

GIOVANNI DE MATTEIS

DIVIETO DI PATTI SUCCESSORI E ALTERNATIVE CONVENZIONALI AL
TESTAMENTO

I - INTRODUZIONE

Negli ultimi due anni si sono succeduti tre provvedimenti legislativi che, direttamente o indirettamente, hanno affievolito l'assolutezza di una delle norme cardine del sistema successorio del nostro ordinamento, il c.d. divieto di patti successori, consacrato nell'articolo 458 del codice civile, che è uno dei primi articoli, esattamente il terzo, del libro secondo "delle successioni", titolo primo "disposizioni generali sulle successioni" del codice civile.

Gli interventi legislativi in oggetto, in ordine cronologico, sono i seguenti:

- 1) la legge 14 maggio 2005 n. 80, di conversione del D.L. 14 marzo 2005 n. 35, in vigore dal 15 maggio 2005, che ha riformato gli articoli 561 e 563 C.C., disciplinanti gli effetti dell'azione di riduzione rispetto ai pesi e alle ipoteche e quelli dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione;
- 2) la legge 23 febbraio 2006 n. 51, di conversione del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, in vigore dall'1 marzo 2006, che ha introdotto nel libro VI del codice civile l'articolo 2645, disciplinante la trascrizione degli atti di destinazione;

3) la legge 14 febbraio 2006 n. 55, in vigore dal 16 marzo 2006, che ha previsto una deroga espressa al divieto di patti successori, modificando l'art. 458 C.C., per effetto dell'introduzione degli articoli 768 bis e seguenti, costituenti il capo quinto bis del titolo quarto del libro secondo del codice civile, rubricato "del patto di famiglia".

Dei tre menzionati interventi legislativi, per la verità solo il terzo formalmente va ad incidere sulla regola legale posta dall'art. 458 C.C., assistita dalla massima sanzione ordinamentale della nullità, ma certamente tutti e tre, nel loro insieme, pur nelle diverse rispettive collocazioni, o forse proprio per quello, determinano una vera e propria rivoluzione nel sistema della trasmissione per causa di morte della proprietà, e nella tolemaica centralità in esso del testamento come fonte negoziale regolatrice della successione.

Infatti essi hanno l'inequivocabile significato che la tutela dei legittimari ad oltranza, che è uno dei due fondamenti del divieto di patti successori, e dei connessi meccanismi di protezione disseminati in tutto il libro secondo, non è più la scelta senza alternative di politica del diritto del legislatore: il che vuol dire che tra i valori fondanti l'ordinamento non vi è più, in modo assoluto, quello del diritto del legittimario di vedersi attribuita comunque una quota dei beni patrimoniali dei suoi danti causa, sia se

reliitti all'epoca della morte, sia se in vita donati a chiunque; il mondo del diritto successorio non ruota più solo attorno alla preoccupazione di salvaguardare, contro tutto e contro tutti, l'aspettativa di diritto del legittimario, quasi che scopo ultimo della sua vita sia quello di percepire i beni dei genitori, in una visione di trasmissione statica della proprietà, ma prende in considerazione e tutela anche valori diversi, legati alla circolazione dei beni immobili e dei beni produttivi, giudicati prevalenti, in determinati casi, a quelle del diritto alla ricezione passiva da parte dell'erede dei beni ereditari.

Prima di sottoporre a verifica sul piano del diritto oggettivo la portata della correzione dell'ordinamento, operata dalle novelle legislative in esame, occorre fare un passo indietro e prendere atto che però tuttora vige nel nostro ordinamento il divieto di patti successori sancito dall'art. 458 C.C.

Tale norma sanziona con la nullità sia i patti successori istitutivi (ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione), sia i patti successori dispositivi (ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta), sia i patti successori rinunziativi (o rinunzia ai medesimi).

Il patto successorio istitutivo è un atto mortis causa, cioè un contratto successorio che ha come parti il futuro de cuius e il

futuro erede o legatario. La dottrina tradizionale individua il fondamento di tale divieto nell'intento di circoscrivere la provenienza della delazione ereditaria alla fonte legale e alla fonte testamentaria (come prevista dall'art. 457 C.C.), con esclusione della fonte contrattuale; inoltre, se potesse stipularsi un contratto avente ad oggetto una delazione ereditaria, l'irrevocabilità degli effetti negoziali si scontrerebbe con la natura revocabile del testamento e, più latamente, con il principio di assoluta libertà testamentaria.

Il patto successorio dispositivo è un atto inter vivos mediante il quale un soggetto dispone di diritti, che potrebbero spettargli su una successione altrui non ancora aperta.

Si tratta di un negozio su cosa futura, ammesso dall'art. 1348 C.C., salvi i particolari divieti della legge, tra i quali, appunto, si fa rientrare quello previsto dall'art. 458 C.C.. Il fondamento del divieto del patto successorio dispositivo viene ravvisato nell'esigenza di tutelare soggetti inesperti e prodighi, che potrebbero concludere contratti in maniera avventata, privandosi dei propri diritti su una successione non ancora aperta, la cui effettiva consistenza sarà dato conoscere solo al momento della sua apertura.

Il patto successorio rinunciativo è pure esso un negozio inter vivos, mediante il quale un soggetto rinuncia a diritti che potrebbero spettargli su una successione non ancora aperta;

anche in questo caso il fondamento del divieto è del tutto analogo a quello sul quale si poggia il divieto dei patti successori dispositivi, ossia la spoliazione, qui pura e semplice, lì dietro corrispettivo o controprestazione, di diritti non ancora sorti, di entità incerta sia qualitativamente, sia quantitativamente.

Dunque due le ragioni fondamentali a sostegno del divieto di cui all'art. 458 C.C., la prima riconducibile alla tutela del soggetto autore della delazione successoria, in termini di libertà testamentaria e di conservazione dell'integrità dei suoi diritti sino all'ultimo istante di vita, secondo un'ottica squisitamente individualista e dominicale della proprietà, la seconda riconducibile alla tutela del soggetto destinatario della delazione successoria, nella duplice dimensione di tutela rafforzata dall'obbligatorietà della devoluzione, per l'erede necessario, con valenza di ordine pubblico, e di tutela comunque legale a pena di nullità, per l'erede eventuale, al quale si vieta di negoziare la spes hereditatis.

II - LE NOVELLE LEGISLATIVE

Ebbene, tutte e tre le novelle legislative incidono significativamente sulle ragioni poste a fondamento del divieto di patti successori.

Considerato che i patti di famiglia e gli atti di destinazione saranno oggetto di separate comunicazioni nella giornata di

domani, è mia intenzione soffermarmi principalmente sulla novella in tema di donazioni, per evidenziare il modo con cui essa riduce l'assolutezza della intangibilità della legittima, in nome della quale sono inficiati da nullità i patti successori dispositivi e rinunciativi, non senza aver prima fatto cenno al medesimo effetto determinato dalla normativa sui patti di famiglia, e a un peculiare aspetto dell'atto di destinazione, che lo differenzia strutturalmente dal testamento, finora fonte pattizia per eccellenza della delazione testamentaria.

E' proprio da quest'ultimo spunto che voglio iniziare il ragionamento, partendo dal testamento, per poi concludere con una rassegna di istituti convenzionali alternativi alla scheda testamentaria.

Sappiamo che la regolamentazione di interessi patrimoniali e non patrimoniali con esclusiva rilevanza post mortem è la cifra distintiva del testamento: al fine di soddisfare una pluralità di esigenze dell'uomo, l'ordinamento ha predisposto lo strumento testamentario, che presuppone il riconoscimento dell'autonomia del testatore nella maniera più ampia possibile, così da potersi articolare in disposizioni testamentarie tipiche o atipiche.

A proposito di queste ultime, è sicura la possibilità per il testatore di includerle nella scheda, con il limite del

giudizio di liceità della disposizione atipica: ebbene, sembrerebbe a prima vista possibile, per ricercare quel limite della liceità giuridica, fare ricorso al capoverso dell'art. 1322 C.C., che pone la meritevolezza degli interessi perseguiti come criterio regolatore dell'autonomia dei privati.

In realtà, detta norma è inapplicabile al testamento, sia per disciplina positiva, in quanto dettata in tema di contratto in genere, e l'art. 1324 C.C. rende riferibili le norme generali sul contratto solo agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, sia perchè, ad avviso della migliore dottrina, la diversità ontologica e funzionale del testamento rispetto al contratto comporta che l'atto mortis causa è sottratto all'applicazione della normativa generale del contratto: ancora recentemente, Pietro Rescigno ha ribadito che alla libertà testamentaria è riservato uno spazio insuscettibile di verifica in termini di socialità dello scopo, e che essa incontra il solo limite della liceità dei motivi; il che vale a dire che un testamento contenente disposizioni bizzarre o capricciose prive di qualsiasi utilità sociale, è valido purchè esse non violino divieti di legge, espressi o virtuali.

Tutto al contrario per l'atto di destinazione, che trova accoglienza nell'ordinamento attraverso l'istituto della trascrizione e della opponibilità ai terzi, intanto in quanto

è destinato alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 secondo comma, come è confermato dal dibattito dottrinale, che si è già aperto, sulla ammissibilità del negozio testamentario di destinazione e, in caso di risposta positiva, sulla forma necessaria di esso.

Sul punto, premesso che non appare discutibile la necessità della forma pubblica, testualmente prevista dall'art. 2645 ter, con esclusione dei testamenti olografo e segreto, per i quali al massimo sarebbe ipotizzabile una rinnovazione nelle forme di legge da parte degli eredi della disposizione destinataria, mi pare, contrariamente alle prime opinioni espresse (vedi Bianca-D'Errico-De Donato-Priore, L'atto notarile di destinazione, Giuffrè, 2006 e Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, Riv. dir. civ.2006 II) che, a fronte di una generica idoneità della forma testamentaria pubblica a contenere destinazioni di beni con efficacia segregativa, i troppi elementi strutturali della fattispecie portino ad escludere l'utilizzabilità della forma testamentaria, cui ostano:

- 1) il riferimento agli atti in forma pubblica, che lascia intendere che il legislatore voglia riferirsi ai contratti e agli atti unilaterali tra vivi;
- 2) il riferimento a un periodo novantennale o coincidente con la vita del beneficiario che, nel caso di testamento,

inizierebbe a decorrere dal termine futuro e non prevedibile della morte del testatore, potendo così eventualmente vanificare l'interesse meritevole di tutela che si vorrebbe perseguire con la disposizione testamentaria;

3) la impossibilità per il conferente stesso, o per qualsiasi interessato, di agire per la realizzazione di tali interessi, anche durante la vita del conferente stesso, testualmente prevista dal dettato normativo, nel quale l'inciso "anche durante la vita del conferente stesso" non sta a significare che l'ipotesi normale considerata è una azionabilità post mortem, ma semplicemente che, anche durante la vita del conferente, qualsiasi interessato possa agire per la realizzazione del fine destinatorio.

D'altronde, ho ricordato prima la sistematica incompatibilità tra lo strumento testamentario, negozio unilaterale mortis causa per eccellenza, e la meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti, utilizzata come criterio di ammissibilità dei contratti bilaterali o plurilaterali atipici, atti tra vivi per eccellenza, estensibili agli atti unilaterali tra vivi solo in virtù del richiamo espresso contenuto nell'art. 1324 C.C.

Sul patto di famiglia, contratto plurilaterale tipico derogatorio del divieto di patti successori, e della intangibilità della legittima, una sola osservazione, che è al tempo stesso risposta ad un quesito.

L'art. 768 quater prevede che, i beni attribuiti ai partecipanti non assegnatari dell'azienda sono imputati alle quote di legittima loro spettanti e che quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione, e contemporaneamente prevede che essi possano rinunciare alla liquidazione loro spettante: ciò ha fatto sorgere il dubbio che qualora l'azienda, all'apertura della successione, risultasse l'unico cespite ereditario, la rinuncia dei legittimari non assegnatari varrebbe rinuncia all'eredità tout court.

In verità, l'imputazione alle quote di legittima dei non assegnatari di quanto loro liquidato dall'assegnatario dell'azienda è prevista poichè la liquidazione da parte dell'assegnatario è effettuata in nome e per conto del disponente, nel senso che è a valere sulla massa ereditaria di questi, della quale fa parte l'azienda trasferita, e non certo in nome proprio dell'assegnatario liquidatore, rispetto al cui patrimonio i fratelli e le sorelle non vantano alcun diritto di legittima.

Ne consegue che comunque l'assegnatario dell'azienda deve innanzitutto imputare alla propria quota di legittima l'azienda ricevuta, il cui valore resterà a lui imputato per intero, qualora non liquidi alcunchè ai congiunti legittimari, sia per loro rinuncia alla liquidazione, sia perchè questa venga effettuata dal disponente con beni propri: quindi il

legittimario assegnatario imputerà alla sua legittima l'intero valore dell'azienda in queste ultime due ipotesi, mentre imputerà quel valore, meno l'ammontare delle liquidazioni erogate ai coeredi legittimari, se da lui effettuate.

Dal che scaturisce che in caso di rinuncia alla liquidazione, e per effetto della non assoggettabilità a collazione e a riduzione di quanto ricevuto dai contraenti, rimane inattaccabile l'attribuzione dell'azienda al legittimario-beneficiario, e qualora essa rappresenti l'unico cespite ereditario, la legittima dei non assegnatari rinunzianti alla liquidazione non sarà assistita dall'azione reale di riduzione rispetto all'unico cespite azienda, definitivamente attribuito all'assegnatario, ma consisterà in un mero diritto di credito nei confronti di quest'ultimo, pari al valore della loro legittima, calcolato sul valore attribuito all'azienda nel patto di famiglia.

In tal modo, il legislatore ha stabilizzato nel tempo gli effetti traslativi del patto, inibendo l'esercizio dell'azione di riduzione ai legittimari rinunzianti alla liquidazione, trasformando il loro diritto reale in diritto di credito, analogamente a quanto ha previsto nell'art. 768 sexies per i legittimari non partecipanti al patto, con la differenza che per questi ultimi, appunto in quanto non partecipanti, ha altresì previsto che il mancato pagamento di quanto loro dovuto

può far rivivere l'azione di riduzione, a condizione che promuovano l'azione di annullamento, entro un anno dall'apertura della successione, ai sensi del combinato disposto dell'art. 768 quinquies e sexies ultimo comma, con l'effetto previsto dall'art. 1446 C.C. per i contratti plurilaterali, che l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti importa annullamento del contratto, qualora la partecipazione di questa debba considerarsi essenziale, come nel caso di specie.

La prima delle novelle legislative in commento, quella del 2005, ha riformato gli articoli 561 e 563 del codice civile, disponendo nell'art. 561, in deroga al principio generale, che i pesi e le ipoteche gravanti sugli immobili restituiti in conseguenza della riduzione restano efficaci, se la riduzione è domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione; nell'art. 563, che il legittimario pretermesso non può chiedere ai successivi acquirenti del donatario, contro cui è stata pronunciata la riduzione, la restituzione degli immobili, qualora siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione.

La reale incidenza dell'innovazione legislativa rispetto al nostro sistema successorio, basato sulla intangibilità della legittima, si coglie appieno, a mio avviso, solo analizzando un problema procedimentale rispetto all'aspetto sostanziale della

nuova disciplina, e cioè quello dell'applicabilità, o meno, alle donazioni anteriori al 15 maggio 2005, data di entrata in vigore della norma, del termine ventennale, decorso il quale è prescritta l'azione di restituzione dei legittimari pretermessi, nei confronti degli acquirenti dal donatario degli immobili donati, a meno che i legittimari non notificano e trascrivano un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione, entro lo stesso termine, e non lo rinnovino nei venti anni successivi e così via.

Dunque occorre verificare se l'articolo 563 novellato si applichi:

- a) solo alle donazioni poste in essere a partire dal 15 maggio 2005;
- b) anche alle donazioni poste in essere prima di tale data, ma in tal caso il termine decadenziale ventennale per la proposizione dell'atto di opposizione comincia a decorrere dal 15 maggio 2005;
- c) con decorrenza immediata a tutte le donazioni in qualsiasi tempo effettuate, di tal chè per le donazioni poste in essere anteriormente al 15 maggio 1985 l'azione di restituzione non può essere proposta dal legittimario pretermesso.

Ai sostenitori delle ipotesi di non applicabilità sub a) e sub b), con l'aggravante per la ipotesi a) dell'assurda conseguenza che per le donazioni effettuate entro il 14 maggio 2005 il

termine ventennale decadenziale dell'azione di restituzione non inizierebbe a decorrere mai, e l'effetto di protezione della circolazione dei beni immobili sarebbe del tutto frustrato, mi permetto di ricordare che nelle scuole di notariato si insegna che il notaio non può rifiutarsi di ricevere un testamento, purchè contenga disposizioni patrimoniali, palesemente lesive delle quote di legittima previste dalla legge, o anche totalmente diseredativo di taluni, purchè contenente disposizioni attributive a talaltri dei legittimari, perchè solo al momento dell'apertura della successione si conoscerà la legge vigente e si saprà se quelle disposizioni testamentarie siano in concreto lesive o no.

La soluzione al quesito, a ben vedere, ce la offre proprio il più convinto assertore della entrata a regime del sistema, solo dopo decorsi venti anni dalla sua entrata in vigore, e cioè dal 15 maggio 2025, Ermanno De Francisco, quando nel saggio sull'argomento, pubblicato nel n. 6 del 2005 della Rivista del Notariato, si chiede in base a quale regola di diritto gli effetti reali dell'azione di restituzione ex art. 563 C.C. non sono paralizzati dall'usucapione ordinaria, nemmeno ipotizzando che l'acquisto a titolo derivativo del donatario sia doppiato da un acquisto a titolo originario a non domino; alla domanda non sa darsi una risposta convincente e si arrende a quella che lui stesso definisce "tradizione italica

di tutela a tutta oltranza del legittimario", che viene limitata solo dagli effetti della disposizione dell'art. 2652 n. 8.

Ebbene, proprio dopo una dissertazione tutta tesa a dimostrare l'assurdità dell'inapplicabilità dei principi generali in tema di usucapione, agli acquirenti onerosi dal donatario da parte del terzo di buona fede, non si accorge che proprio il principio della personalità dell'azione del legittimario, richiamato dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti per sostenere l'inammissibilità dell'eccezione di usucapione ventennale, perchè non vi è possesso che estingua un'azione personale, che diviene reale solo a partire dalla morte del donante, ebbene proprio la personalità di quella azione, e la sua non realtà, consente di applicare immediatamente la novella legislativa, in relazione alla diversa situazione temporale, a parità di status di legittimari, in quanto va ad incidere su una fattispecie nella quale non si è ancora verificato il fatto giuridico, cioè la morte del donante, che dà luogo all'effetto di trasformare l'aspettativa del legittimario in diritto munito di azione con efficacia reale.

Il che è possibile, appunto, rispetto a un diritto non ancora sorto, quello del legittimario pretermesso di recuperare l'immobile venduto a terzi dal donatario, che non viene più tutelato dall'ordinamento qualora siano decorsi venti anni

dalla donazione, l'immobile sia stato alienato a terzi, e la successione non si sia ancora aperta.

Si tratta di una scelta politica del diritto rispetto alla quale la paventata censura di incostituzionalità non coglie nel segno, poichè se è vero che alla donazione del giugno 1985 il legittimario avrebbe potuto fare ancora opposizione, mentre tale possibilità è stata negata al legittimario per la donazione dell'aprile dello stesso anno, è d'altra parte vero che, se si facesse decorrere il ventennio del 15 maggio 2005, si potrebbe fare opposizione ad una donazione ad esempio del 1975 fino al 2025, cioè cinquanta anni dopo, beninteso a successione non ancora aperta.

Vorrei far notare, ad ulteriore argomentazione sulla irrilevanza della presunta questione di costituzionalità, che i valori posti a confronto, tradotti in precetti giuridici, la salvezza dei diritti del terzo acquirente decorsi vent'anni dalla donazione da un lato, e il diritto ventennale di opposizione dei legittimari alla donazione dell'altro non sono posti sul medesimo piano e non è vero che con la novella del 2005 il sistema non tollera, decorso il ventennio, una protezione maggiore dell'acquirente a non domino ai sensi dell'art. 1158 C.C., rispetto a quella accordata all'acquirente dal donatario, come pur acutamente ha rilevato il collega Tassinari, in quanto per la verità accorda una ben maggiore

protezione all'acquirente dal donatario, che potrebbe aver acquistato anche pochi giorni prima dell'apertura della successione del donante, purchè il suo dante causa avesse ricevuto la donazione da oltre venti anni senza opposizione!

Se il legislatore avesse voluto equiparare l'avente causa dal donatario al possessore di buona fede a non domino, avrebbe dovuto far decorrere il termine decadenziale ventennale, non dal ventennio dalla trascrizione della donazione, bensì dal ventennio dalla trascrizione dell'acquisto del terzo dal donatario o dalla trascrizione o iscrizione di pesi e ipoteche, invece con la norma attuale la scelta politica del legislatore è stata nel senso dell'affievolimento della tutela del legittimario, con la negazione dell'azione di restituzione dall'acquirente del donatario, una volta decorsi venti anni dalla donazione non opposta, indipendentemente dalla data di alienazione al terzo dell'immobile oggetto di donazione.

Si è dunque voluto salvaguardare la circolazione immobiliare a tutela dei terzi, ma soprattutto liberalizzare la provenienza donativa untravennale: la portata della nuova norma è non solo che l'immobile donato da più di venti anni e già alienato può circolare liberamente, ma che può altresì farlo l'immobile donato da oltre un ventennio, purchè venga alienato prima della morte del donante.

Quindi, in definitiva, la novella del 2005, volendo tutelare

l'acquisto del terzo dal donatario, in effetti equipara la provenienza non donativa a quella donativa ultraventennale come regola generale, salvo l'opposizione dei legittimari, ed è per questo che il legislatore non ha previsto una norma transitoria, atteso che le donazioni ultraventennali sono di regola titolo idoneo e non assoggettabile a riduzione dei vincoli reali appostivi, nè ad azione di restituzione dal terzo acquirente, come scelta sistematica nuova e inversa rispetto a quella prima d'ora vigente, che accordava al terzo solo la tutela dell'art. 2652 n. 8.

Allora il nuovo scenario è questo: il sistema continua a tutelare il diritto del legittimario pretermesso alla riduzione delle donazioni lesive della sua quota, a qualunque epoca risalenti, a condizione che l'immobile non abbia avuto circolazione giuridica ulteriore rispetto all'attribuzione donativa, mentre qualora l'immobile sia stato successivamente alienato a terzi, l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione non consente altresì quello dell'azione di restituzione, se la donazione soggetta a riduzione sia stata trascritta venti anni prima la trascrizione della domanda giudiziale di riduzione e non sia stato trascritto l'atto di opposizione prima del compimento del ventennio.

Così si comprende che l'assenza di una norma transitoria non è un'amnesia del legislatore, ma una precisa scelta nel senso che

per le donazioni già ultraventennali al 15 maggio 2005 non è più possibile recuperare alla massa ereditaria l'immobile che abbia iniziato una circolazione giuridica, o che la inizierà anche in seguito, in qualsiasi momento, purchè con atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di riduzione.

Quindi, e concludo sul punto, la nuova fattispecie disciplinata dagli artt. 561-563 si compone di tre elementi: 1) donazione trascritta da almeno venti anni; 2) assenza di trascrizione dell'atto stragiudiziale di opposizione nel ventennio e sua rinnovazione; 3) trascrizione dell'atto di alienazione al terzo, purchè anteriore alla trascrizione della domanda giudiziale di riduzione, indipendentemente dalla data della trascrizione dell'atto di alienazione rispetto a quella della donazione, quest'ultima solo necessariamente anteriore di venti anni dalla trascrizione della domanda giudiziale di riduzione.

III - LE ALTERNATIVE TESTAMENTARIE

Il quadro normativo scaturito dalle novelle legislative delinea i contorni dell'alternativa testamentaria, tesa ad individuare gli strumenti negoziali in grado di preservare la libertà testamentaria e la revocabilità dell'attribuzione, evitando di incorrere nel divieto dei patti successori istitutivi, nonché di soddisfare le ragioni dei legittimari, al fine di salvare l'efficacia dell'attribuzione anche dopo la morte del

disponente, senza incorrere nel divieto dei patti successori dispositivi.

A fronte della staticità della disciplina codicistica del testamento, praticamente immutata dal 1942, salvo pochi interventi della Corte Costituzionale, l'introduzione della normativa sui patti di famiglia e sugli atti di destinazione, sia pure tra difficoltà interpretative e limiti operativi, ha risolto due tra le principali aspettative di anticipazione, durante la vita, della sistemazione dei propri interessi post mortem, quella della perpetuazione della ricchezza imprenditoriale e quella delle attribuzioni a carattere mantenitorio o assistenziale, finora sorretta soltanto dall'istituto della sostituzione fedecommissaria (art. 692 C.C.), con il grave limite di riferirsi esclusivamente ai soggetti dichiarati interdetti, trascurando tutti i soggetti portatori di varie disabilità.

Se a questa normativa di recente introduzione si aggiunge l'istituto del trust e si esplorano le potenzialità dei trust c.d. interni quali alternative testamentarie, può ben dirsi che negli ultimi anni l'assetto giuridico di riferimento sia radicalmente mutato.

Ciononostante, le soluzioni legislative non possono ritenersi esaustive nella ricerca di alternative convenzionali al testamento, per la ricerca delle quali occorre partire dalle

caratteristiche puntualmente elencate dalla Cassazione nella sentenza del 22 luglio 1971 n. 2404, poi pedissequamente ripresa da Cassazione 16 febbraio 1995 n. 1683, che realizzano la fattispecie del patto successorio vietato e quindi nullo, e che sono le seguenti:

1) se il vincolo giuridico creato con il patto abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi a una successione non ancora aperta;

2) se i beni o i diritti, oggetto della convenzione, siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o ne debbano fare parte;

3) se il promittente abbia inteso provvedere alla propria successione, privandosi così della facoltà di revoca;

4) se l'acquirente abbia stipulato in qualità di avente diritto alla successione;

5) se il trasferimento debba avere luogo mortis causa, cioè a titolo di eredità o di legato.

Allo scopo di aggirare i rigidi paletti imposti dalla Cassazione, la dottrina ha elaborato, all'interno dello spazio di manovra dell'autonomia negoziale, le seguenti tre figure giuridiche:

1) l'atto a causa di morte (mortis causa) vero e proprio;

2) l'atto con effetti post mortem;

3) l'atto transmorte.

L'atto mortis causa è quello che ha nella morte la causa dell'attribuzione patrimoniale: qui la morte assurge ad elemento causale, ed esso è valido solo se assunto nelle forme della opzione testamentaria; in esso l'attribuzione patrimoniale attiene solo a quanto risulti residuare nella titolarità del disponente al momento dell'apertura della successione, il c.d. quod superest.

Quindi siamo fuori dalle alternative convenzionali al testamento, ma appunto in pieno campo testamentario, con la unica ipotesi alternativa della donazione "si o cum praemoriar", che ha per oggetto i beni non di attuale proprietà del donante, ma quelli che si troveranno nel suo patrimonio all'epoca della morte: qui l'evento morte viene dedotto come condizione (si praemoriar) o come termine iniziale di efficacia (cum praemoriar) dello spoglio dei beni e diritti e quindi è esso causa di produzione degli effetti, perchè è solo attraverso la morte che può avvenire la individuazione e la determinazione dell'oggetto del contratto.

Qualora, invece, l'entità dell'attribuzione sia già determinata in vita, rinviandosi soltanto l'effetto traslativo dopo la morte del disponente, si è nel campo degli atti con effetti post mortem.

Ciò che è invalido è un atto irrevocabile con funzione di

regolare la sorte dei beni relitti, mentre è valido l'atto con effetti post mortem, ma revocabile ad nutum e usque ad mortem: qui il cespite, già individuato, fuoriesce dal patrimonio del disponente in vita, ma l'effetto traslativo in favore del beneficiario diviene definitivo solo dopo la morte del disponente, che conserva il potere di revoca fino alla sua morte.

Esempio tipico dell'atto con effetti post mortem è il c.d. mandato post mortem - o meglio - post mortem exequendum, che autorizza il mandatario ad eseguire atti di esecuzione materiale di un'attribuzione patrimoniale già perfezionata in vita dal mandante: in tale fattispecie il bene deve essere già uscito fuori dal patrimonio del disponente e il contratto ha il solo limitato effetto di dare esecuzione a un'attività già perfezionata, restando assolutamente esclusa la validità di un mandato finalizzato al trasferimento di beni del mandante da attuarsi dopo il suo decesso.

Appare evidente come l'istituto che maggiormente si presta a costituire una reale alternativa convenzionale al testamento sia il negozio transmorte, le cui caratteristiche essenziali sono:

- 1) che il bene esca dal patrimonio del disponente prima della sua morte;
- 2) che l'effetto traslativo avvenga definitivamente dopo la

morte del disponente, nonostante il possibile prodursi di taluni effetti anticipati;

3) che il disponente abbia la possibilità di rendere inoperante prima della sua morte il meccanismo negoziale, paralizzando la definitività del trasferimento, potendo revocare l'attribuzione usque ad mortem.

A mio avviso, alcune delle fattispecie negoziali individuate come negozi transmorte non sono inquadrabili nella categoria.

Tale non è l'interposizione, reale o fittizia, che comporta un trasferimento, simulato o fiduciario, a favore dell'interposto, preordinato all'effettivo trasferimento post mortem in favore del beneficiario, ma in esso è precluso il ritorno nel patrimonio del disponente, dopo l'intestazione al fiduciario interposto: viene a mancare il requisito della revocabilità.

Tale nemmeno è il contratto per persona da nominare, poichè esso produce i suoi effetti esclusivamente tra l'altro contraente e il soggetto designato, non conservando il disponente la veste di soggetto del rapporto, che invece deve conservare nel negozio transmorte fino alla sua morte.

L'unica categoria negoziale che, dunque, sembra possedere i requisiti del negozio transmorte è quella dei contratti a favore di terzo di cui agli artt. 1411 e seguenti C.C., nei quali il disponente-beneficiante conserva il potere di revoca, al pari della revoca testamentaria, e il beneficiario quello

del rifiuto, al pari della rinuncia all'eredità o al legato, con il risultato che il primo conserva la facoltà di sostituire i soggetti beneficiati e il secondo di profittarne o di rifiutare.

Per questi motivi il contratto, con cui una parte deposita presso un'altra una somma di denaro o di valori mobiliari e attribuisce ad un terzo, che prende parte all'atto, il diritto a pretendere la restituzione dopo la propria morte, non configura un contratto a favore di terzo, con esecuzione dopo la morte dello stipulante, ma un patto successorio vietato e quindi nullo, poichè il terzo beneficiario ha assunto la qualità di parte dell'atto e il beneficiante si è obbligato a mantenere ferma la disposizione in suo favore, sebbene da eseguirsi dopo la sua morte: non di contratto a favore di terzo si tratta, ma di fattispecie complessa risultante da un deposito irregolare e da una donazione mortis causa vietata.

Lo studio della categoria del contratto a favore di terzo quale schema generale di alternativa testamentaria comporta complesse analisi, in particolare in ordine ai risultati pubblicitari delle convenzioni poste in essere, che meriterebbero una trattazione ex professo, che andrebbe a travalicare i limiti espositivi e temporali di questa relazione.

Ritengo perciò più utile analizzare brevemente l'applicazione più diffusa di quello schema negoziale, la costituzione di

rendita vitalizia a favore di terzo ex art. 1875 C.C.

Con la rendita vitalizia in genere sorge un rapporto obbligatorio in virtù del quale un soggetto (vitalizante) è tenuto ad effettuare in favore di un altro (vitaliziato) una prestazione periodica di una somma di denaro o di altre cose fungibili, per la durata della vita contemplata; se la prestazione è a titolo oneroso, può essere previsto, quale corrispettivo, l'alienazione di un bene.

Siffatto contratto assume la veste di negozio transmorte a favore di terzo allorquando:

- 1) il bene esce ante mortem dal patrimonio del disponente;
- 2) la rendita vitalizia viene erogata a favore del terzo post mortem del disponente;
- 3) quest'ultimo conserva usque ad mortem il potere di revocare la stipulazione.

La morte segnerà il consolidamento definitivo del beneficio, dopo che il beneficiante ha avuto la possibilità costante in vita di revocare la rendita, di modificarne la consistenza o le scadenze, o di designare un nuovo beneficiario.

Il negozio transmorte si presta ad essere utilizzato ogni qualvolta il disponente intenda assicurare al beneficiario, dopo la sua morte, il mantenimento o l'assistenza materiale specie nelle convivenze more uxorio, nelle quali il convivente risulta sfornito di diritti successori nei confronti dell'altro

soggetto, non essendone erede legittimario.

Il ricorso al contratto per prolungare post mortem una situazione alimentare o di mantenimento, il patto di assistenza post mortem, configura un contratto atipico che si distingue da quello tipico della rendita vitalizia, del quale, però, si applicherebbero le norme compatibili con le finalità dell'operazione economico-giuridica posta in essere.

In particolare, torna applicabile lo schema del contratto a favore di terzo, che consente la proiezione transmorte dell'obbligo alimentare e del servizio di assistenza, come nell'ipotesi in cui lo stipulante trasferisca un immobile al promittente, il quale si obblighi a corrispondere gli alimenti e a prestare assistenza al figlio invalido dello stipulante, in vista della morte di quest'ultimo e per tutta la vita del beneficiario.

Anche il contratto di deposito bancario si presta a costituire una valida alternativa testamentaria, nell'ipotesi in cui il beneficiante stipuli un contratto di deposito di una somma di denaro, intestandolo a un terzo, con l'obbligo da parte della Banca di mantenere il segreto nei confronti dell'intestatario del deposito: il depositante è l'unico legittimato a disporre dei fondi depositati, ma alla sua morte il residuo sarà a disposizione dell'intestatario del deposito.

Credo che la talora affannosa ricerca di alternative

convenzionali al testamento induca ad apprezzare maggiormente le alternative legali, proposte dalle recenti novità legislative, ed esplorare tutte le possibilità offerte dai patti di famiglia, quale strumento di veicolazione del layout imprenditoriale tra le generazioni, e degli atti di destinazione e dei trust interni, quali mezzi di superamento del consolidato impero logico-sistematico delimitato tra i confini dell'autonomia testamentaria, della tutela dei legittimari e del divieto di patti successori.

Penso che dopo oltre sessant'anni di immobilismo normativo in materia successoria, il dimenarsi degli interpreti nelle sabbie mobili di un'autonomia negoziale, stretta tra poche libertà e molti divieti, debba concentrarsi sulla costruzione di una nuova sistematica, sottesa alle innovazioni legislative, con l'atteggiamento suggerito dallo storico Piero Melograni, con riferimento al più ampio contesto socio-politico, ma pertinente anche a quello logico-giuridico: "dobbiamo usare di più, in un contesto fortemente europeo, le nostre gambe. Io non temo l'antimodernità del popolo, che è bassa. Quella che viene chiamata gente comune è molto pragmatica. Temo di più quella dell'elite, che in Italia è forte.

Tecnici e scienziati si confrontano con la realtà.

Ma i cosiddetti umanisti, quelli che poi dovrebbero articolare le idee, sono sottoposti dalla modernità a una fortissima

obsolescenza, e tendono ad aggrapparsi al passato, cosa che i tecnici non possono permettersi".

Davvero un bel messaggio per noi operatori del diritto!