

Negozi *post mortem* ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimarî: la riduzione delle liberalità indirette

di Vincenzo Barba

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'indagine. – 2. Destinazione. – 3. Possibili negozi *post mortem* produttivi di un effetto di destinazione. – 3.1. Negozio fiduciario. – 3.2. Trust. – 3.3. Il mandato *post mortem*. – 4. Negozi *post mortem* di destinazione e disciplina a tutela dei legittimarî. – 4.1. L'attribuzione patrimoniale presupposta tra disponente e gerente. – 4.2. L'attribuzione patrimoniale tra gerente e beneficiario.

1. Il titolo della relazione che mi è stata affidata¹, per il tramite della congiunzione copulativa, lega i negozi *post mortem* agli effetti di destinazione, spingendo, inevitabilmente, la ricerca che voglia restarvi fedele, a indagare se e in che limiti si possano realizzare nel nostro ordinamento giuridico destinazioni patrimoniali per mezzo di atti *inter vivos* produttivi di effetti al tempo della morte del loro autore².

Con l'ovvio corollario che, in questo tipo d'indagine, il negozio *post mortem* deve assumersi a elemento condizionante, mentre la destinazione a elemento condizionato, ossia, per restare alla terminologia bettiana, il primo a fattispecie e il secondo a effetto giuridico. Ciascuno ponendo, in relazione a questa loro collocazione, nell'ambito dello schema normativo, scolasticamente riducibile nel «Se A, allora B», specifici problemi di interpretazione e disciplina, nonché peculiari interferenze con importanti princîpi del nostro ordinamento giuridico e, almeno, la delazione, l'autonomia patrimoniale e i mezzi di articolazione del patrimonio, la tutela dei legittimarî.

La circostanza che in punto di fattispecie si abbia riguardo ai c.dd. negozi *post mortem* induce, subito, a escludere dal campo dell'indagine non soltanto le disposizioni testamentarie, ma anche gli atti di ultima volontà, ossia quegli atti che, pur

¹ Il lavoro nasce dalle suggestioni stimulate dalla lettura del volume *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2012. Queste pagine, con l'aggiunta di note bibliografiche minime ed essenziali, rappresentano la rielaborazione della relazione detta il 22 maggio 2015 all'Università degli Studi di Bari, in occasione del Convegno «Autonomia Privata e destinazione patrimoniale».

² Sul divieto di patti successori, sulla categoria dell'atto a causa di morte, sulla teoria dell'atto di ultima volontà e sui limiti di validità del negozio sotto modalità di morte, si rinvia a V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

non necessariamente destinati a essere accolti nel testamento, sono, nondimeno, capaci di regolare interessi patrimoniali ed esistenziali della persona per il tempo successivo alla sua morte, senza che, prima di questo momento possano produrre alcun effetto, ove pure siano conosciuti dal destinatario³.

Rimane, dunque, esclusa l'analisi non soltanto dell'atto di destinazione testamentario⁴, che rappresenta per la sua straordinaria importanza, anche sistematica, quello di più immediata e facile percezione, ma, altresì, l'analisi del *trust* testamentario⁵, della costituzione per testamento di una fondazione e, in specie, di una fondazione di famiglia, l'atto di dotazione della fondazione, la costituzione *mortis causa* del fondo patrimoniale, la sostituzione fedecommissoria, nonché, sebbene il loro profilo destinatorio potrebbe apparire, a una prima impressione, più flebile, la disposizione fiduciaria, il mandato *mortis causa* e la disposizione testamentaria costitutiva di un rapporto di mandato.

Il campo di analisi, in punto di fattispecie, si restringe, allora, ai negozi *inter vivos*, selezionando, al loro interno, soltanto quelli che, in ragione della loro vocazione a regolare interessi del soggetto per il tempo successivo alla sua morte, contemplino quest'ultima quale mero accadimento avente funzione di sospendere o, semplice-

³ G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 s.; Id., voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 232 s. Successivamente, R. Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 148, il quale ha distinto tra atti nei quali la morte è evento incidente sugli effetti di una fattispecie acquisitiva radicata nell'atto *inter vivos*, e acquisto venato dal programma distributivo regolato dallo statuto successorio a causa di morte. In senso conforme, pur con qualche sfumatura di toni e di pensiero, la migliore dottrina successiva. M.V. De Giorgi, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 66; Id., voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 535; P. Rescigno, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Tratt. breve delle succ. e don.*, dir. da P. Rescigno, coord. da M. Ieva, 2 ed., Padova, 2010, p. 15; C. Caccavale, *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. breve delle succ. e don.*, cit., p. 28; F. Magliulo, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Vita not.*, 1992, p. 1414. Più di recente, D. Achille, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, p. 86 ss.; F.P. Traisci, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 68 ss. In senso parzialmente diverso, D.A. D'Aloia, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012, p. 3 ss., spec. p. 54, secondo cui il vero tratto caratterizzante un contratto successorio sta nella sua irretrattabilità e nella sua attitudine a disporre della successione.

⁴ E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 253 ss.; G. D'Amico, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 ss.; A. Azara, *La disposizione testamentaria di destinazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 86 ss.; R. Calvo, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 783; F. Spotti, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 384; Id., *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Le disposizioni testamentarie*, dir. da Bonilini e coord. da V. Barba, Torino, 2012, p. 163 ss.; A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 563 ss.; G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Il foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; V. Corriero, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2015. V. Barba, *Disposizioni testamentarie di destinazione*, in *Il foro nap.*, in corso di pubblicazione.

⁵ R. Calvo, *Il trust testamentario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 405 ss.

mente, di limitare nel tempo gli effetti del negozio⁶, o, più esattamente, quegli atti tra vivi che non importano una disposizione della delazione⁷. Quegli atti, cioè, che, secondo un autorevole insegnamento, si dicono sotto modalità di morte⁸, ma che, secondo l'espressione, oggi, più diffusa, si definiscono negozi *post mortem*.

Negozi il cui confine di validità è, davvero, assai incerto e insicuro, se soltanto si consideri, per un verso, la norma che pone la nullità dei patti successori e, per altro verso, il principio in forza del quale l'eredità si devolve, soltanto, per legge o per testamento. Nondimeno indispensabile da tracciare, seppure soltanto per cenni e spunti, dando per acquisiti risultati dottrinari e giurisprudenziali controversi, in un'analisi che aspira a porre proprio il negozio *post mortem* a elemento condizionante dell'effetto di destinazione. In un discorso che vorrebbe, cioè, verificare entro quali limiti si possano dare effetti di destinazione per il tramite di negozi *inter vivos* destinati a produrre tale effetto alla morte del disponente.

Indagine difficile nella quale non basta, come a prima vista potrebbe pensarsi, affermare che il negozio, ancorché destinato a regolare interessi per il tempo successivo alla morte del soggetto, valuta la morte come accadimento al quale si riportano, soltanto, i motivi dell'agire o, semplicemente, gli effetti dell'atto; né, semplicemente, escludere che la morte è l'evento dal quale ha origine la stessa vicenda del rapporto giuridico prodotta dall'atto, in quanto essa stessa verrà a sussistere dopo la morte del soggetto, caratterizzando, così, l'atto stesso sotto un profilo oggettivo-funzionale⁹.

⁶ Avverte R. Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., p. 152, che l'interprete non può mai esimersi da un «esame penetrante della fattispecie», allo scopo di verificare se non vi sia un intento fraudatorio della legge.

⁷ L'idea che il divieto di patti successori serva a impedire il compimento di atti tra vivi di disposizione della delazione e che esso sia il principio giustificativo della norma di divieto di patti successori è la tesi svolta da V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., p. 1 ss., spec. p. 178-184.

⁸ Vale la pena di osservare che Giampiccolo contrappone a quelli che, oggi, indichiamo come atti *post mortem* gli atti sotto modalità di morte. Secondo l'A., infatti, la formula linguistica «atto *post mortem*» costituirebbe una specie intermedia tra l'atto *mortis causa* e l'atto sotto modalità di morte. Scrive G. Giampiccolo, voce *Atto «mortis causa»*, cit., p. 236, «si tratta di atti che, pur non essendo qualificati dall'elemento oggettivo-funzionale *mortis causa* (esempio: confessione, dichiarazione di paternità, riconoscimento di figlio naturale, riconoscimento di debito, accettazione di eredità, ratifica, convalida, dichiarazione di scelta e simili), dove tuttavia si trovino a essere contenuti in un testamento, si adeguano alla speciale forma di emissione della dichiarazione testamentaria e vengono perciò ad acquistare rilevanza giuridica per la generalità soltanto con la morte del loro autore. Si distinguono dall'atto a causa di morte, per la diversa funzione; dall'atto sotto modalità di morte, per la diversa forma di emissione della dichiarazione; è infatti proprio quest'ultimo elemento di struttura, e non già una modalità (che come tale potrebbe anche risultare inappponibile al singolo atto) che, spostando il momento di rilevanza esterna della dichiarazione, ne differisce anche l'effetto al tempo della morte del soggetto».

⁹ In giurisprudenza ciò si è tradotto in un gruppo di cinque regole, già fissate da Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, 1, c. 700 ss., e successivamente riprese più volte sia dalla giurisprudenza di merito sia di legittimità. In particolare, si dice che «per stabilire se una determinata pattuizione costituisca patto successorio il giudice di merito deve accertare: 1) se propria del *vinculum iuris* con essa creato sia stata la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non

«Tale concettualizzazione deve fungere soltanto da massima ordinante, la quale, però, attende di essere misurata sulla disciplina del singolo caso concreto, allo scopo di valutare se, indipendentemente dalla formale considerazione della morte quale mero accadimento al quale si riportano soltanto gli effetti dell'atto, le parti non abbiano, in realtà, considerato la morte non soltanto quale accadimento in grado di caratterizzare l'atto sotto il profilo oggettivo-funzionale, ma abbiano anche inteso disporre della delazione, ossia di diritti ereditari relativi a una successione non ancora aperta»¹⁰.

La valutazione demandata alla responsabilità dell'interprete¹¹, il quale è tenuto a conoscere il singolo e individuo atto giuridico, sia esso negoziale o no, nella sua inscindibile totalità e a ricercarne la disciplina, evitando ipostatizzazioni concettuali, votate alla logica del tipo includente e interpretazioni necessariamente sussuntive dentro una fattispecie, sol perché essa sia la più prossima¹².

Credo sia questo l'orizzonte nel quale il giurista debba muoversi e, limitandomi alla mia prospettiva, l'orizzonte nel quale è necessario indagare il confine di validità dell'atto *inter vivos* con effetti differiti al tempo della morte del disponente.

2. La destinazione, nella prospettiva indagata, è riguardata sul piano effettuale, ossia come impressione di un certo vincolo su un bene o un complesso di beni, senza che si assuma, almeno a stare all'interpretazione più classica, un suo indissolubile legame e una sua in-configurabilità logica in difetto della segregazione del bene che sia stato destinato.

ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi così dello *ius poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato».

¹⁰ Così, V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., p. 29.

¹¹ Per tutti, P. Perlingieri, *Strumenti e tecniche dell'insegnamento del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 499 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317. Ma già, U. Scarpelli, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 12; H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, (4 ed., 1987) che può leggersi nella trad. di Vattimo, Bompiani, 2001.

¹² In tema le convincenti considerazioni di G. Perlingieri, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 545 e 547, il quale avverte: «In definitiva, non è un problema di tipicità o atipicità ma di «giusto rimedio», ossia di controllo di congruità della *ratio* della disposizione e del rimedio in esame agli interessi coinvolti dal contratto». E, ancora, «è in sintesi, affermare che all'interno di un tipo esistono norme non necessariamente applicabili a tutte le fattispecie, sia pure riconducibili al medesimo tipo, e che le norme di un tipo si possono applicare a fattispecie atipiche significa prendere atto che affannarsi nel ricondurre un contratto ad un tipo o ad un altro è uno sforzo utile ma non esaustivo, dovendosi concentrare l'interprete piuttosto sul controllo di congruità e adeguatezza della singola norma (presente nel sistema generale del contratto e dei singoli contratti) agli interessi in concreto perseguiti dalle parti e alle peculiarità soprattutto funzionali del singolo atto di autonomia. Il che impone l'analisi non soltanto della causa ma del contenuto del contratto o dell'operazione complessa». P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 391 ss., 397.

Consapevole, infatti, che una destinazione senza separazione è esposta al rischio di essere sterilizzata, e che la segregazione si presta, tendenzialmente, a essere strumento di attuazione e realizzazione della stessa destinazione, reputerei doveroso continuare a distinguere l'una dall'altra, dacché si tratta di profili collocabili su piani distinti e valutabili in termini di vicende del rapporto giuridico in modo autonomo.

L'introduzione nel nostro sistema positivo della norma di cui all'art. 2645 *ter* Cod. civ., di là della sua vocazione generale o speciale, sulla quale non torno, esprimendomi a favore della prima e manifestando una certa contrarietà a considerarla, come autorevolmente è stato sostenuto, una mera norma sugli effetti, non soltanto non supera la distinzione tra destinazione, opponibilità e separazione, ma, addirittura, mi sembra capace di conservarla ed esaltarla. Confermando che la destinazione implica, soltanto, che un soggetto, indipendentemente dalla circostanza che sia il proprietario¹³, imprima un vincolo sul bene, in guisa di conformare il diritto sul bene stesso, mercé l'assunzione dell'impegno a non mutarne la destinazione marcata e dell'impegno a gestirlo in conformità al vincolo medesimo¹⁴.

Potrebbe dirsi, in via di estrema generalizzazione e con tutti i rischi propri di ogni esemplificazione astratta, che il vincolo di destinazione importa, almeno sui soggetti che siano parte della convenzione, che ha determinato la costituzione del vincolo, un'obbligazione negativa¹⁵ e una positiva: la prima avente a oggetto un *non facere*, consistente nel non mutare la destinazione impressa, la seconda avente a oggetto un *facere*, consistente nel gestire il bene in modo conforme al vincolo.

Ciò dimostra che la destinazione, fin quando rimanga mera destinazione, ha un contenuto tendenzialmente obbligatorio, che la espone, per un verso, al rischio dell'inadempimento da parte del suo o dei suoi autori, i quali, al costo del mero risarcimento del danno, potrebbero violare la destinazione medesima, e, per altro

¹³ Basti considerare che talune norme impongono il potere di imprimere una certa destinazione al bene anche al possessore, al detentore. Così, anche, M. Confortini, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario del diritto privato*, I, *Diritto civile*, a cura di N. Irti, Milano, 1980, p. 885.

¹⁴ R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazioni di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 987 ss., spec. p. 990 s., precisa che sotto il profilo dell'effetto gli atti di destinazione presentano una caratteristica comune: «di incidere sul diritto oggettivo determinando le regole applicabili ad attività future. In chiave funzionale tali regole costituiscono l'organizzazione delle menzionate attività per il perseguimento di un interesse ([...]quello sintetizzato nella destinazione). Gli atti denominabili di organizzazione sembrano costituire per ciò stesso la categoria, sia pure estremamente articolata in ragione della varietà dei possibili contenuti funzionali, la quale nell'interpretazione dei fenomeni di iniziativa privata, consente di spiegare il rilievo di effetti non attributivi (né reali né obbligatori), bensì modificativi (dell'interesse posto ad epicentro della situazione giuridica considerata e, conseguentemente, delle regole applicabili ai rapporti futuri ad essa riferibili) [...] Attribuzione e destinazione si pongono infatti su piani differenti, l'una sul piano logico costruttivo, l'altra su quello teleologico: la prima rappresenta lo schema logico astratto che, volta per volta, è colorato da un concreto orientamento funzionale; la seconda rappresenta il contenuto funzionale concreto di uno schema logico astratto (diremmo, l'organizzazione)».

¹⁵ Sull'obbligazione negativa, almeno, il completo e condivisibile lavoro di S. Deplano, *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014.

verso, alla sua inopponibilità ai terzi, con la conseguenza che questi ultimi e, tra essi, anche i creditori, possono validamente ed efficacemente acquistare diritti, personali o reali, di godimento o di garanzia, sul bene o sui beni destinati.

Per superare l'uno e l'altro non è, tanto, necessario, passare dal piano obbligatorio al piano reale, il quale imporrebbe difficoltà concettuali legate, anche, al tema della tipicità dei diritti reali, quanto, e più semplicemente, riuscire a rendere opponibile, anche ai terzi, il vincolo di destinazione, in modo che il vincolo abbia effetto nei confronti dei terzi e che diritti dei terzi acquistati, successivamente, non possano avere effetto contro il vincolo.

Per fare ciò occorre che il titolo sia reso opponibile, ossia che si possano dare strumenti pubblicitari capaci di rendere il titolo costitutivo della destinazione legalmente conoscibile ai terzi, in guisa che gli ultimi, in caso di acquisto inefficace, non possano lamentare alcunché, se non una loro negligenza nel compimento dell'atto contro un vincolo conosciuto, o conoscibile.

Tutto ciò, però, da solo considerato, non basta a realizzare anche il risultato della segregazione patrimoniale. La quale reclama non soltanto l'opponibilità del vincolo, ma anche una scelta legislativa, la quale stabilisca, oltre all'inefficacia dei diritti dei terzi acquistati sul bene, o sui beni vincolati, anche la separazione di quello, o di quelli, dal patrimonio del suo titolare.

E si badi, a me pare che i due fenomeni meritino, ancora, di essere tenuti distinti, perché la mera inefficacia dell'atto del terzo, o del creditore sul bene vincolato, non significa, anche esclusione o sottrazione di quel bene, o complesso di beni, dalla garanzia patrimoniale del suo titolare.

Tale altro profilo disciplinare reclama una scelta legislativa, la quale consenta di rendere il bene o i beni, una volta che il vincolo risulti opponibile ai terzi, anche separato dal patrimonio del titolare. Costituente, cioè, un patrimonio autonomo, o, se si preferisce, una articolazione del patrimonio.

Risultato che, in considerazione del principio della responsabilità patrimoniale, per il quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni, con tutti i suoi beni presenti e futuri, postula una precisa scelta. Soltanto compiuta la quale il bene o i beni vincolati e i loro frutti diventano garanzia generica non già di tutti i creditori del titolare dei beni vincolati, bensì dei soli creditori il cui diritto sia sorto in conformità e in funzione dello scopo, ossia oggetto di esecuzione soltanto per debiti contratti per lo scopo.

Piuttosto dovrebbe discutersi sul cattare speciale o eccezionale di questa disciplina e valutare se la separazione patrimoniale, ossia la disciplina che aggiunge all'opponibilità del vincolo anche l'effetto di separazione del bene, o del complesso di beni, non debba considerarsi, oggi, diversamente da ciò che era necessario dire, avendo riguardo alle scelte originariamente compiute dal legislatore del 1942, una disciplina a vocazione speciale, ma non eccezionale.

Soluzione verso la quale mi sentirei incline, non soltanto riguardando i numerosi casi nei quali storicamente, a mano a mano, ciò è stato previsto, ma, soprattutto,

riferendomi alla non più recente disciplina sull'atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela¹⁶. La quale, in ragione della generalità dello strumento che essa appresta, mi pare capace di elevare la separazione a effetto generale di tutte le destinazioni opponibili ai terzi¹⁷, o da fungere essa stessa da paradigma di ogni possibile isotopo di destinazione per interessi meritevoli di tutela.

Senza, perciò, violare il principio generale della responsabilità patrimoniale, bensì fissando un generale principio di possibile plurima articolazione del patrimonio della persona. Il quale, peraltro, non può impaurire il giurista positivo, temendo di esporre —come sovente si ascolta— la circolazione giuridica al male oscuro dell'incertezza e i ceti creditori al rischio incalcolabile dell'insoddisfazione della loro pretesa.

Perché in ogni caso, l'effetto di destinazione, ancorché accompagnato dalla separazione, non soltanto non pregiudica la circolazione, ma, soprattutto, non mi pare in grado di rendere inattuabile la garanzia patrimoniale.

Al riguardo, basti considerare che il creditore anteriore alla costituzione della destinazione separata ha, sempre, a propria disposizione i consueti mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, che gli consentono di rendere, almeno nei suoi confronti, inefficace l'atto di separazione. Che costui ha, tra l'altro, la possibilità di agire con l'azione di meritevolezza, la quale, ben oltre i casi in cui sia possibile esperire gli ordinari mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, consente di sterilizzare una destinazione pregiudizievole delle sue ragioni, quando manchi, in tutto o in parte, la proporzionalità della destinazione¹⁸. Che, in ogni caso, costui, ove, *ad artem*, sia impossi-

¹⁶ A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 582 ss., «la natura eccezionale o regolare di una disposizione statuente la separazione patrimoniale deve essere proposta non tanto con riferimento all'art. 2740 c.c., né esclusivamente con riguardo al supposto principio di universalità della responsabilità patrimoniale, quanto sulla base di un confronto con il sistema giuridico nel suo complesso, e con specifica attenzione al tema in esame, ai principi generali coinvolti dai concreti interessi messi in evidenza dall'atto di destinazione».

¹⁷ Secondo R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazioni di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, cit., p. 948 ss., la predetta norma non avrebbe regolato la fattispecie di destinazione che, anzi, presuppone, ma semplicemente i requisiti in presenza dei quali questi atti possono essere trascritti e il loro effetto assistito dall'effetto reale.

¹⁸ Così, G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 65, il quale dopo aver precisato che il controllo di meritevolezza è formula capace di richiamare «in relazione alla singola fattispecie, principi e regole diverse», avverte che esso si risolve «in una pluralità di controlli che prescindono dal mero giudizio di liceità e di non futilità». Non soltanto un controllo in ordine al rapporto di congruità e di adeguatezza tra bene destinato e scopo perseguito, nonché un controllo sulla «proporzione» tra bene destinato e patrimonio residuo rispetto ai creditori del destinante, ma, altresì, il controllo sull'idoneità dell'atto di destinazione a perseguire uno *scopo specifico* e un *interesse altrui* e una *valutazione comparativa* tra l'interesse del beneficiario della destinazione e l'interesse tutelato dalla singola situazione creditoria. Non credo, inoltre, contrariamente a quanto affermato da G. D'Amico, *La proprietà «destinata»*, cit., p. 535, nt. 29, che G. Perlingieri intenda limitare il ricorso all'azione revocatoria ai soli casi in cui l'apposizione del vincolo si accompagni a una vicenda (anche) *traslativa* del bene. All'esatto contrario, la prospettiva dell'A. è ben diversa. Afferma, infatti, che ferma l'utilizzabilità dello strumento revocatorio, in tutti i casi in cui ne ricorrano i presupposti, e, dunque, quando possa darsi un atto di disposizione, indipendentemente dal rilievo che esso sia traslativo o no, v'ha, anche, l'azione di meritevolezza. Né G. Perlingieri, nello svolgere la propria tesi, cade in contraddizione, se soltan-

bilitato a esercitare gli ordinari mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, può, sempre, agitare l'abuso del diritto, che, in casi come questo, si potrebbe considerare strumento generale di tutela della pretesa creditoria: consente di vanificare l'effetto dell'atto, che si provi essere stato compiuto non già per la sua finalità propria, ma allo scopo, ancorché non esclusivo, di sottrarre il bene alla garanzia patrimoniale. D'altro canto, i creditori successivi alla costituzione della destinazione separata, in punto di stretto diritto, proprio perché successivi, e proprio perché consapevoli di quell'articolazione del patrimonio del loro debitore, non possono dirsi pregiudicati, né lamentare che l'in-esecuzione su quei beni e sui loro frutti, frustra le loro pretese¹⁹. Si direbbe, a voler indulgere a formule meramente descrittive che quei beni dovrebbero considerarsi non già presenti o futuri del loro debitore, bensì passati, ossia beni sui quali costoro non possono aver fatto affidamento al tempo del sorgere del loro credito nella valutazione giuridica della composizione quali-quantitativa del patrimonio del loro debitore.

Confermando, dunque, che la destinazione, ove pure si accompagni a una segregazione patrimoniale, e, dunque, quando diventi strumento di articolazione del patrimonio della persona, né espone al rischio di un'instabile circolazione, né al pregiudizio dei creditori del disponente. Con la conseguenza che diventa possibile affermarne il carattere speciale e, dunque, la contemporanea concomitante esistenza nel nostro ordine giuridico accanto al principio di responsabilità patrimoniale, della possibile articolazione del patrimonio della persona.

3. Segnati i criteri attraverso i quali è possibile affermare la validità dei negozi che si assumono a elementi condizionanti di questa analisi e individuato il tratto tipico dell'effetto di destinazione, reso, peraltro, compatibile nel nostro ordinamento giuridico anche quando questo, di là di una singola e specifica previsione normativa, si accompagni a una segregazione, si tratta di vedere attraverso quali strumenti l'uno e l'altro si possano combinare. Con intesa che non si tratta, soltanto, in questa prospettiva, di verificarne gli evidenti e possibili limiti di ammissibilità, sperimentando possibili tecniche negoziali attraverso le quali questo matrimonio s'ha da fare, ma anche e soprattutto di analizzare i problemi e i principi disciplinari che tali tecniche

to si considerino i diversi presupposti dell'azione revocatoria e dell'azione di meritevolezza e il diverso tipo di tutela che l'una e l'altra sono destinate a realizzare, indipendentemente dal fatto che il mezzo tecnico, consistente nell'inopponibilità relativa, possa essere coincidente. In una diversa prospettiva, si consideri l'interessante ricostruzione di A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 593 ss., secondo cui il requisito della meritevolezza, letteralmente riferito agli interessi, dovrebbe essere assunto a carattere e qualità della causa dell'atto di destinazione «con l'evidente corollario che meritevole di tutela va qualificato non l'interesse, ma la causa, in modo che in quest'ultima, e non nel primo, debba essere rinvenuto quel grado di apprezzabilità necessario ai fini del riconoscimento dell'atto di autonomia da parte dell'ordinamento giuridico». In questa prospettiva la meritevolezza non può considerarsi meramente rivolta ad assicurare l'opponibilità del vincolo, ossia limitata al profilo della trascrizione, ma nel tradizionale strumento di controllo dell'atto di autonomia negoziale.

¹⁹ Così, A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.

possono proporre, valutandone le interferenze con il sistema circolatorio e, vieppiù, con quello successorio.

Movendo dal primo, ossia dalla delimitazione d'ipotesi di negozi *post mortem* produttivi di effetti di destinazione, nel tentativo di esemplificazione, in via meramente stipulativa, chiamerò «*disponente*» il soggetto che intende realizzare la destinazione; «*beneficiario*» il soggetto avvantaggiato dalla destinazione; «*beneficiario finale*» il soggetto al quale, al termine della destinazione, deve essere trasferita la titolarità del bene, o del complesso dei beni destinati, con intesa che costui può coincidere, o no, con il beneficiario; «*gerente*» il soggetto al quale il disponente assegna il compito di attuare la destinazione.

3.1. La prima ipotesi alla quale è facile pensare è il negozio fiduciario²⁰, ossia lo schema della fiducia di antica tradizione e rinnovato interesse nella nostra più recente giurisprudenza di legittimità.

Il disponente (fiduciante) si accorda con il gerente (fiduciario), affinché l'ultimo, nell'interesse del primo e in base alle sue istruzioni, gerisca il bene, destinandolo, dopo la morte del primo, per un certo scopo e attribuendone la proprietà, alla fine della destinazione, al soggetto designato dal disponente medesimo.

L'ipotesi, ovviamente, si addensa di numerose variabili possibili. A seconda che il bene da vincolarsi sia già di proprietà del fiduciante (disponente), che lo trasferisce al fiduciario, incarnando lo schema di una fiducia dinamica, ovvero che il bene venga acquistato direttamente in capo al fiduciario, per mezzo di una tecnica di intestazione di bene sotto nome altrui, secondo uno schema che parrebbe di fiducia statica. Ancóra, a seconda che si preveda a carico del fiduciario un obbligo di trasferire il bene al beneficiario, al termine del vincolo, ovvero, in caso di vincolo per la durata della vita del beneficiario, agli eredi del beneficiario, ovvero, a favore di un terzo soggetto, ovvero che il bene rimanga acquisito nella titolarità del fiduciario.

Si tratta di un classico schema fiduciario, variamente articolato, il quale, nell'ipotesi in cui i beni da assoggettare a vincolo siano titoli di credito potrebbe realizzarsi non soltanto attraverso lo schema della fiducia romanistica, nella quale il fiduciante trasferisce la piena titolarità del bene al fiduciario, che amministra il bene nell'interesse del fiduciante e secondo le sue istruzioni, ma anche attraverso lo schema della fiducia germanica. In guisa che il fiduciante rimane il titolare dei diritti cartolari e al fiduciario viene trasferito il solo esercizio di tali diritti.

In ogni caso, lo schema del negozio fiduciario mi pare perfettamente idoneo a creare un effetto di destinazione *post mortem*, perché il fiduciante, di là delle singole variabili attraverso le quali il negozio può articolarsi, prevede che il vincolo di destinazione debba essere costituito dopo la morte del disponente.

Gli è, però, che tale modalità di realizzazione del vincolo di destinazione, come le altre che mi riservo di ipotizzare, impone di indagare non soltanto la validità del

²⁰ P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 35 ss.

negozio *post mortem*, ma anche le interferenze con la successione a causa di morte del disponente, anche allo scopo di valutare se non si tratti di uno strumento elusivo dei diritti dei legittimari.

Il tutto a tacere del fatto che si tratta di una complessa operazione economica, non priva di problemi, se consideriamo non soltanto il possibile inadempimento del fiduciario agli obblighi assunti²¹, non soltanto il rischio che il bene, prima che possa essere destinato, sia aggredito dai creditori del fiduciario, ma anche i problemi fiscali, soprattutto avuto riguardo al recente e criticabile orientamento della Corte di legittimità, riccamente fiorito nei primi mesi del 2015, il quale vorrebbe assoggettare la costituzione del vincolo, come la costituzione del *trust*, anche auto-destinato, all'imposta di successione (ossia a un'imposta dell'8%)²².

Tralasciando per il momento le questioni d'interferenza successoria, le quali, sembrandomi comuni anche a quelle degli altri negozi *post mortem* con effetti di destinazione, mi provo ad analizzare le prime, verificando possibili strumenti di tutela del disponente.

Se si prescinde dalla celebre posizione di Grassetti, secondo cui il negozio fiduciario è un unico negozio, avente causa di fiducia, la più diffusa ricostruzione concettuale propone di distinguere due negozi: quello obbligatorio, tra fiduciante e fiduciario, in forza del quale il secondo è obbligato a eseguire le istruzioni del primo, nell'amministrazione e gestione del bene, e quello traslativo, tra fiduciario e terzo, capace di realizzare l'attribuzione patrimoniale a favore del gratificato.

²¹ Il tema era già avvertito con limpidezza da L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, p. 3, il quale avverte che il rapporto reale non è limitato che mediatamente da quello obbligatorio; «ecco, così delinearsi una particolare situazione di pericolo: il fiduciante in tanto la pone volontariamente in essere in quanto fa affidamento sulla *fedeltà* e sull'*onestà* del fiduciario. Nell'affidamento su tali qualità personali è l'essenza, l'anima dei negozi fiduciari, che sono stati, fin dalla loro origine, compresi e determinati, traendone l'*habitus*, la disciplina e anche il nome». Vale la pena di ricordare che l'A., muovendo dal presupposto che il negozio fiduciario consta di un negozio astratto di trasferimento fondato su una causa *fiduciae* e di un negozio obbligatorio di mandato o garanzia, esclude che si possano dare nel nostro ordinamento negozi fiduciari e che in tale categoria possano ricomprendersi i casi di utilizzo di un negozio tipico per una finalità diversa da quella loro propria e corrispondente alla fiducia. Scrive a p. 137 ss., che i trasferimenti fiduciari differiscono dai negozi causali di trasferimento adattati ad altri scopi, per la natura del negozio reale e per la causa. «Mentre i primi trovano la loro giustificazione in una causa che, di per sé, si riflette nell'obbligo di retrotrasferire all'alienante, o di trasferire a un terzo il bene ricevuto, i secondi vengono a fondarsi su una causa che giustifica l'acquisto definitivo».

²² *Ex multis*, Cass. 18 marzo 2015, n. 5322, in *Fisco*, 2015, p. 1395, nella cui massima si legge: «va applicata l'imposta sulle successioni e donazioni, nella peculiare accezione concernente la costituzione di vincolo di destinazione, assunta come autonomo presupposto impositivo, sull'attribuzione di denaro, conferita in *trust* e destinata ad esse investita a beneficio di terzi». Nello stesso senso, Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735, in *Fisco*, 2015, p. 1203; Cass., 24 febbraio 2015, n. 3737, in *Fisco*, 2015, p. 1096; Cass., 25 febbraio 2015, n. 3866, in *Fisco*, 2015, p. 1097. In precedenza, in senso contrario, Comm. Trib. Emilia Romagna, 12 novembre 2013, n. 156, in *Trust*, 2014, p. 313, secondo la quale il *trust* auto-destinato (ossia il *trust* in cui disponente e beneficiario coincidono) sconta, soltanto, l'imposta di registro in misura fissa e non l'imposta di successione e donazione.

È caduta l'idea che l'accordo fiduciario debba, necessariamente, essere fatto per iscritto e che la dichiarazione scritta unilaterale con la quale il fiduciario si obblighi a eseguire il trasferimento non possa essere vincolante²³. La migliore dottrina, con argomenti convincenti e ampiamente condivisibili, ha dimostrato la necessità di superare l'idea di tipicità delle promesse unilaterali, affermandone il carattere vincolante, quando essa sia capace di creare un ragionevole affidamento nel promissario, da valutare nel singolo caso concreto, e nel presupposto che generi un'obbligazione di vantaggio per il promissario²⁴.

Tutto ciò consente di affermare la validità di un contratto fiduciario nuncupativo, nonché la validità ed efficacia della dichiarazione unilaterale del gerente, con la quale l'ultimo riconosce di essere proprietario fiduciario, obbligandosi a costituire il vincolo e, successivamente, a trasferire il bene o il complesso di beni vincolato al soggetto designato dal fiduciante. Serve, cioè, a tutelare il fiduciante dal rischio d'inadempimento del fiduciario, vieppiù se l'accordo preveda, altresì, una clausola risolutiva espressa in caso d'inadempimento di determinati obblighi assunti con il contratto fiduciario.

Vale, però, la pena di osservare che l'inadempimento, di là del caso in cui riguarda l'amministrazione del bene, rischia di realizzarsi quando il fiduciante sia mancato ai vivi. Movendo, infatti, dal presupposto che il fiduciario debba costituire il vincolo di destinazione dopo la morte del fiduciante, ossia a termine iniziale coincidente con il *dies mortis* dell'ultimo, non v'ha dubbio che l'inadempimento non possa, tecnicamente, realizzarsi prima di quell'istante. Ciò significa, sebbene ciò appaia in contrasto alla logica stessa del contratto fiduciario, che vi debba essere un soggetto che possa, eventualmente, agire per l'adempimento o la risoluzione del contratto fiduciario, mandando in emersione l'esistenza del contratto medesimo. Ove pure il

²³ Di recente, Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Foro it.*, 2014, p. 2860 e in *Contratti*, 2015, p. 12, con nota di M. Patrone, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*, nella cui massima si legge: «la dichiarazione unilaterale scritta, con cui un soggetto, in attuazione di un precedente accordo fiduciario stipulato oralmente, si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili, costituisce autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al ri-trasferimento, il quale è suscettibile di esecuzione in forma specifica, purché l'atto unilaterale individui con esattezza gli immobili, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali». Sul caso, le precise e condivisibili considerazioni di E. Camilleri, *L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae"*, in *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015.

²⁴ Così, E. Camilleri, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, *passim*, il quale ha dimostrato che una dichiarazione unilaterale impegnativa può essere reputata autonoma fonte di obbligazioni, ove soddisfi la direttiva causale alla base di ogni spostamento patrimoniale, sia coerente con i rigorosi margini di derogabilità del principio di intangibilità delle sfere giuridiche individuali (postulabile purché si abbia un negozio a effetti favorevoli e rifiutabili) e sia idonea di ingenerare ragionevole affidamento. Ma già, C. Donisi, *Il problema degli atti unilaterali*, Napoli, 1972, *passim*, il quale discorre di tipicità relativa soltanto allo schema, con la conseguenza che il promittente avrebbe l'autonomia di modellare il contenuto della promessa, nei limiti in cui lo schema non venga alterato e nei limiti in cui quel contenuto sia volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

fiduciante non volesse demandare questo compito ai propri eredi, ne potrebbe affidare la cura a un esecutore testamentario, il quale manderebbe, comunque, in emergenza, il rapporto fiduciario.

L'unica possibilità di evitare questo rischio è di anticipare il termine di adempimento dell'obbligo di costituire la destinazione. Ciò consente, senz'altro, di evitare il rischio di affidare la gestione di questo inadempimento agli eredi o a un esecutore testamentario; tuttavia, il negozio non sarebbe più capace di un effetto di destinazione *post mortem*, perché la destinazione si realizzerebbe prima della morte del fiduciante e, almeno sotto il profilo destinatario, perderebbe questa connotazione.

Inoltre, vale la pena di osservare che tutto ciò continua a non escludere il rischio che il bene o il complesso dei beni, di cui il fiduciario acquista la titolarità, seppure fiduciaria, possa essere aggredito dai creditori del fiduciario stesso, con la conseguenza che, in tal evenienza, si conclamerebbe un inadempimento del fiduciario, che lascerebbe il fiduciante privo di tutela reale. L'esistenza del valido contratto fiduciario non è opponibile ai terzi e ai creditori, ma vale soltanto nei rapporti tra le parti. Né varrebbe o sarebbe proficua l'idea di pensare a una trascrizione del contratto fiduciario, non soltanto perché lo stesso schema fiduciario perderebbe quel tratto di segretezza e riservatezza che ne giustifica l'impiego, ma, soprattutto, perché, ove pure si potesse dare una trascrizione dell'atto, non si potrebbe, altresì, ipotizzare una segregazione del patrimonio.

Le considerazioni svolte non inficiano l'utilità dello strumento, né escludono la sua fruibilità; ma, soltanto, servono ad avvertire che il ricorso allo strumento fiduciario non consente, a mio credere, un sistema di garanzie verso l'esterno, in guisa che esso può essere fruito quando il fiduciante possa riporre pieno affidamento, non tanto sull'adempimento spontaneo del fiduciario, superabile in ragione della vincolatività dell'accordo e della possibilità di agire con l'esecuzione forzata dell'obbligo, bensì sulla solidità patrimoniale del fiduciario, onde si eviti che il bene, o il complesso dei beni, fiduciariamente trasferito, o fatto acquistare al fiduciario, venga esposto all'aggressione dei creditori dell'ultimo.

Infine, sulla validità del contratto e, dunque, sulla sua inidoneità a confliggere con la norma che fa divieto di stipulare patti successorî, ribadendo la necessità di svolgere un'analisi del singolo caso concreto, sulla base del criterio proposto, adeguatamente misurato in relazione agli interessi particolari e senza costruzioni basate sulla logica del tipo includente, può osservarsi, in via generale, che la validità sembra da escludere quando il trasferimento del bene dal disponente al fiduciario sia, sostanzialmente²⁵, differita al tempo della morte del disponente, nonché quando il fiduciante si riservi di nominare, fino all'ultimo istante della sua vita, il beneficiario del vincolo e il beneficiario finale dell'attribuzione. Quando, cioè, in ragione della composizione

²⁵ Dovrebbe, infatti, affermarsi la nullità del contratto anche quando, pur in presenza di un formale, immediato, trasferimento del diritto dal disponente al gerente, l'assetto concreto degli interessi lasci intendere che il primo abbia sostanzialmente conservato la titolarità del bene, soltanto fittiziamente trasferita al secondo.

degli interessi realizzata con il contratto, esso o diviene atto a causa di morte, perché realizza il trasferimento di un diritto che trova la sua causa nella morte del fiduciante, ovvero funge da strumento capace di riservare al fiduciante la possibilità di scegliere fino all'ultimo istante della vita chi debba essere il beneficiario del *quod supererit*²⁶.

3.2. Non dissimile dal modello del negozio fiduciario e, probabilmente, esposto a minori azzardi, sebbene il profilo della destinazione *post mortem* rischi di appannarsi, è il *trust*.

La dottrina distingue tra il *trust* di diritto interno e il *trust* esterno, ossia tra *trust* regolato da una legge straniera, anche in forza della nota Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata in Italia con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, e il *trust* interno, ossia regolato dalla legge italiana, ipotizzando che l'Italia, anche in seguito all'introduzione della disciplina di cui all'art. 2645-ter, debba considerarsi un paese-*trust*²⁷.

Senza entrare nel merito di questo complesso e difficile dibattito, nell'ambito del quale non si discute più, tanto, della validità di un *trust* di diritto interno, ma della sola ammissibilità e validità di un *trust* interno, non v'ha dubbio che questo possa assumere le vesti di efficace negozio *post mortem* capace di realizzare un effetto di destinazione.

Il disponente, *settlor*, trasferisce al gerente, *trustee*, un bene, o un complesso di beni, da destinare a un certo scopo, o nell'interesse di uno o più beneficiari, indicando, altresì, nel caso di destinazione a uno scopo, il guardiano e, in ogni caso, il criterio di distribuzione del bene, o del complesso dei beni, al termine del *trust*.

Anche qui, ovviamente, è possibile che numerose siano le variabili, potendosi dare: un *trust* di scopo, o un *trust* a favore di uno o più beneficiari; questi ultimi possono essere determinati, o soltanto determinabili; un guardiano, anche nel caso di *trust* a favore di un beneficiario; l'individuazione preventiva del soggetto al quale il bene, o il complesso dei beni, deve essere attribuito alla fine del *trust*, o mere regole sulla loro distribuzione; cause di estinzione anticipate; un diritto di recesso del *settlor*. E così, via scorrendo, conformando ogni singolo *trust* alle esigenze del caso concreto.

Diversamente dal negozio fiduciario è assai ridotto il rischio d'inattuazione, non soltanto perché, come nel negozio fiduciario, la vincolatività del *trust*, tra le parti, è presidiata da consueti e ordinari strumenti, che assicurano la realizzazione forzata, ma, soprattutto, perché il *trust* genera una separazione patrimoniale del bene, o del

²⁶ R. Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., p. 149, precisa che la caratteristica dell'atto a causa di morte sta nel suo oggetto: esso «deve essere un bene che "superest" cioè che rimane al momento della morte, e non determinato al momento in cui si opera l'attribuzione ma in quello successivo alla morte».

²⁷ In questo senso l'indagine di A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 612, il quale osserva che affermare la legittimità del *trust* di diritto interno, anche per il tramite dell'introduzione della disciplina degli atti di destinazione, consentirebbe un miglior controllo sugli stessi atti di destinazione, evitando il ricorso allo strumento quando si tratti di raggiungere risultati non compatibili con la disciplina, ossia quando la destinazione non sia sorretta da un'esigenza della funzionalizzazione della situazione giuridica soggettiva proprietaria e dalla specializzazione della responsabilità patrimoniale. Quando, cioè, la destinazione sia posta in essere per realizzare interessi suscettibili di essere soddisfatti direttamente dal proprietario anche senza destinazione.

complesso dei beni. In guisa che quelli, che pure sono acquistati dal *trustee*, rimangono separati dal suo patrimonio.

È noto, infatti, che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare o compiere azioni esecutive sui beni del *trust*; che i beni del *trust* non fanno parte del regime matrimoniale e della successione del *trustee*. Soprattutto, che la rivendicazione dei beni del *trust* è consentita qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal contratto, abbia confuso i beni del *trust* con i propri²⁸.

Lo strumento realizza, dunque, non soltanto una destinazione, ma, anche, una segregazione, con la singolare particolarità, che lo differenzia rispetto a tutti gli altri strumenti possibili, che i beni del *trust*, pur se appartenenti al patrimonio del *trustee*, non fanno parte della sua successione, risolvendo, in tal modo, una molteplicità d'interferenze con la disciplina successoria, che negli altri contratti possono assumere toni aspri.

Il vero ostacolo a questa ricostruzione sta nel fatto che se disponente e gerente stipulano un *trust*, l'effetto di destinazione è immediato, con la conseguenza che questo contratto, che pure potrebbe produrre importanti vicende di rapporto giuridico, successivamente alla morte del disponente, confermando, così, la possibilità di essere reputato un negozio *post mortem*, e, in ogni caso, un negozio idoneo a realizzare una vicenda para-successoria, non di meno, non potrebbe, propriamente, dirsi un negozio *post mortem* di destinazione, ossia un negozio capace di produrre l'effetto di destinazione nel tempo successivo alla morte del disponente.

Ove si volesse conseguire un tale risultato, sarebbe necessario riuscire a differire l'effetto destinatorio, verificando, ovviamente, i limiti in cui ciò sia possibile, senza confliggere, a prescindere da altre norme inderogabili del nostro ordinamento e, in specie, di quello successorio, con la norma che pone il divieto di patti successori.

Altrimenti si è costretti ad arrestare l'indagine, denunciando l'inidoneità del *trust* a valere quale negozio produttivo di un effetto di destinazione *post mortem*. Affermando, cioè, che il *trust inter vivos* produce l'effetto di destinazione, immediatamente, sebbene non si possa escludere che, sotto taluni profili, rimanga un negozio con effetti *post mortem*, soprattutto se s'immagini che la destinazione debba cessare oltre il tempo della morte del disponente e che, alla cessazione della destinazione, il *trustee* debba attribuire i beni del *trust* a un certo beneficiario, preventivamente determinato da parte dello stesso disponente.

Sotto questo profilo, il *trust* realizzerebbe un'attribuzione patrimoniale a favore di un certo soggetto, nel tempo successivo alla morte del disponente. Vi sarebbe un evidente effetto *post mortem*, della validità del quale, escludendo l'arduo problema della tutela dei legittimari, per il caso in cui vi fosse una lesione dei diritti loro rico-

²⁸ Di qui la preoccupazione di P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, cit., p. 58, che si possa dare una progressiva perdita di «competitività anche internazionale del sistema italiano dei contratti fiduciari; non vi è infatti alcun dubbio della maggior efficienza e funzionalità del *trust* rispetto alla fiducia, specie di modello romanistico».

nosciuti dalla legge in virtù della loro posizione familiare, non potrebbe dubitarsi, dacché l'effetto attributivo non trova causa nella morte del disponente, ancorché esso si verifichi successivamente a quel momento.

La possibilità che il *trust* venga considerato, rispetto all'effetto della destinazione, un negozio *post mortem*, in senso proprio e pieno, postula la necessità di differire questo effetto al tempo della morte del *settlor*.

Ciò, da un punto di vista schiettamente tecnico, potrebbe realizzarsi con la previsione di un termine, in forza del quale la produzione degli effetti venga differita al tempo della morte del disponente, non discutendosi che il *dies mortis* sia da considerare un termine e non già una condizione.

Sebbene sia, in astratto, possibile differire a termine iniziale, coincidente con la morte del disponente, l'effetto destinatorio, ciò profila, in concreto, una difficilissima interferenza con la disciplina sul divieto di patti successorî. Impone all'interprete di verificare, anche in ragione dell'assetto d'interessi concretamente voluto e realizzato dalle parti, quando l'apposizione di un tale termine debba indurre la conclusione che esso cessi di poter essere considerato mero negozio con effetti *post mortem*, assumendo il connotato di vero e proprio patto successorio e, dunque, di negozio nullo²⁹.

Non v'ha dubbio che la validità di un *trust* con termine iniziale al *dies mortis* del *settlor* debba essere ponderata, sulla base del criterio indicato in apertura, in relazione al singolo caso concreto, calcolando l'assetto di interessi realizzato dalle parti e indagando la loro intenzione; sicché non mi pare che si possano dare margini per affermarne o negarne, in via di principio e fuori di questa stima, la validità o invalidità.

Tuttavia, un profilo che mi pare importante, e sul quale una riflessione di carattere più generale credo debba porsi, riguarda l'ammissibilità di un potere di recesso attribuito al *settlor*.

Il prevedere un tale diritto potestativo in capo al disponente interferisce in modo significativo e, soprattutto, contrastante, con la validità dell'ipotesi. Infatti, sebbene non possa nascondersi che la conclusione del contratto a effetti differiti, pur non producendo, sin da subito, la vicenda di rapporto giuridico essenziale, vincola nondimeno le parti e produce, senz'altro, taluni effetti giuridici, v'ha da osservare che la morte, pur atteggiandosi a mera modalità cronologica dello svolgimento del rapporto giuridico, rischia di elevarsi a profilo causale del contratto quando sia, contestualmente, attribuito al *settlor* un diritto di recesso *ad nutum*.

Sotto un certo profilo, potrebbe dirsi che il negozio non soltanto è destinato a regolare un certo assetto d'interessi, per il tempo successivo alla morte del disponente, ma, altresì, che esso diviene liberamente revocabile dal disponente, fino all'ultimo istante della sua vita. Sembrerebbe, cioè, perdersi quel tratto di disciplina che,

²⁹ In questo senso, C. Caccavale, *Contratto e successioni*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 535, il quale dice: «in ogni caso, per non porsi in contrasto con il divisato divieto, mai il vincolo di destinazione potrà essere programmato per divenire efficace soltanto a far tempo dalla morte del disponente».

tendenzialmente, porta ad affermare la validità del contratto a effetti differiti al tempo della morte del disponente, ossia che il contratto, ancorché improduttivo degli effetti sostantivi al momento della sua conclusione, nondimeno vincola, sin da subito, le parti a quel certo assetto d'interessi, il quale è già programmato. Avvicinandolo, piuttosto, al testamento, perché assume la fisionomia di atto, liberamente revocabile, con il quale un soggetto dispone delle proprie sostanze per il tempo successivo alla sua morte.

Sotto un diverso profilo, però, si potrebbe dire che tale negozio parrebbe sfuggirebbe all'applicazione della norma che pone il divieto dei patti successori, proprio perché, ove pure la morte del disponente si elevasse a rango causale del negozio, nondimeno la libera revocabilità da parte del disponente, escluderebbe quel profilo di vincolatività che, secondo taluni, sta a giustificazione del divieto di patto successorio istitutivo.

L'apparente contraddizione può, tuttavia, superarsi, non appena si consideri che la ragione a presidio del divieto del patto successorio istitutivo non sta sull'irrevocabilità negoziale dell'impegno, ossia sulla sottrazione del potere di revoca della decisione, o sulla spontaneità dell'atto, bensì, come è stato detto, in modo convincente, nell'inderogabile scelta normativa di voler riservare le decisioni inerenti alla vicenda successoria alla "sola" e "solitaria" volontà (e, dunque, alla dichiarazione unilaterale e non recettizia) del soggetto, creando, così, una sorta di «diritto di esclusiva» sulle decisioni della propria successione³⁰. Osservando, più precisamente, che il principio che giustifica, nella sua complessità, e di là delle singole *rationes* che spiegano, di volta in volta, la proibizione dei diversi tipi di patti, il divieto posto nella norma di cui all'art. 458 Cod. civ. è l'indisponibilità, tra vivi, della delazione³¹.

Così ragionando, si dovrebbe escludere, proprio per una necessaria incompatibilità disciplinare, la validità del *trust* con effetti differiti al *dies mortis* del *settlor* (direi *trust* con effetto di destinazione *post mortem*), quando sia previsto un diritto di recesso *ad nutum* in capo allo stesso *settlor*.

Resterebbe, invece, da valutare la validità del *trust* con effetti differiti al *dies mortis* del *settlor*, quando sia, espressamente, escluso il diritto di recesso in capo all'ultimo.

Tale ipotesi, nonostante una valutazione a carattere generale non mi sembri possibile, dovendosi, sempre, compiere una verifica del singolo caso concreto, non mi pare, nonostante le numerose chiusure della nostra letteratura³², che possa essere tacciata, a priori, d'invalidità, assumendo che, per definizione, l'ipotesi integri una violazione del divieto di patti successori.

Quando disponente e *settlor* abbiano concluso il contratto, individuando, preventivamente, la durata del vincolo, i beneficiari o lo scopo del *trust*, i soggetti a favore dei quali debbono essere devoluti i beni alla scadenza, nonché il guardiano, senza attribuire ad alcuno il potere di recedere dal contratto, mi parrebbe possibile

³⁰ Così, C. Caccavale, *Contratto e successioni*, cit., p. 472 ss. spec. p. 474,

³¹ V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, cit., pp. 178-184.

³² Per tutti, C. Caccavale, *Contratto e successioni*, cit., p. 535.

affermare una potenziale validità di questo *trust*. Se, infatti, movessimo, come credo si debba fare, e come, del resto si fa nei casi in cui si questiona, a esempio, sulla validità della donazione a effetti differiti al *dies mortis* del donante³³, dal presupposto che il soggetto si spoglia del bene sin da subito, indipendentemente dal rilievo che l'effetto è destinato a prodursi alla sua morte, una tale conclusione, in via puramente astratta, fatta salva ogni verifica da compiere in relazione al singolo caso concreto, non mi pare che debba escludersi per il *trust*.

Il *settlor*, con la stipulazione del *trust*, ha già validamente disposto del proprio diritto; l'attribuzione è compiuta ed essa non sembra integrare un atto tra vivi di disposizione della delazione. Né, in senso contrario, potrebbe obiettarsi che il *settlor* dispone di un diritto relativo alla sua successione, dal momento che quegli dispone di un diritto già esistente nel proprio patrimonio, rinviandone in un tempo futuro e certo il solo realizzarsi.

Questa considerazione non vuole aprire la strada a qualunque tipo di *trust* a effetti differiti al *dies mortis* del *settlor*, ma, soltanto, avvertire che una preventiva chiusura è, forse, una frattura da evitare.

Altro e diverso è, poi, il problema dei soliti legittimarî. Problema che in questa prospettiva, non è il medesimo di quello sollevato dal *trust* testamentario, in ordine al quale si discute se la disposizione istitutiva del *trust* debba considerarsi nulla o, più ragionevolmente, riducibile; né il problema dell'individuazione dei soggetti contro i quali l'eventuale azione di riduzione deve essere proposta, ossia se debba considerarsi legittimato passivo il *trustee* ovvero, come mi parrebbe più ragionevole, il beneficiario, salvo che non si debba chiamare in causa anche il *trustee*, ma al solo fine di far valere la sentenza verso quegli, senza che l'azione sia considerata rivolta contro di lui.

Il problema è diverso e concerne la natura onerosa o gratuita del *trust*, o, più esattamente, la natura liberale del *trust* e dell'attribuzione che il *trustee* compie a vantaggio dei beneficiarî. Problema che, però, dal mio punto di vista, accomuna questa ipotesi agli altri negozi *post mortem* con effetti di destinazione, e ne suggerir-

³³ Figura della quale si ammette, tendenzialmente, la validità. B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. XII, 4, Torino, 1961, p. 520, osserva, per escludere la riconducibilità alla categoria degli atti *mortis causa*, che la donazione a termine «è già di per sé perfetta e irrevocabile». G. Iudica, *La donazione a termine*, in *La donazione*, a cura di G. Bonilini, Torino, 2001, p. 871, esclude la contiguità dall'atto *mortis causa* in ragione della «attualità dello spoglio del donante». A. Palazzo, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, p. 130, «il riferimento alla *donatio mortis causa* o a patti successori è escluso dal carattere *inter vivos* che discende dalla attualità dello spoglio del donante, anche se l'efficacia del negozio è ricollegata al termine segnato dalla morte». Sia consentito rinviare anche a V. Barba, *La donazione a termine*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. VI, *La donazione*, Milano, 2009, p. 873 ss. In giurisprudenza, Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *Leggi d'Italia*, «La donazione *si moriar* è valida e non costituisce patto successorio ove risulti che il contratto è perfetto e irrevocabile *ab initio* mentre solo il suo effetto è subordinato alla condizione della morte del donante: in tale fattispecie, infatti, il donante non dispone della propria successione, ma di un proprio bene, limitandosi a subordinare l'efficacia dell'atto dispositivo all'evento costituito dalla sua morte, mentre è invece invalida la donazione in cui l'evento-morte costituisca causa dell'attribuzione, nel qual caso la donazione diviene perfetta solo con la morte del donante».

sce, pertanto, delle considerazioni generali, a vocazione unitaria. Dovendosi stabilire quale sia la causa dell'attribuzione a favore del beneficiario finale e se essa debba considerarsi stringere l'atto del disponente o del gerente, ossia se dante causa del beneficiario sia il disponente o il gerente.

3.3. Da ultimo, non credo che si possa trascurare, nella prospettiva che voglia analizzare negozi *post mortem*, che si possano atteggiare a fatti condizionanti dell'effetto di destinazione, la figura del mandato *post mortem*.

Controversa ipotesi, non rara nella prassi, all'attenzione della letteratura e della nostra giurisprudenza da molto tempo, attorno alla quale si agitano, ancora, sebbene in parte siano sopiti o considerati risolti, numerosi problemi di validità e disciplina, e si profilano, con tratto di novità e stimolante interesse, nuove applicazioni, spingendone le frontiere verso il fascinoso campo degli interessi di natura non patrimoniale³⁴.

I termini entro il quale si è svolto il dibattito sulla validità della figura è noto, né occorrerà, in questa sede, di ripercorrerne gli itinerari, se non allo scopo di acquisirne il risultato e, di lì, sperimentare la possibilità di combinarne le nozze con l'effetto di destinazione.

Il principale ostacolo all'ammissibilità di un contratto di mandato con effetti differiti al tempo della morte del mandante è, storicamente, nella regola, di antica tradizione, *mandatum morte finitur*, raccolta, nel nostro ordinamento giuridico nella disposizione di cui all'art. 1722, n. 4 Cod. civ. Regola che, sebbene, storicamente, abbia suggerito ad autorevole dottrina³⁵ di negare la validità della figura, oggi, con certa consentaneità, non si considera dirimente e impeditiva. Si dice, infatti, che tale regola, diversa per *ratio* e portata applicativa da quella, contenuta nella medesima disposizione, che statuisce l'estinzione del mandato in caso d'interdizione o inabilitazione del mandante³⁶, nonché da quella che prescrive l'estinzione del mandato in caso di morte del mandatario³⁷, ha natura derogabile. Essa ha, infatti, la funzione di

³⁴ Al riguardo, le convincenti considerazioni di V. Putortì, *Il mandato post mortem*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 378 ss.

³⁵ G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 556 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, Torino, 1960, p. 320; Navarra, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, p. 240 ss.; De Ruggiero Maroi, *Istituzioni di diritto civile*, Milano - Messina, 1965, p. 396.

³⁶ L. Nanni, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, sub artt. 1722-1730, 1994, p. 23. Di recente V. Putortì, *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738, il quale scrive: «il mandato la cui esecuzione sia subordinata alla interdizione o inabilitazione del dominus non solo potrebbe non trovare esecuzione, ma anche che, là dove si verificano i suddetti eventi, si verrebbe a creare un'ineludibile interferenza tra l'attività gestoria che il mandatario deve svolgere e le funzioni affidate a coloro che sono investiti dell'esercizio tutelare. Si determinerebbe, cioè, una – seppur parziale – sovrapposizione di ruoli e di funzioni che limiterebbe i poteri-doveri spettanti al tutore o al curatore nell'amministrare e gestire il patrimonio dell'incapace nel suo personale interesse».

³⁷ Si dice che, in questo caso, la norma ha natura inderogabile, perché mira a tutelare interessi meta-individuali. Non soltanto l'interesse del mandante all'esecuzione dell'incarico, la quale potrebbe essere pregiudicata o impedita dalla indisponibilità o dalla incapacità tecnica degli eredi del mandatario, ma, soprattutto, l'inte-

evitare che gli eredi del mandante siano vincolati, nell'amministrazione del patrimonio ereditario, dalle scelte operate dal mandante e, dunque, è posta a tutela d'interessi individuali, ma non meta-individuali. A tacere del fatto che lo stesso legislatore ha previsto talune ipotesi nelle quali la morte del *dominus* non importa l'estinzione del mandato, il cui rapporto prosegue con gli eredi del mandante³⁸.

Affermata la derogabilità della regola *mandatum morte finitur*, la validità di un mandato *post mortem* si lega alla disciplina che pone il divieto di patti successorî, dovendosi stabilire quando questo assuma una conformazione *mortis causa* e, dunque, debba dirsi nullo e quando, invece, la morte sia soltanto una modalità cronologica dell'effetto.

Sul punto la dottrina³⁹, confortata anche dalla giurisprudenza, afferma la validità del mandato *post mortem*, quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto meramente esecutivo, avente a oggetto un bene, o un complesso di beni, di cui il mandante abbia già trasferito la titolarità al mandatario; mentre il contratto è invalido quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto giuridico, che importa il trasferimento di un diritto di cui il mandante abbia conservato la titolarità.

Si dice, infatti, che in quest'ultimo caso, il mandatario finirebbe con il disporre, ancorché in esecuzione del mandato, di un diritto successorio, perché il «mandante conserva la disponibilità del rapporto sostanziale affidato solo in gestione al mandatario, il quale non acquista la titolarità della situazione sostanziale e svolge, quindi, pur sempre la propria attività per conto altrui»⁴⁰. Con la conseguenza che i beni di cui il mandatario dispone, non essendo mai fuoriusciti dal patrimonio del mandante, sarebbero da considerare facenti parte della di lui eredità.

In conformità a questo criterio di massima, si dice, quindi, che è valido il mandato *post mortem exequendum*, mentre invalido il mandato *mortis causa*, ossia che è valido il mandato avente a oggetto un'attività esecutiva, relativa a un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi, e «invalido il mandato avente a oggetto un'attività che si concretizza nel trasferimento di determinati diritti a un terzo»⁴¹.

Posta la validità del mandato c.d. *post mortem exequendum* si pone, però, un ulteriore problema di carattere esecutivo, connesso al rischio dell'inattuazione dell'incarico a cagione del recesso da parte degli eredi.

Non v'ha dubbio, infatti, che il rapporto di mandato, che non si estingua per morte del mandante, deve considerarsi trasferito agli eredi del mandatario. I quali dovrebbero conservare, a norma dell'art. 1722, n. 1, Cod. civ., il diritto di revoca

resse degli eredi del mandatario, i quali debbono essere liberi di scegliere, in maniera autonoma, le attività da svolgere. Così, V. Putortì, *Il mandato post mortem*, cit., p. 356.

³⁸ Sono i casi di mandato conferito nell'interesse del mandatario o di terzi, di cui all'art. 1723 Cod. civ., di mandato collettivo, di cui all'art. 1726 Cod. civ. e di mandato avente a oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa, di cui all'art. 1722, n. 4, Cod. civ.

³⁹ P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, cit., p. 55.

⁴⁰ Le parole sono attinte da Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1613.

⁴¹ Così, V. Putortì, *Il mandato post mortem*, cit., p. 345.

(*rectius*: recesso), ove pure fosse convenuta l'irrevocabilità del mandato. Con la conseguenza che costoro potrebbero interdire al mandatario il compimento dell'incarico affidatogli dal mandante e, dunque, rendere lo strumento del tutto inservibile allo scopo per il quale il mandante stesso lo aveva costituito.

In tema, però, v'ha osservato che il mandato, con il quale il mandatario si obblighi a compiere un atto esecutivo, relativo a un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi, dovrebbe considerarsi un c.d. mandato *in rem propriam*, ossia un mandato conferito anche nell'interesse del terzo beneficiario, a vantaggio del quale l'atto esecutivo deve essere rivolto, sicché dovrebbe potersi applicare la disciplina di cui al secondo comma dell'art. 1723 Cod. civ. Secondo la quale, se non è diversamente stabilito, il mandato non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che ricorra una giusta causa di revoca.

A ragionare in questo modo, ne verrebbe che gli eredi del mandante non potrebbero efficacemente revocare il (*rectius*: recedere dal) mandato, se non ricorra una giusta causa, la quale presuppone, non già una valutazione degli eredi del mandante sull'opportunità che il mandatario compia l'atto giuridico, ovvero la sussistenza di un loro interesse, anche economico, a che il mandatario non compia l'atto giuridico, bensì l'esistenza di obiettive circostanze, che rendano pregiudizievole, per loro, la prosecuzione del rapporto. Con l'ulteriore precisazione che, in caso di recesso dal contratto, gli eredi del mandante non acquisterebbero il bene oggetto dell'attività esecutiva del mandatario, ma solo impedirebbero all'ultimo di compiere quell'atto, senza che, da tale impedimento, possa derivare un acquisto a loro favore, dal momento che, in tesi, si assume che il mandatario abbia già acquistata la titolarità di quel bene.

Così ragionando, per un verso, è possibile affermare la validità del mandato *post mortem exequendum* e, per altro verso, garantire che gli eredi del mandante non impediscano, con il loro recesso, salvo il limite della giusta causa, che il mandatario compia l'atto giuridico che l'ultimo si era obbligato di eseguire.

Ciò consente di ipotizzare la fruibilità del mandato *post mortem* per realizzare un effetto destinatario.

Occorre che disponente e gerente si accordino nel senso che l'ultimo si obblighi a costituire, al tempo della morte del primo, un vincolo di destinazione su un bene che il primo abbia già trasferito al secondo. Ipotizzando che il disponente abbia già trasferito la titolarità del bene, o del complesso dei beni, con intesa che il trasferimento potrebbe avere a oggetto, anche la sola nuda proprietà, in guisa che il mandante ne possa conservare l'usufrutto vitalizio, il mandato avrebbe a oggetto il compimento dell'atto giuridico consistente nella costituzione del vincolo di destinazione o, più genericamente, la destinazione del bene, o del complesso di beni.

Resta, ovviamente, come nei casi precedenti, tanto il problema dell'inadempimento del mandatario, quanto il problema della sorte del bene nel periodo intercorrente tra la stipulazione del mandato e la morte del mandante.

Sul primo problema, può osservarsi che a presidio dell'inadempimento del mandatario, il mandante e gli eredi del mandante, oltre all'azione di responsabilità contrattua-

le e, ove ne ricorrano le condizioni (ossia sia previsto un obbligo a compiere l'atto giuridico di destinazione), oltre all'azione di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a prestare il consenso, possono prevedere strumenti convenzionali di tutela, quali, a esempio, una clausola penale, o una condizione risolutiva espressa. Riducendo, pur non del tutto sterilizzando, il rischio della mancata realizzazione del risultato.

Rispetto al secondo problema, invece, si pongono questioni ben più complesse, se solo si consideri che non mi paiono utilizzabili, nel caso proposto, i risultati che la dottrina, muovendo dalle norme sul mandato, ha elaborato in tema proprietà del mandatario, quando il mandato abbia a oggetto l'acquisto di un bene.

Secondo la migliore elaborazione dottrinale⁴², si dice, infatti, che il mandatario, indipendentemente dalla circostanza che la sua attività riguardi l'acquisto di un bene mobile o immobile, consegue immediatamente e direttamente il bene nel suo patrimonio⁴³, salvo l'obbligo di ritrasferire il bene al mandatario. Con intesa che la proprietà in capo al mandatario si considera destinata, proprio in ragione dell'esistenza della norma di cui all'art. 1707 Cod. civ., la quale stabilisce, a talune condizioni, che i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario abbia acquistato in nome proprio. In altri termini, nell'ipotesi, di mandato ad acquistare, l'ordinamento tutela la posizione del mandante, consentendo di configurare una proprietà destinata, non solo mercé l'attribuzione al mandante dell'azione di rivendica e dell'azione di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a prestare il consenso, non solo prevedendo che il mandante possa esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, ma prevedendo, altresì, che i creditori del mandatario non possano agire in esecuzione sui beni da lui acquistati, in forza dell'incarico gestorio.

Tali risultati, indubbiamente fecondi, non sono però utilizzabili nel caso che ho prefigurato, ossia di mandato *post mortem* a vincolare un bene che il mandante abbia già trasferito al mandatario.

A meno, ovviamente, di non voler ipotizzare un'operazione economica ben più complessa, che finisce con il prevedere l'intreccio di prestazioni del mandato e della fiducia, ossia l'ipotesi di contratto con il quale il disponente attribuisce al gerente l'incarico di acquistare un bene per conto del primo, l'incarico fiduciario di gestirlo, fino al tempo della morte del disponente, secondo le istruzioni dell'ultimo, nonché l'incarico di vincolare il bene, successivamente alla morte del disponente.

⁴² R. Calvo, *La proprietà del mandatario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 67 ss.; Id., *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996.

⁴³ R. Calvo, *La proprietà del mandatario*, cit., p. 72 ss., spec. p. 76, precisa che «l'azione di rivendica prevista nell'art. 1706, 1° co., c.c. –lungi dall'avvalorare la tesi del doppio trasferimento automatico o della c.d. proprietà "saltellante"– [... trae] la propria ragione d'essere dall'idea secondo cui il legislatore volle riconoscere al diritto di credito del mandante una tutela reale –la quale richiama alla mente la storica discussione sulle sempre più tenue frontiere separanti i diritti assoluti da quelli relativi– mirata a consentirgli d'opporre al terzo subacquirente (avente causa del mandatario) la propria pretesa all'esecuzione dell'atto traslativo interno, fatti salvi gli effetti del possesso vale titolo».

Tale ipotesi, ovviamente più complessa e maggiormente protetta dalla predetta disciplina sul mandato, espone però, al più alto rischio che l'intero contratto venga considerato in violazione della norma sul divieto di patto successorio. Se non altro perché il bene, che pure non sarebbe mai formalmente entrato nel patrimonio del disponente, non potrebbe considerarsi estraneo al suo patrimonio, dal momento che vi sarebbe, sempre, l'obbligo del mandatario di trasferire il bene al mandante.

La circostanza che detto obbligo sia, sostanzialmente, paralizzato dall'obbligo fiduciario, che impone al mandatario-fiduciario di amministrare il bene, finché sia in vita il disponente, secondo le sue istruzioni, non consente di dire che non si tratta di un bene giuridicamente proiettato a far parte del patrimonio del disponente, con l'ulteriore illazione che la destinazione costituita dopo la morte, soprattutto se si preveda che il mandatario debba, estinta la destinazione, trasferire il bene a un soggetto diverso da un erede, lascerebbe preludere a una sottrazione del bene dal patrimonio ereditario e, dunque, alla prefigurazione di questo complesso negozio giuridico come vero e proprio contratto *mortis causa*. Senza tacere che gli eredi del mandante subentrano, almeno, nelle posizioni contrattuali facenti capo al *de cuius* e, tra esse, nell'obbligo a pretendere il ri-trasferimento del bene, nonché nel rapporto di mandato.

Mi pare, allora, che questa più complessa ipotesi, che pure potrebbe non essere, necessariamente, tacciata di nullità, soprattutto se il mandante avesse stabilito che, estinta la destinazione, il mandatario fosse tenuto a trasferire il bene agli eredi dello stesso mandante, è certamente perigliosa ed esposta all'alto rischio che questo contratto venga considerato nullo, in quanto *mortis causa*.

Non resta, dunque, di fermarsi all'ipotesi più semplice, la quale, certamente non consente di sfruttare a pieno le potenzialità delle norme sul mandato e i risultati acquisiti in tema di proprietà del mandatario, dacché essa presuppone che il mandatario abbia già acquistato la proprietà del bene da parte del mandante e che l'incarico di mandato, sotto il termine della morte del disponente, preveda il solo obbligo del gerente di costituire un vincolo di destinazione.

Ipotesi plausibile e, a mio credere, ragionevolmente valida, la quale lascia aperto però, per l'impossibilità di sfruttare le potenzialità delle norme che fissano lo statuto della c.d. proprietà del mandatario, la sorte del bene nel periodo intercorrente tra il trasferimento del bene al mandatario e il momento in cui il mandatario deve costituire il vincolo di destinazione, oltre ai problemi, comuni a tutte le ipotesi delle loro interferenze con tutte le altre norme del diritto successorio e, in specie, di tutela dei legittimari.

4. Le ipotesi prospettate di negozi *post mortem* di destinazione, di là della difficile interferenza con la disciplina del divieto di patti successorî, profilano ulteriori e complessi problemi interpretativi, nel caso in cui alla successione del disponente dovessero venire dei legittimari. Se, infatti, il disponente mancasse ai vivi, senza lasciare, dietro di sé, alcun legittimario, il compimento di negozi *post mortem* di destinazione poco o nulla interferisce con la successione, in quanto rileva soltanto il re-

lictum, mentre resta indifferente l'eventuale *donatum*, sicché posta la validità del negozio, l'atto rimane congelato nella storia giuridica del disponente.

Diversamente, nel caso in cui alla successione del disponente dovessero venire dei legittimarî, in ragione delle discipline sulla riunione fittizia, sull'imputazione e sulla collazione, diventa dirimente, e comporta conseguenze di non breve momento, se il negozio *post mortem* o l'atto connesso e preliminare al suo compimento costituisca una donazione o un atto di liberalità diverso dalla donazione, indipendentemente da chi sia stato il soggetto beneficiario.

In questa prospettiva, il negozio *post mortem* di destinazione diventa un privilegiato angolo di osservazione delle attribuzioni patrimoniali compiute dall'ereditando. Trattandosi di verificare: se esso debba considerarsi atto di liberalità; quale sia la causa dell'attribuzione patrimoniale compiuta dal gerente, su incarico del disponente, a favore del beneficiario finale; se il vantaggio conseguito dal beneficiario, indipendentemente dal profilo puramente formale, debba considerarsi ricevuto, direttamente, dal gerente, ovvero dal disponente.

Con intesa che potranno svolgersi, soltanto, delle considerazioni di massima, le quali potrebbero anche non cogliere l'essenza del singolo e concreto caso che, di volta in volta, possa accadere, dimostrando, dunque, che l'interprete è sempre chiamato alla valutazione di ogni singola ipotesi. La valutazione della quale impone, sempre, di proporre una contemporanea rilettura del diritto delle successioni a causa di morte, assumendo consapevolezza, anche avuto riguardo alle norme e ai principi espressi dalla Costituzione e nel diritto italo-europeo, che sull'interesse dei componenti della famiglia dovrebbe prevalere l'interesse del testatore, tecnicamente espresso nell'autonomia testamentaria⁴⁴.

Il diritto delle successioni a causa di morte, per quanto sia vero che, nella sua complessità, tuteli, anche, i soggetti legati al defunto da vincoli familiari, intensificando il grado di tutela quanto più stretto sia il vincolo, è pur sempre e, per eccellenza, quel settore del diritto nel quale primeggia e deve signoreggiare l'interesse del defunto a dare assetto alla propria successione. È il diritto dell'atto di ultima volontà, al quale l'ordinamento affida, con sacralità esclusiva, il compito di regolare gli interessi, anche non patrimoniali, *post mortem* della persona.

4.1. Il primo tema sembra quello di più facile intelligenza, se soltanto si muova dalla considerazione che nelle tre ipotesi considerate, pur nelle variabili che possono contraddistinguerle, non v'ha dubbio che l'attribuzione patrimoniale compiuta dal disponente al gerente, la quale consente all'ultimo, successivamente alla morte del primo, di realizzare l'effetto di destinazione, debba considerarsi, tendenzialmente, a titolo liberale⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. V. Barba, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.

⁴⁵ L'ipotesi era inammissibile nella prospettiva di L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, cit., p. 165. La donazione tra disponente e bene-

L'intuizione è facile da intendere se si svolgano, insieme, queste due riflessioni: se il negozio *post mortem* avesse, non soltanto l'effetto di impegnare il gerente al compimento della destinazione, ma, altresì, la capacità di generare, al tempo della morte del disponente, il trasferimento del diritto sul bene, o sul complesso di beni, al gerente, il contratto dovrebbe, tendenzialmente, reputarsi dispositivo della delazione e, dunque, nullo, per violazione della norma di cui all'art. 458 Cod. civ.⁴⁶; se il trasferimento del diritto sul bene dal disponente al gerente fosse a titolo oneroso, ove pure l'ipotesi non potrebbe, astrattamente, essere esclusa a priori, riuscirebbe più difficile spiegare perché il gerente intenda destinare un proprio bene allo scopo voluto dal disponente e, in ogni caso, il problema si sposterebbe, inevitabilmente, con l'ovvio corollario che muterebbero i soggetti legittimarî interessati, dalla successione del disponente a quella del gerente.

Queste considerazioni inducono, dunque, a ipotizzare che, nella generalità dei casi prospettati, debba darsi, quale atto prodromico e necessario al negozio *post mortem* in senso proprio, anche allo scopo di far salva la validità di quello, un preesistente atto di trasferimento del diritto sul bene dal disponente al gerente. Con intesa che non necessariamente deve trattarsi di trasferimento della piena proprietà, dacché potrebbe anche essere un'alienazione della nuda proprietà, con riserva dell'usufrutto in capo al disponente, ma, nondimeno, un atto capace di far acquistare nel patrimonio del gerente il bene sul quale l'ultimo, secondo le intese negoziali con il disponente, dovrà realizzare la destinazione al *dies mortis* del disponente.

La circostanza che, nei casi di contratto fiduciario e di mandato, l'attribuzione patrimoniale, dal disponente al gerente, avvenga attraverso un atto che importi, immediatamente e direttamente, il trasferimento del bene dal patrimonio del primo a quello del secondo, ovvero che importi l'acquisto nel patrimonio del secondo, per effetto di una tecnica d'intestazione del bene sotto nome altrui, poco cambia rispetto alla sostanza, tendenzialmente liberale dell'atto, ponendo, piuttosto, il problema di stabilire quale sia l'atto e quale sia il suo oggetto. Dacché in caso d'intestazione di bene sotto nome altrui, l'attribuzione può essere realizzata per mezzo di una donazione, oppure per mezzo di un atto di liberalità diverso dalla donazione ed entrambe potrebbero avere a oggetto il bene, ovvero il danaro necessario per l'acquisto, con tutte le conseguenze che ciò importa sul piano pratico e applicativo⁴⁷.

Nel caso di attribuzione diretta, essa può essere, indistintamente realizzata, per il tramite di una donazione, diretta o indiretta, presentandosi, eventualmente, nel

ficiario è, secondo l'A., radicalmente nulla, «in quanto la *causa donandi* solo apparentemente esiste; come tale, nessun passaggio dei beni può prodursi. E allora rimane tra loro soltanto un mandato, magari un mandato ad agire in nome proprio».

⁴⁶ Cfr. V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delegazione*, cit., p. 178 ss.

⁴⁷ In tema V. Barba, *Tecniche negoziali di intestazione di beni sotto nome altrui e problemi successori*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 344 ss.

caso in cui le parti abbiano mascherato l'atto liberale sotto le vesti di uno oneroso, l'esigenza, preventiva, di accertarne la natura simulata.

Non v'ha dubbio, allora, che, negli uni, come negli altri casi, debba assumersi, tendenzialmente, l'esistenza di un atto liberale, che consente al gerente di acquistare la titolarità del bene, o del complesso dei beni, sul quale, in forza dell'incarico fiduciario, o del mandato, l'ultimo è tenuto a realizzare l'effetto di destinazione.

Sotto questo profilo è, dunque, evidente che, quando alla successione del disponente vengano suoi legittimari, l'attribuzione patrimoniale compiuta a vantaggio del gerente diventa significativa e incide sul complessivo assetto successorio. Non soltanto perché sussiste un *donatum*, del quale i legittimari avranno interesse a tener conto, ai fini della riunione fittizia, ma, soprattutto, perché, ove si tratti di una donazione, diretta o indiretta, che eccede la quota di patrimonio di cui il *de cuius* poteva disporre, i legittimari potrebbero, ricorrendone i presupposti, agire in riduzione contro quella donazione, con la conseguenza che potrebbero, così, sterilizzare, in tutto o in parte, il programma architettato dal *de cuius*.

Senza tralasciare di osservare che queste considerazioni dovrebbero coordinarsi anche con la disciplina sull'imputazione ed, eventualmente, sulla collazione, ove risulti che il beneficiario o il beneficiario finale della destinazione sia proprio un legittimario del disponente. Problema che, però, presuppone, affinché possa essere risolto, di stabilire se l'attribuzione compiuta dal gerente al beneficiario debba considerarsi come attribuzione dello stesso disponente, ovvero come attribuzione del gerente. Perché, secondo la risposta - la quale costituisce quel terzo ordine di problemi generali che mi ero proposto di analizzare - è evidente che il legittimario beneficiario dalla destinazione potrebbe essere chiamato, o no, a imputare alla propria quota quanto ricevuto per effetto della destinazione.

Il medesimo problema, sulla natura liberale dell'atto, si pone anche rispetto al *trust*, sebbene con riferimento a questa ipotesi, assuma sfumature differenti, *massime*, dipendenti dalla stessa configurazione dell'istituto. Mentre nel caso di contratto fiduciario e di mandato, abbiamo ipotizzato che il trasferimento del diritto dal disponente al gerente abbia fonte in un preesistente atto, avente natura liberale, nel caso di *trust*, l'atto di attribuzione non può essere scisso o separato e, anzi, costituisce porzione dello stesso negozio. Con avvertimento che la proprietà del *trustee* è, certamente, destinata, dal momento che, almeno secondo la disciplina della Convenzione dell'Aja, i beni del *trust* non fanno parte della successione del *trustee*.

Tutto ciò starebbe a significare che il *trust* è sicuramente un atto avente natura liberale; il beneficiario della liberalità non è il *trustee*, per una espressa previsione normativa, ma direttamente il beneficiario. Sicché non mi pare si possa dubitare, nel caso in cui i beni del *trust* eccedano la quota disponibile di cui il *de cuius* poteva disporre, che i legittimari lesi possano agire in riduzione, contro i beneficiari e nei confronti del *trustee*, nella sua qualità, perché la sentenza possa spiegare effetti diretti nei confronti dell'ultimo. Dovendosi precisare, inoltre, che, diversamente dal caso di contratto fiduciario e di mandato, non si può dubitare che il beneficiario tragga

il proprio arricchimento, direttamente e immediatamente, dal disponente e non dal *trustee*, con le implicazioni che ciò importa in termini d'imputazione ed eventualmente di collazione.

4.2. Nei casi ipotizzati di negozi *post mortem* con effetti di destinazione accade che il beneficiario riceve un'attribuzione, direttamente e immediatamente, da parte del gerente. Il quale, indipendentemente dal rilievo che la esegua in forza del contratto fiduciario, del *trust* o del mandato, non può dirsi che compia un atto liberale.

Il concetto di liberalità, che costituisce una coordinata essenziale degli atti liberali e che ha da distinguersi dallo spirito di liberalità, che connota la sola donazione, collocandosi sul piano causale dello scopo obiettivo e obiettivato, implica, insieme, spontaneità e munificenza, ossia un atto compiuto *nullo iure cogente*, allo scopo di realizzare un disinteressato arricchimento del soggetto⁴⁸.

Nei casi di specie, l'uno e l'altro carattere difettano. Non soltanto perché il gerente non ha alcuna intenzione munifica all'indirizzo del beneficiario, ossia alcun intento disinteressato di compiere l'atto, avendovi un interesse specifico retto dall'incarico ricevuto dal disponente, ma, soprattutto, perché il gerente compie l'atto attributivo a favore del beneficiario *iure cogente*, ossia in forza dell'impegno negoziale assunto con il disponente.

Non v'ha dubbio, allora, che l'attribuzione patrimoniale compiuta dal gerente in favore del beneficiario debba considerarsi un atto avente funzione solutoria, ossia un atto, con il quale il gerente adempie l'obbligo assunto nei confronti del disponente; obbligo, per inciso, che potrebbe essere, anche, suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica.

Questa conclusione deve, peraltro, considerarsi coerente con la funzione dei negozi indagati, perché, a ragionare diversamente, si finirebbe anche per alterare la successione del gerente, assumendo che nella sua storia giuridica si debba ipotizzare l'esistenza di un *donatum*, sul quale i suoi legittimarî potrebbero vantare le pretese connesse alla loro posizione giuridica. Con il risultato che la successione del gerente risulterebbe alterata dall'esistenza di un atto che, pur avendo natura liberale, non consente di affermare che l'ultimo ne sia anche il beneficiario. All'esatto opposto, il gerente è, addirittura, gravato da questo atto, dacché a lui è negozialmente imposto il compimento della destinazione in favore del beneficiario, nonché il successivo trasferimento del bene al beneficiario finale.

Affermare, però, che l'attribuzione patrimoniale tra gerente e beneficiario abbia natura solutoria, impone un necessario coordinamento con la conclusione raggiunta a proposito del carattere liberale dell'atto con il quale il disponente dota il gerente. Si assiste, infatti, a una singolare scissione, tra parti dell'atto liberale e soggetto

⁴⁸ Su questi concetti sia consentito rinviare, anche per richiami di letteratura e giurisprudenza, a V. Barba, *Commento all'art. 769 c.c. - La donazione*, in *Comm. del Cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Delle donazioni*, Artt. 769-809, a cura di G. Bonilini, Torino, 2014, p. 3 ss.

arricchito dalla liberalità: le parti dell'atto di liberalità sono, infatti, disponente e gerente; il reale avvantaggiato è il soggetto in favore del quale deve compiersi, al termine della destinazione, l'attribuzione del bene.

L'ipotesi, peraltro, a ben guardare, non è neppure isolata nel nostro ordinamento giuridico, se soltanto si pensi al caso della donazione modale a favore di soggetto determinato⁴⁹. Ipotesi rispetto alla quale, pur essendovi un vivo dibattito⁵⁰, si reputa che i legittimari del donante che volessero agire in riduzione devono, secondo taluni, esercitare l'azione nei confronti del solo donatario, per l'intero *donatum*, salvo il potere del donatario di ripetere dal beneficiario del modo il valore delle prestazioni eseguite a suo favore⁵¹, mentre, secondo altri, esercitare l'azione di riduzione sia nei confronti del donatario, sia nei confronti del beneficiario del modo, limitatamente all'arricchimento di ciascuno, con ovvia precisazione che in caso di modo non ancora adempiuto l'azione debba essere esercitata, esclusivamente, contro il donatario⁵².

A voler applicare questi risultati ai casi che ho posto in attenzione, dovrebbe dirsi che l'atto liberale è quello compiuto dal disponente nei confronti del gerente; che il soggetto arricchito dalla liberalità non è, però, il gerente, bensì il beneficiario, con precisazione che il suo vantaggio è a termine iniziale e consiste non solo di quanto conseguito per effetto della destinazione, le cui prestazioni, anzi, sarebbero ripetibili soltanto per il tempo successivo alla proposizione della domanda di riduzione (arg. ex art. 561, 2 co., Cod. civ.), ma anche del potenziale acquisto del bene, o del complesso dei beni, al termine della destinazione.

Ciò porta, come sicuro risultato, che il legittimario del disponente, il quale volesse agire in riduzione, dovrebbe imputare alla propria quota, quanto eventualmente ricevuto dal gerente per effetto dell'adempimento del contratto fiduciario, o del contratto di mandato, qualora quegli ne fosse beneficiario, o beneficiario finale.

Il legittimario che volesse agire con l'azione di cui all'art. 555 Cod. civ., dovrebbe chiedere la riduzione della liberalità e, in particolare, dovrebbe agire esclusivamente nei confronti del gerente, fin tanto che il bene, pur destinato, si trovi nel patrimonio

⁴⁹ Si discute in dottrina sulla stessa configurabilità di questa ipotesi. Secondo U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 48 ss.; Id., voce *Modo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 690, si tratta di una donazione a favore del terzo. Ma, in senso contrario, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 663, secondo il quale, nel contratto in favore del terzo, manca, in confronto del promittente, lo spirito di liberalità, né lo stipulante intende arricchire il patrimonio del contraente, che diventa debitore verso il terzo; U. La Porta, *Alcune questioni in materia di donazione modale e stipulazione a favore del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 17 ss., secondo il quale il beneficiario della prestazione modale non può considerarsi creditore, assumendo tale veste soltanto il donante, al quale soltanto, infatti, l'art. 793 Cod. civ. sembra riconoscere azione per l'adempimento della obbligazione modale.

⁵⁰ Secondo L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Roma – Bologna, 1981, p. 173, la donazione modale sarebbe riducibile nei limiti della liberalità conseguita dal donatario, mentre non sarebbe riducibile la prestazione modale.

⁵¹ Così, L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. XLIII, 2, Milano, 2000, IV ed., p. 107.

⁵² Così, U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., p. 45 s.

dell'ultimo; contro il beneficiario se, estinta la destinazione, il bene sia stato trasferito al beneficiario finale, il quale, per inciso, potrebbe anche essere diverso dal beneficiario della destinazione in senso proprio.

Questa soluzione mi pare ispirata a un criterio di ragionevolezza⁵³ e proporzionalità e soprattutto in grado di evitare che la successione del gerente possa essere viziata.

Mi pare, infatti, che si debba escludere la soluzione secondo cui l'azione riduzionale dovrebbe essere esperita, sempre e comunque, contro il gerente, precisando che, se il gerente, in esecuzione del mandato, o del contratto di fiducia, abbia trasferito il bene, o il complesso dei beni, al beneficiario finale, contro quest'ultimo dovrebbe esperirsi l'azione di restituzione, in quanto soggetto avente causa dal donatario.

A ragionare così, si finisce per aggravare, inutilmente e, forse, anche erroneamente, la posizione giuridica del gerente, essendo noto che l'azione di restituzione contro gli aventi causa del donatario può essere esperita soltanto dopo che il legittimario abbia, inutilmente, escusso i beni dell'ultimo. L'azione di restituzione è, infatti, molto diversa dall'azione di riduzione⁵⁴, in guisa che l'ultima non mi sembra, neppure, essenzialmente funzionale alla tutela del legittimario, ma meramente attributiva di una pretesa creditoria⁵⁵.

Ipotizzare, allora, che il legittimario del disponente debba agire, sempre e comunque, contro il gerente, significa aggravare, irragionevolmente, la sua posizione giuridica. Quest'ultimo sarebbe esposto all'azione di riduzione anche quando, in esecuzione dell'impegno assunto con il disponente, abbia già trasferito il bene al beneficiario finale, con l'ulteriore aggravio che, in questa ipotesi, il legittimario del disponente, prima di poter agire in restituzione contro l'avente causa dal gerente,

⁵³ Per tutti, G. Perlingieri, *Il ruolo de «Il foro napoletano» oggi*, in *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionale ed europei in tema di obbligazione e contratti*, a cura di G. Perlingieri, O. Clarizia, A. Lepore e A. Fachechi, Napoli, 2015, p. 16 s.; Id., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

⁵⁴ Per tutti, A. Cicu, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 129 ss., spec. p. 138, «a tutela del diritto del legittimario leso, vi è un'azione di riduzione (*stricto sensu*), che è diretta contro il gratificato: questa si scinde in due fasi: nella prima fase, l'azione ha carattere *personale*; nella seconda (azione di restituzione) ha carattere *reale*. Vi è, poi, una separata azione di restituzione, diretta contro il terzo acquirente; ma questa ha carattere *personale*. Si tratta, dunque, di azioni *connesse, ma distinte*». Là dove, a me pare, che nel pensiero dell'A. la connessione tra le due azioni non sta nella loro funzionalità rispetto alla tutela del legittimario, ossia nel loro essere unitariamente preordinate alla tutela della quota di riserva, bensì nella sola circostanza che la seconda azione è eventuale e dipende dall'infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario. Sarebbe a dire, cioè, che l'unica azione a tutela della quota di riserva è l'azione di riduzione che, infatti, mira non soltanto ad accertare la lesione (prima fase in cui l'azione ha carattere personale) ma anche ad ottenere la restituzione del bene donato (seconda fase in cui l'azione ha un carattere reale). Con ciò si arresta la tutela del legittimario, che è tutela a quota di patrimonio del *de cuius*. L'azione di restituzione sta oltre e dopo, ha carattere residuale e vale a riconoscere al legittimario leso, qualora ne ricorrano le condizioni e, dunque, quando sia stato anche escusso il patrimonio del donatario, un mero diritto di credito nei confronti del terzo.

⁵⁵ L'intuizione è in G. Perlingieri, *Il «Discorso preliminare» di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674, nota n. 6.

dovrebbe escutere il patrimonio personale del gerente stesso. Il quale, quindi, pur non avendo ricavato un reale vantaggio dall'atto attributivo del bene (*rectius*: essendo cessato il vantaggio consistito nell'aver avuto la titolarità del bene), dacché il soggetto avvantaggiato è, in realtà, il beneficiario, subirebbe l'azione di riduzione e l'escussione sui propri beni personali.

Diversamente, credo si debba ipotizzare che il legittimario del disponente debba agire in riduzione contro il gerente, finché il bene sia nella titolarità del patrimonio di questi, indipendentemente dalla circostanza che il bene, o il complesso di beni, sia stato destinato, mentre contro il beneficiario finale, quando, cessata la destinazione, il gerente abbia a quest'ultimo trasferito il bene, o il complesso dei beni.

Si tratterebbe, cioè, di considerare l'atto di liberalità con cui il disponente dota il gerente, alla stregua di un negozio a termine finale, ossia un atto di liberalità i cui effetti sono destinati a venir meno non appena, in esecuzione dell'obbligo nascente dal mandato, o dal contratto fiduciario, il gerente abbia trasferito il bene al beneficiario finale; l'atto con cui il gerente trasferisce il bene, o il complesso di beni, al beneficiario finale, in esecuzione dell'incarico ricevuto dal disponente, alla stregua di una liberalità indiretta a termine iniziale, coincidente con il termine finale della prima liberalità.

Tale soluzione non deve, peraltro, lasciare perplessi, né far ipotizzare che essa dimentichi il dato normativo, che assoggetta ad azione di riduzione soltanto l'atto di liberalità.

La tesi proposta, infatti, muove dall'ipotesi che i negozi esaminati sono capaci di realizzare una liberalità diretta e temporanea a vantaggio del gerente e una liberalità indiretta a termine iniziale a favore del beneficiario finale.

In altri termini, la previsione negoziale per la quale il gerente, estinta o cessata la destinazione, deve trasferire il bene o il complesso dei beni, al beneficiario finale non può essere paga del rilievo formale che l'attribuzione provenga all'ultimo formalmente dal primo e non dal disponente e che il gerente compia il trasferimento a favore del beneficiario finale *solutionis causa*, dacché non appena s'intenda nella sua complessità il negozio concluso, non può non avvertirsi che quell'attribuzione integra una liberalità indiretta del disponente, per il tramite dell'attività giuridica dal gerente.

Secondo la suesposta ricostruzione oggetto dell'azione di riduzione è, sempre e comunque, l'atto liberale, concretamente idoneo a ledere la quota che l'ordinamento riserva al legittimario, in ragione della sua posizione familiare.

Tale atto lesivo è, fino al momento in cui il bene si trovi nel patrimonio del gerente, l'atto di dotazione patrimoniale del gerente medesimo; in seguito, l'atto di attribuzione del bene, o del complesso dei beni, al beneficiario finale. Dacché quest'ultimo atto, avendo riguardo all'assetto complessivo d'interessi diviso dalle parti, è da considerare una liberalità del disponente a favore del beneficiario finale, ancorché si tratti di una liberalità indiretta, proprio perché realizzata mercé la mediazione dell'attività giuridica del gerente, cioè per mezzo dell'atto compiuto, *solutionis causa*, dall'ultimo.

Sotto un diverso profilo, la circostanza che il bene, fin quando sia nella titolarità del gerente, sia stato destinato, non mi pare di ostacolo o di pregiudizio alla posizione del legittimario del disponente, né che l'esistenza della destinazione possa incidere negativamente. Piuttosto è da osservarsi che, ove pure la destinazione importi una segregazione, e ove pure si abbia una destinazione per interessi meritevoli di tutela, a' sensi dell'art. 2645-ter, non mi pare che vi siano ostacoli a postulare l'applicazione della terribile regola contenuta all'art. 561 Cod. civ. A mente della quale gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il donatario può averli gravati. Norma che, sebbene non menzioni la destinazione, mi pare che possa trovare applicazione a quel caso, non soltanto perché la destinazione potrebbe genericamente dirsi un peso, ma, soprattutto, perché la destinazione ha una forza, obiettivamente, meno incisiva dell'ipoteca.

Infine, il rilievo che si postuli in questi casi l'esistenza di una liberalità indiretta, non mi pare che possa pregiudicare il risultato riguardo alla validità del negozio *post mortem*, o che ciò possa indurre il sospetto che si tratti di un vero e proprio atto con funzione *mortis causa*.

Osta che il disponente si spoglia del bene, ancorché a titolo liberale, in vita, e che l'effetto di destinazione, come l'effetto attributivo al beneficiario finale debbono considerarsi meri effetti sotto modalità di morte, il primo, e sotto modalità di estinzione della destinazione, il secondo.

La circostanza che il bene, sostanzialmente, fuoriesca dal patrimonio del disponente esclude che il contratto possa dirsi a causa di morte, salvo, ovviamente, che dalla valutazione del concreto assetto d'interessi, anche avuto riguardo ai poteri di amministrazione e controllo che il disponente abbia riservato a sé, non si ricavi che il disponente abbia, in realtà, conservato la titolarità del bene medesimo.

Piuttosto è da osservarsi che nell'ipotesi in cui il legittimario del disponente si trovi ad agire in riduzione contro il beneficiario finale, dacché la liberalità tra disponente e gerente deve considerarsi venuta meno, in ragione dell'esecuzione dell'incarico, i connotati dell'azione di riduzione sembrano destinati a modificare la loro fisionomia.

La circostanza che si discorra di una liberalità indiretta e che, da un punto di vista formale, il beneficiario finale sia arricchito per effetto dell'atto solutorio compiuto dal gerente, impedisce che l'azione di riduzione possa determinare l'effetto restitutorio del bene.

Se si muova dal presupposto che il titolo in forza del quale il legittimario acquista il bene non è la sentenza di riduzione, bensì la sua qualità di erede⁵⁶, in quanto la

⁵⁶ Non può, però, trascurarsi di considerare la posizione di V. Cantelmo, *Fondamento e natura dei diritti del legittimario*, Napoli, 1972, secondo il quale il legittimario preterito che agisce in riduzione non acquista la qualità di erede, ma soltanto il diritto a un credito corrispondente alla *pars bonorum* attribuita dalla legge. Si dice, infatti, che l'azione di riduzione non consente di considerare il legittimario esposto al pagamento dei debiti, né titolare di eventuali sopravvenienze (es. vincita di un biglietto della lotteria). Gli eredi rimarrebbero i soli soggetti vocati per testamento, mentre il legittimario non acquisterebbe, per effetto dell'azione

sentenza ha il solo effetto di accertare la lesione e rendere inefficace la liberalità, con la conseguenza di far ri-tornare il bene, oggetto di liberalità, nel patrimonio ereditario e, di lì, consentirne l'acquisto al legittimario, in forza della sua accertata qualità di erede, ne viene che questo meccanismo è destinato all'inoperatività quando l'azione abbia a oggetto una liberalità indiretta.

Ove si postulasse, infatti, l'inefficacia dell'atto, il bene tornerebbe non già nel patrimonio del disponente e, dunque, nella massa ereditaria, bensì nel patrimonio del gerente, senza con ciò apportare un utile risultato al legittimario⁵⁷, a meno di non voler ipotizzare, come autorevolmente è stato fatto, che debba considerarsi esistente un superiore accordo di liberalità tra disponente e beneficiario oggetto di riduzione⁵⁸, oppure che l'azione di riduzione faccia venire meno la causa dell'attribuzione a favore del beneficiario, con la conseguenza che l'ultimo sarebbe tenuto a ri-trasferire al legittimario il bene determinato⁵⁹.

Se si prescinde dalle ultime due ricostruzioni, le quali non mi pare che riescano a cogliere l'essenza del fenomeno, deve concludersi che l'azione di riduzione contro

il titolo di erede. Ciò consentirebbe di reputare l'azione di riduzione una mera azione creditoria, realizzata mediante l'attribuzione di beni ereditari, ove possibile.

⁵⁷ Così, G. Amadio, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima «per equivalente»*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 691, «l'ostacolo costruttivo è dato non tanto, o non solo, dalla non provenienza del bene, che il beneficiario acquista, dal patrimonio del *de cuius*, quanto dal fatto che tale circostanza preclude concettualmente e giuridicamente il suo acquisto *iure hereditatis* da parte del legittimario vittorioso in riduzione, in forza della vocazione necessaria. Se questa, come s'è detto, è il titolo che consente il recupero dei beni oggetto del le liberalità lesive, è ovvio che esso possa operare solo quando quei beni possano considerarsi, nei confronti del legittimario, come tuttora facenti parte del patrimonio ereditario».

⁵⁸ È la tesi sostenuta da L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 230 ss. Ma, anche, S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008, p. 113, «una volta tolta efficacia ad un tale accordo [l'accordo tra donante e donatario indiretto da cui risulta la *causa donandi*], ne deriverà il sorgere, in capo al donatario, di un'obbligazione *ex lege* relativa alla restituzione per equivalente dell'arricchimento ottenuto, in quanto oramai non più sorretto da alcuna giustificazione causale»; Id., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *Famiglia*, 2006, 684 ss.

⁵⁹ È la tesi di U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 143 s., «la sentenza di riduzione opera piuttosto una retrocessione del bene stesso dal donatario al legittimario, il quale di conseguenza può chiederne la restituzione. Il legittimario è un avente causa dal donatario, e non già un avente causa dal defunto; perciò egli è esposto a tutte le conseguenze che possono inficiare il titolo di acquisto del donatario indiretto. In altri termini, il diritto potestativo di ridurre le liberalità indirette attribuito al legittimario leso opera —per il tramite della sentenza costitutiva di riduzione— il trasferimento, totale o parziale del bene dal donatario al legittimario»; Id., *Donazione indirette e successione necessaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 729, secondo il quale «è necessario ritenere che per effetto del «rinvio» disposto dall'art. 809, 1° co., c.c. alle norme in tema di azione di riduzione la sentenza, oltre a dichiarare relativamente inefficace l'atto lesivo, costituisca un'obbligazione in capo al donatario di restituire al legittimario la liberalità indirettamente ricevuta». In senso contrario, può tuttavia osservarsi che ad ammettere che la sentenza di riduzione produca un trasferimento del bene dal donatario al legittimario non soltanto si attribuisce alla sentenza una capacità di effetto ben oltre di quella consentita dalla legge, ma soprattutto non si giustifica adeguatamente il titolo in forza del quale il legittimario acquista il bene. Detto titolo, infatti, non può più essere la sua vocazione ereditaria.

una liberalità indiretta, diversamente dall'azione di riduzione contro una donazione, pone una deroga alla regola sulla tutela della legittima in natura.

Quando il legittimario del disponente agisce in riduzione contro il beneficiario finale, ossia contro la liberalità indiretta, la sentenza che accoglie la domanda può limitarsi ad accertare la lesione e condannare il beneficiario finale al pagamento di un equivalente. In altri termini, occorre assumere consapevolezza che la tutela del legittimario contro una liberalità indiretta non può realizzarsi in natura, ma sempre per equivalente⁶⁰, anche fuori dal caso indicato dal secondo comma dell'art. 560 Cod. civ.

Si è detto che nella liberalità indiretta la dissociazione tra parte formale dell'atto e parte arricchita, o secondo altra prospettiva, la dissociazione, ancorché formale, tra depauperamento del disponente e arricchimento del beneficiario, non consente di reputare operante il meccanismo della tutela reale⁶¹.

⁶⁰ Così, di recente Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, p. 508, con nota di G. Iaccarino, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni sono sicuri*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, p. 1238, con nota di A. Todeschini Premuda, *Liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*; in *Fam. e dir.*, 2011, p. 348, con nota di A. Mari e G. Ridella, *Gli effetti dell'azione di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative, secondo la Corte di Cassazione*; in *Trust*, 2011, p. 128, con nota di M. Di Paolo, *La riduzione delle liberalità indirette*; in *Imm. e prop.*, 2012, p. 105, con nota di R. Scuccimarra, *L'azione di riduzione nelle donazioni indirette*; secondo la quale «alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 Cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 Cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano della circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito». Ha aderito a questa soluzione, Trib. Roma, 30 maggio 2011, n. 11645, in *Giur. merito*, 2012, p. 381, con nota di R. Cimmino, *Il commento*, nella cui motivazione si legge: «tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito».

⁶¹ G. Amadio, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima «per equivalente»*, cit., p. 709, all'esito di una convincente argomentazione, scrive: «quale che sia la ricostruzione dogmatica, dei suoi effetti "possibili" (cioè compatibili con il sistema della vocazione necessaria), la riduzione delle "donazioni indirette" non mette in discussione la titolarità del diritto sui beni donati, né in capo al diretto beneficiario, né in capo ai successivi acquirenti. Si descrivano quegli effetti come costituirsi di un credito, avente a oggetto il valore del bene acquistato dal beneficiario (per effetto della disapplicazione del principio della legittima in natura); li si costruisca come inopponibilità al legittimario dell'atto realizzativo dell'erogazione (e dunque, tornando all'antico, se ne limiti la pretesa al «recupero» del cespite uscito dal patrimonio del *de cuius*); li si intenda come inopponibilità dell'accordo configurativo di quella prestazione in termini di liberalità (con conseguente attivazione dei rimedi contro l'arricchimento ingiustificato), in ogni caso la riduzione non sarà in grado di incidere sul piano della circolazione».

In senso non dissimile, specie con riguardo ai casi di liberalità realizzati per il tramite di una tecnica d'interposizione di bene sotto nome altrui, A.A. Carrabba, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, dir. da

A mio credere, ciò che impedisce la tutela reale del legittimario, surrogandovi, di necessità, quella obbligatoria, non è, come, spesso, è stato affermato, la scissione tra impoverimento del disponente e arricchimento del beneficiario⁶², bensì l'assenza di un atto tra disponente e beneficiario.

La non coincidenza tra impoverimento (bene di cui si è spogliato il disponente) e arricchimento (bene che ha accresciuto il patrimonio del beneficiario) è tema che attiene, prevalentemente, all'individuazione dell'oggetto della liberalità indiretta, ossia alla determinazione di quale sia il bene oggetto della liberalità. Connesso a questo tema è, ovviamente, quello della collazione e della imputazione, dacché il legittimario deve imputare alla propria quota ed, eventualmente, conferire in collazione ciò che ha costituito oggetto della liberalità indiretta ricevuta.

Tale tema, tuttavia ha, a mio credere, scarsa o, addirittura, nessuna rilevanza rispetto al problema dell'azione di riduzione, in ordine al quale occorre porsi un mero problema di titoli.

L'azione di riduzione serve per accertare la lesione del legittimario e per rendere inefficace l'atto compiuto dal disponente, che lede il diritto del legittimario. È stato chiarito, infatti, che il legittimario acquista il (diritto sul) bene oggetto della disposizione testamentaria o della donazione, non già in forza della sentenza, bensì in forza della propria vocazione ereditaria.

Se, però, si assiste a una scissione formale tra parte dell'atto liberale e parte del rapporto liberale, perché la liberalità è realizzata per il tramite dell'atto giuridico di un terzo, allora il meccanismo della riduzione, come strumento di tutela reale del legittimario, non può più funzionare⁶³.

Se il legittimario aggredisce la liberalità indiretta compiuta dal gerente verso il beneficiario, l'eventuale inefficacia di quell'atto non consentirebbe di considerare il (diritto sul) bene, oggetto dell'atto dispositivo lesivo, nel patrimonio del *de cuius*. Il bene rimarrebbe nel patrimonio del gerente e, di lì, non potrebbe tornare al patri-

P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 787, «tale titolo di acquisto [compravendita in forza della quale il gratificato acquista il bene dal terzo e non dal disponente] non può essere reso inefficace dalla sentenza che pronuncia l'azione di riduzione della liberalità per mancanza degli elementi che tanto permettono e quindi il bene indirettamente oggetto di liberalità viene a trovarsi giustificatamente nel possesso del "donatario"».

⁶² Così, U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., p. 133 ss., spec. p. 136, «poiché tale coincidenza non si verifica nella riduzione delle donazioni indirette –in cui l'oggetto della riduzione è ora il depauperamento del donante, ora l'arricchimento del donatario–, risulta difficile estendere anche alle liberalità indirette l'affermazione che l'azione di riduzione elimina il titolo di acquisto del donatario: titolo di acquisto che nei casi qui esaminati normalmente consiste in un negozio a titolo oneroso stipulato dal gratificato con un terzo (contratto di assicurazione sulla vita a favore altrui, contratto di compravendita e via dicendo), non escludendosi peraltro anche un acquisto a titolo originario (ad es. nel caso di costruzione con materiali propri sul fondo altrui)». S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 108 s.

⁶³ U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., p. 137, «nelle liberalità indirette non sussiste alcun rapporto negoziale diretto tra l'autore della liberalità e il gratificato».

monio del *de cuius* e, dunque, non potrebbe consentire al legittimario di acquistarne la titolarità⁶⁴.

In guisa che al legittimario non resta che una tutela meramente creditoria nei confronti del beneficiario.

In questa prospettiva, si avverte che il fattore impeditivo di una tutela reale del legittimario non si lega alla distonia tra impoverimento del disponente e arricchimento del beneficiario, bensì all'inesistenza di un titolo di acquisto tra disponente e beneficiario, che possa essere oggetto d'impugnazione.

Si vuole dire che, indipendentemente dall'individuazione dell'oggetto dell'atto liberale, la tutela del legittimario è destinata a trasformarsi in tutela meramente creditoria, ogni qual volta la liberalità sia realizzata mercé un atto che non importi un immediato trasferimento del (diritto sul) bene dal disponente al beneficiario, ovvero ogni qualvolta vi sia la mediazione di un atto giuridico del terzo. Il quale rende l'atto giuridico non più aggredibile, facendo retrocedere la tutela del legittimario da reale a personale; sol perché la tutela reale, a meno di non voler immaginare un obbligo del beneficiario di trasferire il (diritto sul) bene al legittimario⁶⁵, ovvero di ipotizzare l'esistenza di un superiore accordo di liberalità tra disponente e beneficiario⁶⁶, non è tecnicamente realizzabile, perché l'inefficacia dell'atto non consente che il (diritto sul) bene si consideri mai fuoriuscito dal patrimonio del *de cuius*.

Si tratta, dunque, di un'impossibilità logica, prima ancora che giuridica, la quale offre, peraltro, una soluzione che può considerarsi ragionevole e proporzionata, contemperando l'interesse del legittimario, l'interesse del *de cuius* e quello alla circolazione⁶⁷.

Non credo si possa obiettare che questa ricostruzione dimentichi l'azione di restituzione contro il terzo. All'esatto opposto, nella consapevolezza della sua distanza e della differenza rispetto all'azione di riduzione, si prova di coglierne l'inapplicabilità a questa ipotesi.

⁶⁴ Ciò spiega, perché una liberalità indiretta, realizzata con un contratto a favore di terzo, potrebbe consentire al legittimario una tutela reale. Nel caso di contratto a favore di terzo può dirsi, infatti, esistente un atto giuridico liberale tra disponente e gratificato. Esso consiste nella stipulazione a favore del terzo. La cui inefficacia può determinare l'acquisto nel patrimonio del disponente del bene, che, pur non essendo stato formalmente mai acquistato nel di lui patrimonio, nondimeno sarebbe destinata a confluire, qualora divenisse inefficace proprio la stipulazione a favore del terzo.

⁶⁵ È la tesi di Ugo Carnevali.

⁶⁶ È la tesi di Luigi Mengoni.

⁶⁷ Si consideri che A.A. Carrabba, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, Napoli, 2009, p. 787, dopo aver affermato che in caso d'intestazione di bene sotto nome altrui, l'acquisto del gratificato non può essere reso inefficace dalla sentenza che pronunzia la riduzione della liberalità, aggiunge che «in questo caso la sentenza di riduzione potrà operare solo nel senso di una totale o parziale retrocessione di siffatto bene dal beneficiario della liberalità al legittimario leso, che per questo dovrà, se lo crede, chiedere la restituzione dello stesso e che per il medesimo motivo risulterà avente causa di detto beneficiario e non del *de cuius* con tutte le eventuali conseguenze in ordine ai vizi del titolo del "donatario" in grado di riflettersi sull'anzidetta retrocessione».

Nel caso di liberalità indiretta l'azione di restituzione non è concepibile, in quanto presuppone un atto con il quale il *de cuius* dispone a titolo liberale a vantaggio del beneficiario e, successivamente, un atto, a titolo oneroso o gratuito, con il quale l'ultimo dispone del medesimo diritto a vantaggio del terzo; presuppone, cioè, che sia proprio il beneficiario ad aver trasferito a terzi il (diritto sul) bene acquistato a titolo liberale dal *de cuius*.

Nelle liberalità indirette manca il presupposto perché si possa dare un'azione di restituzione contro il beneficiario, in quanto l'ultimo non dispone a vantaggio di alcuno; piuttosto è proprio il beneficiario ad acquistare il diritto dal terzo, ancorché l'acquisto abbia causa ultima nella liberalità voluta dal disponente. Il *de cuius* dispone, infatti, indirettamente, ma a vantaggio del beneficiario, in guisa che l'atto con il quale il gerente trasferisce il (diritto sul) bene al beneficiario è atto solutorio, che, però, realizza la liberalità a favore dell'ultimo da parte del disponente.

Incorrerebbe, dunque, in errore tecnico la soluzione che volesse ipotizzare la fruibilità dell'azione di riduzione contro il gerente e, all'esito, l'azione di restituzione contro il beneficiario.

La soluzione proposta non credo che possa, o debba impaurire se si considera che lo stesso legislatore ha previsto la possibilità che nell'azione di riduzione una tutela creditoria possa prendere il luogo di quella reale⁶⁸: non soltanto nel caso di cui al secondo comma dell'art. 560 Cod. civ., ma anche nei casi in cui il bene oggetto di liberalità sia perito.

Mi pare, dunque, che, senza temere un affievolimento della tutela, debba assumersi consapevolezza che l'unica azione a tutela del legittimario è l'azione di riduzione; che l'azione di restituzione non è funzionale alla tutela del legittimario, ma meramente strumentale alla realizzazione del diritto di credito, realizzato e concretizzato con la sola azione di riduzione; che l'azione di riduzione, tendenzialmente, reale, perde tale connotato, attrezzandosi come azione di credito, non solo nei casi espressamente previsti dal legislatore, non soltanto nel caso di perimento del bene, ma anche in presenza di tutte quelle liberalità indirette, in cui il beneficiario acquista da un soggetto diverso dal disponente.

Le considerazioni svolte mi sembrano, dunque, idonee a confermare non soltanto l'astratta validità di questi negozi *post mortem*, ma anche la loro fragilità rispetto

⁶⁸ Si considerino le osservazioni svolte da G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 177 ss., il quale dimostra che anche nel caso di patto di famiglia l'azione di riduzione che compete ai legittimari che non siano stati parte del patto di famiglia non può avere efficacia reale, ma meramente creditoria. «Invero, la particolare funzione del patto di famiglia e la necessità di garantire la stabilità del trasferimento negano ogni efficacia propriamente restitutoria dell'azione di riduzione ed attribuiscono all'assegnatario l'obbligo di liquidare in danaro, con la conseguenza di considerare il legittimario non partecipante al patto non come "erede necessario", ma come legittimario creditore con una "commutazione" della tutela da reale ad obbligatoria in base alla scelta unilaterale del beneficiario (ciò conformemente al modello tedesco e all'"idea", auspicata in dottrina, di un superamento della visione tradizionale di successione necessaria)».

all'aggressione dei legittimarî. Sicché lasciano, ancòra una volta, l'amara consapevolezza che, in presenza di legittimarî del disponente, sono negozi capaci di realizzare l'assetto di interessi voluto dal disponente medesimo, fin quando abbiano a oggetto beni di valore corrispondente alla quota disponibile.

Diversamente, rischiano il naufragio, esposti all'attacco dei legittimarî: titolari di una rendita da posizione familiare. Sebbene proprio il rispetto del principio dell'autonomia privata sull'interesse superiore della famiglia non deve lasciar dubitare, neppure in una prospettiva costituzionalmente orientata, che la tutela del legittimario debba essere tendenzialmente reale, ma destinata a trasformarsi in tutela meramente creditoria⁶⁹, laddove la prima non sia pienamente realizzabile⁷⁰. Dacché sull'interesse del legittimario, come titolare di un presunto interesse familiare superindividuale, deve considerarsi prevalente l'interesse del disponente a dare il miglior assetto possibile alla propria successione, anche mercé l'articolazione del proprio patrimonio, lasciando al legittimario la sola pretesa creditoria.

⁶⁹ Le mie considerazioni in *La dispensa dalla collazione*, in *Scritti in onore di Giorgio De Nova*, 2016, in corso di pubblicazione e in *Dir. succ. fam.*, 2016, in corso di pubblicazione.

⁷⁰ G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., p. 200 s., ammonisce sull'esigenza di «bilanciare l'interesse alla legittima con altri valori costituzionalmente e direttamente protetti come l'autonomia negoziale e la libertà di disporre, l'impresa (art. 41 cost.), il lavoro (art. 4 cost.), il risparmio dell'imprenditore (art. 47 cost.), la famiglia (art. 29 cost.), i quali non rilevano soltanto sul piano individuale, bensì su quello sociale. Tale prospettiva conferma che il diritto successorio è sempre più lontano dal modello codicistico per uniformarsi alla legalità costituzionale e comunitaria, nonché al modello suggerito dall'art. 42, comma 4, cost. Infatti mentre nel primo la vicenda successoria è ancorata allo *ius sanguinis* ed essenzialmente preordinata alla conservazione della ricchezza all'interno del gruppo familiare, nel secondo essa assume il rilievo di uno strumento di circolazione della ricchezza al fine di realizzare gli obiettivi e i valori segnati dal concetto costituzionale di proprietà».