quanto “solo il suo effetto è subordinato alla condizione della morte del donante”, il quale “non dispone della propria successione, ma di un proprio bene, limitandosi a subordinare l'efficacia dell'atto dispositivo all'evento costituito dalla sua morte”¹⁴¹.

Nonostante tale indirizzo giurisprudenziale, una decisione della Suprema Corte del 1987¹⁴² ha sancito la nullità di una donazione sottoposta alla condizione della premorienza del donante, sia pur con un'argomentazione estranea alla *ratio decidendi* e contraddittoria,

¹³⁷ Cfr., tra gli altri, A. TORRENTE, *La donazione*, in A. Cicu e F. Messineo (a cura di), *Tratt. dir. civ e comm.*, Milano, 1956, 312 ss.; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 116 s.

¹³⁸ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 3; 59. Si veda Cass. 21 gennaio 1959 (*Foro. it.*, 1959, I, 580).

¹³⁹ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 51 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni*, 2015, 54; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 118; per tutte si veda Cass. n. 2619/1976. Altri autori, invece, ritengono che tali donazioni debbano considerarsi senz'altro nulle in quanto costituiscono un vero e proprio patto successorio istitutivo a titolo gratuito: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, 2, Torino, XV, 1950, 312 nt. 4.

¹⁴⁰ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 35 s.; F. SANTORO PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto cum praemoriar*, in *Foro It.*, 1, 1950, col. 885.

¹⁴¹ Cass. n. 2619/1976.

¹⁴² Cass. n. 4053/1987.

affermando che il negozio “anche se strutturato nella forma di atto *inter vivos* sottoposto alla condizione sospensiva di premorienza del titolare del diritto, concreta una disposizione successoria, in quanto la sua funzione è quella di permettere al dichiarante di disporre dei propri beni e dei propri diritti (e quindi della propria successione) per quando avrà cessato di vivere”. La Corte ha poi continuato sancendo la natura *mortis causa* di tale negozio e non di negozio connesso alla morte.

In realtà, con questa sentenza, la Corte di Cassazione non considera l’attualità dello spoglio nella donazione *si praemoriar* e la confonde con la donazione *mortis causa*. La fattispecie era la seguente: Tizio aveva firmato una dichiarazione dattiloscritta in forma epistolare con la quale lasciava in comodato alla moglie un immobile, con effetti decorrenti dalla sua morte. Dopo un anno dalla morte del disponente, egli venne dichiarato fallito e il curatore agì contro la moglie per ottenere il rilascio dell’immobile; ella eccepì l’esistenza di un contratto di comodato. La decisione presa dal giudice di merito di primo grado, confermata in appello e alla cui interpretazione aderì la Cassazione, è corretta in quanto mancavano sia la forma olografa di un’eventuale disposizione testamentaria sia quella pubblica di un’eventuale donazione, ma in essa viene compiuto un grave errore relativo alla validità della donazione *si praemoriar*, essenzialmente perché spinti dall’esigenza di tutelare i creditori fallimentari.

Infatti, la donazione *si praemoriar*, per i motivi sopra elencati, non è un patto successorio e, in questo caso concreto, non si può ritenere che si trattasse nemmeno di un negozio in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*¹⁴³, poiché i creditori avevano a loro disposizione l’azione revocatoria ordinaria per far valere l’inefficacia dell’atto entro 5 anni dal suo compimento (artt. 2901 e 2903 c.c.), dimostrando che il donante fosse stato a conoscenza del pregiudizio che la donazione avrebbe arrecato alle ragioni dei propri creditori o, nel caso in cui l’atto fosse stato posto in essere antecedentemente, che esso sia stato dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne l’adempimento; nel caso di fallimento, inoltre, si applica l’art. 64 L. fall., che priva di efficacia rispetto ai creditori le donazioni avvenute nei due anni antecedenti la dichiarazione di fallimento¹⁴⁴.

Vi sono poi altre figure particolari di donazioni, quali la donazione con patto di reversibilità, la donazione con riserva di disporre delle cose donate, la donazione con riserva di usufrutto a favore del donante.

¹⁴³ *Contra* si veda G. GAZZONI, *Manuale*, 553 s., secondo il quale la donazione *si praemoriar* è volta a eludere il divieto dei patti successori sancito dall’art. 458 c.c e, pertanto, nulla per frode alla legge.

¹⁴⁴ A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 267 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 562 s.

La clausola *si praemoriar* è considerata condizione sospensiva, mentre la clausola di reversibilità della donazione in caso di premorienza del donatario al donante, prevista dall'art. 791 c.c.¹⁴⁵, ha natura di condizione risolutiva¹⁴⁶.

La condizione di reversibilità consiste nella previsione, da parte del donante, della possibilità che quanto oggetto dell'atto di liberalità ritorni a lui medesimo, nell'ipotesi in cui il donatario, da solo o unitamente ai suoi discendenti, dovesse premorirgli. La *ratio* dell'istituto si fonda sul fatto che il donante intende beneficiare il donatario ed eventualmente i discendenti di costui, ma, venendo meno questi soggetti ed essendo egli ancora in vita, il donante preferisce se stesso a ogni diverso soggetto al quale perverrebbero i beni donati in difetto della clausola di reversibilità. Anche tale tipologia di donazione non può essere considerata un patto successorio istitutivo in quanto il donante, che riacquista il bene precedentemente donato per premorienza del donatario, non lo riceve in qualità di successore di quest'ultimo ed è immediatamente titolare di un'aspettativa di diritto tutelata; la premorienza del donatario funge qui da mera clausola risolutiva di una donazione già attuale (quella del donante al donatario), apposta, dunque, ad un negozio *inter vivos*; essa sarebbe valida e non in contrasto con l'art. 458 c.c. anche qualora non fosse espressamente ammessa dall'art. 791 c.c.

Per quanto riguarda la donazione con riserva di disporre delle cose donate, la legge ne sancisce la validità (art. 790 c.c.), escludendo però che tale facoltà sia trasmissibile agli eredi e si ritiene che ciò derivi dal divieto dei patti successori.

La donazione con riserva di usufrutto a favore del donante viene solitamente assimilata dalla dottrina alla donazione in cui il donatario entra in possesso e nel godimento dei beni donati solo alla morte del donante e ne viene sancita la validità; la proprietà dei beni, infatti, viene acquisita dal donatario immediatamente e dunque non si può parlare di atto *mortis causa*; inoltre, non si deve confondere la riespansione del diritto di proprietà in capo al donatario in ragione dell'estinzione dell'usufrutto in seguito alla morte del donante con un trasferimento dell'usufrutto stesso da donante a donatario in seguito alla morte del primo.

Parte della dottrina¹⁴⁷ ritiene che sia un patto successorio la donazione di usufrutto condizionata sospensivamente alla premorienza del donante al donatario: in tale fattispecie,

¹⁴⁵ Art. 791 c.c.: "1. Il donante può stipulare la reversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti. 2. Nel caso in cui la donazione è fatta con generica indicazione della reversibilità, questa riguarda la premorienza, non solo del donatario, ma anche dei suoi discendenti. 3. Non si fa luogo a reversibilità che a beneficio del solo donante. Il patto a favore di altri si considera non apposto".

¹⁴⁶ L. FERRI, *Disposizioni generali*, 111.

¹⁴⁷ M. IEVA, *I fenomeni*, 105; cfr. anche Cass. n. 2850/1962.

infatti, l'oggetto della donazione risulterebbe essere definito anche oggettivamente solo in relazione al momento della morte del donante, determinandosi l'usufrutto in relazione all'età che il donatario avrà al momento della morte del donante: l'atto, dunque, sarebbe atto *mortis causa*. Altri autori¹⁴⁸, tuttavia, accolgono la soluzione classica che vede quale *discrimen* tra atto *mortis causa* e atto con effetti *post mortem* la totale improduttività di effetti prima della morte, propria della prima categoria e non riscontrabile nel caso di donazione di usufrutto sospensivamente condizionata alla premorienza del donante in quanto gli effetti dell'atto condizionato sospensivamente si producono secondo i canoni usuali.

Inoltre, la giurisprudenza ha stabilito che la dispensa dalla collazione in una donazione non urti con il divieto dei patti successori, essendo una mera modalità e non un atto con cui si disponga della propria successione¹⁴⁹.

Infine, non è considerato patto successorio né dalla dottrina né dalla giurisprudenza la donazione modale. Significativo in tal senso è un caso portato in giudizio presso il Tribunale di Bari¹⁵⁰, in cui un padre aveva donato un immobile ad uno dei figli e, con dichiarazione mediante scrittura privata avente pari data della donazione, il beneficiario si era impegnato a pagare metà del valore dell'immobile al fratello, trascorsi quattro anni dalla morte del genitore. Trascorso tale periodo, il fratello donatario non aveva adempiuto al *modus* e, nel giudizio instaurato dal fratello, aveva opposto la “nullità della dichiarazione in senso assoluto, perché costituiva patto successorio vietato”.

Il Tribunale affermò tuttavia che il bene era già presente nel patrimonio del beneficiario della donazione in quanto gli era stato con essa trasferito e precisava che il bene “in tal caso non costituisce una cosa da prendersi dall'eredità e da trasferirsi al promissario a titolo di eredità o di legato”. Inoltre, i giudici specificarono anche che l'obbligo contenuto nella scrittura privata non era stato assunto con la conseguenza di una rinuncia del fratello onorato (quello non beneficiario della donazione) ai diritti che gli potevano spettare dalla successione paterna.

L'esistenza del *modus*, pertanto, esclude il patto successorio.

Nonostante quanto sin qui affermato, non è sicuramente facile distinguere in concreto, in alcuni casi, le figure ammesse dalla dottrina dai patti successori.

Qualora sussistano dubbi in proposito, si dovrà ricorrere al principio di interpretazione conservativa sancito dall'art. 1367 c.c.: nel dubbio, il negozio deve interpretarsi nel senso in cui

¹⁴⁸ F. MAGLIULO, *Il divieto del patto*, 1428.

¹⁴⁹ A. PALAZZO, voce *Successioni*, 138.

¹⁵⁰ Trib. Bari, 23 giugno 1964, in *Giur. It.*, 1966, I, 1, c. 209 ss.

possa avere qualche effetto anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno; dunque, nel senso della donazione *cum moriar* o *si praemoriar*.

È poi vero che tali tipologie di donazioni potrebbero simulare un patto successorio istitutivo gratuito, ma occorrerebbe dimostrare che, ponendo in essere tali atti, le parti abbiano inteso provvedere alla futura successione e che i beni donati siano stati considerati quali beni ereditari. Sarà in tal caso necessaria un'indagine diretta a verificare la validità della donazione sotto il profilo della frode alla legge (art. 1344 c.c.) e, qualora la ricerca abbia dato esito negativo, la donazione sarebbe nulla¹⁵¹.

La donazione, quale istituto alternativo o integrativo del testamento (si tratta dello strumento maggiormente adoperato a tale scopo, anche per la trasmissione generazionale della piccola e media impresa), presenta una certa semplicità di utilizzo e una fiscalità di vantaggio (fino ad un certo importo e solo in relazione a certi soggetti); tuttavia, essa trova un forte limite nella tutela dei legittimari, che si sostanzia soprattutto nel rischio di essere soggetta all'azione di riduzione da parte di costoro, e nell'obbligo di collazione, anche se, in questo caso, il donatario può sottrarsi ad esso o comunque può esserne stato dispensato. Inoltre, il valore dei beni donati in vita che deve essere considerato è quello che i beni hanno al momento dell'apertura della successione (ad esclusione della moneta il cui valore rimane quello nominale); potrà dunque accadere che donazioni a favore di più legittimari, che al momento della conclusione del contratto erano rispettose dei diritti alla legittima di ciascuno, siano successivamente contestate sulla base del diverso valore dei beni oggetto delle donazioni al momento dell'apertura della successione del donante.

Pertanto, l'impiego delle donazioni sopra analizzate con l'obiettivo di una pianificazione ereditaria ha come conseguenza il permanere di un'estrema incertezza degli acquisti da esse derivanti.

2) Il contratto a favore del terzo

Fra le attribuzioni patrimoniali i cui effetti sono collegati alla morte del disponente si inseriscono alcune fattispecie espressamente previste dalla legge: il contratto a favore di terzo con prestazione da effettuarsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.) e l'assicurazione

¹⁵¹ Occorre ricercare, di volta in volta, se le parti abbiano voluto, con il negozio giuridico da loro posto in essere, dissimulare un patto successorio. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, 45; si veda Cass. n. 140/1959. Per una più approfondita trattazione cfr. V. R. CASULLI, *Donazione mortis causa (dir. civ.)*, in ED, 13, 1964, 1002 ss.; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 113 ss.; C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in V. Roppo (a cura di), *AA. VV. Trattato del contratto. VI. Interferenze*, Milano, 2006, 498.

sulla vita a favore di un terzo (artt. 1920 ss. c.c.), che costituisce una “specie” della figura generale.

L'art. 1412 c.c.¹⁵² disciplina un'ipotesi particolare di contratto a favore del terzo: esso, infatti, prevede che la prestazione possa essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante, il quale può, derogando così al principio di cui all'art. 1411 c.c., revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria, quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, salvo che, in quest'ultimo caso, lo stipulante abbia rinunciato per iscritto alla facoltà di revoca.

La dottrina discute se si tratti di un negozio tra vivi o di un atto *mortis causa* e, conseguentemente, di un'eccezione al divieto dei patti successori.

La revocabilità del beneficio espressamente prevista al comma 1 vale a differenziare il contratto a favore di terzo con effetti alla morte dello stipulante dal patto successorio che, come tale, deve ritenersi irrevocabile¹⁵³. Tuttavia, lo stesso comma 1 prevede anche la possibilità di rinuncia alla facoltà di revoca, avvicinando il contratto in questione al patto successorio: tale rinuncia, che può essere esercitata anche per testamento, ha certamente quale effetto quello di restringere la libertà testamentaria, pur essendo senza alcun dubbio valida, poiché espressamente prevista dalla legge.

Mentre parte della dottrina¹⁵⁴ individua nella figura descritta dall'art. *de quo* un atto *mortis causa*, almeno nel caso in cui lo stipulante abbia rinunciato alla facoltà di revoca, e dunque un'eccezione al divieto dei patti successori, in quanto tramite tale atto lo stipulante raggiunge lo scopo di fare un'attribuzione *mortis causa*, sebbene a mezzo del promittente, quella prevalente¹⁵⁵ configura l'ipotesi in esame come atto *inter vivos*: il rinvio dell'esecuzione della prestazione al momento della morte del disponente non comporta che la morte sia causa dell'acquisto. Infatti, il titolo dell'acquisto rimane il contratto e la stipulazione è dunque da intendersi come immediatamente operante a favore del terzo (l'effetto della stipulazione si è già prodotto prima dell'evento morte e, pertanto, il diritto viene acquistato *iure proprio*); ciò

¹⁵² Art. 1412 c.c.: “1. Se la prestazione deve essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante, questi può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, salvo che, in quest'ultimo caso, lo stipulante abbia rinunciato per iscritto al potere di revoca. 2. La prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuore allo stipulante, purché il beneficio non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente”.

¹⁵³ Si avverte qui lo sforzo del legislatore volto a conciliare la natura contrattuale dell'atto con la circostanza che esso è indirizzato a regolare una situazione *post mortem* (in senso lato). Cfr. M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 538.

¹⁵⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 320 nt. 3; L. FERRI, *Disposizioni generali*, 118 s.

¹⁵⁵ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 37; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, 223; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 403 ss.; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 122 ss.

risulta evidente anche dal comma 2 dell'articolo, che prevede che la prestazione debba essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuova allo stipulante, purché il beneficio non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente. Questa possibilità sarebbe esclusa qualora il terzo acquistasse il diritto alla prestazione per successione, in quanto solo chi ha già acquistato può trasmettere agli eredi; pertanto, quest'ultima considerazione è decisiva per ritenere che l'art. 1412 c.c. regoli un atto *inter vivos*: la morte, rispetto a essa, costituisce solo il termine di esecuzione.

Le stesse considerazioni devono essere fatte qualora la designazione sia compiuta non nello stesso contratto, ma in un atto successivo, purché non venga fatta per testamento¹⁵⁶: in questo caso, infatti, ricorre una stipulazione a favore di terzo indicato con designazione non contestuale, ma successiva, e si tratta di un negozio tra vivi, del tutto distinto, perciò, dal fenomeno dei patti successori.

Invece, l'ipotesi in cui lo stipulante si riservi il potere di designare il terzo beneficiario della disposizione mediante testamento pone maggiori problemi: prima della morte, infatti, il diritto non sorge, o non viene trasferito, in capo al terzo. Gli interpreti hanno avanzato opinioni diverse sul punto: alcuni hanno ravvisato in questa figura un patto successorio indiretto, altri, invece, ritengono ammissibile o meno la figura sulla base della *ratio* del divieto dei patti successori: il contratto in questione sarà valido qualora si ritenga che il divieto *ex art. 458 c.c.* tuteli la libertà testamentaria in relazione all'individuazione del beneficiario; nullo se, invece, si ritenga che tuteli la libertà di testare anche con riferimento alla determinazione oggettiva dell'attribuzione¹⁵⁷.

La dottrina si è interrogata anche sulla validità della clausola della polizza di assicurazione contro gli infortuni che prevede l'intrasmissibilità agli eredi dell'infortunato del diritto all'indennità permanente non ancora liquidata o offerta al momento della morte di quest'ultimo (per causa diversa dall'infortunio). Essa non è stata considerata un patto successorio vietato in quanto la clausola circoscrive solo l'operatività della polizza segnando il momento finale ed estintivo dell'obbligazione assunta dall'assicurazione, in modo tale da conferire un carattere personale all'indennità; la polizza, infatti, non integra un patto successorio vietato in quanto il contratto di assicurazione non assegna preventivamente ed

¹⁵⁶ La designazione del beneficiario per testamento costituirebbe un'attribuzione indiretta *mortis causa*. Cfr, A. PALAZZO, voce *Successioni*, 137.

¹⁵⁷ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 147 s.; G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 32; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 125. In senso contrario, negando sia la qualifica di atto *mortis causa* sia di patto successorio: L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, 400; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, 218.

irrevocabilmente a terzi beni e diritti facenti parte dell'eredità dell'assicurato né dispone di diritti che potrebbero derivare da una successione, ma, come visto, circoscrive l'operatività della polizza¹⁵⁸.

La stessa conclusione raggiunta per il contratto a favore di terzo con prestazione da effettuarsi dopo la morte dello stipulante vale, almeno in parte, anche per l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo (artt. 1920 ss.¹⁵⁹).

Con il contratto di assicurazione sulla vita l'assicuratore (il disponente), per effetto dell'accordo con l'assicurato (lo stipulante), è obbligato a pagare un capitale o una rendita a un terzo beneficiario; la prestazione dell'assicuratore a favore del terzo è direttamente collegata alla durata della vita dell'assicurato e si distingue nell'assicurazione per il caso di morte (la prestazione sarà dovuta per la morte dell'assicurato) e nell'assicurazione per il caso di vita (la prestazione sarà dovuta se in un dato momento l'assicurato sarà ancora in vita).

L'art. 1920, comma 2, c.c. prevede espressamente che la designazione del beneficiario dell'assicurazione, che segna il momento di efficacia della stessa, possa essere fatta, oltre che nello stesso contratto di assicurazione, anche con una successiva comunicazione scritta all'assicuratore (e allora l'ipotesi non sarà dissimile da quella dell'art. 1412 c.c) o per testamento; in quest'ultimo caso, sebbene la norma non preveda distinzioni, risulta chiaro che la designazione testamentaria, in quanto destinata a produrre effetti dopo la morte dello stipulante, possa ammettersi solo per il caso di assicurazione contratta per il caso di morte¹⁶⁰. In quest'ultima circostanza si porrebbero i problemi già evidenziati con riferimento al contratto a favore di terzo da designarsi con atto di ultima volontà e, dunque, ad avviso di alcuni, in tale figura si dovrebbe ravvisare un'attribuzione indiretta *mortis causa*¹⁶¹: attribuzione indiretta

¹⁵⁸ G. CIAN (a cura di), *Commentario breve*, art. 458, 453.

¹⁵⁹ Art. 1920 c.c.: “1. È valida l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo. 2. La designazione del beneficiario può essere fatta nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o per testamento; essa è efficace anche se il beneficiario è determinato solo genericamente. Equivale a designazione l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona. 3. Per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione”.

Art 1921 c.c.: “1. La designazione del beneficiario è revocabile con le forme con le quali può essere fatta a norma dell'articolo precedente. La revoca non può tuttavia farsi dagli eredi dopo la morte del contraente, né dopo che, verificatosi l'evento, il beneficiario ha dichiarato di voler profittare del beneficio. 2. Se il contraente ha rinunciato per iscritto al potere di revoca, questa non ha effetto dopo che il beneficiario ha dichiarato al contraente di voler profittare del beneficio. La rinuncia del contraente e la dichiarazione del beneficiario devono essere comunicate per iscritto all'assicuratore”.

¹⁶⁰ M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 539. Secondo A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 254, anche nel caso in cui la designazione del beneficiario dell'assicurazione sulla vita sia fatta mediante testamento, si tratterebbe, al pari di quella effettuata per atto tra vivi, di una dichiarazione negoziale a contenuto determinativo, “avente cioè la funzione di individuare il soggetto titolare del credito assicurativo che è già sorto, seppure in *incertam personam*, al momento della stipula della polizza”.

¹⁶¹ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 149.

perché il diritto è verso l'assicuratore; attribuzione *mortis causa* in quanto non può produrre i suoi effetti prima della morte dello stipulante, non esistendo ancora la designazione del soggetto contrattuale in capo al quale gli effetti dell'atto dovrebbero prodursi.

Dunque, così costruita, l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo costituirebbe un'eccezione al divieto dei patti successori e, come tale, non è suscettibile di applicazione analogica.

È da segnalarsi che in dottrina vi è chi ritiene che anche nell'ipotesi prevista dall'art. 1920 c.c. la morte segnerebbe solo il momento in cui l'assicuratore (promittente) è obbligato all'adempimento del contratto; la designazione del terzo beneficiario, anche se prevista nel testamento, sarebbe un negozio *inter vivos* funzionalmente collegato al contratto di assicurazione, rispetto al quale svolgerebbe solo una funzione accessoria e integrativa¹⁶².

Vi è anche chi¹⁶³ nega che il contratto di assicurazione sulla vita possa costituire un'alternativa al testamento o un qualsiasi fenomeno successorio in senso tecnico per via della stretta funzione previdenziale della convenzione assicurativa.

Attualmente i contratti di assicurazione sulla vita a favore di un terzo riscuotono grande successo sia per la funzione previdenziale loro connessa sia per il sistema fiscale di vantaggio di cui godono; ciò ne ha determinato una massiccia diffusione tra i consociati e alla tipica funzione previdenziale si affiancata anche quella di capitalizzazione (in alcuni contratti di assicurazione proposti dalle banche o da imprese finanziarie e assicurative, infatti, l'obiettivo primario sembra essere quello di capitalizzare una rendita).

L'impiego del contratto di assicurazione sulla vita non costituisce una reale ed autonoma alternativa al testamento, ma rappresenta un suo ottimo strumento integrativo che permette una pianificazione più ampia della successione *mortis causa*.

È importante sottolineare come l'utilizzo di tale contratto in funzione successoria incontri un limite nel disposto dell'art. 1923, comma 2, c.c.¹⁶⁴, secondo cui sono fatte salve, rispetto ai premi pagati, tutte le norme di tutela dei diritti dei legittimari.

3) Il negozio condizionato alla nomina ad erede

¹⁶² A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2003, 116 ss.

¹⁶³ A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2000, 189 ss.

¹⁶⁴ Art. 1923, comma 2, c.c.: "Sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni".

Tale figura giuridica è stata ritenuta senz'altro valida dalla giurisprudenza e dalla dottrina¹⁶⁵ in quanto si tratta di negozi che non hanno ad oggetto beni ereditari, ma semplicemente sono condizionati alla devoluzione per testamento di una determinata eredità.

Ad esempio, Tizio dona alla domestica della zia, a remunerazione dei servizi resi, il mantenimento per tutta la vita e l'usufrutto di alcuni suoi beni, non ereditari, a condizione che venga nominato erede dalla zia stessa. La convenzione viene sottoscritta anche dalla zia.

In tale caso non si può parlare né di patto successorio istitutivo, in quanto la zia non assume alcun impegno e rimane libera di disporre delle proprie sostanze per il momento della sua morte secondo la sua volontà e di non nominare come proprio erede il nipote, né di patto successorio dispositivo fra nipote e domestica in quanto i beni oggetto della donazione non appartengono all'eredità. Pertanto, la condizione: "Se ereditero dalla zia" risulta pienamente lecita poiché non si dispone di diritti che possono pervenire da una futura successione.

4) L'inclusione nella divisione di beni di una futura successione

L'atto di divisione che abbia per oggetto anche un bene di proprietà di una persona vivente, considerato come bene di una futura successione, è stato giustamente considerato nullo dalla giurisprudenza¹⁶⁶ in quanto privo di causa e per violazione del divieto dei patti successori; in particolare, si tratterebbe di un patto successorio dispositivo in cui i condividenti, nell'atto di divisione, in realtà dispongono anche dei diritti che possono loro spettare da una successione non ancora aperta¹⁶⁷.

5) Il mandato *post mortem*

Per mandato *post mortem* si intende il negozio con il quale un soggetto (mandante) conferisce ad un altro soggetto (mandatario) un incarico da eseguirsi dopo la sua morte.

In dottrina, la legittimità di tale figura è stata oggetto di dibattito.

Quella minoritaria ritiene inammissibile nel nostro ordinamento tale istituto contrattuale in considerazione di quanto disposto dall'art. 1722 n. 4 c.c., che prevede lo scioglimento del mandato in caso di morte del mandante; la *ratio* alla base di questa disposizione, risiedendo nel

¹⁶⁵ L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511 cit., 108; C. App. L'Aquila, 18 giugno 1953, in *Riv. Giur. Abruzz.*, 1953, 322.

¹⁶⁶ Cass. n. 418/1960.

¹⁶⁷ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 39 s.

rispetto del rapporto fiduciario che lega il mandante al mandatario, non ammetterebbe eccezioni, salvo quella di atti previsti per l'esercizio dell'impresa¹⁶⁸.

La dottrina maggioritaria, invece, ritiene che l'art. 1722 n. 4 c.c. non sia una norma a carattere imperativo, ma dispositivo, con la conseguenza che le parti contrattuali possono stipulare un contratto di mandato il cui oggetto sia un incarico da eseguirsi dopo la morte del mandante. Il carattere fiduciario tra mandante e mandatario non costituirebbe un ostacolo, anzi, le parti, proprio in virtù di tale rapporto, potrebbero voler derogare alla regola generale dell'art. 1722 n. 4 c.c.

Lo stesso legislatore prevede testuali deroghe sia nello stesso art. 1722 c.c., n.4, per il mandato che abbia ad oggetto atti relativi all'esercizio di un'impresa, sia tramite altre indicazioni normative: l'art. 1723, comma 2, c.c., per cui il mandato conferito nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue con la morte del mandante; l'art. 1728 c.c., per cui la morte del mandante non inficia l'obbligo del mandatario di portare a termine l'incarico che abbia precedentemente iniziato ad eseguire; l'art. 1729 c.c., che sancisce la validità degli atti compiuti dal mandatario antecedentemente alla conoscenza della sopravvenuta causa di estinzione del mandato (quale, ad esempio, la morte del mandante)¹⁶⁹.

Nell'ambito della fattispecie del mandato con incarico da eseguirsi dopo la morte del mandante, si possono distinguere tre diverse figure: il mandato *post mortem exequendum*, il mandato *mortis causa* e il mandato *post mortem* in senso stretto¹⁷⁰.

La prima figura ricorre quando le parti concludono un normale contratto di mandato in vita del mandante, ma stabiliscono che l'incarico dovrà essere eseguito dopo la morte dello stesso; in relazione all'art. 1703 c.c., esso può essere definito come il contratto con il quale il mandatario si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto del mandante dopo la sua morte, purché l'incarico non abbia a oggetto il trasferimento di beni del mandante a terzi.

Solitamente rientrano in tale categoria esempi di poco conto individuati in attività materiali (quindi non in veri e propri mandati) o in atti giuridici in senso stretto: le disposizioni

¹⁶⁸ E. BETTI, *Teoria generale*, 1956, Torino, 312 ss.

¹⁶⁹ A. LUMINOSO, *Il mandato*, Milano, 2000, 188; G. MINERVINI, *Il mandato. La spedizione. La commissione*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, VIII, 1, Torino, 1952, 24; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 2, Torino, 1955, 448 ss., 1011 ss.; M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 540; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 3; 62. In giurisprudenza: Cass. n. 719/1965; Cass. n. 1584/1969.

¹⁷⁰ Così Cass. n. 1584/1969.

per la pubblicazione postuma delle proprie opere¹⁷¹ o per la propria sepoltura, l'incarico di consegnare al donatario una somma precedentemente donata, ecc.

Come accennato, mentre parte della dottrina, minoritaria¹⁷², ha ritenuto tali contratti invalidi in quanto contrasterebbero con il principio *mandatum morte finitur* previsto dall'art. 1722 n.4 c.c., la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, ritenendo tale regola derogabile dalla volontà delle parti, non trattandosi di una norma di ordine pubblico, ammettono queste forme contrattuali, che si perfezionano durante la vita del mandante¹⁷³.

Il mandato *mortis causa*, invece, ricorre quando esso sia stato concluso in vita del mandante, avendo in realtà lo scopo di attuare un'attribuzione patrimoniale *mortis causa*. Si tratta di un vero mandato *post mortem*, precedentemente analizzato, ma con oggetto illecito e dunque nullo (artt. 1418 e 1346 c.c.). Se per il tramite del mandato *post mortem*, infatti, si venisse a realizzare un'attribuzione patrimoniale a causa di morte, esso integrerebbe un patto successorio e di conseguenza sarebbe nullo ex art. 458 c.c.; per decidere, dunque, sulla validità di tale figura sarà necessario aver riguardo alla natura dell'attività oggetto dell'incarico da eseguirsi dopo la morte del mandante¹⁷⁴.

È ad esempio il caso di Tizio che dà incarico a Caio, il quale accetta, di trasferire dopo la sua morte un proprio immobile, inerente alla sua futura eredità. Si avrebbe così un'attribuzione *mortis causa* effettuata non per testamento, ma per contratto e, precisamente, per contratto di mandato. Risulterebbe violato non solo l'art. 458 c.c. sul divieto dei patti successori, ma anche gli artt. 457 e 587 c.c., che prevedono un unico atto *mortis causa*, rivestito di un particolare formalismo, il testamento¹⁷⁵.

Infine, il mandato *post mortem* in senso stretto ricorre quando il *de cuius* conferisce, con atto unilaterale (si tratta dunque di una figura impropriamente definita “mandato” in quanto non configura un contratto), ad un soggetto l'incarico di svolgere un'attività giuridica alla sua morte.

¹⁷¹ A prevederlo è lo stesso art. 24 della L. 22 aprile 1941 n. 633 sul diritto d'autore. La norma dispone che il diritto di pubblicazione di un'opera inedita spetti agli eredi o ai legatari dell'autore, a meno che costui non l'abbia affidata ad altri o ne abbia vietato la pubblicazione. L'art. 93, ultimo comma, della stessa legge prevede la liceità dell'analogo incarico in ordine alla pubblicazione della corrispondenza, di memorie familiari, di epistolari e l'art. 96, comma 2, in relazione all'incarico che abbia ad oggetto i diritti sul proprio ritratto.

¹⁷² G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 545 ss.; E. BETTI, *Teoria generale*, 1950, 320 e 321 nt. 5, afferma il carattere imperativo ed imperante del principio *mandatum morte finitur*, ritenendo che dal combinato disposto degli artt. 1722 n. 4 c.c. e 458 c.c. deriverebbe il principio generale secondo cui tutti i contratti *mortis causa* sarebbero inammissibili dal nostro ordinamento.

¹⁷³ Cfr. in tal senso: L. CARIOTA FERRARA, *Mandato post mortem e disposizioni sulla sepoltura*, in *Foro lomb.*, 1934, 747 ss. Cfr. L. COVIELLO jr., *Il mandatum post mortem*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1930, 1 ss.

¹⁷⁴ Per una distinzione scrupolosa tra le varie tipologie di mandato si veda Cass. n. 2804/1962 e altri riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in M. V. DE GIORGI, *I patti*, 138 nt. 32.

¹⁷⁵ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 41; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, 97.

Si inquadrano in quest'ultima categoria, ad esempio, la nomina dell'esecutore testamentario (art. 700 c.c.), la nomina del terzo arbitratore (artt. 630, 631 e 632 c.c.), la designazione del terzo incaricato di redigere il progetto di divisione (art. 733, comma 2, c.c.), ecc.

Se si volesse considerare tale atto come una proposta di mandato, al mandatario non sarebbe consentita l'accettazione della proposta dopo la morte del mandante per il principio di intrasmissibilità della proposta (argomentato *a contrario* dall'art. 1329, comma 2, c.c.).

Se, invece, rispettata la forma, lo si volesse considerare come un vero e proprio testamento, esso sarebbe valido solo nei limiti in cui non vi sia contrasto con il principio della personalità dell'atto *mortis causa*¹⁷⁶.

6) Promessa di retribuire servizi resi attraverso lasciti testamentari

Al divieto dei patti successori è legato anche il problema della validità delle prestazioni di lavoro svolte in vista di un lascito ereditario.

È il caso in cui il testatore abbia disposto dei lasciti a favore di un soggetto a remunerazione del lavoro da questi prestatore senza esigere un compenso.

In tale situazione, per valutare se sussista o meno un patto successorio, è necessario indagare se vi sia stato tra testatore e soggetto beneficiante un precedente accordo in tale senso.

Solo quando vi sia stata una convenzione si può riconoscere un patto successorio istitutivo obbligatorio di cui il successivo testamento sarebbe attuazione e, come tale, sarebbe nullo; ad esempio, rientra in tale fattispecie la prestazione di servizi operata nell'ambito di una vera e propria convenzione in cui si preveda quale remunerazione il lascito testamentario.

In caso contrario, quando non esista una convenzione, richiesta dall'art. 458 c.c., ma una semplice promessa, come atto unilaterale, manifestata verbalmente all'interessato o a terzi, non potrebbe di certo ravvisarsi un patto successorio, che, invece, ha natura bilaterale¹⁷⁷.

Pertanto, al fine di poter dichiarare la nullità di un lascito testamentario esecutivo di un precedente accordo obbligatorio tra le parti in tal senso, l'esistenza dello stesso dovrà essere dimostrata¹⁷⁸.

La giurisprudenza, quando ha accertato che la prestazione di lavoro aveva quale corrispettivo un futuro lascito ereditario o la promessa di nominare erede il lavoratore, ha

¹⁷⁶ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, 127 ss.

¹⁷⁷ L. FERRI, *Successioni in generale*, 115.

¹⁷⁸ Cfr. Cass. n. 1702/1972; Cass. n. 2680/1969; Cass. n. 835/1964; Cass. n. 1427/1956; Cass. n. 2372/1951. Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali*, 115.

ritenuto il contratto nullo per illiceità della causa. Ad esempio, la Corte di Cassazione è pervenuta ad una siffatta decisione in un caso in cui la retribuzione di un rapporto lavorativo consisteva nell'obbligo di adottare ed istituire erede il dipendente. La dichiarata nullità di siffatto contratto di lavoro non rendeva, nella specie, operante la disposizione normativa 2126, comma 1, c.c. secondo la quale "la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione". In ogni caso, secondo la Suprema Corte, l'inapplicabilità della sopracitata norma non avrebbe escluso la possibilità per il lavoratore di richiedere un indennizzo per l'esecuzione del contratto illecito "nei limiti dell'arricchimento dell'*accipiens*, ai sensi dell'art. 2041 c.c."¹⁷⁹.

A considerazioni diverse è giunta la giurisprudenza nel caso in cui la promessa dell'attribuzione ereditaria non abbia costituito il corrispettivo della prestazione lavorativa, ma solo il motivo della stessa. In tal caso, l'attività lavorativa dovrà ritenersi svolta a titolo gratuito, senza che la motivazione consistente nella speranza di una futura eredità possa in alcun modo rilevare. Un indirizzo giurisprudenziale ha poi cercato di conciliare l'affermazione che la promessa di istituire il lavoratore erede o legatario non costituisca il corrispettivo della prestazione con la natura onerosa della prestazione lavorativa stessa¹⁸⁰.

In altre sentenze, invece, la giurisprudenza ha correttamente definito come gratuite quelle prestazioni lavorative compiute da un soggetto al di fuori di qualsiasi promessa o convenzione, ma allo scopo di accattivarsi la benevolenza di una persona sperando di riceverne un lascito testamentario¹⁸¹.

Nei casi sopra visti, la giurisprudenza, nell'affermare la gratuità delle prestazioni di servizi, ha escluso anche il rimedio dell'arricchimento senza causa dell'*accipiens* in quanto, trattandosi di un'attività volontariamente svolta a titolo gratuito, non si realizza nessuna indebita percezione da parte di chi ne approfitti al di fuori di ogni promessa di remunerazione¹⁸².

L'eventuale sussistenza di un rapporto di lavoro a titolo gratuito deve essere valutata non solo sulla base di indici soggettivi, quali i comportamenti e le valutazioni delle parti, ma anche

¹⁷⁹ Cass. n. 835/1964, con nota di E. CIACCIO, *Effetti del contratto di lavoro stipulato con promessa di adozione e istituzione di erede*, in *Mass. Giust. Civ.*, 1964, I, 1604; con nota di G. B. FERRI, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazione di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 338.

¹⁸⁰ Si veda Cass. n. 2614/1941, che, nella fattispecie di un nipote che aveva reso prestazioni allo zio senza corrispettivo nella speranza, da quest'ultimo alimentata, che lo zio si sarebbe ricordato di lui nel disporre dei propri beni per il periodo successivo alla sua morte, ha ritenuto che tale aspettativa costituisse solo il motivo del rapporto di lavoro e non il corrispettivo e che, perciò, l'attività dovesse essere considerata a titolo oneroso e dunque retribuita.

¹⁸¹ La speranza era solitamente fondata su rapporti affettivi o familiari e su dichiarazioni eventualmente rese dal *de cuius*.

¹⁸² Si veda Cass. n. 1427/1956 e cfr. M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 543.

tenendo conto che l'assetto degli interessi sottostanti il rapporto di lavoro subordinato confina le ipotesi di contratto a titolo gratuito a poche e limitate ipotesi.

Tale valutazione è presente nella giurisprudenza che, sebbene con talune inesattezze ed imprecisioni di linguaggio o concettuali, ha riconosciuto il carattere oneroso di prestazioni lavorative eseguite nella speranza di future attribuzioni a titolo di eredità o legato nel caso in cui essa sia stata alimentata e suscitata dalla mera intenzione espressa da colui che riceve le prestazioni¹⁸³.

7) Le clausole di continuazione della società con l'erede

Casi di patti successori sono stati ravvisati in alcune clausole statutarie, frequentemente contenute negli statuti delle società di persone, volte a regolare i rapporti sociali per il periodo successivo alla morte di uno dei soci al fine di evitare l'indebolimento della società e di superare la necessità, ai sensi dell'art. 2284 c.c., del consenso degli eredi del socio morto alla continuazione dell'attività sociale.

L'art. 2284 c.c.¹⁸⁴, infatti, in tema di società semplice, ma applicabile a tutte le società di persone ex artt. 2293 c.c. e 2315 c.c., prevede tre possibili scenari per il caso di morte di uno dei soci: la continuazione della società fra i soci superstiti con liquidazione della quota agli eredi del socio defunto; lo scioglimento della società; la continuazione della società con gli eredi del socio defunto, qualora siano d'accordo¹⁸⁵.

L'art. 2284 c.c., però, prevede anche la possibilità di derogare alla disciplina di legge inserendo una contraria disposizione nel contratto sociale: nell'atto costitutivo, infatti, i soci possono inserire delle determinate clausole volte a garantire la continuazione della società con gli eredi del socio defunto.

Le clausole c.d. di continuazione possono essere essenzialmente di tre specie: clausole di continuazione facoltativa (i soci sono obbligati a continuare la società con gli eredi, ma costoro hanno la facoltà di rifiutare), clausole di continuazione obbligatoria (i soci sono obbligati nei confronti degli eredi e costoro possono non continuare la società, ma in tal caso saranno obbligati a un risarcimento del danno), clausole di continuazione automatica (i soci sono

¹⁸³ Cass. n. 2680/1969. Cfr. M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 543; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 158 ss.

¹⁸⁴ Art. 2284 c.c.: "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 stessi e questi vi acconsentano".

¹⁸⁵ Nulla sembrerebbe ostare a una preventiva determinazione dell'ammontare della liquidazione della quota agli eredi del socio defunto, attraverso il riferimento all'ultimo bilancio, tant'è vero che la stessa disposizione ammette contrarie disposizioni del contratto sociale. L. FERRI, *Successioni in generale*, 116.

obbligati a continuare la società con gli eredi e costoro, nel caso di accettazione dell'eredità, assumono automaticamente la qualità di socio).

Tali clausole non rientrano nella categoria dei patti successori istitutivi. Esse, infatti, non hanno natura di atti *mortis causa*, ma piuttosto di convenzioni con effetti immediati, anche se sospensivamente condizionate alla premorienza di uno dei soci¹⁸⁶.

L'ultima tipologia di clausole, dette anche clausole di successione, sono tuttavia ugualmente nulle secondo l'ordinamento, ma per ragioni differenti rispetto al divieto *ex art. 458 c.c.* Esse, infatti, contrastano sia con i principi del diritto successorio, sia con quelli del diritto societario¹⁸⁷: in relazione ai primi, vi è un contrasto tra la tutela prevista per l'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario e quanto disposto dall'art. 2269 c.c., che estende al nuovo socio la responsabilità illimitata anche per le obbligazioni pregresse; in riferimento, poi, ai principi generali del diritto societario, non si può imporre ad un soggetto la qualità di socio illimitatamente responsabile senza che vi sia una sua manifestazione di volontà in tal senso¹⁸⁸.

8) Le clausole di consolidazione

Si definiscono di consolidazione quelle clausole statutarie con cui si stabilisce che alla morte di uno dei soci, la sua quota resti acquisita ai soci superstiti in proporzione alle quote dagli stessi possedute.

Esse possono distinguersi in clausole di consolidazione c.d. pure ed in clausole di consolidazione c.d. impure. Le prime, dette anche di concentrazione, non prevedono alcuna forma di remunerazione a favore dei successori legittimi o testamentari del socio defunto; le seconde, invece, riconoscono loro un diritto di credito.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁸⁹ hanno ritenuto invalide le prime in quanto costituirebbero un autentico patto successorio: tale clausola

¹⁸⁶ Cass. n. 1044/1977; Cass. n. 3609/1994. Diverso è il caso di disposizioni aventi tale tenore, ma "fuori statuto". Esse sono tendenzialmente considerate clausole testamentarie con la conseguente esigenza di rispettare la forma testamentaria, l'unilateralità, la revocabilità e la liberalità. Si veda P. PERLINGIERI, *Codice civile*, II, art. 458 c.c., 5; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale*, 157 ss.

¹⁸⁷ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2002, 37 s.; L. FERRI, *Successioni in generale*, 110.

¹⁸⁸ Parte della dottrina ha invece sostenuto che non sussista un'imposizione della qualità di socio illimitatamente responsabile in quanto l'erede potrebbe evitare l'acquisizione di tale qualità semplicemente rinunciando all'eredità ovvero potrebbe limitare la sua responsabilità per le obbligazioni sociali, accettando con beneficio di inventario. Come si è visto, tuttavia, quest'ultima prospettazione risulta in contrasto con l'art. 2269 c.c. Cfr. A. VENDITTI, *L'eredità del socio a responsabilità illimitata e la continuazione delle società*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1953, 217 ss.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 100; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1987, 218 ss. Sostanzialmente in tal senso: G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 1999, 112.

¹⁸⁹ Tra gli altri, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 423; Cass. n. 1434/1975.

attribuirebbe ai soci superstiti un diritto successorio (il diritto di acquistare senza liquidazione agli eredi la quota del defunto)¹⁹⁰.

Le clausole di consolidazione impure, invece, non ricadono nel divieto *ex art. 458 c.c.* Nel primo significativo intervento giurisprudenziale di legittimità in materia, relativo all'impugnazione di una clausola del contratto sociale che prevedeva, in caso di apertura della successione di uno dei soci, che la società si consolidasse nei soci superstiti, i quali avrebbero dovuto liquidare agli eredi del *de cuius* la quota di quest'ultimo secondo il valore risultante dall'ultimo bilancio sottoscritto dai soci, la Suprema Corte ritenne normale una clausola societaria di siffatta specie in quanto strumento "con cui si evita lo scioglimento della società determinandosi consensualmente il sistema pratico di liquidazione della quota dovuta al socio cessato per morte e per lui ai suoi eredi. 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 un evento incerto, quale è appunto la premorienza. Gli altri soci conseguono la cosa *tempore mortis*, ma non succedono al defunto né a titolo universale né a titolo particolare. Si è fuori pertanto dallo schema del patto successorio"¹⁹¹.

In relazione alle clausole di consolidazione impure, la dottrina ha rilevato l'importanza di determinare chiaramente i criteri da adoperare per la liquidazione della quota del socio defunto agli eredi. Al fine di non incorrere nella figura del patto successorio, infatti, è necessario stabilire parametri che permettano di correggere l'eventuale squilibrio esistente tra quanto risultante dall'ultimo bilancio-inventario (sulla base del quale è solitamente calcolato l'ammontare della liquidazione della quota) e la realtà concreta della società, che potrebbe avere un piccolo patrimonio, ma vivere una fase di forte espansione o, al contrario, avere un ingente patrimonio in via di erosione; la mancata previsione di correttivi in tal senso potrebbe comportare un arricchimento dei soci superstiti o, viceversa, degli eredi del socio defunto. È necessario, pertanto, prevedere dei criteri che conducano ad una valutazione della liquidazione

¹⁹⁰ "Il patto, invece, con il quale si dispone che alla morte di uno dei soci le azioni o le quote si trasferiscano agli altri, senza che sia prevista l'attribuzione di alcunché ai successori per legge o testamento, è patto che esclude del tutto la libertà testamentaria, ed è quindi, patto nullo", Cass. n. 1434/1975. La *ratio* sulla quale la Corte di Cassazione fonda la sua decisione risiede nell'assenza di corrispettività nella struttura delle clausole di consolidazione pure, che rivelerebbe la loro struttura *mortis causa*. Nelle clausole di consolidazione impure, invece, la corrispettività esiste, poiché si ha una modificazione strutturale del patrimonio dell'ereditando in seguito alla quale la quota sociale ne esce, ma viene comunque sostituita da un correlativo credito (la liquidazione dovuta dai soci superstiti) che cade in successione. Si veda S. P. CERRI, *Negozi successori*, 94 s.

¹⁹¹ Cass. n. 1434/1975: "La consolidazione tra i soci dà luogo alla liquidazione della porzione spettante al defunto ed alla devoluzione di tale porzione secondo la regola della successione ereditaria; il patto non costituisce, quindi, limitazione alla successione medesima".

della quota non solo rapportata al patrimonio della società, ma anche al suo reale e attuale andamento gestionale¹⁹².

Ulteriormente (sebbene essa non sia configurabile come una vera e propria clausola di consolidazione), la clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti di una società di capitali, in caso di morte di uno di essi, il diritto di acquistare - entro un determinato periodo di tempo e secondo un valore da determinarsi secondo criteri prestabiliti - dagli eredi del *de cuius* le azioni già appartenute a quest'ultimo e pervenute *iure successionis* agli eredi medesimi, è ritenuta dalla giurisprudenza, pur con qualche oscillazione, non contravvenente il divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., in quanto il vincolo che ne deriva a carico reciprocamente dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria e dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi, rappresentando la morte del precedente titolare il mero momento dal quale è esercitabile l'opzione d'acquisto a favore dei soci superstiti, senza che ne risulti incisa la disciplina legale della vocazione ereditaria o che si configurino gli estremi di un patto di consolidazione delle azioni fra soci. Pertanto, la clausola si caratterizza come atto *inter vivos*¹⁹³.

Per le medesime considerazioni, si ritiene valida e non contraria al divieto dei patti successori una clausola analoga, relativa alla quota di comproprietà di un immobile, che stabilisca per gli eredi di un condomino defunto l'obbligo di offrire in opzione per un certo prezzo la quota stessa ai condomini superstiti¹⁹⁴.

Una vera e propria disposizione *mortis causa* contenuta in un contratto, invece, (e dunque vietata in quanto patto successorio) può riconoscersi nella convenzione con la quale due soggetti comprino in comune la proprietà di un immobile e contestualmente pattuiscano che la quota ideale di comproprietà da ciascuno acquistata debba pervenire automaticamente al proprietario superstite; quest'ultimo, infatti, acquisterebbe la quota non dall'originario venditore, che l'aveva già alienata al soggetto premorto, ma direttamente dal medesimo, violando le prescritte norme sulla successione *mortis causa*¹⁹⁵.

9) Il patto di famiglia; eccezione al divieto dei patti successori?

¹⁹² Alcune soluzioni potrebbero essere: la redazione di un bilancio che tenga in considerazione i possibili sviluppi futuri, l'utilizzazione di un coefficiente correttivo del bilancio basato sul risultato della gestione del quinquennio precedente, ecc. Cfr. A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 493 s.; S. P. CERRI, *Negozi successori*, 91 ss.

¹⁹³ Cass. n. 3609/1994; C. App. Bologna 23.10.1996; C. App. Milano 30.3.1993.

¹⁹⁴ L. FERRI, *Successioni in generale*, 117; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 64.

¹⁹⁵ L. FERRI, *Successioni in generale*, 117; G. CIAN (a cura di), *Commentario breve*, art. 458, 453; Cass. n. 5079/1986. Di opinione contraria: L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 65.

L'istituto del patto di famiglia, è stato introdotto dal nostro legislatore con la legge 14 febbraio 2006 n. 55, la quale ha aggiunto il capo V-bis rubricato "Del patto di famiglia" al libro II, titolo IV, del Codice civile, in risposta alla Raccomandazione della Commissione CE del 7.12.1994 e alla successiva Comunicazione della Commissione CE, con le quali sono stati invitati gli Stati membri ad adottare idonee misure per facilitare la trasmissione delle piccole e medie imprese, anche al fine di assicurare la sopravvivenza delle stesse e il mantenimento dei posti di lavoro¹⁹⁶.

Lo scopo che il legislatore si era prefissato di raggiungere mediante questa novella legislativa è stato quello di assicurare il c.d. passaggio generazionale nell'impresa familiare preservandone l'unità, anticipandone il trasferimento ed evitando il frazionamento della stessa che potrebbe determinarsi con la normale successione ereditaria.

Si tratta di un'esigenza, da una parte, di tipo collettivo, necessaria per un corretto andamento ed evoluzione del mercato e dell'economia, volta a garantire che il patrimonio economico e tecnologico maturato da un'impresa non rischi di indebolirsi, di frammentarsi o addirittura disperdersi in conseguenza della morte di uno dei soci, dall'altra, di tipo individuale ed endofamiliare poiché l'imprenditore desidera che la ricchezza e l'attività da lui create non vadano disperse, ma vengano trasmesse ai suoi discendenti.

Pertanto, l'obiettivo perseguito attraverso il patto di famiglia è di provvedere alla "ricollocazione consensuale del controllo" "sul presupposto che l'imprenditore che 'passa la mano' è nella posizione migliore per identificare chi sia più adatto ad assumere il governo dell'impresa e quindi a designare il proprio successore"¹⁹⁷.

Nella relazione di accompagnamento alla proposta della legge suddetta, si legge che lo scopo conclamato della novella legislativa è quello di "conciliare il diritto dei legittimari con l'esigenza dell'imprenditore che intenda garantire alla propria azienda (o alla propria

¹⁹⁶ In particolare, gli Stati sono stati invitati ad adottare le misure più adeguate (sia dal punto di vista giuridico, che da quello fiscale e amministrativo) al fine, da una parte, di sensibilizzare l'imprenditore ai problemi della successione e indurlo a preparare tale operazione finché è ancora in vita, dall'altra, e più specificamente, allo scopo di creare un contesto finanziario favorevole al buon esito della successione e di consentire all'imprenditore di disciplinare efficacemente la stessa mettendo a sua disposizione strumenti adeguati. Le riforme statali dovrebbero dunque assicurare la continuità delle società di persone e delle imprese individuali in caso di decesso di uno dei soci o dell'imprenditore, nonché il buon esito della successione familiare, evitando che le imposte sulla successione ereditaria e sulla donazione mettano in pericolo la sopravvivenza dell'impresa. La commissione ha sottolineato anche la necessità di incoraggiare fiscalmente l'imprenditore a trasferire la sua impresa tramite vendita o cessione ai dipendenti, soprattutto quando non vi siano successori nell'ambito della famiglia.

¹⁹⁷ A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia (linee per una riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Dir. priv.*, 1998, 261.

partecipazione societaria) una successione non aleatoria a favore di uno o più dei propri discendenti”¹⁹⁸.

Il legislatore ha dunque tentato di trovare un punto di equilibrio tra distinti interessi: quello dell'imprenditore di scegliere liberamente tra i propri discendenti quello maggiormente adatto alla continuazione dell'attività imprenditoriale di famiglia; quello di tutela dei diritti dei legittimari esclusi dalla proprietà dell'impresa o delle partecipazioni sociali, mediante la previsione di compensazioni patrimoniali; l'interesse pubblico della produzione e dell'economia volto a evitare che la morte dell'imprenditore e l'apertura della sua successione possano tradursi in eventi traumatici per l'accesso al credito, l'unitarietà dell'impresa e la libera circolazione dei beni produttivi.

Il patto di famiglia è definito dal legislatore, all'art. 768 *bis* c.c., come il contratto per mezzo del quale l'imprenditore trasferisce l'azienda, in tutto o in parte, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote a uno o più discendenti¹⁹⁹. Lo stesso legislatore, dunque, ne sancisce la natura contrattuale e ne definisce l'autonomia. In quanto fattispecie contrattuale, si applicherà all'istituto la disciplina generale dei contratti prevista dal Libro IV del Codice civile, salvo le deroghe e le incompatibilità previste dal Capo V-*bis*.

Dunque, il patto di famiglia consente all'imprenditore di stipulare un contratto con il quale anticipare taluni effetti dispositivi e divisorii della sua successione con tacitazione delle ragioni dei legittimari²⁰⁰.

Il patto di famiglia deve essere concluso per atto pubblico²⁰¹ e ad esso devono partecipare tutti coloro che sarebbero legittimari se al momento della stipulazione si aprisse la successione. Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie dovranno liquidare gli altri partecipanti al contratto, a meno che costoro non vi rinuncino in tutto o in parte; la liquidazione potrà anche essere disposta per contratto successivo dichiarato espressamente collegato al

¹⁹⁸ Per un approfondimento sulla non breve gestazione dell'istituto e sul processo parlamentare che ha poi portato all'introduzione del patto di famiglia nell'ordinamento italiano, si veda P. MATERA, *Il patto di famiglia*, in *I rapporti patrimoniali. L'impresa familiare. Il patto di famiglia*, III, Torino, 2011, 542 ss.; C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, in V. Roppo (a cura di), *AA. VV. Trattato del contratto. VI. Interferenze*, Milano, 2006, 563 ss.; L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, 37 ss.

¹⁹⁹ Art. 768 *bis* c.c.: “È patto di famiglia 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”.

²⁰⁰ G. CAPOZZI, *Successioni*, 2015, 47 nt. 75.

²⁰¹ Art. 768 *ter* c.c.: “A pena di nullità il contratto deve essere concluso per atto pubblico”.

primo e al quale devono partecipare tutte le parti del primo o coloro che nel frattempo li abbiano sostituiti. Il legislatore prevede, poi, che quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a riduzione o collazione²⁰².

In linea generale, dunque, il patto di famiglia è caratterizzato da una struttura contrattuale trilaterale in quanto è necessaria la partecipazione anche del coniuge e di coloro che sarebbero legittimari se si aprisse la successione al momento della stipulazione del patto (profilo soggettivo)²⁰³ e riguarda non solo il trasferimento dell'impresa o delle partecipazioni societarie, ma anche la determinazione del valore delle quote spettanti ai legittimari partecipanti al patto,

²⁰² Art. 768 *quater* c.c.: “1. Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. 2. Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura. 3. I beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti; l'assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purché vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti. 4. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione”.

Art. 768 *quinquies* c.c.: “1. Il patto può essere impugnato dai partecipanti ai sensi degli articoli 1427 e seguenti. 2. L'azione si prescrive nel termine di un anno”.

Si vedano anche: art. 768 *sexies* c.c.: “1. All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'articolo 768 *quater*, aumentata degli interessi legali. 2. L'inosservanza delle disposizioni del primo comma costituisce motivo di impugnazione ai sensi dell'articolo 768 *quinquies*”.

Art. 768 *septies* c.c.: “1. Il contratto può essere sciolto o modificato dalle medesime persone che hanno concluso il patto di famiglia nei modi seguenti: 1) mediante diverso contratto, con le medesime caratteristiche e i medesimi presupposti di cui al presente capo; 2) mediante recesso, se espressamente previsto nel contratto stesso e, necessariamente, attraverso dichiarazione agli altri contraenti certificata da un notaio”.

²⁰³ La partecipazione dei legittimari al patto di famiglia non è una mera partecipazione formale, ma sostanziale poiché si tratta di una vera e propria condivisione di un programma contrattuale in forza del quale ogni parte assume degli obblighi precisi; da una parte, infatti, il disponente trasferisce l'impresa o le partecipazioni societarie all'assegnatario, il quale dovrà liquidare gli altri legittimari, dall'altra questi ultimi accettano, con la stipulazione, un mutamento nella tutela dei loro diritti (si passa da una tutela reale a una obbligatoria) e contemporaneamente rinunciano ad alcuni di essi (la collazione e l'esercizio dell'azione di riduzione). La loro volontà, pertanto, deve essere considerata fondamentale e determinante per una valida stipulazione del patto di famiglia. Si veda M. G. FALZONE, *Patti di famiglia, patti successori e tutela dei legittimari*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari, Facoltà di Giurisprudenza*, vol. LXI, Napoli, 2009, 245; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, 162.

Su tale punto, tuttavia, sono emersi alcuni dubbi per via dell'ambiguo tenore letterale dell'art. 768 *sexies* c.c., il quale prevede che i legittimari che non abbiano partecipato al patto di famiglia debbano limitarsi, al momento dell'apertura della successione, a richiedere ai beneficiari del contratto la somma corrispondente alla quota astratta di riserva, che deve essere calcolata sulla base del valore a suo tempo determinato nel patto stesso, aumentata degli interessi legali. A tal proposito, la dottrina maggioritaria ritiene che la disposizione si riferisca solamente ai legittimari sopravvenuti, ossia a coloro che non erano tali al momento della stipulazione del patto di famiglia (si veda, ad esempio, S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio, Riv. dir. civ. I. Quaderni*, Padova, 2007, 334); altri, tuttavia, ritengono che tale espressione faccia riferimento anche ai legittimari che, per un qualsivoglia motivo, non abbiano partecipato alla stipulazione (si veda, ad esempio, G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, 126 ss.).

del soggetto obbligato alla prestazione liquidatoria e delle modalità di pagamento (profilo oggettivo).

Si tratta di un contratto ad effetti reali per quanto concerne il trasferimento dell'impresa o delle partecipazioni societarie e ad effetti obbligatori per quanto concerne la liquidazione delle quote spettanti ai legittimari. Con la stipulazione di un patto di famiglia si verifica una cristallizzazione anticipata della successione, sia in relazione alla devoluzione dell'impresa, sia in relazione agli altri eventuali beni oggetto del patto.

Significativamente, la L. n. 55 del 14.2.2006, con l'art. 1, ha novellato l'art. 458 c.c., mediante l'inserimento di un inciso finale volto a fare salvi, in relazione alla rigorosa disciplina dei patti successori, le ipotesi contemplate dagli artt. 768 *bis* ss. Vale a dire, viene introdotta un'espressa deroga alla disciplina generale dei patti successori, con riferimento alla nuova figura dei "patti di famiglia".

È dunque necessario riflettere e capire se la nuova regolamentazione introdotta dalla novella legislativa del 2006 abbia effettivamente introdotto una deroga al divieto.

Una serie di elementi militano, infatti, a favore della soluzione negativa: il passaggio della proprietà si verifica, come si è detto, per atto tra vivi e, dunque, non ci si trova di fronte ad un negozio *mortis causa*; l'oggetto del trasferimento è determinato, nella sua consistenza, con riferimento al momento della conclusione del patto, dunque in costanza di vita del disponente; i beneficiari dell'attribuzione sono identificati con riferimento al medesimo momento (sono infatti i soggetti che rivestirebbero la qualità di legittimari se in quel frangente si aprisse la successione del disponente: art. 768 *quater*); il legislatore, quando ha inteso riferirsi a un negozio giuridico con efficacia in un momento successivo alla morte del disponente, lo ha fatto chiaramente mediante l'impiego di espressioni come "per il tempo in cui avrà cessato di vivere" (art. 587 c.c.), qui non adoperate; la previsione espressa di dispensa da collazione *ex* art. 768 *quater*, comma 4, c.c., non avrebbe senso se il patto di famiglia fosse un negozio *mortis causa* (è dunque confermata la sua natura di atto *inter vivos* con attribuzione immediata e a titolo gratuito); in caso di premorienza dell'assegnatario dell'impresa al disponente, il bene produttivo che era stato oggetto del patto di famiglia, essendo entrato immediatamente nel patrimonio del soggetto assegnatario, sarà trasmesso ai suoi eredi²⁰⁴.

²⁰⁴ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 166; G. CAPOZZI, *Successioni*, 2015, 48. Di contrario avviso, si mostrano, però, alcuni tra i primi commentatori della normativa del 2006 (così, ad esempio, M. ATELLI, *Prime note sul patto di famiglia*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 6).

Da quanto appena affermato, si può dedurre la mancanza degli elementi qualificanti il patto successorio istitutivo: tutti gli elementi soggettivi e oggettivi del patto di famiglia sono infatti determinati con riferimento ad una fase anteriore alla morte dell'alienante e la morte non assurge qui a causa del negozio²⁰⁵.

Pertanto, la rilevanza della locuzione introdotta nell'art. 458 c.c. dalla novella legislativa *de quo*, che garantisce la salvezza dell'istituto del patto di famiglia rispetto al divieto dei patti successori, viene a circoscriversi unicamente con riferimento all'aspetto della rinuncia alla riduzione e alla collazione conseguente al patto (art. 768 *quater*, ult. comma, c.c.)²⁰⁶.

Infatti, la rinuncia preventiva alla riduzione (effetto legale derivante dalla stipulazione del patto di famiglia), costituisce una deroga al generale divieto di rinunciare alla riduzione finché è in vita il donante, di cui all'art. 557, comma 2, c.c.²⁰⁷. La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che tale impedimento si fondi proprio sul divieto dei patti successori, poiché la rinuncia (preventiva) alla riduzione integrerebbe un patto successorio rinunziativo²⁰⁸.

Le medesime considerazioni valgono per la rinuncia alla collazione²⁰⁹.

Ne deriva che le fattispecie testé considerate, in mancanza della nuova formulazione dell'art. 458 c.c., sarebbero state inesorabilmente in contrasto con il divieto disciplinato da codesto articolo.

Analogamente, l'espressa dispensa dei patti di famiglia dalla disciplina dei patti successori si rivela opportuna in relazione al profilo della eventuale rinuncia alla liquidazione della quota

²⁰⁵ M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 536; ID., *I patti*, 3 ss.; M. G. FALZONE, *Patti di famiglia*, 210; S. DELLE MONACHE, *Funzione*, 328 ss.; P. MATERA, *Il patto di famiglia*, 650 s.

²⁰⁶ Nella nuova fattispecie del patto di famiglia è stato colto da alcuni autori un patto successorio dispositivo, nella misura in cui i legittimari dispongano dei diritti che potrebbero loro spettare dalla successione non ancora aperta, e un patto successorio rinunciativo, quando rinuncino alla quota di legittima. L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 155; G. OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2006, 412; A. MASCHERONI, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa. I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, 20. Per la sola configurabilità di un patto successorio rinunciativo si veda L. BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1205. *Contra*: F. TASSINARI, *Il patto di famiglia*, 152 s.

²⁰⁷ Art. 557, comma 2, c.c.: "Essi non possono rinunciare a questo diritto, finché vive il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione".

²⁰⁸ G. BONILINI, *Manuale*, 173; F. MONCALVO, *Art. 458*, in G. Bonilini e M. Confortini (a cura di), *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni*, Torino, 2007, 117; G. CASU, *I patti successori*, in G. Casu, M. Moretti, G. Santarcangelo, *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006, 541 ss.; S. DELLE MONACHE, *Funzione*, 329 s. *Contra*: P. MATERA, *Il patto di famiglia*, 652.

²⁰⁹ Per quanto riguarda la deroga all'art. 737 c.c. (art. 737 c.c.: "1. I figli e i loro discendenti ed il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati. 2. La dispensa da collazione non produce effetto se non nei limiti della quota disponibile"), trattandosi di dispensa di fonte legale, non dovrebbe trovare applicazione il limite d'efficacia, di cui all'art. 737, comma 2, c.c. Come si è visto, i legittimari non assegnatari restano peraltro tenuti all'imputazione delle attribuzioni patrimoniali ricevute in esecuzione del patto (art. 768 *quater*, comma 3, c.c.).

di legittima, da parte dei legittimari non assegnatari (art. 768 *quater*). La rinunzia in questione, infatti, integrerebbe gli estremi di un patto successorio rinunziativo giacché i soggetti in tal modo rinunciavano a diritti loro spettanti su una successione non ancora aperta.

Le rilevanti deroghe rispetto ai principi generali, di cui sopra, rivestono un'importanza essenziale in relazione alla funzione del patto, quale strumento negoziale diretto a realizzare un assetto d'interessi tendenzialmente stabile tra i componenti della famiglia e con riferimento al bene produttivo in oggetto; ove, infatti, fosse riconosciuta la possibilità di rimettere in discussione tale assetto mediante l'esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario che si ritenga leso nei suoi diritti alla riserva, la fondamentale esigenza di garantire stabilità al passaggio "generazionale" dell'azienda, così realizzato, risulterebbe fortemente sacrificata. Per contro, l'attuazione della finalità menzionata si accompagna necessariamente a una compressione delle prerogative riservate ai legittimari.

Nonostante gli obiettivi che il legislatore si era prefissato di raggiungere mediante la novella del patto di famiglia, tale istituto è rimasto e rimane confinato ai margini della pratica professionale poiché lo strumento presenta diversi profili di rischio, evidenziati da un'attenta dottrina, che portano a prediligere altre soluzioni, ritenute più opportune.

La L. 55/2006 poteva essere un'occasione per l'auspicata eliminazione del divieto dei patti successori in Italia, ma il legislatore ha fatto una scelta diversa, prevedendo la costituzione di un patrimonio separato da destinare ad una sorta di successione anticipata mediante l'utilizzo di strumenti tradizionali.

Sebbene il patto di famiglia nella generalità dei casi sia un atto *inter vivos* accompagnato da un trasferimento contestuale dei beni oggetto del medesimo, esso può strutturarsi, stante l'autonomia negoziale delle parti e per volontà delle stesse, come atto condizionato sospensivamente alla premorienza del disponente o che in tale momento trovi il proprio termine.

“Si trascura in tal modo che il patto di famiglia, in quanto contratto, è pur sempre retto dal principio dell'autonomia contrattuale la quale, fatti salvi i limiti di legge, può – per quel che concerne il contenuto – liberamente esplicitarsi e, dunque, costruire il patto di famiglia sia come contratto ad efficacia immediata sia come contratto ad efficacia differita al momento della morte dell'imprenditore (ovvero ad un momento precedente)”²¹⁰; “Quanto l'argomento fondato sull'art. 768 *bis* c.c. – norma che parrebbe postulare l'immediatezza del trasferimento – va osservato che la terminologia utilizzata, in questa come a proposito di altre fattispecie (ad es.

²¹⁰ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 157.

art. 1470 c.c.) è neutra; essa, infatti, è destinata ad integrarsi in un sistema in cui, pur essendo normalmente il contratto destinato a soddisfare gli interessi dedotti in via immediata, non è affatto impedito alle parti il differimento del momento produttivo dell'efficacia, ovviamente a condizione che vengano rispettati i limiti enunciati dall'ordinamento²¹¹. In tale caso, la cristallizzazione dei valori relativi ai beni dell'impresa ai fini del calcolo delle porzioni dovute ai legittimari rimasti esclusi dai trasferimenti stabiliti dal disponente può essere rinviata, stabilendo nel patto solamente i criteri di determinabilità, magari tramite il deferimento a un terzo di tale determinazione, e così anche saranno rinviati l'efficacia traslativa dei beni dell'impresa e la liquidazione della quota ai beneficiari non assegnatari²¹².

Il patto di famiglia che abbia le suddette caratteristiche, ossia condizionato sospensivamente alla premorienza del disponente o con termine iniziale coincidente con la morte dello stesso, può essere considerato un patto successorio istitutivo?

Come già in precedenza analizzato, la dottrina individua due indici, entrambi necessari, per poter configurare un atto quale atto a causa di morte: “la considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza e modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente, e la considerazione della persona del beneficiario come esistente in quello stesso momento”²¹³.

Se si analizza il primo indice, risulta chiaro che esso sia presente in un patto di famiglia come sopra configurato: l'oggetto dell'attribuzione (l'azienda), infatti, non viene in considerazione così come si configura al momento della stipulazione del patto, ma com'è al tempo della morte del disponente poiché l'azienda, essendo un bene strumentale per l'esercizio dell'attività d'impresa, continuerà ad essere impiegata dall'originario imprenditore-disponente per svolgere la sua attività.

Anche prendendo in considerazione il secondo indice, esso risulta riscontrabile nel patto di famiglia con termine iniziale coincidente con la morte del disponente o condizionato sospensivamente alla premorienza dello stesso: poiché il patto ha quale scopo quello di designare, mediante un accordo tra tutti i familiari coinvolti, uno o più discendenti adatto/i a continuare l'attività d'impresa, qualora questo/i premorisse/ero, il patto non sarebbe in grado di svolgere la sua funzione.

²¹¹ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 159.

²¹² L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 156 s.

²¹³ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, 42.

In conclusione, un patto di famiglia così concepito rientrerebbe nell'ambito degli atti *mortis causa* e sarebbe un patto successorio istitutivo, tuttavia ammissibile per l'inciso introdotto dal legislatore del 2006 all'art. 458 c.c.²¹⁴.

10) Il *trust*

Il *trust* è forse il più valido ed efficace strumento di trasmissione della ricchezza familiare e di scelta dei beneficiari che si pone come alternativa al testamento, appagando le esigenze che da quest'ultimo rimangono insoddisfatte.

Si tratta di una figura di origine anglosassone, introdotta in Italia grazie alla ratifica della Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985 con L. 364 del 16 ottobre 1989, entrata in vigore l'1 gennaio 1992²¹⁵, che attua una segregazione patrimoniale: i beni del disponente (*settlor*) oggetto del *trust* vengono affidati in gestione ad un *trustee*, il quale può verificare i bisogni e le attitudini professionali del beneficiario anche dopo la morte del disponente, agisce nel suo interesse e ha l'obbligo di trasferirgli il patrimonio oggetto dell'atto allo scadere del termine stabilito; il *settlor* può anche nominare un *protector*, ossia un guardiano del *trust* che controlli che il *trustee* operi secondo gli scopi prefissati nel regolamento del *trust*.

Il *trust* differisce dal negozio fiduciario in quanto la controparte del *trustee* non è costituita dal disponente, ma dal beneficiario; il disponente, infatti, non ha mai azione contro il *trustee*, essendo destinatario delle prestazioni il beneficiario, quando esista, o, in sua assenza, il soggetto, privato o pubblico, legittimato dall'atto istitutivo del *trust* o dalla legge a pretendere che il *trustee* adempia alle obbligazioni nascenti dal contratto di *trust*²¹⁶.

I cosiddetti *family trusts* si prospettano come uno strumento ottimale per la pianificazione familiare in quanto permettono di soddisfare, anche dopo la morte del disponente, l'esigenza di unitarietà del patrimonio familiare o i bisogni di successori economicamente deboli senza incorrere nel divieto dei patti successorii, non essendo la morte causa dell'attribuzione, ma determinando essa solo lo svolgimento effettuale del rapporto; si tratta di uno spostamento di ricchezza *inter vivos* che si qualifica come atto di liberalità indiretta ad effetti *post mortem*. A ben vedere, di atto liberale si può parlare solo relativamente ai rapporti tra *settlor* e beneficiario, trattandosi di donazione indiretta *ex art. 809 c.c.*; nessun atto di liberalità è invece rintracciabile

²¹⁴ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 1161 ss.

²¹⁵ Si discute, tuttavia, sull'ammissibilità dei c.d. *trusts* interni (soprattutto di quelli connotati da un unico elemento di estraneità: la legge alla quale fare riferimento).

²¹⁶ Sull'argomento dei *trusts* si veda l'opera di M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001 e S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001.

nei rapporti tra *settlor* e *trustee* o tra quest'ultimo e il beneficiario del *trust*, mancando, in entrambi i casi, l'elemento soggettivo dell'*animus donandi*; in relazione al primo rapporto, inoltre, il più delle volte non è riscontrabile la forma solenne prescritta per l'atto donativo e il *trust* non configura un contratto, ma un negozio unilaterale di conferimento che manca anche del presupposto oggettivo del procurato incremento patrimoniale in capo al *trustee*²¹⁷.

La ricostruzione giuridica di certe tipologie di *trusts* come donazioni indirette può tuttavia essere ostacolata dall'operatività di alcune norme quali gli artt. 771 e 778 c.c.: tali liberalità, sul presupposto che, come avviene nella maggior parte dei casi, il patrimonio trasferito dal *settlor* al *trustee* non sarà poi quello effettivamente trasferito al soggetto beneficiario, sarebbero nulle perché, anche se indirette, hanno ad oggetto beni non ancora venuti ad esistenza nel momento del trasferimento operato dal disponente al *trustee*²¹⁸.

11) La separazione e il divorzio

Un'ipotesi particolare di istituto con finalità successorie, presentata da Palazzo²¹⁹, è quella della separazione e del divorzio. L'Autore spiega come il meccanismo separazione-divorzio-successione abbia creato un atto di disposizione di diritti successori implicito.

Nel caso di separazione, l'addebito a carico del coniuge aspirante erede comporta la perdita da parte di quest'ultimo dei diritti successori nei confronti dell'altro coniuge. Egli, allora, potrebbe fare concessioni su altri punti della separazione al fine di transigere con una consensuale ed evitare l'addebito e le sue conseguenze; in questa eventualità, egli dispone di un proprio diritto successorio.

La medesima situazione si configura quando un coniuge, colpito da addebito in prima istanza, pur avendo la possibilità di appellare, rinuncia al gravame dietro il riconoscimento di altri vantaggi: in questo caso egli rinuncia, conseguentemente, a suoi diritti successori.

Una seconda ipotesi si ha nel caso di divorzio in seguito a separazione (oggi, rispetto a quando Palazzo scriveva, il termine di separazione necessario per poter proporre divorzio si è ridotto, ma la sostanza del discorso da lui avanzato non cambia). La legge prevede che chi si separa dopo 6 mesi o un anno, a seconda che la separazione sia stata consensuale o giudiziale, possa chiedere il divorzio. Ciò comporta che chi acconsenta alla separazione consensuale

²¹⁷ L'azione di riduzione, nel caso in cui, morto il disponente, il bene non sia stato ancora trasferito al beneficiario, deve essere esercitata nei confronti del *trust* stesso nella persona del *trustee*.

²¹⁸ A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 427 ss.

²¹⁹ A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 59 s.

acquisti e conceda al coniuge un'opzione ferma e irrinunciabile al divorzio che matura dopo il periodo di tempo sopra indicato, con conseguente perdita dei diritti successori. Pertanto, secondo Palazzo, il coniuge, firmando la consensuale, firma il rilascio di un potere di diseredazione che diverrà efficace dopo 6 mesi. Il coniuge, salva l'ipotesi limite in cui non vi sia motivo alcuno di separazione azionabile in giudizio, potrà subordinare la sottoscrizione della separazione consensuale alla liquidazione anticipata della *spes* successoria.

Tali negozi, dunque, sembrerebbero assurgere a patti di liquidazione di speranze successorie; essi, pur mancandone il nome, secondo l'Autore sarebbero nella sostanza patti successori.

7. I patti successori. Tendenze e nuove esigenze percepite all'interno del territorio nazionale italiano

Come visto nei paragrafi precedenti, il nostro ordinamento prevede all'art. 458 c.c. il divieto generale e astratto dei patti successori sia che essi abbiano natura istitutiva, dispositiva o rinunciativa.

Tuttavia, da più parti si è lamentato l'anacronismo di tale proibizione e la giurisprudenza e la dottrina hanno da tempo manifestato una decisa tendenza a limitarne la portata²²⁰.

Difatti, l'impianto del Libro II ("Delle successioni") è rimasto sostanzialmente immutato nel corso del tempo e la materia successoria²²¹ (che è probabilmente quella maggiormente correlata alla concezione della proprietà e della famiglia, al mutare delle condizioni politiche ed economiche, della struttura familiare, delle convinzioni religiose e, in senso lato, ideali) non è stata ridisegnata sulla base della nuova realtà socio-economica in rapida evoluzione.

La società moderna, infatti, è assai diversa da quella contemporanea agli anni in cui il Codice civile italiano è stato promulgato.

Il sistema economico e sociale del '42, invero, ruotava ancora intorno al perno della proprietà fondiaria ed era fortemente influenzato dalla dogmatica civilistica intrisa dei concetti e delle categorie mutuati dal diritto romano, così come rivisitato dalla pandettistica. In particolare, si era affermato un netto rifiuto di qualsiasi alternativa pattizia al testamento, caratterizzato dalla più ampia libertà e limitato solo dai diritti riconosciuti dalla legge ai legittimari.

Oggi, invece, si è assistito al fenomeno dell'aumento della vita media e all'evolversi di una società e di un sistema economico fondati sull'importanza assunta dalla ricchezza mobiliare, basata sul contratto quale strumento principe per favorirne la trasmissione, su una globalizzazione e velocizzazione degli scambi. Inoltre, la crescita economica italiana del dopoguerra è stata caratterizzata dalla nascita e dallo sviluppo di piccole e medie imprese (gli imprenditori hanno infatti saputo cogliere le diverse esigenze dei mercati, sia a livello nazionale che internazionale, e rispondere ad esse)²²². Infine, si è assistito ad una variazione dei modelli

²²⁰ C. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, 272.

²²¹ Molti giuristi ritengono che il diritto successorio sia un settore che, più di altri, è caratterizzato da un'eccessiva rigidità, vincolato ad antichi schemi e refrattario ai rinnovamenti. S. SCHLESINGER, voce *Successioni (Diritto civile)*, parte generale, in *NnDI*, 18, Torino, 1971, 748; S. RODOTA, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1, 1967, 90. Nello stesso senso anche E. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 35.

²²² S. P. CERRI, *Negozi successori*, 1; cfr. S. MERZ, *La trasmissione familiare e fiduciaria della ricchezza*, Padova, 1998, 473.

familiari, che è giunta oggi sino a incidere sull'elemento aggregante della famiglia: ha perso valore il vincolo dettato dal legame di sangue ed è stato sostituito dal legame fondato sull'*affectio*, indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto di parentela.

Dal mutamento delle condizioni sociali ed economiche configuratosi in Italia, sono sorte nuove esigenze, il cui soddisfacimento richiede mezzi più semplici e spediti di quelli tradizionali e trova un forte ostacolo nell'art. 458 c.c.

Una prima mancanza percepita all'interno dell'ordinamento successorio attuale è data, da una parte, dall'impossibilità di distinguere in seno ad ogni categoria di successibili, dandone risalto, le qualità delle persone che ne fanno parte e, dall'altra, dall'impossibilità di compiere diversificazioni sulla base della qualità dei beni oggetto del patrimonio ereditario.

Il sistema legale codicistico, invero, rimane fondato, nonostante la legislazione speciale dettata per le successioni anomale volta a supplire a queste deficienze con deroghe alle regole unitarie, sul principio dell'unità della successione, che significa opposizione "a qualsiasi differenziazione del regolamento successorio dal punto di vista dell'origine o della natura dei beni e delle qualità personali degli eredi"²²³ e "quindi, a livello della vocazione ereditaria, applicazione del criterio di chiamata in quota (astratta) uguale, e poi in sede di divisione dell'eredità, statuizione della regola di uguaglianza quantitativa e qualitativa dei lotti (artt. 718 e 727 c.c.)"²²⁴.

L'ordinamento successorio italiano è dunque contraddistinto da una *reductio ad unum*, caratterizzata da un'astrazione della successione dagli interessi umani sottesi alla natura dei beni e dalle qualità dei soggetti; tale attributo si è tradotto in una sostanziale indifferenza della vicenda ereditaria alle esigenze e ai problemi della persona; così, il diritto successorio risulta oggi estraniato da ogni idea di funzione sociale ed è relegato ad una funzione meramente patrimonialista (quella di dare semplicemente un titolare ad un patrimonio che ne è rimasto privo)²²⁵.

Sotto il profilo delle qualità dei soggetti, è sentita la necessità di differenziare i lasciti in base ad esse, alle esigenze e bisogni di ciascun discendente e al contributo che ciascun individuo ha dato affettivamente e/o economicamente, anche per la formazione della ricchezza familiare, al *de cuius* mentre costui era ancora in vita (si pensi al differente ruolo che nella sua esistenza

²²³ L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Successione legittima*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1990, 256.

²²⁴ V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 412.

²²⁵ V. SCALISI, *Persona umana*, 412.

possono assumere rapporti matrimoniali con durata assai diversa e differenti apporti alla qualità della sua vita, rapporti di convivenza prolungata con prestazioni di assistenza, rapporti di collaborazione domestica o professionale, che spesso hanno un ruolo determinante nell'attività di produzione di ricchezza del soggetto)²²⁶.

Sotto il profilo della qualità dei beni oggetto del patrimonio da devolvere in successione ereditaria, invece, la necessità di una modifica della disciplina successoria è particolarmente sentita in relazione al patrimonio imprenditoriale, composto da un insieme di beni che necessitano di un'attività gestionale complessa e la cui composizione funzionale è l'elemento portante della loro produttività reddituale. Tale caratteristica comporta maggiori problemi in ambito successorio, dati i rischi derivanti da una divisione del complesso di beni aziendali, che, soprattutto per quanto concerne le piccole e medie imprese, difficilmente sopporterebbe le conseguenze e le pressioni che deriverebbero da un frazionamento. A questo pericolo si aggiunge anche quello di affidamento dei beni aziendali a più soggetti, con il rischio di litigi gestionali tra i medesimi e di conseguenze negative sull'attività, o ad uno o più soggetti non qualificati per la continuazione dell'impresa.

Il contesto della piccola e media impresa sta oggi subendo una crisi ed è a forte rischio di disgregazione proprio a causa della disciplina successoria italiana lacunosa o non idonea a soddisfare le esigenze sopra richiamate nel momento del passaggio generazionale delle imprese dal fondatore ai propri discendenti. Il nostro ordinamento, infatti, risulta privo di un adeguato comparto giuridico che permetta l'attribuzione dei beni di impresa, anche prima della morte dell'imprenditore (l'esigenza di costui potrebbe anche essere, infatti, quella di realizzare effetti anticipati della propria successione così da poter controllare la realizzazione del progetto prefissato), a coloro che, fra i discendenti, abbiano la capacità e l'attitudine a continuare sapientemente il lavoro del proprio ascendente, al fine di assicurare una direzione imprenditoriale unitaria e omogenea²²⁷.

²²⁶ Il problema era già percepito nei trattati dell'Ottocento, che erano soliti richiamarsi a casi come quello di una famiglia composta da un padre e tre figli: due figli lavoravano col padre la terra mentre il terzo, che aveva potuto studiare anche grazie ai sacrifici degli altri due, era un affermato medico a Parigi. Quest'ultimo, riconoscendo verso i fratelli, voleva rinunciare all'eredità mentre il padre era ancora in vita, per tranquillizzare sia lui che i fratelli sull'assetto che avrebbero avuto i beni ereditari una volta aperta la successione. Tale esempio viene utilizzato soprattutto in Francia, dove la rinuncia all'eredità da parte di un erede legittimario in vita dell'anziano signore è sempre possibile, senza alcuna particolare forma.

²²⁷ Nelle piccole e medie imprese il fondatore, a cui è in mano il potere decisionale, sente l'esigenza, da una parte, di assicurare che il lavoro di tutta una vita sia capace di proseguire, al fine di incrementare i profitti e le potenzialità dell'impresa, dall'altra di vederne trasferita la titolarità alla propria discendenza. Due sono pertanto gli interessi che necessitano di un temperamento: quello dell'azienda e del suo futuro sviluppo da una parte e gli interessi di carattere prettamente familiare dall'altra. Inoltre, la volontà dell'imprenditore di veder proseguire e incrementare il proprio operato da parte della propria discendenza, come afferma S. MERZ, *La trasmissione*

Anche l'evoluzione dell'istituto familiare, avendo avuto indubbiamente una forte ricaduta sulle norme del diritto successorio, strettamente legato a tale forma aggregativa, ha determinato il sorgere di nuove esigenze, poiché, all'attuale stato delle cose, il diritto successorio non dà sostanzialmente riconoscimento, ad eccezione di alcune novità attualmente introdotte dalla L. 76/2016 per quanto riguarda i conviventi registrati e i conviventi di fatto, alla nuova concezione di famiglia, non più basata sui rapporti di sangue²²⁸.

Inoltre, è ormai sentito il bisogno di un rinnovamento degli istituti successori che sia sganciato da una visione strettamente legata al diritto di famiglia, allargando il sistema anche a figure di successione tra estranei al nucleo familiare, sebbene sempre nel rispetto di quelle situazioni soggettive familiari degne di tutela successoria.

Ulteriori esigenze e spinte volte all'ammissione dei patti successori all'interno del nostro ordinamento sono dettate dalla volontà di dare un assetto stabile a determinate situazioni e di individuare tecniche che permettano sia al *de cuius* sia al beneficiario di avere certezze sull'assetto patrimoniale da costoro programmato (e accettato dagli eventuali eredi necessari), che potrebbero essere assicurate solo grazie all'irrevocabilità delle disposizioni successorie adottate.

Un altro interesse che spinge i moderni individui verso un'apertura nei confronti del patto successorio è costituito dalla volontà dei consociati di porre in essere un vincolo sinallagmatico tra attribuzione *mortis causa* e controprestazione. Tra le altre, potrebbero verificarsi le seguenti fattispecie: il caso di un beneficiario che intenda effettuare immediatamente un'attribuzione monetaria al disponente per essere in cambio istituito beneficiario di un'attribuzione *mortis causa*; il caso di un soggetto che, volendo apportare migliorie ad un bene non di sua proprietà, se ne voglia garantire irrevocabilmente, dopo la morte del proprietario, la piena titolarità; il caso di un soggetto che prometta di prendersi cura economicamente e moralmente di un altro individuo in cambio dell'istituzione di erede o legatario.

Ulteriore esigenza è quella della protezione di soggetti deboli, per garantire il soddisfacimento della quale, si può oggi fare affidamento solo sulla disciplina legale della successione necessaria e della sostituzione fedecommissaria *ex art. 692 c.c.*, poiché la donazione non sempre riesce a rispondere a tali bisogni.

familiare, 475, "... porta spesso e volentieri ad inevitabili tensioni: sia nel caso in cui tale desiderio trovi realizzazione, per inevitabili divergenze di opinioni tra genitori e figli sulle scelte strategiche o sulla valutazione dell'operato svolto, sia che il sogno del genitore resti tale, rendendo alta la tensione tra chi vuole trasmettere non solo i diritti che la titolarità comporta ma anche gli oneri e chi tali oneri non vuole assumere".

²²⁸ F. P. TRAI SCI, *Il divieto*, 10 s.

Infine, esige una revisione dell'attuale sistema successorio anche l'interesse al risparmio fiscale, che spinge i consociati a cercare alternative al testamento per disporre del proprio patrimonio per il periodo successivo alla propria morte al fine di ridurre l'imposizione fiscale quanto più possibile, soprattutto quando si tratti di patrimoni ingenti o quando si vogliano effettuare delle attribuzioni a membri estranei alla famiglia ristretta. Sotto quest'ultimo profilo, le interrelazioni tra diritto civile e diritto tributario dovrebbero altresì essere riviste laddove quest'ultimo prevede lo stesso trattamento tributario (eccessivo) sia per gli "estranei" con i quali il *de cuius* non abbia avuto un rapporto stretto, sia per quelli che, invece, hanno collaborato per una vita con costui e ai quali magari è dovuto gran parte del successo ottenuto.

Stanti le nuove esigenze oggi sentite dalla popolazione italiana e sopra enunciate, l'ordinamento successorio, fondato sulla sola delazione legale e sul testamento (art. 457 c.c.), è entrato in crisi, come dimostrato dalla dilagante prassi in materia di patti para-successori²²⁹.

Infatti, pur essendo riconosciuta la centralità della successione testamentaria rispetto alla successione per legge, il legislatore della riforma non ha prestato adeguata attenzione al rinnovamento della disciplina del testamento e non ha proceduto a rivitalizzare, in risposta alle nuove esigenze avvertite, tale strumento tecnico, che, unico atto di disposizione volontaria *mortis causa* ammesso, non appare più ottimale a rispondere ai bisogni successori sorti nella società moderna²³⁰.

È pertanto sentita una duplice esigenza, funzionale e strutturale, di superare il negozio testamentario: da una parte la "natura dei beni esige un tipo di trasferimento adeguato alla loro diversa destinazione e dalle esigenze segnate dalle differenti qualità e dai più vari bisogni dei

²²⁹ F. P. TR AISCI, *Il divieto*, 33.

²³⁰ Sono poche, infatti, le norme sostituite, abrogate o dichiarate incostituzionali in seguito alla riforma del diritto di famiglia del 1975: artt. 591, comma 2, e 692 c.c. (sostituiti); artt. 593, 594, 595 c.c. (abrogati); art. 592 c.c. (dichiarato incostituzionale). Esse riguardano essenzialmente la capacità di testare, quella di ricevere e i soggetti (poiché è stata proprio la riforma del 1975 ad apportare grandi modifiche alla successione legale in tema di categorie di persone ritenute meritevoli di tutela alla luce delle norme costituzionali).

Il testamento non è oggi in grado di dare la giusta rilevanza alla destinazione dei beni ereditari e alle qualità dei soggetti beneficiari delle attribuzioni, presenta un carattere di instabilità, stante la sua revocabilità, ed è gravato da un'imposizione fiscale eccessiva quando siano istituiti eredi soggetti estranei. Allo stesso modo dovrebbe essere rivista la normativa fiscale in ordine alla successione legale e testamentaria tra parenti al fine di non scoraggiare, con una tassazione troppo elevata, il ricorso al testamento. Cfr. A. PALAZZO, voce *Successioni*, 126. Infatti, con esplicito riferimento alle classi sociali non abbienti e maggiormente bisognose di tutela, il cui patrimonio ereditario è spesso costituito da un unico bene, la successione testamentaria è di frequente gravata da ingenti imposte prima e dopo l'immissione nel possesso del bene dell'erede e da eventuali oneri relativi all'oggetto dell'attribuzione (ad esempio, per la ristrutturazione del bene) tali da rendere addirittura il lascito antieconomico o comunque ininfluenza. Nelle classi medio-alte, inoltre, caratterizzate da un ingente patrimonio mobiliare ed immobiliare, già da tempo il testamento non viene più adoperato quale strumento per regolare la trasmissione ereditaria, ma sono state preferite le alternative testamentarie, soprattutto in ambito societario. A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 5.

soggetti cui vengono trasmessi. La seconda muove dalla necessità che il regolamento negoziale di complesse situazioni patrimoniali non sia affidato ad una volontà unilaterale, ma sia frutto di una riflessione bi o plurilaterale che solo il procedimento contrattuale può dare²³¹.

Questa duplice esigenza e la generale insoddisfazione avvertita per l'attuale ordinamento successorio ha orientato la dottrina sempre più verso un tentativo di limitazione, in via interpretativa, della portata del divieto dei patti successori²³² e verso l'individuazione di nuovi istituti che, rispettosi del divieto *ex art. 458 c.c.*, possano essere impiegati per disciplinare, anche anticipatamente, la successione *mortis causa* degli individui (anche al di fuori del nucleo familiare) e, soprattutto, quella della piccola e media impresa²³³.

Anche le pronunce della giurisprudenza, chiamata a valutare se una convenzione destinata a esplicitare i suoi effetti dopo la morte di uno dei contraenti dovesse rientrare nella categoria dei patti successori o meno, pur elaborando criteri complicati e talvolta contraddittori, sembrerebbero evidenziare che il divieto non sia più molto sentito e che resti largamente disapplicato²³⁴. Essa, infatti, sembra mostrare una tendenza a voler ricondurre taluni istituti al divieto dei patti successori solo in casi specifici ed esigui, escludendo il patto successorio tutte le volte in cui l'effetto del trasferimento, anche solo in parte, si verifichi in vita o abbia effetto indipendentemente dal decesso²³⁵.

Tali nuovi istituti elaborati dalla prassi e dalla dottrina sono congegni e schemi dispositivi *inter vivos* alternativi al testamento (si parla di "successioni anomale per contratto") volti a porre in essere attribuzioni "transmorte"²³⁶ o *post mortem* e che devono essere armonizzati e convivere con il divieto dei patti successori previsto dal nostro ordinamento²³⁷.

²³¹ A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 43; ID., voce *Successioni*, 126.

²³² "Per giudizio sempre più diffuso, appaiono all'osservatore contemporaneo come una maglia intollerabilmente stretta e ingiustificatamente limitativa del libero dispiegarsi dell'autonomia privata, come un obsoleto fattore di blocco frapposto al perseguimento di interessi sostanzialmente meritevoli di tutela". P. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. Priv.*, 5, 1997, 8.

²³³ A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 56.

²³⁴ M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 533; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 1 ss.

²³⁵ Anche la giurisprudenza più ferma nel difendere il divieto è stata condizionata più dal problema di specie che da una generale avversione delle disposizioni con efficacia *post mortem* non contenute in un testamento. La giurisprudenza è comunque attenta alle esigenze che tradizionalmente giustificano la sussistenza del divieto, ossia la tutela della libertà del testatore e la conseguente revoca del testamento (ragioni comuni al divieto di testamento congiuntivo e del testamento reciproco), cui si connette la preclusione di creare aspettative in capo a terzi mentre il *de cuius* è ancora in vita: con il contratto, infatti, si creerebbe una situazione di vincolo per il disponente e il rischio di un'aspettativa tutelata nel destinatario dell'impegno. P. RESCIGNO, *Attualità e destino*, 13 s.

²³⁶ Una valida alternativa negoziale al testamento deve realizzare innanzitutto un'attribuzione patrimoniale attuale, nel senso che il bene deve essere sottratto alla disponibilità del disponente prima della sua morte, gli effetti negoziali devono essere rimandati ad un momento successivo ad essa e, infine, deve consentire al beneficiante di pentirsi attraverso la previsione della facoltà di revoca o di recesso. Cfr. M. IEVA, *I fenomeni*, 235.

²³⁷ Cfr. A. PALAZZO, voce *Successioni*, 125; V. SCALISI, *Persona umana*, 413; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 42 ss.; M. IEVA, *I fenomeni*, 55 ss. Per un approfondimento circa alcuni di essi, sul loro regime e

Per garantire una corretta e funzionale successione d'impresa, una reale alternativa al testamento è stata individuata nella c.d. "pianificazione ereditaria", cioè un sistema alquanto complesso di operazioni giuridico-economiche tese alla programmazione e all'anticipazione della successione ereditaria²³⁸. Tuttavia, i costi di tali operazioni sono spesso elevati (anche perché tali manovre devono essere accuratamente studiate, necessitando una diversificazione in base alle singole fattispecie concrete) e possono essere affrontati solo dai titolari di ingenti patrimoni: solo costoro hanno i mezzi per affidarsi a professionisti che si adoperino, mediante il loro lavoro di consulenza, a individuare alternative al testamento che garantiscano il conseguimento di un notevole risparmio fiscale e la conservazione del valore del complesso produttivo dei beni dell'impresa, eventualmente affidandolo solo agli eredi più capaci di continuare proficuamente l'attività.

Pertanto, gli oneri delle operazioni e la complessità della manovra, che comporta una notevole difficoltà di comprensione e di previsione degli effetti e delle modalità di tale fenomeno successorio, escludono da questi meccanismi i piccoli e medi imprenditori, che si trovano oggi sforniti di un idoneo mezzo che consenta loro di assicurare la produttività dell'azienda anche in seguito alla propria morte. Così, il passaggio generazionale della piccola e media impresa determina spesso la fine della stessa con conseguenze assai negative per il tessuto economico nazionale.

La pianificazione ereditaria dell'impresa, poi, è sempre soggetta al pericolo che uno degli eredi escluso dalla continuazione dell'attività imprenditoriale decida di tutelarsi qualora siano stati lesi i suoi diritti alla quota di legittima. Inoltre, su tale operazione permangono dubbi circa la possibilità che possa concretamente costituire un'ipotesi di contratto in frode alla legge poiché, in base alla sua configurazione, potrebbe comportare la deroga a diverse norme imperative di diritto successorio in tema di patti successori, di diritti dei legittimari e di divisione.

Pertanto, la dottrina e la prassi si muovono verso l'obiettivo di trovare un equilibrio tra sistema successorio e modelli contrattuali in modo tale da far sì che i privati possano realizzare pienamente i propri interessi senza cadere nella rete di divieti previsti a tutela della libertà negoziale o degli interessi di quei soggetti legati ai contraenti da vincoli familiari²³⁹.

sulle interrelazioni fra gli stessi e gli istituti tradizionali del diritto successorio, si veda § 6 e A. PALAZZO, *Le successioni*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, I, Milano, 1996, 46 ss.

²³⁸ Ne è un esempio il c.d. *family buy out*, ossia la variante "familiare" del *leveraged buy out* o del *management buy out*, tecniche di acquisizione di aziende o di società mediante il ricorso all'indebitamento bancario.

²³⁹ Cfr. A. PALAZZO, voce *Successioni*, 126; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale*, 16 ss.

Un tentativo di riforma è stato approntato anche dal legislatore, non del tutto insensibile alle istanze della dottrina e della giurisprudenza, mediante l'adozione di alcune novelle, come quella introduttiva del patto di famiglia.

Dalle novelle si evince una diversa tendenza volta non ad introdurre nuovi istituti *mortis causa* o *post mortem*, ma ad anticipare, mediante accordi tra gli interessati, la successione ereditaria. Tuttavia, esse non hanno avuto né l'esito né la portata desiderati.

Ad esempio, anche la novella del patto di famiglia, inizialmente accolta con grande entusiasmo, ha successivamente conosciuto uno scarso utilizzo pratico, stanti le difficoltà di applicazione e i dubbi relativi alla sua disciplina. Il *trust*, poi, che (come visto) ha trovato la sua legittimazione in Italia in seguito alla ratifica della Convenzione dell'Aja, presenta una notevole versatilità, potendo essere adoperato come alternativa al testamento a certe condizioni, ma anche in questo caso sussistono dubbi sulla sua applicabilità ed efficacia, derivanti anche dalla disputa circa la legittimazione dei c.d. *trusts* interni.

Come accennato, tutti i tentativi di individuare e introdurre nuove figure negoziali a scopi successori nell'ordinamento giuridico italiano non sembrano aver condotto gli interpreti all'individuazione di strumenti negoziali che possano fungere da reale alternativa al testamento senza generare incertezze circa la loro validità e disciplina.

Infatti, lo sforzo di erosione del divieto dei patti successori operato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, soprattutto mediante l'elaborazione di una distinzione tra atti *mortis causa* e atti *post mortem*, è risultato inadeguato a risolvere i problemi in materia successoria creati dalle nuove esigenze avvertite dalla società, poiché, da una parte, si tratta di una distinzione labile, segnata ancora da rilevanti indeterminatezze in seno alla stessa giurisprudenza, dall'altra, è stata adottata un'estrema cautela dalla professione notarile, restia a stipulare atti dai caratteri incerti quali possono essere quelli che assumono la morte del disponente quale loro termine iniziale o condizione (infatti, il notaio che riceva un atto che costituisce un patto successorio nullo sarà soggetto alle azioni disciplinari previste dall'art. 28, n. 1, L. 89/1913).

L'unica soluzione prospettabile per il completo soddisfacimento dei nuovi interessi sociali è quella dell'eliminazione del divieto dei patti successori dall'ordinamento giuridico italiano (nello specifico, di quelli istitutivi e di quelli rinunciativi).

Nella pratica, l'esigenza di organizzare la successione mediante accordo (con quella elasticità e flessibilità che solo il contratto, a differenza del testamento, può offrire) avrebbe l'utilità (stanti il difficile gioco degli equilibri familiari, il numero dei familiari, le capacità di ciascuno, i loro sentimenti, la variegata composizione del patrimonio ereditario, ecc.) di

garantire la futura e certa (grazie all'irrevocabilità dei patti successori) sistemazione patrimoniale della famiglia senza che il disponente debba spogliarsi immediatamente dei propri beni. Inoltre, un accordo sarebbe il metodo migliore e auspicabile con cui far sì che la regolamentazione della successione risulti frutto di una condivisione e di un progetto comune e vincolante tra il *de cuius* e coloro che gli succederanno.

Inoltre, il divieto *ex art. 458 c.c.* non può essere tuttora avvertito come disciplina che abbia una propria giustificazione sociale degna di essere tutelata dall'ordinamento: il principio dell'assoluta libertà testamentaria, così come le altre ragioni tradizionalmente poste a suo fondamento non appaiono ai più sufficienti a spiegare le ragioni di una proibizione, sconosciuta ad altri ordinamenti, che condiziona la validità di convenzioni che risultino collegate con l'evento morte²⁴⁰.

Proprio l'esempio di altri Paesi, che ammettono *in toto* o eccezionalmente il patto successorio e in cui esso è un utile strumento di disposizione *mortis causa*, pone maggiormente in luce l'ingiustificata esistenza del divieto e l'utilità di una sua abolizione.

Infatti, l'*Erbvertrag* tedesco (disciplinato dagli articoli 2274-2302 del BGB) e, come si vedrà, l'*Erbvertrag* svizzero costituiscono un mezzo maggiormente rispondente alle esigenze dell'odierna società rispetto al testamento o al trasferimento dei beni in vita mediante atti *transmorte* o altri negozi anticipatori della successione.

Esso, ad esempio, viene adoperato dal genitore per motivare il figlio a continuare l'attività aziendale di famiglia, garantendogliene, mentre è ancora in vita, in via contrattuale (dunque, stabile) la futura conduzione a titolo di erede.

L'*Erbvertrag* ha difatti una duplice natura: esso conserva alcune caratteristiche del testamento, poiché, essendo atto *mortis causa*, lascia libero il disponente di gestire il suo patrimonio e di disporne fino al momento della morte come meglio creda, alienando o donando i propri beni, e senza che l'erede contrattuale (*Vertragserbe*) possa impedirlo²⁴¹; allo stesso tempo l'*Erbvertrag*, essendo un contratto vero e proprio, ne presenta le caratteristiche ed è, dunque, vincolante per il *de cuius* (*Erblasser*), che non potrà disporre *mortis causa* in modo

²⁴⁰ A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 43 s.; M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 533. Recentemente, come visto *supra* § 3, alla tesi tradizionale se n'è opposta una nuova che ritiene che le istanze sottese al divieto dei patti successori andrebbero individuate nel c.d. "diritto di esclusiva" della volontà del *de cuius*, che non tollera il concorso delle volontà altrui. C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, 457 ss.; L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 65 nt. 7. Per i patti dispositivi e rinunciativi, poi, essendo atti *inter vivos*, è ancora più arduo riconoscere una fondata ragione tecnica atta a giustificare quanto previsto dall'art. 458 c.c.

²⁴¹ Il *Vertragserbe* può agire con un'azione recuperatoria solo nel caso in cui il *de cuius* abbia donato i propri beni al precipuo scopo di danneggiarlo; impugnando così l'atto, l'erede contrattuale, qualora il giudice ritenga sussistenti i presupposti dell'azione, potrà ottenere la restituzione del bene.

non conforme al contratto successorio o, meglio, lo potrà fare solo quando nel testamento successivo l'erede contrattuale goda di una posizione più favorevole; in caso contrario il testamento sarà inefficace²⁴².

L'*Erbvertrag* può essere anche a titolo oneroso e, difatti, spesso è collegato a disposizioni *inter vivos* in cui, ad esempio, sono accordati pagamenti di alimenti o di spese di cura a favore del *de cuius*.

Ai fini della validità dell'istituto e anche per garantire una sufficiente riflessione circa l'opportunità della stipulazione del medesimo, sono previsti requisiti formali molto severi: l'*Erbvertrag* deve essere stipulato con atto pubblico notarile e deve essere depositato presso un notaio; inoltre, mentre possono redigere testamento coloro che hanno compiuto i 16 anni di età, per redigere il contratto ereditario è richiesta la maggiore età²⁴³.

Anche il Codice civile francese, che già in origine aveva previsto delle eccezioni al generale divieto dei patti successori, ha successivamente arricchito tali figure mediante una serie di interventi legislativi che hanno riguardato la trasmissione ereditaria dell'azienda, le convenzioni matrimoniali e le liberalità²⁴⁴.

Assai significativa è stata la riforma del diritto delle successioni attuata con la L. 728/2006, la quale ha innovato la norma cardine in tema di divieto dei patti successori, dettata all'art. 1130, comma 2, in tema di oggetto del contratto, aggiungendo l'inciso finale "*que dans les conditions prévues par la loi*" e così codificando il principio della derogabilità del divieto mediante figure tipizzate dalla legge²⁴⁵. Ciò ha permesso l'introduzione di novità di rilievo alle eccezioni già previste dal *Code Napoléon*: ad esempio, la *donation partage* può ora essere fatta da chiunque (non solo dagli ascendenti come originariamente) e può riguardare non solo i discendenti, ma, più genericamente, gli eredi legittimi o i discendenti di gradi differenti anche

²⁴² Questo vincolo riguarda unicamente la nomina contrattuale di erede o legatario o l'apposizione di oneri; ulteriori disposizioni, invece, come la nomina dell'esecutore testamentario, non sono vincolanti per l'*Erblasser*.

²⁴³ A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 449.

²⁴⁴ Il *Code civil* introdusse il divieto dei patti successori in più norme: i patti su una successione altrui sono, infatti, vietati dagli artt. 791, 1130 comma 2, 1389, 1600, 1837; il divieto dei patti sulla propria successione dagli artt. 943, 1130 comma 2, 1389, 1600. Furono ammesse, tuttavia, due eccezioni a tale proibizione: la *donation partage*, che permetteva all'ascendente, mediante contratto con i propri discendenti, di fissare la composizione della quota di ciascuno (il padre e gli altri ascendenti "*peuvent faire, entre leurs enfant ed descendants, la distribution et le partage de leurs biens*", artt. 1075 ss.), e l'*institution contractuelle* o *donation de biens à venir*, che permetteva di disporre per contratto della propria successione in tutto o in parte, ma che era ammessa espressamente solo in occasione di un matrimonio, mediante stipulazione ad opera di terzi o degli sposi stessi, (artt. 1082, 1083, 1093, 1094). Cfr. M. V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, 534; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 33 ss. È qui percepibile la sensibilità dimostrata dal legislatore napoleonico nel non formulare un divieto categorico dei patti successori, riconoscendo che la pianificazione consensuale della successione non fosse sempre da avversare. L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 69 s.

²⁴⁵ A seguito della riforma del 2006, questi istituti sono stati raccolti sotto l'etichetta comprensiva di *liberalités partages*.

se non eredi legittimi. È stata poi prevista la possibilità di rinunciare all'esercizio dell'azione di riduzione con riferimento ad una successione non ancora aperta in favore di una o più persone determinate; la rinuncia può riguardare sia l'intera quota di riserva o una sua parte o una liberalità concernente un bene determinato e, a dimostrazione della peculiarità delle situazioni da cui può scaturire la scelta di rinunciare e in merito alla rilevanza delle conseguenze che da essa possono scaturire, deve essere contenuta in un atto autentico ricevuto da due notai e deve rispettare peculiari formalità (artt. 929 e 930, nuova formulazione)²⁴⁶.

²⁴⁶ L. BALESTRA, M. MARTINO, *Il divieto dei patti*, 70 ss.

8. Il rapporto tra il divieto dei patti successori e la successione necessaria

Il nostro ordinamento si fonda su due rilevanti principi: l'autonomia privata dei soggetti e l'interesse della collettività. Essi si trovano a confliggere nell'ambito del diritto successorio poiché, da una parte, si vuole lasciare il testatore completamente libero di disporre del proprio patrimonio per il periodo successivo alla sua morte, dall'altra, se così fosse, potrebbero in astratto essere lesi i diritti e le aspettative di alcune categorie di soggetti appartenenti alla famiglia più strettamente intesa, eventualità ritenuta ingiusta dalla collettività.

Queste due distinte esigenze trovano allora un contemperamento nella disciplina della successione necessaria, istituto cardine del nostro ordinamento, le cui norme riconoscono ai legittimari (art. 536 c.c.) alcuni diritti successori che non possono essere esclusi dalla diversa volontà del *de cuius*; pertanto, l'ordinamento sceglie di limitare l'autonomia privata di quest'ultimo in nome e a tutela degli interessi altrui²⁴⁷.

Al fine di garantire una maggiore tutela dei diritti dei legittimari, il patrimonio del *de cuius* sul quale dovrà essere calcolata la quota di legittima sarà computato aggiungendo al *relictum*, cioè quanto lasciato dall'ereditando alla sua morte, il *donatum*, ossia i beni usciti dal patrimonio durante la sua vita mediante atti di liberalità; in tal modo si evita che l'ereditando, disponendo in vita a titolo gratuito dei suoi beni, possa ledere i diritti dei riservatari, ai quali, in caso contrario, potrebbe non rimanere nulla o poco più al momento della morte del *de cuius*.

La *ratio* della successione necessaria è stata ampiamente trattata dalla dottrina e può sinteticamente ricondursi al principio della solidarietà familiare, cui viene riconosciuta una copertura costituzionale con gli artt. 2 e 29 Cost., che implica un rapporto di comunanza e che significa essenzialmente collaborare e assistere qualcuno con il quale si condivide un particolare legame²⁴⁸.

Le matrici storiche delle norme sulla legittima sono essenzialmente tre:

1) il limite alla libertà di testare è stato imposto per adempiere al dovere di provvedere, anche dopo la morte, al sostentamento delle persone strettamente legate al *de cuius*;

²⁴⁷ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 534 s.; A. PORCIELLO, M. MAZZUCA, *Sulle successioni mortis causa tra autonomia e valori costituzionali*, Napoli, 2014, 62 ss.

²⁴⁸ L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 6, 2009, 546; E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013, 102 ss.; A. PORCIELLO, M. MAZZUCA, *Sulle successioni*, 71 ss. Forse, se anche all'autonomia privata, così come per la proprietà e il risparmio, fosse stato riconosciuto il rango di principio costituzionale, molti limiti introdotti alla facoltà di disporre *mortis causa* del proprietario sarebbero venuti meno. A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2009, 48 s.; M. PARADISO, quesito *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, 708.

2) il limite alla libertà di testare è volto a far sì che i beni dell'ereditando trovino destinazione oggettiva in capo a quei soggetti della famiglia che, in vita del *de cuius*, hanno contribuito materialmente e moralmente alla formazione della ricchezza familiare;

3) il limite alla libertà di testare è radicato sul ruolo giuspubblicistico della famiglia, intesa come organo incentrato sul primato del *paterfamilias* e poggiato sui pilastri dell'uguale dignità dei discendenti, nei confronti dei quali il padre deve garantire un trattamento minimo indifferenziato, di cui il divieto di diseredazione funge da corollario, salva l'indegnità a succedere e la possibilità di disporre a piacimento della quota disponibile.

Si tratta, però, di fondamenti ormai ritenuti obsoleti e non più fondati sull'assetto della società italiana, che è oggi mutato.

Per quanto riguarda la prima concezione, infatti, l'aumento della prospettiva di vita ha fatto sì che ora, normalmente, il *de cuius* lasci figli di età compresa tra i quaranta e i sessant'anni, pertanto economicamente indipendenti e non più bisognosi del sostegno che la successione necessaria loro garantisce.

Per quanto riguarda il secondo fondamento, la componente funzionale della realtà familiare ha subito un'evoluzione, passando progressivamente da una funzione produttiva, di rilievo politico-sociale, ad una funzione affettivo-assistenziale.

Per quanto riguarda la terza *ratio* giustificatrice, il ruolo giuspubblicistico della famiglia si è andato riducendo in favore di una concezione di stampo liberale-individualistico; si è poi affermata l'esigenza di tenere maggiormente in considerazione, ai fini di una maggior equità successoria, le qualità e le caratteristiche peculiari proprie di ciascun discendente, così come i contributi da costoro apportati alla creazione del patrimonio familiare²⁴⁹.

I legittimari lesi nei loro diritti alla legittima sono tutelati anche contro la volontà del *de cuius* e possono agire in riduzione sia nei confronti degli atti *mortis causa* da costui posti in essere (l'art. 554 c.c. prevede la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive dei diritti dei legittimari) sia, in via subordinata, nei confronti delle liberalità *inter vivos* dall'ereditando compiute in vita (l'art. 555 c.c. prevede la riduzione delle donazioni e l'art. 809 c.c. assoggetta a riduzione le liberalità indirette o comunque risultanti da atti diversi dalla donazione) per ottenere una quota di eredità pari al valore della loro riserva²⁵⁰.

Si tratta, tuttavia, di una tutela azionabile solo successivamente all'apertura della successione; prima di tale momento i legittimari non hanno alcuna pretesa, ma solo

²⁴⁹ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 93 ss.

²⁵⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 532 ss.

un'aspettativa di fatto e l'ereditando rimane libero di disporre come crede di tutto il suo patrimonio, senza che i futuri riservatari possano in alcun modo opporsi agli atti di disposizione o richiedere atti conservativi o cautelativi²⁵¹.

Vi è, poi, anche un'altra serie di norme poste a tutela di tali soggetti, quali quelle sulla collazione a favore dei soggetti indicati all'art. 737 c.c.²⁵², l'azione revocatoria ordinaria e fallimentare per gli atti pregiudizievoli dei diritti dei creditori e la tutela dei legittimari rispetto al *trust*²⁵³.

Inoltre, nelle ipotesi in cui si verifica un contrasto tra i legittimari, lesi dalle attribuzioni del *de cuius* che abbiano avuto ad oggetto beni immobili, e i terzi aventi causa dal beneficiario delle stesse, i primi prevalgono sui secondi e possono ottenere la restituzione degli immobili (si parla di retroattività reale, artt. 561 e 563 c.c.).

La previsione di strumenti efficaci alla tutela dei legittimari ha permesso di liberare il rapporto parentale e coniugale da quei condizionamenti che la prospettiva di una futura successione poteva generare sull'autodeterminazione degli individui all'interno della famiglia.

Giungere al riconoscimento del patto successorio nel diritto italiano vorrebbe dire contravvenire alla disciplina della successione necessaria.

Infatti, mentre la successione testamentaria è capace di operare solo nel rispetto dei diritti dei legittimari, che costituiscono il limite alla libertà del testatore (457, comma 3, c.c.), essi, qualora fosse ammesso il patto successorio nel nostro ordinamento, potrebbero venire compresi al fine di garantire l'utilità del medesimo. Il divieto *ex* art. 458 c.c., infatti, sembrerebbe porsi in relazione, a mio avviso soprattutto, a tale norma. La rilevanza di tale correlazione sembrerebbe essere confermata dalla riproposizione del divieto dei patti rinunciativi ribadita dall'art. 557, comma 2, c.c.: "Essi [i legittimari] non possono rinunciare a questo diritto, finché vive il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione".

Il patto rinunciativo, qualora accolto, comporterebbe la possibilità di rinunciare all'eredità o all'azione di riduzione prima dell'apertura della successione dell'ereditando. La rinuncia, pertanto, potrebbe recare danno ai legittimari, i quali, una volta compiuto l'atto, non avrebbero più la possibilità di agire per far valere i propri diritti alla quota di riserva, sebbene essi siano

²⁵¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 555.

²⁵² Art. 737 c.c.: "I figli [legittimi e naturali] e i loro discendenti [legittimi e naturali] ed il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione [744 c.c.] direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati. 2. La dispensa da collazione non produce effetto se non nei limiti della quota disponibile [556 c.c.]".

²⁵³ M. IEVA, *Art. 458*, 62 s.

stati lesi. Inoltre, l'ammissione di queste tipologie contrattuali potrebbe far sorgere il rischio di pressioni e condizionamenti della volontà dei riservatari (soprattutto quando siano giovani e inesperti) volti a spingerli verso una rinuncia contrattuale ai propri diritti successori futuri.

Anche l'introduzione del patto successorio istitutivo comporterebbe una possibile violazione della tutela di tali soggetti sia perché si verificherebbe un frazionamento della vicenda successoria che renderebbe più difficoltose le operazioni di riunione fittizia necessarie per il calcolo della quota di legittima e di quella disponibile (art. 556 c.c.) e, dunque, per la verifica dell'esistenza di una lesione della prima²⁵⁴, sia perché, nella maggior parte delle fattispecie concrete, il patto istitutivo dovrà essere accompagnato anche da patti rinunciativi per poter raggiungere lo scopo per il quale viene stipulato e garantirne la certezza e la stabilità contro eventuali future azioni dei legittimari lesi. Quest'ultima non sarebbe, poi, una rara eventualità, poiché può succedere di frequente che si verifichi un'inaccurata valutazione della capienza dell'asse ereditario o che un assetto studiato e creato in un certo momento nel rispetto delle quote di eredità riservate ai legittimari diventi successivamente lesivo delle stesse; in tal caso, i riservatari, agendo in riduzione contro i beneficiari del contratto successorio, porrebbero nel nulla quella pianificazione che era stata il fondamento della sua genesi.

Tutto quanto fin qui detto mi sembra consenta di affermare che la *ratio* del divieto *de quo* risiede nella tutela dei diritti dei legittimari. Infatti, come già messo in luce nel paragrafo 3, le giustificazioni tradizionalmente addotte, *in primis* l'esigenza di tutelare la piena libertà testamentaria, che si esplica essenzialmente nella possibilità di revoca *ad nutum usque ad vitae supremum exitum*, sono da rigettare²⁵⁵. Ne è conferma anche l'istituto della *donatio si*

²⁵⁴ Con l'introduzione dell'art. 458 c.c., il legislatore italiano ha voluto limitare ad una ristretta nicchia i meccanismi indiretti volti ad arricchire il beneficiario (art. 809 c.c.). Così facendo, le possibili lesioni dei diritti dei legittimari possono essenzialmente pervenire solo dal testamento o da donazioni e, pertanto, l'operazione di riunione fittizia risulta abbastanza facile, stante anche il fatto che tali istituti (testamento e donazione) sono atti formali. Se, invece, fosse ammesso il contratto successorio, il numero di strumenti adoperati per le attribuzioni *mortis causa* aumenterebbe, rischiando di frammentare il fenomeno successorio in mille vicende contrattuali e, di conseguenza, rendendo più difficoltosa l'operazione di riunione fittizia. M. IEVA, *Art. 458*, 32; F. VENTURINI, *Profili di contrattualizzazione*, 32 s.

²⁵⁵ Al contrario che nel Codice civile italiano, la *ratio* del divieto dei patti successori del *Code Napoleon* fu espressamente individuata non nella salvaguardia della libertà di testare (essendo tale principio proprio di una concezione individualista della successione a causa di morte, che era del tutto estranea a un sistema, come quello francese, volto a impedire al capofamiglia di eludere l'uguaglianza tra gli eredi o di attribuire i propri beni al di fuori del nucleo familiare, venendo meno ai propri doveri di assistenza), ma nello scopo di impedire che mediante essi si realizzasse una concentrazione della ricchezza all'interno della medesima famiglia, con passaggio dei beni di generazione in generazione, sottraendoli a ogni possibile circolazione giuridica, e in quello di vietare i possibili abusi che il *de cuius* avrebbe potuto perpetrare a danno dell'uguaglianza tra gli eredi. Il divieto introdotto nel codice civile francese fu oggetto di forti critiche da parte della dottrina, ma la giurisprudenza lo ha sempre applicato in modo rigido per tutelare gli eredi riservatari, che avrebbero potuto essere lesi dalla possibilità loro attribuita di rinunciare ai propri diritti successori o dalla facoltà del *de cuius* di contrattare sulla propria successione. M. V. DE GIORGI, *I patti*, 33 ss.

praemioriar o *cum moriar*, che, pur limitando maggiormente la libertà del disponente poiché il beneficiario è titolare di un'aspettativa giuridicamente tutelata che influisce sulla capacità dispositiva e gestoria del donante mentre è in vita, è ammessa dall'ordinamento. Ciò è possibile in quanto si tratta di un atto soggetto a collazione e riduzione.

La *ratio* giustificativa del divieto individuata nella tutela dei legittimari è poi confermata dalla circostanza che in tutti i casi in cui oggi si riscontra una deroga all'art. 458 c.c., o è comunque garantito il rispetto delle norme sulla tutela dei legittimari oppure è prevista una deroga anche ad esse.

È ad esempio il caso del contratto di assicurazione sulla vita a favore di un terzo, il cui utilizzo in funzione successoria incontra un limite nel disposto dell'art. 1923, comma 2, c.c., secondo cui sono fatte salve, rispetto ai premi pagati, tutte le norme di tutela dei diritti dei legittimari, e del patto di famiglia.

Quest'ultimo, infatti, richiede la partecipazione di coloro che sarebbero legittimari del *de cuius* qualora si aprisse la successione al momento della stipulazione del contratto e prevede una deroga al divieto dei patti successori rinunciativi a garanzia della certezza e della stabilità del negozio, caratteristiche senza le quali esso non avrebbe concretamente senso di esistere. Il legislatore non ritiene più, in questo caso particolare, di dover anteporre la tutela del legittimario alla tutela di altri e diversi valori, come la preservazione dei beni produttivi.

In conclusione, sulla base di quanto sin qui affermato e sulla base delle nuove esigenze socio-economiche avvertite sul territorio italiano (e non solo) e vagliate al paragrafo precedente, l'eliminazione del divieto dei patti successori (almeno quelli istitutivi e rinunciativi) risulta a mio avviso auspicabile. Esso, affinché abbia una qualche utilità pratica, sarà possibile solo mediante una contestuale revisione della successione necessaria, i cui principi sono sempre più considerati insufficienti a giustificare la conservazione di un divieto ritenuto anacronistico e limitativo²⁵⁶.

²⁵⁶ F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 3 ss. afferma l'arretratezza del sistema italiano, poiché esso si basa su una legislazione fortemente di favore nei confronti dei legittimari e non ammette accordi *ante mortem* per disciplinare la futura successione.

Inoltre, le vicende successorie volgono sempre più verso direzioni extrafamiliari e spingono verso una riforma della disciplina della successione legittima e di quella necessaria. L'anacronismo di alcune norme di diritto successorio risulta lampante proprio relativamente al tema della successione legittima: essa accoglie una concezione estesa della comunità familiare, che giunge sino al sesto grado di parentela (art. 572 c.c.), che è fortemente distante da quella attuale.

Come accennato, ciò potrebbe generare il rischio di condizionamenti della volontà dei legittimari e un frazionamento della vicenda successoria che renda più difficoltosa la tutela dei diritti di riserva di tali soggetti.

Il primo pericolo, tuttavia, potrà essere scansato mediante: la previsione della maggiore età (o una superiore) per la stipula di un patto successorio; la previsione di una serie di norme circa la tutela dei soggetti psicologicamente deboli contro il timore reverenziale nei confronti del *de cuius*, che, essendo normalmente il genitore del legittimario, potrebbe facilmente influenzarne le scelte (anche mediante pressioni nell'ambito della vita quotidiana o ricatti); l'applicazione delle norme sui vizi della volontà: errore, violenza e dolo; la sottoposizione dell'atto a rigide formalità, che permetteranno alle parti contrattuali di riflettere a fondo sull'importanza e sull'opportunità dell'atto²⁵⁷; il ruolo istituzionale svolto dal notaio, chiamato a rendere edotte le parti delle conseguenze giuridiche che seguono la stipulazione di un patto successorio²⁵⁸.

Il secondo ostacolo, invece, potrà essere evitato mediante un sistema formale di pubblicità dei patti successori che ne garantisca la semplice, certa e veloce conoscenza al fine della riunione fittizia e del calcolo della quota di riserva.

Parte della dottrina ha avanzato la possibilità di un superamento totale della disciplina della successione necessaria, stanti le novità che hanno riguardato la struttura e la concezione della famiglia, sempre più slegata dal vincolo di sangue e collegata all'*affectio* che lega gli individui (anche non appartenenti al medesimo gruppo familiare), e tenuto conto del tentativo volto a riconoscere una maggior libertà e autonomia privata all'ereditando, l'unico soggetto in grado di conoscere le varie esigenze, qualità e contributi dei legittimari o dei terzi estranei e in grado di ristabilire un equilibrio effettivo ed un'uguaglianza sostanziale e non puramente formale tra gli eredi.

L'eliminazione totale della successione necessaria, però, mi sembra eccessiva e avventata. La tutela dei membri della famiglia intesa in senso stretto (ai quali si devono ricondurre anche i membri delle cosiddette famiglie di fatto e i conviventi *more uxorio*) è, infatti, importante e deve essere garantita contro gli eventuali abusi che potrebbero essere perpetrati dal *de cuius*. In caso contrario, non si spiegherebbe come mai il legislatore, che fa

²⁵⁷ Anche le formalità imposte dalla legge al testamento sono volte a far sì che: il testatore non ponga in essere disposizioni di ultima volontà senza prima aver riflettuto seriamente sulla rilevanza ed opportunità delle stesse; che sia garantita la libera determinazione della sua volontà, escludendo sollecitazioni o pressioni di terzi; che sia esclusa la possibilità che un semplice progetto di testamento possa essere ritenuto testamento a tutti gli effetti; che sia possibile dar prova del contenuto del testamento e che esso sia il più possibile certo e determinato.

²⁵⁸ C. GANGI, *La successione testamentaria*, Milano, 1938, 115.

gravare sul *de cuius*, per tutta la sua vita, i doveri di assistenza e mantenimento in cui si sostanzia la responsabilità familiare, possa ritenere che la solidarietà, come visto tutelata costituzionalmente, venga meno all'atto dell'apertura della successione.

Tuttavia, mi sembra desiderabile una riduzione della sua portata in un senso più consono alle mutate esigenze sociali, mediante l'ammissione dei patti successori rinunciativi (o solo di quelli in cui venga riconosciuta un'idonea controprestazione al rinunciante) e l'individuazione di una quota di legittima inferiore a quella attuale e maggiormente legata al principio di solidarietà, inteso come il soddisfacimento dei bisogni dei membri del gruppo familiare.

Infatti, parte della dottrina ritiene che le vigenti norme poste a tutela dei legittimari non siano uno strumento indispensabile per la salvaguardia della solidarietà familiare, tutelata dall'art. 29 Cost.,²⁵⁹ e che i concetti di collaborazione e assistenza suoi propri rimandino necessariamente alla nozione di bisogno. Tra tali concetti vi è un rapporto di diretta proporzionalità: il dovere di collaborazione e di assistenza è maggiore quanto maggiore è la situazione di bisogno in cui versa un soggetto. Se questo è il contenuto essenziale del valore di solidarietà familiare, risulta chiaro che esso non è oggi completamente rispettato dalla disciplina della successione necessaria. Quest'ultima, infatti, assegna automaticamente una quota dell'asse ereditario (tra l'altro non bassa) ai legittimari, senza indagare sul loro effettivo stato di bisogno o meno, sul loro comportamento in vita, sul loro apporto morale e patrimoniale alla famiglia, ecc. e così precludendo all'ereditando la possibilità di distribuire le proprie sostanze in modo funzionale alla riduzione sostanziale delle situazioni di disparità presenti in ambito familiare²⁶⁰.

Una novella volta a intensificare l'autonomia *mortis causa* del *de cuius* rispetto alla tutela dei legittimari (mediante l'introduzione del patto successorio e un ridimensionamento quantitativo della successione necessaria) non vuole essere un disconoscimento della famiglia quale nucleo centrale dei rapporti successori, ma solo lo strumento per riconoscere un maggior margine di azione alla volontà individuale, anche rendendone più certa l'espressione della volontà.

Inoltre, mediante l'introduzione del patto successorio non ritengo si rischierebbe di tornare a quella situazione sociale in cui il *de cuius* disponeva della propria successione in

²⁵⁹ A. PORCIELLO, M. MAZZUCA, *Sulle successioni*, 52.

²⁶⁰ A. PORCIELLO, M. MAZZUCA, *Sulle successioni*, 74 ss.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 98 s. Parte della dottrina vede nella disciplina della successione necessaria un impoverimento del principio di solidarietà familiare, che in linea teorica dovrebbe tutelare, poiché, impedendo al *de cuius* di disporre del proprio patrimonio nel modo che egli ritenga più giusto a seconda dei meriti e delle concrete esigenze dei congiunti, si rispetterebbe una solidarietà puramente formale e non reale. A. PORCIELLO, M. MAZZUCA, *Sulle successioni*, 77.

favore di uno solo dei suoi discendenti, solitamente il primogenito maschio, o con lo scopo di realizzare un'unione economico-sociale tra famiglie²⁶¹; il reiterarsi della logica feudale di trasmissione del patrimonio ad un unico erede onde garantirne la conservazione è impedita dall'evoluzione affrontata dalla società, che mi sembra oggi maturata e priva di quelle concezioni che avevano accompagnato gli abusi successori dell'ereditando.

Riassumendo, si può dire che la successione necessaria possa essere riconosciuta come fondamento principe del divieto dei patti successori nel diritto attuale. Le nuove esigenze avvertite in campo economico e sociale hanno fatto scaturire il bisogno di rivedere la disciplina successoria e di introdurre l'istituto *de quo*, che si presenta come l'unico strumento giuridico capace di rispondere ad esse.

Stante la correlazione esistente tra successione necessaria e divieto dei patti successori, pensare di intervenire su quest'ultimo significa incidere sulla tutela del legittimario²⁶². Un risultato ottimale potrebbe allora essere raggiunto non con l'eliminazione totale della disciplina della successione necessaria, ma con una sua revisione volta a consentire la rinuncia contrattuale dei legittimari ai propri diritti e ad ammettere una riduzione quantitativa della quota di riserva, che sarebbe così maggiormente rispondente al principio di solidarietà dell'art. 29 Cost., ritenuto il fondamento della disciplina.

²⁶¹ Nel corso del Medioevo, infatti, i patti successori e il fedecommesso furono adoperati essenzialmente per la creazione di alleanze tra famiglie, per consentire la costituzione di parentele fittizie (allo scopo di accorpate e trasmettere patrimoni, vincolando i contraenti a mantenerli uniti), per regolare i rapporti tra i coniugi, per garantire, mediante la rinuncia all'eredità che le donne facevano in favore dei fratelli o di altri maschi della famiglia, ogni diritto sul patrimonio familiare al primogenito o comunque ad altri discendenti maschi. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 43 ss.; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 24 ss.

²⁶² Dello stesso avviso M. IEVA, *Divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in S. Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, 298 s.

I PATTI SUCCESSORI NELL'ATTUALE

DIRITTO SVIZZERO

9. La vocazione ereditaria e la successione necessaria nel diritto elvetico

Come più volte accennato, nelle legislazioni dei paesi europei, il contratto successorio riceve una regolamentazione assai diversa che va dal divieto assoluto di tale figura all'ammissione più vasta, conosciuta dal diritto svizzero²⁶³.

Proprio del diritto svizzero si tratterà nel presente capitolo, anche per le similitudini che esso presenta con il diritto successorio italiano, soprattutto in relazione alla tutela dei legittimari.

Prima di affrontare la disciplina dei patti successori, è bene fare qualche cenno generale sulla vocazione successoria secondo il diritto svizzero.

Il diritto delle successioni è in prevalenza disciplinato nel III libro ("Del diritto successorio") del Codice civile svizzero, agli artt. 457-640. Si tratta di norme che sono state modificate nel corso del tempo in conformità con quelle che sono state le riforme del diritto di famiglia: la riforma sull'adozione del 1973; il nuovo diritto di filiazione del 1978; il nuovo diritto degli effetti del matrimonio del 1988, ecc.²⁶⁴.

Anche il diritto svizzero riconosce due tipologie di vocazione ereditaria: quella legittima o *ab intestato* (artt. 457-466 c.c.) e quella volontaria (artt. 467-536 c.c.).

Si ha vocazione successoria legittima quando il titolo in virtù del quale il successore è chiamato alla successione è la legge.

Si ha vocazione successoria volontaria, invece, quando il titolo in virtù del quale il successore è chiamato alla successione è la volontà del *de cuius*. La volontà di tale soggetto deve essere espressa mediante atti *mortis causa*, di cui tratta il Titolo XIV ("Delle disposizioni a causa di morte") del Codice civile (artt. 467-536)²⁶⁵.

La libertà di disporre dell'ereditando è tuttavia sottoposta ad alcune limitazioni: affinché l'atto *mortis causa* sia valido sarà necessario che il disponente sia capace di disporre (artt. 467 s. c.c.), rispetti le forme previste per le disposizioni *mortis causa* (artt. 498 ss. c.c.), rispetti il

²⁶³ Per un approfondimento sugli aspetti di diritto comparato, si veda S. WOLF, *Die Europäische Kommission auf den Spuren von Eugen Huber und Virgile Rossel - Betrachtungen zum Erbvertrag, insbesondere als Instrument der Unternehmensnachfolge*, in P. V. Kunz, D. Herren, T. Cottier, R. Matteotti (a cura di), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren*, Basel, 2009, 941 ss.

Inoltre, interessanti e chiarificatrici, sul contratto successorio svizzero e sulla sua applicazione pratica, sono state le parole del Prof. Stephan Wolf (Avvocato e Notaio, Ordinario di diritto privato e diritto notarile all'Università di Berna) e del Dott. Urs Fasel (Avvocato e Notaio in Berna), con i quali mi è stata gentilmente data la possibilità di discorrere su questa materia.

²⁶⁴ Si veda P. H. STEINAUER, *Le droit des successions*, Bern, 2015, 50 ss.

²⁶⁵ S. WOLF, *Il contratto successorio secondo il Codice civile svizzero*, in M. G. Falzone Calvisi (a cura di), *Diritto successorio. Approfondimenti tematici*, II, Milano, 2013, 266.

numerus clausus delle disposizioni possibili (artt. 481 ss. c.c.) e rispetti la porzione di legittima (artt. 470 ss. c.c.)²⁶⁶.

La successione legittima gode di un primato su quella volontaria nel senso che si applica finché il *de cuius* non l'abbia esclusa mediante disposizioni per causa di morte valide; pertanto, l'ordine legale è la regola e la successione volontaria, l'eccezione. Allo stesso tempo, la successione volontaria gode di un primato su quella legittima nel senso che il *de cuius* ha il potere di escludere l'ordine legale di successione²⁶⁷.

Anche in diritto svizzero, come in quello italiano e al contrario di quello romano in cui vigeva il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, la vocazione legale e quella volontaria possono coesistere. L'art. 481, comma 1, c.c., infatti, stabilisce che le disposizioni successorie prese per testamento o per patto successorio possono riguardare l'intero patrimonio del *de cuius* o anche solo una sua parte.

Conformemente al principio, sopra richiamato, del primato dell'ordine legale, l'art. 481, comma 2, c.c. aggiunge che: "La parte di cui il defunto non ha disposto è devoluta ai suoi eredi legittimi". Il principio ha portata generale e si applica anche in quei casi in cui una disposizione a causa di morte del *de cuius* non produca l'effetto voluto da quest'ultimo: se un erede istituito rinuncia all'eredità o premuore e il *de cuius* non ha designato alcun altro a cui debba essere devoluta l'eredità in tale evenienza (art. 487 c.c. e 572, comma 2, c.c.); se un erede istituito è stato dichiarato indegno e il *de cuius* non ha preso altre disposizioni in funzione di tale eventualità (artt. 540 e 542 c.c.); se l'erede istituito di una sostituzione fedecommissaria non è vivo a momento dell'apertura della successione (art. 545, comma 2, c.c.); se una disposizione a causa di morte viene annullata (non riacquistando vigore la disposizione precedente)²⁶⁸.

A differenza del diritto italiano, l'ordinamento elvetico regola due forme di successione volontaria a causa di morte, espressamente previste dall'art. 481 c.c.: il testamento (disposizione di ultima volontà, artt. 498 ss. c.c.) e il contratto successorio, ammesso e disciplinato dagli artt. 512 ss. c.c.

Il testamento (*das Testament*) è un negozio giuridico *mortis causa* avente natura unilaterale. Esso, infatti, esprime la volontà di una sola persona, il testatore o il disponente, che è il solo autore e signore dell'atto; pertanto, egli è libero di modificare le sue disposizioni o di

²⁶⁶ Per una più approfondita disamina di tali aspetti, si veda S. WOLF, G. S. SANDRO, *Schweizerisches Privatrecht (SPR)*, IV.1. *Erbrecht*, Basel, 2012.

²⁶⁷ Questa possibilità ha un valore fondamentale nell'ordinamento svizzero ed è considerata un prolungamento della proprietà privata.

²⁶⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 195 ss.

revocare il testamento, in qualsiasi momento e fino al termine della sua vita, se essi non corrispondono più alla sua volontà. La revoca del negozio testamentario deve essere effettuata in una delle forme prescritte per la sua confezione (art. 509, comma 1, c.c.²⁶⁹). Si dice, come in diritto italiano, che il testamento è atto di ultima volontà e così le disposizioni in esso prese (*letzwillige Verfügungen*). Si dice altresì che il testamento, potendo essere modificato o revocato fino all'ultimo istante di vita del testatore, sia imperfetto sino a tale momento²⁷⁰.

Il negozio testamentario può riguardare un solo testatore; il testamento comune, c.d. congiuntivo, nel quale due o più persone dispongono a causa di morte, non è valido. Pertanto, due o più persone possono vincolarsi *mortis causa* unicamente mediante un contratto successorio²⁷¹.

Il contratto successorio (*der Erbvertrag*), al contrario, è un negozio giuridico *mortis causa* avente natura bilaterale.

Esso è un contratto e, come tale, è il frutto delle dichiarazioni di volontà concordanti di almeno due persone: il disponente e il contraente. Non essendovi un solo autore e padrone dell'atto, i contraenti non lo potranno modificare o revocare unilateralmente (salvo in casi eccezionali di cui si parlerà nel prosieguo); esso, quindi, potrebbe anche non essere espressione dell'ultima volontà del *de cuius*, il quale rimarrà comunque legato al patto stesso.

Una volta concluso il contratto successorio, il disponente rimane libero di disporre del proprio patrimonio mentre è ancora in vita e il beneficiario del patto non ha che una semplice aspettativa successoria non tutelata²⁷².

Esistono due tipologie di patto successorio: il patto successorio istitutivo o acquisitivo o positivo (*der Erbzuwendungsvertrag* o *der positive Erbvertrag*), per mezzo del quale il *de cuius* istituisce erede o legatario il contraente o un terzo, e il contratto successorio rinunciativo o negativo (*der Erbverzichtsvertrag* o *der negative Erbvertrag*), per mezzo del quale un erede presuntivo rinuncia alla successione del disponente.

Il diritto svizzero differenzia gli atti *mortis causa* (*Verfügungen von Todes wegen*) e gli atti *inter vivos*.

²⁶⁹ Art. 509, comma 1, c.c.: "Il testamento può essere revocato in ogni tempo in una delle forme prescritte per la sua confezione".

²⁷⁰ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 183 s.

²⁷¹ S. WOLF, I. BERGER STEINER, *Erbrecht in der Schweiz*, in R. Süß (a cura di), *Erbrecht in Europa*, Angelbachtal, 2008, n. 58.

²⁷² P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 184 s.; S. WOLF, *Besonderheiten des schweizerischen Erbrechts, aus der Sicht des ABGB, recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 28, 2010, 120 ss.

La distinzione, che segue gli stessi criteri individuati dalla dottrina italiana, è importante perché le due categorie di atti giuridici sono sottoposte a regole differenti in relazione alla capacità, alla rappresentazione, alla forma, all'invalidità, all'interpretazione, ecc. Anche la giurisprudenza ha individuato un criterio di diversificazione, ma esso non è sempre di agevole applicazione ai casi concreti.

Esso si fonda sul momento a partire dal quale l'atto produce i suoi effetti: se l'atto produce tutti i suoi effetti al momento della morte del *de cuius*, si tratterà di un atto a causa di morte; se, invece, esso produce effetti mentre il *de cuius* è ancora in vita, si tratterà di un atto tra vivi.

Pertanto, si deve capire se l'atto è destinato a gravare sulla successione dell'ereditando o sul suo patrimonio mentre è ancora in vita.

Costituiscono atti a causa di morte tutti quegli atti giuridici mediante i quali un soggetto prende una misura che ha effetti sulla trasmissione del proprio patrimonio al momento della sua morte. L'atto *mortis causa* diviene perfetto al momento dell'apertura della successione; mentre è in vita il *de cuius*, infatti, i beneficiari della disposizione a causa di morte non hanno alcun diritto sul suo patrimonio, ma delle semplici aspettative successorie, che non possono essere fatte valere in giudizio, ad esempio richiedendo il sequestro conservativo dei beni. Il *de cuius* conserva la piena facoltà di disporre dei propri beni, sia tra vivi che per causa di morte (ad eccezione di quanto disposto dall'art. 494, comma 3, c.c. in caso di patti successori acquisitivi). Solo con la sua morte, le aspettative successorie degli eredi si attualizzano, ma solo per coloro che sono vivi in tale momento (artt. 542, comma 1, e 543, comma 1, c.c.): qualora il successore sia precedentemente morto, la disposizione sarà caduca. Inoltre, l'aspettativa dell'erede o del legatario non può essere ceduta mentre l'ereditando è ancora in vita.

L'atto *inter vivos*, invece, produce effetti già durante la vita del *de cuius*. Se si tratta di un contratto, l'effetto formativo è perfetto dal momento della conclusione. Le parti possono convenire che la prestazione sia esigibile solo in seguito al decesso di una di loro o di un terzo, ma la morte non costituirebbe che il momento a partire dal quale il credito è esigibile. Esso, inoltre, può essere ceduto o pignorato mentre le parti sono ancora in vita. Se il creditore premorisse, il diritto di credito si trasmetterebbe ai suoi eredi. All'apertura della successione, poi, il credito costituirà una delle voci del passivo della successione²⁷³.

Sebbene sia riconosciuta dal diritto svizzero la vocazione successoria volontaria, la libertà del *de cuius* di disporre a causa di morte dei suoi beni non è, come accennato, assoluta e il

²⁷³ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 185 s.

legislatore prevede regole e limiti volti alla tutela dei prossimi congiunti. Il codice, infatti, riserva (art. 470 c.c.) una frazione del patrimonio ereditario, la cosiddetta quota di legittima (*der Pflichtteil*), ai discendenti, ai genitori o al coniuge, gli eredi legittimari (*die pflichtteilsberechtigten Erben/die Pflichtteilserberben*). Il diritto alla riserva è intrasmissibile e non si può rinunciare validamente ad esso prima del decesso del *de cuius*, se non per patto successorio²⁷⁴.

L'art. 471 c.c. prevede che la quota di legittima sia di tre quarti della quota ereditaria per i discendenti, della metà della quota ereditaria per ciascuno dei genitori e della metà della quota ereditaria per il coniuge superstite.

La massa di calcolo della quota di riserva e della quota di disponibile deve essere computata secondo i principi enunciati dagli artt. 474-476 c.c., prevedendo anche la riunione successoria fittizia delle liberalità compiute in vita dal defunto. Laddove il *de cuius* abbia degli eredi riservatari, la massa ereditaria risulterà, dunque, divisa in due parti: la porzione riservata (*die Vorbehaltsquote o der Gesamtpflichtteil*), costituita dalla somma delle quote di legittima che il *de cuius* deve rispettare, e la quota disponibile (*die verfügbare Quote*), della quale il *de cuius* può disporre liberamente a causa di morte.

La quota di riserva è rispettata quando il legittimario riceve, non importa a che titolo (come erede, legatario, o in virtù di una liberalità tra vivi che deve essere imputata alla riserva), l'ammontare corrispondente alla sua quota di legittima.

I legittimari, quando la quota loro riservata dalla legge non venga rispettata dal *de cuius* e non giunga loro per atto a causa di morte o per atto tra vivi, possono agire con l'azione di riduzione al fine di ottenere che le disposizioni eccedenti la porzione disponibile siano ridotte alla giusta misura (artt. 522 ss. c.c.).

Essa può essere esercitata, oltre che dai riservatari che non abbiano ricevuto quanto loro spettante, anche: dai coeredi contro un erede legittimario che abbia ricevuto dal disponente, quando era ancora in vita e quale indennità della sua rinuncia contrattuale, una prestazione eccedente la porzione disponibile; dai creditori degli eredi legittimari (fino alla concorrenza del loro credito ed entro il termine concesso all'erede, se questi, dietro loro invito, non abbia esercitato l'azione di riduzione direttamente) quando il disponente abbia pregiudicato la loro porzione legittima, la loro massa fallimentare o abbia pregiudicato i creditori che, al momento

²⁷⁴ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 217 ss.

dell'apertura successione, erano in possesso di certificati di carenza di beni (tale diritto è concesso loro anche contro una diseredazione che il diseredato non contesti).

L'azione di riduzione si prescrive col decorso di un anno dal momento in cui gli eredi hanno conosciuto la lesione dei loro diritti e, in ogni caso, col decorso di dieci anni computati, per le disposizioni testamentarie, dal momento della loro pubblicazione e, per le altre liberalità, dalla morte del disponente. Qualora una disposizione anteriore sia diventata valida per l'annullamento di una posteriore, i termini decorrono dal momento della dichiarazione di nullità. Tuttavia, il diritto alla riduzione può sempre essere opposto in via di eccezione.

Soggiacciono alla riduzione anzitutto le disposizioni a causa di morte e successivamente le liberalità tra i vivi, procedendo dalla più recente alla più remota, finché sia reintegrata la legittima.

Se la disposizione a causa di morte contiene liberalità a favore di più eredi legittimari, la riduzione in caso di sorpasso della porzione disponibile avviene tra i coeredi in proporzione agli importi attribuiti a ciascun di essi in più della sua legittima.

In generale, la riduzione è sopportata nella medesima proporzione da tutti gli eredi e legatari istituiti, a meno che una diversa intenzione non risulti dalla disposizione del *de cuius*; dovendosi ridurre le liberalità ad un beneficiario che sia debitore a sua volta di legati, egli può chiedere, sotto la stessa riserva, che tali legati siano ridotti in proporzione. Quando sia soggetto a riduzione il legato di una cosa determinata la quale non possa essere divisa senza danno, il legatario può a sua scelta pretendere o che gli sia consegnata la cosa dietro rimborso del maggior valore o che gli sia versata la somma corrispondente al valore della porzione lui spettante.

Come accennato, soggiacciono alla riduzione, oltre che le disposizioni a causa di morte, anche: le liberalità fatte in acconto della quota ereditaria per causa di nozze, corredo o cessione di beni, in quanto non siano soggette a collazione; i contratti di fine e rinuncia d'eredità; le donazioni liberamente revocabili e quelle fatte dal disponente negli ultimi cinque anni precedenti alla di lui morte, eccettuati i regali d'uso; le alienazioni fatte dal disponente con la manifesta intenzione di eludere le disposizioni sulla legittima (art. 527 c.c.).

Chi è in buona fede può essere tenuto alla restituzione solo di quanto, al momento dell'apertura della successione, si trovi ancora arricchito per effetto del negozio concluso col disponente; se la riduzione dev'essere sopportata dal beneficiario di un contratto successorio, egli può ripetere una corrispondente parte della controprestazione fatta al disponente (art. 528 c.c.).

Sono altresì soggette all'azione di riduzione anche: le polizze d'assicurazione sulla vita del disponente, costituite a favore di un terzo per atto tra vivi o per disposizione a causa di morte e quelle che, vivendo il disponente, furono trasferite a titolo gratuito ad un terzo sono soggette all'azione di riduzione per il loro valore di riscatto (art. 529 c.c.); gli usufrutti o le rendite di cui il disponente abbia gravato la sua successione quando risulti che il loro valore capitalizzato, secondo la durata presumibile, ecceda la porzione disponibile (art. 530 c.c.).

Il diritto civile svizzero prevede la possibilità di diseredazione dei legittimari (*die Enterbung*). Si tratta di una disposizione per causa di morte per mezzo della quale il *de cuius* priva un erede della sua quota di riserva, ma possibile solo quando sussista una delle cause previste agli artt. 477 e 480 c.c.: quando l'erede abbia commesso un grave reato contro il disponente o contro una persona a lui intimamente legata; quando abbia gravemente contravvenuto ai suoi obblighi familiari verso il disponente o verso una persona appartenente alla famiglia del medesimo; quando contro il legittimario esistano dei certificati di carenza di beni (in questo caso potrà essere privato solo della metà della sua porzione legittima e a condizione che essa sia lasciata ai suoi discendenti, nati e nascituri).

La diseredazione è per sua natura una disposizione di ultima volontà e, se contenuta in un patto successorio, sarà valida solo quando si possa stabilire per interpretazione che è revocabile in ogni tempo.

Inoltre, perché la diseredazione sia valida, è necessario che il testatore ne abbia espressamente indicato la causa nella sua disposizione e, se successivamente alla sua morte, il diseredato contestasse la fondatezza della causa di diseredazione, l'erede o il legatario che ne trarrebbero profitto dovrebbero fornire la prova della fondatezza della medesima (art. 479 c.c.).

La libertà di disporre del *de cuius*, dunque, trova un contrappeso nella successione necessaria, volta a tutelare le relazioni familiari; essa assicura che l'ereditando non si serva delle aspettative successorie e della sua libertà dispositiva *mortis causa* per esercitare pressioni eccessive sui membri della sua famiglia; inoltre, l'istituto della riserva permette di trasmettere di generazione in generazione almeno una parte del patrimonio familiare.

Il diritto svizzero prevede altresì la sostituzione fedecommissaria (*Nachverfügung*) agli articoli 488 ss. del Codice civile.

Si tratta di una disposizione con la quale il *de cuius* istituisce due eredi successivi (*Nacherbeneinsetzung*, art. 488, comma 1, c.c.) o due legatari successivi (*Nachvermächtnis*, art. 488, comma 3, c.c.), di cui il primo sarà tenuto a trasferire la successione al secondo in un dato momento (apertura della sostituzione). In caso di sostituzione fedecommissaria d'erede, hanno

luogo due successioni universali. Il primo erede è chiamato istituito (*Vorerbe*)²⁷⁵, poiché egli è obbligato a rendere la successione al secondo erede, che è chiamato “erede sostituto” (*Nacherbe*); entrambi sono successibili dell’autore della sostituzione²⁷⁶.

²⁷⁵ L'erede gravato dalla sostituzione acquista l'eredità come ogni altro erede istituito, ma ne diventa proprietario con l'obbligo della trasmissione.

²⁷⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 303.

10. Brevi cenni circa il dibattito sull'introduzione del patto successorio nell'ordinamento svizzero

Fino al 1912, anno dell'entrata in vigore del codice civile svizzero, la legislazione in campo successorio era di competenza cantonale e le leggi di ciascun cantone differivano notevolmente l'una dall'altra. Generalizzando, si potrebbe affermare che i cantoni della Svizzera francese, seguendo il modello del *Code Napoléon* del 1804, conoscessero un divieto dei patti successori, mentre nei cantoni della Svizzera tedesca, l'istituto del contratto successorio fosse abbastanza diffuso²⁷⁷.

Nel 1892, il Consiglio federale incaricò Eugen Huber (1849-1923), anche professore all'*Universität Bern*, della redazione del Codice civile svizzero e costui portò a compimento l'opera nel 1907, opera che poi entrò in vigore, appunto, nel 1912.

Huber, nelle sue "*Erläuterungen*", spiega le motivazioni sottese alla scelta di ammettere il contratto successorio. In esse il redattore osserva anche come la maggior parte dei diritti cantonali precedenti al Codice civile svizzero del 1907 avesse rifiutato l'istituto del patto successorio in misura più o meno larga e come alcuni cantoni avessero sconsigliato di introdurre il contratto successorio, in particolar modo quello rinunciativo, nel Codice civile. Huber, tuttavia, decise ugualmente di ammettere l'istituto, anche in concordanza con la presa di posizione del Tribunale Federale e di alcuni altri cantoni.

Così, infatti, il redattore spiegò la sua scelta: "Innanzitutto partiamo dalla considerazione che l'istituto, nelle circostanze in cui trova quasi esclusivamente applicazione, vale a dire tra i coniugi, nonché tra genitori e figli o tra fratelli, riguardo alla divisione di industrie ecc., corrisponde ad un bisogno che in un altro modo, benché richieda così tanta considerazione economica, non potrebbe essere soddisfatto. Poi diamo anche qui, pensando al diritto unitario, la preferenza alla maggiore libertà e non alla restrizione. Le regioni che finora, sia per motivi dottrinali, sia per la paura dell'abuso nella vita pratica, hanno rifiutato il contratto successorio possono essere anche sotto quest'aspetto rimandate al fatto che le esperienze che in altre regioni sono state fatte con il contratto successorio, non giustificano affatto i loro scrupoli"²⁷⁸.

Huber continua le sue considerazioni spiegando che non possono essere ammessi solo quei patti successori che non rispondano a dei bisogni del *de cuius*; di conseguenza dichiara

²⁷⁷ S. WOLF, *Die Europäische*, 950 s.; E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, II, Basel, 1888, 316 ss.

²⁷⁸ E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments*, I, Bern, 1914, 343 s. Traduzione di S. WOLF, *Il contratto successorio*, 268.

nulle le convenzioni stipulate su una successione non ancora aperta dagli eventuali futuri coeredi fra di loro o tra loro e un terzo, senza l'intervento e senza il consenso del soggetto della cui eredità si tratta (attuale art. 636 c.c.²⁷⁹)²⁸⁰.

Uno dei maggiori collaboratori di Huber nel progetto di redazione del codice civile svizzero fu Virgile Rossel (1858-1933), originario della parte francofona del cantone di Berna, professore all'università di Berna, consigliere nazionale, presidente del consiglio nazionale e che rivestì più tardi anche la carica di giudice federale e di presidente del Tribunale federale.

Nonostante Rossel fosse svizzero di cultura francese e, dunque, partisse dal punto di vista di una regione che conosceva il divieto dei patti successori, intervenne a favore dell'introduzione dell'istituto; le sue riflessioni a riguardo sono particolarmente interessanti anche in virtù della sua esperienza e della sua cultura di origine.

Egli afferma "...forse non è superfluo estendersi sulla grande novità che costituisce, per la Svizzera francese, il riconoscimento dei contratti successori. Nei loro confronti il Codice civile francese è nettamente ostile ed il suo art. 1130, comma 2, li proibisce assolutamente; ... Le legislazioni della Svizzera occidentale hanno adottato la stessa soluzione"²⁸¹.

Rossel, poi, continua respingendo l'atteggiamento critico del *Code civil* nei confronti del contratto successorio, mettendo in luce come i rimproveri e le paure avanzati nei confronti di esso non si fossero avverati: "Anche il diritto rivoluzionario e la codificazione napoleonica che se ne ispirava reagirono vivamente contro i patti successori e li si caricava di tutti i peccati. Sotto quest'aspetto niente è più curioso che gli argomenti invocati da Portalis, uno dei redattori del *Code civil*. Se ci si crede, la civilizzazione della Francia imperiale era ancora molto arretrata cosicché non si era sicuro di non essere assassinato da quello a favore del quale si era stipulato un contratto di questo tipo! Queste considerazioni melodrammatiche sono scappate al legislatore cantonale in numerosi dei nostri codici svizzeri, e non sembrava aver preoccupato all'eccesso gli autori del Codice civile per l'Impero della Germania. ... Il rimprovero d'immoralità non è affatto meritato per i veri patti successori, e solo quelli autorizza il nostro progetto" [il diritto svizzero esclude i patti dispositivi "puri"]²⁸².

²⁷⁹ Art. 636 c.c.: "1. Sono nulle e di nessun effetto le convenzioni stipulate a riguardo di una successione non ancora aperta dai coeredi fra loro o da alcuno di essi con un terzo, senza l'intervento e il consenso di quegli della cui eredità si tratta. 2. Le prestazioni date per tali contratti sono soggette a restituzione".

²⁸⁰ E. HUBER, *Erläuterungen*, 344.

²⁸¹ V. ROSSEL, *Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung vom 15. Dezember 1905*, Nationalrat, 1383. Traduzione di S. WOLF, *Il contratto successorio*, 269.

²⁸² V. ROSSEL, *Amtliches stenographisches*, 1383. Traduzione di S. WOLF, *Il contratto successorio*, 269 nt. 25.

In uno scritto successivo, Rossel afferma i medesimi concetti: “Già i Romani avevano di queste convenzioni, che secondo loro implicavano un *votum mortis*, un’opinione molto sfavorevole. In realtà le critiche indirizzate ai patti successori possono essere rivolte ai contratti di vitalizio, e sono fondate soltanto se si riferiscono a dei patti concernenti la successione di un terzo, patti generalmente conclusi all’insaputa di questo e contrariamente alle sue idee. Il rimprovero dell’immoralità non colpisce i veri contratti successori, cioè quelli che il nostro codice autorizza. Sono delle convenzioni aleatorie come tante altre, [...] ma, come si dice, quello che fa un patto di questa natura rinuncia alla facoltà di testare, e questo è incontestabilmente immorale. Rimarrebbe a dimostrare che questa facoltà è un diritto inalienabile dell’individuo, inoltre quello che conclude un patto successorio esercita con questo stesso il suo diritto di disporre. In quanto alla prova dell’utilità dei patti successori, questa risulta dalla circostanza che sono abbastanza frequenti nei paesi che li conoscono; e ancora, nei paesi che li vietano, si ricorre a tutte le specie di sotterfugi per sostituirli...”²⁸³.

Rossel giunge in seguito alla conclusione che “... né in Svizzera tedesca, né in Germania, questi patti hanno presentato i pericoli un po’ artificialmente denunciati dai commentatori del *Code Napoléon* ... se in certe regioni della Svizzera si stima che i patti successori sono delle convenzioni pericolose, li si potrebbe ignorare; ma questa non è una ragione sufficiente per interdirla in un gran numero di cantoni dove hanno reso dei servizi molto apprezzabili. Qui, di nuovo, il legislatore federale è per la libertà”²⁸⁴.

Dalle riflessioni operate da Huber e da Rossel, appare evidente che per costoro ammettere il contratto successorio all’interno dell’intero ordinamento svizzero significava, da una parte, rispondere a dei bisogni pratici avvertiti dalla società e, dall’altra, favorire la soluzione che garantisse la maggior libertà per il singolo individuo²⁸⁵.

Dunque, mentre oggi in Italia vietare i patti successori (istitutivi) vuol dire tradizionalmente garantire la più ampia libertà al soggetto che voglia disporre della propria eredità, permettendogli di modificare la propria volontà fino al momento della sua morte, per Huber e Rossel, al contrario, la massima libertà è garantita dall’ammissione del contratto successorio in quanto, mediante il suo impiego, il singolo individuo è libero di disporre della propria successione con un mezzo differente dal testamento e di vincolarsi, qualora lo voglia.

²⁸³ V. ROSSEL, F. H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, XII, Lausanne/Genève, 1922, 61 s. Traduzione di S. WOLF, *Il contratto successorio*, 269 nt. 25.

²⁸⁴ V. ROSSEL, *Amtliches stenographisches*, 1383. Traduzione di S. WOLF, *Il contratto successorio*, 269.

²⁸⁵ Per approfondire le linee generali del Codice civile svizzero e le ideologie che lo hanno ispirato, si veda P. TUOR, B. SCHNYDER, J. SCHMID, A. RUMO JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich/Basel/Genf, 2009, 12 ss.

11. I patti successori ammessi dal diritto successorio svizzero

Il contratto successorio è definito “*Erbvertrag*” in lingua tedesca e “*le pacte successoral*” in lingua francese.

Il codice civile svizzero non contempla una definizione legale di patto successorio, ma definisce solamente i contratti successori ammessi, ossia il contratto istitutivo di erede (art. 494 c.c., *der Erbzuwendungsvertrag* o *der positive Erbvertrag*) e il contratto rinunciativo (art. 495 c.c., *der Erbverzichtsvertrag* o *der negative Erbvertrag*); non è invece ammesso il contratto successorio dispositivo²⁸⁶.

1) Il patto successorio istitutivo

Il contratto successorio attributivo o positivo è il contratto con cui il *de cuius* dispone *mortis causa* dell'intero proprio patrimonio o di parte di esso a favore del contraente o di un terzo (art. 494, comma 1, c.c.²⁸⁷). Si tratta, dunque, di un contratto con il quale un soggetto, il disponente (*der Erblasser*), istituisce erede (*der Erbeinsetzungsvertrag*) un altro soggetto o gli assegna un legato (*der Vermächtnisvertrag*).

In relazione al contenuto che il contratto successorio può assumere, il testo di legge risulta poco preciso, poiché l'oggetto non viene descritto in maniera esatta. Secondo l'art. 494, comma 1, c.c., infatti, il disponente “può obbligarsi, mediante contratto successorio, a lasciare la sua successione od un legato alla controparte o ad un terzo”.

In realtà il *de cuius*, concludendo il contratto successorio, non si obbliga a disporre dell'intera sua successione o di parte di essa, ma dispone immediatamente a causa di morte e in maniera vincolante; il patto ha dunque effetti attributivi e non obbligatori²⁸⁸. Ad esempio, il *de cuius* A istituisce erede, per mezzo di contratto successorio, il suo contraente B. Mediante tale istituzione, il disponente A ha già adempiuto ai suoi obblighi senza che sia necessario un successivo testamento per la nomina ad erede di B.

Il contratto successorio svizzero è un atto *mortis causa*, poiché esso, come si vedrà meglio in seguito, produce tutti i suoi effetti al momento della morte del disponente. Mentre costui è ancora in vita, infatti, essi si limitano ad una vocazione successoria che non potrà essere revocata unilateralmente dal disponente: anche in seguito alla stipula del contratto, infatti, il *de*

²⁸⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2006, n. 607 ss.

²⁸⁷ Art. 494, comma 1, c.c.: “Il disponente può obbligarsi, mediante contratto successorio, a lasciare la sua successione o un legato alla controparte o a un terzo”.

²⁸⁸ A. BECK, *Grundriss des Erbrechts*, Bern, 1976, 58.

cuius conserva la libertà di disporre del proprio patrimonio *inter vivos* (e *mortis causa*, ma compatibilmente al contenuto del patto, poiché le disposizioni a causa di morte -e le donazioni- con esso incompatibili possono essere contestate, art. 494, comma 3, c.c.) e il beneficiario otterrà solo quanto del patrimonio ereditario gli spetti al momento dell'apertura della successione (art. 494, comma 2, c.c.²⁸⁹).

Allo stesso tempo, con la conclusione del patto, la controparte presta il consenso alla disposizione del *de cuius*, ma non si obbliga a diventare erede e, difatti, rimane libera di ripudiare la successione dopo la morte del *de cuius* o di rinunciare ai vantaggi che la disposizione contrattuale le conferisce a vantaggio del disponente o di un terzo²⁹⁰.

In generale, possono essere oggetto di un patto successorio positivo tutte le disposizioni a causa di morte; sussistono, tuttavia, alcune eccezioni: il riconoscimento di un figlio (art. 260, comma 3, c.c.), la nomina di un esecutore testamentario (artt. 517 s. c.c.), la diseredazione (artt. 477 ss. c.c.) e la revoca di un testamento. Esse, avendo natura necessariamente unilaterale, possono essere oggetto unicamente di un negozio testamentario e, qualora siano inserite all'interno di un contratto successorio, saranno valide ed efficaci solo se mantengano il carattere unilaterale e revocabile loro proprio (inoltre, saranno soggette alle normali regole previste per il testamento)²⁹¹.

Il patto istitutivo può contenere anche altre disposizioni convenzionali: gli oneri dell'istituzione, le regole della divisione ereditaria, la costituzione di una fondazione, le prescrizioni sull'ordine delle riduzioni, le sostituzioni, ecc.

L'*Erbzuwendungsvertrag* può essere concluso sia senza prevedere una controprestazione del contraente, e in questo caso si avrà un contratto successorio gratuito, sia prevedendo una controprestazione da parte dell'erede collegata all'istituzione contrattuale, e in tal caso si tratterà di un contratto successorio oneroso. La controprestazione può essere sia un'attribuzione a causa di morte, e in questo caso avremmo un patto successorio istitutivo reciproco (ciò avviene di frequente tra fratelli e sorelle non sposati o tra sposi o partner registrati), sia un'attribuzione *inter vivos*, che, nella maggior parte dei casi, è un contratto di vitalizio (art. 521, comma. 2, c.o.²⁹²)²⁹³.

²⁸⁹ Art. 494, comma 2, c.c.: "Egli conserva la libera disposizione del suo patrimonio".

²⁹⁰ A. BECK, *Grundriss*, 57; P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2006, n. 624 s.

²⁹¹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 345.

²⁹² Art. 521, comma 2, c.o.: "Se il debitore del vitalizio è istituito erede dal costituente, l'atto è regolato dalle disposizioni sul contratto successorio".

²⁹³ P. TUOR, B. SCHNYDER, J. SCHMID, A. RUMO JUNGO, *Das Schweizerische*, 700; S. WOLF, *Besonderheiten*, 126 s.

Il contratto istitutivo è solitamente concluso a vantaggio del contraente, che sarà beneficiario di un'istituzione di erede o di un legato, ma può anche essere disposto a beneficio di un terzo (ad esempio un parente del contraente che costui voglia beneficiare).

Nel primo caso (ad esempio, il disponente A istituisce erede la sua controparte contrattuale B) il beneficiario-contraente diventa titolare di un diritto irrevocabile a divenire erede o legatario del disponente al momento della morte di quest'ultimo e tale diritto potrà essere revocato solamente con il consenso del beneficiario²⁹⁴.

Nel secondo caso, invece, (ad esempio il disponente A istituisce eredi i figli C e D del proprio contraente B) il beneficiario non è il contraente, ma un terzo. Si tratterebbe di una stipulazione a favore di terzi, ma non si applicherebbe l'art. 112, comma 3, c.o. ("In questo caso il creditore non può più liberare il debitore, tostochè il terzo abbia dichiarato a quest'ultimo di voler far valere il suo diritto"); il disponente A è vincolato al patto non verso il terzo beneficiario, ma verso il suo contraente e, in vita del *de cuius*, il terzo beneficiario della disposizione non ha che un'aspettativa di fatto (le parti del contratto successorio possono in qualsiasi momento revocare di comune accordo la disposizione *mortis causa*, anche quando il terzo beneficiario sia stato a conoscenza della stessa e abbia dichiarato di accettarla). L'aspettativa del terzo diviene irrevocabile solo al momento della morte del contraente o in caso di perdita della sua capacità di discernimento, poiché da questo istante egli non potrà più esprimere una volontà giuridicamente valida alla revoca delle disposizioni contrattuali²⁹⁵. Con la morte del disponente, poi, l'aspettativa di fatto del terzo beneficiario si trasforma in una pretesa successoria ordinaria ed egli succederà, a seconda del caso, come erede istituito o come legatario ordinario²⁹⁶.

Come si è accennato in precedenza, secondo l'art. 494, comma 2, c.c., anche in seguito alla stipulazione di un contratto successorio attributivo, il disponente conserva la libera disposizione del suo patrimonio: egli rimane titolare di tutti i suoi diritti patrimoniali e può liberamente alienarli mentre è in vita, può venderli o donarli, modificarli, dilapidare il proprio patrimonio, non curarsi della sua gestione e disporne nuovamente per causa di morte.

Tutti questi atti, sebbene la legge giustamente preveda dei correttivi, sono pienamente validi, anche nei confronti di un acquirente di mala fede²⁹⁷.

²⁹⁴ A. BECK, *Grundriss*, 54.

²⁹⁵ A. BECK, *Grundriss*, 57; P. TUOR, B. SCHNYDER, J. SCHMID, A. RUMO JUNGO, *Das Schweizerische*, 700 ss.

²⁹⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 344 s.

²⁹⁷ A. BECK, *Grundriss*, 58. Il *de cuius* potrebbe ridurre la parte che, in seguito alla sua morte, spetterebbe al beneficiario anche tramite decisioni relative alla sua vita personale che aumentano il numero degli eredi riservatari:

Il beneficiario della disposizione successoria contrattuale non dispone di alcun mezzo giuridico idoneo a impedire tali atti durante la vita del *de cuius*: il contraente, infatti, non è titolare di un diritto soggettivo completo, ma di una mera aspettativa, non tutelata finché il disponente è in vita²⁹⁸.

Tuttavia, il beneficiario (qualora si tratti del contraente) può esercitare un'influenza preventiva in due casi: quando abbia promesso o dato al *de cuius* una controprestazione *inter vivos*, egli potrà recedere dal contratto (art. 514 c.c. e artt. 107 ss. c.o., che si applicano per analogia); quando al beneficiario sembri che ci si trovi di fronte ad un caso che giustifichi una curatela di portata generale, di cooperazione o di gestione del patrimonio ai sensi degli artt. 395 s. c.c. e 398 c.c., egli può segnalare la situazione all'autorità di protezione dell'adulto (art. 443, comma 1, c.c.), che esaminerà la necessità di concedere la misura in funzione del bisogno di protezione della persona in causa (artt. 388 ss.) e non in funzione della salvaguardia degli interessi successori del beneficiario del patto²⁹⁹.

Inoltre, la protezione del beneficiario sarà maggiore laddove il *de cuius* abbia assunto l'obbligo, nel contratto successorio stesso o in un atto separato, di non alienare tutti o parte dei suoi beni *inter vivos* (a titolo gratuito). In questo caso, infatti, il contraente potrà agire in giudizio per esigere il rispetto dell'obbligazione e, per gli immobili, potrà ottenere l'annotazione della restrizione del diritto di alienare, secondo l'art. 960, comma 1, n. 1, c.c.

Con la morte del disponente, la mera aspettativa del beneficiario si trasforma in un pieno diritto soggettivo, tutelato dalla legge che, all'art. 494, comma 3, c.c.³⁰⁰, gli conferisce una protezione retroattiva. Il beneficiario, infatti, dopo la morte del *de cuius*, ha la possibilità di contestare le “disposizioni a causa di morte e le donazioni incompatibili con le sue obbligazioni derivanti dal contratto successorio”. Si tratta di una semplice facoltà del beneficiario: questo non vuol dire che le alienazioni gratuite, le donazioni operate dal disponente durante la sua vita e le sue altre disposizioni *mortis causa* siano nulle, ma solo che potranno essere contestate dal

potrebbe risposarsi/sposarsi e/o avere nuovi figli (compresi quelli riconosciuti o adottati). P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 346 s.

²⁹⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2006, n. 629 e 630a; S. WOLF, *Besonderheiten*, 127. L'aspettativa del beneficiario è più forte rispetto a quella di un erede o di un legatario istituiti per testamento, poiché il disponente contrattuale non può revocare unilateralmente la disposizione presa; pertanto, il beneficiario ha una sicurezza maggiore di divenire realmente erede o legatario del disponente.

²⁹⁹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 345 s.

³⁰⁰ Art. 494, comma 3, c.c.: “Le disposizioni a causa di morte e le donazioni incompatibili con le sue obbligazioni derivanti dal contratto successorio possono essere contestate”.

contraente dopo la morte del *de cuius* mediante un'azione analoga a quella di riduzione (artt. 522 ss. c.c.)³⁰¹.

Le disposizioni a causa di morte attaccabili sono quelle contenute in un precedente testamento (in quanto revocate), in un testamento posteriore o in un patto successorio successivo al primo. Tali disposizioni potranno essere impugnate solo laddove siano incompatibili con le attribuzioni convenzionali previste nel patto successorio.

Il beneficiario potrà agire anche contro le donazioni poste in essere dal defunto. Si deve trattare di atti a titolo gratuito (o della parte gratuita di una donazione mista) incompatibili con le disposizioni prese per patto successorio; potrebbe essere il caso in cui il *de cuius* si sia obbligato a non compiere donazioni (tale obbligo deve essere dedotto dal patto e si presume quando un oggetto determinato sia stato legato dal defunto per mezzo dello stesso) o il caso in cui la donazione sia stata fatta con l'intenzione di nuocere al beneficiario³⁰².

Contro gli atti a titolo oneroso compiuti dal *de cuius*, invece, il beneficiario non potrà in alcun modo agire, anche se essi abbiano pregiudicato i suoi interessi. Tuttavia, quando l'oggetto alienato a titolo oneroso coincide con l'oggetto di un legato disposto per patto successorio, si applica l'art. 484, comma 3, c.c.: "Il debitore del legato di una cosa determinata che non si trovi nella eredità non è tenuto a fornirla, salvo che dalla disposizione non risulti una diversa volontà del disponente". Dunque, il legato è da ritenersi mantenuto qualora si possa ammettere che quella era la volontà del *de cuius* e, in caso di legato convenzionale, ciò si può presumere. Il beneficiario, allora, avrà diritto all'oggetto acquistato con il provento della vendita o all'indennizzo versato da un terzo (assicuratore o espropriante) o, in difetto, ad un indennizzo per i danni.

La situazione sotto certi aspetti cambia quando il contratto istitutivo sia legato ad un trasferimento di beni *inter vivos* dal disponente al beneficiario; in tal caso, infatti, il contraente gode di una posizione rafforzata in quanto ha già ricevuto *inter vivos* tutto o parte del patrimonio dell'ereditando.

Si tratta dell'ipotesi contemplata dall'art. 534 c.c.: "1. L'erede contrattuale a cui il disponente prima di morire ha trasferito il possesso dei suoi beni, ne può far compilare l'inventario per atto pubblico. 2. Qualora il disponente non abbia trasferito tutti i suoi beni o ne

³⁰¹ Il beneficiario di una disposizione successoria contrattuale si trova in una situazione simile a quella dell'erede legittimario i cui diritti non sono stati rispettati e, come costui, per tutelarli dovrà contestare i negozi giuridici lesivi conclusi dal disponente. P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2006, n. 633; J. N. DRUEY, *Grundriss des Erbrechts*, Bern, 2002, 135 s.; S. WOLF, *Besonderheiten*, 127.

³⁰² P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 347 ss.

abbia in seguito acquisiti di nuovi, il contratto non si estende che ai beni effettivamente trasferiti, salvo contraria disposizione. 3. Ove la consegna sia avvenuta in vita del disponente, i diritti e le obbligazioni derivanti dal contratto passano, salvo disposizione contraria, agli eredi dell'istituto".

Al contrario di quanto lasciato intendere dal comma 1 dell'articolo, non si tratta di una cessione del possesso dei beni in favore dell'erede, ma di un trasferimento di proprietà *inter vivos* in favore dell'erede presuntivo. Giuridicamente si tratta di una cessione di patrimonio, di cui deve rispettare le regole: iscrizione nel registro fondiario; trasferimento del possesso; cessione dei crediti, mentre i debiti non passano al contraente di pieno diritto, ma secondo le regole dell'acquisto dei debiti in caso di cessione di patrimonio *ex art. 181 c.o.*³⁰³.

La cessione della proprietà non si produce quale effetto del contratto successorio poiché esso, essendo a causa di morte, non può produrre effetti prima del decesso del disponente; tuttavia, il trasferimento è legato all'istituzione convenzionale di erede, dunque all'oggetto del patto stesso.

L'art. 534 c.c. non si applica quando il contraente è un legatario, se il patto è rinunciativo e nel caso di cessione di beni *inter vivos* ad eredi legali o testamentari.

Il comma 1 dell'art. 534 c.c. permette al contraente che ha ricevuto *inter vivos* tutto o parte del patrimonio del defunto di procedere all'inventario dei beni al fine di evitare di rispondere dei debiti del disponente con tutto il suo patrimonio; in linea di principio, infatti, la sua responsabilità si estenderebbe all'insieme dei debiti del *de cuius*. L'inventario dell'attivo e del passivo del disponente deve essere compiuto per atto pubblico e produce i medesimi effetti dell'inventario disciplinato dagli artt. 580 ss.; in particolare, esso permette al contraente di rifiutare il trasferimento dei beni in funzione dello stato dei debiti o, se abbia accettato il trasferimento, di limitare la sua responsabilità ai debiti risultanti dall'inventario (art. 589, comma 3, c.c.: "L'erede risponde, tanto coi beni della successione quanto coi suoi propri, per tutti i debiti risultanti dall'inventario").

Se il disponente ha nominato erede il contraente senza trasferirgli l'intero suo patrimonio *inter vivos* o se, pur avendolo fatto, nel frattempo abbia acquistato altri beni, il comma 2 dell'art.

³⁰³ Art. 181 c.o.: "1. Chi assume un patrimonio od un'azienda con l'attivo ed il passivo, rimane senz'altro obbligato verso i creditori per i debiti inerenti, tosto che l'assunzione sia stata comunicata ai creditori dall'assuntore o sia stata pubblicata su pubblici fogli. 2. Il debitore precedente rimane tuttavia obbligato solidalmente col nuovo debitore per altri tre anni, i quali cominciano a decorrere, per i debiti scaduti, dal giorno della comunicazione o della pubblicazione e, per quelli non scaduti, dal giorno della scadenza. 3. Questa assunzione di debiti ha del resto gli stessi effetti come quella di un singolo debito. 4. L'assunzione del patrimonio o dell'azienda di società commerciali, società cooperative, associazioni, fondazioni o imprese individuali iscritte nel registro di commercio è retta dalle disposizioni della legge del 3 ottobre 2003 sulla fusione". P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 349 s.

534 c.c. avanza la presunzione che l'istituzione di erede non si estenda oltre quella parte di patrimonio che è stato trasferito per atto tra vivi e i beni restanti andranno in successione agli eredi legali, a meno che il patto non permetta di riconoscere una volontà contraria del *de cuius*, che, in tal caso, dovrà essere rispettata.

Normalmente, qualora il contraente premuoia al disponente, non potrà succedergli (art. 542, comma 1, c.c.) e, salva disposizione contraria, il patto sarà caduco (art. 515, comma 1, c.c.). In tal caso, tanto il disponente quanto gli eredi del contraente dovranno restituire quanto precedentemente ricevuto *inter vivos*.

Tuttavia, l'art. 534, comma 3, c.c., in caso di trasferimento dei beni del disponente al beneficiario avvenuto mentre era ancora in vita, stabilisce il passaggio agli eredi dell'istituto dei diritti e delle obbligazioni derivanti dal contratto; anche l'aspettativa successoria passa agli eredi del contraente, che potranno conservare i beni trasferiti dal disponente, ma risponderanno dei suoi debiti e dovranno assicurare le controprestazioni a lui promesse per contratto. Alla morte del disponente, gli eredi del contraente divengono eredi del primo per sostituzione volgare, ma solamente in concorrenza dei beni già trasmessi. Salva disposizione contraria, il resto dei beni andrà ai successori legali.

In relazione al tema, la dottrina ha poi ammesso anche i seguenti principi: se il contraente è indegno o è stato diseredato (art. 513, comma 2, c.c.), i beni ricevuti *inter vivos* devono essere restituiti al disponente; se il contraente non accetta la successione, può in compenso conservare i beni ricevuti (sotto riserva di un'eventuale azione di riduzione)³⁰⁴.

2) Il patto successorio rinunciativo

Il contratto successorio negativo o rinunciativo (*der Erbverzichtsvertrag*) è una convenzione tra il disponente e un erede presuntivo mediante la quale quest'ultimo rinuncia ai diritti successori futuri che potrebbero spettargli da una successione altrui non ancora aperta (art. 495, comma 1, c.c.³⁰⁵). Ad esempio: il *de cuius* D ha tre figli: la figlia A intende sposarsi e trasferirsi con il marito in Australia. A, mediante contratto successorio, rinuncia alla futura eredità del padre D; costui accetta la rinuncia e si impegna a fornirle un'indennità (*Erbverzichtsvertrag* a titolo oneroso).

³⁰⁴ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 351 s.

³⁰⁵ Art. 495, comma 1, c.c.: "Il disponente può stipulare con un proprio erede un contratto di rinuncia o di fine ereditaria".

Il comma 1 dell'art. 495 c.c. si riferisce solo alla rinuncia a tutta la successione, ma deve essere esteso anche alla possibilità che il rinunciante rinunci solo ad una parte dell'eredità, a certi beni determinati o ad una parte di valore di un determinato bene per il calcolo della sua quota di riserva, ecc.³⁰⁶.

A differenza che nel patto istitutivo, in quello negativo a vincolarsi non è il disponente, ma il contraente, ossia il rinunciante. Tuttavia, sebbene sia il contraente a disporre, la legge designa con il termine "disponente" solo il *de cuius* (art. 495, comma 1, c.c.).

A seguito del patto successorio rinunciativo, il rinunciante non sarà più considerato erede nella devoluzione ereditaria e la sua rinuncia, salva diversa disposizione nel contratto, vale anche nei confronti dei suoi discendenti (art. 495, commi 2 e 3, c.c.³⁰⁷). Costoro non devono intervenire alla stipulazione, sebbene essa influisca indirettamente anche su di loro.

Non sempre è necessario un contratto successorio rinunciativo affinché il *de cuius* possa escludere dalla successione taluni eredi presuntivi (ossia tutti coloro che succederebbero a titolo universale al *de cuius* se costui decedesse al momento della stipulazione del patto); esso sarà indispensabile solo quando gli eredi presuntivi siano anche eredi legittimari³⁰⁸. Infatti, un erede che non dispone di una porzione di legittima può essere escluso semplicemente con la redazione di un testamento, cosicché non nasce il bisogno di ricorrere al mezzo contrattuale³⁰⁹. Lo stesso può dirsi quando un soggetto sia stato istituito erede o nominato legatario in un precedente patto successorio poiché, in tal caso, per eliminare i diritti successori del medesimo, sarebbe sufficiente procedere alla risoluzione del contratto per semplice convenzione scritta³¹⁰.

Anche il contratto successorio negativo, così come quello positivo, può essere concluso con o senza controprestazione, in quest'ultimo caso sarà un contratto a titolo gratuito³¹¹.

La controprestazione può essere *mortis causa* o *inter vivos* (come accade più di frequente): l'erede riservatario potrebbe rinunciare in favore di un terzo in cambio di un'istituzione di erede (ad esempio, il riservatario rinuncia in favore di quello tra i suoi genitori che sopravvivrà all'altro e, in cambio, viene istituito erede dallo stesso genitore che

³⁰⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 353.

³⁰⁷ Art. 495, commi 2 e 3, c.c.: "2. Il rinunciante non è più considerato come erede nella devoluzione dell'eredità. 3. Salvo contraria disposizione del contratto, la rinuncia vale anche in confronto dei discendenti del rinunciante".

³⁰⁸ Sono legittimari i discendenti, i genitori ed il coniuge superstite. L'art. 471 c.c., infatti, così stabilisce: "La porzione legittima è: 1. di tre quarti della quota ereditaria per i discendenti; 2. della metà per ciascuno dei genitori; 3. della metà per il coniuge superstite".

³⁰⁹ S. WOLF, I. BERGER STEINER, *Erbrecht*, n. 84.

³¹⁰ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 337 s.

³¹¹ P. TUOR, B. SCHNYDER, J. SCHMID, A. RUMO JUNGO, *Das Schweizerische*, 703; S. WOLF, *Besonderheiten*, 127, S. WOLF, *Die Europäische*, 958; P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2006, n. 639 e 642; A. BECK, *Grundriss*, 60.

sopravvivrà) o potrebbe ottenere una controprestazione tra vivi come ricompensa della rinuncia ai propri diritti successori³¹².

Qualora il patto successorio sia a titolo oneroso, si avrà una liquidazione anticipata dei diritti successori dell'erede rinunciante *ex art. 527, n. 2, c.c.* Quando la controprestazione tra vivi versata dal *de cuius* al rinunciante compensa la perdita della riserva, essa non costituisce che il versamento anticipato dell'ammontare a cui l'erede legittimario avrebbe avuto diritto all'apertura della successione (se essa si fosse aperta al momento della stipulazione del patto). In tal caso, pertanto, essa non lede i diritti successori degli altri eredi riservatari. La situazione cambia quando la controprestazione superi il valore della quota di riserva del rinunciante, poiché, in tale eventualità, costituirà nei suoi confronti una liberalità, che potrà eventualmente essere soggetta a riduzione (art. 535 s. c.c.).

La rinuncia all'eredità e la controprestazione sono legate da un rapporto di dipendenza reciproca tale che trovano applicazione le regole sui contratti sinallagmatici (art. 514 c.c.).

La rinuncia del contraente può essere sottoposta a condizione, che spesso consiste nella cessione della quota del rinunciante a un altro erede determinato.

Se la condizione, per un qualsiasi motivo (ad esempio, premorienza, ripudio, ecc.), non si realizza, la rinuncia è caduca. Una tale clausola viene chiamata "clausola legale" (*lediger Anfall*) ed è presunta dall'art. 496 c.c.³¹³ in due casi: quando il rinunciante abbia rinunciato in favore di eredi determinati istituiti in suo luogo e questi, per qualsiasi ragione, non diventino tali; quando il contraente rinunci in favore di suoi coeredi³¹⁴ e nessuno della parentela cui appartiene il rinunciante sia divenuto erede. Il rinunciante che abbia compiuto la rinuncia a favore dei suoi coeredi, qualora non abbiano acquisito tale qualità, erediterà come se i suoi fratelli o le sue sorelle fossero premorti senza lasciare discendenti e la medesima ipotesi si realizza quando il *de cuius* abbia lasciato un coniuge o un partner registrato. Tuttavia, i beneficiari della rinuncia possono dare prova di una contraria volontà delle parti³¹⁵.

Gli effetti di un patto successorio rinunciativo sono differenti a seconda che la rinuncia sia totale o parziale. Nel primo caso, il rinunciante non diventerà erede del *de cuius* (art. 495,

³¹² P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 338 s.

³¹³ Art. 496 c.c.: "1. Se nel contratto successorio sono istituiti determinati eredi in luogo del rinunciante, la rinuncia cade se essi, per un qualsiasi motivo, non acquistano l'eredità. 2. Se la rinuncia fu fatta a favore di coeredi, si presume fatta solo in confronto con gli eredi della stirpe del prossimo comune ascendente e non vale in confronto di eredi più remoti".

³¹⁴ Il legislatore ha posto la regola interpretativa secondo cui la nozione di coerede esclude il coniuge o il partner registrato e gli eredi più remoti.

³¹⁵ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 355 s.

comma 2, c.c.³¹⁶) e, dunque, non sarà soggetto della comunione ereditaria né responsabile dei debiti della successione e non parteciperà alle operazioni di divisione dell'eredità. Tuttavia, la legge prevede che, in alcune circostanze (ad esempio nel caso in cui la rinuncia sia stata fatta sotto condizione risolutiva ed essa si sia realizzata), il rinunciante possa ritrovare la sua qualità di erede. Inoltre, il contratto di rinuncia non impedisce al *de cuius* di disporre ugualmente della sua eredità in favore del rinunciante, di attribuirgli qualcosa in legato o di nominarlo beneficiario di altri vantaggi successori o ancora di reintegrarlo in toto nei diritti ai quali aveva abdicato³¹⁷.

In caso di rinuncia parziale, invece, gli effetti del contratto rinunciativo dipendono dalle prestazioni alle quali il contraente ha concretamente rinunciato.

Qualora la rinuncia sia avvenuta a titolo, anche parzialmente, gratuito, essa non costituisce una donazione riducibile, secondo quanto disposto dall'articolo 527, n. 3, c.c., con l'apertura della successione del rinunciante (art. 239, comma 2, c.o.: "Non fa atto di donazione chi rinuncia ad un diritto prima di averlo acquisito o ad un'eredità"). La rinuncia non costituisce nemmeno un'alienazione ai sensi dell'articolo 527, n. 4, c.c.

L'assetto raggiunto mediante il contratto successorio rinunciativo ha di principio una valenza definitiva: il rinunciante non potrà unilateralmente cambiare idea in relazione alla sua rinuncia e non parteciperà alla divisione ereditaria (ciò anche quando, all'apertura della successione, si renda conto che la controprestazione ricevuta non sia stata sufficientemente elevata). Allo stesso tempo, il *de cuius* non può chiedere indietro la controprestazione, nemmeno parzialmente, quando il rinunciante premuova o quando si renda conto che costui abbia ricevuto un valore troppo elevato. Si tratta, pertanto, di un contratto di natura aleatoria. Fa eccezione, tuttavia, il caso in cui una delle parti possa rimettere il patto in base alle regole ordinarie in materia contrattuale (vizi della volontà, lesione, clausola *rebus sic stantibus*)³¹⁸.

Come *supra* accennato, l'articolo 495, comma 3, c.c. rende la rinuncia contrattuale opponibile ai discendenti del rinunciante ed è escluso che questi possano chiedere la riunione o la riduzione per la via indiretta dell'art. 527, n. 4, c.c.; lo stesso vale per gli altri eredi riservatari del rinunciante.

Vige in materia di patto successorio rinunciativo il principio opposto a quello generale: mentre, in linea generale, i discendenti, per la vigenza del principio di rappresentanza in virtù

³¹⁶ Art. 495, comma 2, c.c.: "Il rinunciante non è più considerato come erede nella devoluzione dell'eredità".

³¹⁷ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2006, n. 645.

³¹⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 354 s.

del quale costoro sono chiamati a succedere in vece del proprio ascendente, non soffrono del fatto che il costui non diventi erede legale del *de cuius* perché premorto, indegno o diseredato da quest'ultimo (artt. 457, comma 3, c.c.; art. 458, comma 3, c.c.; art. 459, comma 3, c.c.; art. 478, comma 2, c.c.; art. 541, comma 2, c.c.), in caso di rinuncia dell'ascendente, l'art. 495, comma 3, c.c. stabilisce che il patto, salvo clausola contraria, è opponibile ai discendenti del rinunciante.

La regola si spiega perché normalmente costoro profittano della controprestazione solitamente ricevuta dall'ascendente in cambio della sua rinuncia; tuttavia, essa si applica anche laddove non vi sia stata alcuna controprestazione o laddove, pur essendovi stata, i discendenti non abbiano in alcun modo goduto della stessa.

L'art. 497 c.c.³¹⁹ prevede una particolare disciplina favorevole ai creditori del defunto che influisce sul principio generale secondo cui il rinunciante, non divenendo erede, non è chiamato a rispondere dei debiti ereditari e del *de cuius*.

Infatti, qualora il rinunciante abbia ricevuto una controprestazione per la sua rinuncia, deterrebbe una parte dell'attivo sulla quale i creditori, in assenza di rinuncia, si sarebbero potuti soddisfare. Costoro potrebbero dunque venire lesi dal patto rinunciativo, così come nel caso di rinuncia all'eredità³²⁰.

Pertanto, l'art. 497 c.c. dispone che i creditori, qualora il contraente che ha disposto della sua eredità sia insolvente al momento dell'apertura della successione e i suoi eredi non li soddisfino, possano agire contro il rinunciante ed i suoi eredi per ottenere il pagamento dei debiti.

È vero che i creditori ereditari dispongono, in concorso con l'azione *ex art. 497 c.c.*, dell'azione revocatoria *ex artt. 285 ss.* della Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento, che permette loro di far annullare il patto successorio rinunciativo, ma è possibile che i presupposti di tale azione non si realizzino o non possano essere provati. È per questo che l'art. 497 c.c. accorda ai creditori un'azione di restituzione della controprestazione ricevuta dal rinunciante, ma solamente a titolo sussidiario ed entro certi limiti.

³¹⁹ Art. 497 c.c.: "Se il contraente che ha disposto della sua eredità è insolvente al momento dell'apertura della sua successione, e gli eredi non soddisfano i creditori, il rinunciante ed i suoi eredi possono essere richiesti del pagamento dei debiti in quanto, negli ultimi cinque anni dalla morte del disponente, abbiano ricevuto una controprestazione sul di lui patrimonio e se ne trovino ancora arricchiti al momento dell'aperta successione".

³²⁰ Art. 579 c.c.: "1. Se gli eredi di una persona insolvente rinunciano alla eredità, essi sono tenuti verso i creditori in quanto abbiano ricevuto dal defunto, nei cinque anni precedenti alla sua morte, dei beni che sarebbero soggetti a collazione nella divisione ereditaria. 2. Sono esclusi da questa disposizione il consueto corredo nuziale e le spese di istruzione ed educazione. 3. Gli eredi di buona fede rispondono solo nella misura dell'attuale loro arricchimento".

Si tratta di un'azione sussidiaria perché può essere esercitata solo: laddove la successione sia insufficiente a soddisfare i creditori (in caso contrario, questi potranno agire domandando la liquidazione ufficiale conformemente all'art. 594 c.c.); laddove gli eredi non paghino i debiti del *de cuius* e dell'eredità; laddove i creditori abbiano fatto valere i loro crediti secondo le vie ordinarie contro gli eredi e questi siano sfuggiti alle loro responsabilità rinunciando alla successione (fatto salvo l'art. 579 c.c.) o chiedendo la liquidazione d'ufficio (art. 593 c.c.) o, ancora, siano insolventi.

L'azione è volta alla restituzione in natura della controprestazione ricevuta dal rinunciante e non può estendersi al di là di ciò che è necessario per pagare lo scoperto; inoltre, l'azione può essere intentata solo quando il rinunciante abbia ricevuto i beni nei cinque anni precedenti la morte del *de cuius* e costui o i suoi eredi ne risultino ancora arricchiti al momento dell'apertura della successione (artt. 62 ss. c.o.); infine, il rinunciante non risponderà per i beni che non si trovino più nel suo patrimonio per qualsivoglia ragione (alienazione, uso, perimento, pagamento dei propri debiti, ecc.)³²¹.

Diversa è la disciplina per quanto riguarda i creditori dell'erede presuntivo rinunciante: costoro non godono di alcuna tutela contro l'abbandono dell'aspettativa successoria del debitore rinunciante, anche quando essa intervenga a titolo gratuito.

L'art. 527, comma 2, c.c. prevede che i contratti di fine e rinuncia di eredità soggiacciono a riduzione al pari delle disposizioni a causa di morte.

Infatti, il valore della parte del patrimonio dell'ereditando trasferita tra vivi al rinunciante come controprestazione deve, al momento della sua morte, essere riunito al fine del calcolo della massa ereditaria e, di conseguenza, delle quote di disponibile e di riserva secondo le modalità previste dagli artt. 475; 527, n. 2, e 535, comma 1, c.c.

Quando la controprestazione ecceda la quota di riserva a cui avrebbe avuto diritto il rinunciante, può essere ridotta (solo per la parte eccedente) su domanda degli eredi riservatari (art. 535 c.c.: “1. I coeredi possono domandare la riduzione delle prestazioni eccedenti la porzione disponibile che il disponente avesse fatto in vita ad un erede rinunciante. 2. La disposizione è soggetta alla riduzione solo per l'importo che eccede la porzione legittima del rinunciante. 3. Le prestazioni sono imputate secondo le norme prescritte per la collazione.”).

Se la riduzione ha luogo, il suo ammontare dovrà essere calcolato sulla base dei principi enunciati dall'art. 528, comma 1, c.c. e, dunque, chi è in buona fede potrà essere tenuto alla

³²¹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 358 s.

restituzione solo di quanto si trovi ancora arricchito al momento dell'apertura della successione. L'art. 535, comma 3, c.c. ("Le prestazioni sono imputate secondo le norme prescritte per la collazione"), poi, rinvia alla disciplina applicabile in materia di collazione; art. 630 c.c.

L'art. 536 c.c.³²² prevede la possibilità per il rinunciante, qualora sia tenuto alla restituzione di tutta o di parte della controprestazione ricevuta, di scegliere tra la restituzione o la possibilità di rimettere in discussione il patto successorio rinunciativo, acquisendo nuovamente la qualità di erede cui aveva rinunciato. In questo secondo caso, il rinunciante, divenuto erede, sarà tenuto per i debiti ereditari, dovrà riunire alla successione tutto quanto ricevuto dal *de cuius* in vita e dovrà partecipare alla divisione ereditaria sulla base della parte legale lui spettante³²³.

Nel diritto svizzero, in linea astratta, un soggetto potrebbe anche stipulare un contratto successorio e rinunciare ad ogni diritto successorio lui spettante senza ricevere alcunché in cambio (tuttavia, com'è ovvio, è difficile che nella prassi si verifichi una situazione del genere).

A differenza che in Italia, dove la giustificazione addotta al divieto della categoria contrattuale *de quo* risiede nell'esigenza di tutelare gli individui da possibili scelte avventate o poco ponderate relative ai propri diritti successori futuri, in Svizzera tale motivazione non è avvertita. Si reputa, infatti, che una volta che un soggetto abbia raggiunto la maggiore età (18 anni) e che, quindi, possa legalmente concludere un patto successorio (art. 468 c.c.), sia ampiamente in grado di comprendere l'importanza della convenzione che si sta accingendo a concludere e le conseguenze dell'atto; inoltre, sia le regole sui vizi della volontà dovrebbero tutelare il rinunciante da errori o condizionamenti, sia il notaio (pubblico ufficiale incaricato di ricevere l'atto) dovrebbe rendere evinti i soggetti parti del contratto delle conseguenze giuridiche dello stesso.

³²² Art. 536 c.c.: "Il rinunciante che per effetto della riduzione sia obbligato a fare una restituzione all'eredità può, a sua scelta, o effettuare la restituzione, o riservare tutta la prestazione nell'eredità e prendere parte alla divisione come se non avesse rinunciato".

³²³ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 357 s.

12. Capacità di disporre *mortis causa*, vizi della volontà e forma del contratto successorio

1. La capacità di disporre *mortis causa*

Gli articoli 467 ss. c.c. trattano della capacità di disporre nelle disposizioni a causa di morte.

L'atto a causa di morte è un atto personalissimo e, per tale ragione, può essere posto in essere solo dal *de cuius* medesimo. Se costui non ha la capacità di disporre, si applicherà la disciplina della successione *ab intestato*. Dunque, tutte le forme di rappresentazione, legale o volontaria, tutti gli interventi del terzo volti a dare il consenso o a precisare la volontà del *de cuius* sono da escludersi. Ad esempio, l'ereditando non può dare ad un terzo il compito e il potere (nemmeno al coniuge sopravvissuto o all'esecutore testamentario) di designare un erede o di scegliere l'oggetto di un legato³²⁴.

Pertanto, in linea di principio, una persona la cui capacità d'agire sia subordinata all'autorizzazione del suo rappresentante legale o all'assenso dell'autorità non può disporre a causa di morte (tuttavia, l'art. 468, al comma 2, ammette un'eccezione, di cui si tratterà più avanti).

In reazione alla capacità di disporre *mortis causa*, il codice distingue a seconda che l'ereditando voglia disporre per testamento (art. 467 c.c.) o per contratto successorio (art. 468 c.c.) e le conseguenze dell'incapacità di disporre sono parzialmente differenti nei due casi. In entrambi, si tratta di regole speciali in rapporto agli artt. 12-19d c.c., che fissano in generale le condizioni della capacità civile. Bisogna sottolineare come sia le disposizioni del *de cuius* su aspetti diversi dalla sorte dei suoi beni sia quelle della controparte contrattuale e del rinunciante siano sottoposte alle regole ordinarie sulla capacità giuridica³²⁵.

L'art. 467 c.c. subordina la capacità di disporre per testamento a due condizioni: la capacità di discernimento del soggetto e il compimento degli anni 18 anni.

La capacità di discernimento è definita dall'art. 16 c.c.³²⁶ come la capacità di agire ragionevolmente e consta di un elemento intellettuale, ossia la capacità di misurare la portata di un comportamento, di riconoscere il mondo e comprendere ciò che in esso accade, e di un

³²⁴ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 181 s.

³²⁵ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 199.

³²⁶ Art. 16 c.c.: "È capace di discernimento, nel senso di questa legge, qualunque persona che non sia priva della capacità di agire ragionevolmente per effetto della sua età infantile o di disabilità mentale, turba psichica, ebbrezza o stato consimile".

elemento volontaristico, ossia la capacità, una volta compresa la situazione, di comportarsi di conseguenza e di agire secondo la propria cognizione intellettuale senza essere vulnerabile. Tuttavia, è considerato capace di discernimento anche colui che non ha tale facoltà, ma in ragione di una causa di alterazione diversa da quelle previste espressamente dall'art. 16 c.c. ("età infantile o disabilità mentale, turba psichica, ebbrezza o stato consimile")³²⁷.

Per quanto riguarda il patto successorio, la disciplina della capacità del disponente è dettata dall'art. 468 c.c. Quando il contratto è a titolo oneroso, si devono distinguere due situazioni a seconda che siano promesse delle prestazioni *inter vivos* o che entrambe le parti contrattuali dispongano a causa di morte, ad esempio istituendosi reciprocamente eredi. Nel primo caso, la capacità del disponente sarà disciplinata dall'art. 468 c.c., mentre quella della controparte seguirà le regole ordinarie; nel secondo caso, invece, la capacità di entrambi i contraenti sarà retta dall'art. 468 c.c.

Si deve evidenziare che, quando il *de cuius* compia per patto successorio disposizioni a causa di morte per propria natura unilaterali e revocabili, la capacità di disposizione in relazione ad esse seguirà le regole dell'art. 467 c.c.

La sussistenza della capacità di disporre del disponente in un patto successorio è retta dalle medesime condizioni previste per il testamento e, pertanto, valgono le medesime considerazioni. Infatti, l'art. 468 c.c., comma 1, dispone: "Chi è capace di discernimento ed ha compiuto gli anni diciotto può concludere un contratto successorio in qualità di disponente".

Tuttavia, l'art. 468 c.c. è stato riformato l'1 gennaio 2013, prevedendo, come accennato, un'eccezione alla regola generale del divieto di rappresentanza.

L'ordinamento ha voluto riconoscere alle persone capaci di discernimento, ma sotto curatela la possibilità di beneficiare dei vantaggi che possono derivare dalla stipulazione di un contratto successorio, come le controprestazioni che esso potrebbe procurare; poiché il patto successorio, comunque, è un atto particolarmente rischioso e importante, il legislatore ha previsto la necessità del consenso del curatore affinché le persone sotto una curatela che si estende anche alla conclusione di un patto successorio abbiano la possibilità di concludere tale convenzione (art. 468, comma 2, c.c.).

L'eccezione riguarda solo i casi di curatela che si estende alla conclusione di un patto successorio. Essa si considera estesa alla conclusione del contratto successorio quando si tratta di una curatela di carattere generale, che sopprime l'esercizio dei diritti civili *ex art. 398*, commi

³²⁷ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 200.

2 e 3, c.c. Per quella di cooperazione, invece, si dovrà consultare la decisione di messa sotto curatela (art. 396 c.c.), mentre l'estensione al suddetto ambito non si reputa esistente quando si tratti di una curatela di accompagnamento (art. 393, comma 2, c.c.) o di rappresentanza (art. 394 c.c.).

Il consenso del curatore può essere prestato sia antecedentemente al patto, sia al momento della sua conclusione, sia successivamente. Non è prescritta una forma particolare ai fini della validità, ma è preferibile (e solitamente adoperata nella prassi) la forma scritta³²⁸.

Come accennato, la capacità del contraente e del rinunciante, non disponendo costoro a causa di morte, è soggetta alle regole ordinarie sulla capacità civile attiva, comprese quelle relative alla rappresentanza legale o volontaria (artt. 12-19d c.c.³²⁹).

Pertanto, una persona capace di discernimento, ma minore degli anni 18 o sotto curatela di portata generale può concludere un contratto successorio come contraente, sia che esso abbia ad oggetto un'istituzione di erede sia l'attribuzione di un legato, senza la partecipazione del suo rappresentante legale, se il patto è concluso a titolo gratuito (art. 19, comma 2, c.c.³³⁰). Invece, una persona minore capace di discernimento o sotto curatela di portata generale che rinuncia ai suoi diritti successori o che, in cambio di un vantaggio successorio, si obbliga ad una controprestazione tra vivi deve avere il consenso del suo rappresentante legale (art. 19, comma 1, c.c.³³¹) e il patto deve essere approvato dall'autorità di protezione se il rappresentante legale è un tutore o un curatore (art. 416, comma 1, n. 3, c.c.). Infine, una persona sottoposta a curatela di cooperazione necessita del consenso del suo curatore se essa si estende alla conclusione di un patto successorio, mentre non è richiesta l'approvazione dell'autorità di protezione dell'adulto³³².

Le disposizioni *mortis causa* prese da un soggetto privo della capacità di disporre possono essere annullate secondo quanto disposto dall'art. 519, comma 1, n. 1, c.c.: "1. La disposizione a causa di morte può essere giudizialmente annullata: 1. se al momento in cui fu fatta, il disponente non aveva la capacità di disporre".

³²⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 203 ss.

³²⁹ Art.12 c.c.: "Chi ha l'esercizio dei diritti civili ha la capacità di acquistare diritti e di contrarre obbligazioni con atti propri". Art. 13 c.c.: "Chi è maggiorenne e capace di discernimento ha l'esercizio dei diritti civili". Art. 14 c.c.: "È maggiorenne chi ha compiuto gli anni 18".

³³⁰ Art. 19, comma 2, c.c.: "Senza tale consenso possono conseguire vantaggi gratuiti e provvedere a piccole incombenze della vita quotidiana".

³³¹ Art. 19, comma 1, c.c.: "Le persone capaci di discernimento che non hanno l'esercizio dei diritti civili non possono assumere obbligazioni o rinunciare a diritti senza il consenso del loro rappresentante legale".

³³² P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 205 s.

L'esercizio dell'azione, tuttavia, dipende dal momento in cui l'incapacità è stata accertata. Se essa è stata constatata dopo il decesso dell'incapace, si potrà agire mediante azione di nullità ai sensi dell'art. 519 c.c.; se, invece, essa è stata constatata prima della morte del *de cuius*, si deve distinguere a seconda che costui abbia disposto per testamento o per patto successorio. Nel primo caso, il *de cuius*, ridivenuto capace, ha la possibilità di revocare il testamento in qualsiasi momento (artt. 509-511 c.c.) e, qualora costui, cosciente o meno del vizio che affligge il negozio, non proceda alla revoca, le persone lese dovranno attendere la sua morte per poter agire con l'azione di nullità *ex art. 519, comma 1, n. 1, c.c.* Nel secondo caso, tanto il disponente quanto il contraente, ridivenuti capaci, possono in ogni tempo far valere, come per gli atti *inter vivos*, la nullità del contratto davanti al giudice e la dichiarazione di nullità sarà valida solo se comunicata all'altra parte. Se le parti non lo hanno fatto, l'atto rimane annullabile dopo il decesso del *de cuius*³³³.

2. I vizi della volontà

L'ordinamento elvetico prevede una serie di norme volte a tutelare i soggetti contro condizionamenti esterni o errori che possano influire sulla loro volontà dispositiva.

Infatti, un altro aspetto (oltre la capacità giuridica di disposizione a causa di morte) che incide sulla validità di un atto *mortis causa* è l'assenza di vizi di volontà in capo al *de cuius*. Le disposizioni a causa di morte, infatti, sono delle manifestazioni di volontà. Per effetto dell'art. 7 c.c.³³⁴, esse sono sottoposte alla regolamentazione prevista dal diritto delle obbligazioni, soprattutto per quanto riguarda i vizi della volontà (artt. 23-31 c.o.).

Le regole generali del Codice delle obbligazioni sono state pensate per gli atti tra vivi. Esse, tengono conto delle esigenze della sicurezza nelle transazioni e tutelano il principio dell'affidamento (*Vertrauensprinzip*), in virtù del quale gli artt. 23 ss. c.o. limitano i casi in cui possono essere fatti valere i vizi della volontà.

Nell'ambito degli atti *mortis causa*, invece, le esigenze di sicurezza dei traffici non esistono come regola generale, ad eccezione dell'interpretazione dei patti successorii onerosi, non vi è spazio per l'applicazione del principio dell'affidamento e si avrà riguardo essenzialmente alla volontà reale del disponente.

³³³ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 206 s.

³³⁴ Art. 7 c.c.: "Le disposizioni generali del Codice delle obbligazioni relative alla conclusione, all'adempimento ed alla risoluzione dei contratti sono applicabili anche ad altri rapporti di diritto civile".

In quest'ottica, l'art. 469 c.c. si distacca dalle regole generali del Codice delle obbligazioni al fine di ammettere più largamente la possibilità di far valere i vizi della volontà. Le regole speciali contemplate dalla norma di legge si applicano al testamento senza restrizioni, mentre, per quanto riguarda i patti successori, esse concernono in linea di principio le sole manifestazioni di volontà del disponente, mentre quelle del contraente e quelle dell'erede rinunciante nel patto negativo sono soggette alle norme generali del Codice delle obbligazioni.

L'art. 469 c.c. dispone: “1. Sono nulle le disposizioni fatte sotto l'influenza di un errore, di un inganno doloso o di una violenza o minaccia. 2. Esse diventano però valide se il disponente non le ha revocate entro un anno dal momento in cui ha avuto conoscenza dell'errore o dell'inganno od in cui sono cessati gli effetti della violenza o minaccia. 3. Se la disposizione contiene un errore manifesto nella designazione di cose o di persone, essa è valida secondo la vera intenzione del disponente ove questa sia riconoscibile con certezza”.

La disciplina si applica in tutti casi in cui il *de cuius* manifesta per atto *mortis causa* una volontà viziata, sia quando essa si è formata sotto condizioni anomale (errore, violenza, dolo) sia quando, pur essendosi formata adeguatamente, sia stata espressa in modo non conforme (errore nella dichiarazione). Il rimedio fornito dall'ordinamento contro le disposizioni in tal modo viziate è quello dell'azione di nullità *ex art. 519, comma 1, n. 2, c.c.*

Invece, se nel *de cuius* era totalmente assente una qualche volontà di disporre, l'atto non sarà solamente nullo, ma inesistente; di conseguenza non sarà necessario agire con l'azione di annullamento *ex art. 519, comma 1, n. 2, c.c.* per far sì che l'atto non produca effetti: tutti gli interessati potranno in ogni tempo far constatare l'inesistenza di fronte al giudice.

La totale assenza di volontà può verificarsi in due casi: quello di una costrizione fisica, quando il *de cuius* è vittima di una *vis absoluta* che lo obbliga a disporre a causa di morte, e il caso di un voluto disaccordo tra volontà e dichiarazione, quando il *de cuius* è cosciente di non volere ciò che sta dichiarando (ad esempio, quando agisca con scopi didattici o ludici)³³⁵.

Per quanto concerne la volontà formatasi sotto condizioni anomale, in linea principio tutti i vizi della volontà possono condurre all'annullamento della disposizione a causa di morte, purché siano causali (l'art. 469 c.c., infatti, parla di “sotto l'influenza di”), ossia il vizio deve avere avuto un'influenza determinante sulla volontà del disponente tale per cui, senza di esso, costui non avrebbe disposto come ha fatto.

³³⁵ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 208 ss.

Quando il vizio della volontà affligge esclusivamente alcune clausole, solo queste possono essere impugnate *ex art. 519, comma 1, n. 2, c.c.*, a meno che anche altre disposizioni siano strettamente legate a quelle invalide tanto che il *de cuius* non le avrebbe prese in assenza di quelle impugnate (per applicazione analogica dell'art. 20, comma 2, c.o.).

I vizi della volontà che possono sempre essere fatti valere dal disponente *ex art. 469 c.c.* sono: l'errore, il dolo e la violenza o minaccia.

In linea generale, ogni errore, se è causale, può essere fatto valere, in deroga alle norme generali del Codice delle obbligazioni (artt. 24 s., che prevedono quali requisiti per l'impugnazione l'essenzialità dell'errore e il mancato urto con la buona fede; art. 26, che stabilisce un risarcimento del danno a carico di colui che ha fatto valere l'errore, quando esso sia derivato da sua colpa).

Una prima tipologia di errore è quella che riguarda la dichiarazione: il *de cuius*, senza accorgersene, dichiara qualcosa di diverso rispetto a ciò che veramente vuole. L'art. 469, comma 3, c.c. prevede una regola speciale quando l'errore riguardi la designazione dell'oggetto o delle persone e sia manifesto: "Se la disposizione contiene un errore manifesto nella designazione di cose o di persone, essa è valida secondo la vera intenzione del disponente ove questa sia riconoscibile con certezza". In questa eventualità, non è necessario l'annullamento della disposizione viziata, che risulterebbe un rimedio esagerato, ma essa potrà essere rettificata conformemente alla reale volontà del *de cuius*, qualora possa essere individuata con certezza. L'articolo deve essere interpretato restrittivamente e non deve essere adoperato per supplire, modificare o completare le disposizioni del defunto senza che le modifiche corrispondano alla sua reale volontà³³⁶.

Una seconda tipologia è quella dell'errore sui motivi, che si realizza quando il *de cuius* assume una disposizione *mortis causa* sulla base di una falsa rappresentazione della realtà. L'errore potrà riguardare fatti presenti, passati o futuri o anche il diritto³³⁷.

Il Tribunale federale, al fine di evitare ineguaglianza tra il disponente, al quale è stata riconosciuta dalla legge un'ampia libertà nel far valere l'errore, che può essere invocato in tutte le sue forme, e il contraente, che, invece, è soggetto al limite disposto dall'art. 24 c.o.³³⁸, ha

³³⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 215 s.

³³⁷ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 210 ss.

³³⁸ Art. 24 c.o.: "1. L'errore è essenziale specialmente nei seguenti casi: 1. quando la parte in errore abbia avuto di mira un contratto diverso da quello al quale ha dichiarato di consentire; 2. quando la volontà della parte in errore fosse diretta ad un'altra cosa, o, trattandosi di contratto concluso in considerazione di una determinata persona, fosse diretta ad una persona diversa da quella da essa dichiarata; 3. quando la parte in errore abbia promesso o siasi fatta promettere una prestazione di un'estensione notevolmente maggiore o minore di quella cui era diretta la sua volontà; 4. quando l'errore concerne una determinata condizione di fatto, che la parte in errore considerava

previsto che l'errore del disponente possa essere fatto valere solo quando incida su fatti che costui abbia considerato come elementi necessari del contratto. Ciò si giustifica in tutti i casi per i patti successori onerosi.

Il dolo consiste nella capacità di suscitare nel disponente una falsa idea della realtà o nello sfruttare l'errore nel quale costui si trovi, al fine di indurlo a fare una disposizione *mortis causa*. Il diritto successorio dà rilevanza sia al dolo del contraente sia al dolo di un terzo, mentre le regole generali del Codice delle obbligazioni prendono in considerazione quest'ultimo solo in casi particolari (art. 28, comma 2, c.o.).

Infine, l'art. 469 c.c. menziona la minaccia e la violenza. È essenziale che esse siano in grado di esercitare una coercizione psichica sul *de cuius*, mentre non è necessario che il timore sia fondato e ragionevole, come disposto dall'art. 30 c.o. Tuttavia, come per tutti i vizi della volontà in materia successoria, la minaccia o la violenza devono essere state causali. La minaccia esercitata sul *de cuius*, poi, deve essere illecita e deve creare la prospettiva di un male³³⁹.

Le conseguenze dei vizi della volontà sono differenti a seconda che il *de cuius*, la cui volontà era viziata, sia ancora vivo o sia deceduto al momento di presa di coscienza dell'errore o del dolo o al momento della cessazione della minaccia o violenza e a seconda che l'atto da costui compiuto sia un testamento o un patto successorio.

1. Mentre il *de cuius* è ancora in vita: in caso di testamento, il *de cuius* che si sia reso conto dell'errore o del dolo o che non sia più sotto l'effetto del timore può in ogni tempo revocare le disposizioni prese secondo le forme previste dagli artt. 509-511 c.c.; in caso di patto successorio, il *de cuius* ha la possibilità di revocare unilateralmente le disposizioni, ma entro l'anno successivo alla scoperta dell'errore, del dolo o alla cessazione del timore e senza una forma particolare, essendo sufficiente che la revoca venga comunicata al contraente (in mancanza della comunicazione, essa non produrrà effetti). Al caso del testamento devono essere assimilate quelle disposizioni che, sebbene prese in un patto successorio, hanno natura unilaterale e revocabile ad arbitrio del disponente.

2. Dopo la morte del *de cuius* vige il principio generale secondo cui, se il *de cuius* sia morto senza aver revocato validamente le disposizioni per causa di morte viziate, esse possono essere annullate mediante un'azione di nullità *ex art. 519, comma 1, n. 2, c.c.* esercitata da

come un necessario elemento del contratto secondo la buona fede nei rapporti d'affari. 2. Non è invece essenziale l'errore che concerne solo i motivi del contratto. 3. Semplici errori di calcolo non infirmano la validità del contratto, ma devono essere rettificati".

³³⁹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 212 s.

qualsiasi interessato, che dovrà dimostrare la sussistenza di un vizio della volontà e il suo carattere causale. Se l'azione è ammessa e la disposizione è dichiarata nulla, la successione si aprirà come se il *de cuius* non avesse mai disposto.

Tuttavia, ci sono casi in cui l'esercizio dell'azione di nullità è escluso: quando il disponente che ha scoperto l'errore, il dolo o che ha smesso di essere sotto l'influenza di un timore non abbia revocato la propria disposizione nel termine previsto dall'art. 469, comma 2, c.c. In questo caso, infatti, il vizio non può più essere considerato causale e si assisterebbe ad una conferma tra vivi dell'atto viziato (*Konvaleszenz unter Lebenden*); pertanto, l'azione di nullità non sarebbe più ammessa³⁴⁰.

3. Forma

La forma riveste un'importanza particolare nelle disposizioni a causa di morte per due ordini di ragioni: innanzitutto, spesso tali disposizioni hanno ad oggetto la totalità o parte del patrimonio del disponente (quindi il valore patrimoniale in gioco è ingente); in secondo luogo, esse producono effetto dopo la morte del disponente e, per tale ragione, la loro interpretazione non potrà godere della presenza di tale soggetto che chiarisca quale sia stata la sua volontà. La forma prescritta dagli artt. 498 ss. c.c., allora, permette di garantire maggior chiarezza alle disposizioni e di spingere ad una più profonda riflessione e ponderazione il *de cuius*. Inoltre, essa permette di distinguere le dichiarazioni di volontà definitive da semplici progetti o riflessioni.

In linea di massima, il mancato rispetto delle forme previste dalla legge comporta l'annullabilità dell'atto ai sensi dell'art. 520, comma 1, c.c.: “La disposizione affetta da un vizio di forma può essere annullata giudizialmente”.

Tuttavia, quando gli atti *mortis causa* mancano in modo profondo dei requisiti formali previsti dalla legge, possono essere considerati nulli; al contrario, quando siano assenti formalità minori, la legge non prevede l'invalidità dell'atto che non le contenga³⁴¹. Il Tribunale Federale, infatti, ha più volte espresso che i requisiti di forma vadano interpretati in ragione dello scopo per il quale sono stati previsti e tenendo conto del principio del *favor testamenti*³⁴².

³⁴⁰ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 213 ss.

³⁴¹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 360.

³⁴² Si veda P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 360 nt. 2.

L'art. 512 c.c.³⁴³ prescrive che il contratto successorio, per la sua validità, debba rivestire le forme previste per il testamento pubblico (artt. 499-503 c.c.) e che le parti debbano simultaneamente dichiarare le proprie volontà al funzionario e firmare l'atto alla presenza del funzionario stesso e di due testimoni (art. 512, comma 2, c.c.).

La forma richiesta dall'art. 512 c.c. non è necessaria solo per le disposizioni *mortis causa* del disponente, ma anche per le dichiarazioni e controprestazioni *inter vivos* o *mortis causa* del contraente, per la rinuncia dell'erede presuntivo e per le obbligazioni assunte dal *de cuius* tra vivi in favore del rinunciante o di un terzo quale contropartita. Ciò dipende dalla natura sinallagmatica del contratto successorio.

Come il testamento pubblico, il patto successorio può essere redatto in due forme: quella principale e quella secondaria.

La forma principale, disciplinata dagli artt. 500 e 501 c.c., comporta cinque fasi: 1. Il disponente ed il contraente devono comparire insieme di fronte al pubblico ufficiale e dichiarare la loro volontà di fronte a costui simultaneamente (art. 512, comma 2, c.c.). Il disponente deve comparire personalmente, mentre il contraente può farsi rappresentare. 2. Le dichiarazioni di volontà espresse devono essere redatte per iscritto. 3. Le parti devono leggere l'atto e successivamente sottoscriverlo. Tuttavia, in deroga a quanto disposto dall'art. 500 c.c., la sottoscrizione deve essere apposta alla presenza di due testimoni (art. 512, comma 2, c.c.) e questa è considerata una formalità essenziale. 4. L'atto deve essere poi sottoscritto anche dal pubblico ufficiale. 5. Il disponente ed il contraente devono dichiarare ai testimoni che il patto successorio risponde fedelmente alle loro volontà. Successivamente, i testimoni devono certificare che le parti hanno loro dichiarato di aver letto l'atto, che esso è espressione della loro volontà e che le parti sono loro apparse capaci. L'art. 512 c.c. non esige che i testimoni attestino che il patto sia stato firmato alla presenza delle parti, poiché sul punto è sufficiente l'attestazione del pubblico ufficiale. Inoltre, anche se non risulta dall'atto, la presenza dei testimoni e del pubblico ufficiale al momento della sottoscrizione del patto potrà essere provata in un momento successivo mediante l'audizione dei testimoni³⁴⁴.

Poiché l'art. 512 c.c., che rinvia alle forme del testamento pubblico, ha portata generale, anche per il patto successorio è prevista la forma secondaria disciplinata dall'art. 502 c.c.³⁴⁵.

³⁴³ Art. 512 c.c.: “1. Il contratto successorio richiede per la sua validità le forme del testamento pubblico. 2. Le parti devono dichiarare simultaneamente la loro volontà al funzionario e firmare l'atto alla presenza del funzionario stesso e dei due testimoni”.

³⁴⁴ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 385 s.

³⁴⁵ Art. 502 c.c. “1. Se il testatore non legge o non firma egli stesso la scrittura, questa deve essergli letta dal funzionario alla presenza dei due testimoni, dopo di che il testatore deve dichiarare che l'atto contiene la sua

Seguendo questa seconda formalità, il disponente può anche non leggere e firmare lui stesso l'atto; in questo caso sarà il pubblico ufficiale a doverne dare lettura alle parti in presenza di due testimoni. In seguito alla lettura, le parti devono dichiarare che l'atto è conforme alle loro volontà e il pubblico ufficiale sottoscrive l'atto e appone la data. Infine, i testimoni dovranno attestare non solo quanto previsto per la forma principale, ma anche che l'atto è stato letto dal funzionario al testatore in loro presenza³⁴⁶.

Non si applica al patto successorio l'art. 504 c.c.³⁴⁷, che prescrive il deposito del testamento presso un ufficio pubblico; in ogni caso il pubblico ufficiale deve conservare l'originale dell'atto conformemente alle disposizioni del diritto cantonale³⁴⁸.

disposizione. 2. In questo caso l'attestazione firmata dai testimoni deve indicare non solo il fatto dell'avvenuta dichiarazione del testatore ed il loro giudizio sul suo stato di capacità a disporre, ma anche che la scrittura fu letta dal funzionario al testatore in loro presenza".

³⁴⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 386 s.

³⁴⁷ Art. 504 c.c.: "I Cantoni devono provvedere affinché i funzionari incaricati della confezione di tali atti li conservino essi medesimi in originale od in copia o li depongano in custodia presso un ufficio pubblico".

³⁴⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 384.

13. La caducazione del patto successorio

Il contratto successorio può essere sciolto (o modificato) dalle stesse parti contraenti mediante convenzione scritta, dunque per mezzo di un *contrarius actus* (art. 513, comma 1, c.c.³⁴⁹). In linea teorica, infatti, stante la natura di negozio bilaterale del contratto successorio, esso non può essere revocato da una sola delle parti³⁵⁰.

Tuttavia, esso può essere reso caduco unilateralmente anche in taluni casi eccezionali:

1) Quando il contratto successorio sia stato concluso sotto l'influenza di un errore, di un inganno doloso, di una violenza o di una minaccia (art. 469 c.c.³⁵¹).

2) Quando l'erede o il legatario si siano resi colpevoli, dopo la conclusione del contratto, di un atto che costituisce una causa di diseredazione (art. 513, comma 2, c.c.³⁵²; art. 477 c.c.³⁵³).

3) Quando le prestazioni tra vivi previste nel contratto non siano debitamente adempiute o garantite (art. 514 c.c.³⁵⁴)³⁵⁵.

4) quando la caducità sia determinata, come per i testamenti, dalla legge (art. 515 c.c.: "1. Il contratto è sciolto se l'erede o il legatario non sopravvive al disponente. 2. Se al momento della morte dell'erede il disponente si trova arricchito per effetto del contratto, gli eredi del defunto possono, salva disposizione contraria, pretendere la restituzione dell'arricchimento").

A. Convenzione contraria

³⁴⁹ Art. 513, comma 1, c.c.: "Il contratto successorio può sempre essere sciolto dalle parti contraenti, mediante convenzione scritta".

³⁵⁰ Se le parti prevedono contrattualmente la possibilità di recesso unilaterale, non si avrebbe un patto successorio, ma si tratterebbe di due testamenti reciproci o congiuntivi. Pertanto, per l'esistenza di un contratto successorio, è necessario che almeno una convenzione sia vincolante. Alla regola generale della revoca bilaterale fanno eccezione le clausole o disposizioni prese per patto successorio, ma che sono per natura unilaterali.

³⁵¹ Art. 469 c.c.: "1. Sono nulle le disposizioni fatte sotto l'influenza di un errore, di un inganno doloso o di una violenza o minaccia. 2. Esse diventano però valide se il disponente non le ha revocate entro un anno dal momento in cui ha avuto conoscenza dell'errore o dell'inganno od in cui sono cessati gli effetti della violenza o minaccia. 3. Se la disposizione contiene un errore manifesto nella designazione di cose o di persone, essa è valida secondo la vera intenzione del disponente ove questa sia riconoscibile con certezza". Si veda § 22.

³⁵² Art. 513, comma 2, c.c.: "Il contraente che ha disposto della sua eredità può annullare unilateralmente l'istituzione di erede od il legato quando l'erede od il legatario, dopo la conclusione del contratto, si fosse reso colpevole a suo riguardo di un atto costituente causa di diseredazione".

³⁵³ Art. 477 c.c.: "Mediante disposizione a causa di morte, l'erede può essere privato della legittima: 1. Quando abbia commesso un grave reato contro il disponente o contro una persona a lui intimamente legata; 2. Quando abbia gravemente contravenuto ad i suoi obblighi di famiglia verso il disponente o verso una persona appartenente alla famiglia del medesimo".

³⁵⁴ Art. 514 c.c.: "Chi per effetto di un contratto successorio ha diritto di ricevere delle prestazioni tra vivi, può recedere dal contratto secondo il diritto delle obbligazioni, qualora le prestazioni non siano debitamente adempiute o garantite".

³⁵⁵ S. WOLF, I. BERGER STEINER, *Erbrecht*, n. 59.

Poiché il patto successorio è un contratto, esso può essere modificato o revocato mediante un contrario atto delle parti contrattuali, anche quando il beneficiario sia un terzo (come precedentemente visto, costui ha solo un'aspettativa successoria di fatto non tutelata mentre il disponente è in vita, anche quando abbia dichiarato di profittare del patto). Dall'art. 513 c.c. emerge che la semplice distruzione del documento materiale che contiene l'atto non è sufficiente ad eliminarne l'efficacia, a meno che non sia più possibile ricostruire il contenuto dello stesso.

Al contrario di quanto previsto dall'art. 115 c.o., che non prescrive una particolare forma per la convenzione contraria, l'art. 513, comma 1, c.c. esige la forma scritta, ma non sarà necessario stipulare un nuovo patto successorio (nella forma, quindi, del testamento pubblico). La convenzione contraria, tuttavia, resta una disposizione a causa di morte per il disponente e, pertanto, la sua capacità sarà soggetta alle regole dell'art. 468 c.c.

La forma scritta richiesta è retta dall'art. 13 c.o.: "Il contratto pel quale la legge prescrive la forma scritta deve essere firmato da tutti i contraenti, che mediante il medesimo rimangono obbligati". Dunque, la convenzione contraria ad un patto successorio deve essere firmata da colui o da coloro che, in virtù di essa, vedono indebolita la propria successione giuridica: in caso di patto istitutivo, sarà il contraente a dover sottoscrivere l'atto, a meno che non sia stata promessa una prestazione al *de cuius*, nel qual caso dovranno firmare entrambi; se si tratta di un patto rinunciativo, sarà il *de cuius* a dover firmare la convenzione, a meno che egli non abbia dato una controprestazione al rinunciante.

Se il contratto successorio è stato stipulato da più di due parti, in linea di massima la convenzione contraria non sarà valida se non sottoscritta da tutte loro; tuttavia, qualora vogliano modificarsi o revocarsi solo alcune delle disposizioni contenute nel patto ed esse riguardino solo alcuni dei contraenti, la convenzione contraria potrà validamente riguardare solo tali soggetti.

Si discute sulla forma che deve rivestire la revoca della revoca (ossia la revoca convenzionale della convenzione contraria, con ritorno al patto successorio iniziale) e la dottrina maggioritaria ritiene necessaria la forma del patto successorio, poiché l'art. 513, comma 1, c.c. si riferisce solo alla convenzione contraria al patto successorio medesimo³⁵⁶.

B. Revoca unilaterale per una delle cause di diseredazione

³⁵⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 395 s.

Il legislatore ha previsto la possibilità (art. 513, comma 2, c.c.) per il disponente di poter privare il contraente delle sue aspettative successorie quando costui si sia reso colpevole, dopo la conclusione del patto, di un atto che costituisca una causa di diseredazione; infatti, gli eredi e i legatari istituiti per patto successorio godono della medesima aspettativa che compete agli eredi riservatari e, come costoro, perdono i propri diritti successori qualora compiano uno di tali atti.

L'art. 513, comma 2, c.c., in realtà, rinvia ai soli motivi di diseredazione punitiva *ex art. 477 c.c.* (“1. quando abbia commesso un grave reato contro il disponente o contro una persona a lui intimamente legata; 2. quando abbia gravemente contravvenuto ai suoi obblighi di famiglia verso il disponente o verso una persona appartenente alla famiglia del medesimo), mentre non trova applicazione per analogia l'art. 480 c.c.³⁵⁷ e, pertanto, il patto non può essere annullato per l'insolvenza del beneficiario.

Inoltre, la portata dell'art. 513, comma 2, c.c. è ridotta rispetto a quella dell'art. 477 c.c. in quanto non autorizza l'annullamento del patto quando il comportamento riprovevole del contraente si sia diretto contro i prossimi congiunti del disponente, ma solo quando si sia diretto contro il disponente stesso (l'art. 513, infatti, dichiara: “a suo riguardo”).

È consigliabile indicare chiaramente la causa di diseredazione, anche se l'assenza di una tale indicazione non comporta l'invalidità della stessa, poiché l'art. 513, comma 2, c.c. non rinvia esplicitamente all'art. 479 c.c.

L'art. 513, comma 3, c.c., infine, prescrive che la revoca unilaterale debba essere fatta in una delle forme prescritte per il testamento e, se il patto è stato concluso a titolo oneroso, dovrà essere notificata al contraente³⁵⁸.

C. Recesso per inadempimento

Sia il patto successorio istitutivo che quello rinunciativo sono solitamente conclusi a titolo oneroso; pertanto, prestazione (istituzione di erede/legatario o rinuncia all'eredità) e controprestazione sono in un rapporto di reciprocità simile a quello esistente nei contratti sinallagmatici.

³⁵⁷ Art. 480 c.c.: “1. Il discendente contro il quale esistono dei certificati di carenza di beni può essere privato della metà della sua porzione legittima a condizione che sia lasciata ai suoi discendenti, nati e nascituri. 2. Questa diseredazione cade, ad istanza del diseredato, se al momento dell'apertura della successione non esistono più certificati di carenza di beni o se il loro importo non supera il quarto della quota ereditaria”.

³⁵⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 396 s.

Di conseguenza, nel caso in cui una controprestazione debba essere adempiuta *inter vivos* e ciò non venga fatto, l'inadempimento ha conseguenze sul rapporto sinallagmatico con la prestazione principale del patto. Colui al quale la controprestazione è promessa deve avere la possibilità di reagire e, eventualmente, di rimettere in discussione 'atto. Ciò è quanto viene disposto dall'art. 514 c.c., che ammette, qualora le prestazioni non siano debitamente adempiute (artt. 68 ss. c.o.) o garantite, il recesso unilaterale in conformità al diritto delle obbligazioni (art. 97 c.o. ss.³⁵⁹)³⁶⁰.

Dunque, l'art. 514 c.c. tutela il disponente nel patto successorio istitutivo, che si sia fatto promettere una controprestazione (ad esempio, una vendita vitalizia o il mantenimento vitalizio), e il contraente rinunciante nel patto successorio rinunciativo, quando si sia fatto promettere una controprestazione in cambio della rinuncia (solitamente il trasferimento tra vivi di determinati beni).

Il patto può anche essere rimesso in discussione, per applicazione analogica dell'art. 514 c.c., quando il disponente dissipi la sua fortuna o renda impossibile l'esecuzione di un legato.

In tutti questi casi, il creditore della prestazione può procedere conformemente alle regole del diritto delle obbligazioni in materia di inadempimento di un contratto sinallagmatico (artt. 107 ss. c.o.)³⁶¹.

Il creditore deve innanzitutto mettere in mora il debitore. La messa in mora necessita dell'interpellazione (art. 102, comma 1, c.o.: "Se l'obbligazione è scaduta, il debitore è costituito in mora mediante l'interpellazione del creditore"), a meno che non sia realizzata una delle ipotesi previste dall'art. 102, comma 2, c.o. ("Quando il giorno dell'adempimento sia stato stabilito o risulti determinato da una disdetta preventivamente convenuta e debitamente fatta, il debitore è costituito in mora pel solo decorso di detto giorno").

³⁵⁹ Art. 97 c.o.: "1. Il debitore che non adempie l'obbligazione o non la adempie nel debito modo, è tenuto al risarcimento del danno derivatone, a meno che provi che nessuna colpa gli è imputabile. 2. L'esecuzione è regolata dalle disposizioni della legge federale dell'11 aprile 1889 sull'esecuzione e sul fallimento e dal Codice di procedura civile del 19 dicembre 2008 (CPC)".

³⁶⁰ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 397.

³⁶¹ Art. 107 c.o.: "1. Allorquando in un contratto bilaterale un debitore è in mora, il creditore ha il diritto di fissargli o di fargli fissare dall'autorità competente un congruo termine per l'adempimento. 2. Se l'adempimento non avviene neppure entro questo termine, il creditore può nulladimeno richiedere l'adempimento ed il risarcimento del danno pel ritardo, ma invece di ciò, purché lo dichiari immediatamente, può rinunciare alla prestazione tardiva e pretendere il danno derivante dall'inadempimento oppure recedere dal contratto".

Art. 108 c.o.: "La fissazione di un termine per l'adempimento tardivo del contratto non è necessaria: 1. quando dal contegno del debitore risulti che essa sarebbe inutile; 2. quando per la mora del debitore la prestazione abbia perduto ogni interesse pel creditore; 3. quando dal contratto risulti l'intenzione dei contraenti che l'obbligazione debba adempirsi esattamente ad un tempo determinato od entro un dato termine".

Art. 109 c.o.: "1. Chi recede dal contratto può rifiutare la controprestazione promessa e ripetere quanto egli da parte sua ha già prestato. 2. Egli ha inoltre diritto al risarcimento dei danni derivanti dal mancato contratto, in quanto il debitore non provi che non gli incombe alcuna colpa".

Successivamente, salvo i casi previsti dall'art. 108 c.o.³⁶², il creditore deve fissare o far fissare dall'autorità competente un termine congruo entro il quale il debitore dovrà adempiere all'obbligazione (art. 107, comma 1, c.o.). Quando anche entro il termine fissato non vi sia stato adempimento, il creditore potrà esercitare una delle tre facoltà previste dall'art. 107, comma 2, c.o.: continuare ad agire per ottenere l'esecuzione della prestazione e richiedere i danni derivanti dal ritardato adempimento; rinunciare con una dichiarazione immediata all'adempimento e richiedere i danni per l'inesecuzione; rinunciare con una dichiarazione immediata all'adempimento, recedere dal contratto e chiedere il risarcimento dei danni da mancato contratto (art. 109, comma 2, c.o.).

La dichiarazione di recesso dal contratto non è soggetta ad alcuna particolare forma; pertanto, nel patto istitutivo il disponente recupera la sua libertà di disporre senza dover annullare il contratto con una delle forme previste per il testamento (diversamente da quanto disposto dall'art. 513, comma 3, c.c.). Quanto alla risoluzione del patto rinunciativo, esso permette al rinunciante di riacquisire di pieno diritto la sua qualità di erede presuntivo³⁶³.

D. Altre cause legali di caducità

L'ordinamento giuridico prevede alcune ipotesi, comuni anche al testamento, di caducità del patto successorio per legge.

L'art. 515 c.c. ne menziona solo una, prevedendo che il patto sia sciolto di pieno diritto quando l'erede o il legatario (beneficiari di un contratto successorio istitutivo) non sopravvivano al disponente. A questa ipotesi possono essere assimilati il caso di rinuncia all'eredità e l'indegnità³⁶⁴.

³⁶² Art. 108 c.o.: “La fissazione di un termine per l'adempimento tardivo del contratto non è necessaria: 1. quando dal contegno del debitore risulti che essa sarebbe inutile; 2. quando per la mora del debitore la prestazione abbia perduto ogni interesse pel creditore; 3. quando dal contratto risulti l'intenzione dei contraenti che l'obbligazione debba adempirsi esattamente ad un tempo determinato od entro un dato termine”.

³⁶³ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 398 s.

³⁶⁴ In relazione al patto successorio rinunciativo, normalmente il problema non si pone poiché esso è in linea di massima opponibile agli eredi del rinunciante.

Dunque, se l'erede o il legatario istituiti per patto successorio premuovono al disponente, non succederanno a quest'ultimo (artt. 542 e 543 c.c.³⁶⁵) e la loro quota verrà acquisita dagli eredi legali del disponente (art. 572, comma 2, c.c. per analogia³⁶⁶).

Tuttavia, secondo quanto disposto dall'art. 572, comma 2, c.c., non si tratta di una regola imperativa e, infatti, le parti possono convenire, in caso di premorienza del beneficiario, una sostituzione volgare in favore dei suoi eredi o di terzi.

Qualora un patto successorio sia caduco, le prestazioni che il disponente ha ricevuto in virtù di esso divengono senza causa. Pertanto, salvo contraria volontà, gli eredi del contraente premorto possono domandare al disponente la restituzione della controprestazione, secondo le regole dell'arricchimento indebito (artt. 62 ss. c.o.), che deve essere valutato al momento della morte del contraente (art. 515, comma 2, c.c.).

Tuttavia, bisogna distinguere il caso particolare, di cui si è *supra* parlato, in cui il contraente abbia già ricevuto tra vivi tutto o parte del patrimonio del *de cuius*: in questo caso, in caso di premorienza del contraente, la regola speciale dell'art. 534, comma 3, c.c.³⁶⁷ prevale sull'art. 515, comma 1, c.c.³⁶⁸.

Da quanto sin qui analizzato, risulta che il Codice civile svizzero prevede due vie (valide sia per il testamento che per il patto successorio) per far valere l'inefficacia di un atto *mortis causa*: 1. l'azione di annullamento, esercitabile in caso di assenza della capacità di disporre, in presenza di un vizio della volontà, in caso di illiceità delle modalità di disposizione e vizi di forma delle disposizioni a causa di morte (artt. 519-521 c.c.; mentre questi vizi comportano la nullità degli atti tra vivi cui ineriscono, comportano solo l'annullabilità degli atti *mortis causa*); 2. l'azione di riduzione (*Herabsetzungsklage*), che garantisce agli eredi riservatari, qualora non sia stata rispettata la loro quota di riserva, la possibilità di agire per conseguirla, ottenendo che le liberalità per causa di morte o *inter vivos* siano ridotte alla giusta misura (artt. 522-533 c.c.); l'azione costituisce, pertanto, la sanzione per il mancato rispetto delle regole sulla libertà di disporre (artt. 470-480 c.c.).

³⁶⁵ Art. 542 c.c.: "1. Per raccogliere una successione, l'erede deve vivere ed essere capace di succedere al momento dell'apertura della successione stessa. 2. I diritti dell'erede morto dopo l'apertura della successione passano agli eredi di lui".

Art. 543 c.c.: "1. Il legatario acquista il diritto alla cosa legata se è vivo e capace di succedere al momento dell'apertura della successione. 2. Se premuore al disponente, il legato decade a favore di colui che era tenuto a soddisfarlo, eccetto che una diversa intenzione non risulti dalla disposizione".

³⁶⁶ Art. 572, comma 2, c.c.: "Se esistono disposizioni a causa di morte, la parte a cui l'istituto rinuncia passa ai prossimi eredi legittimi del defunto, eccetto che una diversa intenzione non risulti dalla disposizione".

³⁶⁷ Art. 534, comma 3, c.c.: "Ove la consegna sia avvenuta in vita del disponente, i diritti e le obbligazioni derivanti dal contratto passano, salvo disposizione contraria, agli eredi dell'istituto".

³⁶⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 399 s. Si veda *supra* 222 ss.

Le regole dell'azione di riduzione si applicano per analogia anche ad altre azioni con le quali è domandata la riduzione di prestazioni connesse con una successione, tra le quali: l'azione del beneficiario di un patto successorio istitutivo con la quale egli faccia valere la contraddittorietà con il patto delle disposizioni (disposizioni *mortis causa* o le liberalità *inter vivos*) compiute dal disponente (art. 494, comma 3, c.c.); l'azione della parte beneficiaria di un patto successorio quando l'attribuzione sia stata ridotta e domandi a sua volta la riduzione della controprestazione effettuata (art. 528, comma 2, c.c.)³⁶⁹.

Si tratta di due azioni di natura costitutiva (*Gestaltungsklage*) che devono essere esercitate, portando all'annullamento dell'atto o alla riduzione della sua portata, entro il termine previsto per l'esercizio delle medesime (si tratta, pertanto, di due azioni che tendono ad eliminare o modificare gli effetti giuridici già prodottisi di un atto).

Le azioni possono essere intentate da chiunque come erede o legatario abbia interesse a far annullare la disposizione o ridurre la portata.

Alle due vie sopra presentate si aggiunge il caso in cui le disposizioni non producano alcun effetto: il caso di inesistenza delle disposizioni (ad esempio, quando manchi un elemento costitutivo delle stesse, come nel caso in cui la volontà del disponente faccia completamente difetto o quando l'atto non sia stato redatto dal *de cuius*); il caso delle disposizioni la cui validità è subordinata al realizzarsi di una condizione sospensiva legale o al non realizzarsi di una condizione risolutiva legale; il caso di disposizioni nulle di pieno diritto, ossia le disposizioni affette da un vizio così fondamentale che la giurisprudenza, in deroga agli artt. 519-521 c.c., ha stabilito che esse siano completamente prive di effetti giuridici e non semplicemente annullabili (tra di esse c'è la promessa di stipulare in futuro un patto successorio).

Sia che siano inesistenti, caduche o nulle di pieno diritto, le disposizioni a causa di morte sono prive di efficacia *ab origine*; pertanto, non è necessario attaccarle con un'azione specifica, ma chiunque ne abbia interesse potrà in ogni tempo farne constatare l'inefficacia mediante un'azione dichiarativa, che non è soggetta alle regole previste agli artt. 519 ss. né per quanto concerne i presupposti né per quanto riguarda gli effetti³⁷⁰.

Un'altra situazione che potrebbe verificarsi in seguito alla stipulazione di un contratto successorio è quella in cui la condizione familiare del *de cuius* si modifichi in modo tale da ridurre la sua libertà dispositiva (ad esempio, quando si sposi o registri la propria convivenza o gli nasca un figlio o lo riconosca o ne adotti uno, ecc.). Quando tale modifica avviene dopo che

³⁶⁹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 420 s.

³⁷⁰ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 402 ss.

il *de cuius* abbia disposto del proprio patrimonio *mortis causa* per patto successorio o per testamento, il diritto svizzero (al contrario, ad esempio, dell'ordinamento romano, che prevedeva la caducità del testamento per sopravvenienza di figli) dispone che le disposizioni prese siano semplicemente riducibili in seguito alla domanda proposta dal nuovo erede riservatario (art. 516 c.c.)³⁷¹.

Pertanto, costui potrà ottenere solo la sua quota di riserva e non la parte legale che gli sarebbe spettata *ab intestato* se le disposizioni fossero state considerate caduche. La riduzione è sopportata nella medesima proporzione da tutti i beneficiari delle disposizioni per causa di morte (art. 525 c.c.).

Tuttavia, l'art. 516 c.c. è di diritto dispositivo; pertanto, *ex art.* 469 c.c., le disposizioni possono essere annullate per errore sul motivo quando si può provare che il *de cuius* non avrebbe disposto in tal modo se avesse saputo che la sua libertà dispositiva sarebbe successivamente diminuita³⁷².

³⁷¹ Art. 516 c.c.: “Verificandosi pel disponente, dopo la disposizione a causa di morte, una causa di limitazione della facoltà di disporre, la disposizione non è annullata, ma rimane soggetta all'azione di riduzione”.

³⁷² P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 401.

14. L'apertura della successione; accettazione e rinuncia all'eredità

La successione si apre alla morte del *de cuius* (art. 537, comma 1, c.c.); solo a partire da questo momento le semplici aspettative successorie degli eredi e dei legatari si trasformano in un diritto puro e semplice. Gli effetti dell'apertura della successione si producono di pieno diritto, indipendentemente da tutte le formalità ufficiali o dalla manifestazione di volontà dei successori³⁷³.

Il codice non prescrive né la consegna del patto successorio all'autorità competente, né disciplina la sua apertura. Il legislatore, infatti, è partito dall'idea che il contraente sia necessariamente a conoscenza dell'esistenza e del contenuto del patto successorio stesso e che, quindi, sia in grado di far valere i suoi diritti al momento dell'apertura della successione. Tuttavia, non è stata presa in considerazione l'eventualità che il patto successorio contenga disposizioni relative a terzi non contraenti (beneficiari di liberalità, esecutori testamentari, ecc.) e la necessità anche per gli eredi istituiti per patto successorio di ottenere un certificato ereditario e di entrare in possesso dei beni loro spettanti.

Pertanto, si auspica una revisione del diritto successorio in materia affinché vengano introdotte norme specifiche e comuni a tutti i cantoni. In ogni caso, oggi tutti i diritti cantonali prevedono, almeno titolo facoltativo, la consegna dei patti successori all'autorità competente e la loro apertura secondo le medesime modalità previste per i testamenti.

Inoltre, la dottrina, ritenendo che su tale punto la legge presenti una lacuna propriamente detta (art. 1, comma 1, c.c.), si è evoluta progressivamente verso un'assimilazione completa dello statuto del patto successorio a quello del testamento per quanto riguarda gli articoli 556-558 c.c.³⁷⁴. Infatti, oggigiorno, non si vi è alcun dubbio che un patto successorio debba essere

³⁷³ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 452.

³⁷⁴ Art. 556 c.c.: “1. Se alla morte di una persona si rinviene un testamento, questo deve sollecitamente essere consegnato all'autorità competente, ancorché si considerasse nullo. 2. Il funzionario che ha rogato il testamento o presso il quale è depresso, ed ognuno che l'abbia ricevuto in custodia o che l'abbia trovato tra le cose del defunto, è tenuto ad adempiere questo obbligo, sotto sua personale responsabilità, appena gli sia nota la morte del testatore. 3. Dopo la consegna, l'autorità deve, uditi se possibile gli interessati, lasciare l'eredità nel possesso provvisorio degli eredi legittimi o nominare un amministratore”.

Art. 557 c.c.: “1. Il testamento dev'essere pubblicato dall'autorità competente entro il termine di un mese dall'avvenuta comunicazione. 2. Gli eredi sono invitati ad assistervi in quanto siano conosciuti dall'autorità. 3. Ove il defunto abbia lasciato più di un testamento, tutti devono essere presentati all'autorità e dalla medesima pubblicati”.

Art. 558 c.c.: “1 Tutti i partecipanti all'eredità ricevono, a spese della medesima, una copia della disposizione pubblicata, in quanto essa li concerne. 2 Ai beneficiati di ignota dimora la comunicazione è fatta mediante pubblicazione”.

rimesso all'autorità e aperto quando contenga disposizioni testamentarie, disposizioni concernenti persone diverse dal contraente o quando esso medesimo preveda questa apertura.

Ogni volta che il patto successorio abbia dato luogo, secondo tali principi, a una procedura di apertura e di comunicazione a titolo obbligatorio o facoltativo, potrà essere rilasciato un certificato ereditario alle medesime condizioni previste per il certificato testamentario. Ma, quando una tale procedura non abbia avuto luogo, gli eredi istituiti per patto successorio dovranno comunque poter ottenere dall'autorità un documento di legittimazione. Possono, allora, prendere loro stessi l'iniziativa di domandare una procedura di apertura della successione per poter, in mancanza di contestazione entro il mese che segue la comunicazione (artt. 558 e 559, comma 1, c.c.³⁷⁵), richiedere il rilascio di un certificato ereditario³⁷⁶.

L'art. 560 c.c. dispone che: “1. Gli eredi acquistano per legge l'universalità della successione dal momento della sua apertura. 2. Salve le eccezioni previste dalla legge, i crediti, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso del defunto passano senz'altro agli eredi, ed i debiti del medesimo diventano loro debiti personali. 3. Per gli eredi istituiti, gli effetti dell'acquisto risalgono al momento dell'apertura della successione, e gli eredi legittimi sono tenuti a consegnar loro l'eredità secondo le regole del possesso”.

Pertanto, l'ordinamento successorio elvetico dispone che gli eredi, alla morte del *de cuius*, acquistino l'universalità della successione (tutto l'attivo ereditario e tutto il passivo del *de cuius*) *ex lege*, ossia *ipso iure*³⁷⁷: l'accettazione dell'eredità da parte degli eredi non è necessaria, ma costoro rimangono comunque liberi di rinunciare ad essa (art. 566, comma 1, c.c.³⁷⁸)³⁷⁹.

Ciascun erede, infatti, anche se istituito per patto successorio, può rifiutare puramente e semplicemente l'eredità mediante una dichiarazione di rinuncia (artt. 566 ss. c.c.); rinunciando, egli perde la qualifica di erede e non acquista l'attivo ereditario, ma allo stesso tempo non risponderà dei debiti del *de cuius* e della successione. Tuttavia, se tutti gli eredi rinunciano all'eredità, successivamente alla liquidazione della successione operata dall'ufficio dei

³⁷⁵ Art. 559, comma 1, c.c.: “Trascorso un mese dalla comunicazione, gli eredi istituiti, i cui diritti non siano espressamente contestati dagli eredi legittimi o dai beneficiari di una disposizione anteriore, possono ottenere una dichiarazione dell'autorità, nel senso che essi sono riconosciuti eredi, riservate le azioni di nullità e di petizione di eredità”.

³⁷⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 486 s.

³⁷⁷ Tale acquisto ha luogo senza che sia necessaria alcuna formalità, come, ad esempio, l'iscrizione nel registro fondiario.

³⁷⁸ Art. 566, comma 1, c.c.: “Gli eredi legittimi e istituiti possono rinunciare alla successione loro devoluta”.

³⁷⁹ S. WOLF, I. BERGER STEINER, *Erbrecht*, 1323 ss. n. 92. Non si può rinunciare in anticipo al diritto di rinunciare all'eredità. È da sottolineare che, qualora il beneficiario contrattuale di un'istituzione di erede o di un legato rinunci all'eredità, quando abbia già adempiuto alla controprestazione a favore del disponente, non potrà ripetere quanto già dato poiché la rinuncia è dipesa dalla sua volontà.

fallimenti, il saldo attivo dell'eredità (qualora sussista dopo il pagamento di tutti i debiti, dei legati e delle spese) viene da loro ricevuto come se non avessero mai rinunciato (art. 573, comma 2, c.c.).

La rinuncia è l'atto unilaterale con il quale un erede rende caduco il suo acquisto dell'eredità; si tratta di un atto di natura formativa che sopprime la qualità di erede, pertanto è irrevocabile. La rinuncia può essere anche parziale (ad esempio, quando un erede succede a due titoli, cioè come erede legale e come erede istituito, può rinunciare alla parte di eredità che avrebbe acquistato sulla base di uno dei due).

Fintanto che l'erede non accetta e non rinuncia, egli è considerato erede sotto condizione risolutiva e ha l'amministrazione ordinaria dell'eredità (qualora vada oltre tale amministrazione, decade dalla facoltà di rinunciare)³⁸⁰.

La rinuncia è un atto formale; il rinunciante deve avere la qualità (deve essere erede legale o istituito, art. 566 c.c.) e la capacità di rinunciare ai suoi diritti di successione (capacità civile attiva e il potere di disporre dei suoi beni) e non deve essere decaduto dal suo diritto alla rinuncia (per lo spirare del termine prescritto; per accettazione della successione; per aver compiuto atti di ingerenza negli affari della successione; per atti disonesti compiuti dall'erede; art. 571 c.c.).

L'atto deve essere compiuto entro tre mesi, trascorsi i quali l'erede acquista puramente e semplicemente l'eredità (art. 567, comma 1, e art. 571, comma 1, c.c.).

In caso di patto successorio, il termine decorre in linea di massima a partire dal giorno in cui l'erede ha avuto conoscenza del decesso del *de cuius*, poiché, in ragione del carattere bilaterale dell'atto, egli è già a conoscenza della sua vocazione ereditaria. Fa eccezione il caso in cui il patto successorio sia stato oggetto di una procedura di apertura della successione o avrebbe dovuto esserlo in base al diritto federale perché contenente disposizioni testamentarie o l'istituzione di erede di una persona diversa dal contraente; in tal caso, il termine decorre dal momento in cui il contenuto del patto viene comunicato secondo l'art. 558 c.c. o, in difetto, dal momento in cui l'erede è venuto a conoscenza dei suoi diritti³⁸¹.

L'erede può anche chiedere, qualora non abbia certezza che l'eredità sia attiva, la compilazione dell'inventario e, al termine, può, invece di accettare puramente e semplicemente o rinunciare, accettare l'eredità con beneficio di inventario (artt. 580 ss. c.c.); rimanendo erede, continuerà a rispondere dei debiti ereditari, ma la sua responsabilità è, in linea di massima, limitata ai soli debiti inventariati. La richiesta può essere avanzata da qualsiasi erede che abbia

³⁸⁰ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 506 ss.

³⁸¹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 510 ss.

la facoltà di rinunciare e deve essere presentata entro un mese all'autorità competente (art. 580 c.c.)³⁸².

Infine, l'erede può richiedere la liquidazione d'ufficio della successione (artt. 593 ss.); essa limita la responsabilità degli eredi all'attivo successorio: gli eredi mantengono la loro qualità e il diritto a ricevere l'eventuale residuo attivo, ma perdono la possibilità di procedere personalmente alla liquidazione e non rispondono personalmente dei debiti³⁸³.

Una volta aperta la successione, gli eredi istituiti per contratto successorio, allo stesso modo di quelli legali e di quelli istituiti per testamento, possono esercitare l'azione di petizione dell'eredità (artt. 598 ss. c.c.) contro tutte le persone che sono in possesso dei beni ereditari al fine di far valere il proprio diritto successorio su di essi.

³⁸² P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 506; 530 ss.

³⁸³ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 503 ss.

15. I patti successori dispositivi, i patti successori obbligatori e altri istituti

Pu ammettendo le due categorie di patto successorio in precedenza analizzate, il diritto svizzero non accoglie, in linea di principio, il patto successorio dispositivo, ossia il patto con il quale un erede presuntivo dispone della sua quota in favore di un coerede o di un terzo mentre il *de cuius* è ancora in vita.

Questa tipologia contrattuale è ritenuta immorale in quanto comporterebbe una speculazione sulla morte del *de cuius* e, di conseguenza, potrebbe rappresentare un rischio per quest'ultimo. Per tale motivo, l'art. 636, comma 1, c.c. stabilisce la regola generale secondo cui: "Sono nulle e di nessun effetto le convenzioni stipulate a riguardo di una successione non ancora aperta dai coeredi fra loro o da alcuno d'essi con un terzo"; le prestazioni eventualmente compiute in funzione di tale patto sono soggette a ripetizione *ex art. 636, comma 2, c.c.*: "Le prestazioni date per tali contratti sono soggette a restituzione", che prevale sull'art. 66 c.o.³⁸⁴.

L'art. 636, comma 1, c.c. prevede tuttavia un'eccezione per il caso in cui il *de cuius* presti il suo consenso al patto medesimo: "senza l'intervento ed il consenso di quegli della cui eredità si tratta". L'intervento del *de cuius* e il suo consenso all'atto donano alla convenzione la trasparenza necessaria a ritenerla ammissibile senza tacciarla di immoralità.

Il patto dispositivo può avere ad oggetto l'intera aspettativa successoria del cedente (solitamente, infatti, si tratta della quota ereditaria spettante ad un coerede), ma si può trattare anche dell'aspettativa che un erede desidera cedere ad un terzo o di un solo diritto all'attribuzione di un bene in fase di divisione. Inoltre, la cessione dell'aspettativa successoria può assumere qualsiasi forma: trasferimento ad un erede o ad un terzo, costituzione di un pegno, ripartizione di certi beni in sede divisoria, ecc.

Il patto deve essere redatto in forma scritta (per analogia *ex art. 635 c.c.*) e, come visto, deve essere concluso con l'intervento e il consenso del *de cuius*. Nonostante si parli di "intervento", non è necessario che l'ereditando sia parte del contratto, ma è sufficiente che egli dia chiaramente nei confronti delle parti il suo assenso al contenuto del contratto³⁸⁵.

La dichiarazione del *de cuius* non è sottoposta a particolari requisiti di forma, ma ciò non osta al fatto che essa dovrebbe essere fornita della forma scritta per renderne più agevole la prova.

³⁸⁴ Art. 66 c.o.: "Non vi ha luogo a ripetizione di ciò che fu dato intenzionalmente per uno scopo contrario alla legge od ai buoni costumi".

³⁸⁵ Il consenso potrebbe essere prestato anche in relazione solo ad un progetto di contratto.

Il consenso, una volta prestato, è irrevocabile, ma ciò non toglie che il *de cuius* possa disporre *mortis causa* e *inter vivos* come meglio creda.

Il patto successorio dispositivo, sia che sia concluso tra coeredi, sia che sia concluso tra un erede presuntivo ed un terzo, produce solo effetti obbligatori tra le parti contraenti. L'acquirente ha un credito che gli permette di esigere dal cedente la parte di eredità da costui ricevuta in seguito alla liquidazione; la situazione è quindi comparabile a quella prevista dall'art. 635, comma 2, c.c.: "Se tali contratti sono stipulati da uno degli eredi con un terzo, essi non danno a questo il diritto d'intervenire nella divisione, ma solo di pretendere la parte che nella divisione sarà attribuita al cedente"³⁸⁶.

Un'altra tipologia di contratto, vietato dall'ordinamento svizzero è quella con cui ci si obbliga a fare o non fare in futuro una disposizione per causa di morte. Questo contratto si distingue dal patto successorio³⁸⁷ poiché, mentre nel patto successorio il *de cuius* dispone *hic et nunc* per causa di morte, in questo caso egli si obbliga a farlo o non farlo in un momento futuro (mediante testamento o patto successorio). L'obbligo di disporre *mortis causa* è nullo di pieno diritto (art. 27 c.c.: "1. Nessuno può rinunciare, neppure in parte, alla capacità civile. 2. Nessuno può alienare la propria libertà, né assoggettarsi nell'uso della medesima ad una limitazione incompatibile col diritto o con la morale."); esso è considerato, difatti, un impegno ed un legame eccessivamente gravoso. Allo stesso modo, l'erede presuntivo può rinunciare ai suoi diritti sulla successione del *de cuius* solo per patto successorio e *hic et nunc*: una promessa di addivenire in futuro a tale rinuncia è nulla³⁸⁸.

Il testamento congiuntivo (*gemeinsames Testament/gemeinschaftliches Testament*) si configura quando due persone adottano congiuntamente delle disposizioni *mortis causa* unilaterali in un solo e medesimo atto per causa di morte (ad esempio, può essere il caso di due coniugi che si istituiscano reciprocamente eredi). Se ne può dedurre che si tratti di testamenti dipendenti l'uno dall'altro. Tale istituto non è ritenuto valido dall'ordinamento giuridico svizzero per due ordini di ragioni: in primo luogo poiché la forma testamentaria è prevista solo per un soggetto e, in secondo luogo, perché due persone non possono legarsi a causa di morte se non nella forma di un patto successorio. Il testamento congiuntivo potrà essere attaccato mediante azione di nullità *ex art. 520 c.c.*

³⁸⁶ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 341; 617 ss.

³⁸⁷ Malgrado il testo dell'art. 494 c.c. sui patti successori affermi: "Il disponente può obbligarsi", si tratta di un contratto che non necessita di alcun atto successivo e che produrrà i suoi effetti al momento dell'apertura della successione. Si veda anche § 11.

³⁸⁸ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 341; 341 nt. 11; ATF 108/1982 II 405/408.

Tuttavia, la redazione di due testamenti individuali, ma consecutivi e sul medesimo supporto materiale è valida, così come è valido il testamento che subordini l'efficacia delle disposizioni in esso contenute alla condizione che quelle contenute nel testamento di un terzo non vengano revocate³⁸⁹.

La donazione a causa di morte è quel contratto di donazione la cui l'esecuzione è fissata al momento del decesso del donante. Si differenzia dal contratto successorio poiché si tratta di un atto *inter vivos*. Tuttavia, essendo i suoi effetti prossimi a quelli di una designazione di legatario per patto successorio, l'art. 245, comma 2, c.o. sottomette le donazioni *mortis causa* alla medesima disciplina del patto successorio (capacità, forma, libertà di disporre, annullabilità, ecc.)³⁹⁰.

³⁸⁹ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 341 s.

³⁹⁰ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 343.

16. Il patto successorio nella sua applicazione pratica

Il contratto successorio, nonostante i dubbi iniziali relativi alla sua introduzione all'interno del diritto elvetico, non solo ha positivamente fornito prova di sé, ma, come dimostra la pratica notarile, è l'istituto generalmente adoperato per la pianificazione della successione degli individui e, soprattutto, delle piccole e medie imprese.

I motivi che spingono gli individui a stipulare un contratto successorio possono essere molteplici³⁹¹. Con il contratto successorio istitutivo, spesso accompagnato da patti rinunciativi di alcuni eredi riservatari, il *de cuius* ha la possibilità: di disporre dei propri beni per il periodo successivo alla propria morte, avendo la certezza che l'assetto patrimoniale da lui scelto non potrà essere attaccato, e di ottenere una controprestazione immediata dal beneficiario in proprio favore o in favore di terzi (il contraente non si obbligherebbe mai ad una controprestazione se non avesse la certezza della futura attribuzione ereditaria, certezza che non potrebbe avere con un testamento, atto revocabile unilateralmente). Inoltre, il patto istitutivo viene frequentemente utilizzato, spesso in combinazione con un contratto matrimoniale (artt. 182 ss. c.c.³⁹²), tra i coniugi per concordare un'attribuzione massima dei diritti derivanti dal regime matrimoniale e dei diritti successori al coniuge sopravvivente e nelle situazioni delle cosiddette *patch work families*³⁹³.

Con il contratto successorio rinunciativo, invece, il contraente può ottenere un vantaggio immediato in cambio della rinuncia alla quota lui spettante sulla successione futura del *de cuius*

³⁹¹ Mentre in Italia l'esigenza di introdurre i contratti successori è sentita sia per trovare degli istituti alternativi al testamento che possano dare sicurezza sociale alla situazione successoria, sia per evitare gli alti costi successori, soprattutto per i soggetti non appartenenti al nucleo familiare, non si può dire che la seconda motivazione sia tra quelle che hanno portato all'introduzione dei patti successori in Svizzera. Infatti, in questo Paese, essi hanno un costo elevato dal punto di vista tributario, mentre non è prevista alcuna imposizione fiscale sia per le donazioni fatte in vita dal genitore ai discendenti, sia per la successione dei discendenti al *de cuius* al momento della morte di costui.

³⁹² I coniugi possono, mediante convenzione matrimoniale, scegliere il regime patrimoniale dei propri beni e il contratto può essere stipulato anche prima della celebrazione del matrimonio. Successivamente, gli sposi possono scegliere, revocare o modificare il regime dei loro beni soltanto nei limiti della legge. I coniugi o i nubendi che vogliono stipulare una convenzione matrimoniale devono essere capaci di discernimento; i minorenni e i maggiorenni sotto curatela comprendente la stipulazione di una convenzione matrimoniale abbisognano del consenso del loro rappresentante legale. La convenzione matrimoniale si fa per atto pubblico firmato dalle persone contraenti e, se del caso, dal rappresentante legale. (Si vedano gli artt. 185 c.c. e 187, comma 2, c.c. sul regime straordinario dei beni fra i coniugi). Per convenzione matrimoniale, i coniugi possono in ogni tempo ripristinare il precedente regime dei beni, adottarne uno nuovo o adottare il regime della partecipazione agli acquisti (si vedano anche gli artt. 188 ss. c.c.).

³⁹³ S. WOLF, *Die Europäische*, 959; 961.

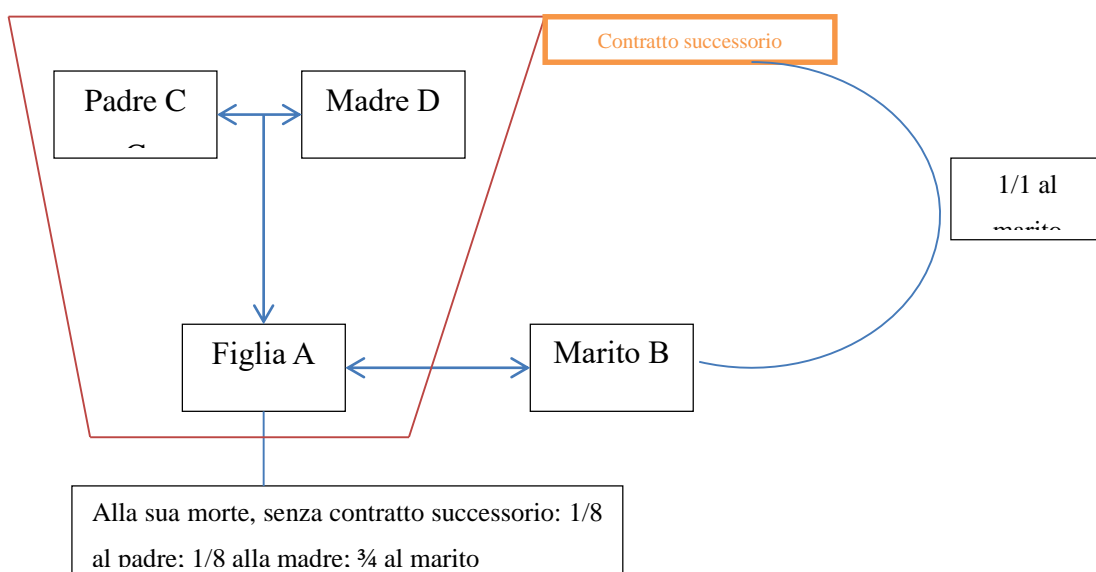
o tale patto può essere utilizzato dall'ereditando per prestare aiuto ad un riservatario che abbia dei bisogni finanziari imminenti³⁹⁴.

Si affrontano qui di seguito, a titolo esemplificativo, alcune fattispecie concrete particolarmente frequenti nella prassi³⁹⁵.

Un classico esempio, che non può essere risolto tramite un testamento, ma unicamente mediante l'impiego di un patto successorio è quello in cui vi è una figlia A, sposata con il marito B e i cui genitori C (padre) e D (madre) sono entrambi vivi.

In questo caso, secondo le generali regole successorie del Codice civile svizzero (artt. 458 e 462 c.c.), alla morte della figlia A, il suo patrimonio andrebbe, in assenza di discendenti, per $\frac{3}{4}$ al marito B e per la restante parte ai genitori in parti uguali (dunque $\frac{1}{8}$ al padre C e $\frac{1}{8}$ alla madre D).

In una siffatta situazione non è infrequente che tali soggetti vogliano fare in modo che alla morte della figlia A l'intero suo patrimonio vada al marito e che questa disposizione abbia carattere di certezza e stabilità.



Lo strumento testamentario non sarebbe in grado di raggiungere lo scopo giacché i genitori sono eredi legittimari cui spetta una quota di legittima pari alla metà della quota ereditaria loro spettante per legge (art. 471 c.c.); è vero che costoro, in caso di testamento con

³⁹⁴ P. H. STEINAUER, *Le droit*, 2015, 339 s.

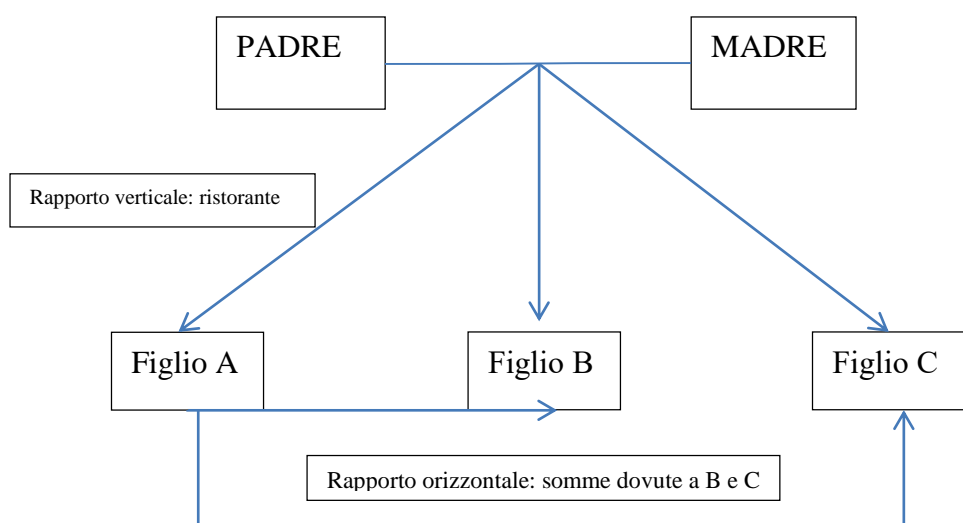
³⁹⁵ Di esse si è potuto avere contezza grazie ai colloqui con il Dott. U. Fasel, Avvocato e Notaio in Berna.

cui la figlia nomini erede universale il proprio marito, potrebbero non esperire l'azione di riduzione, ma non ci sarebbe alcuna sicurezza che i genitori si comportino in tal maniera dopo la morte della figlia. Con il contratto successorio stipulato tra questi 4 soggetti, invece, si può fissare con assoluta certezza il risultato auspicato dalle parti: con esso, infatti, non solo la figlia A nominerà suo unico erede il marito, ma i genitori rinunceranno ad ogni diritto loro spettante sulla successione della discendente.

L'aspetto rilevante e pregnante del patto successorio svizzero, come affermato in precedenza, consiste nel fatto che quanto in esso stabilito non soggiace alle regole sulla successione necessaria qualora i legittimari abbiano partecipato al patto e rinunciato, *in toto* o in parte, ai propri diritti di riserva. In questo caso, perciò, i genitori, sebbene legittimari, non avrebbero nulla a che pretendere successivamente alla stipulazione del contratto successorio e al momento della morte della figlia.

Una seconda situazione in cui è particolarmente sentita l'esigenza di ricorrere a un patto successorio si concreta in ambito economico, allorché si voglia allocare nel modo migliore possibile un'impresa, solitamente di piccole o medie dimensioni, in modo tale da garantirne la continuazione e la crescita economica.

È ad esempio il caso di una coppia di soggetti proprietari di un ristorante di famiglia e genitori di 3 figli: A, B e C. Tra questi solamente A sarebbe in grado di continuare positivamente l'attività familiare, ad esempio perché più portato degli altri per l'attività di ristorazione o perché ha lavorato per molti anni nel ristorante di famiglia.



I genitori che vogliono lasciare *in toto* il ristorante al figlio A, non potrebbero realizzare tale obiettivo mediante un testamento né mediante una donazione in quanto l'effetto di questi due atti non sarebbe certo e potrebbe essere soggetto all'azione di riduzione degli altri due figli, soggetti legittimari, *ex art. 471 n. 1 c.c.*, di $\frac{3}{4}$ della quota ereditaria. Spesso nella prassi, infatti, i discendenti non beneficiari dei genitori, di frequente spinti dal proprio coniuge (dunque estraneo al rapporto di sangue esistente tra i familiari sopra indicati), al momento della morte del secondo genitore, agiscono nei confronti del fratello che ha ricevuto uno o più beni del patrimonio ereditario già in vita, ritenendo di avere diritto a una maggior quota ereditaria.

Dunque, per garantire la successione nell'impresa, in questo caso il ristorante, è necessario un istituto che permetta di fissare la situazione voluta con assoluta certezza: il contratto successorio. Esso viene solitamente stipulato tra i genitori e i figli, stabilendo e disciplinando la successione dei primi. Nel caso qui proposto, si potrebbe ipotizzare che i genitori lascino immediatamente (in tal caso, come si specificherà in seguito, non si avrà un patto istitutivo vero e proprio) il ristorante al figlio A (rapporto verticale) e che A si obblighi a pagare immediatamente o in futuro una certa somma a ciascuno dei fratelli (rapporto orizzontale), i quali rinunciano ad agire in riduzione; si potrebbe anche ipotizzare che i genitori dispongano degli altri beni o del denaro loro rimanenti a favore degli altri due figli cui non hanno dato il ristorante. La situazione viene in tal modo cristallizzata e, al momento dell'apertura della successione, i figli B e C non potranno avanzare alcuna pretesa contro il fratello. Nel caso di mancato adempimento delle obbligazioni del figlio A in favore dei fratelli, poi, il contratto successorio non sarà sciolto e i fratelli potranno agire contro il fratello A solo per ottenere il pagamento delle somme loro dovute.

Pertanto, il contratto successorio garantirà una sicurezza e certezza sia nei confronti dei genitori, sia nei confronti dei fratelli.

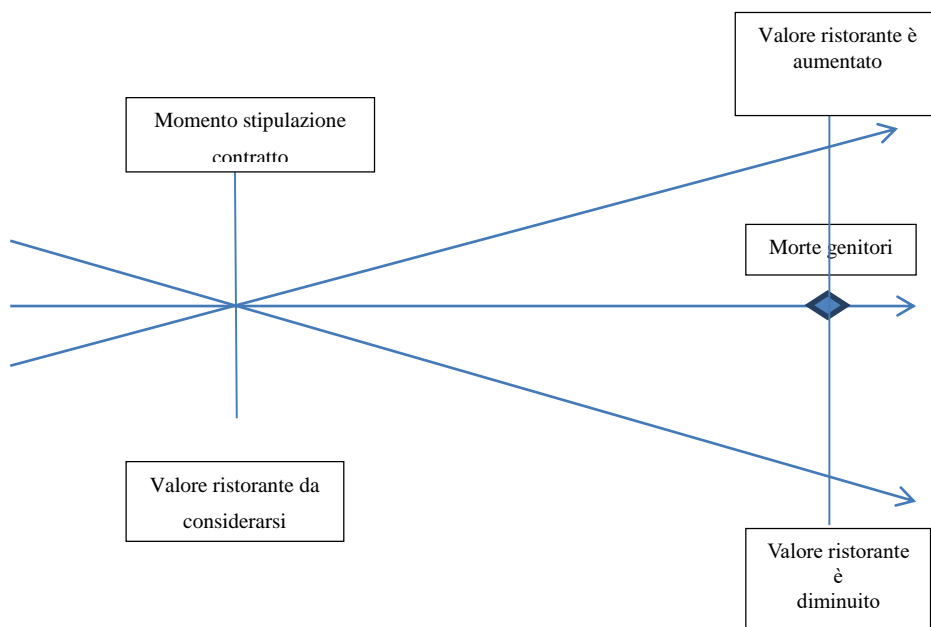
Bisogna evidenziare, inoltre, che il contratto successorio istitutivo, benché atto *mortis causa*, è spesso accompagnato nella prassi da un atto *inter vivos*, funzionalmente collegato, qual è il contratto che ha ad oggetto l'anticipazione della trasmissione dei beni facenti parte del patrimonio ereditario (nell'esempio fatto, il ristorante) la cui proprietà passa dal *de cuius* al beneficiario.

La prassi operativa notarile ha così individuato lo strumento più importante per consentire alla piccola e media impresa di affrontare concretamente il passaggio generazionale e, al

contempo, per consentire ad ogni famiglia di anticipare gli effetti della successione ereditaria per favorire gli interessi e le aspirazioni dei discendenti.

Dunque, nel caso prospettato, rispetto al disponente non si ha un vero e proprio patto successorio istitutivo, ma un negozio *inter vivos* con effetti immediati tra le parti; tutt'al più un vero e proprio patto successorio può riscontrarsi rispetto a quei soggetti (fratelli B e C) che partecipano all'atto e accettano le condizioni in esso disciplinate, rinunciando in tal modo ai diritti loro spettanti sulla successione futura dello stipulante (non potranno agire in riduzione qualora la loro quota di legittima risulterà lesa).

Il valore del bene sul quale basare le contrattazioni e la disciplina contrattuale è quello del momento della stipulazione del contratto stesso.



Con la firma del contratto successorio, dunque, le parti accettano un'*alea* insita allo stesso. Al momento della morte del disponente, il valore del ristorante, infatti, potrà essere superiore rispetto a quello che aveva all'atto della stipulazione, ma potrebbe altresì diminuire (ciò sarà più o meno dipendente dalla capacità imprenditoriale del figlio A e da altri eventuali fattori); nel primo caso, i fratelli B e C avranno probabilmente ricevuto, al momento della morte dei genitori, meno di quanto sarebbe loro spettato in assenza del contratto successorio, nel secondo caso, invece, la stipulazione del patto sarà andata a loro vantaggio in quanto, senza di

esso, avrebbero ricevuto una quota del ristorante di valore inferiore alla somma data loro dal fratello A al momento della firma.

Qualora il ristorante non venga trasferito al momento della stipula del contratto, l'alea sarà ancora maggiore, poiché, in questo caso, la diminuzione o l'aumento di valore del bene non dipenderebbero dall'azione o dalla gestione del beneficiario contrattuale.

Al momento del contratto, perciò, le parti dello stesso si assumono il rischio del mutamento della situazione futura del patrimonio che è stato oggetto dello stesso.

Il pagamento delle somme ai soggetti esclusi dall'attribuzione del bene può essere contestuale alla stipulazione del contratto o successivo, anche mediante la previsione di rate di pagamento, secondo la volontà delle parti (i fratelli B e C, ad esempio, potrebbero preferire la ricezione di una somma di denaro annuale per un tot di anni, in modo tale da avere un'entrata certa e sicura).

Qualora nel contratto successorio nulla venga disposto in relazione agli altri beni e al patrimonio relitto dei genitori, al momento dell'apertura della successione, ad essi si applicheranno le normali norme di legge sulla successione: si aprirà la successione legittima a favore di tutti e tre i fratelli o quella testamentaria (nel caso vi fosse un testamento) con eventuale applicazione delle norme sulla quota di riserva per tale parte del patrimonio.

Il contratto successorio, come già visto, cristallizza la situazione in esso disciplinata, anche a discapito delle norme civilistiche a tutela dei legittimari, i quali, avendo partecipato al contratto, non possono chiedere nulla di più di quanto in esso disposto.

La situazione cambia in caso di sopravvenienza di altro legittimario che non sia dunque stato parte del contratto. In questo caso, egli avrà tutti i diritti spettantigli per legge, tra i quali quello di esperire vittoriosamente l'azione di riduzione nei confronti degli altri eredi o delle parti del contratto successorio (è importante sottolineare che esso non sarà caduco, ma solo riducibile). Tale situazione e la problematica da essa derivante, tuttavia, si verificano raramente nella prassi poiché solitamente il contratto successorio viene stipulato tra le parti quando i disponenti sono già in un'età avanzata tale per cui la sopravvenienza di nuovi legittimari risulta poco probabile (certo, rimarrebbe la possibilità di qualche figlio di cui si ignori l'esistenza, ma anche questa è un'ipotesi assai rara).

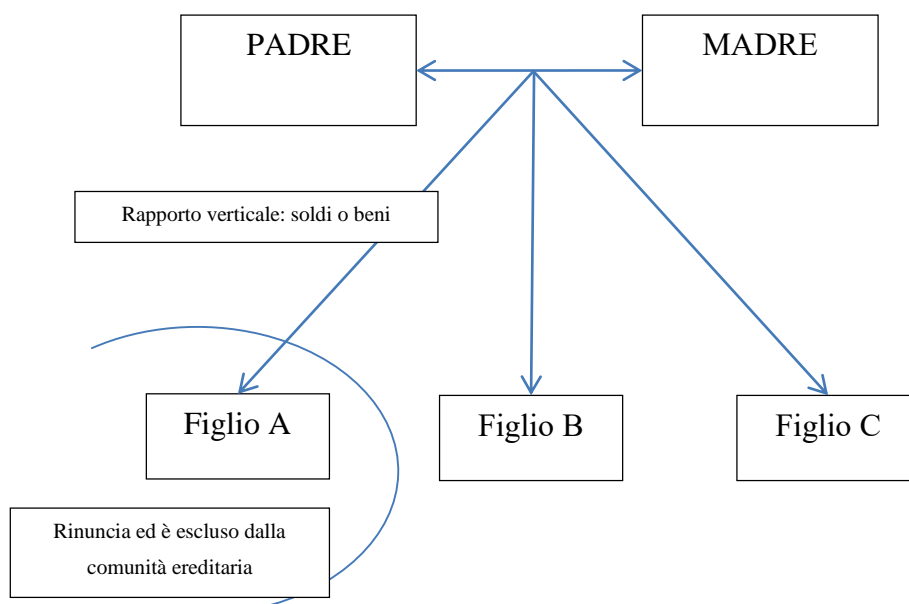
Il testamento successivo eventualmente lesivo di quanto disposto con il contratto successorio sarà invalido per le parti con esso contrastanti. Ciò è comunque difficile che accada in quanto, come visto, solitamente nella prassi, con il patto successorio si ha l'immediato

passaggio del bene oggetto dello stesso ad un soggetto diverso dallo stipulante, senza che costui ne conservi la proprietà e possa nuovamente disporne.

Inoltre, l'immediato passaggio del bene o dei beni oggetto del patto successorio permette di evitare tutta una serie di problematiche che potrebbero verificarsi dopo la stipulazione del negozio, prima tra tutte la vendita del bene o dei beni a soggetti diversi dal destinatario risultante dal contratto, che ne sarebbe diventato proprietario solo all'apertura della successione. Se il passaggio non fosse immediato, dunque, vi sarebbero due interessi contrapposti: quello del beneficiario dell'attribuzione contrattuale *mortis causa* del bene e quello del terzo acquirente dello stesso o dei successivi aventi causa.

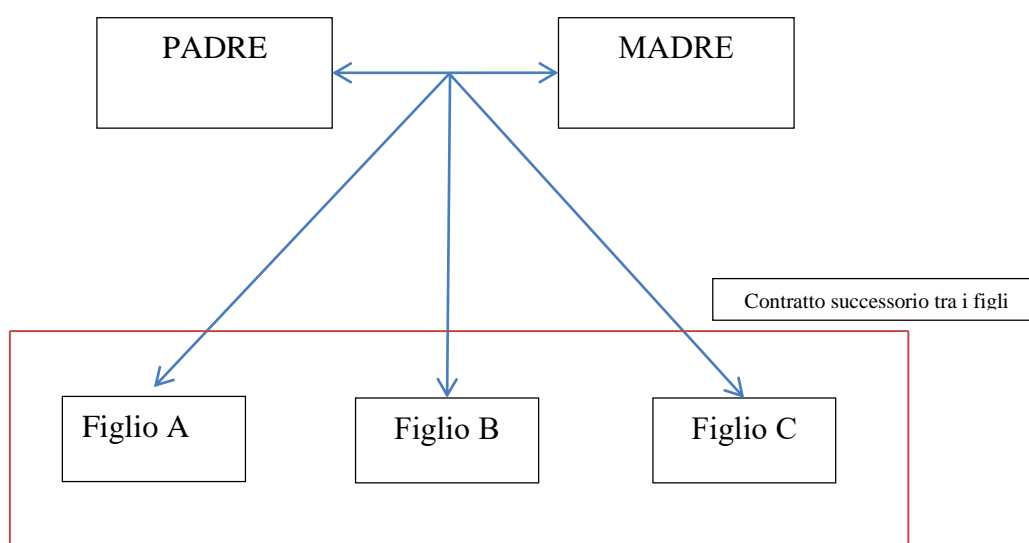
Il trasferimento immediato è poi utile in un'altra serie di situazioni. Infatti, nella maggioranza delle fattispecie concrete, i genitori che stipulano un patto successorio con i propri figli o con uno di costoro, alienano immediatamente i beni oggetto del contratto, riservandosene tuttavia l'usufrutto (specialmente quando si tratti di abitazioni). Nel caso in cui il passaggio del bene o dei beni non fosse contestuale all'atto, si verificherebbe un primo problema allorché uno dei genitori o entrambi, una volta anziani, necessitassero di una casa di cura. Le case di cura, infatti, hanno costi mensili piuttosto elevati e, al fine di avere una sicurezza concernente il pagamento di quanto loro dovuto o al momento del mancato pagamento, tendono a far sì/fanno sì che i loro ospiti vendano i beni di cui sono proprietari per ottenere le somme necessarie al soddisfacimento dell'obbligo verso l'istituto di cura. Con il passaggio immediato dei beni mediante contratto successorio, invece, i genitori rimangono titolari del solo diritto di usufrutto e la casa di cura presso cui eventualmente andranno a risiedere non potrà intaccare tale loro diritto.

Un'altra situazione pratica, per risolvere la quale il patto successorio è largamente impiegato nella prassi, è quella in cui all'interno di una famiglia ci sia un soggetto (solitamente un figlio) che abbia sempre dato problemi o tenuto un comportamento poco corretto in generale e nei confronti dei familiari. In tal caso, è frequente che i genitori vogliano tacitare, mentre sono ancora in vita, i suoi diritti successori mediante la dazione a costui di una somma o di uno o più beni in modo tale da estrometterlo dalla futura vicenda successoria: il figlio, partecipando al contratto, rinuncia ai suoi diritti sull'eredità dei genitori al momento della loro morte.



Nel caso qui prospettato, dunque, il contratto successorio viene posto in essere solo tra i genitori e il figlio A, quello che si vuole escludere dalla successiva successione ereditaria, che accetta di ricevere una certa somma di denaro o una certa quantità di beni e rinuncia ai diritti successori lui spettanti dalla morte del padre e della madre.

Un'ulteriore ipotesi in cui il contratto successorio risulta essere necessario si verifica nel caso in cui i figli del *de cuius* abbiano l'esigenza, ad esempio per evitare future liti in sede divisionale, di disciplinare la successione futura dei genitori.



In questo caso, allora, si configura un vero e proprio patto successorio dispositivo con il quale i fratelli disciplinano nel modo da loro voluto e condiviso le modalità di una futura successione (quella dei genitori). Come visto in precedenza, è necessario il consenso del *de cuius* affinché un atto siffatto sia valido. In tal modo, dunque, mediante il patto dispositivo possono essere introdotte nuove regole divisionali, alle quali si dovrà guardare al momento dell'apertura della successione del secondo genitore morto.

17. Brevi riflessioni e nuovo progetto di riforma del diritto successorio

Come anticipato, il contratto successorio ha conosciuto e conosce una larghissima diffusione in Svizzera dove è utilizzato, anche insieme al testamento, per la trasmissione dei piccoli patrimoni ereditari, quelli della famiglia media e, soprattutto, per una trasmissione dell'impresa di famiglia che garantisca il mantenimento della struttura produttiva all'interno di essa.

Nel nostro ordinamento, quello italiano, uno dei dogmi che da sempre ha giustificato il divieto dei patti successori è stato quello della tutela della libertà testamentaria. L'esperienza dell'ordinamento elvetico, con gli opportuni distinguo anche su diversi profili metagiuridici, dimostra che il patto successorio in realtà non limiti la libertà testamentaria del disponente, quanto piuttosto la esalti (art. 494, comma 2, c.c.).

Infatti, per il redattore del codice civile Eugen Huber e per il collaboratore Virgile Rossel, l'ammissione del contratto successorio nell'intero ordinamento svizzero era necessaria da una parte per soddisfare i bisogni pratici degli individui, dall'altra per realizzare la soluzione di maggiore libertà³⁹⁶.

Appare chiaro che il concetto di libertà alla base delle contrapposte scelte adottate in Italia e in Svizzera sia profondamente diverso. In Italia, in cui il patto successorio non è ammesso, tale divieto ha, come la stessa relazione al codice evidenzia, lo scopo di garantire a ogni soggetto la libertà di disporre *mortis causa* fino al momento della sua morte e, per garantire ciò, la persona fisica non ha la possibilità/libertà di vincolarsi irrevocabilmente relativamente alla propria successione.

Secondo alcuni autori svizzeri, quello qui specificato è un concetto di libertà molto individualista³⁹⁷.

Anche secondo Huber e Rossel, infatti, l'ammissione del contratto successorio è la soluzione che concede maggiore libertà all'individuo, poiché lo lascia libero di vincolarsi, qualora lo desideri, relativamente alla propria successione prima della sua morte.

Il Codice civile svizzero, prevedendo quali mezzi di disposizione *mortis causa* sia il testamento che il contratto successorio, mette a disposizione dei soggetti, per l'esercizio della loro autonomia privata, un armamentario più vasto rispetto a quello del solo testamento. Inoltre, al fine di non creare vincoli troppo stringenti ed eccessivi, il contratto successorio può

³⁹⁶ S. WOLF, *Die Europäische*, 960.

³⁹⁷ S. WOLF, *Il contratto successorio*, 277.

essere integrato mediante riserve o condizioni (è soprattutto dovere dei notai rendere evinti i loro clienti su queste possibilità)³⁹⁸.

Oggi, il diritto successorio svizzero è oggetto di riflessione e discussione in vista di una riforma che è volta principalmente al riconoscimento di una serie di diritti successori ad alcune categorie di soggetti, come i conviventi.

Ad esempio, una delle norme più significative riguarda l'introduzione, al nuovo art. 484a³⁹⁹, del cosiddetto legato di mantenimento, che deve essere imposto dal giudice a carico della successione per garantire l'adeguato mantenimento di una persona: che da almeno tre anni conviva di fatto con il defunto nel cui interesse aveva fornito ragguardevoli prestazioni; che, durante la sua minore età, ha vissuto almeno 5 anni in comunione domestica con l'ereditando e gli ha fornito e avrebbe continuato a fornirgli un sostegno finanziario se non fosse deceduto. Secondo il testo del nuovo articolo, il pagamento del legato deve essere ragionevolmente esigibile a carico degli eredi, tenuto conto della loro situazione finanziaria e dell'importo della successione.

Il progetto di riforma, invece, non dovrebbe avere una grande influenza sulla disciplina del patto successorio.

Tuttavia, alcune disposizioni andranno a condizionare indirettamente il regime di tale istituto.

Ad esempio, tra i soggetti legittimari (che dunque dovranno aderire ad un eventuale contratto successorio istitutivo per evitare che esso sia poi soggetto all'azione di riduzione o stipulare un contratto rinunciativo) rientrerà anche il partner registrato superstite, come previsto dall'art. 471 del progetto, mentre verrà eliminato ogni riferimento ai genitori⁴⁰⁰. Anche le quote di legittima subiranno un mutamento: la legittima sarà pari alla metà della quota ereditaria per i discendenti e di un quarto della quota ereditaria per il coniuge superstite o il partner registrato superstite.

³⁹⁸ S. WOLF, *Die Europäische*, 960 s.

³⁹⁹ Art. 484a, progetto di riforma: "1. Il giudice può ordinare un legato a carico della successione per garantire l'adeguato mantenimento di una persona che: 1. da almeno tre anni conviveva di fatto con il defunto nel cui interesse aveva fornito ragguardevoli prestazioni; 2. durante la sua minore età ha vissuto almeno cinque anni in comunione domestica con l'ereditando che gli ha fornito, e avrebbe continuato a fornirgli, un sostegno finanziario se non fosse deceduto. 2. Il pagamento del legato deve essere ragionevolmente esigibile da parte degli eredi, tenuto conto della loro situazione finanziaria e dell'importo della successione. 3. Il legato di mantenimento è fissato dal giudice su azione. L'azione deve essere proposta entro il termine di perenzione di tre mesi dal momento in cui l'attore ha avuto conoscenza della morte dell'ereditando".

⁴⁰⁰ Art. 471, progetto di riforma: "La porzione di legittima è: 1. della metà della quota ereditaria per i discendenti; 2. di un quarto della quota ereditaria per il coniuge superstite o il partner registrato superstite".

Inoltre, il nuovo testo dell'articolo 519, al comma 3⁴⁰¹, specifica che le clausole viziate di un contratto successorio possano essere annullate mentre il disponente è ancora in vita.

Infine, il testo di riforma dell'articolo 494 aggiunge un comma 4⁴⁰² all'attuale testo normativo, prevedendo che, nella successione, l'attribuzione dell'aumento del regime patrimoniale al coniuge o al partner registrato superstite, rispettivamente mediante convenzione matrimoniale o convenzione sui beni, sia da considerarsi come un contratto successorio.

⁴⁰¹ Art. 519, comma 3, progetto di riforma: “Le clausole viziate di un contratto successorio possono essere annullate mentre il disponente è ancora in vita”.

⁴⁰² Art. 494, comma 4, progetto di riforma: “Nella successione, l'attribuzione dell'aumento del regime patrimoniale al coniuge o al partner registrato superstite, rispettivamente mediante convenzione matrimoniale o convenzione sui beni è considerata come un contratto successorio”.

**IL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI
NEL DIRITTO ROMANO**

18. Questioni preliminari e nozione di riferimento

Prima di iniziare l'indagine volta ad individuare la sussistenza di un divieto dei patti successori nel diritto romano (ci si concentrerà, in realtà, essenzialmente sul patto successorio istitutivo a titolo universale), è indispensabile delinearne i confini mediante l'identificazione del concetto di patto successorio che verrà preso come punto di riferimento nella ricerca. Si tratta di una scelta importante, poiché soluzioni differenti possono derivare dalla diversa concezione di patto successorio assunta.

Poiché, come si vedrà, il diritto romano non conobbe e non elaborò mai la categoria del patto successorio⁴⁰³, ma semplicemente si limitò a dichiararne la validità o meno nelle singole fattispecie concrete che di volta in volta si presentavano all'attenzione dei giuristi o degli imperatori, mi sembra opportuno partire dalla concezione attuale dell'istituto (per un approfondimento della quale si rinvia al § 3 del capitolo 1, inerente al divieto dei patti successori nel diritto italiano).

Proprio perché il diritto romano non conobbe la categoria⁴⁰⁴, sembra sterile la critica secondo cui una ricerca sulla base dei dogmi odierni sarebbe fuorviante⁴⁰⁵; l'obiettivo, infatti, è quello di compendere se già in diritto romano esistesse, come si ritiene tradizionalmente, un divieto dei patti successori, intesi nel senso comune odierno. Per la medesima ragione, anche la terminologia che d'ora in avanti sarà adoperata per trattare dell'istituto nel diritto romano ("patto successorio istitutivo", "patto successorio rinunciativo", "patto successorio dispositivo") è terminologia moderna. Infatti, l'ordinamento romano, non conoscendo la categoria del patto successorio, di conseguenza non ne diede un nome; pertanto, si dovrebbe più precisamente parlare di "equivalente dei moderni patti successori" o, per il patto successorio istitutivo a titolo universale, di "*pactum interpositum vice testamento*", espressione che, come si vedrà, è adoperata per riferirsi ad esso in C. 5.14.5.

Pertanto, la nozione alla quale si farà riferimento nel corso dell'indagine è quella che vede nel patto successorio istitutivo un atto bilaterale irrevocabile a causa di morte mediante il quale una parte dispone del proprio patrimonio, a titolo universale o particolare, a titolo oneroso o

⁴⁰³ F. SAMPER POLO, *La disposicion mortis causa en el derecho romano vulgar*, in *Anuario de historia del derecho español*, 38, 1968, 164.

⁴⁰⁴ Non si può parlare di elementi essenziali del patto successorio che hanno sempre qualificato tale categoria nelle varie epoche storiche, tra i quali si riconosce la possibilità di revoca unilaterale, poiché essa non solo non era conosciuta nel diritto romano e in altri ordinamenti giuridici antichi, ma, quando iniziò ad essere adoperata presso i popoli germanici e nel Medioevo, era già connotata dall'irrevocabilità sua propria. In senso contrario, G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, I, Milano, 1986, 2 ss.

⁴⁰⁵ Dello stesso parere: M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano, 1953, 38 s.

gratuito, per il periodo successivo alla propria morte. Il patto realizza una vera e propria istituzione contrattuale di erede o legatario; in quanto atto a causa di morte⁴⁰⁶, poi, esso subordina la sua efficacia alla sopravvivenza del beneficiario al momento dell'apertura della successione del disponente, momento dal quale si produrranno tutti gli effetti dell'atto.

Caratteristiche essenziali del negozio sono: la bilateralità dell'atto e la sua conseguente irrevocabilità⁴⁰⁷, intesa come irrevocabilità ad arbitrio del disponente; la circostanza che abbia ad oggetto la successione futura del *de cuius*.

L'irrevocabilità non è ritenuta da alcuni autori requisito fondamentale del patto successorio (essenzialmente da coloro che non partono nell'indagine sull'istituto dalla nozione corrente dello stesso⁴⁰⁸). Tuttavia, essa risulta essere conseguenza imprescindibile della bilateralità dell'atto⁴⁰⁹. La natura bilaterale è, infatti, fuori discussione (è proprio questo elemento che distingue il patto successorio dal testamento); pertanto, essendo necessaria la volontà di due o più parti per la conclusione dell'atto, essa sarà necessaria anche per la sua modifica o per la sua revoca.

È vero che le parti potrebbero prevedere diversamente nell'atto medesimo, stabilendo la possibilità di recesso unilaterale, ma, in questo modo, se esso fosse previsto in casi specificatamente individuati, si tratterebbe di semplici eccezioni al principio generale di irrevocabilità unilaterale, se, invece, fosse previsto *ad nutum*, nella normalità dei casi si andrebbe a frustrare l'obiettivo per cui la vocazione ereditaria si è voluta assumere bilateralmente⁴¹⁰.

Infatti, la bilateralità e la conseguente irrevocabilità del patto successorio garantiscono la natura di una vocazione ferma e stabile all'eredità. In assenza del requisito dell'irrevocabilità del patto, mancherebbe qualsivoglia elemento oggettivo che sia in grado di assicurare il rispetto, la serietà e la fermezza delle volontà espresse dai contraenti⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Sul tema e sulla differenza tra atti *mortis causa*, atti *inter vivos* e atti semplicemente condizionati alla morte del disponente, si veda § 2.

⁴⁰⁷ Quando si parla di revocabilità dell'atto *mortis causa* si intende alludere non alla maggiore o minore capacità di escludere i suoi effetti, ma alla possibilità che anche solo la volontà del *de cuius* possa porre nel nulla l'atto che la stessa sua volontà aveva precedentemente posto in essere. C. LESSONA, *La revocabilità del testamento*, 13 ss.; G. VISMARA, *Storia*, 69 nt. 4.

⁴⁰⁸ G. VISMARA, *Storia*, 2 ss.

⁴⁰⁹ Anche la dottrina tedesca è incline a ritenere che l'irrevocabilità sia requisito fondamentale del patto successorio e così quella svizzera. In relazione a quest'ultimo ordinamento, si veda il cap. 3 del presente lavoro di ricerca, ad esso dedicato.

⁴¹⁰ Inoltre, prevedendo il recesso unilaterale ad arbitrio del disponente si introdurrebbe in concreto una condizione risolutiva meramente potestativa operante sul vincolo contrattuale ed essa sarebbe nulla. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 250; 252.

⁴¹¹ F. SAMPER POLO, *La disposicion*, 167. Secondo l'Autore, ammettere la revocabilità di un patto vorrebbe dire che la volontà di almeno una delle parti permanga *ambulatoria*, nonostante la bilateralità esterna dell'atto; egli

Pertanto, sebbene la storia del diritto abbia conosciuto atti *mortis causa* bilaterali, ma revocabili ad arbitrio del disponente, essi non possono essere considerati veri e propri patti successori, ma negozi a sé stanti ad essi accomunati solo dai medesimi intenti⁴¹². Inoltre, in atti di tal genere, la natura bilaterale risulta indebolita proprio in ragione del fatto che la volontà di una sola delle parti è in grado di modificare o porre nel nulla il negozio giuridico.

Nonostante queste opportune premesse, l'analisi e lo studio di alcune tipologie di atti *mortis causa* bilaterali, ma revocabili, risulterà utile per comprendere come la ragione tradizionalmente posta alla base del divieto dei patti successori (l'irrevocabilità, appunto) non sia da abbracciare completamente.

Il patto rinunciativo è quell'atto *inter vivos*⁴¹³ bilaterale e irrevocabile con il quale un erede presuntivo rinuncia ad una successione futura, così avvantaggiando indirettamente un altro erede, sia costui un erede legittimo o un erede testamentario.

Pertanto i suoi elementi essenziali sono: la bilateralità, l'irrevocabilità e l'avere ad oggetto dei diritti su una successione futura non ancora aperta. L'irrevocabilità dell'atto, anche in questo caso, consegue alla sua natura bilaterale; pertanto, il successore, una volta rinunciato al suo diritto successorio, non può più assumere la qualifica di erede nei confronti del *de cuius*, a meno che quest'ultimo non decida di istituirlo ugualmente tale in un testamento o venga tra loro stipulato un patto contrario al primo⁴¹⁴.

Il patto successorio dispositivo è l'atto bilaterale irrevocabile *inter vivos* con il quale uno o più soggetti dispongono dei diritti successori che potrebbero derivargli dalla successione di un soggetto ancora vivente. I contraenti agiscono come eredi eventuali prima che la successione di cui si tratta venga aperta.

Avendo qualificato i patti successori istitutivi come atti *mortis causa* e quelli rinunciativi (e dispositivi) come atti *inter vivos*, è opportuno specificare che, anche in questo caso, si è fatto riferimento alla concezione moderna delle due categorie. I giuristi romani, infatti, non hanno elaborato la nozione di negozi *mortis causa*, distinguendoli dagli atti *inter vivos*, né quella degli atti di ultima volontà.

afferma, inoltre, che non si può propriamente parlare di volontà nel significato di elemento costitutivo di un *pactum*.

⁴¹² *Contra* si veda G. VISMARA, *Storia*, 1986, 3, secondo cui l'irrevocabilità non è elemento essenziale del patto e che, pertanto, considera patti successori anche gli atti *mortis causa* bilaterali e revocabili.

⁴¹³ G. VISMARA, *Storia*, 7 ritiene che il patto rinunciativo sia un atto *mortis causa*, in quanto perfetto solo alla morte del contraente alla cui eredità si è rinunciato: la rinuncia è considerata come se fosse avvenuta al momento dell'apertura della successione del *de cuius*.

⁴¹⁴ L'irrevocabilità è assunta come caratteristica fondamentale dell'istituto del patto successorio rinunciativo anche da coloro che non le attribuiscono il medesimo ruolo per il patto istitutivo; ad esempio, G. VISMARA, *Storia*, 10.

Nelle fonti si incontra, come categoria generale, quella del *mortis causa capere*, la quale si riferisce all'effetto più che all'atto: essa indica qualunque acquisto si faccia in conseguenza della regolamentazione della successione di un soggetto (D. 39.6.8 *pr.*).

Nella categoria astrattamente rientrano figure e fattispecie abbastanza disparate, alcune delle quali anche assai simili ai patti successori: la *donatio mortis causa*; la *datio condicionis implendae causa*; la *dos recepticia stipulata in mortem mulieris*; il corrispettivo per la rinuncia al legato o all'eredità; quanto ricevuto da un soggetto in conseguenza dell'adempimento di una condizione imposta a un erede, a un legatario, allo schiavo manomesso o al fedecommissario; le elargizioni che vengono compiute in occasione della morte di qualcuno, ad esempio allo scopo di onorarne la memoria, ecc.⁴¹⁵.

Per quanto concerne gli acquisti in base ad un legato o a una *heredis institutio*, vi sono opinioni discordanti circa la loro appartenenza alla categoria *de quo*. Guardando unicamente alla definizione di tale classe sopra enunciata, ne conseguirebbe la ricomprensione dell'eredità e del legato in essa, che avrebbe così una portata molto ampia. In caso contrario, la categoria avrebbe un contenuto più ristretto, ma la sua definizione peccherebbe di eccessiva indeterminazione.

Secondo la dottrina maggioritaria, la seconda ipotesi è quella da preferire e, pertanto, è un *mortis causa capere* tutto ciò che si acquista in occasione della morte al di fuori del diritto ereditario (eredità, legato e fedecommissario)⁴¹⁶.

È opinione tradizionale in dottrina⁴¹⁷ che il diritto romano non abbia mai ammesso il patto successorio istitutivo e le altre tipologie di patti successori; il motivo è stato individuato nella

⁴¹⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 777; M. AMELOTTI, *La donatio*, 227 ss. L'individuazione delle *mortis causa capiones* è importante perché ad esse vennero estese alcune delle disposizioni limitative degli acquisti *mortis causa*. Ad esempio, la *lex Furia testamentaria* e la *lex Voconia de legatis* regolavano esplicitamente il *mortis causa capere* e le disposizioni caducarie furono estese, a partire dalla fine del I sec d.C., a tutte le *capiones*; invece, la *lex Falcidia* e l'*incapacitas* dei Latini Iuniani si applicarono, in epoca severiana, solo alla *donatio mortis causa*.

⁴¹⁶ M. AMELOTTI, *La donatio*, 222. Per un approfondimento, si veda M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2011.

⁴¹⁷ Tra gli altri: V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1915, 165 s.; 882 s.; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900, 237 ss.; 241 ss.; 297; 301; G. BRINI, *Corso di diritto romano. Le successioni*, Bologna, 1927, 238 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928, 490 s.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, 1, Napoli, 1932, 238; P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari. Famiglia e successioni*, Torino, 1916, 376: "Il patto successorio in qualunque forma è assolutamente proscritto, anzi non è quasi compreso dai Romani. *Hereditas testamento datur*"; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 6. Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930, 170: "Siffatte disposizioni, invece, sono totalmente straniere e repugnanti al diritto romano. Nel periodo veramente romano la giurisprudenza romana ignora pienamente la possibilità di pensare e attuare simili disposizioni". M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 2011, 569; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 650: "Si tratta in tutti questi casi di convenzioni che, pur valide secondo le consuetudini dei paesi di cultura ellenistica, contrastano con i principi propri del diritto successorio romano: in particolare sono considerate nulle

pretesa immoralità del patto istitutivo, che avrebbe limitato la libertà di disposizione del *de cuius*, intesa come possibilità di modificare la propria volontà successoria sino all'ultimo istante della sua vita.

Questa convinzione discende dal famoso principio: *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (D. 34.4.4), che si riteneva essere riferito in generale a tutte le disposizioni di ultima volontà e aver sempre contraddistinto il diritto romano.

Nei due paragrafi seguenti si affronteranno i due temi della presunta immoralità del patto successorio e della tradizionale *ratio* che ne giustificava il divieto sulla base della limitazione alla libertà del testatore che avrebbe comportato.

perché in opposizione con la libera revocabilità delle disposizioni di ultima volontà e quindi con la libertà di disporre *mortis causa*". Cfr. G. VISMARA, *Storia*, 63.

19. La presunta immoralità dei patti successori istitutivi e le obbligazioni di istituire erede

Nonostante la dottrina romanista abbia tradizionalmente individuato l'esistenza, in diritto romano, di un divieto generale e astratto dei patti successori istitutivi fondato sulla loro immoralità, le fonti non testimoniano alcuna pretesa ripugnanza nei confronti dell'istituto.

Infatti, le testimonianze pervenuteci sembrano avanzare giudizi di immoralità (oltre che relativamente al patto successorio dispositivo) solo riguardo alle obbligazioni di istituire erede (D. 45.1.61; C. 2.3.15; C. 8.38.4) e non, invece, ai patti successori istitutivi (C. 5.14.5; C. 2.3.19; D. 23.4.29.2).

Solo nelle prime fonti, infatti, si riscontra il ricorso all'espressione *contra bonos mores*, alludendo, quindi, ad un contrasto di tali convenzioni con il buon costume.

Si tratta, però, non di veri e propri patti successori istitutivi (c.d. reali), ma di obbligazioni di istituire erede: il disponente, infatti, con l'atto, non dispone direttamente del suo patrimonio per il periodo successivo alla propria morte, ma unicamente si obbliga a farlo in futuro in una determinata maniera (mediante l'impiego degli atti *mortis causa* previsti dall'ordinamento, in questo caso il testamento).

Patto istitutivo e obbligazione di istituire erede sono due negozi ben distinti, così come la compravendita e l'obbligazione di vendere⁴¹⁸.

Nonostante il riferimento ai *boni mores*, il motivo principale determinante la nullità di tali obbligazioni consisteva nel fatto che esse, qualora fossero state valide, avrebbero comportato una limitazione e un vincolo alla libertà del testatore; egli, infatti, sarebbe stato legato e obbligato da quanto precedentemente pattuito e, dunque, la sua volontà non sarebbe stata libera di esprimersi al momento della confezione del negozio testamentario⁴¹⁹. L'obbligazione di istituire erede, in pratica, privava il disponente della *libera testamenti factio* e, per questa ragione, non era valida per l'ordinamento giuridico romano.

Un primo testo tradizionalmente addotto a riprova dell'immoralità dei patti successori istitutivi è D. 45.1.61.

⁴¹⁸ G. VISMARA, *Storia*, 77 nt. 2.

⁴¹⁹ Dunque, la giustificazione della nullità di tali contratti differisce da quella tradizionalmente accolta per i patti successori: in questo caso, infatti, la lesione della libertà di testare non si identifica nell'impossibilità di revocare unilateralmente l'atto qualora esso non corrisponda più alla propria volontà, ma nel condizionamento della volontà del testatore al momento del confezionamento del negozio *mortis causa*, che non potrà disporre in modo diverso da come si è obbligato a fare tramite il contratto.

D. 45.1.61 (*Iulianus 2 ad urs. ferocem.*): *Stipulatio hoc modo concepta: " si heredem me non feceris, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*

Il frammento prende in esame il caso di una *stipulatio poenae* a struttura semplice⁴²⁰, ossia una *stipulatio* con la quale si promette il pagamento di una somma a titolo di penale nel caso in cui non si ponga in essere il comportamento addotto in condizione⁴²¹; nel caso presente, si sarebbe dovuto pagare l'importo determinato per contratto qualora il promittente non avesse nominato erede lo stipulante. Tuttavia, Giuliano afferma che una *stipulatio* concepita in questo modo *inutilis est*, poiché *contra bonos mores*⁴²² e il termine *inutilis* deve essere inteso come sinonimo di *nullus* a significare la radicale invalidità della fattispecie⁴²³.

D. 45.1.61 è stato oggetto di discussione e di opinioni contrastanti in dottrina in relazione alla disciplina dei suoi effetti.

Nella fattispecie è stata riconosciuta una *stipulatio* con causa turpe e si è individuato un contrasto tra la sanzione della nullità che il testo propone (*inutilis*), dunque anche *iure civili*, con l'ordinaria disciplina sanzionatoria prevista nel diritto classico per una tale tipologia di atto, che normalmente ne prevedeva la validità per il diritto civile (non rilevando, per tale ordinamento, la determinazione causale della *stipulatio*, essendo questa un negozio astratto), alla quale si rimediava *iure praetorio* mediante *denegatio actionis* o mediante la concessione di un'*exceptio doli* (il diritto pretorio, dunque, interveniva in questa situazione prendendo in

⁴²⁰ In questo caso, infatti, vi è una sola *stipulatio* in forma condizionale con la quale sorge l'obbligazione avente ad oggetto la *poena* in caso di inadempimento della condizione e non si trattava, invece, di due *stipulationes*, una principale nella quale veniva promessa la prestazione e l'altra secondaria e collegata alla prima, con la quale si stabiliva la pena in caso di inadempimento. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, 73.

⁴²¹ Si trattava di uno dei numerosi strumenti che, nel corso dell'esperienza giuridica romana, hanno permesso di garantire l'adempimento di un'obbligazione (o la sua correttezza e puntualità).

⁴²² Si tratta di una delle due cause di illiceità della prestazione (l'altra consiste nella contrarietà alle norme di legge). Nelle fonti non vi è una caratterizzazione in termini positivi di ciò che si intende conforme ai *boni mores*, ma il concetto risulta determinato negativamente, facendo riferimento a ciò che è ad essi contrario. Se ne può dedurre che tale concetto non risponde ai criteri della morale più rigorosa e che i *boni mores* vadano intesi come coscienza etica della società. G. GROSSO, *Obbligazioni*, 69 s.

⁴²³ Il termine ricorre nelle fonti in diverse accezioni e ciò non permette l'individuazione di un significato preciso e tecnico; qui, tuttavia, deve essere inteso come un sinonimo di *nullus*, poiché nelle fonti vi è attestato un uso vicendevole dei due termini (si veda D. 12.1.9.4, in cui lo scambio avviene nello stesso contesto). R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, in *Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Bari*, Napoli, 1983, 49 ss. *Contra*: G. G. ARCHI, *Utilis e inutilis nelle fonti giuridiche*, in *LABEO*, 9, 1963, 264; S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, 8 ss; 13. Su questa linea, alcuni autori hanno poi sostenuto, con diverse sfumature, che *inutilis* in linea di massima doveva designare il negozio che restava senza effetto. A. MASI, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, in *RISG*, 10, 1962, 116.

considerazione sia l'esistenza dello scopo pratico cui la stipulazione era preordinata sia la sua liceità o meno).

I dubbi non hanno trovato risposta nelle altre fonti che trattano delle *stipulationes* contrarie ai *boni mores* (sia per illiceità della prestazione che per illiceità della causa, espressa o meno sotto forma di condizione), le quali hanno pure avanzato soluzioni differenti circa i loro effetti, in alcuni casi sancendone la nullità⁴²⁴ e, in altri, prevedendo l'*exceptio doli* o la *denegatio actionis*⁴²⁵.

Si è allora cercato di giustificare gli effetti dell'illiceità prendendo in considerazione i motivi della stessa, ma si è giunti a soluzioni differenti.

In relazione a D. 45.1.61, la dottrina prevalente ha abbracciato la tesi secondo cui la *stipulatio* sarebbe stata valida *iure civili*, ma resa inefficace *iure honorario*⁴²⁶, ipotizzando così un'interpolazione del testo volta a giustificare la sanzione di nullità letteralmente prevista⁴²⁷. Altri ne hanno sancito la genuinità, ritenendo che la *stipulatio de quo* non fosse una stipulazione astratta, poiché la *causa obligationis* era stata inclusa *verbis* nel negozio, essendo stata dedotta in condizione; di conseguenza, essendo essa turpe, l'atto sarebbe stato nullo di pieno diritto⁴²⁸.

⁴²⁴ Un esplicito riferimento all'invalidità *iure civili* della *stipulatio* con causa turpe appare da un rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano (C. 4.7.5), i quali negano al marito che afferma di essere il lenone della moglie meretrice la possibilità di agire in giudizio per l'ottenimento di una somma di denaro da costui pretesa.

⁴²⁵ La possibilità di un'*exceptio doli* è confermata anche da Paolo in D. 12.5.8, che riconosce al convenuto per una *stipulatio ob turpem causam* la possibilità di paralizzare l'azione con un'*exceptio doli*.

⁴²⁶ Si veda, tra gli altri, A. MASI, *Il negozio*, 37; H. SIBER, *Schuldverträge über Sittenwidrige Leistungen*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, 105 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni*, 77 s.

⁴²⁷ Relativamente al passo di Giuliano vi sono stati e vi sono sospetti di interpolazione, soprattutto causati dalla ripetizione inutile di *haec stipulatio* e dalla motivazione addotta alla nullità della stipulazione. S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 43, 1922, 290. Alcuni autori ritengono interpolata tutta quanta la motivazione fornita nel frammento (S. PEROZZI, *Istituzioni*, 491), mentre altri ritengono che la motivazione sia originale, ma che fosse stata formulata da Giuliano in termini diversi. H. SIBER, *Schuldverträge*, 4, 108; F. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana nei negozi giuridici invalidi. I. I negozi "iuris civilis" sotto condizione illecita*, in *Annali Università di Perugia*, 33, 1922, 658 ss. In particolare Messina Vitrano ritiene che il gravame della nullità assoluta fu introdotto nel frammento dai Giustiniani e che, Giuliano, almeno sostanzialmente, avrebbe dovuto scrivere così: "*Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' iure civili utilis est, sed praetor actionem denegat, quia contra bonos mores est haec stipulatio*". Inutilis attesterebbe, quindi, la sintetica rielaborazione postclassica del regime di invalidità della *stipulatio*, che per il diritto classico era limitata soltanto allo *ius honorarium*". Concordano su questi aspetti formali: A. MASI, *Il negozio*, 57; S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum*, 290 n. 2.

⁴²⁸ Tale interpretazione è ritenuta confermata dal rescritto di Diocleziano e Massimiano del 293 d.C. (C. 8.38.4), dal quale si evince con chiarezza che tutte le intese *contra bonos mores* dedotte in un patto o in una stipulazione erano nulle. G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, Napoli, 1989, 32; 141 s. La dialettica tra *conventio* e *stipulatio* indusse i giuristi del II e III sec. d.C. a reputare invalido il negozio stipulatorio in alcuni casi di illiceità della causa. Infatti, lo sviluppo storico del regime delle stipulazioni, condotto dalla giurisprudenza dell'età imperiale, era volto a scardinare le rigidità del formalismo che aveva caratterizzato l'istituto a favore di una maggiore considerazione della *voluntas* delle parti, dell'inesistenza e dell'illiceità del rapporto fondamentale rispetto ai *verba* pronunciati. G. SACCONI, *Ricerche*, 125.

Altri ancora hanno ritenuto che si trattasse di un'interpolazione inserita dai compilatori per introdurre quelle novità in materia di *stipulatio* con causa turpe che ne sancivano, in alcuni casi, la nullità anche *iure civili*⁴²⁹, ecc.

Nonostante le diverse opinioni e i dubbi circa gli effetti dell'atto, ciò che qui rileva è che una *stipulatio* con le caratteristiche sopra richiamate non era ammessa (*iure civili* o *iure praetorio*) dall'ordinamento romano e la sua invalidità era giustificata dalla contrarietà al buon costume.

Dunque, è vero che in D. 45.1.61 sussiste un giudizio di immoralità, ma esso non è riferito a un patto successorio istitutivo. Con la *stipulatio*, infatti, il promittente non nomina direttamente proprio erede lo stipulante o un terzo soggetto, ma si obbliga a farlo in un successivo testamento per non incorrere nella penale prevista nell'atto stesso. Si tratta, pertanto, di un'obbligazione di istituire erede ed è a questa categoria contrattuale che si riferisce il giudizio di immoralità⁴³⁰.

Il giudizio, poi, non riguarda la prestazione dedotta in condizione, ossia l'istituzione di erede, che in sé e per sé non è illecita, ma l'illecito farne oggetto di costrizione mediante un vincolo giuridico obbligatorio (nel presente caso, ancora più stringente per il *metus* che la penale portava con sé)⁴³¹.

Infatti, l'ambito successorio è uno di quei campi (alla stregua di quello matrimoniale⁴³²) nei quali doveva essere garantita la più ampia libertà di determinazione testamentaria dell'individuo, che significava completa libertà di fare testamento o non farlo e di deciderne il contenuto e che era qualcosa di diverso rispetto alla ragione tradizionalmente individuata a giustificazione del divieto di patto successorio istitutivo, ossia la libertà di revoca del *de cuius*.

La contrarietà al buon costume romano non può fondarsi nemmeno sul mancato rispetto delle norme sull'ordinamento successorio, che prevedevano il solo testamento come forma di vocazione successoria volontaria. Infatti, come detto in precedenza, il frammento non si riferisce a un patto successorio, ma a un atto *inter vivos* con cui una parte si obbligava a disporre

⁴²⁹ G. GROSSO, *Obbligazioni*, 85.

⁴³⁰ G. VISMARA, *Storia*, 81 s. nt. 3.; *contra* G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution à l'étude des pactes successoriaux en droit byzantin (Justinien et post-Justinien)*, Parigi, 1937, 71, secondo cui la costituzione si riferisce ad un patto successorio istitutivo e sancirebbe la nullità della categoria per la sua immoralità.

⁴³¹ Così anche G. GROSSO, *Obbligazioni*, 71, secondo cui l'illiceità non sta nel comportamento dedotto in prestazione, ma "nella qualifica che quel comportamento assuma di comportamento dovuto per obbligazione".

⁴³² Osservazioni simili a quelle che possono compiersi circa le obbligazioni di istituire erede riguardano anche le stipulazioni rivolte a limitare la libertà matrimoniale, ritenute invalide (a titolo di esempio: D. 45.1.19). Anche in questo caso, infatti, l'obiettivo era quello di lasciare liberi i soggetti di esprimere, al momento del matrimonio, una piena e libera volontà. Qualora, invece, tale volontà fosse stata il frutto di una precedente obbligazione, la libertà matrimoniale non sarebbe stata rispettata.

mortis causa successivamente e in un determinato modo e tale istituzione avrebbe potuto rivestire le forme ammesse dal diritto romano a tale scopo (*testamentum per aes et libram*) senza, dunque, che vi fosse alcuna violazione delle norme dell'ordinamento successorio.

Si è voluto argomentare un divieto dei patti successori anche dalla costituzione di Diocleziano e Massimiano di seguito riportata, ma, anche in questo caso, il passo non fa riferimento a un patto successorio reale.

C. 8.38.4 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*): *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint.* * *Diocl. et Maxim. AA. et Cc. Domnae.* * <a. 293>.

La costituzione di Diocleziano tratta di una *stipulatio de successione futura interposita*, sancendone la nullità (*ex eo instrumento nullam vos habere actionem*)⁴³³ in ragione della sua contrarietà al buon costume romano.

Sono stati avanzati dubbi in dottrina circa il contenuto da doversi riconoscere alla stipulazione *de successione futura* e alla sua natura: si è discusso se la costituzione si occupasse di un patto istitutivo o di un patto dispositivo o dei patti successori in genere, ricomprendendo anche il patto successorio rinunciativo⁴³⁴.

Tuttavia, anche qui come in D. 45.1.61 si può evincere che la *stipulatio* non era, in realtà, un patto successorio istitutivo (o dispositivo), ma una stipulazione con la quale ci si obbligava a disporre delle proprie sostanze in una certa maniera. Ciò può evincersi dalla perfetta analogia con D. 45.1.61, che tratta appunto di un'obbligazione di istituire, dalla considerazione che nel *Corpus iuris civilis* un tale giudizio di immoralità compare solo in riferimento ai patti obbligatori istitutivi e mai in riferimento ai patti successori veri e propri e, infine, da quanto disposto in C. 2.3.30 di Giustiniano, che ammetteva un patto successorio dispositivo al quale il *de cuius* avesse prestato il consenso e lo avesse mantenuto fino alla morte (se, infatti, C. 8.38.4 si fosse riferita ai patti successori in generale, vi sarebbe stato un contrasto con la costituzione di Giustiniano suddetta, che, invece, ammetteva il patto successorio dispositivo - richiamando

⁴³³ Non vi era alcuna azione poiché il negozio era in sé totalmente privo di effetto. G. GROSSO, *Obbligazioni*, 84.

⁴³⁴ M. SÍĆ (SZŰCS), *L'eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 59, 2012, 202 s. L'autrice, ad esempio, non distingue tra obbligazioni di istituire e patti successori, individuando qui un patto dispositivo e ricollegandogli la contrarietà ai *boni mores*.

precedenti leggi e costituzioni, che dovettero disporre nel medesimo senso: “*Quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum*” -, sebbene in un caso particolare).

Anche in questo caso, la nullità del negozio non discende direttamente dall’oggetto della prestazione, essendo esso in sé e per sé lecito (la successione futura), ma dall’illiceità che consiste nel vincolarsi al compimento di un atto (la propria futura successione), che, invece, deve rimanere completamente libero⁴³⁵. In caso contrario si incorrerebbe in una violazione della morale sociale (*contra bonos mores*)

La costituzione aggiunge poi una giustificazione di carattere generale secondo cui tutte le convenzioni *contra bonos mores* dedotte in una *stipulatio* o in un *pactum*⁴³⁶ si sarebbero dovute dichiarare nulle⁴³⁷. Secondo alcuni autori, essa è dovuta all’opera dei compilatori. In ogni caso, questo aspetto non rileva ai fini della ricerca.

Come visto, sia in D. 45.1.61 che in C. 8.38.4 i negozi per mezzo dei quali ci si obbligava ad istituire in futuro eredi taluni soggetti sono dichiarati *contra bonos mores* e la contrarietà al buon costume è stata qui argomentata in via interpretativa sulla base della coartazione della volontà del testatore che si sarebbe creata con atti di tal fatta.

Questa giustificazione al divieto delle obbligazioni di istituire erede viene resa esplicita da C. 2.3.15.

C. 2.3.15 (*Imperatores Valer., Gallien.*) *Pactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea quae nubebat cum fratre heres patri suo esset, neque ullam obligationem contrahere nec libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* * *Valer. et Gallien. AA. et Valer. nobil. C. Pactumeio.* * <a 259>⁴³⁸.

⁴³⁵ G. SACCONI, *Ricerche*, 12.

⁴³⁶ Dalla costituzione non emerge una differenza sostanziale tra *stipulatio* e *pactum*, infatti, anche nel negozio stipulatorio si reputa prevalente l’aspetto convenzionale dello stesso. S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum*, 300 s.; G. SACCONI, *Ricerche*, 14 nt. 23.

⁴³⁷ Si ripropongono anche in relazione a questo passo alcune delle considerazioni già affrontate per D. 45.1.61 circa gli effetti dell’atto (nullità *iure civili* o *denegatio actionis* ed *exceptio doli* come rimedi pretori ad una validità secondo il diritto civile). Si veda S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum*, 289 s.; 293; F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, 283 ss.

⁴³⁸ Per alcune considerazioni sulla genuinità del passo, si veda S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum*, 239 ss. e G. VISMARA, *Storia*, 81 nt. 2.

In questo rescritto, Valeriano e Gallieno si esprimono intorno alla validità di un patto, contenuto in uno strumento dotale, nel quale il padre si obbligava ad istituire erede la figlia sposa e il fratello di lei per un'uguale porzione dell'eredità⁴³⁹.

Si tratta di un patto di uguaglianza, ossia di un patto con il quale si fissa il *quantum* della quota ereditaria che si sarebbe dovuta riconoscere, in futuro, agli eredi. La convenzione dotale in cui esso è contenuto non può essere considerata un patto istitutivo, trattandosi semplicemente di un'obbligazione sul *quantum* della quota successoria⁴⁴⁰.

I due imperatori stabiliscono che il patto non avrebbe dato luogo ad alcuna obbligazione e non avrebbe privato il padre della donna del potere di fare testamento. Esso, dunque, è dichiarato nullo e, a giustificazione della nullità, si adduce qui espressamente quella *ratio* che, invece, è stata ricavata in via interpretativa da D. 45.1.61 e dalla costituzione di Diocleziano e Massimiano (C. 8.38.4), ossia la limitazione alla libertà di testare che dal patto discende: *nec libertatem testamenti faciendi... potuit auferre*.

La sanzione prevista in caso di stipulazione di un'obbligazione di istituire erede consisteva semplicemente nella nullità del patto; i disponenti, infatti, non venivano colpiti dalla sanzione dell'indegnità, a differenza di quanto previsto, come si vedrà, per i patti successori dispositivi. Da tale sanzione derivava la conseguenza che colui che poi non fosse stato istituito erede o legatario nel testamento non avrebbe potuto agire per chiedere l'adempimento dell'obbligazione.

L'istituzione di erede o la liberalità disposta nel testamento erano autonome rispetto alla precedente obbligazione di istituire. Essa, infatti, non comportava un'estensione della sua nullità anche al testamento esecutivo della medesima, che, sebbene compiuto in ottemperanza di un'obbligazione nulla, rimaneva valido proprio perché nessuna sanzione di indegnità era prevista a carico del paciscente.

⁴³⁹ Rappresenta un caso analogo a quello previsto da Paolo in D. 29.7.17, in cui sancisce la nullità dell'obbligazione di istituire assunta dal *de cuius* in un'epistola.

⁴⁴⁰ C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 297 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 1, Milano, 1967, 491 s.

Anche altri frammenti del Digesto⁴⁴¹ trattano del tema delle obbligazioni di istituire erede, sancendone la nullità⁴⁴² anche per motivi ulteriori rispetto a quello essenziale sin qui richiamato. Ad essi devono aggiungersi motivi di carattere sociale, che di certo contribuirono alla declaratoria di nullità nei loro confronti, ma la cui portata non deve essere esagerata (ci si riferisce essenzialmente alla presenza dei c.d. *captatores hereditatis*, che contribuì ad aggravare la condizione morale della società dal II al IV sec. d.C., periodo al quale appartengono i testi esaminati⁴⁴³).

Le fonti si occupano espressamente solo di un'obbligazione di istituire erede e mai di un'obbligazione di legare. Pertanto, si può presumere che casi del genere non si dovettero mai presentare al giudizio dei giuristi e degli imperatori; tuttavia, qualora quesiti sull'ammissibilità di tali atti fossero giunti loro, si può ipotizzare che ne avrebbero dichiarato la nullità per le medesime ragioni di quelle previste per le obbligazioni di istituire erede: l'obbligazione di legare avrebbe comportato, anche se in misura minore, una limitazione della libertà di testare del *de cuius*⁴⁴⁴.

Inoltre, si deve mettere in luce che il giudizio di immoralità compare, tra i frammenti che trattano di un'obbligazione di istituire erede, solo nei due sopra affrontati (D. 45.1.61 e C. 8.38.4). Per tale ragione, esso, non solo, come spiegato in precedenza, non deve essere riferito ai patti successori istitutivi veri e propri, essendo negozi giuridici distinti, ma non deve altresì essere ritenuto proprio di tutte le obbligazioni di istituire erede.

⁴⁴¹ D. 17.2.52.9: il patto sociale *de quo*, sulla cui validità è stato interrogato Papiniano, è dichiarato invalido sia dal punto di vista del regime della società, perché esso non poteva essere esteso agli eredi del socio, sia perché non poteva implicare l'impegno del socio a costituire date persone come suoi eredi, magari preferendo a un parente prossimo uno meno prossimo.

C. 2.4.34: Diocleziano e Massimiano dichiarano invalida la promessa (la cui forma non è chiara) di istituire eredi le proprie sorelle fatta dal fratello nell'ambito di un più complesso negozio, sulla base del quale le sorelle rimettono a costui i debiti sorti dalla sua gestione tutelare.

D. 29.7.17 (allo stesso modo: *Pauli Sententiae* 5.1): tratta di una lettera, con la quale *hereditas promittitur vel animi affectus exprimitur*. Si discute se esistano gli estremi di un codicillo e la soluzione è negativa: il documento non può essere considerato un atto giuridico (né un codicillo, né un patto successorio, di cui nemmeno si discute nel frammento) poiché non va oltre la semplice espressione di un desiderio.

⁴⁴² Per un approfondimento si rimanda alla trattazione di G. VISMARA, *Storia*, 77 s.

⁴⁴³ I *captatores hereditatis* piegavano gli strumenti contrattuali dell'ordinamento (essenzialmente la *stipulatio*) ad un utilizzo turpe: quello di farsi promettere lasciti ereditari (istituzioni di erede o legati). Ciò avrebbe garantito loro la sicurezza di ricevere in futuro in eredità quanto loro promesso o quanto sarebbe spettato loro per non avere il *de cuius* adempiuto all'obbligo di istituzione. Allo stesso tempo, vi era la possibilità che i *captatores hereditatis* attentassero alla vita della persona della cui eredità avrebbero beneficiato per abbreviare l'attesa del loro patrimonio. Pertanto, il legislatore, considerando immorali simili stipulazioni, si oppose al riconoscimento delle obbligazioni di istituire erede (come, allo stesso modo, si oppose anche ai patti successori dispositivi, che recavano con sé il medesimo pericolo).

⁴⁴⁴ G. VISMARA, *Storia*, 106 s.

L'estensione del giudizio di contrarietà al buon costume ai patti successori, che ha caratterizzato la dottrina tradizionale, è stata determinata dalla confusione concernente i due istituti (patti successori da una parte e obbligazioni di istituire erede dall'altra) realizzatesi in seno alla scuola dei glossatori e a quella dei commentatori⁴⁴⁵.

È interessante porre in evidenza come oggi, nel diritto italiano⁴⁴⁶, i patti successori obbligatori, in tutte le loro forme, siano ricompresi nel divieto *ex art. 458 c.c.*, sia perché, come in diritto romano, limiterebbero la libera formazione della volontà del testatore al momento della confezione del negozio successorio, sia perché il legislatore vuole impedire che si raggiunga mediante convenzioni obbligatorie il medesimo risultato cui aspirano i contratti successori vietati (una convenzione meramente obbligatoria, infatti, sarebbe altrettanto pericolosa e dannosa di una convenzione dispositiva in senso stretto).

Ancor più interessante è poi la constatazione del mancato accoglimento delle obbligazioni di istituire erede, poiché coartanti la volontà del testatore, anche in alcuni Paesi, come la Svizzera⁴⁴⁷ e la Germania, che non solo ammettono i patti successori, ma essi sono anche il mezzo di vocazione successoria maggiormente adoperato dai consociati.

Questa circostanza permette di comprendere ancor più chiaramente che i due istituti sono differenti e differenti sono le giustificazioni e le caratteristiche proprie a ciascuna categoria, che portano, da una parte, all'accoglimento dei patti successori e, dall'altra, alla nullità di pieno diritto delle convenzioni obbligatorie⁴⁴⁸.

Un ulteriore prova della non ostilità dei Romani nei confronti dei patti successori è data dalla vicenda del cosiddetto testamento di Tolomeo VII Evergete (a. 155 a.C.), che ha dato origine a numerose ed accese discussioni sulla sua natura⁴⁴⁹.

Tolomeo, nella previsione della propria morte, istituì come eredi della Cirenaica, il suo regno, i Romani, sotto condizione che a lui non nascesse una discendenza legittima; in cambio

⁴⁴⁵ Così, ad esempio, la distinzione tra obbligazione di istituire e patto successorio istitutivo non era chiara a Paolo di Castro: si veda G. VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Paolo di Castro*, in SDHI, 36, 1970, 267. La scuola dei glossatori e quella dei commentatori, legando il patto successorio dispositivo e quello istitutivo al *votum captandae mortis*, li considerano istituti contrari al buon costume che, pertanto, non avrebbero potuto essere confermati per mezzo del giuramento *iure canonico*. G. VISMARA, *I patti successori*, 278.

⁴⁴⁶ Si veda § 4.

⁴⁴⁷ Si veda § 15.

⁴⁴⁸ Difatti, nonostante l'unificazione moderna sotto la sanzione della nullità *ex art. 458 c.c.* dei due istituti, sopra richiamata, i motivi alla base del divieto sono differenti anche nel diritto italiano.

⁴⁴⁹ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Epigrafi giuridica greca e romana: il testamento di Tolomeo VII (od VIII) Evergete, detto Neoteris*, in SDHI, Roma, 1936, 2, fasc. 2, 482 ss.; U. RATTI, *Note sul testamento di Tolomeo Neoteris*, in *Rivista di filologia classica*, 2, 1933, 376; E. VOLTERRA, *Sulla capacità del populus romanus di essere istituito erede*, in *Scritti F. Mancaleari*, 16, 1937, 214 ss.; G. VISMARA, *Storia*, 76 s.; M. DE DOMINICIS, *Osservazioni giuridiche sul testamento di Tolomeo Neoteris*, Venezia, 1932, 163 ss.

affidò ai Romani la difesa del regno contro gli eventuali aggressori, in nome dell'alleanza e del buon diritto, e, più precisamente, contro Tolomeo VI Filometore, re d'Egitto⁴⁵⁰.

Il testamento può essere considerato, più che tale, come un'offerta di patto successorio, in quanto l'eventuale aiuto militare a favore di Tolomeo Evergete era una sorta di corrispettivo dell'istituzione condizionale di erede; l'atto si presenta formalmente come testamento, ma la previsione dell'aiuto bellico sarebbe stata destinata ad avere un'efficacia immediata, in vita del *de cuius*⁴⁵¹.

Come risulta dagli avvenimenti posteriori, i Romani non accettarono questa proposta di Tolomeo Evergete, ma la motivazione alla base della decisione non va ricercata nella ripugnanza nei confronti di un patto successorio, ma, probabilmente, in ragioni di ordine politico o militare. Infatti, sembrerebbe assurdo ritenere che Tolomeo, conoscendo l'avversione dei Romani per i patti successori, avesse comunque chiesto loro aiuto in una forma che lo avrebbe esposto a priori ad un rifiuto sicuro⁴⁵². Al contrario, anzi, l'offerta di Tolomeo induce a ritenere che l'ordinamento romano non avrebbe avuto difficoltà di ordine giuridico ad accettare l'offerta⁴⁵³.

La riprova dell'inesistenza, presso i Romani, di una ripugnanza per un atto a causa di morte bilaterale ed irrevocabile può esser evinta anche da altri istituti riconosciuti dall'ordinamento, che, sebbene non riconducibili alla categoria dei patti successori, presentavano caratteristiche similari⁴⁵⁴.

Il testamento reciproco ne costituisce un esempio.

Si parla di testamento reciproco per fare riferimento a un'istituzione di erede reciproca⁴⁵⁵. Non era un patto successorio poiché si trattava di più testamenti, ognuno dei quali permaneva

⁴⁵⁰ Fratello di Tolomeo VII Evergete; tra i due vi era discordia soprattutto riguardo l'appartenenza di Cipro. Entrambi i fratelli e sovrani cercavano, con vari mezzi, di accaparrarsi, per la conquista di Cipro, l'aiuto di Roma, che era legata ad entrambi da un trattato di amicizia. Nell'ambito di questo tentativo, dopo aver subito un attentato alla propria vita tra il 156 e il 155 a.C., Tolomeo Evergete avanzò la proposta sopra descritta ai Romani (il testo, venuto alla luce a Cirene, risale al 155 a.C.).

⁴⁵¹ "Il popolo romano presumibilmente non avrebbe accettato il lascito contenuto nel testamento, in cui, fra l'altro, la concessione del regno appariva chiaramente come il corrispettivo offerto per l'aiuto che Roma avrebbe dovuto prestare al sovrano di Cirene". U. RATTI, *Note sul testamento di Tolomeo Neoteris*, Pisa, 1930, 375 ss.

⁴⁵² Così E. VOLTERRA, *Sulla capacità*, 214 ss. Egli ritiene, però, che la disposizione di Tolomeo costituisca comunque, anche se non possa assolutamente dirsi un testamento romano, un vero e proprio negozio testamentario simile ai coevi testamenti ellenistici. *Contra* cfr. VISMARA, *Storia*, 76 s.; 76 nt.3.

⁴⁵³ Cfr. E. VOLTERRA, *Sulla capacità*, 212 ss. sui lasciti dei re stranieri a favore del popolo romano. Quanto detto è confermato, infatti, dal fatto che spesso i re stranieri lasciavano beni e regni al popolo romano e questi lasciti, disposti mediante atti diversi dal testamento romano, vennero accettati ed eseguiti. Cfr., per esempio, V. SCIALOJA, *Il testamento di Acca Larentia*, in *Studi Giuridici*, 2, Roma, 1934, 232 ss.

⁴⁵⁴ *Contra* F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, 107.

⁴⁵⁵ Non si vuole qui affermare che il testamento reciproco interferisca con il patto successorio, ma solamente osservare come, se il diritto romano avesse avuto un atteggiamento di ripugnanza e assoluta intransigenza per i

un negozio unilaterale revocabile dal testatore che lo aveva posto in essere. Tuttavia, è innegabile che presupposto di tali atti fosse senza dubbio un accordo tra i disponenti (e che, dunque, vi fosse una certa bilateralità), sebbene esso rimanesse estraneo al testamento stesso. Secondo la dottrina maggioritaria, invece, l'atto in cui erano raccolte insieme istituzioni reciproche, il testamento reciproco congiuntivo (cfr. C. 2.3.19⁴⁵⁶ e, *a contrario* da Nov. Val. 21.1) fu ritenuto nullo in tutto il periodo classico; pertanto, l'istituzione reciproca si sarebbe potuta raggiungere solo mediante due distinti testamenti revocabili ciascuno ad arbitrio del disponente.

È certo, poi, che la Nov. Val. 21.1 (426 d.C.) abbia ammesso, seppur in via di privilegio imperiale e in relazione allo *ius liberorum*, un testamento reciproco congiuntivo tra i coniugi. In questo caso, non solo vi è un accordo tra le parti sulle istituzioni reciproche, ma esso è addirittura contenuto nel negozio testamentario, tant'è che sarebbe stato necessario ai fini della revoca del testamento redatto dai coniugi congiuntamente il loro mutuo consenso; il negozio, pertanto, dovrebbe essere considerato più sotto il profilo contrattuale che non di due testamenti congiunti insieme⁴⁵⁷.

Vismara⁴⁵⁸ paragona agli effetti di un patto successorio istitutivo quelli di altri atti giuridici ammessi in diritto romano, come la *divisio inter liberos* effettuata mediante una serie

patti successori, anche nei confronti di questi atti, in cui un accordo fra le parti vi era, seppur estraneo all'atto stesso, vi sarebbe stato un certo sfavore, che invece non vi fu. Diverse sono, infatti, le fonti che ammettono la liceità del testamento reciproco, ad es. D. 28.5.71 (*Papinianus 6 resp.*): *Captatorias institutiones non eas senatus improbat, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis*. Il frammento ammette la validità di quelle istituzioni captatorie che si fanno due persone per affetto reciproco, sancendo la disapprovazione, invece, di quelle che erano volte a determinare le volontà segrete degli altri.

⁴⁵⁶ Si veda *infra* § 21.

⁴⁵⁷ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1989, 512 ss. Nella pratica, inoltre, è attestato l'uso di testamenti reciproci congiuntivi: cfr. il testamento di *Paternuthis* e sua moglie *Kakò* (574-613 d.C.) ricordato da V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, 445 nt.1. Cfr. L. MITTEIS, U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig, 1912, 351, 353; cfr. II, 1, 240 s.; P. DE FRANCISCI, *Quelques observations sur l'histoire du testament conjonctif réciproque* in *Rev. Hist. Droit*, 3, 1924, 57-82. Contro la validità del testamento congiuntivo in diritto romano; M. MARRONE, *Istituzioni*, 609 nt. 130. Si veda P. BIAVASCHI, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra IV e VI secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, in *Ravenna capitale. Territorialità e personalità. Compresenza di diversi piani normativi*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 96 s.; C. GALLETTA, *Il divieto del testamento congiuntivo e reciproco nel diritto romano tra regola ed eccezione*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di Scienze Giuridiche Economiche e Politiche*, 78, Messina, 2009, 255 ss., che considera tale forma testamentaria come “un vero e proprio patto successorio che interviene tra due coniugi, *Leonius* e *Iucunda* i quali decidono di realizzare una completa equiparazione nei diritti successori. Essi, in concreto, danno vita ad un patto, reciproco ed irrevocabile, ratificato in un documento pubblico... contenente le loro ultime volontà”.

⁴⁵⁸ G. VISMARA, *Storia*, 124 ss.

di *donationes mortis causa*, il *mandatum post mortem*, la *donatio usufructuaria*. Tuttavia, gli effetti sono in realtà differenti⁴⁵⁹.

Un giudizio di immoralità, invece, è stato avanzato per i patti successori dispositivi, ossia quei patti con i quali un soggetto disponeva in tutto o in parte dell'eredità di un terzo ancora vivente, che sperava di acquistare *ex testamento* o *ab intestato* (*pacta de hereditate tertii*).

Queste tipologie contrattuali furono dichiarate ripetutamente nulle dal diritto romano.

Diverse sono le fonti che trattano dell'argomento, sia di età classica che di età successiva (D. 18.4.1; D. 28.6.2.2; D. 34.9.2.3; D. 36.1.28.4; D. 39.5.29.2; D. 39.5.30; C. Th. 2.24.2; C. 2.3.30).

I motivi alla base della proibizione in diritto classico furono essenzialmente due: uno morale e uno tecnico-giuridico.

Per quanto concerne il primo, si trattava del c.d. *votum captandae mortis*. La società romana, soprattutto tra il II e il IV d.C., fu caratterizzata dalla presenza di una categoria di soggetti che speculavano prestando denaro agli individui giovani e inesperti (spesso per soddisfare i loro vizi) e assicurandosi il rimborso del debito ad un altissimo tasso di interesse non appena costoro fossero diventati soggetti *sui iuris* e fossero entrati in possesso dell'eredità paterna. Tale attività era considerata pericolosa e immorale, potendo facilmente portare proprio al *votum captandae mortis*, ossia al desiderio della morte del genitore (se non, anche, a eventi

⁴⁵⁹ Ad esempio, nella donazione con riserva di usufrutto, il trasferimento dei beni oggetto della medesima avviene immediatamente e il donante, sebbene mantenga il godimento dei medesimi, non potrà disporne liberamente; per quanto riguarda la possibilità che siano oggetto della donazione *usufructuaria* anche i beni futuri, esistono dubbi in dottrina. C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 303 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, 2, 732; F. K. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 4, Torino, 1886-1898, 159. F. SAMPER POLO, *La disposicion*, 172 s. considera la *donatio usufructuaria* un vero e proprio patto successorio sebbene, da un punto di vista tecnico, si tratti di una donazione *inter vivos* diretta.

Inoltre, un altro istituto (di derivazione ellenistica), che sembrerebbe avere le medesime caratteristiche di un patto successorio, compare nelle fonti romane a partire da Diocleziano e si diffonde in età giustiniana: la *divisio parentis inter liberos*. Si trattava dell'atto mediante il quale il padre dava disposizioni circa la divisione della sua eredità, delle quali l'*arbiter* del giudizio divisorio per *actio familiae erciscundae* avrebbe dovuto tenere conto in sede di assegnazione dei cespiti alle singole quote di ciascun erede. La *divisio* presupponeva una chiamata all'eredità per quote per testamento o *ab intestato* e poteva essere adottata in un testamento (necessario se il *de cuius* avesse voluto modificare le quote della vocazione legittima) o anche con forme diverse da quella testamentaria, ad esempio per testamento o anche oralmente. Con la Novella 18.7 del 536 d.C., Giustiniano prescrisse la scrittura e la sottoscrizione non solo del *de cuius*, ma anche dei suoi figli, che dovevano dunque partecipare all'atto. Con questa novità, la *divisio parentis inter liberos* sembrerebbe essersi trasformata in un atto bilaterale mediante il quale venivano decise le quote spettanti a ciascun figlio. Pertanto, nella figura è ravvisabile un patto successorio istitutivo. Sembra evidente, infatti, che si trattasse di un atto *mortis causa* poiché destinato a produrre effetti solo al momento della morte del *de cuius*. Già nel 541 d.C., tuttavia, Giustiniano, con la Nov. 107.3, modificò la precedente disciplina, richiedendo la semplice sottoscrizione del solo testatore per la validità della *divisio parentis inter liberos*, che sembra riacquistare la natura di atto di ultima volontà. S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, estratto da A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino, 2016, 52; M. MARRONE, *Istituzioni*, 641 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 730. Anche la *divisio parentis inter liberos* era qualcosa di diverso rispetto al patto successorio. Essa, infatti, non comportava un'attribuzione *mortis causa*, ma disciplinava solo le modalità che si sarebbero dovute seguire in sede di divisione ereditaria.

delittuosi), perché solo a partire da tale momento il figlio avrebbe potuto liberarsi del debito che aveva contratto con gli usurai e costoro avrebbero potuto ottenere il pagamento del loro credito.

Questa categoria di individui destò gravi preoccupazioni nella società romana tant'è che vennero introdotte alcune limitazioni per evitare il diffondersi della pratica. Una di queste fu la previsione della nullità dei *pacta de hereditate tertii* (ossia, in riferimento alla situazione sociale qui delineata, di quei patti con i quali il *filius familias* cedeva, mentre il *pater* era ancora in vita, la propria quota sull'eredità paterna all'usuraio per assicurare a costui il pagamento del debito contratto).

Il primo motivo di nullità si evince, ad esempio, da D. 39.5.29.2, in cui Papiniano sancisce la nullità di un patto dispositivo posto in essere mediante donazione, che viene definita *adversus bonos mores et ius gentium*.

Il giudizio di immoralità insito nel patto dispositivo è confermato anche dalla sanzione ulteriore prevista per esso: l'indegnità a succedere. I contraenti di un patto dispositivo, infatti, per aver concluso un accordo sulla successione di un terzo vivente, rimasto estraneo all'atto, erano ritenuti indegni e, pertanto, anche nel caso in cui fossero stati delati della successione, non avrebbero potuto conseguirla⁴⁶⁰.

Questa sanzione, poi, mette in luce l'assenza di un giudizio di immoralità per i patti successori istitutivi. L'indegnità, infatti, discendendo dalla contrarietà ai *boni mores* del comportamento sanzionato, non era prevista per la categoria del patto successorio istitutivo, che contrario al buon costume non era. La diversità tra i due istituti discende dal fondamento della loro nullità: i patti acquisitivi possono, in astratto, avere influenza sulla delazione ereditaria (perché, qualora ammessi, la creerebbero) e, pertanto, la nullità si basa sul contrasto con il regime romano della vocazione; per adempiere al patto dispositivo, invece, il disponente deve acquistare l'eredità e successivamente trasferirla alla controparte e, poiché dunque esso non inciderà in alcun modo sulla vocazione successoria, la sua nullità deriva, come visto, dalla contrarietà al buon costume per il *votum captandae mortis* che caratterizza l'atto⁴⁶¹.

Tuttavia, la motivazione etica non deve essere eccessivamente generalizzata sia perché non era la sola a determinare la nullità del patto sia perché in concreto poteva anche non sussistere (C. 2.4.11, 255 d.C.: *cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto*).

⁴⁶⁰ F. GLÜCK, *Commentario*, XVIII, 673 ss.

⁴⁶¹ Per tale ragione, secondo P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 496, tra le due giustificazioni esposte in C. 2.3.30, la più corretta non è quella dell'*advocatio Caesariensis*, ma quella di Giustiniano. Si veda oltre.

Infatti, come anticipato, la nullità del patto dispositivo era dettata anche da una giustificazione giuridica, quella dell'assenza di oggetto: in caso di ammissione del *pactum de hereditate tertii* si disporrebbe di una successione non ancora aperta, ossia di qualcosa di inesistente al momento della conclusione dell'atto (D. 18.4.1)⁴⁶².

La regola che sanciva la nullità dei patti successori dispositivi conobbe due eccezioni: il patto con il quale si disponeva di un'eredità indeterminata, ad esempio nel caso in cui i soci avessero stabilito che sarebbero entrati a far parte della società anche i beni che sarebbero stati loro devoluti in futuro in eredità (D. 17.2.3), e il patto dispositivo al quale avesse partecipato il *de cuius* (eccezione introdotta da Costantino, C. Th. 2.24.2, e poi generalizzata da Giustiniano, C. 2.3.30)⁴⁶³.

Infatti, Costantino, con la costituzione C. Th. 2.24.2, ribadisce la regola della proibizione di patti sull'eredità futura, ma ammette un'eccezione. La costituzione considera la questione della divisione dei beni della madre (durante la vita della medesima) tra i figli, stabilendone la contrarietà ai *boni mores*: “*nulli quidem de bonis usurpandis vivorum, nec dividendi contra bonos mores concessa licentia est...*” e l'invalidità, ma prevedendo che, in conformità alla volontà della madre, i figli avrebbero potuto dividerne la proprietà e tenerla per sé, a condizione che la madre non mutasse volontà: “*sed si praecipiente matre bona eius inter se liberi diviserunt, placuit omnifariam nobis, huiusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur*”⁴⁶⁴.

Pertanto, con Costantino viene ammesso un patto successorio dispositivo di divisione dei beni materni tra i figli al quale partecipi la madre stessa, senza mutare la propria volontà finché è in vita.

C. 2.3.30 (*Imperator Iustinianus A. Johanni pp.*): [*pr.*] *De quaestione tali a Caesariensi advocacione interrogati sumus: si duabus vel pluribus personis spes alienae fuerat hereditatis ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos perveniat, certos modos in eadem hereditate observari, vel si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oportet. [1]*

⁴⁶² Secondo F. SAMPER POLO, *La disposicion*, 169, il diritto romano classico rifiutò i patti successori solo per ragioni tecnico-giuridiche e non per ragioni di ordine morale, che furono introdotte da Giustiniano.

⁴⁶³ Sul tema dei patti successori dispositivi si veda: S. PEROZZI, *Istituzioni*, 2, 491 nt. 5; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 243 ss.; 308 ss.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, 1, 128 ss.; G. VISMARA, *Storia*, 92 s. nt. 1.

⁴⁶⁴ M. SIČ (SZÜCS), *L'eredità futura*, 205.

Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus condicionibus composita sunt, si ille fuerit mortuus et si ad hereditatem vocentur hi qui pactionem fecerunt. [2] Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes convenerunt? [3] Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare. [4] Quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim neque donationes talium rerum neque hypothecas penitus esse admittendas neque alium quendam contractum, cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum meorum non patitur. <a 531>

Il quesito sottoposto all'imperatore dagli avvocati di Cesarea riguarda la validità di un patto con il quale due o più persone, sperando di ricevere un'eredità altrui *ex cognatione*, avevano stabilito tra di loro in che modo e secondo quali quote dividersi l'eredità medesima. Il patto sull'eredità futura era soggetto alla duplice condizione che colui della cui eredità si disponeva morisse prima dei contraenti e che questi ultimi fossero effettivamente chiamati alla vocazione ereditaria.

Giustiniano mette in luce come vi fossero dubbi (*et dubitabatur si huiusmodi pacta servari oportet*) sulla questione, testimoniando una corrente favorevole alla validità del patto, ma ne sancisce la nullità. La soluzione accolta da Giustiniano, come egli stesso asserisce in due luoghi della costituzione, era già stata in passato riconosciuta dai precedenti imperatori (*secundum veteres itaque regulas sancimus; quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum*)⁴⁶⁵.

Il motivo della nullità è individuato nella diffidenza verso atti di disposizione di un'eredità altrui realizzati all'insaputa del *de cuius*, soprattutto perché essi avrebbero potuto portare a conseguenze ed azioni delittuose. Il patto è dunque nullo per la sua presunta immoralità e tale sua caratteristica viene ripetutamente ribadita dall'imperatore: *Sed nobis omnes huiusmodi*

⁴⁶⁵ Un precedente, come visto, è C. Th. 2.24.2. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 495.

pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus; contra bonos mores inita sunt; acerbissima spe.

Tuttavia, Giustiniano ammette un'eccezione e riconosce come valido il patto dispositivo al quale abbia prestato il suo consenso il *de cuius*, a condizione che lo abbia mantenuto invariato fino al momento della sua morte (*voluntatem suam eis accomodaverit et in ea usque ad extremum spatium perseveraverit*). Solo il consenso del *de cuius* sarebbe stato in grado di eliminare l'odiosa speranza (della morte di costui) che poteva discendere da questi accordi. Anche in caso di prestazione del consenso, quanto disposto nell'atto avrebbe avuto validità solo tra i contraenti e il *de cuius* sarebbe rimasto libero di disporre del proprio patrimonio e di redigere un testamento contrastante con il contenuto del patto.

L'imperatore, dunque, riprende l'eccezione già ammessa da Costantino, ma ne amplia la portata anche al di fuori del caso dell'eredità materna⁴⁶⁶.

Secondo alcuni autori, Giustiniano avrebbe in tal modo permesso l'introduzione all'interno del patto dispositivo di un patto successorio istitutivo (a titolo particolare) tra il *de cuius* e il soggetto o i soggetti del patto dispositivo in cui risiedeva l'aspettativa successoria⁴⁶⁷. In realtà non sembra potersi abbracciare questa ipotesi per due ordini di ragioni: innanzitutto, non vi è alcuna prova testuale che il consenso del *de cuius* comportasse anche un'attribuzione *mortis causa*, rimanendo, anzi, egli libero di disporre del suo patrimonio per il periodo successivo alla propria morte e anche di non nominare eredi i contraenti del patto a cui ha prestato il consenso⁴⁶⁸; in secondo luogo, anche qualora si debba riconoscere un'istituzione di erede o di legatario nel consenso prestato, essendo esso revocabile in ogni istante, non può parlarsi di patto successorio istitutivo (sebbene il consenso sia prestato all'interno di un patto bilaterale, se esso avesse avuto natura unilaterale e revocabile, si sarebbe trattato di un atto di ultima volontà).

È interessante porre in luce come anche oggi, in alcuni Paesi in cui il patto successorio è ammesso e frequentemente adoperato nella prassi, come in Svizzera, non trovi accoglimento la figura del patto successorio dispositivo perché, come in diritto romano, la sua nullità viene legata a ragioni di carattere morale. L'analogia è ancor più spiccata, stante la previsione della

⁴⁶⁶ Nella parte finale della costituzione, poi, Giustiniano specifica che sui beni dell'ereditando non si debbano ammettere né donazioni né ipoteche né alcun altro negozio contro la volontà del proprietario. M. SIČ (SZŪCS), *L'eredità futura*, 212 s.

⁴⁶⁷ G. VISMARA, *Storia*, 101; 107; l'autore giunge a questa conclusione in ragione della nozione di patto successorio istitutivo accolta, che comprende anche quegli atti bilaterali *mortis causa* revocabili.

⁴⁶⁸ Dello stesso avviso G. U. TEDESCHI, *La divisione d'ascendente*, Padova, 1936, 65, che ritiene che il consenso del *de cuius* prestato nel patto dispositivo non sia il consenso di un contraente.

medesima eccezione di C. 2.3.30: anche nel diritto elvetico, il consenso del *de cuius* all'atto dispositivo ne garantisce la validità, escludendo i pericoli che altrimenti lo riguarderebbero; inoltre, anche secondo il diritto svizzero, il *de cuius* rimane libero di disporre *inter vivos* e *mortis causa* dei suoi beni, ma il consenso, una volta prestato, è irrevocabile⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Si veda *supra* § 15.

20. La revocabilità degli atti *mortis causa* in diritto romano

Come più volte accennato, il divieto dei patti successori in diritto romano è stato legato ad una loro presunta immoralità derivante dalla violazione della libertà del *de cuius*, intesa come possibilità di revocare in qualsiasi momento le disposizioni *mortis causa* precedentemente prese.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si è già dimostrato nel paragrafo precedente, come il giudizio di immoralità non fosse in realtà indirizzato ai patti successori istitutivi c.d. reali, ma a quelli dispositivi e alle obbligazioni di istituire erede. Ora si affronterà, invece, il tema della revocabilità degli atti *mortis causa* per comprendere se la libertà di revoca sia stata nell'ordinamento romano un principio fondamentale e imprescindibile di tale categoria negoziale.

a. Revocabilità del negozio testamentario e di altri istituti adoperati a fini successori

Quando si parla del testamento (*per aes et libram*) in diritto romano, lo si presenta essenzialmente come un atto di ultima volontà la cui caratteristica sostanziale è la sua revocabilità o modificabilità: il testatore può, nelle modalità stabilite dall'ordinamento giuridico, revocare o modificare le precedenti disposizioni prese in ordine alla propria successione e qualsiasi rinuncia o vincolo si ponga a tale possibilità risulterà nullo e privo di efficacia.

In realtà, “il testamento, come atto a causa di morte unilaterale e revocabile, è istituto relativamente recente, che ha il suo massimo svolgimento soltanto nel diritto classico”⁴⁷⁰.

Affrontando il tema della revoca, infatti, ci si renderà conto di alcuni aspetti fondamentali: da una parte, è vero che il diritto romano ha sempre più dato spazio alla possibilità di revoca del testamento (attribuendo efficacia anche a quella tacita) e, in relazione ad essa, alla volontà del testatore; dall'altra, però, il raggiungimento della libertà di revoca è stato frutto di un progressivo sviluppo, essendo essa, in alcuni casi e soprattutto in età più risalente, alquanto difficoltosa. Inoltre, è testimoniata la presenza di istituti, adoperati per disciplinare la successione di un soggetto, che si sottraevano a tale principio.

⁴⁷⁰ G. VISMARA, *Storia*, 64.

Infatti, le forme più antiche di testamento, così come gli altri negozi giuridici adoperati in età arcaica per provvedere al proprio patrimonio per il periodo successivo alla propria morte, non ebbero quale requisito fondamentale la loro revocabilità.

In dottrina si discute sull'antecedenza storica dell'adozione al testamento *calatis comitiis*, che da essa sarebbe disceso⁴⁷¹; secondo coloro che sostengono questa tesi, nel periodo più antico della storia del diritto romano, quando il testamento non era conosciuto, il *paterfamilias* utilizzava l'*adrogatio* per provvedere alla sua successione ereditaria. Con tale istituto, che poteva essere posto in essere solo in mancanza di eredi *sui*, il *pater* si creava giuridicamente un erede, al quale la successione sarebbe successivamente pervenuta per legge.

L'*adrogatio* non può certo essere considerata un patto successorio istitutivo, non essendo un atto *mortis causa*, ma un atto tra vivi che produceva effetti immediatamente al momento della sua realizzazione. Ciò nonostante è importante osservare come il *de cuius* si servisse di un istituto bilaterale (poiché si trattava di un atto che necessitava del concorso della volontà dell'adottato e del popolo per la sua realizzazione) e irrevocabile (creava, infatti, un vincolo di parentela) per disciplinare la sua successione futura, quindi di un atto che presentava due degli elementi propri dei patti successori.

Il *testamentum calatis comitiis*, di cui si hanno notizie più sicure e che, probabilmente, fu una derivazione dell'*adrogatio*, era un atto che differiva da essa poiché non creava un rapporto di parentela immediato, ma disciplinava la successione del *de cuius* al momento della sua morte, producendo effetti solo da tale evento. Si dava perciò luogo ad una sorta di *adrogatio mortis causa* nella quale l'"*adrogatus*" doveva essere ancora in vita al momento della morte del *de cuius*. Si trattava, quindi, di un atto *mortis causa*, che, secondo alcuni autori, presentava caratteristiche di bilateralità⁴⁷².

⁴⁷¹ Sull'argomento si vedano P. BONFANTE, *Corso*, 6, 60 ss.; B. BIONDI, *Corso di diritto romano. Diritto ereditario, parte generale*, 1, Milano, 1934, 30 ss.; O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, in *Essay in legal history (read before the international Congress of historical studies held in London in 1913)*, Oxford, 1913, 120 nt. 2; si veda G. VISMARA, *Storia*, 64 nt. 1; C. APPLETON, *Le testament romain. La methode du droit comparé et l'authenticité del XII tables*, Parigi, 1903, 61 ss.

⁴⁷² La bilateralità deriverebbe, secondo coloro che ne sostengono la sussistenza, dall'effettiva partecipazione dei comizi curiati all'atto e da essa sarebbe discesa, in un primo momento, anche l'irrevocabilità del testamento. Sulla presunta natura contrattuale del testamento comiziale si veda C. APPLETON, *Le testament romain*, 59 ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 297; G. VISMARA, *Storia*, 65; 65 nt. 2. Altri autori hanno sostenuto che si trattasse di una legge comiziale o di un'arrogazione; in questo caso, l'irrevocabilità dell'atto per semplice volontà del disponente sarebbe ancor più evidente. B. BIONDI, *Corso*, 1, 12.

Secondo l'opinione più probabile, con il testamento *calatis comitiis* era possibile procedere solamente all'istituzione d'erede⁴⁷³ nel caso in cui il *pater* non avesse avuto discendenti e, inoltre, esso non poteva essere utilizzato per modificare le quote ereditarie degli eredi *sui*⁴⁷⁴.

Il testamento *calatis comitiis*, al contrario dell'*adrogatio*, era revocabile, ma la revoca era possibile solo mediante il confezionamento di un nuovo testamento nel rispetto delle forme previste per esso. Pertanto, un soggetto che avesse mutato la propria volontà, avrebbe dovuto far valere il cambiamento con le medesime formalità con le quali era stata precedentemente posta in essere e, dunque, mediante una dichiarazione solenne fatta di fronte ai Quiriti e contenente una nuova istituzione di erede. Di conseguenza, il testatore non avrebbe potuto modificare la sua volontà quasi per un anno intero, dal 24 maggio al 24 marzo dell'anno successivo (date in cui i comizi venivano appositamente convocati dal *pontifex maximus* e da costui presieduti), rischiando di morire senza aver potuto revocare il precedente testamento⁴⁷⁵.

Oltre al testamento comiziale e a quello *in procinctu*⁴⁷⁶, un altro istituto sembrerebbe avvalorare la tesi di una non ripugnanza del diritto romano per atti che disponevano della successione di un soggetto senza che fosse possibile una revoca degli stessi; si tratta della *mancipatio familiae*.

In un primo momento si fece ricorso alla *mancipatio familiae* per far sì che un soggetto non morisse intestato e quindi senza un continuatore del culto domestico (ad esempio, qualora, pur non avendo discendenti, non avesse potuto testare perché doveva aspettare le due date in cui i *comitia curiata* erano convocati) e per permettere di testare anche a coloro che non avrebbero potuto farlo secondo le altre forme ammesse dall'ordinamento⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Pertanto, non vi si potevano prendere disposizioni a titolo particolare, sia di carattere personale, come le manomissioni, sia di carattere patrimoniale come i legati. Queste disposizioni, conosciute dalle XII Tavole, rientravano nella sfera di efficacia della *mancipatio familiae*. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 716 s.

⁴⁷⁴ Era possibile nominare un erede anche in presenza di discendenti *in potestate*, ma solamente nel caso in cui costoro fossero tutti impuberi e tale istituzione fosse subordinata alla circostanza che i discendenti stessi non raggiungessero la pubertà (l'erede assolveva qui, dunque, la funzione che successivamente sarebbe stata del sostituto pupillare e del tutore). M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 717.

⁴⁷⁵ G. VISMARA, *Storia*, 65 ss.

⁴⁷⁶ G. VISMARA, *Storia*, 67 s. afferma che anche la seconda forma di testamento arcaico, quella *in procinctu*, era caratterizzata dalla sua sostanziale irrevocabilità. Infatti, per la revoca sarebbe stato necessario un nuovo testamento *in procinctu* e, quindi, il testatore avrebbe dovuto aspettare una nuova battaglia; inoltre, l'irrevocabilità riguardava anche coloro che avevano smesso di far parte dell'esercito prima di avere avuto occasione di revocare il testamento *in procinctu* precedentemente fatto. Questa forma testamentaria, come il testamento *calatis comitiis*, cadde in desuetudine prima della fine dell'età repubblicana.

⁴⁷⁷ I plebei, infatti, non potendo partecipare ai comizi curiati, erano esclusi dalla possibilità di accedere al testamento comiziale. Inoltre, il testamento *in procinctu*, che poterono adoperare una volta entrati a far parte dell'esercito, aveva natura eccezionale.

Il “testamento” per *mancipatio familiae*⁴⁷⁸ nacque come atto tra vivi poiché si attuava mediante una normale *mancipatio*: il disponente alienava immediatamente il proprio patrimonio ad un amico, il quale successivamente si sarebbe fatto esecutore delle sue ultime volontà (*fiducia cum amico*). La bilateralità di questo atto non si può mettere in dubbio data la posizione antitetica tra l'alienante e l'*emptor familiae*: il suo consenso era essenziale per l'esistenza dell'atto e costui *heredis locum optinebat*.

Trattandosi di un atto di alienazione, la *mancipatio familiae*, nella sua forma originaria, era soggetta al principio dell'irrevocabilità (a solo arbitrio del disponente); al contrario che per il testamento, per la revoca occorreva la volontà di entrambe le parti espressa in una nuova *mancipatio*; anche nell'ipotesi che la *remancipatio* fosse fatta in esecuzione di un *pactum fiduciae* per cui l'*emptor* si era previamente obbligato a restituire la *familia* a richiesta dell'alienante, la revoca sarebbe derivata sempre da un *pactum* e non dalla volontà unilaterale del “testatore”⁴⁷⁹.

Inoltre, in un periodo successivo venne introdotta un'importante novità: la possibilità di ritardare gli effetti dell'atto alla morte del disponente. La *mancipatio familiae* veniva così ad avere a oggetto non il patrimonio attuale del disponente, ma quello futuro così come sarebbe stato costituito al momento della sua morte; la *mancipatio familiae*, dunque, divenne un atto *mortis causa* bilaterale ed irrevocabile ad arbitrio del disponente. Si trattava, cioè, di un vero e proprio patto successorio positivo, del quale presentava tutte le qualità essenziali: bilateralità, carattere *mortis causa* e irrevocabilità⁴⁸⁰.

La *mancipatio familiae mortis causa*, inoltre, in seguito alla nascita e allo sviluppo del testamento *per aes et libram*, non divenne illecita, ma passò solamente ad avere una secondaria importanza nella prassi.

⁴⁷⁸ Gai 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

Sulla natura testamentaria della *mancipatio familiae* si veda: F. TERRANOVA, *Sulla natura «testamentaria» della cosiddetta mancipatio familiae*, in AUPA, 53, 2009, 299 ss. Si veda anche *infra* § 22.

⁴⁷⁹ Alcuni autori, come C. APPLETON, *Le testament romain*, 114; cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, 2, 490 nt. 2 ritengono che la *mancipatio familiae* sia di fatto più facilmente revocabile delle altre due forme di testamento (quella comiziale e quella *in procinctu*) poiché era sufficiente una *mancipatio* in senso inverso compiuta dall'*emptor* della prima in favore del precedente alienante. Si deve obiettare, però, sia che solitamente la *mancipatio familiae* veniva adoperata in situazioni in cui la morte dell'alienante era imminente e dunque con molta probabilità non ci sarebbe stata una seconda *mancipatio*, sia che la *remancipatio* non era una revoca, ma un nuovo negozio assolutamente indipendente da quello che lo aveva preceduto, gli effetti del quale, però, venivano eliminati.

⁴⁸⁰ F. SCHULZ, *Prinzipien*, 107; G. VISMARA, *Storia*, 69. Si veda anche *infra* § 22.

Alla libera revocabilità del negozio testamentario si giunse solo in età classica.

Le norme in materia di revoca, tuttavia, differivano notevolmente nello *ius civile* e nello *ius honorarium*, così come erano differenti i due testamenti che caratterizzarono il diritto successorio per tutto il periodo classico: quello civile e quello pretorio.

Il testamento civile *per aes et libram* era un atto unilaterale nonostante rimangano diverse tracce della bilateralità della *mancipatio familiae* dalla quale derivava⁴⁸¹. Esso richiedeva la dichiarazione del *de cuius* (*mancipio dans*) delle proprie ultime volontà (*nuncupatio*), la quale veniva fatta in presenza del *libripens*, di 5 testimoni e del *familiae emptor*⁴⁸², che, mentre in origine acquistava il patrimonio ereditario, divenne poi semplicemente una persona che ascoltava la *nuncupatio* del *mancipio dans* e il cui ruolo si era ridotto a giustificare la redazione di un breve verbale in cui si dichiarava che le formalità della *mancipatio* erano state compiute. In un secondo momento alla dichiarazione orale del *de cuius* si sostituì la redazione di tavolette cerate che il testatore consegnava al *familiae emptor* pronunciando una solenne *nuncupatio* e che, però, avrebbero avuto mero valore probatorio. All'esterno delle tavolette venivano apposti i sigilli dei testimoni, del *libripens* e del *familiae emptor*.

Si trattava di un atto *mortis causa* poiché il trasferimento del patrimonio del *de cuius* non avveniva immediatamente (come nella *mancipatio* delle origini), ma *tempore mortis*.

Al fianco di tale forma testamentaria se ne sviluppò un'altra, quella del testamento pretorio: il pretore, infatti, iniziò a concedere la *bonorum possessio secundum tabulas* a quei soggetti nominati eredi in un testamento che, pur non presentando le caratteristiche formali richieste dal *ius civile* per la sua validità, rispettava i requisiti ritenuti necessari dal pretore, ossia la presenza di 7 testimoni e l'integrità delle *tabulae ceratae* in cui il testamento era contenuto (*tabulae septem signis signatae*), a nulla rilevando che fossero state compiute la *nuncupatio* orale e la gestualità richiesta dalla *mancipatio*.

⁴⁸¹ Il *familiae emptor* non è più acquirente, ma tuttavia non è estraneo all'atto; la *testamenti factio* era richiesta non solo per il testatore (*testamenti factio cum herede*), ma anche per l'istituto (*testamenti factio cum testatore*), sia al momento della confezione del testamento che *tempore mortis*. *Gai.* 2.104; *D.* 28.5.53; *I.* 2.19.4; *D.* 41.8.7; *D.* 34.4.20; *D.* 28.5.31. La *testamenti factio* passiva al momento della morte del testatore sembrerebbe giustificarsi solo con la bilateralità dell'antica *mancipatio familiae*. Dalla bilateralità della *mancipatio familiae*, poi, discendevano alcune incapacità dei testimoni. Da tutti questi elementi si capisce che i Romani ritenevano sussistente un rapporto tra testatore ed erede, tanto che si potrebbe parlare di bilateralità del testamento *per aes et libram*, ma nel senso ristretto che la *mancipatio*, che ne costituisce la forma, è atto bilaterale. Cfr. G. VISMARA, *Storia*, 71 s.; 72 ntt.1 e 4; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, 1, 189.

⁴⁸² L'intervento dell'*emptor familiae* divenne puramente formale (*propter veteris iuris imitationem*), poiché per la piena efficacia dell'atto era sufficiente la sola volontà del testatore. L'*emptor familiae* non era più erede, ma erede era la persona designata nella *nuncupatio*. Per un approfondimento sul ruolo del *familiae emptor*, si veda F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011.

Proprio queste differenze strutturali comportavano regole distinte in relazione alla revoca dell'atto.

Il diritto civile, infatti, non conosceva la revoca testamentaria come negozio a sé stante con cui il testatore dichiarava direttamente di voler eliminare gli effetti di un testamento precedente, ma riteneva necessario a tale fine la redazione di un nuovo negozio perfetto e valido; la distruzione o l'alterazione delle *tabulae*, essendo la *nuncupatio* orale il fondamento dell'istituto, non avrebbe avuto alcun valore.

Dunque, nel *ius civile* era necessario il confezionamento di un nuovo e diverso testamento al fine di revocare il precedente, che sarebbe divenuto metaforicamente *ruptum*, ossia "infranto"⁴⁸³. Esso avrebbe annullato completamente quello anteriore anche là dove le disposizioni non fossero state in contrasto con le precedenti e ci fosse stata, dunque, una compatibilità logica tra di esse. Chi aveva testato una volta non avrebbe in seguito avuto la possibilità di morire intestato, distruggendo il documento che ne costituiva la prova o limitandosi a dichiarare di non voler tenere ferme le sue precedenti volontà; valeva il principio: *semel testator, semper testator*⁴⁸⁴. Queste attività non avevano per il *ius civile* alcun effetto. Così infatti:

Gai. 2.151: ...Apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, non ideo nihilo minus desinent valere quae ibi fuerint scripta, licet eorum probatio difficilis sit.

Gaio afferma, e ciò è confermato anche da altre fonti, che lo strappo dei lacci che tenevano chiuse le tavole testamentarie o la distruzione delle stesse, non comportavano la revoca del testamento civile. Le disposizioni contenute nel testamento rimanevano valide, anche se ne sarebbe stata difficile la prova; ciò che era rilevante, infatti, era solo la *nuncupatio* orale, mentre la stesura delle tavole aveva mero valore probatorio⁴⁸⁵.

Quanto qui spiegato da Gaio fa presupporre che il termine "*ruptum*" nacque in riferimento alla revoca pretoria - per la quale, come si vedrà, era sufficiente la distruzione o alterazione

⁴⁸³ *Tit. Ulp. 23.2: "Rumpitur testamentum mutatione, id est si postea aliud testamentum iure actum sit".*

⁴⁸⁴ La regola è formulata, infatti, dagli stessi giureconsulti romani: D. 28.4.14: *Hereditas semel data, adimi facile non potest* (cfr. anche D. 28.2.13.1). Cfr. G. GANDOLFI, *Prius testamentum ruptum est*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 222 ss.

⁴⁸⁵ In relazione alla prima parte del passo, qui non riportata (*Potest ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmantur*), si veda: L. DE SARLO, *Gaio II, 151 e la natura della revoca testamentaria non formale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, vol. V-VI, ser. VI, 1949, 102 ss.; S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *SDHI*, 6, 1940, 334.

delle tavole testamentarie - e fu poi esteso al testamento civile dalla giurisprudenza puramente a titolo metaforico⁴⁸⁶.

Secondo il *ius honorarium*, che guardava al testamento essenzialmente dal punto di vista materiale-documentale, il *testator* avrebbe potuto revocarlo anche semplicemente distruggendo le tavole testamentarie. La revoca del testamento pretorio, dunque libera da ogni formalità, poteva attuarsi con qualunque atto che lasciasse traccia nelle *tabulae*: alterazione dei sigilli, distruzione, incisione del lino, cancellature di ogni genere fatte dal testatore *animo adimendi* o anche senza *animus adimendi*, ma che avessero reso illeggibile lo scritto⁴⁸⁷.

La regola civile sopra riportata è di quelle che hanno subito le eccezioni più numerose e le riforme più aperte, essendo stata anche sempre più sentita l'esigenza di tutelare in tutti i modi la volontà del *de cuius* e ogni variazione della stessa. Il riconoscimento della revoca informale venne raggiunto mediante l'influenza che sul diritto civile in tale ambito ebbero il testamento militare, la giurisprudenza, che diede sempre maggior rilevanza alla *voluntas* del testatore, la *cognitio extra ordinem* dell'imperatore e dei suoi funzionari, che riconobbe il fedecommesso e il codicillo, la cui disciplina influenzò fortemente il testamento, l'intervento pretorio e il Senato, che attenuò le differenze formali tra i vari legati (di particolare importanza fu il *Senatusconsultum Neronianum*)⁴⁸⁸.

Il testamento militare costituì la prima eccezione alla regola del testamento civile anche in relazione alla sua revoca.

A partire da Cesare, tramite *constitutiones* imperiali e *mandata*, in ragione dell'*imperitia militis*, vennero sancite a favore dei soldati una serie di norme relative al testamento (valido sia sul piano civile che su quello pretorio) che attribuivano loro una posizione di privilegio sia sotto il profilo del formalismo, sia in relazione all'applicazione alla successione testamentaria di una serie di divieti e restrizioni⁴⁸⁹.

Tra i privilegi, per quanto qui interessa, vi era la possibilità di redigere il testamento, oralmente o per iscritto, al di fuori di qualsiasi osservanza delle norme civili o pretorie. A questa ampia libertà di confezione corrispondeva anche un'ampia facoltà di revoca: così come esso era libero da ogni forma al momento della sua creazione, poteva, senza formalità alcuna, essere

⁴⁸⁶ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 238 s.; M. BOHACEK, *Il problema della revoca non formale del testamento nel diritto classico e giustiniano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1930, 307 ss.

⁴⁸⁷ M. BOHACEK, *Il problema della revoca non formale del testamento nel diritto classico e giustiniano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1930, 311 ss.

⁴⁸⁸ A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 25.

⁴⁸⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 725 s. Si veda *infra* § 13.

modificato in tutto o in parte sulla base della volontà del testatore, comunque manifestata, purché accertabile. Pertanto, ogni atto (anche incompiuto⁴⁹⁰) dal quale si fosse potuta desumere la mutata volontà del *miles*-testatore avrebbe annullato le disposizioni precedenti oggetto del cambiamento e solo quelle⁴⁹¹.

Sebbene la disciplina del *testamentum militis* rientrasse nel campo del *ius singulare*, come anticipato, esso ebbe una forte influenza sul principio quiritario della revoca formale, che subì una revisione progressiva in modo sempre più deciso, con riguardo sia alla revoca dell'intero testamento sia delle singole disposizioni che di esso facevano parte.

Ciò fu possibile grazie all'intervento del pretore, che iniziò a prevedere e tutelare nuove forme di revoca testamentaria, integrate da comportamenti concludenti che incidevano sulla consistenza ed integrità materiale delle *tabulae* e del loro contenuto: distruzione dei *signa*, distruzione delle *tabulae*, cancellazione delle disposizioni testamentarie contenute nel testamento, ecc. Sebbene questi atti non rendessero il testamento invalido secondo il *ius civile*, il diritto pretorio giunse a sopperire a questa circostanza, concedendo la *bonorum possessio sine tabulis* a favore degli eredi legittimi⁴⁹².

L'evoluzione verso il riconoscimento della revoca informale del testamento può essere ricavata con chiarezza da un numero abbastanza copioso di fonti, delle quali se ne prenderanno brevemente in esame alcune al fine di comprendere le modalità e i motivi dietro questo cambiamento.

D. 34.9.12 (*Papinianus 16 quaest.*): *Cum quidam scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, heredibus*

⁴⁹⁰ D. 29.1.34.1 *Papinianus 14 quaest.*: *Militia missus intra annum testamentum facere coepit neque perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum quod in militia fecit, si iure militiae fuit scriptum: alioquin si valuit iure communi, non esse iure rescissum.*

Cfr. C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della hereditas*, Napoli, 1946, 150.

⁴⁹¹ D. 29.1.15.1 *Ulpianus 45 ad ed.*: *Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. denique si cancellaverit testamentum suum vel inciderit, nullius erit momenti: si tamen testamentum cancellaverit et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate. et ideo cum miles induxisset testamentum suum, mox anulo suo signasset, qui super ea re cogniturus erit considerabit, quo proposito id fecerit: nam si mutatae voluntatis eum paenituisse probabitur, renovatum testamentum intellegitur: quod si ideo, ne ea quae scripta fuerant legi possint, causa irriti facti iudicii potior existimabitur.*

⁴⁹² A. GUARINO, *Diritto privato*, 439. *Gai. 2.151 a*: ... *Si quis ab intestato bonorum possessionem petierit, et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem, per exceptionem doli mali repellatur; si vero nemo ab intestato bonorum possessionem petierit, populus scripto heredi quasi indigno auferet hereditatem, ne ullo modo ad eum quem testator heredem habere noluit perveniat hereditas; et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur.* Il rimedio concesso al *bonorum possessor* che avesse chiesto la *bonorum possessio ab intestato* nel conflitto con l'erede testamentario era l'*exceptio doli mali*. Il frammento fa poi riferimento ad un rescritto di Antonino Pio che stabilì che, non presentandosi nessuno a chiedere la *bonorum possessio ab intestato*, il patrimonio non sarebbe stato acquisito dagli eredi testamentari (dovendosi *iure praetorio* considerare *ruptum* il testamento), ma sarebbe stato devoluto al *populus*, cioè all'*aerarium*, come per gli indegni. C. SANFILIPPO, *Corso*, 149 s.; M. MARRONE, *Istituzioni*, 617.

tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem. quod divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad praefectos aerarii misit: verum ab eo legata relicta salva manserunt. de praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio: et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat.

Il passo di Papiniano presenta il caso di un testamento successivo non idoneo a rendere *ruptum* quello precedente poiché gli eredi nominati in esso erano privi di capacità.

Secondo la regola quiritaria, appunto, il primo testamento non sarebbe stato revocato e, di conseguenza, gli eredi nominati in esso avrebbero avuto diritto alla successione del *de cuius*. Tuttavia, il testo mette in luce che la redazione di un testamento successivo, di cui il testatore ignorava l'inefficacia, era espressione della mutata *voluntas* di costui e Papiniano riferisce che essa era stata presa in considerazione dal Senato⁴⁹³. Tale organo, probabilmente era stato chiamato a giudicare in appello la controversia tra gli eredi istituiti nel primo testamento e i *bonorum possessores ab intestato*, accogliendo, poi, le ragioni di quest'ultimi e dando così prevalenza alla *voluntas* del defunto sulla norma di diritto civile⁴⁹⁴.

Il seguito del frammento presenta il caso di una revoca informale tramite *inductio* (cancellazione del nome dell'erede). Papiniano cita un famoso decreto di Marco Aurelio (che in realtà applicava una costituzione del padre Antonino Pio) con il quale si stabiliva che all'erede cancellato non sarebbe spettata l'eredità⁴⁹⁵.

In relazione al rimedio che si sarebbe potuto esperire contro costui, qualora avesse agito in giudizio, vi sono opinioni contrastanti, ma probabilmente esso sarebbe stato una *denegatio actionis*, la quale viene ricordata in altri testi sul tema⁴⁹⁶.

Tra i testi che trattano della revoca informale del testamento, rileva anche:

⁴⁹³ La dottrina si è interrogata circa la natura di questa decisione senatoria. Si deve escludere che si trattasse di un senatoconsulto, poiché, se così fosse stato, vi sarebbe stata un'innovazione del *ius civile*, della quale si avrebbe avuto traccia nelle altre fonti e che avrebbe reso inopportuni tutti i successivi sforzi della giurisprudenza volti al superamento della regola quiritaria in tema di revoca. Pertanto bisogna ipotizzare che Papiniano si riferisse ad una decisione presa dal Senato in quanto organo giudicante in sede di appello, ricordando che a partire da Nerone [54-68 d.C.] il Senato venne delegato a giudicare degli appelli mossi al Principe. Si veda C. SANFILIPPO, *Corso*, 152, per quanto concerne la discussione sull'interpolazione del testo.

⁴⁹⁴ C. SANFILIPPO, *Corso*, 151 s.; M. MARRONE, *Istituzioni*, 617.

⁴⁹⁵ Cfr. S. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo studio delle forme testamentarie*, 1, Milano, 1982, 250 ss.

⁴⁹⁶ Una serie di testi, infatti, testimonia come il rimedio concesso per far valere la *voluntas* del defunto fosse la *denegatio actionis* all'erede revocato. Così, come visto, D. 34.9.12 in cui Papiniano ricorda un decreto di Marco Aurelio, che riprendeva una costituzione del padre Antonino Pio, con la quale l'imperatore introdusse tale rimedio; D. 28.4.2; D. 28.4.1.3; D. 28.4.3; D. 34.9.16.2. Cfr. C. SANFILIPPO, *Corso*, 152 ss. L'*exceptio doli*, invece, veniva più che altro concessa all'erede per respingere l'azione del legatario. *Contra: Gai.* 2.151 a.

D. 28.4.4 (*Papinianus 6 resp.*): *Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus sollemniter complevit. si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.*

Il passo tratta di un testatore che, dopo aver compilato diversi esemplari⁴⁹⁷ originali del suo testamento (*pluribus tabulis...complevit*), ne aveva successivamente distrutti alcuni. Ci si chiede se tale modalità di revoca dovesse considerarsi valida.

Nonostante alcuni dubbi in dottrina circa la natura del testamento, è presumibile che la fattispecie faccia riferimento ad un testamento civile. Infatti, qualora si fosse trattato di un testamento pretorio, i dubbi avanzati circa l'efficacia della revoca mediante distruzione delle *tabulae* non avrebbero avuto ragione di esistere: in questo caso, infatti, la *bonorum possessio secundum tabulas* sarebbe stata sempre negata e al suo posto si sarebbe aperta una *bonorum possessio ab intestato*. Inoltre, in favore di tale tesi militano anche alcuni elementi testuali che fanno riferimento alle solennità con le quali il testamento doveva essere stato concluso: *solemniter complevit, iure gesta e irrita*.

Quindi, assumendo come punto di partenza che Papiniano parlasse di testamento civile, si riscontra un contrasto tra l'opinione da costui espressa e quella di Paolo. Infatti, mentre il primo non riconosce alcuna rilevanza alla distruzione di alcuni esemplari del testamento, il secondo indaga l'intenzione con cui il testatore li distrusse, chiedendosi se costui avesse avuto, compiendo quel gesto, la volontà di revocare il testamento stesso e morire intestato. In tal caso l'atto di ultima volontà si sarebbe dovuto ritenere revocato⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Sul significato del termine "*exemplum*" si veda N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in IURA, 28, 1977, 68; 68 nt. 52. E. BETTI, *'Declarare voluntatem' nella dogmatica bizantina*, in *Studi Albertario*, 2, Milano, 1953, 438 s. afferma che potrebbe "supporre un documento (*exemplum*) medesimo e unico composto di più elementi (*tabulae*): nel qual caso il '*res gesta declaretur*' alluderebbe ad una integrazione ricostruttiva, che si compirebbe per colmare la lacuna mediante illazioni interpretative col sussidio degli elementi documentali residui. Ma è più verosimile l'ipotesi che si tratti di più esemplari o copie (D. 28.1.24) condotte su di un medesimo paradigma (*exemplum*): nel qual caso il '*declarari*' significa semplicemente risultare, apparire". Cfr. M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forme classiche di testamento*, 2, Torino, 1967, 23.

⁴⁹⁸ La nota di Paolo è un'ulteriore riprova che anche costui parlasse del testamento civile: infatti, se si fosse trattato di un testamento pretorio, l'incisione o la distruzione delle tavole avrebbe in ogni caso reso invalido il testamento e non solo se operata dal testatore *ut intestatus moreretur*. C. SANFILIPPO, *Corso*, 157. Cfr. F. ARCARIA, *Per la storia dei testamenti pubblici romani: il 'testamentum apud acta conditum' ed il 'testamentum principi oblatum'*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 1, Milano, 2007, 177 ss.; F. SCOTTI, *La pluralità di tabulae testamentarie: fonti letterarie e casistica giurisprudenziale*, in *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, anno XV, 2016, quad. 14, 21 ss. Cfr. S. SERANGELI, *Studi sulla revoca*, 7 nt. 3; 218 ss.; 220 nt. 35, secondo cui Papiniano non prende semplicemente in considerazione il testamento civilistico, poiché già alla sua epoca si stava

La discrepanza di opinioni potrebbe essere giustificata considerando il fatto che Papiniano qui non interpreta la distruzione di alcuni esemplari come l'espressione della mutata volontà del testatore, riflessione che, invece, viene compiuta da Paolo: *sed, si ut intestatus moretur incidit tabulas...*

Importante ai fini della revoca non formale della *hereditas institutio* fu anche un rescritto di Alessandro Severo del 223 d.C.

C. 6.35.4 (*Imperator Alexander Severus*): *Hereditas in testamento data per epistulam vel codicillos adimi non potuit. quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat, merito eius portio non iure ad alium translata fisco vindicata est. libertates autem in eadem epistula datae peti poterunt. * Alex. a. Philomuso. * <a 223>*.

Qui l'imperatore, dopo aver ricordato la regola civilistica generale per cui l'*hereditas* data per testamento non può essere revocata mediante semplice *epistola*, introduce un'eccezione, affermando che la quota di un erede, nei confronti del quale la testatrice aveva dichiarato, mediante lettera, che non meritasse l'istituzione, fu a ragione rivendicata dal fisco. Si è discusso circa il motivo alla base della decisione imperiale, che, di primo acchito, potrebbe apparire l'indegnità dell'erede. In realtà, l'indegnità è qui solo il semplice motivo che ha spinto la testatrice a modificare la propria precedente volontà, mentre la *ratio* si fonda proprio sul mutamento di quest'ultima⁴⁹⁹.

I passi sopra trattati (a titolo esemplificativo, perché ve ne sarebbero molti altri⁵⁰⁰) sono, pertanto, un'importante testimonianza del processo che ha portato ad attribuire sempre più rilevanza alla volontà del testatore anche quando il testamento, essendo un testamento civile, non si sarebbe potuto considerare revocato informalmente (revoca mediante testamento invalido, mediante *inductio* del nome dell'erede, mediante distruzione delle *tabulae* e *per epistulam*).

Un'eguale evoluzione nel diritto civile si ebbe relativamente alla revoca dei legati. La regola quiritaria richiedeva una dichiarazione solenne e contraria ai fini della sua efficacia; la *nuda voluntas* non sarebbe stata sufficiente. Pertanto, la revoca espressa (*ademptio*) delle disposizioni testamentarie a titolo particolare era conosciuta dal diritto civile, ma essa doveva

assistendo a un mutamento della regola quiritaria della revoca formale, ma più precisamente ritiene assente in capo al testatore l'intenzione di revocare (avendo egli distrutto solo alcuni degli esemplari originali del proprio testamento). Inoltre, l'opinione di Paolo non si pone in contrasto con quella di Papiniano, ma inerisce a una fattispecie particolare: quella in cui si provi che l'atto eversivo sia stato effettivamente posto in essere dal testatore allo scopo di revocare il testamento, che, dunque, diverrà *irritum* e, pertanto, *scriptis avocabitur hereditas*.

⁴⁹⁹ Se la motivazione della decisione fosse stata l'indegnità, l'imperatore avrebbe chiaramente motivato la sua scelta su di essa e non sulla dichiarazione della testatrice. C. SANFILIPPO, *Corso*, 158 s.

⁵⁰⁰ Cfr., ad esempio, S. SERANGELI, *Studi sulla revoca*, 215 ss.

essere effettuata nel testamento stesso in cui si trovava il legato che si voleva revocare e aveva, pertanto, una portata pratica limitata, permettendo solo di correggere il contenuto del negozio senza doverne scrivere un altro.

Tuttavia, su di essa ebbe grande influenza la disciplina dei fedecommessi, per la cui revoca era sufficiente l'accertamento che la volontà del defunto fosse successivamente venuta meno, indipendentemente dalla forma con cui il mutamento si fosse manifestato. Pertanto, grazie a tale influenza, la regola di diritto civile iniziò a modificarsi mediante l'intervento del *ius honorarium*, con la concessione di un'*exceptio doli* a favore di coloro contro i quali i legatari revocati in maniera non formale agivano. Ciò che dunque per il fedecommesso si poteva raggiungere *ipso iure*, nel legato si attuava mediante *exceptio doli*⁵⁰¹.

Le difficoltà di ordine formale che caratterizzavano la possibilità di revoca del testamento civile (sia per quanto riguarda l'*hereditas* che i legati) e che hanno portato all'elaborazione giurisprudenziale e imperiale, di cui si è trattato in maniera sintetica *supra*, volta a dare maggior riguardo alla *voluntas* del testatore, non sussistevano, invece, nel campo del testamento pretorio, così come in quello del fedecommesso e del codicillo⁵⁰².

Requisito essenziale per la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* era l'integrità delle *tabulae* medesime, così come del *linum* e dei sigilli. Pertanto, ogni alterazione che avesse intaccato uno di questi elementi, avrebbe escluso la *bonorum possessio secundum tabulas* da parte del pretore, che, invece, avrebbe concesso la *bonorum possessio ab intestato*.

Questo regime, giustificato dal fatto che l'elemento essenziale del testamento pretorio fosse il documento stesso, non il suo contenuto, era idoneo, a contrario di quello civile, a modellarsi senza sforzo sulla volontà del testatore.

Nonostante questa sua attitudine, anche in materia di testamento pretorio si è assistito ad un processo volto a dare rilevanza alla *voluntas* del disponente, ad esempio nel caso in cui avesse alterato il documento senza volerlo.

Le tipologie di alterazione delle *tabulae* trattate dalla giurisprudenza sono molteplici, ma si possono essenzialmente ricondurre a due grandi categorie: la distruzione o alterazione esteriore e l'alterazione del contenuto delle *tabulae*.

Per quanto riguarda le fattispecie rientranti nella prima categoria, esse avrebbero sempre comportato la revoca del testamento in quanto sarebbero venute meno quelle formalità che (non

⁵⁰¹ Su tale argomento cfr. C. SANFILIPPO, *Corso*, 159 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni*, 638 s.

⁵⁰² Per la revoca del fedecommesso si veda C. SANFILIPPO, *Corso*, 159 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni*, 642 ss.; per la revoca del codicillo: C. SANFILIPPO, *Corso*, 173 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni*, 646 s.

avendo alcuna rilevanza la *nuncupatio*) fornivano una garanzia di autenticità al negozio testamentario. La revoca si realizzava, anche contro la volontà del testatore, sia in caso di completa distruzione delle *tabulae*, quando non se ne potesse altrimenti accertare l'esistenza e la regolarità al momento della morte del testatore (D. 37.11.1.24), sia in caso di incisione del lino. Molti sono i testi che confermano questa disciplina, come si può evincere dalla formulazione assoluta di D. 38.6.3⁵⁰³.

Diverso è il problema relativo all'alterazione del contenuto delle tavole testamentarie ed è in questo ambito che la giurisprudenza fonda le proprie decisioni sull'effettiva volontà del defunto. Si tratta di un problema diverso rispetto a quello concernente la prima categoria: in tale fattispecie, infatti, la regolarità esteriore e, pertanto, l'autenticità del testamento, sono accertate, mentre è solo il contenuto delle *tabulae* a risultare alterato.

Il pretore dovrà valutare caso per caso l'origine e gli scopi della cancellatura, attribuendogli efficacia revocatoria se questa era l'intenzione del testatore o non prendendola in considerazione nel caso in cui sia stata fatta dal testatore *inconsulto*, da terzi *invito testatore* o nel caso sia stata prodotta dal caso.

Si possono distinguere tre casi: la cancellatura che rende lo scritto illeggibile; la cancellatura che non toglie la leggibilità dello scritto, operata deliberatamente dal testatore e la cancellatura che non toglie la leggibilità allo scritto, ma che non è stata operata deliberatamente dal testatore.

Il primo caso viene trattato, tra gli altri, da D. 37.2.1 (*Paulus 3 ad sab.*): *Heredi, cuius nomen inconsulto ita deletum sit, ut penitus legi non possit, dari bonorum possessio minime potest, quia ex conjectura non proprie scriptus videretur, quamvis, si post prolatas tabulas deletum sit testamentum, bonorum possessio competat. nam et si mortis tempore tabulae fuerint, licet postea interierint, competet bonorum possessio, quia verum fuit tabulas exstare.*

Da questo testo si deduce che nel caso in cui la cancellatura fosse stata illeggibile, il pretore non avrebbe potuto mai concedere la *bonorum possessio secundum tabulas* in quanto la volontà del testatore non era conoscibile. La soluzione sarebbe stata la medesima anche nel caso in cui l'*inductio* fosse avvenuta *inconsulto* o ad opera di terzi senza il consenso del testatore. Non è possibile “sopperire alla illeggibilità mediante la semplice congettura”⁵⁰⁴.

⁵⁰³ D. 38.6.3 (*Ulpianus 8 ad sab.*): *Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit tabulas non extare septem testium signis signatas.* Per un approfondimento sul tema si veda: C. SANFILIPPO, *Corso*, 166 ss.; M. BOHACEK, *Il problema della revoca*, 314 s.

⁵⁰⁴ D. 28.4.1. C. SANFILIPPO, *Corso*, 169.

Anche in relazione al secondo caso, le fonti sono chiare nell'escludere la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* nei confronti dell'erede cancellato. I giuristi, infatti, danno valore alla volontà del testatore, il quale abbia operato deliberatamente (*animo adimendi*) la cancellatura (*voluntate testatoris*). Ad esempio: D. 37.11.8.3 (*Iulianus 24 Dig.*): *Is autem, cuius nomen in testamento voluntate testatoris perductum est, sicut ad adeundam hereditatem, ita ad petendam bonorum possessionem scriptus non intellegitur, quamvis nomen eius legatur*⁵⁰⁵.

La terza ipotesi, quella della cancellatura ancora leggibile, ma non operata volutamente dal testatore, è l'ipotesi più delicata. Sull'argomento è fondamentale D. 28.4.1 *pr.*-3, che riassume anche tutta la casistica sul tema sopra esaminata.

D. 28.4.1 (*Ulpianus 15 ad sab.*): *pr. Quae in testamento legi possunt, ea inconsulta deleta et inducta nihilo minus valent, consulto non valent: id vero quod non iussu domini scriptum inductum deletumve est, pro nihilo est. "legi" autem sic accipiendum non intellegi, sed oculis perspicere quae sunt scripta: ceterum si extrinsecus intelleguntur, non videbuntur legi posse. sufficit autem, si legibilia sint inconsulto deleta sive ab ipso sive ab alio, sed nolentibus. "inducta" accipiendum est et si perducta sint. 1. Quod igitur incaute factum est, pro non facto est, si legi potuit: et ideo, etsi novissime, ut solet, testamento fuerit adscriptum: "litturas inductiones superductiones ipse feci", non videbitur referri ad ea quae inconsulto contigerunt. proinde et si inconsulto superscripsit induxisse se, manebunt et si ademit, non erunt adempta. 2. Sed si legi non possunt quae inconsulto delata sunt, dicendum est non deberi, sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est. 3. Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.*

Nel *principium* del frammento si enunciano le conseguenze che si accompagnano all'*inductio* delle disposizioni testamentarie ancora visibili a seconda che la cancellazione sia stata fatta consapevolmente o *inconsulto*. Nel primo caso esse *non valent*, nel secondo *nihilo minus valent*.

Nel primo paragrafo si prospetta il caso di un testatore che in una clausola del testamento si sia dichiarato autore di tutte le cancellature operate in esso (*litturas inductiones*

⁵⁰⁵ Cfr. M. BOHACEK, *Il problema della revoca*, 317.

superductiones ipse feci). Ulpiano specifica che, nonostante la dichiarazione del testatore, permane la possibilità di cancellature non volute e, pertanto, essa non deve essere estesa anche a quelle involontarie (*quod igitur incaute factum est, pro non facto est*); a maggior ragione non avranno valore le cancellature che il testatore abbia dichiarato di aver fatto *inconsulto*, come risulta dalla seconda parte del paragrafo.

Nel paragrafo 2, Ulpiano prospetta l'ipotesi contraria a quelle finora da lui analizzate, ossia quella della cancellatura che abbia reso illeggibile lo scritto (*legi non possunt*): in questo caso, anche se essa fosse avvenuta *inconsulto*, non si sarebbe potuta concedere la *bonorum possessio secundum tabulas*.

Il paragrafo 3, infine, si occupa nuovamente delle disposizioni testamentarie cancellate, ma ancora leggibili. In primo luogo Ulpiano affronta il caso di cancellature operate *consulto* dal testatore, affermando che continuano a valere, ma contro di esse si potrà opporre un'*exceptio doli*; in secondo luogo tratta il caso delle cancellature operate *inconsulto*, affermando che esse continueranno sempre a valere, sia che lo scritto sia leggibile sia che non lo sia (*sive legi possunt sive non possunt*). Si nota qui un contrasto con quanto affermato precedentemente al paragrafo 2 dallo stesso giurista e in altri passi del Digesto (ad esempio, il già esaminato D. 37.2.1). La spiegazione più plausibile è stata individuata nell'ipotesi secondo cui Ulpiano si stia qui riferendo alle *tabulae* considerate come testamento civile e alla revoca quiritaria che, come visto, originariamente non dava valore alla modifica delle *tabulae*, ma solo alla *nuncupatio*⁵⁰⁶.

Un'altra evoluzione che ebbe grande rilevanza ai fini del riconoscimento di una maggior libertà di revoca del testatore fu quella che portò al superamento del principio di unicità del testamento. Essa si produsse grazie all'influenza del codicillo⁵⁰⁷ e a quella del testamento militare⁵⁰⁸, poiché, in entrambi i casi, era ammessa la possibilità di conciliare i contenuti di due o più disposizioni *mortis causa*.

⁵⁰⁶ Più approfonditamente C. SANFILIPPO, *Corso*, 170 ss. Cfr. F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012, 493 ss.; S. SERANGELI, *Studi sulla revoca*, 239 ss., secondo cui, in D. 28.4.1.3 e in relazione alle cancellature operate *inconsulto* dal testatore (sia che esse abbiano o meno reso illeggibile lo scritto), Ulpiano fa riferimento al principio civilistico di cui Gai. 2.151, che, dunque, era ancora presente e valido ai tempi del giurista. Cfr. M. BOHACEK, *Il problema della revoca*, 332 ss.

⁵⁰⁷ D. 28.3.12.1. Esso, inoltre, poteva essere revocato integralmente o parzialmente mediante qualsiasi manifestazione di volontà revocatoria, senza alcun vincolo a determinati precetti di forma: distruzione, *inductio* delle singole disposizioni in esso contenute o una successiva dichiarazione di revoca contenuta in atto separato. Nel caso di codicilli testamentari, cioè aggiunti al testamento, la revoca del testamento importava anche la revoca dei codicilli ad esso annessi. Il codicillo, tuttavia, poteva essere anche revocato in modo autonomo e indipendentemente dal testamento. D. 28.4.1.5; D. 34.4.16. Cfr. C. SANFILIPPO, *Corso*, 159 ss.; 173; M. MARRONE, *Istituzioni*, 646 s.

⁵⁰⁸ Per il *miles* era lecito disporre in più testamenti, che si consideravano tutti egualmente validi per le parti conciliabili. D. 29.1.19 *pr*. Cfr. G. GANDOLFI, *Prius testamentum*, 224 s.

Il processo giunse a compimento con il decreto imperiale di Severo e Caracalla, riferito da Paolo in D. 28.5.93, che esprime il nuovo principio nel campo dei testamenti. Gli imperatori ammisero che, posti due testamenti successivi, si sarebbero potute considerare valide l'istituzione di erede disposta nel primo ed i legati disposti nel secondo⁵⁰⁹.

La progressiva evoluzione qui tracciata ha infine portato alle nuove regole del periodo postclassico e giustiniano, che garantivano ampia libertà di revoca al testatore.

Infatti, nella compilazione giustiniana (ma questa fu, in realtà, già una conquista precedente), anche in ambito civile, si giunse al principio secondo cui la sola volontà del testatore, anche quando manifestata in una serie di modi non formali, sarebbe bastata a revocare il testamento. Con Giustiniano, con la C. 6.23.27 del 530 d.C., si diede addirittura efficacia revocatoria alla semplice dichiarazione di revoca del *testator* compiuta *apud acta* o di fronte a tre testimoni, ossia pubblicamente⁵¹⁰. Allo stesso modo, Giustiniano, in C. 6.23.30 del 531 d.C., precisò che l'alterazione o la distruzione del documento testamentario involontarie non avrebbero tolto validità al testamento⁵¹¹.

Da questa digressione sul regime della revoca testamentaria e alla disciplina di taluni istituti adoperati in funzione successoria, soprattutto in tempi più antichi, appare chiaro che la giustificazione tradizionalmente accolta per il divieto dei patti successori debba essere quantomeno ridimensionata.

La *ratio* era individuata nel carattere irrevocabile dei patti successori, che sarebbe stato in contrasto con l'assoluta revocabilità del testamento quale atto *mortis causa*. In realtà, si è qui dimostrato come il principio della revocabilità testamentaria non fosse proprio del diritto successorio romano sin dalle sue origini. Il *testamentum calatis comitiis*, infatti, (e quello in *procinctu*) sebbene revocabili, concretamente presentavano profili di irrevocabilità.

Dall'analisi di alcuni istituti che venivano adoperati per disporre del proprio patrimonio in previsione della propria morte, poi, si possono trarre delle considerazioni interessanti. Si tratta dell'*adrogatio* (impiegata per creare un vincolo di parentela quando il testamento ancora non esisteva) e della *mancipatio familiae*; essi erano atti bilaterali ed irrevocabili e, pur non essendo atti *mortis causa* (dunque non riconducibili alla categoria dei patti successori⁵¹²),

⁵⁰⁹ C. SANFILIPPO, *Corso*, 173 ss.

⁵¹⁰ Ciò, però, sarebbe stato possibile solo dopo 10 anni dal perfezionamento del documento testamentario.

⁵¹¹ M. MARRONE, *Istituzioni*, 616 s.; A. GUARINO, *Diritto privato*, 439 s.; F. SCHUPFER, *Gaeta e il suo diritto. III. La famiglia e le successioni ereditarie*, Roma, 1915, 55; M. BOHACEK, *Il problema della revoca*, 328 ss.

⁵¹² Fatta eccezione, come visto, per la *mancipatio familiae mortis causa*, che presentò le caratteristiche di un atto *mortis causa*. Si veda anche *infra* § 22.

testimoniano l'assenza di una contrarietà dell'ordinamento romano all'irrevocabilità degli atti con cui si disponesse in funzione successoria.

Anche in relazione al diritto classico e al testamento *per aes et libram* non si può parlare concretamente sin da subito di una completa e illimitata libertà di revoca.

Infatti, inizialmente il diritto civile richiedeva, ai fini della revoca, la redazione di un nuovo negozio testamentario, valido e perfetto, che avrebbe revocato *in toto* quello precedente, senza possibilità di conciliare i due contenuti. Il raggiungimento di una piena libertà di revoca fu operato attraverso un progressivo lavoro giurisprudenziale e imperiale che portò a riconoscere sempre maggior rilevanza alla volontà del testatore, sia quando egli manifestasse la sua intenzione revocatoria con mezzi informali, sia quando le volontà espresse in testamenti differenti si integrassero a vicenda. Inoltre, anche nel campo del testamento pretorio, si ebbe un'evoluzione tesa a riconoscere la revoca di disposizioni testamentarie cancellate *consulto* dal testatore.

Tutto ciò dimostra che nel corso della storia romana si partì dall'irrevocabilità o comunque da una revocabilità limitata degli atti *mortis causa* per giungere poi, progressivamente, ad una sempre maggiore libertà di revoca. Pertanto, il carattere irrevocabile dei patti successori non può essere considerato alla base del divieto di tale istituto.

La stessa cosa si può dire per il principio della bilateralità dell'atto a causa di morte: esso non fu ignoto al diritto romano, anzi, esso fu proprio il punto di partenza, tramite la *mancipatio familiae*, per lo sviluppo del successivo testamento *per aes et libram* e si radicò tanto profondamente che ancora al termine dell'epoca classica i giuristi ritenevano che il testamento comportasse un rapporto tra testatore ed erede istituito.

B. Il principio *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*

La convinzione secondo cui il diritto romano conobbe il principio della completa e libera revocabilità del testamento in qualsiasi momento, prima della morte del testatore⁵¹³, assunto a principio imprescindibile dell'ordinamento, è stata generata anche dalla diffusione (dettata dalla sua formulazione) del brocardo latino *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, impiegato anche modernamente per descrivere la caratteristica della

⁵¹³ Così la dottrina tradizionale; si veda: A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato*, 705. Il testamento era riconosciuto come un atto essenzialmente revocabile e neppure una clausola contraria avrebbe potuto derogare a tale principio. Questa caratteristica distingueva nettamente il testamento dai contratti, per loro natura bilaterali ed irrevocabili ad arbitrio del disponente. F. SCHUPFER, *Gaeta e il suo diritto*, III, 43 s.

revocabilità del testamento. Da esso, infatti, sembrerebbe ricavarsi che il principio della revocabilità di un atto *mortis causa* fosse fondamentale.

Si tratta di una locuzione estrapolata dal famoso passo di Ulpiano D. 34.4.4., dal quale, tuttavia è stata sganciata e la cui portata è stata generalizzata ed esagerata.

D. 34.4.4 (*Ulpianus 33 ad sab.*): *Quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*

Alcuni autori⁵¹⁴ hanno sostenuto che tale frammento sia stato interpolato, ma un'interpolazione è da escludersi⁵¹⁵ poiché il principio risponde indubbiamente al pensiero dei giuristi. Tuttavia esso non fu enunciato per il testamento, in generale, ma a proposito di un caso particolare e specifico: la revoca tacita del legato per sopravvenuta inimicizia con il testatore seguita da rappacificazione.

Invero, D. 34.4.4 si inserisce nell'ambito della trattazione dedicata ai legati, che inizia nel libro XXX e prosegue sino al libro XXXIV, il cui titolo IV, al quale il frammento appartiene, è intitolato: “*De adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis*” e dà avvio alla trattazione concernente le questioni di efficacia delle disposizioni legatorie (si tratta di tre rubriche: D. 34.4; D. 34.5; D. 34.7), che segue quella omogenea sui legati dei titoli precedenti.

Il caso trattato è quello in cui viene meno l'inimicizia con il testatore. Esso, infatti, deve essere posto in relazione con il frammento D. 34.4.3.11, sempre di Ulpiano, che lo precede.

Dig. 34.4.3.11 (*Ulpianus 24 ad sab.*): *Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt et quidem nuda voluntate. unde quaeritur, an etiam inimicitii interpositis fideicommissum non debeatur: et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademptum videri quod relictum est: sin autem levis offensae, manet fideicommissum. secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita.*

Si fa qui riferimento alla fattispecie in cui sia stato lasciato un fedecommesso ad un soggetto e, successivamente, tra costui e il testatore sia intervenuta un'inimicizia grave. Il giurista afferma che, in tal caso, il fedecommesso dovrà considerarsi revocato e che il medesimo regime si estende ai legati.

⁵¹⁴ C. APPLETON, *Le testament romain*, 47; S. PEROZZI, *Istituzioni*, 2, 523.

⁵¹⁵ P. JÖRS, *Römisches Recht: Geschichte und System des röm. Privatrechts*, Berlin, 1927, 229 nt.1; G. VISMARA, *Storia*, 73.

Pertanto, il passo tratta di una particolare tipologia di *ademptio legati*, ossia la revoca in via di eccezione⁵¹⁶. Infatti, nonostante il principio del *ius civile* prevedesse la regola secondo cui il legato poteva essere revocato solo con una dichiarazione solenne e contraria⁵¹⁷, la regola subì eccezioni e modifiche volte ad ammettere anche altre tipologie di revoca non formale.

Una di queste era appunto la revoca del legato per inimicizie capitali tra testatore e legatario senza che poi fosse intervenuta riconciliazione.

Si tratta di una revoca tacita legata alla presunzione (sempre che ciò si possa desumere implicitamente dalle circostanze o da dichiarazioni indirette del testatore o dal suo comportamento o atteggiamento psicologico) che il *de cuius*, intervenuto il disappore grave con il legatario, avesse mutato volontà in relazione al legato disposto precedentemente⁵¹⁸. In questo caso, l'erede può opporre al legatario un'*exceptio doli* (poiché il legato continua ad essere *iure civili* valido).

D. 34.4.4. si inserisce in tale contesto e risponde ad un interrogativo sorto in ragione della revoca tacita del legato per inimicizia con il testatore. Ci si chiede, infatti, se, al venir meno dell'inimicizia, il legato dovesse ritenersi nuovamente valido⁵¹⁹.

La risposta data dal testo è positiva. Il passo si pone, infatti, nell'ambito di quell'evoluzione, di cui si è parlato precedentemente, che ha portato a riconoscere, anche nell'ambito dei legati, rilevanza alla volontà del testatore. Pertanto, si deve presumere che, eliminati i dissapori con il legatario, non vi fosse volontà contraria del testatore a tener fermo il legato.

Da quanto sin qui esposto, appare chiaro che il principio *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* deve essere ridimensionato. Tale regola non deve essere intesa in senso lato (come fu, invece, intesa), ritenendo che in diritto classico ogni atto a causa di

⁵¹⁶ Oltre che in via d'eccezione, il legato poteva revocarsi in altri due differenti modi: con parole espresse o per fatti. Con termini espressi, quando il testatore con un successivo testamento o con dei codicilli avesse espressamente dichiarato la sua intenzione di revocare il legato precedentemente disposto o di riavere per sé le cose precedentemente legate; se la dichiarazione veniva fatta oralmente, era necessaria e sufficiente la presenza di almeno due testimoni. Con i fatti, quando il testatore avesse posto in essere dei comportamenti dai quali si poteva presumere che avesse voluto ritrattare la sua volontà (quando avesse, ad esempio, cancellato la disposizione, distrutto la cosa legata, deteriorato l'oggetto del legato in modo che esso non potesse acquistare la sua primitiva forma, quando avesse alienato il bene oggetto del legato, ecc.).

⁵¹⁷ Il legato poteva essere revocato (*ademptio legati*: D. 34.4, I. 2.21) mediante la revoca del testamento nel quale esso era contenuto o nell'ambito dello stesso testamento e, pertanto, prima che l'ereditando lo completasse, mediante l'impiego di espressioni contrarie a quelle adoperate per il legato.

⁵¹⁸ Pertanto, quando dall'inimicizia insorta tra testatore e legatario si possa dedurre una *mutata voluntas* del primo, allora il legato dovrà considerarsi revocato (così D. 34.4.3.11; D. 34.4.22 e D. 34.4.29). C. SANFILIPPO, *Corso*, 161; A. HAIMBERGER, *Il diritto romano privato e puro*, Venezia, 1839, 251.

⁵¹⁹ S. SERANGELI, [B. M. REIMUNDO, *La sistematización de la indigzoznidad para succeder según el derecho romano clásico*, I, in *Pubbl. Univ. de Oviedo*, Oviedo, 1983], in *IURA*, 34, 1983, 197 ss.

morte dovesse necessariamente essere revocabile⁵²⁰. Il frammento, come visto, non si riferisce né alla presunta categoria dei negozi *mortis causa* né al testamento nel suo complesso, ma al legato e, in particolar modo, al caso della revoca tacita per inimicizia e del successivo ristabilimento dell'affetto tra testatore e beneficiario quando i motivi alla base della revoca tacita siano venuti meno⁵²¹.

La stessa locuzione espressa da D. 34.4.4 si trova anche in D. 24.1.32.3 a proposito della *poenitentia* nelle donazioni fra coniugi.

Dig. 24.1.32.3 (*Ulpianus 33 ad sab.*): *Paenitentiam accipere debemus supremam. proinde si uxori donavit, deinde eum paenituit, mox desiit paenitere, dicendum est donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium, quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum.*

Anche in questo caso la frase *ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum* non si riferisce in generale al testamento, ma alla medesima fattispecie (o similare) di D. 34.4.4.

Infatti, il frammento, anch'esso di Ulpiano e tratto dal medesimo libro *ad sab.*, tratta il caso di una donazione fatta dal marito alla moglie, di cui si sia pentito e poi abbia cessato di pentirsene. Essa viene giudicata valida poiché si dà valore all'ultima volontà del donante, come si è soliti fare per i fedecommessi o per i legati, quando viene tutelato il volere del testatore con l'opposizione dell'eccezione di dolo⁵²².

⁵²⁰ Tra gli altri, sostengono che la revoca degli atti a causa di morte non fosse una loro qualità necessaria: C. APPLETON, *Le testament romain*, 50: "la dévolution par la seule vertu de la volonté du mort, et le caractère ambulatorio de cette volonté jusqu'au dernier moment, loin de constituer les traits distinctifs du testament romain, lui répugnent, au contraire, même à l'époque classique". L'autore, infatti, ritiene che il carattere ambulatorio dell'ultima volontà sia estraneo al diritto classico. Dello stesso avviso è P. BONFANTE, *Scritti*, 428: "Si può dire anzi che il testamento genuino romano, il testamento civile, non conosce la vera libertà di revoca. Essa è un'invenzione del diritto pretorio". Inoltre, si è visto, tra l'altro, come il principio della libertà di revocare l'atto di volontà subisse una limitazione grave nella necessità di un nuovo testamento per revocare quello precedente e nell'impossibilità di morire intestato per colui che avesse fatto in precedenza testamento.

⁵²¹ M. AMELOTTI, *La donatio*, 32.

⁵²² M. AMELOTTI, *La donatio*, 32 nt. 97.

21. Considerazioni circa l'effettiva sussistenza del divieto

Dopo aver ridimensionato e corretto le affermazioni tradizionali concernenti i patti successori (la loro presunta immoralità e la contrarietà del loro carattere irrevocabile al principio dell'assoluta e libera revocabilità del testamento), è ora necessario affrontare la questione della liceità o meno dei patti successori positivi in diritto romano, analizzando i testi principali nella cui fattispecie concreta può individuarsi un patto successorio.

C. 2.3.19

C. 2.3.19 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*): *Licet inter privatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is qui supervixerit alterius rebus potiatur, nec donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendat, tamen cum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat proponasque te ac fratrem tuum ad discrimen proelii pergentes ob communem mortis fortunam invicem pactos esse, ut ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitae attulisset, pertinerent, existente condicione intellegitur ex fratris tui iudicio, quod principalium constitutionum prompto favore firmatur, etiam rerum eius compendium ad te de latum esse.* * Diocl. et Maxim. AA. Victoriano mil. * <a 290>.

La costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano è tratta dal titolo terzo “*De pactis*” del secondo libro del *Codex*⁵²³. Essa affronta il caso di un soldato, Vittoriano, che conclude un accordo con il fratello (*invicem pactos esse*), anch'egli un soldato, mentre sono sul punto di partire entrambi per la battaglia, secondo cui colui che fosse sopravvissuto all'altro avrebbe ricevuto il patrimonio del fratello premorto. Si tratta di un accordo messo per iscritto; infatti, nella prima parte del rescritto si riscontra l'impiego dei seguenti termini: *scriptum; in scripturam deducitur*.

L'esistenza stessa del rescritto testimonia che il fratello di Vittoriano morì in battaglia e che costui, volendo far valere i propri diritti successori sulla scorta del patto, probabilmente incontrò opposizioni fondate sulla sua presunta invalidità.

⁵²³ Le parole *invicem pactos esse* furono probabilmente la ragione per la quale i compilatori inclusero questo rescritto di Diocleziano nel titolo C. 2.3 *De pactis*. O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Zutphen, 1982, 189.

Il testo non fornisce alcun dato circa chi propose opposizione né circa le motivazioni per le quali essa venne proposta; quasi certamente fu uno degli eredi *ab intestato* del fratello di Vittoriano e il motivo dovette essere l'individuazione della natura dell'atto, che non contemplava le formalità richieste né per una donazione *mortis causa* né per un testamento. La risposta della cancelleria imperiale fu favorevole a Vittoriano benché un patto di tal genere (*huiusmodi scriptum*) non fosse lecito per i privati cittadini (*inter privatos*); gli imperatori, infatti, ritennero che egli avesse diritto ad ereditare i beni del fratello secondo quanto disposto nell'accordo tra di loro stipulato⁵²⁴.

La cancelleria imperiale si deve essere chiesta in primo luogo come potesse essere interpretato giuridicamente il patto intercorso tra i due fratelli. Tra le possibilità interpretative vi erano quella di una *donatio mortis causa*, di un testamento reciproco tra cittadini, di un patto successorio o di un testamento tra militari.

Per quanto riguarda la figura della *donatio mortis causa*, essa si sarebbe potuta astrattamente configurare nella fattispecie *de quo*, perché Vittoriano e il fratello potevano essersi donati reciprocamente il proprio patrimonio per il periodo successivo alla morte sotto la condizione sospensiva che il donante premorisse al donatario nell'imminente battaglia; quando uno dei due fratelli fosse morto, una delle donazioni effettuate sarebbe stata revocata di diritto per premorienza del donante, mentre l'altra, essendosi verificata la condizione, sarebbe diventata perfetta e avrebbe prodotto effetti.

Tuttavia, questa possibilità è stata esplicitamente esclusa dai giuristi della cancelleria diocleziana: *nec donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendat*.

Infatti, dal testo sembra potersi evincere che il patto non presentava nemmeno la *species* di una *mortis causa donatio* per mancanza delle formalità richieste per la valida conclusione della stessa (vi era, nel caso concreto, la redazione per iscritto dell'atto, ma non la trascrizione nei pubblici registri). Pertanto, come *mortis causa donatio* il patto sarebbe stato nullo.

Per quanto concerne la qualificazione giuridica dell'accordo *de quo* come patto successorio, essa deve essere ugualmente esclusa⁵²⁵. Non tanto perché l'eredità in diritto romano dovesse essere trasmessa ad un altro soggetto in virtù di un testamento o *ab intestato*⁵²⁶, ma

⁵²⁴ O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession*, 45 s.

⁵²⁵ G. Michaélides Nouaris ritiene che in questo rescritto Diocleziano abbia considerato il patto successorio tra soldati valido nel tentativo di venire a patti con il *Volksrecht*. G. MICHAÉLIDES NOUARIS, *Contribution à l'étude*, 115.

⁵²⁶ C. 5.14.5: *Testamento extraneis hereditas datur*.

perché, per le caratteristiche peculiari riscontrabili nella fattispecie concreta, essa assumeva la natura di un testamento reciproco congiuntivo tra militari⁵²⁷.

Secondo le regole generali del diritto romano, il testamento reciproco congiuntivo, ossia il testamento con cui due o più persone si designavano nello stesso atto vicendevolmente eredi in caso di morte, non poteva trovare accoglimento nell'ordinamento⁵²⁸.

Tuttavia, la cancelleria imperiale diocleziana poté qualificare il documento contenente l'accordo tra i due fratelli come il loro testamento e dichiararne la validità, in accordo con il privilegio concesso dagli imperatori in favore dei soldati. I due uomini, infatti, avevano redatto il documento mentre erano militari e, sebbene esso non presentasse le forme prescritte dal diritto civile o dal diritto pretorio, era comunque valido per l'ordinamento⁵²⁹.

Il testamento militare, infatti, era un testamento speciale in favore dei militari, introdotto per la prima volta per concessione temporanea da Giulio Cesare, che concesse ai soldati l'opportunità di testare senza dover rispettare le formalità richieste a tale scopo in quel periodo. Successivamente, il suo esempio fu seguito nel I secolo d.C. da Tito, Domiziano, Nerva e Traiano, il quale lo rese generale ammettendo la possibilità che questi testamenti rimanessero validi fino ad un anno dalla cessazione del servizio, nel caso in cui esso non fosse terminato per indegnità, nel qual caso, invece, avrebbe perso immediatamente efficacia.

⁵²⁷ Alcuni autori dubitano che il patto possa essere considerato un testamento, poiché Diocleziano non dice di volerlo preservare in quanto testamento tra soldati, ma semplicemente permette che esso operi come tale. Cfr. G. VISMARA, *Storia*, 88 s. Secondo O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession*, 46 s. nt. 12 il testo non esprime chiaramente se Diocleziano ritenne questo documento scritto un mutuo *pactum*, ma semplicemente mostra che lo considerava come un valido testamento militare. Secondo P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, Milano, 1967, 491 s., l'atto venne inteso come cumulante in sé i testamenti dei due fratelli e, quindi, efficace nella parte che riguardava il sopravvissuto.

⁵²⁸ Una costituzione di Valentiniano III (Nov. Val. 21.1), applicabile alla parte occidentale dell'Impero romano, statuiva un'eccezione, prevedendo che l'imperatore potesse concedere alle coppie sposate il privilegio di compiere un testamento reciproco. Si veda *supra* § 19.

⁵²⁹ O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession*, 48.

Lo scopo era quello di prevedere dei privilegi, sia formali che sostanziali, per venire incontro alla *simplicitas* e all'*imperitia* dei *milites*⁵³⁰, poco esperti di diritto e che molto spesso non parlavano la lingua latina⁵³¹.

L'unico presupposto per l'applicazione della disciplina speciale era che il testatore fosse un soldato⁵³².

I privilegi erano molteplici. Da un punto di vista formale, il *testamentum militis* poteva essere sia orale che scritto e poteva realizzarsi al di fuori di qualsiasi osservanza delle norme civili o pretorie: poteva essere redatto senza che venisse richiesta la presenza di testimoni, la *mancipatio familiae*, una *nuncupatio* o una forma particolare⁵³³; il soldato poteva redigere testamento anche nel caso in cui fosse stato sordo o condannato ad una pena capitale.

Anche i privilegi sostanziali furono assai numerosi: potevano acquistare le eredità e i legati anche i soldati latini e i peregrini; era valido il testamento che si limitasse esclusivamente a disporre legati, senza provvedere a un'*heredis institutio*; era ammessa l'istituzione di erede a termine, quella sotto condizione risolutiva e l'*heredis institutio ex re certa*; il testamento era valido anche nel caso in cui i *sui heredes* fossero stati preteriti⁵³⁴; contro il testamento militare non si poteva agire con la *querela inofficiosi testamenti*⁵³⁵; non trovava applicazione il principio

⁵³⁰ Infatti, a partire dalla fine della Repubblica e, particolarmente, a partire dall'epoca di Vespasiano (69-79 d.C.), i soldati provenivano soprattutto dalle province. L'esercito imperiale non era più una milizia di *cives*, ma un esercito professionale in cui divenne sempre più massiccia la presenza di stranieri che, militando nelle legioni, acquistavano la *civitas* romana e la possibilità di testare, ma, in virtù della loro condizione di *milites* e di stranieri (che li portava a non essere pratici della lingua e del diritto romano), l'applicazione di dure regole formali e di taluni divieti non sarebbe stata possibile. Inoltre, permettendo a costoro di fare testamento in accordo con la legge romana, gli imperatori speravano di mantenere il supporto e la lealtà delle proprie truppe. In diritto giustiniano, invece, poiché erano profondamente mutate le condizioni del reclutamento, il *testamentum militis* fu collegato alle difficoltà connesse con lo svolgimento di operazioni militari e fu consentito solo in zona di svolgimento delle stesse; si assiste, inoltre, ad una limitazione dei privilegi concessi ai militari, soprattutto da un punto di vista sostanziale, più che formale.

⁵³¹ La *ratio* originale del privilegio venne progressivamente oscurata a partire dal periodo postclassico, periodo in cui molte delle formalità previste *iure civile* o *praetorio* per la redazione di un valido testamento erano state eliminate. Nonostante ciò, il testamento militare continuò a permanere come categoria e ad essere importante soprattutto per i *fili familias*, i quali non potevano disporre del loro *peculium profecticium*, ma potevano disporre di quello castrense. È poi da sottolineare che i soldati avevano una buona possibilità di divenire ricchi grazie e bottini di guerra. O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession*, 44.

⁵³² La concessione riguardava anche i non militari che erano al seguito dell'esercito e morivano in territorio nemico. Inoltre, il testamento ordinario di un soggetto successivamente divenuto militare poteva, per sua volontà, trasformarsi in un testamento militare.

⁵³³ C. 6. 21.14.

⁵³⁴ In relazione al *miles* che non avesse diseredato nominativamente i suoi discendenti già nati o postumi o che li avesse ignorati, fu disposto che il suo silenzio valesse come diseredazione fatta *nominatim* (I. 2.13.6).

⁵³⁵ C. 3.28.24 testimonia che, tra gli altri privilegi concessi, i soldati non erano obbligati a lasciare parte dell'eredità a quei soggetti che normalmente avevano diritto alla *portio debita*. Vi erano, tuttavia, alcune norme giuridiche successorie che non potevano essere infrante, come il *senatusconsultum Libonianum* e le norme che inerivano il *ius publicum*; per esempio, un soldato che era un *filius familias* non avrebbe potuto disporre di niente che non facesse parte del suo *peculium castrense* (C. 6.23.13). O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession*, 190 s.

dell'incompatibilità tra delazione testamentaria e delazione *ab intestato*. Anche la legislazione caducaria non si applicava alla categoria. Infatti, il testamento del *miles* non obbediva alle regole imposte dalla *lex Falcidia*. Pertanto, se un militare avesse disposto della sua eredità mediante legati per un valore superiore a quello previsto dalla legge, il testamento sarebbe stato comunque valido e non si sarebbe potuta esperire alcuna azione contro i legatari⁵³⁶.

Quando il militare disponeva per testamento di parte dei suoi beni, il resto di essi sarebbe andato agli eredi *ab intestato*; il medesimo risultato era raggiunto anche qualora egli avesse disposto per testamento dell'intero asse, ma un erede istituito non avesse accettato; il diritto di accrescimento era applicabile solo laddove risultasse chiaro che il *miles* lo avesse preferito alla delazione *ab intestato*⁵³⁷.

Dunque, i *milites* avevano ampia libertà di disposizione testamentaria; tuttavia, doveva risultare chiaramente l'esistenza di una seria e ferma volontà⁵³⁸.

Dopo questo breve *excursus* concernente i privilegi di diritto militare (e che servirà anche per il prosieguo della ricerca), l'affermazione *supra* fatta secondo cui il patto intervenuto tra i due fratelli fosse un testamento militare appare essere corretta.

La validità della reciprocità delle disposizioni dei due militari, infatti, si giustificava proprio in virtù della concessione imperiale e la costituzione venne accolta nel codice giustiniano poiché il requisito secondo cui il privilegio poteva essere concesso solo ai militari in *expeditionibus* occupati era stato completamente soddisfatto⁵³⁹.

È rilevante porre l'accento sul fatto che, se non vi fosse stato il privilegio riconosciuto ai militari, il rescritto avrebbe trattato di un vero e proprio patto successorio istitutivo, presentandone tutti i requisiti: l'oggetto era costituito dall'eredità di ciascun soldato e si trattava di un atto *mortis causa*, bilaterale (chiara è infatti la base consensuale dell'atto) e di conseguenza irrevocabile⁵⁴⁰. In tal caso, esso sarebbe stato nullo; infatti, gli imperatori,

⁵³⁶ Ciò, ovviamente, solo nel caso in cui il testatore fosse morto prima dello scadere dell'anno dal congedo (D. 35.2.92). M. G. ZOZ, P. FERRETTI, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza. II. Regole generali in tema di successioni*, Trieste, 2013, 104 ss.

⁵³⁷ Il militare poteva anche nominare un erede *ad tempus*, cui sarebbe seguito il successore *ab intestato*. P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 497; M. MARRONE, *Istituzioni*, 614 s. Tra l'altro, anche il Codice civile italiano, agli articoli 617 e 618, contempla disposizioni particolari per i militari volte a garantire una più agevole possibilità di fare testamento.

⁵³⁸ Un semplice discorso con cui un soldato avesse affermato di lasciare erede Tizio e Caio non si sarebbe reputato testamento (D. 29.1.1 *pr.*; D. 29.1.24). M. G. ZOZ, P. FERRETTI, *Le costituzioni imperiali*, 104 ss.

⁵³⁹ O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession*, 46 s.

⁵⁴⁰ La bilateralità del negozio è chiara: le volontà dei due fratelli sono legate l'una all'altra e, infatti, il testamento non poteva essere revocato da un solo testatore. Si trattava di un vero e proprio patto di reciproca successione. Cfr. G. BRINI, *Corso*, 36 s.; G. VISMARA, *Storia*, 89.

ammettendo il patto come valido per i militari *ad discrimen proelii pergentes*, ne sanciscono la nullità nei confronti dei privati⁵⁴¹.

Difatti, avendo l'accordo ad oggetto l'intero patrimonio dei contraenti, ricomprendendo sia le cose presenti che quelle future (*ut ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitae attulisset, pertinerent*) ed essendo stato stipulato *per modum contractus*, tra privati cittadini si sarebbe trattato di un semplice patto non produttivo di azione e non in grado di trasmettere quei rapporti connessi all'*hereditas*⁵⁴²; allo stesso modo non sarebbe stato lecito come *donatio mortis causa* poiché, come visto, non ne rispettava i requisiti formali.

Nonostante si trattasse di un'eccezione, l'ammissibilità di questa fattispecie è importante come testimonianza dell'assenza di un'avversione nei confronti di atti bilaterali a causa di morte irrevocabili. Se fosse esistita una qualche ripugnanza per l'istituto del patto successorio, anche il caso prospettato da C. 2.3.19, essendo un patto successorio istitutivo nella sostanza, avrebbe comportato problemi circa la sua validità e non sarebbe stato ammesso dall'imperatore, nonostante esso fosse formalmente un testamento. Inoltre, è vero che il *testamentum militis* ha sempre costituito un mondo a sé stante, ma è anche vero che, soprattutto in epoca postclassica, si realizzò uno scambio di principi tra esso e il testamento comune e che spesso assunse rilevanza come elemento propulsore al cambiamento in alcuni campi⁵⁴³.

C. 5.14.5

C. 5.14.5 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*): *Hereditas extraneis testamento datur. cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intellegis te nulla actione posse convenire heredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur.* * *Diocl. et Maxim. AA. Claudio.* * <a 290>.

⁵⁴¹ Alcuni autori desumono da C. 2.3.19 che la *donatio mortis causa* fosse un patto successorio istitutivo a titolo particolare. Infatti, dalla parte iniziale del rescritto in cui Diocleziano afferma che un tale patto non sarebbe stato valido tra privati poiché non si presentava neppure come una *donatio mortis causa* per mancanza delle formalità prescritte, si può dedurre che, se i requisiti di forma fossero stati rispettati, il patto sarebbe stato valido anche tra privati cittadini. Pertanto, un patto che da un punto di vista sostanziale non può che configurarsi come un patto successorio istitutivo sarebbe stato valido anche tra privati cittadini nelle forme della *donatio mortis causa* sotto condizione sospensiva. G. VISMARA, *Storia*, 118; 118 nt. 1; G. MICHAÉLIDÈS NOUARIOS, *Contribution à l'étude*, 115. Si veda D. 39.6.26.

⁵⁴² G. VISMARA, *Storia*, 123. Secondo P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 491 s., anche qualora si fosse trattato di un testamento reciproco congiuntivo tra privati, esso sarebbe stato nullo, non essendo ammessa tale figura in età classica perché incompatibile con la forma del testamento civile.

⁵⁴³ V. ARANGIO RUIZ, *L'origine del testamentum militis e la sua posizione nel diritto romano classico*, in BIDR, 18, 1906, 160.

Questa costituzione concerne il caso di un *pactum* contenuto nello strumento dotale per fare le veci di un testamento (*vice testamenti*) con cui si era stabilito che, alla morte della moglie, i suoi beni sarebbero stati ereditati dal beneficiario dell'accordo, sebbene costui, a titolo di dote, non avrebbe avuto alcun diritto su di essi.

Secondo Diocleziano questo patto non è valido: l'imperatore afferma che il beneficiario del *pactum* non avrebbe avuto alcuna azione per convenire in giudizio gli eredi o i successori della donna per ottenere la restituzione del patrimonio di costei⁵⁴⁴.

La costituzione diocleziana è molto importante ai fini della trattazione dei patti successori poiché nella fattispecie di riferimento può essere individuato un vero e proprio patto successorio istitutivo, un *pactum interpositum vice testamenti*, con il quale si era disposto *mortis causa* dei beni della moglie.

Non si hanno informazioni certe circa il beneficiario del patto, che potrebbe essere il marito della donna, come farebbe ritenere *quae dotis titulo tibi non sunt obligata*, o un terzo. Allo stesso tempo, non si sa se costui sia stato presente o meno all'atto; in caso di assenza, poi, alle ragioni addotte da Diocleziano per la nullità si dovrebbe aggiungere anche l'inefficacia del patto a favore di terzo (*alteri stipulari nemo potest*)⁵⁴⁵.

In caso di dote *profecticia*, ossia costituita dal padre o da un ascendente paterno della sposa, se il matrimonio si fosse sciolto per morte della moglie, la dote si sarebbe dovuta restituire al costituente⁵⁴⁶; in caso di dote *adventicia*, ossia costituita dalla sposa stessa o da qualsiasi altra persona, invece, nessuno avrebbe potuto chiedere la restituzione della dote, che, pertanto, sarebbe rimasta acquisita dal marito o dall'avente potestà su di lui⁵⁴⁷. Nel periodo

⁵⁴⁴ O. E. TELLEGEN COUPERUS, *Testamentary succession*, 46 nt. 11.

⁵⁴⁵ I. 3.19.19; D. 45.1.38.17. Si veda J. HALLEBEEK, *Contracts for a third party beneficiary. A historical and comparative account*, (a cura di J. Hallebeek e H. Dondorp), Leiden-Boston, 2008, 8 ss. Tuttavia, sul piano strettamente pratico, il diritto romano aggirò il divieto mediante l'impiego di altri mezzi giuridici che permettessero di raggiungere il medesimo scopo. Ad esempio, si adoperò la *stipulatio poenae* con la quale si imponeva il pagamento di una penale al promittente non avesse adempiuto alla prestazione stabilita a favore del terzo. F. MATTIOLI, *Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al 'Draft Common Frame of Reference'*, in *Rivista di diritto romano*, 10, 2010, 1 ss.

⁵⁴⁶ Invece, in caso di divorzio o di morte del marito, la dote si sarebbe dovuta restituire al costituente, se costui fosse stato in vita e avesse avuto in potestà la donna, o, altrimenti, alla donna stessa. Il diritto del costituente alla restituzione poteva essere esercitato solo con l'assenso della *filia familias*. Il credito alla restituzione non si trasmetteva agli eredi del costituente o della donna. Per quanto concerne il debito alla restituzione, invece, esso era sempre del marito o del di lui *paterfamilias* ed era sempre trasmissibile *iure hereditario* ai loro eredi. P. VOGLI, *Diritto ereditario*, 1, 272 ss.

⁵⁴⁷ In caso di morte del marito o di divorzio, invece, la dote sarebbe stata acquisita dalla donna *sui iuris* o dal *paterfamilias* di lei, quando *alieni iuris*, ma il diritto di credito sarebbe stato intrasmissibile agli eredi. Anche in questo caso il *pater* avrebbe potuto esperire l'*actio rei uxoriae* solo con l'assenso della figlia. In caso di *dos adventicia*, nulla cambia in materia di debito alla restituzione: esso era sempre del marito o del di lui *paterfamilias* ed era trasmissibile *iure hereditario* ai loro eredi. Il regime postclassico era differente da quello classico e si assisté ad un'evoluzione principalmente volta al raggiungimento di una trasmissibilità bilaterale: sia il credito alla

postclassico, poi, il marito, in caso di morte della moglie, avrebbe acquistato solo l'usufrutto legale dei beni dotali, poiché la nuda proprietà era destinata ai figli nati dal matrimonio, che li avrebbero acquistati come *bona materna*⁵⁴⁸.

Ciò che qui rileva, in ogni caso, è che il beneficiario del patto non avesse alcun diritto sui beni della donna a titolo dotale e, pertanto, l'attribuzione fatta a costui per il tramite del *pactum interpositum vice testamenti* non può essere letta diversamente da un'attribuzione contrattuale *mortis causa*.

Diocleziano è risoluto nell'escludere l'efficacia di un patto interposto *vice testamenti*, cioè di un patto con il quale si intendevano perseguire gli scopi di un testamento, in primo luogo l'istituzione di erede. Infatti, egli pone la sintetica spiegazione del divieto al principio del testo, in posizione di evidenza, e, nella frase finale in cui esclude la possibilità per il beneficiario di esercitare un'azione contro gli eredi della donna, afferma che non sarà possibile la restituzione di quelle cose *quae nullo modo debentur*.

La motivazione della nullità del patto è esplicitata dalla locuzione: *Hereditas extraneis testamento datur*, posta, come detto, nell'*incipit* della costituzione. Con essa l'imperatore afferma che l'attribuzione a causa di morte del patrimonio a persona estranea alla famiglia può compiersi solo mediante testamento. L'istituzione di erede, infatti, non è possibile all'infuori di esso.

Dalla formulazione si evince la nullità del patto successorio istituivo a titolo universale. La motivazione sopra riportata, infatti, non può chiaramente essere applicata a quello a titolo particolare, poiché fa espresso riferimento all'*hereditas*⁵⁴⁹.

L'istituzione di erede per contratto era incompatibile con l'ordinamento successorio del popolo romano. Il contratto sia nel diritto classico che in quello giustiniano, non era un mezzo valido a costituire una successione universale né ereditaria né *inter vivos*⁵⁵⁰. Infatti, poiché la successione universale comportava un subentro nella medesima situazione del *de cuius, in loco*

restituzione che il debito alla stessa si sarebbero trasmessi agli eredi degli aventi diritto originari, risultato che precedentemente veniva raggiunto mediante un regime convenzionale, attuato essenzialmente mediante *stipulationes*. P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 272 ss.

⁵⁴⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 149; M. MARRONE, *Istituzioni*, 2011, 229 nt. 86. In costanza di matrimonio titolare formale della dote era il marito o il *paterfamilias* di costui, se fosse stato *alieni iuris*. La titolarità formale faceva sì che il marito (o il suo avente potestà) non avesse un potere assoluto di disposizione sui beni dotali, ma limitato dallo scopo della dote, ossia quella di *sustinere onera matrimonii*, e dalla necessità di amministrarla bene, anche in vista della restituzione (le cose dotali acquistavano spesso una destinazione definitiva in favore della donna e spesso era proprio questa ad essere creditrice della restituzione). P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 270 s.

⁵⁴⁹ Un'analisi dei frammenti contenuti nel Digesto mostra come siano state conosciute ipotesi di patti istitutivi a titolo particolare. G. VISMARA, *Storia*, 86 s. Si veda anche *infra* § 22 e 23.

⁵⁵⁰ B. BIONDI, *Corso*, 1, 23.

et in iure, il testamento era l'unico strumento che avrebbe potuto produrre tale effetto nei confronti degli eredi *extranei*⁵⁵¹.

È opportuno sottolineare come la costituzione non faccia alcun cenno alla limitazione della facoltà di revoca che consegue al patto per giustificare la nullità del medesimo.

Va poi evidenziato che a lungo i giureconsulti e gli imperatori non conobbero il contratto successorio e che è proprio con Diocleziano che per la prima volta si ha un accenno ad un *pactum interpositum vice testamenti* (non ne parlano, infatti, i giuristi classici e anche le costituzioni imperiali fino alla fine del III sec. d.C.). È stato pertanto ipotizzato che trasmettere l'eredità per contratto fosse inizialmente una possibilità inconcepibile per i Romani⁵⁵².

Per quanto concerne la sanzione derivante dalla nullità del patto successorio istitutivo a titolo universale, essa consisteva semplicemente nella nullità del patto. Infatti, i disponenti non venivano colpiti dalla sanzione dell'indegnità (come accadeva, invece, per i partecipanti ad un atto dispositivo al quale fosse rimasto estraneo il *de cuius*).

D. 23.4.29.2

D. 23.4.29.2 (*Scaevola 2 resp.*): *Mulier de dote quam dedit pacta est, ut, si in matrimonio decessisset, fratri eius redderetur isque in eum casum stipulatus est: mulier decedens quasdam res dotales marito legavit et aliis, quosdam ex servis dotalibus manumisit. quaesitum est, an maritus earum nomine, quas legavit mulier, et servorum, quos manumisit, fratri tenetur. respondi nihil proponi, cur non teneretur, cum et iam heredes defunctae tam legatariis quam libertatibus obnoxii sint.*

Il caso prospettato da Scevola è quello di una donna che, passando a nozze, costituì in dote a sé stessa determinati beni e dispose che, ove fosse premorta al marito (*ut si in matrimonio decessisset*), tali beni sarebbero stati lucrati da suo fratello, che intervenne all'atto. Tuttavia, successivamente, la donna fece testamento, istituì degli eredi, legò al marito e ad altre persone beni che erano stati costituiti in dote (*quasdam res dotales*) e manomise alcuni degli schiavi che facevano parte anch'essi della dote (*quosdam ex servis dotalibus*).

⁵⁵¹ F. SAMPER POLO, *La dispozion*, 170; P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 492 ss.

⁵⁵² G. VISMARA, *Storia*, 86 s. A mio avviso, il silenzio delle fonti a riguardo potrebbe essere giustificato anche da altre considerazioni, per le quali si rimanda al § 26.

Ci si chiede, allora, se il marito, beneficiario per legato di beni dotali, sia obbligato nei confronti del fratello della moglie, a favore del quale, partecipante all'atto, la moglie aveva pattuito la restituzione della dote.

Scevola risponde che il marito è obbligato nei confronti del fratello della moglie tanto per i legati di cose dotali quanto per le manomissioni di schiavi dotali disposti dalla moglie; a sua volta egli potrà rivalersi mediante l'*actio de legato* contro gli eredi della moglie, poiché *heredes defunctae tam legatariis quam libertatibus obnoxii sint*⁵⁵³.

Il responso di Scevola, pertanto, ammette l'efficacia del patto *de lucranda dote*. Nella fattispecie *de quo* si può identificare un patto successorio istitutivo a titolo particolare nella costituzione di dote in cui il costituente era la donna stessa che passava a nozze e che, in tale occasione, disponeva a causa di morte della dote, con atto bilaterale ed irrevocabile⁵⁵⁴.

Avendo riguardo al patto con il quale la donna ha disposto la restituzione al fratello della dote da lei costituita, ci si trova indubbiamente di fronte ad un atto che presenta tutti gli elementi di un patto successorio istitutivo a titolo particolare.

Per quanto concerne la bilateralità, è plausibile che il fratello abbia partecipato all'atto (*mulier pacta est*) insieme al marito. Infatti, in caso contrario, si sarebbe configurato un patto a favore di terzo, non riconosciuto dall'ordinamento romano⁵⁵⁵.

Per quanto concerne l'oggetto del patto, si tratta di una vera e propria disposizione *mortis causa* di parte del proprio patrimonio, quindi a titolo particolare: i beni conferiti in dote dalla donna, infatti, si trasferiranno al fratello al momento della sua morte.

Per quanto concerne l'irrevocabilità, tale aspetto non è espressamente indicato dalla fonte di cui si tratta, ma può essere agilmente e logicamente ricavato dal testo medesimo: esso deriva dalla partecipazione del fratello all'atto e si evince dalla considerazione che, se il patto intercorso tra le parti fosse stato revocabile, i legati e le manomissioni di cose dotali disposti

⁵⁵³ G. VISMARA, *Storia*, 121; G. MICHAÉLIDÈS NOUARIOS, *Contribution à l'étude*, 92 s.

⁵⁵⁴ Se la dote fosse stata costituita dal *pater* o da un *parens* della donna o da un *extraneus*, non si sarebbe avuto un patto successorio istitutivo, ma semplicemente una convenzione con la quale il costituente disponeva dei beni oggetto di dote sotto condizione del verificarsi della morte della donna beneficiaria della dote stessa; l'oggetto della convenzione, infatti, non era un bene appartenente alla successione futura del costituente, ma un bene già uscito dal suo patrimonio. G. VISMARA, *Storia*, 120.

Di contrario avviso è P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 236, secondo cui il passo non riguarda la materia dei patti successorii, ma solo l'ipotesi di *dos adventicia* con restituzione stipulata direttamente dal beneficiario (e munita di clausola di riferimento alla morte del costituente, la donna, che è terza).

La costituzione di dote, infatti, si prestava all'introduzione di patti successorii istitutivi con i quali regolare definitivamente, già nella costituzione stessa, i rapporti di successione relativi ai beni dotali. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia*, Roma, 1925, 319. Per la validità di quei patti con i quali si stipulava la restituzione della dote a favore di un terzo, si veda G. VISMARA, *Storia*, 88; 119; 119 nt. 3; G. VISMARA, *I patti successorii*, 280; G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933, 35 ss.

⁵⁵⁵ In realtà sussistono dubbi in dottrina relativi all'inefficacia del contratto a favore di terzo.

dalla donna per testamento sarebbero valsi come revoca, almeno parziaria, di quanto stabilito nel precedente patto. Infatti, poiché Scevola dichiara che gli *heredes* della donna *tam legatariis, quam libertatibus obnoxii sint*, se ne deve argomentare che la disposizione effettuata dalla donna per testamento di beni e di schiavi appartenenti alla dote non avesse revocato la precedente attribuzione *mortis causa* in favore del fratello e che il patto fosse di conseguenza irrevocabile⁵⁵⁶.

Il *pactum de lucranda dote* costituiva un patto successorio istitutivo a titolo particolare, sia che esso fosse inserito nell'atto costitutivo della dote, sia che fosse posteriore alla costituzione, e indipendentemente dal fatto che il beneficiario fosse un parente della donna, come in questa fattispecie, o il marito stesso.

D. 23.4.29.2 prospetta una fattispecie simile a quella analizzata precedentemente in C. 5.14.5; in entrambi i casi, infatti, si fa riferimento ad un patto successorio istitutivo contenuto in uno strumento dotale (o comunque legato ad esso) con il quale il costituente disponeva della propria successione. La differenza sta nell'ampiezza dell'oggetto del patto: mentre in C. 5.14.5 esso ricomprende tutto il patrimonio del disponente, dunque la sua eredità, in D. 23.4.29.2 ricomprende solo i beni dotali. Dunque, nel primo caso si ha un patto successorio istitutivo a titolo universale, vietato, e, nel secondo, un patto successorio istitutivo a titolo particolare, ammesso.

Dall'analisi dell'ultimo frammento, pertanto, si può dedurre che il diritto romano, mentre da una parte aveva vietato il patto istitutivo a titolo universale, dall'altra, aveva accolto, dichiarandole valide, alcune fattispecie riconducibili alla categoria dei patti successori istitutivi a titolo particolare. La loro ammissibilità è dimostrata anche dall'impiego all'interno dell'ordinamento romano di istituti che, in alcune loro forme, rientravano nella categoria. Si tratta, ad esempio, della *mancipatio familiae mortis causa* e della *donatio mortis causa*, di cui si tratterà di seguito.

⁵⁵⁶ G. VISMARA, *Storia*, 121; 121 nt. 2.

22. La *mancipatio familiae mortis causa*

La *mancipatio familiae* (o più correttamente *familiae mancipatio*) era quell'istituto tramite cui il *paterfamilias* che si trovava in un imminente pericolo di morte (*is si subita morte urgebatur*) poneva in essere una *mancipatio* complessiva del proprio patrimonio in favore di una persona di fiducia, il *familiae emptor*, al quale affidava l'incarico di trasferire, una volta morto, i singoli cespiti (a lui trasferiti per mezzo dell'atto stesso) alle persone dal primo indicate.

Sussistono dubbi in reazione all'origine della *mancipatio familiae*; la dottrina maggioritaria afferma che essa, già conosciuta all'epoca delle XII Tavole (451-450 a.C.), risalga al periodo della monarchia etrusca (616-509 a.C.)⁵⁵⁷.

La *mancipatio familiae* era un istituto che veniva adoperato con finalità successorie, *cogitationis mortis causa*; difatti, Gaio⁵⁵⁸ lo annovera tra gli istituti che hanno preceduto l'introduzione del testamento classico (insieme al *testamentum calatis comitiis* ed *in procintu*), distinguendolo dal *testamentum per aes et libram*, che da esso prese successivamente origine⁵⁵⁹.

In realtà, è necessario fare una precisazione. In *Gai.* 2.102-105 non viene mai adoperata la locuzione *mancipatio familiae* per indicare l'archetipo del *testamentum per aes et libram*.

Anzi, dai testi risulta evidente che il giurista considerasse “in maniera unitaria il testamento librare quale *tertium genus testamenti* (ancora in uso al suo tempo, a differenza dei *duo genera testamentorum* più antichi), distinguendo solo due sue diverse configurazioni strutturali”⁵⁶⁰.

Pertanto, Gaio considera la *mancipatio familiae* e il *testamentum per aes et libram* come due configurazioni storicamente distinte di un'unica forma testamentaria: in quella più antica l'acquisto della *familia* in capo al *familiae emptor* sarebbe stato effettivo, mentre nella

⁵⁵⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 718.

⁵⁵⁸ *Gai.* 2.102: “*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur*”.

Gai. 2.103: “*Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc verum solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius testamento heres instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*”.

⁵⁵⁹ M. MARRONE, *Istituzioni*, 610; 610 nt.134.

⁵⁶⁰ F. TERRANOVA, *Sulla natura “testamentaria”*, 308.

configurazione più recente il trasferimento non sarebbe stato reale e il ruolo di codesto soggetto sarebbe divenuto puramente formale.

Anche il fatto che Gaio adoperi il termine *testator* (*Gai.* 2.103) per indicare il *mancipio dans* nel rito più antico da lui descritto depone a favore di una considerazione unitaria del testamento e della *mancipatio familiae*⁵⁶¹; inoltre, essa, sebbene i suoi effetti fossero assai diversi rispetto a quelli del testamento che da essa prese origine, è detta espressamente *testamentum per aes et libram* in *Gai* 2.102.

Sulla base di queste considerazioni testuali, parte della dottrina ha ipotizzato che l'istituto sia stato originariamente considerato un vero e proprio testamento, ritenendo che la tradizionale negazione della sua natura testamentaria dipenda dalla concezione moderna di "testamento"; dai testi dell'età repubblicana e classica, infatti, si è evinto che il verbo *testor* assumeva un significato diverso da quello tecnico di "disporre per testamento", in favore del significato più lato di "dichiarare dinanzi a testimoni/richiedere la testimonianza"⁵⁶².

La *mancipatio familiae* nacque come strumento alternativo al testamento per permettere al *de cuius* che si trovasse in una situazione di pericolo (allo stesso modo che, in origine, per la *donatio mortis causa*) di disporre con finalità successorie del proprio patrimonio senza dover aspettare uno dei due giorni in cui annualmente si riunivano i comizi curiati e nei quali doveva essere redatto il *testamentum calatis comitiis*.

Essa, poi, sorse probabilmente anche per sopperire ad un'esigenza che doveva essere percepita nella società romana: quella di poter disporre a titolo particolare dei propri beni per il periodo successivo alla propria morte. Infatti, il *testamentum calatis comitiis* non poteva contenere disposizioni a titolo particolare, che furono introdotte proprio con la *mancipatio familiae*, poi dando origine ai legati e alle manomissioni del *testamentum per aes et libram*⁵⁶³.

⁵⁶¹ F. TERRANOVA, *Sulla natura "testamentaria"*, 309 s.; 312 ss.

⁵⁶² F. TERRANOVA, *Sulla natura "testamentaria"*, 327 ss. L'autrice accoglie l'ipotesi della natura testamentaria della *mancipatio familiae*, stante il significato originario del termine *testamentum* (sviluppatosi, poi, per giungere, a partire dall'età classica, a quel concetto che ancora oggi gli appartiene). Terranova, analizzando le fonti, rileva che l'espressione *mancipatio familiae* (propriamente *familiae mancipatio*) viene impiegata per indicare il primo atto di cui si compone il testamento in età classica, e non la forma arcaica dello stesso, come ritiene la dottrina corrente. Quest'ultima, infatti, nega la natura testamentaria dell'atto, ma tale considerazione deriva dai condizionamenti creati dalla concezione moderna di "testamento" (derivata, a sua volta, da quella romana di età classica). La dottrina romanistica maggioritaria, pertanto, distingue tra *mancipatio familiae* e *testamentum per aes et libram*, essendo il primo un atto tra vivi sorto nella prassi e dal quale poi si sarebbe sviluppato il testamento classico. Tra gli altri, si veda: C. FADDA, *Dell'origine dei legati*, in AA. VV., *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della Università di Bologna*, Roma, 1888, 193 ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 47; C. APPLETON, *Le testament romain*, 105 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977, 186; G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della 'mancipatio familiae'*, in IURA, 50, 1999, 167 nt. 14.

⁵⁶³ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 734.

Inoltre, la *mancipatio familiae* giovava ai plebei e permetteva di derogare le rigide regole arcaiche; poteva essere impiegata per istituire eredi soggetti che altrimenti non avrebbero avuto alcun diritto successorio o quando si riteneva opportuno trattare diversamente i *sui* in dipendenza dei loro meriti o delle loro esigenze, senza che si dovesse obbligatoriamente obbedire all'equità formale che la successione *ab intestato* comportava.

Sebbene differente dal testamento, lo scopo era il medesimo: disporre delle proprie sostanze in vista della propria morte.

La forma esterna dell'atto era quella di una normale *mancipatio*: di fronte a 5 testimoni e al *libripens*, il *mancipio dans*, ossia colui che voleva disporre del suo patrimonio, compiva un'*emptio* fittizia nei confronti del *mancipio accipiens*, che si prestava ad eseguire le disposizioni del primo dopo la sua morte. I due soggetti dovevano pronunciare determinate formule solenni, riportate da Gaio 2.104 in relazione al tempo in cui la *mancipatio familiae* divenne testamento (e che si può presumere fossero le stesse).

L'oggetto del negozio è definito *familia pecuniaque*, espressione che deve essere letta come riferita all'intero patrimonio del *mancipio dans*: l'atto è generale e tutto il patrimonio è oggetto della disposizione.

La funzione della *mancipatio familiae* era fiduciaria: il *mancipio accipiens* riceveva il patrimonio non per tenerlo, ma per disporne, in seguito alla morte del *mancipio dans*, con le modalità che quest'ultimo aveva indicato nell'atto.

In relazione agli effetti della *mancipatio familiae* si possono distinguere due fasi. In un primo momento essi si producevano istantaneamente, comportando il trasferimento immediato della *familia* in capo al *familiae emptor* e tale circostanza non creava eccessivi problemi, poiché, come visto, l'istituto veniva adoperato quando il disponente si trovava in pericolo di vita. In un secondo momento, quando non si ricorse più all'istituto solo in caso d'urgenza, non può ritenersi che il *de cuius* si privasse, per un periodo più o meno lungo, del proprio patrimonio e, pertanto, appare verosimile l'ipotesi di una posticipazione degli effetti al momento della morte del *de cuius*, al quale il *familiae emptor* sarebbe dovuto sopravvivere⁵⁶⁴.

Si parla, a tal proposito, di *mancipatio familiae mortis causa*. Questa nuova tipologia di *mancipatio* rispondeva ad esigenze concrete: oltre a far sì che il disponente non si privasse del suo patrimonio, garantiva che anche i beni dal *mancipio dans* acquisiti dopo la conclusione dell'atto, rientrassero nell'oggetto del negozio⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 718.

⁵⁶⁵ P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 87 ss.

Sono sorti alcuni dubbi circa l'oggetto del trasferimento proprio della *mancipatio familiae*. È sicuro che il *familiae emptor* divenisse il titolare fiduciario dei beni facenti parte del patrimonio ereditario, ma non si hanno sicurezze circa i crediti e debiti che facevano parte del medesimo, i *sacra familiaria*, lo *ius sepulchri* o il patronato. Gaio 2.103 afferma che il *familiae emptor* era *heredis loco*, quindi assumeva le veci di un successore universale, e, dunque, si può ipotizzare che subentrasse anche nei rapporti obbligatori, stante la concezione degli stessi come accessori delle *res corporales* in essa presenti. Si ritiene, pertanto, che si realizzasse il passaggio dei debiti e dei crediti al *familiae emptor*, il quale aveva il compito di pagare i primi e di esigere i secondi prima della distribuzione dei beni ereditari ai soggetti che gli erano stati indicati dal disponente. Tuttavia non è sicuro che questo fosse un effetto originario dell'istituto⁵⁶⁶.

Mediante *mancipatio familiae* si poteva provvedere anche alla sostituzione pupillare quando si fosse stabilito che il *familiae emptor* trattenesse presso di sé, anche in seguito alla morte del *mancipio dans*, il patrimonio di costui finché il *filius* non avesse raggiunto la pubertà, per restituirglielo in caso fosse vivo al momento del raggiungimento di questa soglia o per darlo ad un terzo soggetto nel caso in cui fosse morto prima di quel momento.

Nella figura della *mancipatio familiae mortis causa*, a ben guardare, può essere individuato un patto successorio istitutivo, a titolo particolare. L'istituto, infatti, presentava tutti gli elementi caratterizzanti la categoria: era chiaramente un negozio bilaterale che coinvolgeva il *de cuius* e il *familiae emptor*, la cui irrevocabilità dipendeva da questa caratteristica (che era ancora più evidente quando la *mancipatio* richiedeva il trasferimento immediato del patrimonio), i cui effetti si producevano al momento della morte del *de cuius* (il *mancipio dans*) e che richiedeva che il *familiae emptor*, che, pur non essendo erede, è definito *heredis loco* da Gaio (Gai. 2.103)⁵⁶⁷, quale destinatario formale della *familia*, sopravvivesse al *dante causa*. Inoltre, l'oggetto dell'atto era il patrimonio *de residuo*, tant'è vero che anche i beni acquistati dal *mancipio dans* in seguito alla conclusione dello stesso rientravano nell'ambito di applicazione dell'istituto⁵⁶⁸.

Nonostante l'istituto avesse ad oggetto l'intero patrimonio del *mancipio dans*, esso non attribuiva la qualifica di erede e comportava un trasferimento dei soli rapporti patrimoniali e, pertanto, poteva essere considerato solo come un patto successorio a titolo particolare. Tuttavia,

⁵⁶⁶ I *sacra*, invece, avrebbero continuato a trasmettersi secondo il regime loro proprio. P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 91 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 718.

⁵⁶⁷ L'espressione adoperata da Gaio 2.103, che dunque paragona il *familiae emptor* all'erede, è indicativa del carattere *mortis causa* dell'atto.

⁵⁶⁸ P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 87 ss.

accogliendo la tesi di chi ritiene che la *mancipatio familiae* comportasse anche il trasferimento dei crediti e dei debiti del *mancipio dans*, le differenze con la successione a titolo universale sarebbero molto esigue.

Dunque, la *mancipatio familiae* nacque come rimedio della prassi e fu inizialmente un atto *inter vivos*, bilaterale e privo di un'istituzione di erede in senso tecnico⁵⁶⁹, che successivamente, quando i suoi effetti furono posticipati alla morte del *de cuius*, divenne un atto *mortis causa* bilaterale e irrevocabile⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ F. TERRANOVA, *Sulla natura "testamentaria"*, 305.

⁵⁷⁰ Inoltre, con la nascita e la diffusione del testamento *per aes et libram*, la *mancipatio familiae* non venne eliminata, sebbene col tempo cadde sempre più in desuetudine.

23. La donazione *mortis causa*

In età arcaica e in età classica, la donazione non era per i romani un negozio giuridico (come, invece, lo è oggi sulla base della definizione data dall'art. 769 c.c.), ma era più un fine: accrescere il patrimonio altrui a discapito del proprio. Questo scopo poteva essere raggiunto con una pluralità di mezzi (mentre oggi sono previsti determinati requisiti di forma dall'art. 782 c.c.): il trasferimento di una cosa propria (mediante *traditio*, *mancipatio*, *in iure cessio*); la remissione di un debito (mediante *acceptilatio* o *pactum de non petendo*); la *stipulatio* con la quale si prometteva il trasferimento della proprietà di un bene, ecc.

Tutti questi negozi potevano essere compiuti *donandi causa*: il donante, con l'intento di compiere un atto di liberalità (*donandi animo*), effettuava un'attribuzione patrimoniale in favore del donatario senza corrispettivo.

I *prudentes*, per riconoscere una *donatio*, richiedevano che l'attribuzione del diritto reale o d'obbligazione da parte del donante al donatario fosse definitiva.

Pertanto, non potevano essere ricondotti al concetto di donazione quei negozi che, pur essendo a titolo gratuito, mancassero di un'attribuzione (come nel mandato, nel deposito e nel comodato) o essa non fosse definitiva (come nel mutuo) – questi contratti erano sì negozi a titolo gratuito, ma causali, ossia ciascuno con una causa propria; il carattere definitivo della *causa donandi*, poi, si rifletteva nella sua irrevocabilità (solamente il patrono, già nel periodo classico, poteva revocare la donazione al liberto che si fosse dimostrato ingrato e, nel periodo postclassico, questa possibilità venne estesa anche ai genitori nei confronti dei figli)⁵⁷¹.

In base a quanto sin qui detto, si comprende che la donazione avesse ogni volta effetti diversi in base al negozio impiegato per compierla: effetti reali, quando veniva trasferita la proprietà o venivano costituiti o estinti diritti reali di godimento (mediante, a seconda dei casi, *traditio*, *in iure cessio* o *mancipatio*); effetti obbligatori, quando il donante prometteva una certa prestazione (mediante *stipulatio*); effetti estintivi, quando il donante faceva *acceptilatio* del proprio credito o lo rimetteva al proprio debitore in altro modo. Pertanto, gli interpreti distinguono, all'interno della categoria delle donazioni, le donazioni *in dando*, le donazioni *in obligando* e quelle *in liberando*⁵⁷².

L'ordinamento giuridico non riconosceva una totale libertà di compiere un atto *donationis causa*, osservando di regola con attenzione gli atti con cui una persona si privava a titolo gratuito

⁵⁷¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 774.

⁵⁷² M. MARRONE, *Istituzioni*, 559.

di tutti i suoi averi o di una parte di essi; lo scopo era quello di tutelare da una parte l'interesse dei familiari del donante e dall'altra il donante stesso, che avrebbe potuto impoverirsi per mancanza di discernimento o essere spinto a compiere donazioni, soprattutto dai membri della *nobilitas*, i quali potevano godere di forti privilegi politici e di una preparazione retorica e giuridica⁵⁷³. Per tale motivo, vennero introdotti alcuni provvedimenti allo scopo di limitare la possibilità di redigere atti *donationis causa*, come, ad esempio, la *lex Cincia de donis et muneribus*⁵⁷⁴.

Nel periodo postclassico, la donazione divenne un vero e proprio negozio causale e tipico, qualificato *contractus*, per il quale erano previste determinate forme. Con una costituzione del 323 d.C. (o del 316 d.C.), in parte riprodotta nel Codice teodosiano e in quello giustiniano, infatti, Costantino stabilì, pena la nullità, la forma scritta, la *traditio corporalis* dinanzi ai vicini (la cui presenza fu dichiarata inutile da Zenone), l'*insinuatio* di fronte a testimoni (dichiarati superflui da Zenone nel 478 d.C.) per la donazione traslativa (alla donazione, pertanto, si riconobbe effetto traslativo della proprietà) e la registrazione presso un ufficio pubblico; non sembrava ancora ammessa la donazione meramente promissoria⁵⁷⁵. La nuova regolamentazione della donazione, ormai intesa come negozio tipico, tuttavia, andò ad affiancarsi, senza cancellarla, alla pratica di ricorrere ad altri negozi *donationis causa*⁵⁷⁶.

Con Giustiniano, la disciplina formale prevista da Costantino venne sostanzialmente accolta, limitandola, tuttavia, alle donazioni che superavano il valore di 500 solidi ed estendendola anche alle donazioni obbligatorie (che vennero riconosciute anche quando realizzate, anziché mediante il ricorso a una *stipulatio*, mediante semplice patto)⁵⁷⁷: la *donatio* si perfezionava con il semplice consenso; essa produceva effetti obbligatori anche quando non fosse avvenuta la *traditio*; la trascrizione nei pubblici registri (*insinuatio apud acta*) a pena di invalidità doveva essere effettuata solo per le donazioni di valore superiore a 500 solidi.

Una posizione particolare rispetto alla categoria generale delle donazioni fu assunta dalla *donatio mortis causa*.

La qualifica "*mortis causa*" della donazione non deve essere intesa sulla base del significato moderno dell'espressione. Il diritto romano, come visto in precedenza⁵⁷⁸, non

⁵⁷³ M. MARRONE, *Istituzioni*, 558; 558 nt. 1.

⁵⁷⁴ Si veda *infra* § 24.

⁵⁷⁵ M. MARRONE, *Istituzioni*, 560.

⁵⁷⁶ E. CANTARELLA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2001, 480 ss.

⁵⁷⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 775 s.

⁵⁷⁸ Si veda *supra* § 18. L'espressione si trova utilizzata nelle fonti solamente in riferimento alla donazione in esame e per gli acquisti dipendenti dalla morte di un terzo raccolti sotto la nozione di "*mortis causa capiones*".

conobbe la distinzione tra negozi *mortis causa* e negozi *inter vivos* e, difatti, essa non è comprovata in nessun testo né risultano esistenti regole volte a contemplare tutti i negozi compresi nell'una o nell'altra categoria. Anzi, significativamente, l'espressione *mortis causa* non venne mai adoperata per riferirsi all'eredità, al legato o al fedecommesso, cioè a quegli istituti che, secondo la definizione attuale, sarebbero i fondamentali negozi giuridici a causa di morte.

Pertanto, questa donazione venne così chiamata solo perché la liberalità era compiuta dal donante nella previsione della sua morte, combinandosi così la *causa donationis* con la *causa mortis*.

L'origine della *donatio mortis causa* è stata oggetto di dibattito in dottrina.

Mentre la scienza romanistica è stata essenzialmente concorde nell'affermare che l'istituto sia sorto nei tempi più remoti del diritto romano, Amelotti⁵⁷⁹, invece, afferma che l'istituto non presenterebbe un carattere così antico, poiché nella sua complicata concezione non sarebbe per nulla in armonia con un sistema giuridico ancora rudimentale come era quello arcaico.

L'autore distingue due fasi: una prima fase, svoltasi in un'epoca certamente remota, anche se indefinita e imprecisabile, in cui i Romani, servendosi di qualche negozio idoneo, cercarono di conseguire le finalità cui la *donatio mortis causa* rispondeva e una seconda, che prese avvio tra il II ed il I secolo a.C., in cui venne a crearsi, attraverso la pratica costante e l'elaborazione dei giuristi, l'istituto della donazione *mortis causa* come causa negoziale⁵⁸⁰. La medesima tesi, anche se per ragioni differenti, è confermata dall'indagine di Di Paola⁵⁸¹.

I motivi che giustificarono il sorgere dell'istituto furono molteplici. Con grande probabilità non si trattò di un istituto sorto per ovviare all'inconveniente dell'iniziale impossibilità di procedere a disposizioni a titolo particolare per mezzo del testamento *calatis comitiis*. Infatti, non essendo possibile inizialmente fare donazioni in favore di soggetti sotto la propria *potestas*, originariamente le donazioni a causa di morte non poterono essere utilizzate dal *pater familias* per far beneficiare di singole parti del suo patrimonio i propri figli, esigenza che, invece, i legati soddisfacevano.

La motivazione giustificatrice della nascita dell'istituto può essere rinvenuta sia nello scopo di voler lasciare a titolo gratuito alcuni beni in vista di un pericolo, scampato il quale si voleva avere nuovamente ciò che si era donato, sia nell'esigenza di rimediare agli inconvenienti

⁵⁷⁹ M. AMELOTI, *La donatio*, 50.

⁵⁸⁰ Per una migliore disamina della questione e per la critica alle opinioni differenti in materia, si veda M. AMELOTI, *La donatio*, 71 ss.

⁵⁸¹ S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969, 118 ss.

cui dava luogo il testamento comiziale, che poteva farsi solo due volte l'anno⁵⁸². Altra motivazione plausibile è individuabile nell'esigenza di sopperire alla mancanza di una condizione risolutiva. Poiché questa tipologia di condizione non esisteva, si ricorreva ad un diverso espediente: si faceva esplicita menzione della *causa mortis* nell'atto e, venuta meno questa, la *datio* effettuata doveva ritenersi priva di causa con conseguente obbligo alla restituzione al donante⁵⁸³.

La donazione *mortis causa* era una donazione che richiedeva, per avere definitiva efficacia, la premorienza del donante al donatario. Si dice, infatti, che con tale istituto il donante preferiva sé al donatario e il donatario all'erede (D. 39.6.1 *pr.*; D. 39.6.35.2; I. 2.7.1). Qualora la morte intervenisse nello stesso momento, la *donatio mortis causa* intercorsa fra donante e donatario non perdeva i suoi effetti (D. 39.6.26).

La donazione poteva riguardare singoli bene del donante o comprendere tutto il suo patrimonio; tuttavia, anche in questo secondo caso, non si può parlare di una successione a titolo universale.

Come la donazione ordinaria prima di Costantino, anche la *donatio mortis causa* inizialmente non era concepita come un negozio tipico, ma piuttosto costituiva un intento economico realizzabile con i più diversi atti. Essa costituiva la causa di negozi giuridici.

In essa potevano individuarsi due cause: la *causa donationis* e la *causa mortis*. La prima esprimeva l'intento economico dell'atto, ossia quello di attuare una liberalità, mentre la seconda indicava l'evento cui l'efficacia della *donatio mortis causa* era collegato. L'istituto, quindi, sarebbe in primo luogo una donazione, sia pure connessa nei suoi effetti all'evento della morte del donante.

Mentre secondo alcuni autori⁵⁸⁴ la *donatio mortis causa* non acquistò mai in diritto romano una sua individualità quale negozio giuridico, subendo solo un limitato processo di unificazione attraverso l'assimilazione alla disciplina giuridica dei legati, secondo altri⁵⁸⁵ essa rimase semplicemente causa di negozi giuridici solo sino all'epoca di Costantino, poiché la riforma introdotta da questo imperatore si applicò a tutte le donazioni, dunque anche alla *donatio mortis causa*.

⁵⁸² Si tratta del medesimo ruolo che ricopri la *mancipatio familiae*.

⁵⁸³ S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 120 ss.

⁵⁸⁴ M. AMELOTTI, *La donatio*, 5 s. L'Autore ritiene che la riforma di Costantino relativa alla donazione ordinaria non si estese anche alla *donatio mortis causa* e che ad un'autonomia non si giunse nemmeno con l'attività legislativa di Giustiniano.

⁵⁸⁵ S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 118 ss.

Fatta salvo l'elemento della revoca della donazione per premorienza del donatario, dell'istituto della *donatio mortis causa* non si può dare una definizione univoca, avendo esso assunto caratteristiche differenti nel corso della storia romana.

In diritto classico, la *donatio mortis causa* era caratterizzata dall'essere compiuta in previsione di un imminente pericolo di morte del donante, da qualsiasi causa esso dipendesse (per ragioni di salute o a causa di gravi rischi che si era in procinto di affrontare, ad esempio in ragione di un viaggio per mare o di una spedizione militare), con l'intesa che sarebbe stata inefficace se il donante fosse sopravvissuto al pericolo o se il donatario fosse premorto al donante. Queste erano le sole due ipotesi di revoca ammesse dal diritto classico (D. 12.1.19 *pr.*)⁵⁸⁶.

I negozi con i quali poteva essere realizzata una *donatio mortis causa* potevano essere diretti: ad un trasferimento della proprietà o alla costituzione di diritti reali di godimento: *donatio mortis causa* reale; potevano consistere nell'assunzione di un'obbligazione: *donatio mortis causa* promissoria; potevano consistere nella remissione di un debito: *donatio mortis causa* liberatoria.

In relazione alla *donatio mortis causa* reale, si possono distinguere due tipologie di trasferimento a seconda del momento in cui gli effetti di questo si verificavano: si poteva avere un trasferimento immediato con eventuale obbligo di restituzione⁵⁸⁷ o un trasferimento condizionato sospensivamente alla morte del donante⁵⁸⁸.

La *donatio mortis causa*, in origine, era configurata, in via generale, come un trasferimento immediato al donatario; pertanto, con essa si trasferiva la proprietà dei beni mediante un negozio giuridico *ad hoc*.

Il donante, una volta guarito o non trovandosi più in pericolo o essendo egli sopravvissuto al donatario, avrebbe potuto ottenere il ritrasferimento di quanto precedentemente donato mediante *condictio* rivolta allo stesso donatario o ai suoi eredi.

Secondo alcuni autori⁵⁸⁹, nel diritto classico la revoca per guarigione del donante o per premorienza del donatario discendeva direttamente dalla struttura della *donatio mortis causa*. Secondo costoro, infatti, in età classica essa si configurava come una *datio ob rem* fatta in vista della futura morte del donante (*causa mortis*). Se costui non fosse morto, la *datio* sarebbe

⁵⁸⁶ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato*, 802.

⁵⁸⁷ D. 39.6.35.3.

⁵⁸⁸ D. 24.1.11 *pr.*; D. 39.6.2; D. 39.6.29; D. 39.5.1. *pr.*

⁵⁸⁹ S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 58 ss.

divenuta senza causa, facendo così sorgere direttamente l'obbligazione alla restituzione di quanto ricevuto dal donatario.

Secondo altri, invece, le ipotesi e le clausole di revoca richiedevano un'apposita pattuizione⁵⁹⁰, mentre in diritto giustiniano, a seguito di un'evoluzione, da espresse che furono divennero sottintese, spettando senz'altro al donante, salvo che questi non vi avesse esplicitamente rinunciato⁵⁹¹.

La donazione *mortis causa* reale con trasferimento condizionato sospensivamente poteva realizzarsi solamente mediante *traditio* (*traditio* condizionale *si mors secuta fuerit*), con la quale i beni venivano consegnati materialmente al donatario, ma non se ne trasferiva la proprietà prima della morte del donante. Non avveratasi la condizione sospensiva, infatti, il donante avrebbe potuto agire con una *rei vindicatio* nei confronti del donatario, essendo ancora proprietario dei beni⁵⁹².

La donazione produceva effetti già prima della morte del donante; ad esempio, il donatario che avesse dovuto sostenere delle spese durante il periodo di pendenza della condizione e che poi, venuta essa a mancare, si vedesse esperita la *rei vindicatio* da parte del donante, aveva la possibilità di tutelarsi con un'*exceptio doli* per ottenerne il rimborso⁵⁹³.

In relazione alla *donatio mortis causa* condizionata sospensivamente, la dottrina si è interrogata circa l'appartenenza di tale tipologia di trasferimento al diritto classico. Mentre secondo alcuni autori⁵⁹⁴ soltanto la *donatio mortis causa* con trasferimento immediato sarebbe genuina di questo periodo e il trasferimento condizionato sospensivamente sorse solo in età postclassica, secondo altri⁵⁹⁵ entrambe le forme sarebbero proprie del diritto classico.

⁵⁹⁰ M. AMELOTTI, *La donatio*, 8 s., secondo cui risulta più verosimile che originariamente la *donatio mortis causa* fosse una donazione in cui la possibilità di revoca era garantita mediante clausole o pattuizione aggiunte. Solamente in un secondo tempo, sebbene sempre in diritto classico, si poté parlare di *datio ob rem*.

⁵⁹¹ M. AMELOTTI, *La donatio*, 41 ss. Secondo l'Autore, l'esistenza di casi di revoca costituisce un elemento essenziale per la nozione di *donatio mortis causa*. Pertanto, il diritto giustiniano non ammise che la *donatio mortis causa* continuasse ad essere tale qualifica anche nel caso di rinuncia ad ogni revoca, ma semplicemente ammise la possibilità di rinunciare alla sola revoca arbitraria. In tal senso devono essere interpretati D. 39.6.13.1 e D. 39.6.35.4. B. BIONDI, *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 2, 1914, 35 ss. ritiene che la previsione della revoca *ad nutum* fosse maggiormente conforme all'evoluzione che il diritto romano subì verso un sempre maggior riconoscimento della *voluntas* nei negozi giuridici, al quale seguì anche una sempre maggiore facilità di revoca nei negozi, soprattutto *mortis causa*.

⁵⁹² A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato*, 803.

⁵⁹³ M. AMELOTTI, *La donatio*, 81 ss.

⁵⁹⁴ S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 2 ss.; 140 s.

⁵⁹⁵ M. AMELOTTI, *La donatio*, 12 s. Tuttavia, la *donatio mortis causa* con trasferimento condizionato sospensivamente non poté essere anteriore all'introduzione dell'*exceptio doli*, cioè all'età ciceroniana. Secondo alcuni autori (B. BIONDI, *Appunti*, 12 ss.; 19), inoltre, questa sarebbe stata la forma più antica di *donatio mortis causa*: in ragione di un imminente pericolo di morte e per sopperire alla mancanza del legato, il *paterfamilias* faceva *traditio* dei suoi beni al donatario condizionando sospensivamente l'atto alla condizione *si mors secuta fuerit*. I beni donati venivano acquistati dal donatario al momento della morte del donante, a differenza che nella

Di certo, dal punto di vista pratico, in periodo postclassico si diede una maggior rilevanza alla donazione a causa di morte con trasferimento condizionato sospensivamente, essendo la tipologia più vicina al legato. Nonostante ciò e nonostante col passare del tempo la *donatio mortis causa* fu sempre più avvicinata a tale istituto *mortis causa*, con Giustiniano la donazione *mortis causa* ad acquistare maggiore rilievo fu quella con trasferimento immediato. Essa, infatti, era ammessa anche fra i coniugi e tendeva a realizzarsi come donazione sotto condizione risolutiva in senso moderno⁵⁹⁶.

La *donatio mortis causa* promissoria, invece, era quella donazione con cui il donante prometteva oggi di donare per quando sarebbe morto, purché il donatario non gli premorisse.

Si tratterebbe di un'obbligazione di dare, ma mentre per Di Paola⁵⁹⁷ la *datio* andava compiuta quando il donante era ancora in vita, per Amelotti essa andava compiuta dopo la sua morte⁵⁹⁸.

Nel periodo classico l'unica forma negoziale idonea per l'attuazione di una donazione *mortis causa* promissoria era la *stipulatio*. Al di fuori di essa, infatti, si sarebbe potuto pensare ad un patto, ma esso sarebbe stato sfornito di azione.

Secondo parte della dottrina⁵⁹⁹, prima della morte del donante, il donatario non avrebbe avuto alcun diritto, ma una semplice aspettativa e, pertanto, se egli fosse premorto al donante, gli eredi del primo non avrebbero avuto alcun diritto successorio sull'oggetto della donazione al momento della morte del donante.

Secondo altra parte della dottrina⁶⁰⁰, invece, la previsione della morte quale momento per la produzione degli effetti dell'atto non impedirebbe la nascita immediata dell'obbligazione, ma ne ritarderebbe semplicemente la sua esigibilità.

Le fonti, oltre il motivo dell'imminente pericolo di vita, testimoniano che la *donatio mortis causa* poteva essere compiuta in vista del semplice pensiero della morte, ossia anche quando il donatario non fosse minacciato da alcun pericolo.

donazione comune (D. 39.6.2). Altri, come P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 2. La proprietà*, Roma, 1920, 97, ritengono che la forma più antica sia stata quella della *donatio mortis causa* reale, ossia quella che comportava il trasferimento della proprietà o di altri diritti sulle cose donate.

⁵⁹⁶ M. AMELOTI, *La donatio*, 14 ss.

⁵⁹⁷ S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 2 ss.

⁵⁹⁸ M. AMELOTI, *La donatio*, 165.

⁵⁹⁹ C. APPLETON, *Aperçus nouveaux sur le terme certain ou incertain en droit romain*, in *Rev. gén. du droit*, 50, 1926, 161 ss.

⁶⁰⁰ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, 1, 34 ss.

La dottrina è concorde nel riconoscere un'antecedenza storica del motivo del pericolo rispetto a quello della *sola cogitatione mortis*, che, comunque si produsse e applicò già in diritto classico⁶⁰¹.

La previsione di una *donatio mortis causa sola cogitatione mortis* fu probabilmente dovuta al massiccio impiego che si ebbe dell'istituto quando delle disposizioni gravemente limitative vennero a colpire i legati: la *lex Falcidia* nel 40 a. C. e le cosiddette leggi caducarie del periodo augusteo. Tali normative inizialmente non si applicavano anche alla *donatio mortis causa*, che, dunque, iniziò ad essere adoperata per aggirare le nuove limitazioni previste per i legati⁶⁰².

Quando la *donatio mortis causa* veniva compiuta *sola cogitatione mortis*, la possibilità di revoca si riduceva unicamente al caso della premorienza del donatario al donante, ferma rimanendo la previsione che, in tal caso, il donante sopravvissuto avrebbe potuto agire contro gli eredi del donatario tramite *condictio* per ottenere la ripetizione di quanto donato⁶⁰³.

In età postclassica fu introdotta una terza ipotesi di revoca, che si affiancò a quelle già previste dal diritto classico e avvicinò ancor più la donazione a causa di morte ai legati: quella della *mutata voluntate*⁶⁰⁴.

L'eventualità di una revoca *ad nutum* faceva sì che la certezza degli effetti della *mortis causa donatio* subentrasse solo con la morte del donante⁶⁰⁵.

In diritto giustiniano tale tipologia di revoca fu quella ordinaria, implicitamente connessa alla *donatio mortis causa*. Ciò si spiega perfettamente con la radicale equiparazione, propria dell'epoca di Giustiniano, dell'istituto ai legati, i quali erano sempre revocabili⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ M. MARRONE, *Istituzioni*, 563 s.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 128 ss. Infatti, risulta evidente che quando si ricorse alla *donatio mortis causa* per eludere le leggi limitative dei legati, prima che queste venissero estese a tale istituto, non si badasse più all'esistenza di un pericolo per donare a causa di morte. M. AMELOTI, *La donatio*, 9 ss.

⁶⁰² Una volta che le limitazioni imposte per i legati furono estese anche alla donazione a causa di morte (presumibilmente al principio del II secolo d. C. per le leggi caducarie e al tempo di Settimio Severo per la *lex Falcidia*, la *donatio mortis causa* si era ormai affermata. M. AMELOTI, *La donatio* 3, 78 s.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 133 ss.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 22; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 27.

⁶⁰³ M. AMELOTI, *La donatio*, 9 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni*, 563 s.

⁶⁰⁴ La revoca *mutata voluntate* non era prevista in diritto classico. Qualora fosse stata ammessa, infatti, non avrebbe avuto alcun significato la particolare tipologia di revoca prevista in tale epoca per la *donatio mortis causa*, ossia quella della sopravvivenza del donante al pericolo per il quale aveva donato. S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 39 ss.; 57.

⁶⁰⁵ M. AMELOTI, *La donatio*, 3 s. Secondo l'autore, infatti, in questo senso deve essere interpretato D. 39.6.32; donazione "*perfecta*" nel frammento vorrebbe dire soltanto donazione irrevocabile, ossia definitivamente efficace. Altri, invece, hanno interpretato il testo nel senso che la donazione *mortis causa* aveva efficacia giuridica soltanto al momento della morte del donante, quando sarebbe diventata *perfecta*. Per costoro, dunque, il frammento farebbe riferimento ad una donazione *mortis causa* sospensiva.

⁶⁰⁶ M. AMELOTI, *La donatio*, 207 s.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 39 ss.; 57.

Il primo accostamento della donazione *mortis causa* agli istituti del diritto successorio si ebbe in relazione alle incapacità di acquistare stabilite dalla *lex Iulia et Papia*, estese alla donazione a causa di morte in virtù di un senatoconsulto risalente, con tutta probabilità, tra l'età di Vespasiano e quella di Adriano⁶⁰⁷.

Nei secoli successivi, tale figura andò sempre più avvicinandosi ai legati e, essendosi iniziata a diffondere l'abitudine di ricorrere ad essa al fine di eludere le leggi limitative per essi previste, alla *donatio mortis causa* si applicarono le disposizioni della *lex Falcidia* (del 40 a.C.), che stabiliva che il testatore non potesse disporre per legati di più di tre quarti dell'attivo ereditario, in modo che agli eredi rimanesse almeno un quarto dei beni⁶⁰⁸.

Giustiniano introdusse nuove regole in relazione alle donazioni *mortis causa*, stabilendo che esse dovessero essere fatte alla presenza di cinque testimoni, prevedendo la loro equiparazione ai legati⁶⁰⁹, con conseguente possibilità di revoca ad arbitrio del donante finché fosse rimasto in vita⁶¹⁰, la possibilità di inserire qualsiasi condizione e la possibilità di rinunciare al diritto di revoca (sotto quest'ultimo aspetto non vi fu un'equiparazione totale di disciplina con i legati, alla revoca dei quali il testatore non avrebbe mai potuto rinunciare)⁶¹¹.

Inoltre, essendo ormai divenuto normale accomunare la *donatio mortis causa* alle disposizioni di ultima volontà, si estesero a tale istituto le costituzioni che Giustiniano andava emanando in materia successoria, come nell'ambito della *querela inofficiosi testamenti* e di *actio ad supplendam legitimam*⁶¹².

⁶⁰⁷ Il senatoconsulto che estese le leggi caducarie alla *donatio mortis causa* è ricordato da D. 39.6.35. *pr.*

⁶⁰⁸ La costituzione di Settimio Severo che estese la *lex Falcidia* è ricordata da C. 6.50.5 e C. 8.56(57).2.2 L'ingente lasso di tempo intercorso tra il momento di emanazione della legge (40 a.C.) e la sua estensione alla *donatio mortis causa* testimonia quanto lontana essa fosse, nella concezione romana classica, dai legati. S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 140 s.

⁶⁰⁹ C. 8.56(57).4 e I. 2.7.1. L'assimilazione cominciò a realizzarsi già a partire dall'epoca di Q. Mucio Scevola e Cicerone. P. BONFANTE, *Corso*, 2, 1920, 173 ss. Con Giustiniano i principi caratteristici del legato si trasferirono anche alla *donatio mortis causa*: si ammise il diritto di accrescimento tra donatari; il donatario poté essere onerato di fedecommessi, ecc. Tuttavia, bisogna tener presente che, nonostante una sempre maggiore assimilazione ai legati, la *donatio mortis causa* conservò una sua autonomia sia concettuale che disciplinare, senza mai identificarsi pienamente con il legato, nemmeno all'età di Giustiniano. M. AMELOTTI, *La donatio*, 32 ss.; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012, 574.

⁶¹⁰ Nel diritto giustiniano si ebbe un'inversione rispetto al diritto classico: mentre rimasero ferme le due cause di revoca di diritto della donazione, si ritenne sempre sottintesa la condizione di *perseverantia voluntatis*, pertanto la revocabilità *ad libitum* del donante era la regola (stante anche l'assimilazione ai legati), che poteva essere derogata mediante apposito patto che escludesse la revoca.

⁶¹¹ E. CANTARELLA, *Istituzioni*, 480 ss.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 54 ss. La *donatio mortis causa* continuò a differenziarsi dal legato anche sotto altri profili: la sua efficacia non dipendeva dall'esistenza di un erede e poteva essere compiuta dal pupillo *tutore auctore* e dal *filius familias* con il consenso paterno, soggetti che, invece, non avevano la capacità di fare testamento. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato*, 804.

⁶¹² S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, 165 ss.

È stato oggetto di discussione in dottrina la possibilità di riconoscere in alcune figure di *donationes mortis causa* un patto successorio istitutivo.

Sul punto sono state date risposte differenti e contrapposte, la cui diversità, in alcuni casi, era dettata dalla distinta nozione di patto successorio assunta come base per il ragionamento.

Tra gli altri, sono sostenitori della tesi negativa Solazzi e Biondi.

Solazzi⁶¹³, infatti, sostiene che il diritto romano non fu ostile né alla *mancipatio familiae* né alla *donatio mortis causa*, in quanto si trattava di istituti che non erano contratti successori. Il primo, infatti, sarebbe stato semplicemente un “negozio di alienazione” e il secondo una derivazione della *mancipatio familiae*.

Anche Biondi⁶¹⁴ afferma che la *donatio mortis causa*, di cui la *mancipatio familiae* non era in sostanza che un esempio, non si potesse identificare col patto successorio. Secondo l'autore, infatti, essa, come ogni donazione, non implicava sempre un accordo di volontà, potendovi essere donazioni per semplice atto unilaterale. Inoltre, egli ritiene che la revocabilità, che non caratterizza il patto successorio, fosse un elemento sempre presente, sebbene entro certi limiti, nella donazione. Infine, altra rilevante differenza individuata dall'Autore risiedeva nella considerazione che la donazione a causa di morte, anche di tutti i beni del donante, desse luogo sempre e solo a una successione a titolo particolare⁶¹⁵. Secondo Biondi, in diritto romano non era esclusa la possibilità di fare attribuzioni di beni per l'epoca successiva alla propria morte al di fuori del testamento, ma era escluso che si potesse procedere a un'istituzione di erede al di fuori di esso. Secondo costui, era proprio il patto istitutivo d'erede a ripugnare la mentalità giuridica romana.

Propende, invece, per una risposta affermativa Vismara.

Vismara⁶¹⁶, affermando che il diritto romano non conobbe il patto successorio come categoria, limitandosi a vietare solamente alcune fattispecie ad essa riconducibili, individua alcune figure che possono identificarsi pienamente con contratti successori istitutivi a titolo particolare e che, nonostante ciò, furono ammesse dall'ordinamento. Tra di esse l'autore include la *donatio mortis causa* (come anche la *mancipatio familiae*), sebbene limitatamente a quella sotto condizione sospensiva⁶¹⁷.

⁶¹³ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, 246 ss.

⁶¹⁴ B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, I, Milano, 1946, 125.

⁶¹⁵ Anche nel caso di donazioni universali, il donatario sarebbe subentrato semplicemente in una serie di relazioni particolari e non nel patrimonio come unità. Così anche F. SAMPER POLO, *La disposition*, 188.

⁶¹⁶ G. VISMARA, *Storia*, 63 ss.

⁶¹⁷ Vismara assume una nozione ampia di patto successorio: sarebbe un patto successorio ogni atto bilaterale avente lo scopo di regolare la sorte del patrimonio o di una parte di esso o di singoli beni di una persona per dopo la sua morte. Per tale ragione, infatti, egli ritiene che la *donatio mortis causa*, la *mancipatio familiae*, la *stipulatio post*

Amelotti⁶¹⁸, invece, assumendo come nozione di patto successorio quella fornita dal Codice civile all'art. 458 c.c., ritiene che la *donatio mortis causa* non possa rientrare in questa categoria. Secondo l'autore, ciò varrebbe anche nel caso di donazione a causa di morte di tutti i beni presenti e futuri del donante, in quanto anch'essa avrebbe comportato unicamente un acquisto a titolo particolare, non escludendo affatto la successione ereditaria.

Dunque, la dottrina prevalente tende a negare che la *donatio mortis causa* possa essere considerata un patto successorio istitutivo⁶¹⁹ e la tesi si basa essenzialmente sulla considerazione della *donatio mortis causa* quale atto tra vivi e non come atto a causa di morte.

A mio parere, è possibile individuare un patto successorio istitutivo, ammesso dall'ordinamento romano, nel caso di una *donatio mortis causa* obbligatoria sospensivamente condizionata alla morte del donante.

Essa presenta tutti gli elementi tipici ed essenziali del patto successorio istitutivo.

Si tratta, infatti, di un atto bilaterale⁶²⁰ e irrevocabile. L'irrevocabilità propria del patto successorio non deve essere intesa in senso assoluto, ma solo ad arbitrio del disponente e, fatta tale premessa, la caratteristica può individuarsi nella donazione suddetta: essa, infatti, in diritto classico era normalmente irrevocabile ad eccezione dei due casi di revoca espressamente previsti (la premorienza del donatario al donante o lo scampato pericolo; in caso di donazione *ex sola cogitatione mortalitatis*, poi, la revoca rimaneva solo una: la premorienza del donatario) e, in diritto giustiniano, poteva essere resa irrevocabile dalla volontà delle parti⁶²¹.

Inoltre, la *donatio mortis causa* obbligatoria sospensivamente condizionata aveva ad oggetto una successione futura (quella del donante) ed era un atto *mortis causa*; essa, infatti, non produceva alcun effetto prima della morte del donante, poiché non vi era alcun trasferimento immediato né della proprietà né del possesso e il donatario non avrebbe potuto in alcun modo tutelare la propria aspettativa alla donazione. Inoltre, come in tutte le tipologie di

mortem e il mandato *post mortem* rappresentino patti successorii che il diritto romano ammise in varie epoche. G. VISMARA, *Storia*, 117; 117 ntt. 1 e 2.

⁶¹⁸ M. AMELOTI, *La donatio*, 38 s.

⁶¹⁹ G. MICHAÉLIDÈS NOUROS, *Contribution à l'étude*, 31 nt. 1 e 2; 32 nt. 1; 33 riconosce nella *donatio mortis causa* un patto successorio in riferimento al diritto postclassico e giustiniano, mentre nega tale qualificazione nel diritto classico. Per alcuni riferimenti bibliografici si veda: G. MICHAÉLIDÈS NOUROS, *Contribution à l'étude*, 17 nt. 2.

⁶²⁰ B. BIONDI, *Appunti*, 35; P. BONFANTE, *Scritti*, 426.

⁶²¹ Peraltro, sia la Nov. 87, in cui Giustiniano ribadisce più volte la possibilità di escludere la revocabilità dell'atto con apposito patto, sia un buon numero di papiri che attestavano, ancora durante l'epoca giustiniana, l'impegno di *donationes mortis causa* irrevocabili e sotto condizione sospensiva sono indizio del fatto che la *donatio mortis causa* irrevocabile corrispondesse a precise esigenze di natura sociale avvertite nel periodo compreso tra il III e il VI sec. d.C. G. VISMARA, *Storia*, 116; 118.

donationes mortis causa, in caso di premorienza del donatario, nessun diritto sulla donazione si sarebbe trasmesso ai suoi eredi.

Da quanto sin qui osservato, risulta evidente che in questa fattispecie possa essere individuato un patto successorio istitutivo. Più specificamente, si tratta di un patto successorio istitutivo a titolo particolare.

Non reggono qui le considerazioni di coloro che escludono la natura di patto successorio della donazione per il fatto che essa, anche quando avesse riguardato l'intero patrimonio del donante (*omnium bonorum praesentium et futurorum*), non avrebbe potuto avere ad oggetto un'istituzione di erede, ma avrebbe comportato una successione a titolo particolare⁶²² poiché non era in grado di trasmettere quel complesso di rapporti che era l'*hereditas*. Infatti, anche il patto successorio può presentare la medesima caratteristica e aprire una successione a titolo particolare, che non attribuisce la qualità di erede, ma, ad esempio, singoli beni del patrimonio del disponente.

Si deve mettere in luce anche come altre categorie di *donationes mortis causa*, come quella reale sospensivamente condizionata alla morte del donante, sebbene non possano essere formalmente ricomprese nella categoria del patto successorio (in questo caso, infatti, anche se la proprietà non passava immediatamente al donante, i beni gli erano comunque trasferiti e, quindi, la sua aspettativa era tutelata - anche, come si è visto, mediante la possibilità di ottenere il rimborso delle spese sostenute -), sostanzialmente è difficile distinguere gli effetti dei due diversi istituti, realizzandosi una loro confusione nella pratica. Ciò quantomeno testimonia, ancora una volta, che il diritto romano non dovette provare ripugnanza per il patto successorio istitutivo.

Inoltre, si deve considerare l'evoluzione storica dell'istituto, che fu attratto gradualmente nell'orbita del diritto successorio (anche in virtù del fatto che nella successione ereditaria prevalse sempre più l'elemento patrimoniale della stessa) sino a conoscere, con Giustiniano, un'assimilazione dello stesso ai legati e il conseguimento della natura di atto *mortis causa*⁶²³.

⁶²² G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution à l'étude*, 30 s.; G. VISMARA, *Storia*, 117; 117 ntt. 1 e 2, che però individua un patto successorio anche nella *donatio mortis causa* revocabile.

⁶²³ Così anche G. VISMARA, *Storia*, 5 s.

24. La tutela dei diritti successori dei familiari più stretti del *de cuius*

Essendo l'argomento utile per la trattazione successiva in materia di patti successori rinunciativi e per l'individuazione delle ragioni alla base del divieto dei patti successori istitutivi a titolo universale, in questo paragrafo si affronterà il tema della tutela dei diritti degli stretti familiari del *de cuius* e della sua evoluzione nel corso della storia romana, volta ad un sempre maggiore riconoscimento della stessa.

Oggi si parla di "successione necessaria" per indicare la disciplina volta a tutelare i diritti degli eredi legittimari (o riservatari), che prevede varie ipotesi di *vocatio contra testamentum* in cui il diritto si pone come limite al potere di disposizione riconosciuto al testatore, preferendo persone diverse da quelle istituite nell'atto di ultima volontà.

Tuttavia, il concetto e la terminologia di "successione necessaria" non si trovano nelle fonti romane. Nel diritto romano, infatti, *necessarii* erano quei chiamati che acquistavano automaticamente la qualità di eredi, senza che fosse necessario un atto formale di accettazione, e che non potevano rinunciare ad essa. Costoro, quindi, acquistavano "*omni modo, sive velint sive nolint*" (Gai. 2.157)⁶²⁴.

Da un punto di vista sostanziale, non è pacifica in dottrina la posizione del diritto romano antico relativamente alla libertà e al potere di disposizione per *testamentum calatis comitiis* riconosciuto al testatore.

Infatti, i frammenti che possono essere analizzati in relazione alla materia⁶²⁵ sono stati interpretati diversamente.

⁶²⁴ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 3 s.

⁶²⁵ "*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*" (XII Tab. 5.4) e "*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*" (Ulp. Tit. 11.14) o *uti legassit suae rei, ita ius esto* (Gai. 2.224; D. 50.16.120) o *Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* (*Rhetorica ad Herennium* 1.13.23 e Cicerone, *De inventione*, 2.50.148), mitigati dalla regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Da alcuni autori si è ritenuto che il frammento di Ulpiano, così come le diverse formulazioni date dai giuristi del medesimo contenuto, non assegnasse una piena e illimitata libertà di disporre al *de cuius*, ma anzi ne testimoniassero una facoltà limitata avente a oggetto non il patrimonio nel suo complesso, ma quell'insieme limitato di cose del *paterfamilias* che la norma decemvirale indicava come *suae rei*, ossia quei beni che avevano più diretto riferimento alla sua persona (vesti, armi, cavalli e altre cose mobili). I *legata*, destinati a persone diverse dagli eredi, potevano avere a oggetto solo beni determinati; la *familia*, invece, era riservata ai *sui*, a sottolineare ancora una volta la posizione privilegiata loro assegnata nel sistema successorio arcaico. S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016 (estratto da A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2014), 6 s. Cfr. P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013, 74 ss. Secondo P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 9 s., le disposizioni decemvirali che riguardano la vocazione ereditaria possono così ordinarsi: 1) *Uti legassit suae rei, ita ius esto*; 2) *Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*; 3) *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*. Secondo l'Autore, non vien fatto alcun riferimento ai *sui* probabilmente perché il diritto di tali soggetti doveva essere così radicato nella coscienza sociale romana che il legislatore non aveva bisogno di ribadire nulla in proposito.

Secondo alcuni, essi riconoscono in capo al testatore la facoltà di istituire erede anche una persona al di fuori del proprio ambito familiare; il *de cuius*, pertanto, in forza del carattere sovrano riconosciuto alla sua volontà, avrebbe potuto istituire tanto un *heres suus* quanto un estraneo.

A sostegno di tale orientamento furono avanzate varie considerazioni. Si è ritenuto che dal frammento delle XII Tavole 5.4: “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*” (normalmente addotto a giustificazione della tesi contraria), non sia possibile trarre argomenti in ordine al regime del testamento e alle persone che potevano essere istituite eredi in esso; in particolare, non si possono ricavare notizie sulla sua ammissibilità solo in assenza di *heredes sui* o sulla possibilità della designazione di un *extraneus*⁶²⁶. Altre argomentazioni sono state tratte dal diritto pubblico di Roma. In tale ambito si è andato delineando un insieme di principi secondo i quali, alla morte di un *paterfamilias*, era giustificata la necessità di nominare, anche in presenza di *sui*, un'altra persona che, mettendosi a capo della famiglia stessa, connotata come organismo politico, succedesse in tutti i rapporti giuridici al defunto *pater*⁶²⁷.

Secondo altri, invece, nel diritto romano antico, il *de cuius* non avrebbe potuto testare nel caso in cui avesse avuto *heredes sui* e non avrebbe altresì potuto modificare le quote spettanti *ab intestato* a costoro.

Tale tesi è stata avanzata sia sulla base di una diversa interpretazione del frammento “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*” (XII Tab. 5.4) sia sulla base di un parallelismo con l'istituto dell'*adrogatio*. Nel *testamentum calatis comitiis* come nell'*adrogatio* (che dovevano entrambi avere luogo davanti ai comizi riuniti - *calatis comitiis* -), lo scopo sarebbe stato quello di crearsi, in assenza di discendenti di sangue, un *heres* al quale trasmettere la propria *familia* e i rapporti giuridici inerenti alla stessa. L'unico elemento differenziale avrebbe riguardato gli effetti dei due istituti: mentre l'*adrogatio* produceva effetti immediati, essi erano ritardati alla morte del *pater* in caso di *testamentum calatis comitiis*⁶²⁸.

Un altro motivo che giustificerebbe la seconda tesi si fonda sulla considerazione della struttura familiare nella società arcaica. La famiglia, intesa come nucleo compatto di cui sono ugualmente partecipi il *paterfamilias* e i *fili familias*, si basava sull'idea della *continuatio*

⁶²⁶ L. DI LELLA, voce *Successione necessaria (dir. rom.)*, in ED, XLIII, Milano, 1990, 1339.

⁶²⁷ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 5 ss.

⁶²⁸ S. PULIATTI, *De cuius hereditate*, 8.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 18 s.; R. ANNUNZIATA, R. AVAGLIANO, R. COLUCCI, V. COLUCCI, A. CRESCENZI, B. DE FILIPPIS, R. MAURANO, G. PAESANO, M. C. PINTO, F. FRAGONESE, S. SAVARESE, *Successioni mortis causa nella famiglia legittima naturale*, in *Biblioteca del diritto di famiglia* (a cura di B. De Filippis), 15, Torino, 2012, 6.

dominii, sia da un punto di vista patrimoniale che, soprattutto in quest'epoca, dal punto di vista della successione nei *sacra familiaria* e nello *ius sepulcri*. Da questa concezione deriverebbe, da una parte, l'acquisto necessario (senza possibilità di rinuncia) dei *sui heredes* e, dall'altra, l'impossibilità per il *paterfamilias*, in presenza di *sui*, di disporre *mortis causa* per testamento⁶²⁹.

La seconda opinione è quella maggiormente condivisa in dottrina.

Pertanto, risulta chiaro come in un primo periodo non vi fosse alcun pericolo che i diritti degli appartenenti alla famiglia più strettamente intesa venissero lesi a causa di un testamento redatto dal *pater* a loro discapito. Ciò anche perché inizialmente il testamento dovette essere adoperato di rado in ragione delle modalità della sua redazione, dal momento che poteva essere confezionato essenzialmente dagli appartenenti alla classe patrizia, poiché esso doveva essere compiuto di fronte ai comizi curiati, e solo due volte l'anno. Pertanto, la figura normale di delazione era quella *ab intestato*, che quindi sempre garantiva il soddisfacimento del diritto successorio dei *sui* (secondo l'ordine di delazione legale, i *sui* avevano priorità rispetto a tutti gli altri individui)⁶³⁰.

A fianco di tale forma arcaica di testamento, al fine di superare il rigore delle regole e le tempistiche cui essa era sottoposta, iniziò ad essere utilizzata la *mancipatio familiae*, ossia, come si è visto, la *mancipatio* per mezzo della quale l'ereditando disponeva dei propri beni *post mortem*: il *paterfamilias* mancipava i suoi beni al *familiae emptor* dandogli fiduciariamente l'incarico di trasmetterli alla sua morte a colui o a coloro cui il "venditore" voleva assegnarli⁶³¹.

È plausibile, anche se non si hanno conferme in tal senso a causa delle scarse fonti in materia, che la limitazione prevista per il *testamentum calatis comitiis* che ne escludeva l'impiego qualora il *de cuius* avesse avuto *sui* si applicasse anche alla *mancipatio familiae mortis causa*⁶³². Tuttavia, anche in caso contrario, si può ipotizzare che l'istituto non costituisse un grande limite alla tutela dei prossimi congiunti sia perché costoro, stante la concezione arcaica della famiglia, erano spesso i destinatari dell'atto, sia perché esso fu eminentemente adoperato per sopperire ai limiti redazionali del *testamentum calatis comitiis*.

⁶²⁹ Allo stesso modo, il *de cuius* non avrebbe potuto alienare per atto *inter vivos* degli immobili, in particolare dell'*heredium*, così chiamato perché destinato appunto a passare all'erede, secondo l'attestazione di Varrone *de re rust.* 1.10.2: ...*Bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur; heredium appellarunt.* S. PULIATTI, *De cuius hereditate*, 9. Secondo l'Autore, il *de cuius* avrebbe però potuto disporre *mortis causa* a titolo particolare in favore di soggetti estranei.

⁶³⁰ P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 18 s.

⁶³¹ E. CANTARELLA, *Istituzioni*, 459. Per un approfondimento, si veda *supra* § 22.

⁶³² M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 765 s. *Contra* S. PULIATTI, *De cuius hereditate*, 11 s.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 12 nt. 39; P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 95 ss.

In un momento successivo, il potere di disposizione del *pater* nell'ambito della successione per testamento subì un significativo rafforzamento. Esso, infatti, non risultava più rigidamente limitato dalla presenza di *sui* e le basi stesse dell'antica solidarietà familiare iniziarono progressivamente ad essere intaccate⁶³³.

Infatti, l'*interpretatio* pontificale escogitò lo strumento dell'*exhereditatio* mediante il quale il *paterfamilias* avrebbe potuto privare i suoi discendenti o solo alcuni di essi della loro qualifica legale di erede, facendo loro perdere la posizione di intangibilità di cui precedentemente godevano.

Le fonti non forniscono informazioni relativamente all'origine dell'*exhereditatio*, ma con tutta probabilità essa era già utilizzata in relazione al *testamentum calatis comitiis* ed effettuata nei *comitia calata* prima di poter procedere all'*heredis institutio*⁶³⁴; in ogni caso, di sicuro ad essa si faceva ricorso nel *testamentum per aes et libram*, sin dal momento della nascita del medesimo come sviluppo dalla *mancipatio familiae*, probabilmente tra la seconda metà del IV secolo e la prima metà del III secolo a.C.

L'*exhereditatio*, dunque, permetteva al testatore di destinare il suo patrimonio a chi avesse voluto e, se spesso la persona prescelta era il figlio ritenuto più capace, poteva trattarsi anche di soggetti estranei alla famiglia.

Col tempo, la successione testamentaria, proprio perché l'*exhereditatio* garantiva maggior libertà di scelta e valutazione all'individuo, prevalse su quella *ab intestato* e la possibilità di disporre della propria successione assunse un ruolo di fondamentale rilievo nella vita dei cittadini⁶³⁵.

Fare testamento era un'attività di grande importanza e dignità; il mancato compimento di questo negozio giuridico era considerato un comportamento riprovevole ed esplicativo di una carenza di interesse verso il futuro della propria famiglia e, più in generale, della *civitas*. Ogni romano, infatti, doveva preoccuparsi di scegliere successori degni di lui che facessero prosperare la famiglia e ne continuassero i culti familiari.

A partire dall'introduzione dell'*exhereditatio* e soprattutto in età classica, i padri romani non si fecero scrupoli a diseredare i figli meno idonei allo scopo suddetto e anche a nominare

⁶³³ S. PULIATTI, *De cuius hereditate*, 11 s. Secondo l'Autore, i cambiamenti furono: la possibilità per il *pater* di fare testamento in favore di estranei, anche in presenza di *sui*, attraverso il ricorso alla *mancipatio familiae*; la rottura del vincolo di solidarietà agnaticia consentendo agli agnati di evitare gli effetti dell'acquisto necessario mediante il trasferimento ad altri dei loro diritti (*in iure cessio hereditatis*), differenziando così la loro posizione da quella dei *sui*.

⁶³⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 765 s.; E. CANTARELLA, *Istituzioni*, 460.

⁶³⁵ Si fa prettamente riferimento ai cittadini di classe medio-alta, i soli titolari di ingenti o comunque cospicui patrimoni che giustificassero il ricorso al testamento.

erede un estraneo, se questo si mostrava più degno di proseguire l'opera dell'ereditando. La paternità, dunque, era intesa in modo diverso da quello odierno, essendo considerata più come un legame intellettuale che in senso biologico; se questo rapporto intellettuale si instaurava con un soggetto diverso dai propri figli, i padri li diseredavano senza che tale gesto costituisse un dilemma morale (come, invece, - almeno nella maggior parte dei casi - lo sarebbe oggi)⁶³⁶.

Questa evoluzione si ripercosse anche sull'utilizzo del termine *heres* (che sembra essere derivato da segni di lingue indeuropee che indicavano, in ambito successorio, l'orfano, cioè colui al quale era morto il padre): mentre all'epoca delle XII Tavole erano *heredes* solo i *sui*⁶³⁷, quando divenne possibile per il *paterfamilias* destinare la propria successione a parenti collaterali, ad estranei o anche ad uno solo dei *sui* (con conseguente diseredazione degli altri), venne ad indicare gli *agnati*, i *gentiles* e coloro che il testatore aveva istituito appunto *heredes* nel nuovo testamento *per aes et libram*. In questo modo la figura dell'erede venne a coincidere con quella del successore *mortis causa* e i termini precedentemente utilizzati per indicare il patrimonio ereditario, ossia *familia* e *pecunia*, vennero sostituiti dal lemma *hereditas* (termine utilizzato anche per indicare la successione nel patrimonio ereditario)⁶³⁸.

La possibilità di disporre del proprio patrimonio per il periodo successivo alla morte mediante testamento, la sua larga diffusione e la possibilità di procedere a *exhereditio* posero il problema della tutela dei discendenti del *de cuius*, la cui posizione poteva essere posta in pericolo dall'assoluta libertà di testare riconosciuta alla fine dell'età arcaica al *paterfamilias*.

A partire da tale momento o, secondo alcuni, a partire dall'età repubblicana avanzata, il *ius civile* esigé che i *sui heredes* dovessero essere istituiti (non importava per quale quota) o diseredati, non potendo essere preteriti (*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, Gai. 2.123⁶³⁹).

La diseredazione dei figli maschi, anche postumi, doveva essere nominativa (*nominatim*), mentre quella delle figlie *in potestate* (anche postume), dei nipoti *ex filio* sotto l'immediata potestà del testatore, dell'*uxor in manu* poteva essere disposta mediante un'indicazione generica (successivamente, Giustiniano stabilì che la diseredazione dovesse essere fatta

⁶³⁶ E. CANTARELLA, *Istituzioni*, 465 s.

⁶³⁷ Dai giuristi romani erano definiti *sui* gli eredi sottoposti all'immediata potestà del *paterfamilias*, che divenivano appunto soggetti *sui iuris* alla sua morte (la moglie *in manu*, i figli naturali e adottivi, i nipoti a cui era premorto il padre). Il termine *extranei*, invece, stava ad indicare quegli eredi che non facevano parte della famiglia *proprio iure* posta sotto l'immediata sovranità del *paterfamilias*.

⁶³⁸ G. SCHERILLO, F. GNOLI, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, 2003, 452 s.

⁶³⁹ Enunciata per la prima volta da Gaio, non si sa se la regola sia di origine antica o vada ricollegata alla giurisprudenza centumvirale, alla quale si fa risalire la regolamentazione sulle varie forme di diseredazione. L. DI LELLA, voce *Successione*, 1339.

nominativamente in ogni caso). Se il testatore non avesse rispettato queste regola, il testamento sarebbe stato totalmente o parzialmente inefficace: sarebbe stato totalmente invalido e si sarebbe aperta la successione *ab intestato* (alla quale venivano chiamati tutti i discendenti, compresi quelli diseredati) in caso di *praeteritio* di un *suus* o di un postumo; parzialmente invalido negli altri casi e, in questa situazione, i *ceteri sui* preteriti avrebbero concorso all'eredità insieme con gli eredi testamentari⁶⁴⁰.

In materia intervenne anche il pretore a partire dall'ultima età repubblicana. Infatti, poiché secondo il diritto pretorio la prima classe dei successibili *ab intestato* era rappresentata dai *liberi*, erano questi che, *iure praetorio*, il testatore avrebbe dovuto o istituire eredi o diseredare. Anche in tal caso si distingueva tra *liberi* di sesso maschile e *liberi* di sesso femminile: i primi dovevano essere diseredati nominativamente, mentre le femmine potevano essere diseredate *inter ceteros*. Qualora i *liberi* fossero stati preteriti, il pretore avrebbe loro concesso la *bonorum possessio contra tabulas*, esperibile entro un anno dall'apertura della successione⁶⁴¹.

Mentre alcuni ritengono che la *bonorum possessio contra tabulas* rescindesse per intero il testamento, determinando la caducazione sia delle istituzioni di erede sia dei legati (con alcune eccezioni⁶⁴²), secondo un'altra interpretazione, il suo esperimento non comportava l'apertura della successione intestata, rimanendo valide le disposizioni del testamento⁶⁴³.

Il *ius civile* e il *ius praetorio*, dunque, sancivano sì una limitazione alla libertà di testare, ma si trattava di una limitazione puramente formale (si è parlato, infatti, di successione necessaria come correttivo alla *latissima potestas et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi*⁶⁴⁴) sia perché non era necessaria alcuna giustificazione di carattere sostanziale alla validità dell'*exhereditatio* sia perché il *de cuius* avrebbe potuto nominare i familiari eredi in una quota anche minima. Pertanto, il *suus* non aveva alcun diritto soggettivo a succedere nell'eredità paterna e l'obbligo di diseredazione era un semplice presupposto per la validità del testamento al fine di dare efficacia all'istituzione di erede dell'estraneo⁶⁴⁵.

⁶⁴⁰ L. DI LELLA, voce *Successione*, 1339; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 9 s.

⁶⁴¹ M. MARRONE, *Istituzioni*, 622 ss.

⁶⁴² Erano fatti salvi quelli disposti in favore degli ascendenti o dei discendenti che preferivano non ricorrere alla *bonorum possessio contra tabulas*; rimanevano parimente validi il legato della restituzione della dote o dell'equivalente di essa alla moglie del testatore.

⁶⁴³ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 29.

⁶⁴⁴ G. AZZARITI, *Diritti dei legittimari e loro tutela*, Padova, 1975, 46.

⁶⁴⁵ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 7 ss.; E. BETTI, *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milano, 1928-29, 4.

Tuttavia, la necessità di diseredazione fungeva da deterrente contro l'arbitrarietà della decisione del testatore. Nelle forme più antiche di testamento, infatti, la diseredazione andava fatta per mezzo della formula sacramentale *ex-heres esto* di fronte al popolo riunito o all'esercito; si creava, pertanto, un impedimento psicologico volto a rendere più difficile per il testatore, di fronte alla folla, diseredare un *suus* senza giustificato motivo⁶⁴⁶.

Nonostante l'obbligo di diseredazione, come accennato, permaneva il rischio di un pregiudizio sostanziale dei familiari dell'ereditando, che poteva aver luogo in due modi: o mediante la designazione di soggetti estranei alla famiglia *proprio iure* (*heredes extranei*) quali successori universali in luogo dei discendenti stessi o mediante un depauperamento del patrimonio del *de cuius* operato attraverso una serie di disposizioni a titolo particolare.

La questione relativa alla lesione dell'aspettativa naturale dei discendenti mediante l'istituzione di *heredes extranei* è alquanto complessa.

Le origini e la struttura processuale della *querela inofficiosi testamenti* sono “un mistero”⁶⁴⁷ e ciò è dimostrato dalla proliferazione delle tesi dottrinali in proposito.

Le tesi storicamente più diffuse e sviluppate ancora oggi dai romanisti sono essenzialmente due: quella che propende per una sua origine pretoria e quella che sostiene l'origine centumvirale dell'istituto⁶⁴⁸.

La prima tesi individua l'origine della *querela inofficiosi testamenti* nell'attività pretoria⁶⁴⁹. Essa si inserirebbe nell'ambito dell'evoluzione, sostenuta e guidata dal pretore⁶⁵⁰, che portò a riconoscere una maggior rilevanza al rapporto di parentela naturale, riconosciuto giuridicamente grazie a tale figura. Nell'ambito di questo vincolo di parentela si inserirebbe l'*officium pietatis* alla base della *querela*. Essa, che fu posta a tutela degli interessi del vincolo di parentela naturale, sarebbe stata poi recepita dal diritto civile per il tramite della *lex Glitia*⁶⁵¹.

Secondo i sostenitori della prima tesi, in diritto classico il *color insaniae* non dovette avere alcun ruolo poiché la *querela* era semplicemente volta a rimuovere l'*iniuria* arrecata con il testamento e non all'apertura della successione intestata⁶⁵²; esso divenne fondamento della

⁶⁴⁶ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 11 ss.

⁶⁴⁷ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, 547 ss.

⁶⁴⁸ D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti*, 1. *Le origini*, Napoli, 2012, 2 s.

⁶⁴⁹ Si veda L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, 258 ss.

⁶⁵⁰ Secondo L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri*, 258 ss. il ruolo del pretore fu assai rilevante: di fronte a lui si svolgeva la fase *in iure* del procedimento ed era costui ad ammettere il querelante all'azione dinanzi al collegio dei centumviri.

⁶⁵¹ D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, 17 ss.

⁶⁵² G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 412 ss. L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri*, 287 ss. ravvisa il fondamento delle decisioni decemvirali nell'equità.

querela solo a partire dal periodo postclassico e fu solo da questo momento che comportò la caducazione del testamento e l'apertura della successione *ab intestato*⁶⁵³.

Secondo la seconda teoria, maggioritaria in dottrina, la *querela* avrebbe avuto origine nella prassi centumvirale: i discendenti o i membri diseredati della famiglia più stretta, che si sentivano vittima di un'ingiustizia, iniziarono ad agire giudizialmente contro gli eredi istituiti per testamento, sebbene esso fosse *iure civili* valido. Sul finire dell'età repubblicana gli oratori che peroravano le cause dei soggetti diseredati di fronte ai *centumviri* elaborarono un espediente retorico al fine di poter vedere accogliere le proprie ragioni: costoro osservarono che solo un soggetto insano di mente avrebbe potuto diseredare i propri figli o un parente prossimo senza un valido motivo, così violando l'*officium pietatis* verso i propri familiari più stretti al quale era tenuto⁶⁵⁴.

I *centumviri* inizialmente non poterono accogliere tali istanze perché la diseredazione era una possibilità accolta dal diritto civile e dal diritto pretorio. Tuttavia, in un secondo momento, sulla base dell'espediente escogitato dai retori, che si basava dunque sulla pazzia del testatore, e sulla base del valore sempre maggiormente sentito nella società del cosiddetto *officium pietatis*⁶⁵⁵, iniziarono ad accogliere le perorazioni, prima saltuariamente e poi stabilmente a partire dal I sec. d.C.⁶⁵⁶.

I giuristi presero atto di questa nuova prassi giudiziaria, benché consapevoli che si trattasse solo di un espediente; nelle fonti, infatti, si parla di un *color insaniae* e di testamento redatto *quasi a demente*, o si utilizzano espressioni similari (*quasi furiosus*, *quasi non sanae mentis*)⁶⁵⁷.

⁶⁵³ G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, 412 ss.

⁶⁵⁴ Si riteneva che la diseredazione ingiusta non solo avrebbe violato un generico *officium pietatis*, ma che avrebbe anche costituito causa di *iniuria* per l'escluso E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 14 ss.; L. DI LELLA, voce *Successione*, 1342.

⁶⁵⁵ Secondo E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la querela inofficiosi testamenti en droit romain*, Liège, 1942, 19 ss., il concetto di *officium pietatis* avrebbe avuto origine dall'εὐσέβεια greca, quale coscienza della doverosità di una solidarietà familiare, che si estendeva ai parenti prossimi. Si veda anche D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, 8 ss.

⁶⁵⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 768. Secondo Di Lella, il concetto di inofficiosità avrebbe avuto origine nel tribunale centumvirale, che avrebbe concesso al soggetto escluso non solo i beni ereditari, ma anche la qualifica di erede. Secondo l'autore, per tutto il I sec. a.C. non era esistita una specifica azione di inofficiosità, che era oggetto di un accertamento accidentale di natura petitoria nell'ambito di un'*hereditatis petitio*; per tale ragione essa aveva ad oggetto le singole istituzioni e non il testamento nella sua interezza. L'affermarsi della *querela* come azione autonoma volta all'apertura della successione intestata (legittima o pretoria) si sarebbe verificata, ad opera del pretore, con la codificazione dell'editto pretorio ordinata da Adriano (II sec. d.C.), tant'è che il primo giurista a fare riferimento alla *querela* fu proprio Salvio Giuliano. L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 1 ss.; 126 ss.

⁶⁵⁷ D. 5.2.2; D. 5.2.5; D. 5.2.13; D. 5.2.19. M. MARRONE, *Istituzioni*, 625 s. Per un approfondimento sull'asserita follia del testatore (gli oratori e i giuristi erano consapevoli che si trattasse di una finzione), sulle origini retoriche e culturali del *color insaniae* e sulla dialettica tra pazzia vera e artificiosa nelle opere retoriche e letterarie, si veda D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, 25 ss.

Nonostante le distinte tesi, il sorgere, nella prassi, del processo formativo dell'azione di inofficiosità è dalla maggior parte della dottrina individuato nel I sec. a.C., sebbene attribuire una datazione certa risulti arduo⁶⁵⁸, per poi consolidarsi quale azione autonoma a partire dal I sec. d.C.

In età classica, l'evoluzione della prassi centumvirale portò alla dichiarazione di nullità di tutti i testamenti *inofficiosi*, all'apertura della successione *ab intestato* e alla previsione della *querela inofficiosi testamenti* (secondo l'ipotesi più seguita, già in età repubblicana)⁶⁵⁹.

Si trattava di un rimedio rescissorio (che ebbe valore nell'ambito stesso del *ius civile*) con il quale, nell'ordine, i figli del testatore (*sui* e non *sui*), i genitori, i fratelli e le sorelle⁶⁶⁰ potevano impugnare la validità del testamento, poiché ritenuto ingiusto, sul presupposto fittizio dell'*insania* del testatore. Ciò fu possibile, inizialmente, solo quando tali soggetti fossero stati diseredati, poi, a partire dal I sec. a.C., quando non fosse stata loro lasciata almeno la quarta parte di quanto sarebbe loro spettato per successione legittima e non fosse sussistito un valido motivo a giustificazione di questa decisione.

La *querela* non poteva essere intentata da colui che avesse eseguito in qualche modo le disposizioni testamentarie (ad es. accettando un legato disposto in suo favore, anche se inferiore alla *pars debita*) e poteva essere esperita solo laddove non vi fossero altri rimedi esercitabili dai soggetti lesi nei loro diritti. Pertanto, l'esercizio dell'azione di inofficiosità sarebbe stato superfluo nel caso in cui fossero stati preteriti i figli o i discendenti, che avrebbero potuto far valere le proprie ragioni invocando la nullità del testamento civile oppure chiedendo la *bonorum possessio contra tabulas* al pretore. Questa limitazione si giustificava col fatto che la *querela inofficiosi testamenti* era diretta, inizialmente, ad accertare la presunta *insania* del testatore e, pertanto, era considerato il mezzo più odioso per conseguire la porzione legittima⁶⁶¹.

Legittimati passivi erano i successori testamentari che avessero accettato l'eredità.

⁶⁵⁸ Si veda D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, 44 s., nt. 4.

⁶⁵⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 768.

⁶⁶⁰ Si apriva una sorta di *successo in querellam*: la facoltà di impugnare il testamento lesivo, qualora non fosse stata esercitata dal *suus* leso, passava al prossimo legittimario eventualmente leso e così via. E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 16 ss. Tuttavia, per i genitori, i fratelli e le sorelle non sarebbe stato facile ottenere il riconoscimento dell'inofficiosità del testamento, anche perché il giudizio di inofficiosità, sebbene basato sull'*insania mentis* del testatore, recava con sé un giudizio morale contro quest'ultimo.

⁶⁶¹ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 19 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XLIII, 2, Milano, 2000, 2; 7.

La *querela* dipendeva, in certi limiti, dalla discrezionalità del giudice, che, mediante un giudizio comparativo fondato sull'*aequitas*, avrebbe dovuto stabilire se fosse maggiormente idoneo a succedere al *de cuius* l'escluso dal testamento o l'erede istituito⁶⁶².

Come accennato, nel caso in cui la *querela* fosse stata accolta, veniva pronunciata l'*inofficiosità* del testamento ed esso diveniva interamente inefficace, facendo aprire, in tal modo, la successione *ab intestato* a favore degli eredi civili, ma anche degli eredi pretori, legittimati a chiedere la *bonorum possessio ab intestato*⁶⁶³.

Dunque, all'origine dell'istituto, non esisteva la c.d. "quota di riserva", ossia una parte di patrimonio ereditario che era riservata ai legittimari e che divenne caratteristica della successione necessaria (in senso moderno) nel diritto giustiniano.

Tuttavia, nel giudizio discrezionale che portava il giudice ad accogliere la *querela inofficiosi testamenti* si teneva conto di quanto l'attore avesse ricevuto dall'ereditando e, in epoca classica, si sviluppò il principio che il legittimato alla *querela* avrebbe perso la legittimazione attiva all'azione qualora avesse ricevuto, in qualsiasi modo, almeno un quarto di quanto gli sarebbe spettato se si fosse aperta la successione *ab intestato*. Tuttavia, non si trattava di una quota di riserva, poiché, se il *de cuius* non avesse lasciato almeno il quarto suddetto ai soggetti precedentemente elencati, il testamento sarebbe stato dichiarato inofficioso e si sarebbe aperta la successione legittima. Se, invece, tale quarto fosse stato considerato come una quota di riserva, allora il testamento non sarebbe stato *in toto* invalido, ma l'attore avrebbe semplicemente ottenuto il quarto a lui spettante. Con l'azione di inofficiosità, dunque, colui che aveva esperito la *querela* avrebbe ricevuto un beneficio maggiore di quanto il testatore aveva l'onere di fargli pervenire.

La *querela* aveva già raggiunto questo stadio di sviluppo alla metà del I sec. a.C. e col principato si introdusse la possibilità di esercitare il rimedio, con gli stessi effetti, anche nell'ambito della *cognitio extra ordinem*⁶⁶⁴.

Nel periodo postclassico, la *querela inofficiosi testamenti* divenne una fase incidentale dell'*hereditatis petitio*: una volta esperita l'azione e conseguentemente eliminata l'efficacia del testamento, poteva essere esercitata vittoriosamente la *petitio* stessa. La legittimazione attiva

⁶⁶² Si poteva, pertanto, giungere anche a sentenze contrastanti nei più giudizi tra il medesimo escluso e diversi eredi scritti, a seconda della differente valutazione comparativa tra il primo rispetto a ciascuno dei secondi. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 770. Per un approfondimento sulle conseguenze di giudizi comparativi differenti si veda: E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 16 ss; 22 s.; L. DI LELLA, voce *Successione*, 1343 s.

⁶⁶³ E. CANTARELLA, *Istituzioni*, 473 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 768; L. DI LELLA, voce *Successione*, 1342 s.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 25 ss.

⁶⁶⁴ In provincia presso il governatore, mentre in Italia è difficile individuare l'organo competente a decidere della *querela*. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 769.

della *querela* spettava ai discendenti e agli ascendenti; con Costantino anche ai fratelli qualora fossero state loro preferite persone turpi⁶⁶⁵.

Nel campo della successione contro il testamento, in epoca giustiniana si sviluppò, a partire dalla *querela inofficiosi testamenti*, l'*actio ad supplendam legitimam*. Con la C. 3.28.30 del 528 d.C., infatti, Giustiniano stabilì che la completa inefficacia del testamento poteva essere dichiarata con la *querela inofficiosi testamenti*, comportando l'apertura della successione intestata, solo laddove i legittimari fossero stati completamente diseredati. In caso contrario, invece, costoro avrebbero potuto agire solo per ottenere un'integrazione della *pars debita* nei limiti della *quarta*, intesa come quarta parte dell'intero asse ereditario. L'azione diretta allo scopo era l'*actio ad implendam* (o *supplendam*) *legitimam*. Essa si prescriveva nel termine di 30 anni e attribuiva un diritto di credito, il diritto al supplemento. Mediante la previsione di tale azione, si era raggiunto l'obiettivo di evitare, per quanto possibile, l'esercizio della *querela*, che avrebbe portato alla caducazione dell'intero testamento, in modo tale da privilegiare e salvaguardare le ultime volontà del *de cuius*.

Successivamente, venne aumentata la parte di cui il testatore non avrebbe potuto disporre a favore di soggetti estranei: con la Nov. 18 del 536 d.C., infatti, la quota di riserva venne elevata al terzo (per il caso in cui l'ereditando avesse lasciato fino a quattro figli) o alla metà (nel caso in cui egli avesse lasciato più di quattro figli) dell'asse.

Dunque, non vigeva più il principio classico (e probabilmente la nuova disciplina introdotta da Giustiniano si doveva essere affermata già prima nella prassi) in base al quale ogni legittimario aveva diritto come *pars debita* alla quarta parte di quanto sarebbe lui spettato *ab intestato*. Con la Nov. 18.1, infatti, anche un solo figlio avrebbe avuto diritto all'intera *portio legitima* (in questo caso, 1/3 dell'intera eredità).

Il calcolo doveva essere effettuato tenendo in considerazione quanto l'erede necessario aveva già ricevuto dall'ereditando a titolo di donazione. Inoltre, Giustiniano introdusse l'obbligo per il testatore di onorare i suoi parenti in linea retta mediante l'attribuzione del titolo di erede. Si trattava, tuttavia, di un'attribuzione svuotata dell'importanza che aveva rivestito alle origini, tant'è vero che era sufficiente l'istituzione di erede anche *in uno obolo* o *in uno nummo*, cioè in una *certa res*⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 771; M. MARRONE, *Istituzioni*, 626 ss.

⁶⁶⁶ L. MENGONI, *Successioni*, XLIII, 2, 4 ss.; L. SALIS, *La successione necessaria nel diritto civile italiano*, Padova, 1929, 20 ss.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 32 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari dal tardo-antico al post-moderno*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 9, 2016, 17 ss.

Nel 542 d.C., con la Nov. 115, Giustiniano riordinò la materia della successione necessaria (nel senso moderno) cercando di porre rimedio agli inconvenienti che questa sino a quel momento aveva presentato⁶⁶⁷.

La novella individuò ed elencò i motivi di indegnità che avrebbero giustificato la diseredazione degli eredi necessari e stabili che essi dovessero essere espressamente menzionati nel testamento. Inoltre, la diseredazione divenne nominativa per tutti gli eredi necessari, compresi i postumi, di primo o di grado ulteriore. Quando i legittimari fossero stati diseredati senza apportare alcuna giustificazione o quando esse si fossero rivelate false, sarebbero stati ammessi alla querela anche qualora avessero ricevuto la *portio debita* in altro modo, il testamento sarebbe stato dichiarato inefficace (a differenza che in età postclassica, solamente limitatamente alle istituzioni di erede, mentre le altre disposizioni avrebbero mantenuto la loro efficacia) e si sarebbe aperta la successione intestata.

Se il legittimario fosse stato istituito erede, ma per una quota inferiore a quella che gli era dovuta secondo la legge, la sua *pars debita* poteva essere integrata mediante *donationes mortis causa* e legati e, se ciò non fosse avvenuto o non fosse stato sufficiente, si sarebbe ricorso all'*actio ad supplendam legitimam*.

Legittimati attivi alla querela erano i discendenti e gli ascendenti, nonché i fratelli e le sorelle consanguinei, anche non agnati⁶⁶⁸.

Il sistema giustiniano, inoltre, formalizzò la nullità dei pesi posti sulla legittima⁶⁶⁹.

Per quanto concerne il pericolo dei familiari dell'ereditando di dover subire il depauperamento del patrimonio del *de cuius* realizzatosi mediante disposizioni *mortis causa* a titolo particolare, si fece fronte ad esso mediante una serie di leggi che miravano a limitare il ricorso a tali disposizioni.

Le norme introdotte avevano lo scopo di tutelare le ragioni e le aspettative di coloro che erano stati nominati eredi e non solo dei soggetti legati da vincoli di stretta parentela con il testatore. Tuttavia, non va sottovalutata la circostanza che, normalmente, erano proprio i discendenti del *de cuius* ad essere nominati eredi nel testamento e ad essere gravati di legati

⁶⁶⁷ Tra gli altri, gli inconvenienti erano i seguenti: a seconda dello scopo che l'erede voleva ottenere era necessario rivolgersi a diversi magistrati; l'erede necessario non era tenuto ad imputare alla sua quota le liberalità che aveva ricevuto in vita dal *de cuius*; il giudizio di inofficiosità del testamento era legato ad un giudizio del magistrato, che godeva di estesa discrezionalità. L. MENGONI, *Successioni*, XLIII, 2, 8; L. SALIS, *La successione necessaria*, 23.

⁶⁶⁸ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 31 s. Secondo alcuni autori, la legittimazione attiva dei fratelli e delle sorelle sarebbe dubbia. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 771; M. MARRONE, *Istituzioni*, 626 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, 20 ss.

⁶⁶⁹ Per un approfondimento si veda E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 37.

disposti, come di frequente accadeva nelle classi agiate romane, per ricordarsi di liberti, amici, parenti, figure politiche ecc.; dunque, mediante la tutela dell'erede testamentario, in realtà si curavano anche gli interessi dei familiari più stretti. Inoltre, le limitazioni introdotte protessero i *sui*, soprattutto finché non venne loro riconosciuto il *ius abstinendi*; in caso contrario, infatti, si sarebbero trovati obbligati a ricevere un'eredità che si sarebbe rivelata solo passiva.

Inoltre, anche la posizione dei legatari stessi veniva tutelata poiché, qualora l'eredità fosse stata pesantemente gravata da legati, l'erede non sarebbe stato interessato all'acquisto e, mancando adizione del chiamato, il negozio testamentario sarebbe divenuto inefficace nel suo complesso e, dunque, gli stessi legatari ne sarebbero stati danneggiati⁶⁷⁰.

La *lex Furia testamentaria* (200-169 a.C.), dettata da ragioni simili a quelle della *lex Cincia*, stabilì un limite pecuniario al valore di ciascun legato: nessuno avrebbe potuto ricevere legati per un valore superiore ai 1000 assi, cifra che era, per l'epoca, relativamente modesta. Erano esclusi dal divieto i cognati entro il sesto grado e il *consobrino natus*.

L'efficacia di tale legge risultò assai limitata, potendo il *de cuius* esaurire la massa ereditaria con un numero molto ampio di piccoli legati che rispettassero il limite di 1000 assi.

Nel 169 a.C., la *lex Voconia* sancì che nessun legatario avrebbe potuto ricevere in legato da un cittadino appartenente alla prima classe di censo più di quanto avrebbero conseguito l'erede o complessivamente i coeredi. Questa limitazione era rivolta solo ai cittadini della prima classe e ciò mostra come, nella prassi testamentaria, si tenesse conto dei cittadini più abbienti. La conseguenza di una violazione della legge era probabilmente la nullità delle disposizioni ad essa contrarie.

Queste leggi, tuttavia, non risolsero il problema, dal momento che era possibile disporre tanti legati, ognuno rispettoso del limite previsto dalle leggi, da assorbire tutto o quasi l'asse ereditario.

Infine, la *lex Falcidia* del 40 a.C. abrogò la normativa precedente in materia e stabilì che al testatore fosse permesso disporre mediante legati di non più di $\frac{3}{4}$ dell'asse ereditario; in tal modo si evitava che l'intero patrimonio caduto in successione venisse disperso mediante disposizioni a titolo particolare e, essendo riservato $\frac{1}{4}$ di patrimonio agli eredi, questi avrebbero avuto sufficiente interesse ad acquistare l'eredità.

⁶⁷⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 747; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 13 s.; L. SALIS, *La successione necessaria*, 22.

L'attivo era calcolato con riferimento al tempo della morte del *de cuius*. In caso di violazione del limite imposto da tale legge, i legati venivano ridotti proporzionalmente e *proprio iure* sino ad esso, in modo da garantire agli eredi la c.d. *quarta Falcidia*.

Il sistema introdotto dalla *lex Falcidia* venne poi esteso anche ai fedecommessi, con il *senatusconsultum Pergasianum* (69-79 d.C.) per i fedecommessi lasciati nella successione testamentaria e con costituzioni imperiali del periodo tardo-classico per quelli *ab intestato*; inoltre, sempre costituzioni imperiali tardo-classiche ne estesero l'applicazione anche alle donazioni *mortis causa*⁶⁷¹.

Infatti, le aspettative successorie dei prossimi congiunti potevano essere frustrate non solo in via testamentaria, ma anche da donazioni disposte in vita dall'ereditando.

Per evitare ciò, la *lex Cincia de donis et muneribus*, un plebiscito del 204 a.C., aveva vietato le donazioni che superavano una certa misura (rimasta a noi sconosciuta, ma secondo alcuni coincidente con il valore imposto dalla *lex Furia testamentaria*, di poco posteriore, ossia di 1000 assi), ad eccezione di quelli tra parenti molto stretti (i *cognati* entro il quinto grado - del sesto soltanto i cugini fra loro -, il coniuge, gli affini più stretti) e persone privilegiate (ad esempio i patroni)⁶⁷². La *lex*, tuttavia, era una legge imperfetta, la quale, pur vietando l'atto, non prevedeva alcuna sanzione per la violazione del divieto e, pertanto, gli atti compiuti in violazione della stessa rimanevano validi: se la donazione era stata effettuata trasferendo la proprietà di un bene, il trasferimento rimaneva valido; invece, qualora fosse stata effettuata mediante la sola promessa, il donatario che chiedeva l'adempimento al pretore si sarebbe visto denegare l'azione o questo avrebbe concesso al donante l'*exceptio legis Cinciae*, opposta sia all'*actio in personam*, con la quale si chiedesse l'esecuzione di una donazione obbligatoria (ad esempio di una *stipulatio donationis causa*), sia all'*actio in rem*, con la quale il donatario chiedesse la consegna della cosa precedentemente trasferita mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, ma non ancora consegnata.

Tuttavia, la portata delle limitazioni introdotte con la *lex Cincia* venne ridotta in età classica, poiché le esigenze che avevano portato all'emanazione della legge alla fine del III sec. a.C. erano ormai superate: si giunse ad affermare la regola *morte Cincia removetur*, secondo la

⁶⁷¹ E qui utile ricordare che Giustiniano equiparò i legati e i fedecommessi, in modo tale da estendere agli uni le regole degli altri e viceversa. Nei casi in cui essi prevedevano norme differenti, prevalse il regime dei primi. Inoltre, come già accennato, Giustiniano assimilò ai legati anche la *donatio mortis causa*. M. MARRONE, *Istituzioni*, 639 s.; P. VOGLI, *Diritto ereditario*, 1, 122 ss.

⁶⁷² Pertanto, si volevano vietare le donazioni che non davano sufficiente garanzia di essere spontanee, poiché avvenivano tra persone non legate da vincoli familiari e di solidarietà. A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 23. Poiché solitamente le liberalità avvenivano proprio tra il donante e i soggetti coperti dall'eccezione, la legge non dovette avere un'applicazione particolarmente rigorosa.

quale la morte del donante avrebbe reso irrevocabile la donazione, non consentendo agli eredi del defunto di far valere l'*exceptio legis Cinciae*.

Successivamente, Alessandro Severo⁶⁷³ consentì al legittimario di agire *extra ordinem* contro il donatario per la revoca della donazione. Anche gli imperatori successivi confermarono l'orientamento introdotto da Alessandro Severo e parlarono di “donazioni inofficiose”. Nella tradizione romanistica si parla di *querela inofficiosae donationis*, poiché il rimedio fu ammesso sulla base di un'estensione analogica dei principi propri della *querela inofficiosi testamenti*.

Con essa, infatti, si otteneva una pronuncia di inefficacia della donazione, ma solo nei limiti in cui essa violasse la *pars debita* (almeno dal tempo di Diocleziano, poiché, secondo la citata costituzione di Alessandro, l'istituto portava alla reintegrazione della quota *ab intestato*); in questo caso, la quarta parte era calcolata sulla base dei beni caduti in successione e di quelli donati e si doveva tener conto, nel valutare la lesione, di quanto il legittimario avrebbe potuto conseguire in virtù dell'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*.

Legittimati attivi, morto il donante, erano i figli ed eccezionalmente anche il padre e nipoti. Legittimato passivo, invece, era il donatario.

L'azione veniva concessa anche laddove la donazione fosse fatta a titolo di costituzione di dote, mediante la c.d. *querela inofficiosae dotis*⁶⁷⁴.

In un periodo successivo, la *querela inofficiosae donationis seu dotis* assunse carattere di azione autonoma e poté essere intentata anche nel caso in cui l'autore della liberalità contro la quale si voleva agire fosse morto senza aver redatto testamento⁶⁷⁵.

Ai fini del presente discorso, risulta utile sottolineare come, in virtù del privilegio militare, per i *milites* non trovasse applicazione la *querela inofficiosi testamenti* (C. 3.28.21).

⁶⁷³ C. 3.29.

⁶⁷⁴ Il rimedio venne introdotto con una costituzione di Costanzo del 358 d.C (C. 3.30.1). M. MARRONE, *Istituzioni*, 629.

⁶⁷⁵ E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, 35 ss.; L. DI LELLA, voce *Successione*, 1346 s.

25. I patti successori rinunciativi

Il patto rinunciativo è quel patto mediante il quale un erede presuntivo rinuncia ai diritti sulla futura successione del *de cuius*. Anche di tale categoria i Romani non diedero una definizione e non la conobbero in termini astratti e generici, tuttavia, il numero di fonti a riguardo è più copioso rispetto a quelle relative al patto successorio istitutivo.

La necessità di introdurre patti successori rinunciativi nell'ordinamento romano non fu sentita per un lungo periodo di tempo.

Infatti, nel periodo più antico della storia romana, così come il *de cuius* non poteva nominare eredi diversi dai propri discendenti, quando vi fossero, così i *sui* erano *necessarii* e, dunque, non avrebbero potuto rinunciare alla loro qualifica di eredi e all'eredità⁶⁷⁶. Inoltre, del patto rinunciativo non si sentì nemmeno l'esigenza poiché la successione e, in particolar modo l'attribuzione della qualifica di erede, era fortemente connessa con il perpetuarsi del culto religioso familiare di cui erano continuatori, appunto, i *sui*. Infine, non fu sentita la necessità di una rinuncia contrattuale al fine di escludere le donne dalla successione poiché queste, che in età arcaica si sposavano *cum manu* e, pertanto, uscivano dalla famiglia di origine, perdevano tutti i diritti successori *ab intestato* nei confronti dei membri di essa⁶⁷⁷.

Successivamente, come visto in precedenza, l'assetto sociale di Roma andò modificandosi: assunse rilevanza la *familia proprio iure*, contro quella *communi iure* del periodo arcaico; diminuirono la solidarietà parentale e l'importanza del rapporto agnatizio, mentre crebbe il riconoscimento del valore dei legami di affetto, indipendentemente dalla sussistenza di un vincolo familiare. In questo contesto sociale, il patto successorio rinunciativo non fu ricercato poiché, avendo il *paterfamilias* la piena facoltà di diseredare gli eredi *sui*, anche quando non vi fosse un valido motivo, la rinuncia contrattuale di tali soggetti non avrebbe avuto senso di esistere⁶⁷⁸.

La medesima situazione si riproponeva, sebbene per ragioni differenti, anche nei diritti provinciali: anche qui, infatti, l'introduzione del patto rinunciativo non era sentita, perché, secondo le consuetudini, la figlia dotata e il figlio che aveva ricevuto una donazione nuziale

⁶⁷⁶ Sembra che anche i soggetti nominati eredi nel testamento non potessero rinunciare ai diritti e ai doveri che il testamento attribuiva loro. G. VISMARA, *Storia*, 146 s.

⁶⁷⁷ G. VISMARA, *Storia*, 147; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 24

⁶⁷⁸ F. SAMPER POLO, *La disposicion*, 170; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 24 s.

erano di diritto esclusi dalla successione dei loro ascendenti (quanto ricevuto era considerato la loro quota ereditaria a titolo di anticipata successione)⁶⁷⁹.

L'esigenza di introdurre questa categoria giuridica venne percepita in ragione e a partire dalla nascita e dallo sviluppo della successione necessaria sostanziale, ossia dal momento in cui la legge iniziò a riconoscere diritti successori inviolabili ai prossimi congiunti del defunto, i quali avrebbero sempre potuto ricevere parte dell'eredità del *de cuius* anche quando costui avesse disposto diversamente per testamento (agendo con la *querela inofficiosi testamenti*) o mediante donazioni mentre era ancora in vita (in questo caso, agendo con l'*actio inofficiosi donationis*).

Infatti, i primi tentativi di introduzione risalgono alla fine dell'età classica, quando il principio della successione legittima contro il testamento si era ormai affermato e quando si era perso il carattere sacrale della successione, trasformatasi in un atto eminentemente patrimoniale.

Il tentativo di introduzione fu probabilmente dovuto anche allo sforzo di trovare una soluzione al conflitto tra diritto romano e consuetudini provinciali. Quando esse entrarono in contatto con il diritto di Roma, secondo cui, a differenza che nelle prime, le figlie dotate e i figli che avevano ricevuto una donazione nuziale erano sempre chiamati alla successione paterna, sebbene dovessero portare in collazione i beni precedentemente ricevuti *inter vivos* dal *de cuius*, sorse un contrasto, che si sarebbe potuto risolvere in modo semplice ammettendo i patti successori rinunciativi, con i quali i figli e le figlie avrebbero rinunciato, ricevendo la dote o la donazione, ad ogni futuro diritto all'eredità⁶⁸⁰.

La possibilità di rinunciare anticipatamente alla successione era auspicata, oltre che, come visto, in occasione dei matrimoni, anche in caso di emancipazione per far sì che quanto fosse stato dato al figlio emancipato mediante una donazione comune o una *donatio mortis causa* fosse ritenuto a soddisfacimento di ogni futuro diritto successorio⁶⁸¹.

Tuttavia, tali possibilità non furono accolte dall'ordinamento: la figlia dotata, il figlio che aveva ricevuto una donazione nuziale e il figlio emancipato avrebbero partecipato alla successione e conferito in collazione quanto precedentemente ricevuto in vita. Ciò anche per evitare che la dote o le donazioni ricevute influissero (come è ipotizzabile) sulla volontà e sulla libertà delle figlie e dei figli, che sarebbero stati indotti a compiere atti di rinuncia che, con

⁶⁷⁹ G. VISMARA, *Storia*, 148.

⁶⁸⁰ G. VISMARA, *Storia*, 148 s.; G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution à l'étude*, 68.

⁶⁸¹ D. 37.12.1.3.

maggior ponderazione, non avrebbero concluso. Inoltre, poteva influire sulla loro facoltà di scelta anche il timore riverenziale nei confronti del padre, che era l'altra parte contrattuale del patto⁶⁸².

Oltre che in questi specifici casi, l'ordinamento romano non ammise in generale la validità giuridica dei patti successori rinunciativi; pertanto, l'erede presuntivo *ab intestato* non avrebbe potuto rinunciare ai diritti sulla successione futura del *de cuius*⁶⁸³.

La motivazione principale della scelta dovette essere lo scopo di evitare un aggiramento delle norme sulla successione necessaria (ciò si evince, come anticipato, proprio dal fatto che le prime fonti che testimoniano il divieto risalgano proprio al periodo in cui tali norme nacquero). Infatti, per garantire la tutela dei familiari del *de cuius*, si stabilì che costoro non potessero rinunciare ai loro diritti prima dell'apertura della successione⁶⁸⁴. In caso contrario, si sarebbe potuta concretamente produrre una lesione sostanziale delle norme sulla successione necessaria ogni qual volta il *pater*, anche approfittando della sua posizione di potere rispetto ai propri discendenti, li avesse obbligati o comunque indotti a rinunciare ai propri diritti.

Il divieto dei patti successori rinunciativi venne più volte ribadito a partire dalla fine dell'età classica. Sebbene esso si trovi espresso nelle fonti essenzialmente a proposito della rinuncia contrattuale all'eredità paterna della figlia dotata, fu un principio generale dell'ordinamento romano⁶⁸⁵.

D. 2.14.34 (*Mod, 5 regul.*): *Ius adgnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat nolle suum esse, Iuliani sententia est.*

In questo testo, Modestino, riportando una *sententia* di Giuliano, enuncia con portata generale l'impossibilità di rinunciare per patto al *ius adgnationis*, cioè alla posizione del vocato all'eredità all'interno della famiglia. Infatti, rinunciando ad esso o mutandolo si sarebbe prodotta una variazione dell'ordine legale della successione, poiché si sarebbero modificate le aspettative di successione *ab intestato* che dal *ius adgnationis* derivavano⁶⁸⁶.

⁶⁸² G. VISMARA, *Storia*, 155.

⁶⁸³ Anche il successore testamentario non avrebbe potuto stipulare un patto successorio rinunciativo con il testatore stesso; in questo caso, tuttavia, il patto sarebbe stato nullo per mancanza di oggetto, poiché non vi poteva essere eredità prima della morte del *de cuius*. Il diritto dell'erede testamentario, infatti, non sarebbe sorto sino a dopo la delazione (mentre l'erede *ab intestato* ha già un'aspettativa e un diritto all'eredità per legge. G. VISMARA, *Storia*, 150 s.; 150 nt.1.; F. SAMPER POLO, *La disposizione*, 170.

⁶⁸⁴ F. SAMPER POLO, *La disposizione*, 170. *La querela inofficiosi testamenti* apre la possibilità pratica del patto successorio rinunciativo.

⁶⁸⁵ Così anche Paolo di Castro; si veda: G. VISMARA, *I patti successori*, 285.

⁶⁸⁶ Pertanto, era stabilita l'impossibilità di rinunciare ai diritti alla successione legittima, che discendevano dallo *status* familiare del vocato, così com'era stabilita l'invalidità della rinuncia alla qualità di *suus*. S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, 1, 242 nt.1.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, 178; 185; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 307; P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 494; F. SAMPER POLO, *La disposizione*, 170.

L'affermazione è confermata anche da Papiniano in:

D. 38.16.16 (*Pap. 12 resp.*): *Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censerit.*

Anche in tale passo, poiché il *ius successionis* non poteva essere modificato, si enuncia che l'eventuale rinuncia alla successione paterna inserita come clausola all'interno di una costituzione di dote non avrebbe avuto alcuna efficacia.

C. 6.20.3 (*Imperator Alexander Severus*): *Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbatur nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt conferre debet. * Alex. a. Alexandro. * <a 230.>*

La costituzione affronta un caso analogo a quello di D. 38.16.16⁶⁸⁷. Si tratta di un patto successorio rinunciativo inserito all'interno di uno strumento dotale e ci si chiede se esso, poiché posto in essere dalla volontà del padre, oltre che da quella della figlia, potesse valere come diseredazione. La risposta data dall'imperatore è negativa. Pertanto, se il *pater* fosse morto intestato, la figlia, nonostante l'accordo contenuto nello strumento dotale, sarebbe stata chiamata all'eredità paterna e avrebbe dovuto conferire la dote in collazione⁶⁸⁸.

Poiché i patti successori rinunciativi erano vietati, si cercò di raggiungere il medesimo risultato stipulando dei patti con i quali si rinunciava ad agire per l'inefficienza del testamento; anche di questi, tuttavia, il diritto romano sancì la nullità: rinunciare alla *querela* aveva i medesimi effetti della rinuncia alla quota legittima e alla qualità di *suus*, poiché il legittimario si sarebbe trovato privo di un'azione a tutela dei suoi diritti. Allo stesso modo fu esclusa la validità di qualsiasi rinuncia contrattuale alla *quarta falcidia*⁶⁸⁹.

C. 3.28.35 (*Imperator Justinianus A. Johanni pp.*): *1. Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari secundum Papiniani responsum, in quo*

⁶⁸⁷ Così anche D. 37.12.1.3.

⁶⁸⁸ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, 1, 243 nt. 1; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 308; G. VISMARA, *Storia*, 1986, 150; P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 494.

⁶⁸⁹ D. 35.2.15.1, in cui Papiniano dichiara invalida la *stipulatio* con cui taluno prometteva di non godere in futuro del beneficio della *lex Falcidia*. P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 494; G. VISMARA, *Storia*, 154.

definivit meritis filios ad paterna obsequia provocandos quam pactionibus adstringendos. <a 531>

La fattispecie oggetto della costituzione è quella di un figlio che aveva rinunciato, mediante patto con il padre, a far valere l'eventuale inofficiosità del testamento paterno (in seguito al pagamento di una somma o alla cessione di alcuni beni, *certas res vel pecunias*). Alla morte del padre, risultò che il figlio aveva ricevuto meno della quota legittima che gli sarebbe spettata e che avrebbe potuto ottenere con la *querela inofficiosi testamenti*, alla quale, appunto, aveva rinunciato (*quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit*; I. 2.18.6). Giustiniano informa di un dissenso sorto tra i giuristi classici sulla validità del patto, poiché probabilmente (come si può ipotizzare), da un lato, si sarebbe potuto affermare che il figlio avesse rinunciato a ciò che gli spettava per legge, dall'altro, si sarebbe potuto opporre che costui, in realtà, avendo ricevuto in cambio beni o somme di denaro dal padre, avesse rinunciato solo a una valutazione quantitativa⁶⁹⁰.

La rinuncia avrebbe derogato al principio della successione necessaria (in senso moderno), che era di ordine pubblico; pertanto, l'imperatore dichiarò, confermando l'opinione in merito già espressa da Papiniano, la nullità di ogni patto che precludesse al figlio la possibilità di ricorrere al rimedio dell'inofficiosità quando avesse ricevuto meno della quota di legittima a lui spettante⁶⁹¹.

La motivazione addotta da Giustiniano era essenzialmente di ordine morale; egli omise probabilmente la giustificazione di ordine giuridico che dovette essere addotta da Papiniano⁶⁹² e ciò è testimonianza che la giustificazione etica per l'imperatore dovette essere quella prevalente⁶⁹³.

Tuttavia, così come il patto successorio istitutivo, anche quello rinunciativo non fu mai tacciato di contrarietà al buon costume (non si parla di nullità del patto poiché *contra bonos mores*); esso era invalido solo perché violava le disposizioni sulla successione necessaria sostanziale, ritenute di ordine pubblico.

Il divieto del patto rinunciativo, pur rimanendo fermo, subì un'attenuazione ad opera di Giustiniano nella stessa C. 3.28.35.

⁶⁹⁰ G. W. LEIBNIZ, *Des conditions (De conditionibus)*, Parigi, 2002, 278.

⁶⁹¹ P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 494.

⁶⁹² Probabilmente, Papiniano dovette enunciare che patti di tal genere sarebbero stati contrari alle regole di ordine pubblico della successione *contra tabulas*. G. VISMARA, *Storia*, 152; 152 ntt. 2 e 3. La tesi papiniana è riferita anche in *Pauli Sententiae* 4.5.8. P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 494.

⁶⁹³ P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in BIDR, 23, 1911, 202 ss.; G. VISMARA, *Storia*, 151 s.

In essa, egli ammise la validità del patto quando *specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo quod deest nullam habet quaestionem: tunc etenim omni exclusa querella paternum amplecti compellitur iudicium* (C. 3.28.35.2), ossia qualora fosse stato confermato da transazioni concluse dopo la morte del *de cuius* dal rinunciante con gli altri eredi. Ciò era già stato enunciato in C. 3.28.35.1a, dove Giustiniano ammise la validità del patto quando il figlio *post obitum patris* avesse riconosciuto la volontà paterna (*apertissime iudicium patris agnoverit*), accettando il testamento mediante transazioni concluse con gli altri eredi del padre (*transactiones ad heredes paternos*)⁶⁹⁴.

In entrambi i casi, tuttavia, non si può ritenere che Giustiniano abbia ammesso dei patti rinunciativi sull'eredità del *de cuius*, ma solo che accolse la possibilità di confermare, mediante una serie di atti transativi compiuti dopo la morte del *de cuius*, quanto disposto precedentemente per patto rinunciativo (che, in caso contrario, sarebbe rimasto privo di una valenza giuridica diretta e idoneo a creare un vincolo obbligatorio alla rinuncia).

Nel diritto giustiniano, le motivazioni del divieto cambiarono: non si faceva più cenno all'impossibilità di una rinuncia allo *ius adgnationis*, ma ciò che era importante era la garanzia che agli eredi pervenisse la quota tutelata dalle norme sulla successione necessaria. L'erede, qualora avesse voluto rinunciare, lo avrebbe dovuto fare liberamente e ponderatamente, pertanto dopo la morte del *de cuius* o, sempre dopo tale momento, avrebbe potuto confermare la rinuncia precedentemente espressa nel patto, mediante transazioni nei confronti degli altri eredi.

Da quanto sin qui detto, in particolare sull'esistenza di dubbi circa l'ammissibilità del patto rinunciativo all'interno dell'ordinamento e sulla possibilità di una sua conferma *post patris obitum*, si può dedurre che anche nei confronti di tale istituto, come per il patto successorio istitutivo, non vi fu alcuna ostilità. Un'ulteriore conferma di ciò è data dalla

⁶⁹⁴ G. VISMARA, *Storia*, 153 s. ritiene sussistente un'attenuazione al divieto dei patti successori rinunciativi anche in C. 2.3.30. In essa, poiché, come visto in precedenza, era ammessa la possibilità di un patto successorio dispositivo al quale avesse prestato il proprio consenso il *de cuius*, secondo l'Autore si potrebbe ipotizzare un contenuto negativo del patto, ossia che contenesse una rinuncia a favore dell'altra parte contrattuale. Pertanto, sarebbe stato concretamente riconosciuto un patto rinunciativo tra le parti, che avrebbe reso libero il *de cuius* di disporre della sua successione senza temere che gli eredi legittimi, avendo rinunciato nel patto, potessero agire con la *querela inofficiosi testamenti* contro le sue disposizioni. Tuttavia, nel testo della costituzione non si fa cenno a tale possibilità, essendo essa incentrata sull'accordo tra gli eredi del *de cuius* al fine di dividere tra loro i beni ereditari.

sanzione prevista per la stipulazione di un contratto successorio rinunciativo: anche per questo istituto, come per il patto istitutivo, infatti, non era prevista la sanzione dell'indegna⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ Anche all'epoca della scuola dei glossatori, il patto rinunciativo non fu ritenuto *contra bonos mores* e, pertanto, avrebbe potuto essere confermato da giuramento. G. VISMARA, *I patti successori*, 286.

26. Le ragioni del divieto

Dall'analisi riportata nei paragrafi precedenti, appare chiaro che, da una parte, sia il divieto delle obbligazioni di istituire erede che quello di patto successorio istitutivo a titolo universale non furono mai sanciti in termini generali dall'ordinamento romano, ma sono ricavabili dalle singole proibizioni stabilite di volta in volta nelle fattispecie concrete (ad esempio, in C. 5.14.5 per il patto inserito nello strumento dotale e, in C. 2.3.19, per il patto di reciproca successione)⁶⁹⁶, dall'altra, che i Romani, non conoscendo un divieto generale ed astratto né la categoria dei patti successori, sia non avvertirono la natura di patto successorio di alcuni istituti che erano impiegati nella prassi (come la *mancipatio familiae mortis causa* e la *donatio mortis causa* obbligatoria sospensivamente condizionata) sia ammisero concretamente patti successori istitutivi a titolo particolare⁶⁹⁷.

Per quasi tutto il periodo classico le fonti non trattano di queste tipologie di disposizioni. Da ciò si evince che inizialmente anche la sola possibilità di una loro ammissione dovette essere estranea al sistema e ai valori a quel tempo vigenti⁶⁹⁸.

Il sistema romano classico era permeato dal rilievo della figura del *paterfamilias* quale *dominus*. Proprio tale caratterizzazione dominicale rendeva impossibile concepire strumenti giuridici di trasmissione dell'eredità diversi dal testamento, frutto della sola volontà del *de cuius* e da lui revocabile (con le limitazioni e lo sviluppo di cui si è già parlato) *usque ad mortem*.

È soltanto sul finire dell'età classica che giurisprudenza ed imperatori iniziarono a rapportarsi con figure concrete di patti successori, esprimendo responsi negativi ai cittadini che li interrogavano in relazione alla loro ammissibilità e vietando le figure come se ciascuna di esse costituisse un istituto a sé.

⁶⁹⁶ G. VISMARA, *Storia*, 107 ss.

⁶⁹⁷ Di sicuro, però, ne ebbero una nozione abbastanza precisa tanto da evitare la confusione tra patto successorio e obbligazione di istituire. G. VISMARA, *Storia*, 110 s. Secondo l'Autore, poi, non solo il diritto romano non conobbe il patto successorio come categoria, ma essa fu ignota a tutta l'antichità.

⁶⁹⁸ G. VISMARA, *Storia*, 109 s.: "...per tutto il periodo veramente romano la giurisprudenza è muta in proposito" in quanto "ignora la possibilità di pensare a simili disposizioni". Che, almeno per l'età classica, la questione dei patti successori non si ponesse neppure, è affermato anche da B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, 169; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, 28. In argomento, si vedano in particolare: P. BONFANTE, *Corso*, 6, 169; W. D'AVANZO, *Delle successioni. I. Parte generale*, Firenze, 1941, 68 ss.; DE GIORGI M. V., *I patti*, 20 ss.; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 18 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, 1, 491 ss.

Il mutamento si produsse in seguito all'estensione del diritto romano alle province dell'impero, nelle quali erano adoperate a scopi successori anche forme eterodosse di vocazione, pure di natura pattizia⁶⁹⁹.

Ad esempio, l'antico diritto germanico, fondato inizialmente su una sola forma di vocazione successoria, quella legittima, ispirata alla più rigorosa osservanza del vincolo di parentela⁷⁰⁰, conobbe una varietà di contratti successori per disporre dei propri beni a causa di morte⁷⁰¹.

Ad incoraggiare il fenomeno, poi, contribuì la Chiesa che, soprattutto in età tardoclassica e giustiniana (e successivamente in età medievale), si servì di questi istituti per conseguire

⁶⁹⁹ Sull'argomento dell'incontro tra i valori del diritto romano classico e quelli del diritto di matrice germanica, si veda la ricostruzione condotta da W. D'AVANZO, *Delle successioni*, 1, 390 ss. Il diritto romano, nella materia dei patti successori non condusse "la pretesa crociata contro ogni e qualsiasi patto successorio praticato nei diritti provinciali", ma compì "attraverso le costituzioni imperiali una azione diretta a contenere il fenomeno, e a dominarlo nell'intento di perseguire il suo progressivo inquadramento nelle istituzioni giuridiche del popolo romano". G. VISMARA, *Storia*, 139.

⁷⁰⁰ La concezione germanica, legata all'idea del gruppo, a una struttura comunitaria e a un sistema di comproprietà familiare, era assai diversa rispetto alla concezione individualistica del diritto romano. Infatti, l'antico diritto germanico inizialmente conobbe una sola forma di successione, quella legittima, che garantiva l'osservanza e il rispetto del vincolo di parentela; il *pater*, infatti, essendo un *primus inter pares*, non aveva alcun diritto o potere speciale sui beni della famiglia, ma solo un potere di amministrazione finalizzato alla conservazione del patrimonio familiare nella sua integrità, con l'obbligo di trasmetterlo ai suoi discendenti al momento della morte. Difatti, erano previste diverse limitazioni al trasferimento dei beni per atto tra vivi, sia a titolo oneroso che gratuito: per le alienazioni onerose era richiesto il presupposto del bisogno e, qualora esso fosse sussistito, gli ascendenti o i discendenti dell'alienante avrebbero comunque potuto esigere di essere avvisati della sua intenzione, affinché, volendolo, potessero venirgli in aiuto e conservare i beni della famiglia; per le alienazioni gratuite, invece, era richiesto il consenso degli ascendenti o dei discendenti. Pertanto, l'atto di disposizione di un immobile appariva come il frutto di una volontà e di un'attività di tutti i membri della famiglia, dominata da uno spirito associativo. Questa prassi è documentata anche in alcune costituzioni, tra le quali: C. 8. 55(56).6; C. 7.16.32, ma si trattava di una prassi alla quale l'imperatore non riconosceva una valenza giuridica. M. BELLOMO, *Il diritto di prelazione nel Basso Impero*, in *Annali di storia del diritto*, II, Milano, 1958, 225 ss.; S. SOLAZZI, *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano*, in *IURA*, 5, 1954, 151 ss. Inoltre, sebbene i capitolari carolingi consentissero le donazioni e i contratti alienativi a titolo oneroso, tali disposizioni rimasero nella pratica inoperanti, stante la forza delle antiche consuetudini volte alla conservazione del patrimonio delle grandi famiglie. Le Costituzioni federiciane ammettevano la possibilità per ogni membro della famiglia di alienare i propri beni a condizione che prima avvisasse i propri congiunti e, poi, lo si annunciassero pubblicamente. Alcuni Statuti comunali riconobbero in capo agli eredi dell'alienante un diritto di retratto sui beni del patrimonio familiare. Presso i Longobardi, inoltre, erano ammesse le donazioni *mortis causa*, irrevocabili, ma solo in assenza di discendenti e del padre, le quali garantivano al donatario la certezza di ricevere quanto il donante avrebbe lasciato al momento della sua morte. A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 31.

Proprio un sistema successorio così configurato, rigido a causa dei limiti posti all'alienazione dei beni familiari ed estraneo al testamento, fu all'origine del massiccio impiego, nel Medioevo, delle donazioni *mortis causa* e dell'introduzione dei contratti successori.

È comune alla storiografia giuridica, la convinzione che le "tradizioni barbariche" avrebbero prevalso sul diritto romano per quanto riguarda la materia delle successioni. Cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, *Storia del diritto privato*, Torino, 1893, 3 s.; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921, 546.

⁷⁰¹ F. GIARDINA, voce *Successioni (Diritto intermedio)*, in *NnDI*, 18, Torino, 1971, 727 ss.

lasciti ereditari dai fedeli, che, secondo gli insegnamenti ecclesiastici, disponendo delle proprie sostanze avrebbero potuto provvedere alla salute dell'anima⁷⁰².

Iniziarono così a diffondersi i lasciti nei confronti della Chiesa in favore del culto divino o per la realizzazione di opere pie e la religione influì sui negozi giuridici *mortis causa* e sulle donazioni *pietatis ratione*⁷⁰³.

L'influenza si fece sentire anche nell'ambito delle formalità necessarie ai fini della validità di un negozio giuridico *mortis causa* in favore del riconoscimento di una maggior libertà formale: non si riteneva rispondente alle ragioni della pietà e della morale cristiana in generale la mancata ammissione dell'efficacia di un atto *mortis causa* non compiuto secondo le prescritte formalità⁷⁰⁴.

La disposizione contrattuale, per il suo carattere di irrevocabilità, era lo strumento più adeguato a garantire il raggiungimento dello scopo auspicato dalla Chiesa, evitando l'inconveniente di possibili impugnazioni degli eredi del *de cuius* o di possibili mutamenti di opinione di quest'ultimo⁷⁰⁵.

L'istituto dei patti successori, poi, ebbe larga diffusione anche in Grecia e in Egitto, dove esso rappresentava l'atto *mortis causa* maggiormente impiegato per disporre del proprio patrimonio per dopo la morte⁷⁰⁶.

Il contatto con istituti diversi da quelli tradizionalmente conosciuti dal diritto romano si fece più vivo proprio a partire dalla seconda metà del III sec. d.C. Sono di questo periodo, infatti, i primi testi che escludono il riconoscimento generico dei patti successori (in particolar modo C. 2.3.19 e C. 5.14.5, entrambe di Diocleziano⁷⁰⁷) e delle obbligazioni di istituire erede⁷⁰⁸.

⁷⁰² Allo scopo, il pensiero religioso si servì anche della suggestione creata dalla rappresentazione macabra, costante *memento mori* della caducità della vita e della disperazione e rovina che la morte avrebbe potuto portare a chi non si fosse comportato bene durante la vita o che, in tal caso, poi non si fosse redento.

“Verso la fine del Medioevo l'immagine della morte si spoglia di ogni elemento di trascendenza per risolversi nel monito della caducità della bellezza e dello splendore umano e nell'orrore della decomposizione fisica. Gli atti a causa di morte costituiscono una sorte di antologia del pensiero medioevale cristiano sull'aldilà, sia che si risolva nell'esortazione a vivere nel terrore della morte, sia che affermi l'umana mortalità come conseguenza del peccato originale”. G. VISMARA, *Storia*, 35.

⁷⁰³ J. L. MURGA, *Los negocios “pietatis causa” en las constituciones imperiales postclasicas*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 37, 1967, 264 s.

⁷⁰⁴ J. L. MURGA, *Los negocios*, 266 s.

⁷⁰⁵ J. L. MURGA, *Los negocios*, 292 s.; M. V. DE GIORGI, *I patti*, 21 ss. Inoltre, in una società come quella germanica, non molto evoluta, il contratto era uno strumento più usuale e facile da comprendere rispetto al testamento, sconosciuto per molti secoli a tali popoli.

⁷⁰⁶ Per un approfondimento si veda: G. VISMARA, *Storia*, 27 ss; 33 ss.; 133 ss.

⁷⁰⁷ Fu proprio Diocleziano a reagire contro la diffusione dei patti successori che, in questo periodo, dovette essere sempre più massiccia.

⁷⁰⁸ L'obbligazione di istituire erede non sembra sia stata conosciuta prima di Giuliano (110-170 d.C.) o, al massimo, prima di Urseio Feroce. G. VISMARA, *Storia*, 107.

Successivamente, a partire dall'epoca di Costantino e sino a Giustiniano, non si hanno più testimonianze del divieto di patti successori e non risulta che si sia avuta un'effettiva diffusione nella prassi romana di tale istituto. Tale assenza può essere spiegata con l'esistenza, nel diritto romano, di istituti con i quali sarebbe stato possibile raggiungere i medesimi scopi di un patto successorio (come le *donationes mortis causa*).

Inoltre, si può presumere che nel diritto dei popoli italici, anche in seguito all'unificazione, continuò a permanere la consuetudine di disporre *mortis causa* mediante atti bilaterali, anziché mediante il testamento⁷⁰⁹.

Dopo l'analisi sin qui svolta, mi sembra qui utile, in chiusura del lavoro di ricerca, cercare di individuare le ragioni alla base del divieto di patti successori istitutivi a titolo universale.

Le due motivazioni tradizionalmente addotte, ossia l'immoralità⁷¹⁰ di tali tipologie di patti e la loro irrevocabilità (che tra di loro sono interdipendenti) sono, la prima, da escludere, la seconda, da ridimensionare.

Riassumendo qui i risultati ottenuti nei paragrafi precedenti⁷¹¹, si può affermare che non si possa parlare di immoralità dei patti successori (istitutivi), poiché essi non sono mai stati connotati da un tale giudizio morale, che, invece, ha coinvolto le mere obbligazioni di istituire erede, ossia istituti ben diversi dai primi. Infatti, la loro contrarietà ai *boni mores* poggia le basi sulla limitazione alla *libertas testamenti faciendi* che impongono, intesa come libertà di scegliere liberamente il proprio erede e il contenuto del proprio testamento. Inoltre, tale giudizio non deve nemmeno essere generalizzato, essendo stato sancito solo per due fattispecie tra quelle riconducibili alle obbligazioni di istituire erede.

L'assenza di una qualche avversione per tale tipologia negoziale si evince anche dalla sanzione per essa prevista: si trattava della semplice nullità; il beneficiario del patto, infatti, non sarebbe divenuto indegno per il fatto della stipulazione, come invece accadeva per l'erede presuntivo nei patti successori dispositivi, essi sì connotati da un giudizio di immoralità. Un'ulteriore prova dell'inesistenza di una ripugnanza per la figura si arguisce dal fatto che singole figure di patto successorio (sebbene a titolo particolare) trovarono riconoscimento nell'ordinamento (*donationes mortis causa*, *mancipatio familiae mortis causa*, *pacta de lucranda dote*, ecc.).

⁷⁰⁹ G. VISMARA, *Storia*, 132 s.; 141.

⁷¹⁰ H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, 2, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, 343; F. SCHULZ, *Prinzipien*, 107; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, 298.

⁷¹¹ Si veda *supra* § 19 e 20.

Si è messo anche in luce come l'affermazione tradizionale abbia tratto origine da una confusione tra le due figure dei patti successori e delle obbligazioni di istituire erede, da una generalizzazione della connotazione di immoralità propria del solo patto successorio dispositivo e dai giudizi e dalle motivazioni di ordine etico che prevalsero su quelle di carattere giuridico in età giustiniana sia in relazione ai patti successori rinunciativi che in relazione (e maggiormente, poiché in tal caso ne viene sancita la contrarietà al buon costume) a quelli dispositivi.

Il secondo motivo, poi, deve essere ridimensionato. Come si è visto, infatti, le disposizioni *mortis causa* proprie del diritto romano non sempre furono compatibili con il principio della revocabilità e, anche per quanto riguarda il testamento, la revocabilità, oggi caratteristica peculiare dell'atto (unilaterale, *mortis causa*, personalissimo), fu una conquista raggiunta gradualmente nel tempo.

Inoltre, non esistendo una distinzione netta né tra atti *mortis causa* e atti *inter vivos*, né tra atti di ultima volontà e non di ultima volontà, la revocabilità o l'irrevocabilità di un negozio non potevano essere un elemento essenziale per valutarne l'ammissibilità nell'ordinamento.

Di certo, quindi, l'irrevocabilità del patto non può essere stato uno dei motivi principali che portarono a sancirne la nullità. Tuttavia, mi sembra plausibile che esso debba aver influito sulle decisioni imperiali, assumendo sempre maggior rilevanza proporzionalmente con il conseguimento di una sempre maggior libertà di revoca.

Infine, in relazione a queste prime due motivazioni usualmente proposte dalla dottrina, si deve osservare che, in realtà, i testi che trattano di patti successori istitutivi (C. 5.14.5 e C. 2.3.19) non fanno cenno né ad una valutazione di tipo morale né ad una loro limitazione della libertà di testare.

Oltre, dunque, alla sempre maggiore rilevanza che assunse la libertà di revoca testamentaria, un altro motivo che influenzò l'inammissibilità dei patti successori fu di ordine sociale e fu dettato dal tentativo di contrastare la presenza, nel periodo tra il II e il IV sec. d.C., dei c.d. *captatores hereditatis*, i quali cercavano di assicurarsi istituzioni di erede o lasciti a causa di morte mediante patti con i quali il *de cuius* si obbligava a istituire erede o legatario il *captator* in un futuro testamento (in questo caso si tratterebbe di obbligazioni di istituire erede) o con i quali disponeva direttamente della successione in suo favore⁷¹².

⁷¹² L'imperatore Adriano aveva negato le azioni ereditarie ai *captatores hereditatis* allo scopo di porre un freno all'attività immorale di tali soggetti (D. 28.5.71). Intorno al divieto delle istituzioni captatorie si veda: G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution à l'étude*, 64 ss.; F. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana*, 47 ss.

La ragione della nullità del patto istitutivo a titolo universale espressamente dichiarata in C. 5.14.5 fu il principio secondo cui l'eredità poteva essere deferita solo per testamento poiché un *pactum* non sarebbe stato sufficiente a produrre il trasferimento dell'*hereditas* con tutti i rapporti che ad essa sono connessi; infatti, esso non era in grado di determinare una *successio in universum ius né mortis causa né inter vivos* (ad esempio, anche le donazioni a causa di morte che avevano ad oggetto l'intero patrimonio del donante non erano idonee a trasmettere l'*hereditas*)⁷¹³.

Inoltre, ammettere i patti successori istitutivi avrebbe significato introdurre dei nuovi negozi con cui si sarebbe potuto disporre dell'eredità dei soggetti (ambito estremamente importante per il popolo romano) con un conseguente sconvolgimento del diritto successorio, che conosceva solo il testamento come mezzo di successione volontaria.

Il cambiamento fu rifiutato dai Romani anche perché i patti erano privi di una forma solenne (che aveva sempre caratterizzato la materia successoria) che permettesse di garantire un'opportuna riflessione del testatore e la sicurezza del contenuto e dell'autenticità dell'atto; pertanto, una loro introduzione avrebbe potuto generare confusione nell'ambito successorio. Inoltre, il nudo *pactum* talvolta adoperato allo scopo, cioè la semplice convenzione, (in antitesi con la *stipulatio* e con i negozi che richiedevano una particolare forma) non poteva costituire un rapporto obbligatorio e non generava azione⁷¹⁴.

Ancora, come accennato al principio del paragrafo, stante anche il ruolo di *dominus* del *paterfamilias*, sarebbe stata contraria alle concezioni giuridiche romane la possibilità che un atto come l'*heredis institutio* potesse essere vincolato anche alla volontà di un soggetto diverso dal *de cuius*.

Infine, a mio avviso, è possibile individuare un'altra ragione alla base del divieto, che, se non la più importante, dovette influire notevolmente sia sull'esigenza avvertita di introdurre all'interno dell'ordinamento romano figure di disposizione *mortis causa* bilaterali sia sull'inammissibilità del patto successorio istitutivo universale e sull'accoglimento, in taluni casi, di patti successori istitutivi a titolo particolare.

⁷¹³ Il diritto civile e il diritto pretorio conoscevano casi di successione universale tra vivi, ma essi non avevano nulla a che fare con i contratti. Si veda G. VISMARA, *Storia*, 90 s. nt. 2; B. BIONDI, *Corso*, I, 23.

⁷¹⁴ G. VISMARA, *Storia*, 109 s.; S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum*, 215; 243. È importante sottolineare come sia il patto successorio istitutivo sia l'obbligazione di istituire siano nati quando si era ormai attenuato il formalismo e la tipicità degli atti giuridici, che avevano caratterizzato profondamente il diritto romano sino a quel periodo. In epoca classica il *pactum* comportava sempre un *pacisci* e la possibilità di opporre un'eccezione, ma non di agire con un'azione. Tuttavia, nel diritto volgare il *pactum* aveva perso la sua caratterizzazione classica ed era andato assumendo il significato di qualsivoglia atto convenzionale. F. SAMPER POLO, *La disposicion*, 165.

Si tratta della tutela dei diritti dei familiari più stretti del *de cuius*, che oggi chiameremmo legittimari. Uno degli scopi primari dell'impiego del patto successorio era, infatti, la nomina irrevocabile ad erede o legatario di soggetti diversi dai propri discendenti, estranei, quindi, alla famiglia *proprio iure*.

Come accennato in precedenza, per un lungo periodo vi fu silenzio nella giurisprudenza romana e nelle costituzioni imperiali circa l'ammissibilità di figure riconducibili alla categoria dei patti successori, risalendo i primi frammenti che trattano dell'argomento alla fine dell'epoca classica.

Oltre ai motivi *supra* presentati per dare una spiegazione al silenzio delle fonti, se ne deve considerare uno ulteriore legato, appunto, alla successione necessaria.

Il silenzio, infatti, dipende dal fatto che sia in età arcaica sia successivamente non fosse avvertita all'interno della società romana l'esigenza di ricorrere ai patti successori istitutivi. In età arcaica, infatti, il *de cuius* poteva disporre *mortis causa* (secondo la dottrina maggioritaria) solo in assenza di *sui* e costoro non potevano rinunciare all'eredità né tantomeno ai loro diritti successori antecedentemente alla morte dell'ereditando. Inoltre, il vincolo familiare era particolarmente sentito e la successione era principalmente un fenomeno politico-sociale, più che un fenomeno patrimoniale, che doveva garantire la continuazione della famiglia e dei culti attinenti ad essa (infatti, pur essendo ammessa la possibilità dell'*exhereditio*, essa non era molto usuale e veniva compiuta solo quando alla base vi fossero dei motivi di indegnità del *suus*, stante anche la funzione di deterrente psicologico svolto dalla necessità di procedervi pubblicamente, di fronte ai comizi curiati).

In questa situazione, la forma principale di vocazione successoria era la successione *ab intestato* e l'idea della famiglia faceva sì che, normalmente, il *de cuius* non sentisse il bisogno di disporre *mortis causa* in favore di soggetti estranei alla stessa. Anche la *mancipatio familiae*, che poteva in realtà servire allo scopo, nacque essenzialmente per permettere al *de cuius* di disciplinare la sorte dei propri beni per dopo la morte quando si trovasse in pericolo di vita.

In età successiva, invece, le regole del diritto romano si evolsero verso un pieno e totale riconoscimento del libero arbitrio del testatore, che, mediante l'impiego dell'*exhereditio*, poteva nominare eredi chi volesse, anche persone estranee al gruppo familiare e, come visto in precedenza, è testimoniata una prassi in tal senso; l'ereditando, infatti, spesso diseredava i *sui*

per attribuire il proprio patrimonio e il titolo di erede ad estranei, amici, ecc. o, pur non diseredandoli, depauperava l'eredità con una serie di lasciti a titolo particolare⁷¹⁵.

Anche in tale situazione, dunque, non c'era ragione di disporre con il mezzo contrattuale della propria successione, essendo il *de cuius* completamente libero di disporre secondo la sua volontà, anche a discapito dei familiari più stretti.

Come visto, a partire dal I sec. a.C. e, su base stabile, dal I sec. d.C. in poi, si giunse a dare tutela alle pretese dei familiari, mediante l'introduzione di leggi limitative dei legati e delle donazioni, della *querela inofficiosi testamenti* e, successivamente, della *querela inofficiosae donationis seu dotis* e dell'*actio ad supplendam legitimam*.

La nuova disciplina apportò forti limitazioni alla libertà di disporre del *de cuius* che, pertanto, dovette cercare nuovi strumenti che gli permettessero di aggirare le regole sulla successione necessaria. Uno di questi strumenti era, appunto, il patto successorio.

Esso, infatti, avrebbe permesso al *de cuius* di disporre *mortis causa*, conservando la proprietà del suo patrimonio fino alla morte, e di avere certezza circa l'effettivo assetto che l'atto negoziale avrebbe generato dopo tale momento.

Infatti, mentre il testamento sarebbe stato colpito dalla disciplina della successione necessaria, al patto successorio, non essendo precedentemente previsto nell'ordinamento, essa non si sarebbe applicata. Indicativa a tal proposito è anche l'esigenza che si avvertì nel medesimo periodo di ricorrere a patti successori rinunciativi, che avrebbero garantito al *de cuius* di disporre per testamento senza rischiare una pronuncia di inofficiosità futura.

La medesima esigenza che portò all'impiego dei patti successori (determinata anche, come visto, dall'influenza di quei diritti provinciali e del diritto dei popoli germanici che accoglievano l'istituto) portò alla diffusione sempre maggiore della *donatio mortis causa* sospensivamente condizionata e a quella con effetti obbligatori alla morte del donante. Anche questi istituti, tuttavia, che erano già da tempo conosciuti dal diritto, furono presto adattati alla disciplina della successione necessaria sostanziale, applicandosi ad essi non solo la *querela inofficiosae donationis*, ma anche, stante la sempre più incisiva equiparazione ai legati, le norme limitative delle disposizioni *mortis causa* a titolo particolare.

Inoltre, le fattispecie di patto successorio a titolo particolare ammesse dall'ordinamento rivestivano solitamente la forma di donazioni a causa di morte o erano contenute in strumenti

⁷¹⁵ I Romani dell'età classica sentivano come un dovere ricordarsi dei propri amici, manifestandogli il proprio affetto con lasciti testamentari. A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali*, 25.

dotali; pertanto, anche per esse avrebbe trovato applicazione la disciplina della successione necessaria mediante *querela inofficiosae donationis seu dotis*.

Le novità legislative volte ad estendere l'applicazione della disciplina della successione necessaria anche a quegli istituti che di volta in volta vennero adoperati per cercare di aggirarla dimostrano che la tutela dei diritti dei prossimi congiunti sia rivestì un ruolo fondamentale nell'ordinamento romano sia influenzò notevolmente la disciplina degli istituti che con essa avrebbero potuto confliggere.

Una base testuale della tesi qui proposta si può a mio avviso individuare nei due passi che trattano esplicitamente di un patto successorio istitutivo a titolo universale (C. 5.14.5 e C. 2.3.19).

Nel primo, infatti, in cui viene sancita la nullità di un tale patto, si afferma: *Hereditas extraneis testamento datur*. Dunque, l'eredità è data agli estranei per testamento.

In diritto romano, la locuzione *heredes extranei* era adoperata per indicare quei chiamati all'eredità, sia *ab intestato* sia *ex testamento*, che non si trovavano sotto la potestà del *de cuius* al momento dell'apertura della successione; si trattava di soggetti che non appartenevano alla *familia proprio iure dicta*⁷¹⁶.

Pertanto, mi sembra indicativo che l'unico testo che tratta espressamente l'argomento dei patti successori istitutivi ne sancisca la nullità in riferimento al trasferimento dell'eredità a soggetti *extranei*, che, invece, a quanto detto nella costituzione, potevano riceverla solo per testamento (che sarebbe stato soggetto alle norme sulla successione necessaria, al contrario che il patto)⁷¹⁷.

In C. 2.3.19, come visto, si prospetta il caso di un testamento reciproco congiuntivo tra militari, accettato dal diritto romano, ma che, se stipulato tra due privati cittadini, sarebbe stato nullo. Anche in tal caso, a mio avviso, può riscontrarsi una correlazione con la disciplina della tutela dei legittimari; infatti, mi sembra indicativo che il patto sia ammesso proprio in riferimento ad una categoria di individui, i militari, ai quali, in virtù del privilegio loro concesso, non si applicava la disciplina volta a tutelare i *sui* del *de cuius*⁷¹⁸.

Pertanto, riassumendo, mi sembra che le soluzioni adottate dai giuristi nei confronti dei patti successori possano giustificarsi sulla base del perseguimento dello scopo di tutelare gli

⁷¹⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 700; P. VOICI, *Diritto ereditario*, 1, 399 s.

⁷¹⁷ È pur vero che il termine possa non avere una valenza generale, nonostante la proposizione abbia tale carattere, e che si riferisca solo alla posizione rispetto alla famiglia *proprio iure* che i beneficiari del patto rivestivano in quella data fattispecie concreta.

⁷¹⁸ È pur vero che l'ambito del testamento militare è sempre stato una categoria a sé stante al quale si applicava uno *ius singulare*.

interessi della *familia*: la possibilità di disporre irrevocabilmente delle proprie sostanze in via successoria (e, quindi, di sfuggire alle regole imposte a tutela dei più stretti componenti del gruppo familiare, a maggior ragione se accompagnata da un patto rinunciativo dei legittimari) avrebbe potuto rimescolare gli equilibri patrimoniali (e di potere) tra le grandi famiglie, che svolgevano un ruolo politico e sociale assai rilevante e incisivo nel mondo romano medio e tardo-repubblicano.

Considerazioni conclusive

La presente indagine ha avuto quale obiettivo l'analisi diacronico-comparatistica dell'istituto del patto successorio, in particolare nell'ordinamento italiano, in quello svizzero e in quello romano.

Il confronto tra modelli giuridici tratti dalla contemporaneità (sebbene limitati ai due ordinamenti anzidetti) e dall'esperienza romana ha permesso di giungere a una più approfondita conoscenza del tema, per così dire cumulativa⁷¹⁹, e all'individuazione sia di similitudini che di diversità.

Nello svolgere la ricerca, mi è sembrato opportuno principiarla dal modello italiano così da individuare la nozione di patto successorio da porre alla base dell'intera indagine. Infatti, poiché il diritto romano non conobbe mai la categoria in questione in termini generali e astratti e, di conseguenza, non ne presentò una definizione, l'analisi non può che svolgersi sulla scorta della concezione moderna e sarà volta a valutare la sussistenza *in antiquo* della figura del patto successorio e di un suo eventuale divieto.

In principio si sono presentati alcuni cenni nozionistici sulle forme di vocazione successorie ammesse dall'art. 457 c.c. nel diritto italiano, ossia quella per legge e quella per testamento, e sul principio di ordine pubblico della revocabilità del negozio testamentario, sancito dall'art. 587 c.c. e tutelato da una serie di disposizioni che vietano la rinuncia a tale facoltà (artt. 635 e 679 c. c.).

Si sono poi distinti i diversi concetti di atti *inter vivos* e di atti *mortis causa*, in particolare precisando i criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per distinguere gli atti con effetti *post mortem*, che appartengono alla prima categoria, dagli atti che appartengono alla seconda: mentre i primi disciplinano la situazione giuridica attuale tra le parti contraenti e in essi la morte costituisce solo un elemento accidentale del negozio non attinente alla sua funzione tipica, i secondi sono volti a disciplinare situazioni giuridiche che traggono origine, qualificazione e individuazione autonoma dalla morte dell'autore. Pertanto, affinché possa individuarsi un atto *mortis causa* è necessario: che l'oggetto sia stato considerato dalle parti come entità di una futura successione e che si tratti di un'attribuzione *de residuo*; che sia requisito essenziale per la validità dell'atto che il beneficiario delle disposizioni successorie sopravviva al disponente; che l'atto produca effetti solo al momento della morte del *de cuius*.

⁷¹⁹ T. DALLA MASSARA, *Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica*, in *Seminarios Complutenses*, 2015, 657 ss.; 668.

L'enunciazione del divieto dei patti successori oggi esistente in Italia si colloca nell'art. 458 c.c., al quale sono riconducibili le tre categorie eterogenee dei patti successori istitutivi, dispositivi e rinunciativi.

La categoria dei patti successori istitutivi ricomprende tutti quei contratti *mortis causa* con cui una delle parti compie attribuzioni in favore dell'altra disponendo in funzione e in vista della propria morte; possono essere a titolo gratuito od oneroso, a titolo universale o particolare. Pertanto, il patto istitutivo integra una vocazione pattizia irrevocabile in grado di attribuire certezza all'assetto patrimoniale pianificato dal disponente e accettato dai singoli beneficiari.

I patti dispositivi sono quei contratti *inter vivos* con i quali un soggetto dispone in tutto o in parte dei diritti su un'eredità altrui che prevede di acquistare in forza di successione non ancora apertasi. Possono essere sia a titolo oneroso che gratuito e l'eventuale adesione del *de cuius* al patto dispositivo non vale in alcun modo a sanarlo.

I patti rinunciativi, infine, sono atti *inter vivos* irrevocabili costituiti da ogni forma di rinuncia, totale o parziale, a titolo oneroso o gratuito, ai propri diritti successori su un'eredità futura.

L'eterogeneità delle tre specie di patti successori si riscontra anche nelle differenti *rationes* alla base del divieto *ex art. 458 c.c.*, che sono state elencate e rispetto alle quali si sono individuate le criticità, l'anacronismo e le esigenze di superamento.

In particolare, per quanto riguarda la motivazione del divieto dei patti istitutivi fondata sulla compressione che il vincolo contrattuale importerebbe alla naturale revocabilità delle disposizioni successorie, si è evidenziato che, in realtà, spontaneità del volere e revocabilità non devono essere necessariamente requisiti del negozio *mortis causa*, ma lo sono del testamento in particolare, secondo la disciplina prevista per tale istituto.

Si è poi analizzata la categoria dei c.d. contratti successori con effetti obbligatori, ossia le convenzioni con le quali un soggetto si obbliga a disporre *mortis causa* in una determinata maniera del suo patrimonio o a disporre dei diritti a lui spettanti su una futura successione altrui o a rinunciare ai medesimi. Anche queste tipologie contrattuali sono attratte nel divieto *ex art. 458 c.c.* sia perché una convenzione obbligatoria sarebbe altrettanto pericolosa e dannosa di una convenzione dispositiva in senso stretto sia perché (per quanto riguarda le obbligazioni di istituire erede) condizionerebbero la volontà che l'ereditando consegnerà alla scheda testamentaria.

Si è poi affrontato il tema della riconoscibilità in Italia dei patti successori conclusi all'estero, mettendo in luce come oggi, in applicazione del Regolamento UE n. 650/2012, sia

possibile non solo il riconoscimento, ma anche la conclusione di patti successori tra un cittadino di uno Stato in cui i patti successori sono ammessi e un cittadino italiano, eleggendo la legge dello Stato di cittadinanza del primo contraente.

Si sono poi analizzati alcuni istituti elaborati dalla prassi applicativa per disciplinare contrattualmente la successione degli individui al fine di soddisfare le esigenze sociali di pianificazione della successione in conformità alla natura dell'oggetto dei beni della medesima, che esige un sistema di trasmissione adeguato alla loro diversa destinazione o funzione economica, e alle differenti qualità e bisogni dei soggetti beneficiari delle attribuzioni patrimoniali. Stante il divieto dell'art. 458 c.c., per essere valide queste figure devono permanere estranee alle sue maglie applicative e la differenziazione tra atti ammissibili e atti non ammissibili dall'ordinamento è stata condotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla base dei criteri distintivi tra atto *mortis causa* e atti con effetti *post mortem*.

Il penultimo paragrafo è stato dedicato all'analisi delle tendenze e delle nuove esigenze percepite, in seguito al mutamento delle condizioni sociali ed economiche, all'interno del territorio nazionale italiano, ove da più parti si è lamentato l'anacronismo della proibizione sancita dall'art. 458 c.c. Esse non possono essere appagate dal negozio testamentario, ma, per un loro pieno soddisfacimento, necessitano dell'abolizione del divieto dei patti successori.

Infine, nell'ultimo paragrafo si è avanzata l'ipotesi che il divieto dei patti successori istitutivi (e di quelli rinunciativi) sia dettato dall'esigenza di rispettare la disciplina della successione necessaria. Infatti, l'introduzione del patto successorio istitutivo comporterebbe una possibile violazione dei diritti dei legittimari sia perché si verificherebbe un frazionamento della vicenda successoria che renderebbe più difficoltose le operazioni di riunione fittizia necessarie per il calcolo della quota di legittima, sia perché, nella maggior parte delle fattispecie concrete, il patto istitutivo deve essere accompagnato da patti rinunciativi per poter raggiungere lo scopo per il quale viene stipulato e garantirne la certezza.

Il secondo capitolo del lavoro di ricerca è dedicato alla regolamentazione dei patti successori nel diritto svizzero. In Svizzera, infatti, la vocazione successoria volontaria può avvenire per il tramite di due forme (art. 481 c.c.): il testamento e il contratto successorio, disciplinato agli artt. 512 ss. c.c.

Anche in Svizzera, la libertà di disporre *mortis causa* non è assoluta e il legislatore prevede regole e limiti volti alla tutela dei prossimi congiunti, in favore dei quali è concessa l'azione di riduzione contro le disposizioni a causa di morte e, in via subordinata, contro le

liberalità tra i vivi lesive dei loro diritti, procedendo dalla più recente alla più remota, finché sia reintegrata la legittima.

Fino al 1912, anno dell'entrata in vigore del codice civile svizzero, non tutti i cantoni ammettevano l'istituto del patto successorio. Eugen Huber, incaricato della redazione, e Virgile Rossel, suo collaboratore, decisero di introdurre la figura nell'ordinamento elvetico per rispondere ai bisogni pratici avvertiti dalla società e per favorire la soluzione che garantisse la maggior libertà al singolo individuo.

Le figure di patto successorio ammesse dall'ordinamento sono due: il patto istitutivo e quello rinunciativo.

Il primo è il contratto con cui il *de cuius* dispone *mortis causa* dell'intero suo patrimonio o di parte di esso a favore del contraente o di un terzo, che presta il consenso alla disposizione del *de cuius*, ma che, con esso, non si obbliga a diventare erede.

L'*Erbzuwendungsvertrag* può essere concluso sia gratuitamente sia prevedendo una controprestazione, che può essere sia un'attribuzione a causa di morte sia un'attribuzione *inter vivos*. Può essere stipulato a vantaggio del contraente o a beneficio di un terzo. In questo secondo caso si tratta di una stipulazione a favore di terzi, ma non si applica l'art. 112, comma 3, c.o.; pertanto, il terzo beneficiario della disposizione non ha che un'aspettativa di fatto anche quando abbia dichiarato di voler profittare dell'attribuzione.

Anche in seguito alla sua conclusione, il disponente conserva la libera disposizione del suo patrimonio; tuttavia, il contraente può esercitare un'influenza preventiva in taluni casi, ad esempio, quando abbia promesso o dato al *de cuius* una controprestazione *inter vivos*, egli potrà recedere dal contratto a determinate condizioni. Con la morte del disponente, invece, la mera aspettativa del beneficiario si trasforma in un pieno diritto soggettivo, tutelato retroattivamente contro un testamento posteriore, contro un patto successorio successivo al primo e contro le donazioni poste in essere dal defunto, quando siano incompatibili con le attribuzioni convenzionali.

Contro gli atti a titolo oneroso compiuti dal *de cuius*, invece, il beneficiario non potrà agire, anche se essi abbiano pregiudicato i suoi interessi. Sono fatte salve alcune eccezioni (art. 484, comma 3, c.c.) e, quando il contratto istitutivo sia stato accompagnato da un trasferimento *inter vivos* dal disponente al contraente, quest'ultimo gode di una posizione rafforzata, avendo già ricevuto tutto o parte del patrimonio dell'ereditando (534 c.c.). In tal caso, gli effetti del contratto non si estendono al di là dei beni effettivamente trasmessi, salvo contraria

disposizione, e i diritti e le obbligazioni derivanti dalla convenzione passano, salvo disposizione contraria, agli eredi dell'istituito.

Il contratto successorio rinunciativo è una convenzione tra il disponente e un erede presuntivo mediante la quale quest'ultimo rinuncia, in tutto o in parte, ai diritti successori futuri che potrebbero spettargli su una successione altrui non ancora aperta (art. 495, comma 1, c.c.). A seguito del patto successorio rinunciativo, il rinunciante non sarà più considerato erede nella devoluzione ereditaria e la sua rinuncia, salva diversa disposizione nel contratto, vale anche nei confronti dei suoi discendenti. Può essere concluso con o senza controprestazione e essa può essere *mortis causa* o *inter vivos*.

L'assetto raggiunto mediante il contratto successorio rinunciativo ha di principio una valenza definitiva. Fa eccezione, tuttavia, il caso in cui una delle parti possa revocare il patto in base alle regole ordinarie in materia contrattuale (vizi della volontà, lesione, clausola *rebus sic stantibus*, ecc.).

L'art. 497 c.c. prevede una particolare disciplina favorevole ai creditori del defunto in base alla quale costoro, qualora il *de cuius* sia insolvente al momento dell'apertura della successione e i suoi eredi non li soddisfino, possono agire contro il rinunciante e i suoi eredi per ottenere il pagamento dei debiti, ma solo fino alla loro concorrenza e solo quando il rinunciante abbia ricevuto i beni nei cinque anni precedenti la morte del *de cuius* e se ne trovi ancora arricchito.

L'art. 527, comma 2, c.c. prevede che i contratti di fine e rinuncia di eredità soggiacciono a riduzione al pari delle disposizioni a causa di morte quando il valore della controprestazione, riunita al fine del calcolo della massa ereditaria, ecceda la quota di riserva a cui avrebbe avuto diritto il rinunciante. Costui, tenuto alla restituzione di tutta o di parte della controprestazione ricevuta, può scegliere tra essa o la riacquisizione della qualità di erede cui aveva rinunciato.

La disciplina della capacità del disponente del patto successorio è dettata dall'art. 468 c.c. (che non si applica alle eventuali controprestazioni *inter vivos* del contraente, che seguiranno le regole ordinarie), che richiede la capacità di discernimento e la maggiore età; qualora uno di tali requisiti non sussista, le disposizioni possono essere annullate *ex art. 519, comma 1, n. 1, c.c.*

L'ordinamento elvetico, poi, prevede una serie di norme volte a tutelare i soggetti contro condizionamenti esterni o errori che possano influire sulla loro volontà dispositiva. Al patto successorio è applicabile la regolamentazione prevista dal diritto delle obbligazioni (artt. 23-31

c.o.), ma è altresì riconosciuta più largamente la possibilità di far valere i vizi della volontà del disponente.

La disciplina si applica in tutti casi in cui il *de cuius* manifesta per atto *mortis causa* una volontà viziata, sia quando essa si è formata sotto condizioni anomale (errore, violenza, dolo) sia quando, pur essendosi formata adeguatamente, sia stata espressa in modo non conforme (errore nella dichiarazione).

Qualora sussista un vizio della volontà e il *de cuius* sia ancora in vita, egli ha la possibilità di revocare unilateralmente le disposizioni entro l'anno successivo alla scoperta o alla cessazione del vizio, dandone comunicazione al contraente; dopo la morte del *de cuius*, invece, le disposizioni viziate possono essere annullate da qualsiasi interessato mediante un'azione di nullità *ex art. 519, comma 1, n. 2, c.c.*; tuttavia, ci sono casi in cui l'esercizio dell'azione di nullità è escluso o non necessario, come quando l'atto sia inesistente per la totale mancanza di una qualche volontà del disponente.

La forma prescritta per la redazione di un patto successorio (art. 512 c.c.) è quella prevista per il testamento pubblico e la sua inosservanza, a meno che si tratti di vizi minimi di forma, comporta l'annullabilità dell'atto ai sensi dell'art. 520, comma 1, c.c.

Il contratto successorio può essere sciolto (o modificato) dalle stesse parti contraenti mediante convenzione scritta (art. 513, comma 1, c.c.). In linea teorica, infatti, stante la natura di negozio bilaterale del contratto successorio, esso non può essere revocato da uno solo dei contraenti. Tuttavia, esso può essere reso caduco unilateralmente anche in taluni casi eccezionali: 1) Quando il contratto successorio sia stato concluso sotto l'influenza di un errore, di un inganno doloso, di una violenza o di una minaccia (art. 469 c.c.); 2) Quando l'erede o il legatario si siano resi colpevoli, dopo la conclusione del contratto, di un atto che integra una causa di diseredazione (art. 513, comma 2, c.c.; art. 477 c.c.). 3) Quando le prestazioni tra vivi previste nel contratto non siano debitamente adempiute o garantite (art. 514 c.c.); 4) Quando la caducità sia determinata dalla legge (ad esempio, art. 515 c.c.).

Da quanto sin qui visto, il Codice civile svizzero prevede due vie per far valere l'inefficacia di un atto *mortis causa*: 1. l'azione di annullamento, esercitabile in caso di assenza della capacità di disporre, in presenza di un vizio della volontà, in caso di illiceità delle modalità di disposizione e in caso di sussistenza di vizi di forma (artt. 519-521 c.c.); 2. l'azione di riduzione, che garantisce agli eredi riservatari, qualora non sia stata rispettata la loro quota di riserva, la possibilità di agire per conseguirla, ottenendo che le liberalità per causa di morte o *inter vivos* siano ridotte alla giusta misura.

La successione si apre alla morte del *de cuius* (art. 537, comma 1, c.c.) e solo a partire da questo momento le semplici aspettative successorie degli eredi e dei legatari si trasformano *ipso iure* in un diritto puro e semplice, senza che sia necessaria l'accettazione. In ogni caso, ciascun erede, anche se istituito per patto successorio, può rinunciare all'eredità.

La rinuncia è l'atto unilaterale con il quale un erede rende caduco, anche solo parzialmente, il suo acquisto successorio ed è irrevocabile. L'atto deve essere compiuto entro tre mesi, trascorsi i quali l'erede acquista puramente e semplicemente l'eredità. Egli, qualora non abbia la certezza che l'eredità sia attiva, può accettare l'eredità con beneficio d'inventario o richiedere la liquidazione d'ufficio della successione (artt. 593 ss.)

Pur ammettendo il patto successorio istitutivo e quello rinunciativo, il diritto svizzero non accoglie, in linea di principio, il patto successorio dispositivo, ritenuto immorale in quanto comporterebbe una speculazione sulla morte del *de cuius* e, di conseguenza, potrebbe rappresentare un rischio per quest'ultimo (art. 636 c.c.). Tuttavia, l'intervento del *de cuius* rende valido il patto, che produce solo effetti obbligatori tra le parti contraenti.

Un'altra tipologia di contratto, vietato dall'ordinamento svizzero è quella del patto successorio obbligatorio, considerato nullo di pieno diritto (art. 27 c.c.) poiché comporta un impegno ed un legame eccessivamente gravoso.

Il contratto successorio, nonostante i dubbi iniziali relativi alla sua introduzione all'interno del diritto elvetico, ha positivamente fornito prova di sé e, come dimostra la pratica notarile, è l'istituto generalmente adoperato per la pianificazione della successione degli individui e, soprattutto, delle piccole e medie imprese.

Nel prosieguo della ricerca si sono poi analizzate, a titolo esemplificativo, alcune delle fattispecie particolarmente frequenti nella prassi. Infine, si sono fatti alcuni cenni al progetto di riforma del diritto successorio di cui oggi si discute in Svizzera, che, tuttavia, non dovrebbe avere una grande influenza sulla disciplina del patto successorio.

L'ultima parte della ricerca è dedicata all'analisi della figura del patto successorio (essenzialmente quello istitutivo) nel diritto romano. Mi preme sottolineare che, prima di accingermi ad affrontare il tema, ritenevo, sulla scorta della dottrina tradizionale, che l'ordinamento romano conoscesse un divieto generale della categoria giustificato dal principio *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* e dalla ripugnanza provata nei confronti dell'istituto. Tuttavia, alla luce dell'esegesi dei testi compiuta nel lavoro di ricerca, la tesi classica non è apparsa persuasiva.

Come accennato, poiché il diritto romano non conobbe la categoria del patto successorio né la differenza tra atti *mortis causa* e atti *inter vivos*, la nozione dell'istituto per lo svolgimento dell'indagine è stata tratta dal diritto italiano moderno e il carattere dell'irrevocabilità ad arbitrio del disponente del patto successorio è stato ritenuto elemento essenziale per la sua configurazione.

Inizialmente si è affrontato il tema della presunta immoralità dell'istituto e della tradizionale *ratio* posta a giustificazione del divieto: la limitazione alla libertà dispositiva del *de cuius*.

In relazione al primo punto, si sono esaminati due frammenti dai quali è stato tradizionalmente dedotto il carattere immorale del patto: D. 45.1.61 e C. 8.38.4. Essi, pur tacciando di contrarietà ai *boni mores* le fattispecie cui fanno riferimento, in realtà non ineriscono a patti successori istitutivi, ma a obbligazioni di istituire erede; infatti, il disponente, con l'atto, non dispone direttamente del suo patrimonio per il periodo successivo alla propria morte, ma unicamente si obbliga a farlo in futuro. Il giudizio d'immoralità è qui legato alla limitazione della *libera testamenti factio* del testatore, la cui volontà sarebbe stata coartata dall'obbligo di disporre in una determinata maniera al momento della confezione del negozio testamentario.

Tale ragione è espressa chiaramente da C. 2.3.15 ove gli imperatori Valeriano e Gallieno, esprimendosi intorno alla validità di un patto di uguaglianza con il quale si fissava il *quantum* della quota ereditaria che si sarebbe dovuta riconoscere, in futuro, agli eredi, stabiliscono che il patto non avrebbe dato luogo ad alcuna obbligazione e non avrebbe privato il padre della donna del potere di fare testamento. Infatti, la motivazione dell'invalidità del patto è individuata nella limitazione alla libertà di testare che dal patto sarebbe discesa: *nec libertatem testamenti faciendi... potuit auferre*.

Ulteriore prova della non ostilità dei Romani nei confronti dell'istituto può essere tratta dalla disciplina dei patti successori dispositivi, ossia da quei patti con i quali un soggetto disponeva in tutto o in parte dell'eredità di un terzo ancora vivente che sperava di acquistare *ex testamento* o *ab intestato* (*pacta de hereditate tertii*). I motivi addotti per giustificare la nullità furono essenzialmente due: uno tecnico-giuridico, consistente nell'assenza di oggetto dell'atto, e uno morale, consistente nel *votum captandae mortis*, che prevalse in seno alla giurisprudenza giustiniana. Quest'ultimo implicava la sanzione dell'indegnità del disponente, che, invece, non era prevista per il patto istitutivo proprio perché esso non era connotato dalla contrarietà ai *boni mores*.

Inoltre, i testi che trattano espressamente di patti successori istitutivi (C. 2.3.19; C. 5.14.5) non fanno alcun riferimento a una ragione morale per giustificarne la nullità.

L'affermazione tradizionale circa l'immoralità dei patti successori, con tutta probabilità, deve essere ricondotta sia alla confusione creatasi tra i distinti istituti del patto successorio, da una parte, e dell'obbligazione di istituire erede, dall'altra, realizzatasi in seno alla scuola dei glossatori e a quella dei commentatori, sia alla generalizzazione della *ratio* della nullità del patto successorio dispositivo, che è stata estesa anche alle altre categorie.

La seconda affermazione tradizionale secondo cui la nullità dei patti sarebbe derivata dalla loro irrevocabilità, che contrastava con il principio essenziale della piena e libera revocabilità del testamento come atto *mortis causa* è stato ridimensionato.

In primo luogo, infatti, si è osservato come, soprattutto in epoca arcaica, il diritto romano conoscesse istituti bilaterali e irrevocabili che, sebbene non qualificabili come atti *mortis causa* (almeno inizialmente), erano adoperati per disporre del patrimonio per dopo la propria morte e come la forma più antica di testamento fosse in realtà concretamente irrevocabile per un periodo di 10 mesi: la revoca necessitava della redazione di un nuovo e valido testamento, che poteva avvenire solo in occasione della convocazione dei *comitia curiata* (24 marzo e 24 maggio).

In secondo luogo, è stato delineato nelle sue tappe fondamentali il procedimento che, in riferimento al testamento classico civile, ha portato al graduale affermarsi della libertà di revoca, inizialmente assai limitata in ragione del mancato riconoscimento della revoca informale.

Infatti, grazie all'influenza del diritto pretorio, del testamento militare, della disciplina del fedecommesso e del codicillo e della giurisprudenza imperiale, si giunse a riconoscere validità anche alla revoca operata mediante alterazione o distruzione delle *tabulae* testamentarie.

Si è poi analizzato il frammento D. 34.4.4. di Ulpiano dal quale è stato estrapolato il famoso brocardo latino *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, che ha veicolato l'idea secondo cui, per il diritto romano, il diritto di revoca del testamento fosse un elemento imprescindibile.

In realtà, la famosa locuzione deve essere interpretata in conformità al contesto al quale appartiene e in rapporto con il frammento D. 34.4.3.11, che la precede. Il principio, infatti, non viene espresso in termini generali per il testamento o per le disposizioni *mortis causa*, ma si riferisce allo specifico caso della revoca di un legato per sopravvenuta inimicizia con il legatario. Una volta avutasi rappacificazione tra i due, il legato deve considerarsi nuovamente

valido, perché deve essere riconosciuta importanza alla mutata volontà del testatore. Proprio in relazione ad essa si esprime il famoso principio.

Si è poi indagata l'effettiva sussistenza del divieto di patti successori istitutivi sulla base delle esigue fonti che a essi si riferiscono.

La costituzione C. 2.3.19 di Diocleziano e Massimiano tratta di un patto con il quale due fratelli militari si istituiscono reciprocamente eredi. Esso ha generato dubbi circa la sua validità, ma è stato ritenuto ammissibile perché interpretato come testamento reciproco congiuntivo tra soldati, valido in forza del privilegio militare loro riconosciuto a partire dai tempi di Cesare.

È rilevante porre l'accento sul fatto che, se esso non vi fosse stato, il rescritto si sarebbe riferito a un vero e proprio patto successorio istitutivo, presentandone tutti i requisiti, e, in tal caso, per espressa affermazione degli imperatori, sarebbe stato nullo se intercorso tra privati.

Un secondo e fondamentale frammento è C. 5.14.5, che prevede la nullità di un *pactum interpositum vice testamenti* contenuto in uno strumento dotale e con cui si disponeva *mortis causa* dei beni della moglie. La ragione dell'invalidità è richiamata in principio del testo: *hereditas extraneis testamento datur* e da essa si evince la nullità del patto successorio istituivo a titolo universale, che era giudicato incompatibile con l'ordinamento successorio del popolo romano.

Dunque, mentre da tali frammenti può ricavarsi l'esistenza della proibizione dei patti successori istitutivi a titolo universale, lo stesso non può dirsi per quelli a titolo particolare. Infatti, una serie di fonti e alcuni istituti testimoniano l'ammissibilità di queste figure all'interno dell'ordinamento.

A tal fine sono stati esaminati: D. 23.4.29.2, in cui viene riconosciuta efficacia a un patto *de lucranda dote* tra moglie e fratello, nel quale è individuabile un patto successorio istitutivo a titolo particolare in favore di quest'ultimo; l'istituto della *mancipatio familiae mortis causa*, che presentava tutti gli elementi caratterizzanti la categoria: era chiaramente un negozio bilaterale che coinvolgeva il *de cuius* e il *familiae emptor*, la cui irrevocabilità dipendeva da questa caratteristica, i cui effetti si producevano al momento della morte del *de cuius*, che richiedeva che il *familiae emptor* sopravvivesse al *dante causa* e il cui oggetto costituiva un'attribuzione *de residuo*; la *donatio mortis causa* promissoria sospensivamente condizionata alla morte del donante e compiuta *sola cogitatione mortis*, che presentava anch'essa tutti gli elementi tipici ed essenziali del patto successorio istitutivo: si trattava di un atto bilaterale, irrevocabile ad arbitrio del disponente e *mortis causa* (esso, infatti, non produceva alcun effetto prima della morte del donante; il donatario non avrebbe potuto in alcun modo tutelare la sua

aspettativa alla donazione e, in caso di sua premorienza, nessun diritto su di essa si sarebbe trasmesso ai suoi eredi).

Si è poi brevemente delineata l'evoluzione storica della tutela dei diritti degli stretti familiari del *de cuius*, che ne ha determinato un loro sempre maggior riconoscimento, e la disciplina dei patti successori rinunciativi (dichiarati nulli essenzialmente per evitare un aggiramento delle norme sulla successione necessaria), utili per l'individuazione delle ragioni poste a fondamento del divieto dei patti successori istitutivi a titolo universale e per giustificare il silenzio delle fonti in materia per quasi tutto il periodo classico.

Il silenzio discendeva dall'iniziale impossibilità di concepire strumenti giuridici di trasmissione dell'eredità diversi dal testamento, stante il ruolo ricoperto dal *paterfamilias* nella società romana, la cui volontà dispositiva *mortis causa* non poteva essere collegata a quella di un altro soggetto mediante atto bilaterale.

È soltanto sul finire dell'età classica che giurisprudenza e imperatori iniziarono a rapportarsi con figure concrete di patti successori e tale mutamento si produsse in seguito all'allargamento del diritto romano alle province dell'impero, nelle quali erano adoperate a scopi successori anche forme eterodosse di vocazione, anche di natura pattizia, e per l'influenza della Chiesa che, soprattutto in età tardoclassica e giustiniana si servì di questi istituti per conseguire lasciti ereditari dai fedeli.

Per quanto concerne la *ratio* del divieto, come in precedenza affermato, la ragione tradizionalmente addotta dell'immoralità di tali tipologie di patti è da escludersi, mentre quella dell'irrevocabilità deve essere ridimensionata: di certo, essa non può essere stata uno dei motivi principali che portarono a sancirne la nullità, ma è plausibile che abbia influito sulle decisioni imperiali, assumendo sempre più rilevanza proporzionalmente al riconoscimento di una sempre maggior libertà di revoca testamentaria.

Oltre ad una ragione di ordine sociale, dettata dalla presenza dei c.d. *captatores hereditatis*, un'altra motivazione del divieto è espressamente dichiarata in C. 5.14.5, secondo cui l'eredità poteva essere deferita solo per testamento, poiché un *pactum*, anche in quanto privo di una forma solenne, non sarebbe stato sufficiente a produrre il trasferimento dell'*hereditas* con tutti i rapporti ad essa connessi.

Mi è poi sembrato di poter individuare un'altra spiegazione del divieto, ossia il perseguimento dello scopo di tutelare gli interessi della *familia*: la possibilità di disporre irrevocabilmente delle proprie sostanze in via successoria (e, quindi, sfuggendo alle regole imposte a tutela dei più stretti componenti del gruppo familiare, a maggior ragione se

accompagnata da patti rinunciativi dei legittimari, di cui si sentì sempre più l'esigenza) avrebbe potuto rimescolare gli equilibri patrimoniali (e di potere) tra le grandi famiglie, che svolgevano un ruolo politico e sociale assai rilevante e incisivo nel mondo romano medio e tardo-repubblicano.

Anche il silenzio delle fonti circa i patti successori per quasi tutto il corso dell'epoca classica può essere spiegato sulla base dell'evoluzione della successione necessaria: mentre in età arcaica l'esigenza di ricorrere a tali istituti non era sentita sia perché il *de cuius* poteva disporre *mortis causa* solo in assenza di *sui* sia in ragione della concezione della famiglia e della successione propria di questo periodo, in età successiva l'assenza di tale esigenza fu determinata dall'ampia facoltà di *exhereditio*, che garantiva estrema libertà dispositiva al *de cuius*.

Fu l'introduzione e lo sviluppo della disciplina della successione necessaria a condurre alla ricerca di nuovi mezzi che permettessero di aggirarne le regole e uno di questi strumenti era, appunto, il patto successorio, che quindi iniziò a essere portato all'attenzione dei giuristi e degli imperatori.

Una base testuale della tesi qui proposta si può individuare in C. 5.14.5, che sancisce la nullità di un tale patto poiché *hereditas extraneis testamento datur*. Sembrerebbe rivelatore l'impiego del termine *extranei*, che indicava quei chiamati all'eredità diversi dai *sui* e, dunque, estranei alla famiglia *proprio iure*. Anche da C. 2.3.19 sembrerebbero potersi ricavare indizi circa il legame del divieto con la successione necessaria. Infatti, sembrerebbe esserci una correlazione tra la validità di un testamento reciproco tra militari, che sostanzialmente è un patto istitutivo universale, e la circostanza che ai soldati, in virtù del privilegio loro concesso, non si applicasse la disciplina volta a tutelare i legittimari.

L'analisi comparata e diacronica della figura del patto successorio, oltre ad essere stata molto interessante e ad aver portato a una conoscenza più completa dell'istituto, mi ha permesso di individuare alcune analogie tra i vari ordinamenti e, di quelle che più mi hanno colpito, darò qui dei brevi cenni.

Un primo singolare elemento di comunanza risiede nel divieto dei patti successori c.d. obbligatori, che è riconosciuto non solo nel diritto italiano, il quale sancisce la nullità di tutte le tipologie di patto successorio e a essa estende, appunto, anche quella dei contratti successori obbligatori, ma anche nel diritto romano, che vi collega, in alcuni casi, un giudizio di contrarietà al buon costume, e nel diritto svizzero, che, pur ammettendo i patti successori reali, sancisce la nullità di pieno diritto di quelli obbligatori. Ciò mette in evidenza e dimostra la diversa natura

di tali atti rispetto ai patti successori veri e propri. Inoltre, la motivazione alla base della proibizione è la medesima in tutti gli ordinamenti: i patti obbligatori, se ammessi, coarterebbero la volontà del *de cuius*, che, accingendosi a disporre *mortis causa*, si troverebbe vincolato a quanto stabilito nel precedente contratto obbligatorio.

Una seconda analogia riguarda il patto successorio dispositivo nell'ordinamento romano e in quello svizzero: in entrambi, esso è vietato e connotato da un giudizio d'immoralità (condiviso anche dal diritto italiano), perché comporterebbe una speculazione sulla morte del *de cuius*, ma è riconosciuta l'eccezione del consenso prestato da costui all'atto dispositivo, che ne garantisce la validità escludendo i pericoli che altrimenti lo riguarderebbero. Inoltre, in entrambi gli ordinamenti, il *de cuius* rimane in ogni caso libero di disporre *inter vivos* e *mortis causa* dei suoi beni, ma, mentre in Svizzera il consenso, una volta prestato, è irrevocabile, a Roma esso poteva essere revocato dal *de cuius* in ogni tempo prima della sua morte.

Infine, alcune similitudini sono individuabili in relazione ai motivi posti alla base del divieto dei patti successori o alle esigenze di accoglimento degli stessi. Ad esempio, la *ratio* del divieto dei patti successori istitutivi è tradizionalmente identificata nella loro contrarietà al principio della libertà di revoca dell'atto *mortis causa* sia in relazione al diritto italiano che al diritto romano, per il quale, tuttavia, è ipotizzabile che essa sia stata adottata proprio per influenza delle moderne motivazioni poste alla base del divieto. Inoltre, in entrambi gli ordinamenti, la proibizione dell'istituto mi è sembrata legata alla tutela dei diritti dei legittimari, che verrebbero compromessi da una sua introduzione. Anche in Svizzera, inoltre, al momento della discussione che aveva preceduto l'emanazione del Codice civile circa l'opportunità dell'accoglimento dei patti successori, il dibattito si era basato, appunto, sul rischio paventato da alcuni cantoni di abusi e di lesioni che il patto avrebbe potuto comportare per i diritti dei riservatari.

Il lavoro di ricerca mi ha permesso altresì di riflettere circa il divieto dei patti successori oggi vigente in Italia e sancito in termini generali e astratti dall'art. 458 c.c.

Si tratta di una norma la cui rigidità è sempre più percepita come anacronistica e opprimente. Essa non rispecchia più le esigenze della società moderna, che si muove in direzione opposta al divieto, ricercando metodi e strumenti nuovi per aggirarlo o, comunque, per raggiungere gli obiettivi che potrebbero essere più facilmente (e in modo più sicuro) perseguiti con i patti successori.

Mi è, dunque, apparsa auspicabile una mitigazione della normativa italiana mediante l'ammissione dei patti successori (almeno di quelli istitutivi e rinunciativi), con le opportune

cautele (relative alla forma, alla tutela contro i vizi della volontà, alla tutela di quei soggetti che potrebbero essere indotti a stipulare tali categorie negoziali, ecc.⁷²⁰) e mediante una necessaria riforma della successione necessaria al fine di giungere a un temperamento con l'introduzione dei contratti successori, necessario per garantire la solidità e la certezza di questi ultimi.

I motivi tradizionalmente addotti a giustificazione del divieto non trovano più fondamento nel sistema socio-economico attuale e le paure che li hanno accompagnati non risultano essere giustificate, come si può chiaramente evincere dalle realtà di quei Paesi in cui i patti successori sono ammessi e hanno dato piena prova di sé.

Infatti, sebbene, come anticipato, anche il dibattito circa l'introduzione dell'*Erbvertrag* nel Codice civile svizzero del 1912 sia stato caratterizzato dagli stessi dubbi e dagli stessi contrasti oggi vivi nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, la Svizzera ha poi optato per l'ammissione dell'istituto e oggi, a più di 100 anni da tale momento, esso è lo strumento maggiormente adoperato nella prassi per provvedere alla successione degli individui e delle imprese, senza che gli scenari previsti da coloro che erano contrari all'introduzione del contratto successorio abbiano trovato realizzazione⁷²¹.

Inoltre, a sostegno della necessità di un mutamento, l'analisi dell'ordinamento romano e l'esegesi dei passi affrontati hanno messo in luce come nemmeno il diritto romano, da cui la norma italiana tradizionalmente sembrerebbe discendere, abbia mai conosciuto la rigidità e l'ampiezza propria dell'art. 458 c.c. Anzi, esso ha di volta in volta ammesso (e, talvolta, in via generale, come nel caso della *donatio mortis causa*) alcune figure di patti successori istitutivi poiché rispondenti alle esigenze e alle necessità percepite dagli individui all'interno della società.

⁷²⁰ Cautele previste, ad esempio, dal diritto svizzero. Si veda § 12.

⁷²¹ Anche il legislatore napoleonico, pur introducendo il divieto dei patti successori (e del fedecommesso), ha dimostrato una certa sensibilità nel non formulare un divieto categorico dell'istituto, riconoscendo che la pianificazione consensuale della successione non fosse sempre da avversare (furono ammesse, infatti, due eccezioni a tale proibizione: la *donation partage* e l'*institution contractuelle* o *donation de biens à venir*).

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Das Ziel dieser Studie war die diachronische Vergleichbarkeitsanalyse des Instituts der Erbverträge im italienischen, schweizerischen und römischen Recht.

Der Vergleich zwischen den genannten Rechtsmodellen, namentlich zwischen dem zeitgenössischen Recht (begrenzt auf die zwei genannten Rechtsnormen) und den Erkenntnissen des römischen Rechts, hat es erlaubt, ein tieferes, beziehungsweise umfassenderes Verständnis der Thematik zu erreichen. Gleichermassen gelang es, Ähnlichkeiten und Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen zu identifizieren.

Bei der Durchführung der Forschung schien es angemessen, das Prinzip vom italienischen Modell abzuleiten, um so den Begriff des Erbvertrages zu definieren und ihn als Basis der gesamten Forschung darzustellen. Da man im römischen Recht die genannte Kategorie weder im Allgemeinen noch im Abstrakten kannte und es keine Definition dafür gab, kann die Analyse nur auf der Grundlage einer modernen Konzeption stattfinden, welche auf einer Beurteilung *in antiquo* der Figur des Erbvertrages und dessen eventuellen Verbots aufgerichtet ist.

Zu Beginn sind einige Andeutungen auf Formen der Nachfolgeberufung, sowohl gesetzlich als auch testamentarisch, zu nennen. Sie sind in Art. 457 c.c. geregelt und basieren auf dem Rechtsgrundsatz der Widerrufbarkeit von Testamentsgeschäften, welche sich in Art. 587 c.c. findet und durch einige weitere Verordnungen ergänzt werden, die den Verzicht auf dieses Recht verbieten.

Danach sind die verschiedenen Konzepte der *actiones inter vivos* und der *actiones mortis causa* hervorzuheben, in denen im Besonderen die aus der Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Kriterien verdeutlicht werden, um zwischen *actiones* mit einem Effekt *post mortem*, die der ersten Kategorie angehören, und den *actiones*, die der zweiten Kategorie angehören, zu unterscheiden: bei der ersten Kategorie wird die aktuelle Rechtslage zwischen den Parteien geregelt, der Tod stellt dabei untypischerweise nur ein Zufallselement dar. Bei der zweiten Kategorie richten sich die *actiones* auf jene rechtlichen Sachverhalte, bei denen Ursache, Qualifikation und Identifikation des Todes des Erblassers betrachtet werden. Um eine *actio mortis causa* zu identifizieren, muss das Objekt von den Parteien als Umfang der zukünftigen Nachfolge betrachtet werden. Es soll sich um eine Anerkennung *de residuo* handeln; eine wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit der *actio* ist, dass der Erbe den Erblasser überlebt, die *actio* erlangt nur beim Eintreten des Todesfalles des *de cuius* ihre Gültigkeit.

Heutzutage wird die Aussprache des Verbotes des Erbvertrages in Italien in Art. 458 c.c. geregelt, welche in drei verschiedene Kategorien von Erbverträgen eingeteilt wird: Erbzuwendungsverträge, Erbverzichtsverträge und Erbverträge zugunsten Dritter.

Die Erbzuwendungsverträge beinhalten all jene Verträge *mortis causa*, mit welchen eine der Parteien der anderen Entscheidungsbefugnisse bezüglich den Funktionen und hinsichtlich des Todes zuschreibt, welche sowohl kostenlos, als auch kostenpflichtig, universal oder gesondert aufgesetzt werden können. Daher enthält der Erbzuwendungsvertrag eine unwiderrufliche mündliche Abmachung, um so dem Erblasser die Sicherheit zu geben, über das Nachlassvermögen planmässig zu verfügen und die Annahme durch die einzelnen Nachlassnehmer zu gewährleisten.

Die Erbverträge vor dem Erbgang sind *inter vivos* und beinhalten jene Verträge, in welchen der Nachlassgeber in vollem Ausmass oder auch nur teilweise über sein Erbe gegenüber anderen Parteien verfügt. Es ist diesfalls erlaubt, die Sukzession im Vorhinein, vor der Eröffnung der Nachlassenschaft, zu kaufen. Diese kann sowohl kostenlos als auch kostenpflichtig sein und eine eventuelle Teilnahme an den Erbverträgen vor dem Erbgang von *de cuius* hat keinerlei Gültigkeit bezüglich einer eventuellen Änderung.

Die Erbverzichtsverträge sind unwiderrufliche *inter vivos* Verträge und können für die gesetzlichen Erben sowohl aus umfassendem oder teilweisem Verzicht bestehen sowie kostenpflichtig oder kostenlos sein.

Die Heterogenität der drei Arten von Erbverträgen kann man auch in den verschiedenen *rationes* finden, die ihre Verbotsgrundlage in *ex* Art. 458 c.c. ausweisen. Sie sind dort aufgelistet wie auch die Kritik, der Anachronismus und die Anforderungen zur Überwindung.

Besonders bezüglich der Motive des Verbots der Erbzuwendungsverträge, basierend auf dem Verständnis des Einflusses der Vertragsbeschränkung auf die Widerrufsfreiheit, hat sich gezeigt, dass in Realität die Willensfreiheit und die Unwiderrufbarkeit nicht unbedingt Verhandlungsbedingungen der *mortis causa* sein müssen, sie es jedoch vor allem, wie gesetzlich vorgeschrieben, bei den Testamentsbedingungen sind.

Nachfolgend wurde die Kategorie der c.d., der bedingungswirkenden Erbverträge, analysiert, und zwar die Konventionen, in welchen sich ein Subjekt verpflichtet, in einer gewissen Art und Weise über seinen Erbanteil oder sein Recht auf ein zukünftiges Erbe von Seiten anderer zu verfügen oder dieses abzulehnen. Auch diese Art von Erbverträgen wird im Verbot von *ex* Art. 458 c.c. geregelt, weil eine strikt verpflichtende Regelung ebenso gefährlich wäre wie eine frei verfügbare Regelung und diese auch den Willen des Erben

beeinflussen würde (bezüglich der Pflicht der Angabe der Erben), welche bei Testamentserstellung ausliefert werden müsste.

Weiter wurde das Thema der Anerkennung derjenigen Erbverträge, welche im Ausland abgeschlossen wurden, durch Italien diskutiert, wobei heutzutage hervorgehoben wird, dass die Anwendung der EU Richtlinie Nr. 650/2012 nicht nur die Anerkennung, sondern auch den Abschluss von Erbverträgen zwischen Staatsbürgern erlaubt, die einem Staat angehören, in welchem der Abschluss von Erbverträgen erlaubt ist. Somit können auch italienische Staatsbürger Erbverträge abschliessen, indem sie das Recht ihres Vertragspartners wählen.

Weiter wurden einige Bearbeitungen von praktischen Anwendungen zur gesetzlichen Erbverfügung analysiert, um die sozialen Bedürfnisse der Erbplanung gemäss der Natur des Vermögensgegenstandes des Einzelnen in Einklang zu bringen, was ein geeignetes Übertragungssystem gegenüber deren Bestimmung oder wirtschaftlichen Funktion benötigt und Rücksicht auf die verschiedenen Qualitäten und Bedürfnisse der Erb- und Kapitalbegünstigten nimmt. Gemäss Verbot von Art. 458 c.c. wurde von der Doktrin und der Jurisprudenz basierend auf den Unterscheidungskriterien zwischen den *actiones mortis causa* und den *actiones* mit *post mortem* Effekt eine Studie durchgeführt, in welcher diese Figuren den Intrigen und Unterschieden fremd bleiben müssen.

Der vorletzte Paragraph ist der Tendenzanalyse und den neu wahrgenommenen Bedürfnissen auf Grund der sozial und wirtschaftlich veränderten Bedingungen innerhalb des italienischen Staatsgebietes gewidmet, worüber man sich mehrmals offenbar über den Anachronismus des Verbotes von Art. 458 c.c. beschwert hat. Diese können nicht durch die testamentarischen Verhandlungen erfüllt werden, sondern verlangen die Aufhebung des Verbotes der Erbverträge für ihre volle Zufriedenheit.

Abschliessend wird vorgeschlagen, dass das Verbot der Gründung von Erbzuwendungsverträgen (ebenso wie Erbverzichtsverträge) in der Notwendigkeit besteht, die Disziplinen der erforderlichen Erbregelungen zu respektieren. Tatsache ist, dass die Einführung von Erbzuwendungsverträgen zu einer möglichen Verletzung der Erbrechte führen würde, sowohl, weil eine Spaltung der Erbfolge auftreten würde, welche eine Berechnung der notwendigen fiktiven Allgemeinberechnung zur Berechnung des rechtmässigen Anteils erschweren würde, als auch, weil in den meisten Fällen der Erbzuwendungsvertrag tatsächlich von ablehnbaren Erbverträgen begleitet werden muss, um den Zweck zu erreichen, für den er abgeschlossen wurde, um dessen Sicherheit zu garantieren.

Das zweite Kapitel der Forschungsarbeit ist der Nachfolgeberordnung im Schweizer Recht, geregelt in Art. 512 ff. ZGB, gewidmet.

Auch in der Schweiz gibt es keine absolute Freiheit, über das Erbe nach dem Tode zu verfügen; der Gesetzgeber sieht Regeln und Einschränkungen zum Schutz der nahen Verwandten vor, zu deren Gunsten die Reduktionswirkungen gegen die Verfügungen des Verstorbenen und - im Alternativfall - die Freiheit der Verletzung der Rechte der Hinterbliebenen gewährleistet wird. Das Schweizer Zivilrecht sieht die Möglichkeit einer Enterbung der Nachlassberechtigten vor, allerdings nur, wenn einer der in den Art. 477 und 480 ZGB vorgesehenen Gründe auftritt und überdies, wenn dies ausdrücklich im Testament verlangt wird.

Bis zum Jahr 1912, in welchem das schweizerische Zivilgesetzbuch in Kraft trat, war die Institution des Erbvertrages nicht in allen Schweizer Kantonen gültig. Eugen Huber, der für dessen Aufsetzung zuständig war und Virgile Rossel, sein Mitarbeiter, beschlossen dessen Einführung in das schweizerische ZGB, um den praktischen Bedürfnissen der Gesellschaft nachzukommen und um der einzelnen Person mehr Freiheit zu gewähren.

Es sind zwei Erbverträge gesetzlich anerkannt: der Erbzuwendungsvertrag und der Erbverzichtsvertrag.

Beim ersten Erbvertrag verfügt der *de cuius* nach *mortis causa* entweder über das gesamte Vermögen oder über einen Teil gegenüber dem Vertragspartner, der die Erbbestimmungen des *de cuius* akzeptiert, sich jedoch damit nicht verpflichtet, das Erbe anzunehmen.

Der Erbzuwendungsvertrag kann sowohl kostenlos als auch gegen eine Gegenleistung abgeschlossen werden, welche eine Zuteilung der Leistung nach Versterben oder unter Lebenden *inter vivos* sein kann. Sie kann zu Gunsten des Erben oder einer Drittperson abgeschlossen werden.

Auch nach Testamentsabschluss verfügt der Erblasser frei über sein Vermögen; trotzdem kann der Erbe in bestimmten Fällen Einfluss darauf ausüben, zum Beispiel, wenn er dem *de cuius* eine Gegenleistung *inter vivos* versprochen oder gegeben hat, kann dieser vom Vertrag zu gewissen Bedingungen zurücktreten. Nach dem Tode des Erblassers verwandelt sich die bloße Erwartung des Begünstigten jedoch in ein volles subjektives Recht, das rückwirkend gegen ein, zu einem frühen Zeitpunkt aufgesetztes, Testament, gegen ein dem ersten nachfolgenden Erbvertrag oder gegen Spenden von Seiten des Verstorbenen, wenn diese den konventionellen Attributionen nicht entsprechen, schützend wirkt.

Gegen entgeltliche Handlungen von Seiten des *de cuius* kann jedoch der Erbe nicht eingreifen, auch nicht, wenn seine eigenen Interessen davon betroffen sind. Trotzdem, wenn in einem Erbzuwendungsvertrag eine Vermögensübertragung *inter vivos* vom Erblasser an den Erbbegünstigten geregelt ist, so genießt letzterer eine bevorzugte Position, da er bereits das gesamte Vermögen resp. ein Teil des Erbes erhalten hat (Art. 534 ZGB). Diesfalls erstrecken sich die Auswirkungen des Vertrages nicht über die tatsächlich vererbten Güter, soweit keine anderen Vereinbarungen getroffen wurden und die Rechte und Pflichten der Vereinbarung werden an die Erben übertragen, sofern nichts anderes vereinbart wurde.

Der Erbverzichtungsvertrag ist eine Abmachung zwischen dem Erblasser und dem voraussichtlichen Erbbegünstigten, wobei dieser auf das Gesamte oder auf einen Teil des Erbes und auf das ihm Zustehende, bei einer darauffolgenden Erbschaft zu Gunsten anderer verfügbare, zukünftige Erbrecht verzichtet (Art. 495, abs. 1, ZGB). Nach Ablehnung des Erbes wird der Verzichtende nicht mehr als Erbe in der Erbfolge anerkannt und sein Verzicht gilt auch für seine Nachkommen, sofern im Erbvertrag keine anderen Vereinbarungen getroffen werden. Dieser Erbvertrag kann frei oder gegen eine Gegenleistung abgeschlossen und *mortis causa* oder *inter vivos* aufgesetzt werden.

Die mittels Erbverzichtungsvertrag beschlossene Vereinbarung hat eine definitive Gültigkeit.

Art. 497 ZGB sieht besondere Regeln zugunsten der Gläubiger des Verstorbenen vor, auf dessen Grundlage diese gegen den Verzichtenden oder gegen die Erben agieren können, um die Schuldzahlungen ersetzt zu erhalten, sollte der *de cuius* zum Zeitpunkt der Testamentseröffnung insolvent sein oder seine Erben nicht befriedigt werden. Dies gilt allerdings nur, wenn diese als Erben konkurrieren und wenn der aufs Erbe Verzichtende in den vorhergehenden fünf Jahren vom Zeitpunkt des Todes des *de cuius* Vermögensspenden erhalten hat und zu diesem Zeitpunkt das Vermögen noch in seinem Besitz ist.

Art. 527, abs. 2, ZGB sieht vor, dass der Erbverzichtungsvertrag derselben Reduktion wie die Verfügungen von Todes wegen unterliegen, wenn der Wert der Gegenleistung die Erbquote überschreitet, auf die der Verzichtende ein Recht hätte. Da dieser zur Rückzahlung des gesamten oder eines Teiles des Vermögens verpflichtet ist, kann er zwischen Rückzahlung oder Wiedererwerb des ihm zustehenden, abgelehnten Erbrechts wählen.

Die Fähigkeit, einen Erbvertrag zu erstellen ist in Art. 468 ZGB geregelt und erfordert die Urteilsfähigkeit sowie die Volljährigkeit; sollte eine der beiden Voraussetzungen nicht gegeben sein, können die Verfügungen gemäss *ex* Art. 519, abs. 1, n. 1, ZGB für nichtig erklärt werden.

Weiter sieht das Schweizer Gesetz eine Reihe von Regelungen vor, um die Parteien vor äusseren Einflüssen oder Fehlern zu schützen, die deren Willensdispositiv beeinflussen können. Beim Erbvertrag können die Schuldrechtsnormen (Artt. 23-31 OR) angewendet werden, dennoch werden meistens die Willensmängel des Erblassers geltend gemacht.

Dies wird in den Fällen angewendet, in welchen sich beim *de cuius* gemäss *mortis causa* Willensmängel manifestieren, sowie in den Fällen, in denen die Willensmängel auf anormale Bedingungen zurückzuführen sind (Fehler, Gewalt, Schmerz). Endlich auch dann, wenn es sich um einen Erklärungsirrtum handelt. war (Fehler in der Aufsetzung).

Wenn ein Willensmangel besteht und der *de cuius* noch am Leben ist, hat dieser die Möglichkeit, die Verfügungen unilateral innerhalb eines Jahres nach Auffinden oder Annullierung des Mangels aufzuheben, indem er eine Mitteilung an den Erbbegünstigten macht; nach dem Ableben des *de cuius* können die nicht gültigen Verfügungen von einem Interessenten mittels Nichtigerklärung gemäss Art. 519, abs. 1, n. 2 ZGB aufgelöst werden. Es gibt allerdings Fälle, wo die Nichtigkeitserklärung ausgeschlossen oder nicht notwendig ist, beispielsweise, wenn es gänzlich an einem Willen des Erblassers fehlt.

Die Formvorschrift zur Erfassung eines Erbvertrages ist die öffentliche Beurkundung. Abweichungen davon haben die Auflösung des Aktes gemäss Art. 520, abs. 1, ZGB zur Folge.

Ein Erbvertrag kann von den Vertragsparteien mittels schriftlicher Vereinbarung (Art. 513, abs. 1, ZGB) aufgelöst (oder abgeändert) werden. Dieser kann theoretisch nicht nur einseitig aufgelöst werden, da es sich bei einem Erbvertrag um eine bilaterale Abmachung handelt. Trotzdem kann er auch unilateral von einer einzigen Partei erstellt werden, namentlich in folgenden Fällen: 1) wenn der Erbvertrag aufgrund eines Fehlers, absichtlicher Täuschung, Gewalt oder Bedrohung (Art. 469 ZGB) abgeschlossen wurde; 2) wenn sich der Erbe oder der Legatar nach Vertragsabschluss der Schuld, einer Tat, die die Enterbung bewirkt (Art. 513, abs. 2, ZGB; Art. 477 ZGB) schuldig gemacht hat; 3) wenn die im Vertrag zwischen Lebenden vorgeschriebenen Leistungen nicht erfüllt oder garantiert worden sind (Art. 514 ZGB); 4) wenn die kurzfristige Dauer vom Gesetz vorgegeben ist (zum Beispiel Art. 515 ZGB).

Das Nachlassdokument wird nach dem Tode des *de cuius* geöffnet und erst ab diesem Zeitpunkt verwandeln sich die einfachen Nachlasserwartung der Erben und der Erbverbundenen *ipso iure* in ein wirkliches und ein einfaches Erbrecht, auch ohne deren

Annahme. Auf jeden Fall kann jeder einzelne Erbe das Erbe ablehnen, auch wenn er im Erbvertrag aufgeführt ist.

Der Verzicht ist ein unilateraler Vertrag, mit welchem der Verzichtende seinen auch nur teilweisen Erbanteil, unwiderruflich an die anderen Erben weitergibt. Der Vertrag muss innerhalb von drei Monaten erstellt werden, nach diesem Zeitpunkt akquiriert der Erbe automatisch seinen Erbanteil. Sollte er nicht sicher sein, dass sein Erbe aktiv ist, kann er sein Erbe unter Vorbehalt einer Inventur annehmen oder eine offizielle Liquidation seines Erbes verlangen (Art. 593 ff. ZGB).

Trotz der Anerkennung des Erbzuwendungsvertrages und des Erbverzichtsvertrages, erlaubt das Schweizer Gesetz prinzipiell die Erstellung des Erbvertrages unter Dritten nicht, welcher als unmoralisch bezeichnet wird, da er als Spekulation über den Tod des *de cuius* angesehen wird. Trotzdem erhält der Vertrag durch die Verfügung des *de cuius* seine Gültigkeit, was allerdings nur die gesetzlich geregelten Auswirkungen zwischen den Vertragspartnern hervorruft.

Eine weitere Art von Erbverträgen, die vom Schweizer Gesetz verboten werden, ist der obligatorische Erbvertrag, der von Gesetzes wegen nichtig ist (Art. 27 ZGB), weil er eine zu grosse Verpflichtung und eine übermässige Bindung darstellt.

Trotz anfänglicher Zweifel an der Aufnahme der Erbverträge in das schweizerische Gesetz, hat sich der Erbvertrag bewährt und stellt das Institut dar, welches generell verwendet wird, um die Nachlassenschaft zwischen Personen, insbesondere aber auch zwischen Klein- und Mittelbetrieben, zu regeln, wie aus den notariellen Akten hervorgeht.

Zur Förderung der Forschung, wurden beispielhaft einige der häufigsten Fälle analysiert. Abschliessend wurden einige Hinweise auf Reformprojekte des Erbvertrages gegeben, welche aktuell in der Schweiz zur Diskussion stehen. Diese dürften jedoch keinen bedeutenden Einfluss auf die Regelungen des Erbvertrages haben dürften.

Der letzte Teil der Forschung ist der Analyse der Figur des Erbvertrages (hauptsächlich des Erbzuwendungsvertrages) im römischen Recht gewidmet. Zu Beginn wurde das Thema der angeblichen Unmoral des Erbvertrages angesprochen und die traditionelle *ratio*, um sein Verbot zu rechtfertigen: die Freiheitseinschränkung durch den *de cuius*.

In Bezug auf den ersten Punkt wurden zwei Fragmente überprüft, aus welchen traditionell der unsterbliche Institutionscharakter hervorgebracht wurde: D. 45.1.61 e C. 8.38.4. Obwohl die Bezugsobjekte in Opposition zu den *boni mores* stehen, geraten sie nicht in Konflikt mit den gesetzlich geregelten Erbverträgen, sondern mit der Pflicht der Einsetzung der

Erbberechtigten. Das Urteil der Unmoral ist hier mit der Einschränkung der *libera testamenti factio* des Ausstellers verbunden und dessen Willen durch die Verpflichtung, die Nachlassverhandlungen in einer gewissen Art und Weise durchzuführen.

Dieser Grund wird deutlich in C. 2.3.15 zum Ausdruck gebracht: *nec libertatem testamenti faciendi... potuit auferre*.

Ein weiterer Beweis für die nicht-römische Feindlichkeit gegenüber den Erbverträgen kann man aus der Gültigkeit der Erbverträge vor dem Erbgang entnehmen. Im Wesentlichen gab es zwei Gründe, um die Nichtigkeitserklärung zu rechtfertigen: einen technisch-juristischen, der aus der Abwesenheit des Handlungszieles bestand und einen moralischen Grund, der aus *votum captandae mortis* bestand. Letzterer implizierte die Unwürdigkeit der Strafe des Ausstellers, welche stattdessen für den Erbzwendungsvertrag nicht vorgesehen war, eben weil er von der Gegenseite *boni mores* nicht gekennzeichnet wurde.

Ausserdem beziehen sich die Schriften, die ausschliesslich die Erbzwendungsverträge behandeln (C. 2.3.19; C. 5.14.5), in keiner Weise auf moralische Gründe, um deren Nichtigkeit zu rechtfertigen.

Die zweite traditionelle Aussage, nach welcher die Nichtigkeit der Verträge von deren Widerruflichkeit ableitbar ist, was zum Kontrast mit der freien und absoluten Testamentswiderrufbarkeit führt, wurde zurückgestellt.

In der Tat wurde an erster Stelle beobachtet, wie das römische Recht, vor allem in alten Zeiten, bilaterale und unwiderrufliche Institutionen kannte, von welchen Gebrauch genommen wurde, um das eigene Erbe nach dem Tode zu verfügen und dass die älteste Testamentsform in Wirklichkeit genau zehn Monate lang als unwiderruflich galt: Zur Auflösung benötigte man die Gründung eines neuen und gültigen Testaments, was nur anlässlich der Einberufung der *comitia curiata* geschehen konnte.

Zum anderen wurde in den grundlegenden Durchführungsphasen darauf hingewiesen, dass dies, bezüglich des klassischen bürgerlichen und prätorianischem Testamentes, allmählich zur Entstehung der Widerrufsfreiheit geführt hat, anfänglich allerdings ziemlich eingeschränkt, weil es keine Anerkennung der formalen Widerrufbarkeit gab.

Dank des Einflusses des prätorianischen Gesetzes, des Militärtestamentes, des Testamentsschreibers, des Kodizills und des Reichsrechtes, hatte es auch bei Änderung mittels Widerruf oder bei Testamentsvernichtung Gültigkeit – dies führte zur Vernichtung der *tabulae*.

Später wurde das Fragment von Ulpian D. 34.4.4. analysiert, von welchem die berühmte lateinische Maxime *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*

abgeleitet wurde, auf welche die Idee zurückgeführt wurde, dass sie für das römische Recht und das Widerspruchsrecht des Testaments ein Element von wesentlicher Bedeutung wäre.

In der Tat muss dieser berühmte Satz dem angehörigen Kontext entsprechend interpretiert werden und in Beziehung mit dem Fragment D. 34.4.3.11, welches ihm vorausgeht, betrachtet werden. Tatsächlich wird das Prinzip nicht in allgemeinen Bedingungen für die Verfügungen *mortis causa* ausgedrückt, sondern bezieht sich im speziellen Fall auf den Widerspruch eines Vermächtnisses und an eine nachfolgende Feindschaft gegenüber dem Legatar. Nachdem die beiden Frieden geschlossen haben, ist das Abkommen wieder als gültig zu betrachten, weil die Wichtigkeit des abgeänderten Willens des Testamentserstellers anerkannt werden muss. Das berühmte Prinzip bezieht sich eben gerade auf diese Relation.

Danach ist die tatsächliche Existenz des Verbots der Erbzuwendungsvertragserstellung basierend auf die wenigen Bezugsquellen untersucht worden

Die Stelle C. 2.3.19 bezieht sich auf eine Vereinbarung, in welcher zwei Brüder, die beide Militärdienst leisten, beidseitig als Erben auftreten. Sie wurde als akzeptabel angesehen, weil sie als gegenseitiger gemeinsamer Wille von Soldaten interpretiert und auf Grund der Privilegien des Soldatentestamentes anerkannt wurde.

Es ist wichtig zu betonen, dass, wenn es nicht um ein Privileg von Soldaten gehandelt hätte, diese Schrift als Erbzuwendungsvertrag qualifiziert worden und daher als nicht betrachtet worden wäre.

Ein zweites Fragment ist C. 5.14.5, welche die Nichtigkeit eines *pactum interpositum vice testamenti* vorsieht, der sich auf eine Aussteuer bezieht und mit welcher man durch *mortis causa* über des Vermögens der Ehefrau verfügt. Der Grund für die Nichtigkeitserklärung ist am Anfang des Textes erwähnt: *hereditas extraneis testamento datur* und daraus geht hervor, dass die Ungültigkeit des Erbzuwendungsvertrages, eingeleitet als Universaltitel, unvereinbar mit dem Nachfolgerecht der römischen Bevölkerung ist.

Während aus diesen Fragmenten die Existenz der Verbote der Erbzuwendungsverträge mit Universaltitel ersichtlich ist, trifft dies auf Erbverträge mit Spezialtiteln nicht zu. In der Tat zeugen eine Reihe von Quellen und einige Institute über die Aufnahme dieser Figuren innerhalb der Verfügungen von Todes wegen.

Zu diesem Zwecke wurde die Stelle D. 23.4.29.2 untersucht, in welcher die Wirksamkeit einer Vereinbarung *de lucranda dote* zwischen Ehefrau und Bruder anerkannt wird, womit ein gesetzlich vorgeschriebener Erbvertrag mit Spezialtitel zu Gunsten des Letzten erkannt werden kann: Das Institut der *mancipatio familiae mortis causa*,

welches sämtliche Elemente, welche die Kategorie Kennzeichen, aufführt; die schuldhaftige *donatio mortis causa*, als Vorbedingung für den Tod des Spenders, jedoch durchgeführt erst nach *sola cogitatione mortis*, da auch diese alle typischen und notwendigen Elemente des gesetzlich vorgeschriebenen Erbvertrages aufweisen.

Kurz wurden noch die geschichtliche Entwicklung zum Schutz der Rechte der engeren Familienangehörigen des *de cuius* erwähnt, was zu einer immer weiteren Anerkennung der Rechte geführt hat. Ausserdem wurden die Erbverzichtsverträge erläutert (die im Wesentlichen für nichtig erklärt wurden, um eine Umgehung der notwendigen Nachfolgenormen zu vermeiden), jedoch notwendig zur Identifizierung der Gründe waren, die als Grundlage des Verbots der gesetzlich geregelten Erbverträge mit Universalitel basieren.

Was die *ratio* des Verbots betrifft, ist das Motiv der Unmoral, wie bereits erwähnt, auszuschliessen, während die Motivation der Unwiderrufbarkeit abgeändert werden muss: Sicher war sie nicht der Hauptgrund, welcher zu dessen Nichtigkeit geführt hat; dennoch ist es wahrscheinlich, dass die erhöhte Relevanz proportional zur Anerkennung einer kontinuierlich steigenden Freiheit des Testamentswiderrufs geführt hat.

Ausser dem Grund der sozialen Ordnung, der von der Präsenz der c.d. *captatores hereditatis* diktiert wurde, wird ein weiteres Motiv ausdrücklich in C. 5.14.5 angeführt, nachdem das Erbe nur testamentarisch weitergegeben werden konnte. Ein *pactum* war nicht ausreichend, um die Übertragung der *hereditas* gemäss allen Vorschriften zu gewährleisten, schliesslich handelte es sich um eine freie Schrift.

Des Weiteren hätte ich geglaubt, ein anderes Motiv des Verbots identifiziert zu haben, nämlich das Streben zum Schutz der Interessen der Familien: Die Möglichkeit, unwiderruflich über sein Vermögen erblicherseits verfügen zu können (indem man hinsichtlich des gesetzlichen Verzichtes des Erbvertrages die verhängten Vorschriften zum Schutz der engsten Familienmitglieder entflieht, was heutzutage ein wachsendes Bedürfnis ist), hätte das Gleichgewicht des Vermögens (und der Macht) grosser Familien, die im römischen Mittelalter und in der spätrepublikanischen - Zeit eine sehr relevante politisch soziale Rolle spielten, beeinflussen können.

Eine Textgrundlage der hier unterbreiteten Arbeit kann man im C. 5.14.5 identifizieren, der die Nichtigkeit eines solchen Vertrages bestätigt, und zwar *hereditas extraneis testamento datur*. Dieser Ausspruch scheint der Ursprung des Begriffes *extranei* zu sein, der diejenigen zum Erbe auffordert, die nicht zu *sui* gehören, also keine Familienangehörigen *proprio iure* waren. Auch aus dem C. 2.3.19 kann man Indizien bezüglich des Zusammenhanges des Verbots

mit der notwendigen Sukzession erkennen. In der Tat scheint es eine Korrelation zwischen der Gültigkeit eines gegenseitigen militärischen Testamentes, welches im Grunde genommen ein gesetzlich geregelter universaler Erbvertrag ist, und der Tatsache, dass für die Soldaten aufgrund ihrer Privilegien, die Regelung des Schutzes der legitimen Erben keine Gültigkeit habe.

Die vergleichende und diachronische Analyse der Figur des Erbvertrages hat mir erlaubt, einige Analogien zwischen den verschiedenen Gerichtsbarkeiten zu erkennen, abgesehen davon, dass es sehr interessant war und mir ein vollständigeres Verständnis der Institution geliefert hat. Nachstehend beschreibe kurz einige der Fälle, die mich am meisten beeindruckt haben.

Ein erstes Element der Gemeinsamkeit besteht im Verbot der Pflichterbverträge c.d., welches nicht nur im italienischen Recht, sondern auch im römischen Recht, geregelt ist. Es erklärt all jene Erbverträge für nichtig, die im Zusammenhang mit der Verletzung der Moral stehen. Das Schweizer Gesetz sanktioniert dessen Nichtigkeit trotz der Anerkennung der realen Erbverträge. Dies verdeutlicht und zeigt die unterschiedliche Natur dieser Verträge bezüglich der realen Erbverträge c.d. Ausserdem ist die Motivation des Verbots in allen Verordnungen dieselbe: Sollten die Pflichterbverträge erlaubt sein, wären sie ein Willenszwang des *de cuius*, der bei seiner Erbverfügung gebunden wäre, sich an die gesetzlichen Vorschriften zu halten.

Ein zweites ähnliches Element betrifft den Erbvertrag vor dem Erbgang im römischen und schweizerischen Recht: In beiden ist dieser verboten und wird als unmoralisch angesehen (diese Meinung wird auch im italienischen Gesetz vertreten), weil dies zu einer Spekulation über den Tod des *de cuius* führen würde. Der Ausnahmefall des Einverständnisses des frei verfügbaren Erbvertrages von Seiten des *de cuius* ist jedoch anerkannt, der dessen Gültigkeit unter Ausschluss der Gefahren, die für ihn eintreten könnten, garantiert. Ausserdem bleibt es dem *de cuius* in beiden Verträgen freigestellt, *inter vivos* und *mortis causa* über sein Vermögen zu verfügen; während aber in der Schweiz sein Einverständnis als unwiderruflich gilt, konnte es in Rom vom *de cuius* vor seinem Tod jederzeit widerrufen werden.

Abschliessend können einige Ähnlichkeiten durch die Begründung des Verbots der Erbverträge und durch die Notwendigkeiten deren Anerkennung festgestellt werden. Zum Beispiel wird die *Ratio* des Verbots der Erbverträge traditionell auf die Unvereinbarkeit mit der Freiheit des Widerrufs der *actio mortis causa* sowohl im italienischen als auch im römischen Recht zurückgeführt. Das römische Recht musste allerdings wohl eher als Rechtfertigung für die modernrechtlichen Gründe herhalten.

Weiter ist das Verbot der Institution in beiden Fällen mit dem Rechtsschutz der gesetzlichen Erben verbunden, welche mit dessen Einführung beeinträchtigt werden könnten. Auch in der Schweiz wurde, vor der Einführung der Erbverträge ins ZGB, das Institut selbst eifrig diskutiert. So wurden die Erbverträge von einigen Kantonen wegen der Gefahr des Missbrauchs und der Verletzung der Rechte der Erben abgelehnt.

Diese Forschungsarbeit hat mir erlaubt, auch über das heute gültige Verbot der Erbverträge nachzudenken, welche in einer allgemeinen Form verfasst und im Artikel 458 c.c. geregelt sind.

Es handelt sich hierbei um eine Form von Erbverträgen, dessen Steifheit immer mehr als anachronistisch und überwältigend wahrgenommen wird. Sie widerspiegeln die moderne Gesellschaft nicht mehr, welche sich in die entgegengesetzte Richtung des Verbotes entwickelt hat, um Methoden und neue Instrumente zu finden, damit dieses übergangen werden kann oder um trotzdem die Ziele zu erreichen, welche man in einfacherer (und in sichererer) Weise mit Nachlassverträgen erreichen könnte.

Meiner Meinung nach wäre eine Abänderung der italienischen Normen durch die Anerkennung von Erbverträgen (zumindest des Erbzuwendungs- und des Erbverzichtsvertrages) unter der gebotenen Vorsicht (der Form entsprechend, dem Schutz gegen Willensmängel, dem Schutz gegenüber jenen Menschen, welche vorhaben, diese Art von Verträgen abzuschliessen usw.⁷²²) und mittels einer unbedingt notwendigen Nachlassreform wünschenswert, um mit der Einführung der Erbverträge - die eine Solidaritätsgarantie und deren Sicherstellung darstellen - eine Schlichtung zu erreichen.

Die bisher traditionell angewandten Motive zum Verbot der Erbverträge haben heutzutage keine Grundlagen mehr im sozialwirtschaftlichen System und die bisher begleitenden Ängste ihnen gegenüber haben keinerlei Rechtfertigung, wie man eindeutig aus der Realität der Länder ersehen kann, in welchen diese Erbverträge erlaubt sind und dies eindeutig bewiesen wurde.

Obwohl tatsächlich auch die Debatte betreffend der Einführung des Erbvertrages im Schweizer Zivilgesetzbuch 1912 von Zweifeln und Opposition, die heute noch in der italienischen Doktrin und Jurisprudenz vorhanden sind, gekennzeichnet waren, hatte sich die Schweiz letztendlich für die Einführung von Erbverträgen entschieden und heutzutage, nach mehr als 100 Jahren, ist es eine der meist verwendeten Rechtsbehelfe, um den Nachlass an

⁷²² Vorsichtsmassnahmen, z.B. gemäss Schweizer Gesetz – siehe § 12.

Personen und Gesellschaften zu regeln. Die Ängste und Szenarien derjenigen, die den Erbvertrag ablehnten, sind bis heute nicht eingetroffen⁷²³.

Zur Unterstützung der Notwendigkeit von Veränderungen hat ausserdem die Analyse des römischen Rechtes und die Exegese der einzelnen Schritte ans Licht gebracht, dass auch das römische Recht, welches allgemein für die Grundlage des italienischen Rechts gehalten wird, keine Rechtssteifheit und Enge kannte, wie dies bei Art. 458 c.c. der Fall ist. Im Gegenteil: Es wurden immer mehr (und manchmal auch im Allgemeinen, wie im Falle der *donatio mortis causa*) einige Arten des Erbzuwendungsvertrages anerkannt, soweit diese den Ansprüchen und Notwendigkeiten der einzelnen Person innerhalb der Gesellschaft entsprachen.

⁷²³ Auch der napoleonische Gesetzgeber hat trotz Einführung des Verbotes der Erbverträge (und der Erbabmachung) eine gewisse Sensibilität in der Formulierung des kategorischen Verbotes dieser Institution gezeigt, indem er zugab, dass die einvernehmliche Planung der Nachfolge nicht immer negativ sein würde (in der Tat waren zwei Ausnahmen zu diesem Verbot erlaubt: Die *la donation partage* und *l'institution contractuelle* o *donation de biens à venir*).

BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., *Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, XI, 2011
- AMELOTTI M., *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano, 1953
- AMELOTTI M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forme classiche di testamento*, 2, Torino, 1967
- ANNUNZIATA R., AVAGLIANO R., COLUCCI R., COLUCCI V., CRESCENZI A., DE FILIPPIS B., MAURANO R., PAESANO G., PINTO M. C., FRAGONESE F., SAVARESE S., *Successioni mortis causa nella famiglia legittima naturale*, in *Biblioteca del diritto di famiglia* (a cura di B. De Filippis), 15, Torino, 2012
- APPLETON C., *Le testament romain. La methode du droit comparé et l'authenticité del XII tables*, Parigi, 1903
- APPLETON C., *Aperçus nouveaux sur le terme certain ou incertain en droit romain*, in *Rev. gén. du droit*, 50, 1926
- ARANGIO RUIZ V., *L'origine del testamentum militis e la sua posizione nel diritto romano classico*, in *BIDR*, 18, 1906
- ARANGIO RUIZ V., *Epigrafia giuridica greca e romana: il testamento di Tolomeo VII (od VIII) Evergete, detto Neoteros*, in *SDHI*, Roma, 1936, 2, fasc. 2
- ARANGIO RUIZ V., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977
- ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1989,
- ARCARIA F., *Per la storia dei testamenti pubblici romani: il 'testamentum apud acta conditum' ed il 'testamentum principii oblatum'*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 1, Milano, 2007
- ARCES P., *Studi sul disporre mortis causa dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013
- ARCHI G. G., *Utilis e inutilis nelle fonti giuridiche*, in *LABEO*, 9, 1963
- ATELLI M., *Prime note sul patto di famiglia*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006
- AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973
- AZZARITI G., *Diritti dei legittimari e loro tutela*, Padova, 1975
- BALESTRA L., MARTINO M., *Il divieto dei patti successori*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009
- BARCELONA C., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973

- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 2, Torino, 1955
- BAREL B., *La disciplina dei patti successori*, in P. Franzina e A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa - Collana di Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2013
- BARTOLI S., *Il trust*, Milano, 2001
- BECK A., *Grundriss des Erbrechts*, Bern, 1976
- BELLOMO M., *Il diritto di prelazione nel Basso Impero*, in *Annali di storia del diritto*, II, Milano, 1958
- BETTI E., *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milano, 1928-29
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952
- BETTI E., *'Declarare voluntatem' nella dogmatica bizantina*, in *Studi Albertario*, 2, Milano, 1953
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, 2, Torino, XV, 1950; 1956
- BIANCA C. M., *Diritto civile. II. La famiglia-Le successioni*, Milano, 2005
- BIAVASCHI P., *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra IV e VI secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, in *Ravenna capitale. Territorialità e personalità. Compresenza di diversi piani normativi*, Santarcangelo di Romagna, 2013
- BIONDI B., *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 2, 1914
- BIONDI B., *Corso di diritto romano. Diritto ereditario, parte generale*, 1, Milano, 1934
- BIONDI B., *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, I, Milano, 1946
- BIONDI B., *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954
- BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955
- BOHACEK M., *Il problema della revoca non formale del testamento nel diritto classico e giustiniano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1930
- BONAFINI L., *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contratto e impresa*, 2006
- BONFANTE P., *Scritti giuridici vari. Famiglia e successioni*, Torino, 1916
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. 2. La proprietà*, Roma, 1920
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia*, Roma, 1925
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. 6. Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930

BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934

BONILINI G., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000

BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006

BONILINI G., *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in G. BONILINI (diretto da) *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009

BONOMI A., *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010

BRINI G., *Corso di diritto romano. Le successioni*, Bologna, 1927

CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994

C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in V. Roppo (a cura di), *AA. VV. Trattato del contratto. VI. Interferenze*, Milano, 2006

CACCAVALE C., *Il patto di famiglia*, in V. Roppo (a cura di), *AA. VV. Trattato del contratto. VI. Interferenze*, Milano, 2006

CALÒ E., *Le successioni nel diritto internazionale privato*, (in *Lecture notarili*), Milano, 2007

CALOGERO M., *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-461*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006

CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 1999

CANTARELLA E., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2001

CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, II, Milano, 1959

CAPOZZI G., *Comunione convenzionale ed acquisti a causa di morte*, in *Vita not.*, *Esperienze giuridiche*, Supplemento al n. 6, nov.-dic. 1989

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, 1, Milano, 2002, 2009, 2015

CARAMAZZA G., *Delle successioni testamentarie, art. 587-712*, in De Martino (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Novara, 1982

CARIOTA FERRARA L., *Mandato post mortem e disposizioni sulla sepoltura*, in *Foro lomb.*, 1934

CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte. I. Parte generale*, Napoli, 1977

CAROTA L., *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008

CASU G., *I patti successori*, in G. Casu, M. Moretti, G. Santarcangelo, *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006

CASULLI V. R., *Donazione mortis causa (dir. civ.)*, in *ED*, 13, 1964

CERRI S. P., *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, in F. Galgano (a cura di), *Le monografie di contratto e impresa*, Milano, 2014

CIACCIO E. (nota di), *Effetti del contratto di lavoro stipulato con promessa di adozione e istituzione di erede*, in *Mass. Giust. Civ.*, 1964, I

CIAN G. (a cura di), *Commentario breve al codice civile. Complemento giurisprudenziale*, I, Padova, 2003

CICU A., *Testamento*, Milano, 1951

CLERICI R., *Sub. art. 46*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995

COLLOQUI con il Dott. Urs Fasel, Avvocato e Notaio in Berna

COLLOQUI con il Prof. Stephan Wolf, Avvocato e Notaio, Ordinario di diritto privato e diritto notarile all'Università di Berna

COPPOLA C., *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005

COPPOLA BISAZZA G., *Brevi riflessioni sulla funzione della 'mancipatio familiae'*, in *IURA*, 50, 1999

COPPOLA BISAZZA G., *La successione dei legittimari dal tardo-antico al post-moderno*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 9, 2016

COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1987

COVIELLO L. jr., *Il mandatum post mortem*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1930

COVIELLO L. jr., *Diritto successorio*, Bari, 1962

COVIELLO N., *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1914

CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980

D'AVANZO W., *Delle successioni. 1. Parte generale*, Firenze, 1941

DALLA MASSARA T., *Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica*, in *Seminarios Complutenses*, 2015

DAMASCELLI D., *La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 2003

DAMASCELLI D., *I criteri di collegamento impiegati dal Regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte*, in P. Franzina e A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa - Collana di Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2013

DAVÌ A., ZANOBETTI A., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014

- DE BELVIS E., *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013
- DE CUPIS A., voce *Successione testamentaria*, in ED, 43, 1990
- DE DOMINICIS M., *Osservazioni giuridiche sul testamento di Tolomeo Neoterus*, Venezia, 1932
- DE FRANCISCI P., *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in BIDR, 23, 1911
- DE FRANCISCI P., *Quelques observations sur l'histoire du testament conjonctif réciproque* in *Rev. Hist. Droit*, 3, 1924
- DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976
- DE GIORGI M. V., voce *Patto successorio*, in ED, 32, 1982
- DE SARLO L., *Gaio II, 151 e la natura della revoca testamentaria non formale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, vol. V-VI, ser. VI, 1949
- DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, *Riv. dir. civ. I. Quaderni*, Padova, 2007
- DI LELLA L., *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972
- DI LELLA L., voce *Successione necessaria (dir. rom.)*, in ED, XLIII, Milano, 1990
- DI PAOLA S., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966
- DI PAOLA S., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969
- DI OTTAVIO D., *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti, 1. Le origini*, Napoli, 2012
- DONATI A., VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2000
- DRUEY J. N., *Grundriss des Erbrechts*, Bern, 2002
- DUTTA A., *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013
- FADDA C., *Dell'origine dei legati*, in AA. VV., *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della Università di Bologna*, Roma, 1888
- FADDA C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900
- FALZONE M. G., *Patti di famiglia, patti successori e tutela dei legittimari*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari, Facoltà di Giurisprudenza*, vol. LXI, Napoli, 2009
- FASCIONE L., *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012
- FERRI G. B. (nota di), *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazione di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II

FERRI L., *Successioni in generale, Art. 456-511*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980

FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Dell'apertura della successione, della delazione e dell'acquisto dell'eredità. Della capacità di succedere - dell'indegnità. Della rappresentazione - dell'accettazione dell'eredità. Art. 456-511*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano). II. *Delle successioni*, Bologna-Roma, 1997

FILOMUSI GUELFY F., *Diritto ereditario*, I, Roma, 1903

GAGLIARDI L., *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002

GALLETTA C., *Il divieto del testamento congiuntivo e reciproco nel diritto romano tra regola ed eccezione*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di Scienze Giuridiche Economiche e Politiche*, 78, Messina, 2009

GANDOLFI G., *Prius testamentum ruptum est*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962

GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1, Milano, 1964; 1938

GATT L., *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 6, 2009

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006

GAZZONI F., *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II,

GENOVESE M., *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2011

GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954

GIAMPICCOLO G., voce *Atto mortis causa*, in *ED*, 4, 1959

GIANZANA S., *Codice civile preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria, dalle discussioni parlamentari e dai verbali della commissione coordinatrice coll'aggiunta delle leggi complementari che si riferiscono al codice civile*, I, *Relazione sul progetto del terzo libro del codice civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli*, n. 137, Torino, 1887

GIARDINA F., voce *Successioni (Diritto intermedio)*, in *NnDI*, 18, Torino, 1971

GLÜCK F., *Commentario alle Pandette*, XVIII, Milano, 1901

GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1963

GROSSO G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966

- GROSSO G., BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, vol. XII, tomo I, Torino, 1977
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 2001
- HAIMBERGER A., *Il diritto romano privato e puro*, Venezia, 1839
- HALLEBEEK J., *Contracts for a third party beneficiary. A historical and comparative account*, (a cura di J. Hallebeek e H. Dondorp), Leiden-Boston, 2008
- HUBER E., *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, II, Basel, 1888
- HUBER E., *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz - und Polizeidepartments*, I, Bern, 1914
- IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994
- IEVA M., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti all'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2000
- IEVA M., voce *Successione. X. Fenomeni parasuccessori*», in *Enc. Giur. It.*, volume di aggiornamento XI, 2003
- IEVA M., *Divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. Not.*, 2005
- IEVA M., *Divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in S. Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007
- IEVA M., *Art. 458*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del Codice civile, Delle successioni*, (a cura di) V. Cuffaro, F. Delfini, Milano, 2009
- JÖRS P., *Römisches Recht: Geschichte und System des röm. Privatrechts*, Berlin, 1927
- LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930
- LEIBNIZ G. W., *Des conditions (De conditionibus)*, Parigi, 2002
- LENEL O., *Zur Geschichte der heredis institutio*, in *Essay in legal history (read before the international Congress of historical studies held in London in 1913)*, Oxford, 1913
- LESSONA C., *La revocabilità del testamento nella sua evoluzione storica*, Torino, 1886
- LISERRE A., *Art. 457*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile. Delle successioni*, V. CUFFARO, F. DELFINI (a cura di), Milano, 2009
- LOVATO A., PULIATTI S., SOLIDORO MARUOTTI L., *Diritto privato romano*, Torino, 2014
- LUMINOSO A., *Il mandato*, Milano, 2000

- LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001
- MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992
- MARELLA M. R., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1991
- MARINO S., *La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2010
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 2011
- MASCHERONI A., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa. I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006
- MASI A., *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, in *RISG*, 10, 1962
- MATERA P., *Il patto di famiglia*, in *I rapporti patrimoniali. L'impresa familiare. Il patto di famiglia*, III, Torino, 2011
- MATTIOLI F., *Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al 'Draft Common Frame of Reference'*, in *Rivista di diritto romano*, 10, 2010
- MELLONE M., *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010
- MELUCCI P., *Il diritto di successione*, Napoli, 1910
- MENGONI L., *Successione per causa di morte. Successione legittima*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1990
- MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XLIII, 2, Milano, 2000
- MERZ S., *La trasmissione familiare e fiduciaria della ricchezza*, Padova, 1998
- MESSINA VITRANO F., *La disciplina romana nei negozi giuridici invalidi. I. I negozi "iuris civilis" sotto condizione illecita*, in *Annali Università di Perugia*, 33, 1922
- MESSINEO F., voce *Convenzione (dir. priv.)*, in *ED*, 10, 1962
- MICHAÉLIDÈS NOUAROS G., *Contribution à l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (Justinien et post-Justinien)*, Parigi, 1937
- MIGLIAZZA A., voce *Successione (Diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, 30, Roma, 1993
- MINERVINI G., *Il mandato. La spedizione. La commissione*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, VIII, 1, Torino, 1952

MITTEIS L., WILCKEN U., *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig, 1912

MONCALVO F., *Art. 458*, in G. Bonilini e M. Confortini (a cura di), *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni*, Torino, 2007

MURGA J. L., *Los negocios “pietatis causa” en las constituciones imperiales postclasicas*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 37, 1967

NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2009

OBERTO G., *Il patto di famiglia*, Padova, 2006

OBERTO G., *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2006

PACCHIONI G., *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933

PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983

PALAZZO A., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995

PALAZZO A., *Le successioni*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, I, Milano, 1996

PALAZZO A., voce *Successioni (parte generale)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 19, 2001

PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2003

PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi. Grandi questioni e pareri* (a cura di G. Palazzolo), in G. Alpa e S. Patti (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Padova, 2008

PALAZZOLO N., *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in *IURA*, 28, 1977

PARADISO M., quesito *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in A.

PASTORI F., *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994

PEREGO E., *Favor legis e testamento*, Milano, 1970

PERLINGIERI P. (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. II. Delle successioni. Artt. 456-809, (art. 458)*, Napoli, 1991

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928

PERTILE A., *Storia del diritto italiano, IV, Storia del diritto privato*, Torino, 1893

PORCIELLO A., MAZZUCA M., *Sulle successioni mortis causa tra autonomia e valori costituzionali*, Napoli, 2014

- PRESTIPINO G., *Delle successioni in generale, Art. 456-535*, in De Martino (diretto da), *Comm. Cod. civ.*, (art. 458), Novara, 1981
- PULIATTI S., *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, estratto da A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino, 2016
- QUADRATO R., *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, in *Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Bari*, Napoli, 1983
- RATTI U., *Note sul testamento di Tolomeo Neoteris*, Pisa, 1930
- RATTI U., *Note sul testamento di Tolomeo Neoteris*, in *Rivista di filologia classica*, 2, 1933
- RENIER E., *Étude sur l'histoire de la querela inofficiosi testamenti en droit romain*, Liège, 1942
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1982
- RESCIGNO P. (a cura di), *Codice civile. Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Milano, 1994
- RESCIGNO P., *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995
- RICCOBONO S., *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 43, 1922
- RODOTA S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1, 1967
- ROPPO P., *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. Priv.*, 5, 1997
- ROSSEL V., MENTHA F. H., *Manuel du droit civil suisse*, XII, Lausanne/Genève, 1922
- ROSSEL V., *Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung vom 15. Dezember 1905*, Nationalrat
- SACCONI G., *Ricerche sulla stipulatio*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, Napoli, 1989
- SALIS L., *La successione necessaria nel diritto civile italiano*, Padova, 1929
- SALVIOLI G., *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921
- SAMPER POLO F., *La disposicion mortis causa en el derecho romano vulgar*, in *Anuario de historia del derecho español*, 38, 1968
- SANFILIPPO C., *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della hereditas*, Napoli, 1946
- SANTORO PASSARELLI F., *Validità della donazione di usufrutto cum praemoriar*, in *Foro It.*, 1, 1950
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997
- SAVIGNY F. K. von, *Sistema del diritto romano attuale*, 4, Torino, 1886-1898

- SCALISI V., *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989
- SCHERILLO G., GNOLI F., *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, 2003
- SCHLESINGER S., voce *Successioni (Diritto civile), parte generale*, in *NnDI*, 18, Torino, 1971
- SCHULZ F., *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934
- SCHUPFER F., *Gaeta e il suo diritto. III. La famiglia e le successioni ereditarie*, Roma, 1915
- SCIALOJA V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1915
- SCIALOJA V., *Il testamento di Acca Larentia*, in *Studi Giuridici*, 2, Roma, 1934
- SCOTTI F., *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012
- SCOTTI F., *La pluralità di tabulae testamentarie: fonti letterarie e casistica giurisprudenziale*, in *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, anno XV, 2016, quad. 14
- SERANGELI S., *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo studio delle forme testamentarie*, 1, Milano, 1982
- SERANGELI S., [B. M. REIMUNDO, *La sistematización de la indigzoznidad para suceder según el derecho romano clásico*, I, in *Pubbl. Univ. de Oviedo*, Oviedo, 1983], in *IURA*, 34, 1983
- SIBER H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, 2, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928
- SIBER H., *Schuldvertäge über Sittenwidrige Leistungen*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930
- SIČ (SZÚCS) M., *L'eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 59, 2012
- SOLAZZI S., *Diritto ereditario romano*, 1, Napoli, 1932
- SOLAZZI S., *Glosse a Gaio*, in *SDHI*, 6, 1940
- SOLAZZI S., *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano*, in *IURA*, 5, 1954
- STEINAUER P. H., *Le droit des successions*, Bern, 2006, 2015
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- TASSINARI F., *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006
- TEDESCHI G. U., *La divisione d'ascendente*, Padova, 1936
- TELLEGEN COUPERUS O. E., *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Zutphen, 1982

- TERRANOVA F., *Sulla natura «testamentaria» della cosiddetta mancipatio familiae*, in AUPA, 53, 2009
- TERRANOVA F., *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011
- TORRENTE A., *La donazione*, in A. Cicu e F. Messineo (a cura di), *Tratt. dir. civ e comm.*, Milano, 1956
- TORRENTE A., *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*, in *Foro it.*, I, 1959
- TRAISCI F. P., *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007
- TROISI B., *Diritto civile. Lezioni*, Napoli, 2004
- TUOR P., SCHNYDER B., SCHMID J., RUMO JUNGO A., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich/Basel/Genf, 2009
- VENDITTI A., *L'eredità del socio a responsabilità illimitata e la continuazione delle società*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1953
- VENTURINI F., *Profili di contrattualizzazione a finalità successoria*, Firenze, 2012
- VIGNALE M., *Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. giur.*, 1962
- VISMARA G., *I patti successori nella dottrina di Paolo di Castro*, in *SDHI*, 36, 1970
- VISMARA G., *Storia dei patti successori*, I, Milano, 1986
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*, 1, Milano, 1967
- VOLTERRA E., *Sulla capacità del populus romanus di essere istituito erede*, in *Scritti F. Mancaloni*, 16, 1937
- WOLF S., BERGER STEINER I., *Erbrecht in der Schweiz*, in R. Süss (a cura di), *Erbrecht in Europa*, Angelbachtal, 2008
- WOLF S., *Die Europäische Kommission auf den Spuren von Eugen Huber und Virgile Rossel - Betrachtungen zum Erbvertrag, insbesondere als Instrument der Unternehmensnachfolge*, in P. V. Kunz, D. Herren, T. Cottier, R. Matteotti (a cura di), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren*, Basel, 2009
- WOLF S., *Besonderheiten des schweizerischen Erbrechts, aus der Sicht des ABGB*, *recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 28, 2010
- WOLF S., G. S. SANDRO, *Schweizerisches Privatrecht (SPR)*, IV.1. *Erbrecht*, Basel, 2012

- WOLF S., *Il contratto successorio secondo il Codice civile svizzero*, in M. G. Falzone Calvisi (a cura di), *Diritto successorio. Approfondimenti tematici*, II, Milano, 2013
- ZOPPINI A., *Il patto di famiglia (linee per una riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Dir. priv.*, 1998
- ZOZ M. G., FERRETTI P., *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza. II. Regole generali in tema di successioni*, Trieste, 2013

INDICE DELLE FONTI

A) FONTI GIURIDICHE ANTICHE

I. FONTI PREGIUSTINIANEE

XII TABULAE

5.4 226 nt. 625; 227

CODEX THEODOSIANUS

2.24.2 172; 174; 175 nt. 465

EPITOME ULPIANI (o *Tituli ex corpore Ulpiani*)

11.14 226 nt. 625

23.2 183 nt. 483

GAI INSTITUTIONES

2.102-105	209	2.123	230
2.102	209 nt. 558; 210	2.151	183; 192 nt. 506
2.103	181 nt. 478; 209 nt. 558; 210; 212; 212 nt. 567	2.151 a	185 nt. 492; 186 nt. 496
2.104	211; 182 nt. 481	2.157	226
		2.224	226 nt. 625

NOVELLAE VALENTINIANI

21.1 171; 200 nt. 528

II. FONTI GIUSTINIANEE

INSTITUTIONES

2.7.1	217; 222 nt. 609	2.19.4	182 nt. 481
2.13.6	201 nt. 534	2.21	196 nt. 517
2.18.6	245	3.19.19	204 nt. 545

DIGESTA

2.14.34	243	28.5.53	182 nt. 481
5.2.2	233 nt. 657	28.5.71	171 nt. 455; 252
5.2.5	233 nt. 657		nt. 712
5.2.13	233 nt. 657	28.5.93	193
5.2.19	233 nt. 657	28.6.2.2	172
12.1.9.4	162 nt. 423	29.1.1 <i>pr.</i>	202 nt. 538
12.1.19 <i>pr.</i>	218	29.1.15.1	185 nt. 491
12.5.8	163 nt. 425	29.1.19 <i>pr.</i>	192 nt. 508
17.2.3	174	29.1.24	202 nt. 538
17.2.52.9	168 nt. 441	29.1.34.1	185 nt. 490
18.4.1	172; 174	29.7.17	167 nt. 439; 168
23.4.29.2	161; 206; 208;		nt. 441
	267; 280	34.4	195; 196 nt. 517
24.1.11 <i>pr.</i>	218 nt. 588	34.4.3.11	195; 196 nt. 518;
24.1.32.3	197		266; 280
28.1.24	187 nt. 497	34.4.4	2; 160; 195; 196;
28.2.13.1	183 nt. 484		197; 266; 279
28.3.12.1	192 nt. 507	34.4.16	192 nt. 507
28.4.1	190 nt. 504; 191	34.4.20	182 nt. 481
28.4.1 <i>pr.</i> -3	191	34.4.22	196 nt. 518
28.4.1.3	186 nt. 496; 192	34.4.29	196 nt. 518
	nt. 506	34.5	195
28.4.1.5	192 nt. 507	34.7	195
28.4.2	186 nt. 496	34.9.2.3	172
28.4.3	186 nt. 496	34.9.12	185 s.; 186 nt.
28.4.4	187		
28.4.14	183 nt. 484		
28.5.31	182 nt. 481		

	496	39.6.8 <i>pr.</i>	159
34.9.16.2	186 nt. 496	39.6.13.1	219 nt. 591
35.2.15.1	244 nt. 689	39.6.26	203 nt. 541; 217
35.2.92	202 nt. 536	39.6.29	218 nt. 588
36.1.28.4	172	39.6.32	221 nt. 605
37.2.1	190; 192	39.6.35. <i>pr.</i>	222 nt. 607
37.11.1.24	190	39.6.35.2	217
37.11.8.3	191	39.6.35.3	218 nt. 587
37.12.1.3	242 nt. 681; 244 nt. 687	39.6.35.4	219 nt. 591
38.6.3	190; 190 nt. 503	41.8.7	182 nt. 481
38.16.16	244	45.1.19	164 nt. 432
39.5.1. <i>pr.</i>	218 nt. 588	45.1.38.17	204 nt. 545
39.5.29.2	172; 173	45.1.61	161; 162; 163; 164; 165; 166; 166 nt. 437; 167; 168; 265; 278
39.5.30	172		
39.6.1 <i>pr.</i>	217		
39.6.2	218 nt. 588; 220 nt. 595	50.16.120	226 nt. 625

CODEX IUSTINIANUS

2.3	198 nt. 523	2.4.34	168 nt. 441
2.3.15	161; 166; 265; 279	3.28.21	240
2.3.19	161; 171; 198; 203; 203 nt. 541; 248; 250; 252; 256; 266; 267; 269; 279; 280; 281	3.28.24	201 nt. 535
		3.28.30	236
		3.28.35	244; 245
		3.28.35.1a	246
		3.28.35.2	246
		3.29	240 nt. 673
2.3.30	165; 172; 173 nt. 461; 174; 174 s., 177; 246 nt. 694	3.30.1	240 nt. 674
		4.7.5	163 nt. 424
2.4.11	173	5.14.5	156; 161; 199 nt. 526; 203; 208; 248; 250; 252;

	253; 256; 266;	6.35.4	188
	267; 268; 269;	6.50.5	222 nt. 608
	279; 280, 281	8.38.4	161; 163 nt. 428;
6.20.3	244		165; 166; 167;
6. 21.14	201 nt. 533		168; 265; 278
6.23.13	201 nt. 535	8.56(57).2.2	222 nt. 608
6.23.27	193	8.56(57).4	222 nt. 609
6.23.30	193		

IUSTINIANI NOVELLAE

18	236	87	224 nt. 621
18.1	236	107.3	172 nt. 459
18.7	172 nt. 459	115	237

B) FONTI LETTERARIE

CICERO

De inventione

2.50.148	226 nt. 625
----------	-------------

VARRONE

De re rust.

1.10.2	228 nt. 629
--------	-------------

RHETORICA AD HERENNIUM

1.13.23	226 nt. 625
---------	-------------

D) FONTI GIURIDICHE MODERNE

CODICE UNITARIO DEL 1865

954	13 nt. 28	1380	13 nt. 28
1118	13 nt. 28	1460	13 nt. 28

CODICE CIVILE ITALIANO

31 disp. prel.	32 nt. 104		89; 169; 169 nt.
43	37 nt. 116		448; 224; 259;
210	30		260; 270; 271;
254 c. 1	11 nt. 25		273; 274; 283;
457	4 nt. 4; 13; 21;		284
	24; 57; 78; 258;	463 n. 4-6	5
	272	519 ss.	18
457 c. 1	4; 23	519	18
457 c. 2	5	526	29
457 c. 3	7; 87; 115	536	7; 66 nt. 202; 85
458	4; 6; 9; 13; 13	554	86
	nt. 28; 14; 15 nt.	555	86
	34; 16, 16 nt.	556	87 nt. 252; 88
	37; 18; 19; 20;	557	18 nt. 47; 44
	21; 23; 25 nt.	557 c. 2	18; 68; 68 nt.
	73; 27; 28 nt.		207; 87
	82; 30; 34; 39	561	87
	nt. 122; 42; 44;	572	89 nt. 256
	45; 47 nt. 143;	563	87
	48; 52; 57; 57	587	9 nt. 19; 57; 67;
	nt. 172; 58; 61;		258; 272
	62; 63; 67; 68;	587 c. 1	4; 6; 6 nt. 11
	71; 74; 75; 79;	588 c. 2	6
	82; 82 nt. 240;	589	15; 15 nt. 34; 22
	87; 88 nt. 254;	590	19, 29

591 c. 2	78 nt. 230	768 <i>sexies</i>	66 nt. 202; 66 nt.
592	78 nt. 230		203
593	78 nt. 230	768 <i>septies</i>	66 nt. 202
594	78 nt. 230	769	214
595	78 nt. 230	771	24 nt. 72; 27; 72
607	6	771 c. 1	16; 25
624	5; 29; 29 nt. 91	778	72
625	6	782	214
626	28; 28 nt. 87	790	48
629	6	791	48; 48 nt. 145
630	6; 58	800 ss.	45
631	5; 58	809	71; 86; 88 nt.
632	5; 58		254
635	6; 16; 27 nt. 80;	1324	18; 18 nt. 49; 19
	258	1329 c. 2	58
679-686	5	1344	47; 50
679	6; 22; 258	1346	57
692	77; 78 nt. 230	1348	16; 27
700	58	1355	45
718	75	1356 c. 1	46
727	75	1357	46
733 c. 2	58	1367	49
737	68 nt. 209; 87;	1372	11
	87 nt. 252	1373	11
768 <i>bis</i> ss.	13; 67	1411	51
768 <i>bis</i>	65 nt. 199; 69	1412	10; 50; 51; 51 nt.
768 <i>ter</i>	65 nt. 201		152; 52; 53
768 <i>quater</i>	66 nt. 202; 67;	1418	7; 57
	69	1419	20
768 <i>quater</i> c. 3	68 nt. 209	1421	19
768 <i>quater</i> c. 4	67	1422	19
768 <i>quater</i> u.c.	68	1423	19
768 <i>quinquies</i>	66 nt. 202	1424	19, 20

1429	29 nt. 90	1923 c. 2	54; 54 nt. 164;
1429 nt. 4	29; 30		89
1444	29	1987	28
1470	70	2033	20
1478 ss.	16	2041	59
1703	56	2126 c. 1	59
1722 n. 4	55; 56; 57; 57 nt.	2269	61; 61 nt. 188
	172	2284	60; 60 nt. 184
1723 c. 2	56	2293	60
1728	56	2315	60
1729	56	2652 n. 6	19
1920 ss.	51; 53	2735	11 nt. 25
1920	53 nt. 159; 54	2901	47
1920 c. 2	53	2903	47
1921	53 nt. 159		

COSTITUZIONE ITALIANA

2	85
29	85; 91; 92
42 c. 4	23; 23 nt. 69

LEGGI CIVILI ITALIANE

- L. 89/1913

28	34
28 n. 1	34; 34 nt. 111; 81

- L. 633/1941

24	57 nt. 171
93 u.c.	57 nt. 171
96 c. 2	57 nt. 171

- R. D. 267/1942 (Legge fallimentare)

64	47
----	----

- L. 364/1989

71

- L. 218/1995

16	32; 32 nt. 101
46	34 nt. 112; 36 nt. 116
64	32; 32 nt. 102; 32 nt. 104
65	32; 32 nt. 103; 32 nt. 104
73	32 nt. 104

- L. 55/2006 13 nt. 27; 64; 69

1 67

- L. 76/2016 77

GIURISPRUDENZA ITALIANA

- GIURISPRUDENZA DI MERITO

C. App. L'Aquila, 18.06.1953 55 nt. 165

C. App. Napoli, 30.01.1958 34 nt. 110

Trib. Bari, 23.06.1964 49 nt. 150

T. Bolzano 8.3.1968 31 nt. 99; 42 nt. 128

C. App. Milano 30.3.1993 63 nt. 193

C. App. Bologna 23.10.1996 63 nt. 193

T. Genova 12.9.2006 15 nt. 34

- CASSAZIONE

2614/1941 59 nt. 180

2372/1951 58 nt. 178

2426/1951 28 nt. 82

6.10.1955 31 nt. 99

2860/1955 28 nt. 86

488/1956 33 nt. 106

1247/1956 22 nt. 66

1427/1956 58 nt. 178; 59

nt. 182

21.01.1959 46 nt. 138

418/1960 55 nt. 166

2804/1962 57 nt. 174

3299/1962 18 nt. 47

835/1964 58 nt. 178; 59

nt. 179

1604/1964 28 nt. 82

719/1965 56 nt. 169

1165/1968 16 nt. 39

1584/1969 56 ntt. 169 e 170

2680/1969 58 nt. 178; 60

nt. 183

2404/1971 14 nt. 31

2477/1971 28 nt. 83

1702/1972 22 nt. 65; 28 nt.

83; 58 nt. 178

527/1974 16 nt. 39

1434/1975 61 nt. 189; 62

ntt. 190 e 191

1086/1976 18 nt. 47

2619/1976 17 nt. 40; 46 ntt.

139 e 141

2850/1962 48 nt. 147

1044/1977 61 nt. 186

2261/1977 17 nt. 42

4712/1978	17 nt. 44	3609/1994	61 nt. 186; 63
4801/1978	16 nt. 39; 17 nt. 40	1683/1995	nt. 193 14 nt. 31
2228/1979	22 ntt. 65 e 66	5870/2000	28 ntt. 82, 83 e 84
2414/1980	33 nt. 107	12474/2002	20 nt. 58
189/1981	33 nt. 107	16978/2006	33 nt. 107
4827/1983	20 ntt. 54 e 55; 22 ntt. 65 e 66	24813/2008	16 nt. 34
2215/1984	33 nt. 107	26946/2008	14 nt. 31
5079/1986	63 nt. 195	24450/2009	20 nt. 55
4053/1987	14 nt. 31; 46 nt. 142		

CODICE CIVILE SVIZZERO

1 c. 1	136	395 s.	108
7	121; 121 nt. 334	396	120
12-19d	118; 120	398	108
12	120 nt. 329	398 c. 2	119 s.
13	120 nt. 329	398 c. 3	119 s.
14	120 nt. 329	416 c. 1, n.3	120
16	118; 118 nt. 326; 119	443 c. 1	108
19 c. 1	120; 120 nt. 331	457-640	94
19 c. 2	120; 120 nt. 330	457-466	94
27	141; 264; 278	457 c. 3	115
182 ss.	143	458	144
185	143 nt. 392	458 c. 3	115
187 c. 2	143 nt. 392	459 c. 3	115
245 c. 2	142	462	144
260 c. 3	106	467-536	94
388 ss.	108	467 ss.	94; 118
393 c. 2	120	467	118; 119
394	120	468	117; 118; 119; 129; 262; 277

468 c. 1	119	488 c. 3	100
468 c. 2	118; 119	494	105; 141 nt. 387
469	122; 123; 124; 128; 128 nt. 351; 135; 263; 277	494 c. 1	105; 105 nt. 287
469 c. 2	125	494 c. 2	106; 106 nt. 289; 107; 152
469 c. 3	123	494 c. 3	97; 106; 108; 108 nt. 300; 134
470 ss.	95	494 c. 4 (progetto)	154; 154 nt. 402
470-480	133	495	105
470	98	495 c. 1	111; 111 nt. 305; 112; 262; 276
471	98; 112 nt. 308; 144	495 c. 2	112; 112 nt. 307; 113 s.; 114 nt. 316
471 n. 1	146	495 c. 3	112; 112 nt. 307; 114; 115
471 (progetto)	153; 153 nt. 400	496	113; 113 nt. 313
474-476	98	497	115; 115 nt. 319; 262; 276
475	116	498 ss.	94; 95; 125
477 ss.	106	499-503	126
477	100; 128; 128 nt. 353; 130; 263; 275; 277	500	126
478 c. 2	115	501	126
479	100; 130	502	126; 126 nt. 345
480	100; 130, 130 nt. 357; 275	504	127; 127 nt. 347
481 ss.	95	509-511	121; 124
481	95; 260	509 c. 1	96; 96 nt. 269
481 c. 1	95	512 ss.	95; 260; 275
481 c. 2	95	512	126; 126 nt. 343; 263
484a (progetto)	153; 153 nt. 399	512 c. 2	126
484 c. 3	109; 261	513	129; 130
487	95		
488 ss.	100		
488 c. 1	100		

513 c. 1	128; 128 nt. 349; 129; 263; 277	528	99
513 c. 2	111; 128; 128 nt. 352; 130; 263; 277	528 c. 1 528 c. 2 529 530	116 134 100 100
513 c. 3	130; 132	534	109 s.; 110; 261; 276
514	108; 113; 128; 128 nt. 354; 131; 263; 277	534 c. 1 534 c. 2	110 110 s.
515	128; 132; 263; 277	534 c. 3	111; 133; 133 nt. 367
515 c. 1	111; 133	535 s.	113
515 c. 2	133	535	116
516	135; 135 nt. 371	535 c. 1	116
517 s.	106	535 c. 3	117
519-521	133; 134; 263	536	117; 117 nt. 322
519 ss.	18; 134	537 c. 1	136; 264
519	18; 121	540	95
519 c. 1, n. 1	120; 121; 262; 277	541 c. 2 542	115 95; 133; 133 nt. 365
519 c. 1, n. 2	122; 123; 124; 263; 277	542 c. 1	97; 111
519 c. 3 (progetto)	154; 154 nt. 401	543	133; 133 nt. 365
520	141	543 c. 1	97
520 c. 1	125; 263; 277	545 c. 2	95
522 ss.	98; 109	556-558	136
522-533	133	556	136 nt. 374
525	135	557	136 nt. 374
527	99	558	136 nt. 374; 137; 138
527 c. 2	116; 262; 276		
527 n. 2	113; 116	559 c. 1	137; 137 nt. 375
527 n. 3	114	560	137
527 n. 4	114		

566 ss.	137	593 ss.	139; 264; 278
566	138	593	116
566 c. 1	137; 137 nt. 378	594	116
567 c. 1	138	598 ss.	139
571	138	630	117
571 c. 1	138	635	140
572 c. 2	95; 133; 133 nt.	635 c. 2	141
	366	636	103; 103 nt. 279;
573 c. 2	138		264
579	115 nt. 320; 116	636 c. 1	140
580 ss.	110; 138	636 c. 2	140
580	139	960 c. 1, n. 1	108
589 c. 3	110		

CODICE DELLE OBBLIGAZIONI SVIZZERO

13	129	102 c. 2	131
20 c. 2	123	107 ss.	108; 131
23-31	121; 262; 277	107	131 nt. 361
24 s.	123	107 c. 1	132
24	123 nt. 338	107 c. 2	132
26	123	108	131 nt. 361; 132;
28 c. 2	124		132 nt. 362
30	124	109	131 nt. 361
62 ss.	116; 133	109 c. 2	132
66	140; 140 nt. 384	112 c. 3	107; 291
68 ss.	131	115	129
97 ss.	131	181	110; 110 nt. 303
97	131 nt. 359	239 c. 2	114
102 c. 1	131	521 c. 2	106; 106 nt. 292

NORMATIVA SVIZZERA

- Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento

285 ss.	115
---------	-----

GIURISPRUDENZA SVIZZERA

ATF 108/1982 II 405/408

141 nt. 388

CODE CIVIL FRANCESE

791	83 nt. 244	1093	83 nt. 244
929	84	1094	83 nt. 244
930	84	1130 c. 2	83; 83 nt. 244;
943	83 nt. 244		103
1075 ss.	83 nt. 244	1389	83 nt. 244
1082	83 nt. 244	1600	83 nt. 244
1083	83 nt. 244	1837	83 nt. 244

NORMATIVA FRANCESE

L. 728/2006 83

BGB TEDESCO

2274-2302 82

NORMATIVA COMUNITARIA

- Racc. Comm. CE del 7.12.1994

64

- Reg. Bruxelles II-bis 2201/2003

36 nt. 116

- Reg. 593/2008 (Roma I)

35

- Reg. UE n. 650/2012 33; 259; 274

18 proposta 40; 41

Cons. 51 36 nt. 115; 38 nt.

Cons. 7 41

120

Cons. 23-25 36 nt. 116

1 par. 2, lett. F 42

Cons. 23 36 s. nt. 116

3 34

Cons. 50 41 nt. 125

4 36 nt. 116

21 par. 1 33 nt. 108

21 par. 2	36 nt. 115; 37 nt. 116	25 par. 2	37; 37 nt. 118; 39 nt. 123; 43
22	37; 38; 38 nt. 120; 39	25 par. 3	37, 37 s. nt. 119; 38; 39; 43
22 par. 2	39	26	40, 40 nt. 124
22 par. 3	39	27	42
22 par. 4	39	35	42
24	41 nt. 125	77	34 nt. 109
24 par. 2	39	78	34 nt. 109
25	35; 38 nt. 120; 38 nt. 121; 40; 41; 42	79	34 nt. 109
		80	34 nt. 109
		81	34 nt. 109
25 par. 1	35; 35 nt. 114; 39 nt. 123; 43	83 par. 1	34

REGOLAMENTAZIONE di DIRITTO INTERNAZIONALE

- Convenzione dell'Aja del 1985	71; 81
- Convenzione dell'Aja del 1989	34 nt. 112
8	34