



DAVIDE ACHILLE

Assegnista di ricerca – Università L. Bocconi di Milano

«PER UNA RIFORMA DEL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI». RILEGGENDO VINCENZO ROPPO *

SOMMARIO: 1. *Divieto dei patti successori e modernità del diritto successorio.* – 2. *Atto mortis causa, atto con effetti post mortem ed interessi concreti delle parti.* – 3. *Rinuncia ai diritti sulla successione futura e posizione dei legittimari.* – 4. *Il metodo per una riforma del divieto dei patti successori.*

1. – In un contesto dottrinale che già da tempo manifestava la necessità di ridurre l'assolutezza del divieto contenuto nell'art. 458 c.c., con un editoriale di poche ma dense e suggestive pagine che inauguravano il primo numero della Rivista di diritto privato del 1997, Vincenzo Roppo licenziava il proprio manifesto "Per una riforma del divieto dei patti successori"¹.

Oggi, a distanza di venti anni da quelle pagine, molto si è detto e molto di nuovo c'è stato sul tema in questione ma il dibattito pur particolarmente intenso, è rimasto sostanzialmente immutato nei tratti generali e nella forma.

Nella critica all'opportunità di mantenere il divieto dei patti successori si sono registrate numerose voci che auspicano una incondizionata cancellazione del divieto e letture riduttive che ne implicano la sostanziale abrogazione in via interpretativa, sul presupposto (tutto da dimostrare) che il divieto in questione, da molti visto come un inutile orpello al libero esplicarsi dell'autonomia privata nelle successioni, costituisca il male assoluto del sistema successorio.

Nell'attuale dibattito, le pagine di Roppo continuano ad essere di indubbia attualità, non solo perché il divieto contenuto nell'art. 458 c.c. è ancora lì, pur con le note vicende che hanno condotto il legislatore ad anteporre alla formulazione originaria della norma la clausola di salvezza per il patto di famiglia, ma soprattutto perché la riflessione di Roppo, oltre a costituire l'anticipazione per certi versi premonitrice dei successivi sviluppi che ha avuto il tema che ci occupa, continua senza dubbio ad essere la fonte di interrogativi che ancora oggi rimangono quanto mai dibattuti.

L'eterogeneità delle varie forme di patto successorio vietate, in uno con il rilievo, già evidenziato da Roppo, che il tema dei patti successori coinvolge interessi trasversali che richiedono

* Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno "Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo".

¹ V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5 ss.



una attenta ponderazione delle situazioni giuridiche soggettive chiamate in causa², rendono estremamente complesso il problema dei margini di ampliamento dell'autonomia privata in ambito successorio.

Problema che non può essere affrontato se non partendo dalle ragioni che spingerebbero verso un alleggerimento del divieto contenuto nell'art. 458 c.c. come anche, in una più ampia prospettiva, ad una riforma organica delle successioni a causa di morte.

A tale riguardo si deve rilevare, più in generale, che la materia successoria è sempre più caratterizzata da svariati pregiudizi, che già Roppo individuava nel citato scritto nella scarsa permeabilità del sistema alle influenze transnazionali e nella marcata staticità della materia successoria, refrattaria all'innovazione, pregiudizi sui quali tuttavia lo stesso Autore invitava ad una più ponderata riflessione risultando almeno in parte apparenti e meritevoli di smentita³.

A tali pregiudizi se ne sono nel tempo aggiunti altri, più specifici per il tema che ci occupa, ma che al pari di quelli individuati da Roppo sembrano richiedere una più attenta valutazione.

Ci si riferisce alla inadeguatezza del testamento quale unico atto negoziale ammesso nel nostro ordinamento per regolare la successione secondo la volontà del disponente ed ancora agli eccessi del sistema della successione necessaria e dei conseguenti limiti alla circolazione dei beni di provenienza donativa che tale sistema, per il tramite della tutela reale riconosciuta ai legittimari, produce.

Da qui l'opportunità di soffermarsi sulle due forme di patto successorio che, oltre ad essere strettamente connesse ai profili da ultimo richiamati, costituiscono le forme del divieto maggiormente dibattute, vale a dire i patti successori istitutivi e quelli rinunziativi, i quali, è opportuno precisarlo, devono continuare ad essere considerati autonomamente non essendo possibile, nonostante qualche differente voce dottrinale anche recente, una loro *reductio ad unum*⁴.

Tanto per i patti successori istitutivi quanto per quelli rinunziativi si è assistito negli ultimi anni ad importanti novità, che vanno dalla disciplina del trasferimento delle partecipazioni societarie tramite la regole contenute negli statuti societari secondo quanto previsto dalla nuova disciplina risultante dalla riforma delle società di capitali e dalla tipizzazione del patto di famiglia, passano per la disciplina dell'opposizione all'atto di donazione, arrivano sino alla legislazione europea che ha introdotto una nuova disciplina delle regole di conflitto della successione⁵, novità che si arricchiscono di fondamentali interpretazioni giurisprudenziali che delineano un innovativo quadro della disciplina successoria.

² V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., p. 9.

³ V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., p. 5.

⁴ In tal senso V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 20.

⁵ Con specifico riguardo al tema che ci occupa, vd. V. PUTORTI, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 845 ss. Nella prospettiva del diritto europeo vd. F.P. TRASCIA, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, *passim*.



Ciò nonostante le risposte fornite fino ad ora dal legislatore, ed in parte anche dalla giurisprudenza, non sono ritenute soddisfacenti e idonee a dare una risposta alle criticità che il sistema successorio ed il divieto dei patti successori presenterebbero, da qui l'emergere di strumenti congegnati dalla prassi che in forza del principio della libertà contrattuale ipotizzano il ricorso ad atti negoziali che rischiano tuttavia di essere inghiottiti dal "buco nero" dei patti successori, usando l'espressione di Roppo⁶.

Proprio ad alcune di tali manifestazioni negoziali elaborate dalla prassi e ritenute in via interpretativa come lecite manifestazioni dell'autonomia privata in ambito successorio è opportuno rivolgere l'attenzione, anche al fine di verificare la loro compatibilità con il sistema successorio.

2. – Con riguardo ai patti successori istitutivi diverse, articolate e autorevoli sono state le ricostruzioni e le teorizzazioni che hanno tentato di ridimensionare in via interpretativa l'ambito applicativo del divieto⁷, in ossequio ad un eccessivo paternalismo del legislatore che limiterebbe ingiustificatamente il libero esplicarsi dell'autonomia privata in ambito successorio.

Tra queste una indiscussa diffusione ha avuto quella che poggia le basi sulla distinzione tra atto *mortis causa* e negozio con effetti *post mortem* (o, meglio, negozio secondo modalità di morte, volendo utilizzare la formulazione originale)⁸, ricostruzione risalente alla dottrina apparsa alla metà del secolo scorso e che a ben vedere trova il substrato già nella dottrina e nella giurisprudenza francese precedente⁹.

⁶ V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., p. 6, il quale evoca la categoria seicentesca della «dissimulazione onesta» (p. 7).

⁷ Sul punto sia consentito rinviare a D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, *passim*. Di recente, un intenso sforzo in tal senso si deve V. BARBA, *I patti successori*, cit., *passim*, il quale lega il divieto di cui all'art. 458 c.c. all'atto dispositivo della delazione. Tale lettura sembra in realtà smentita dalla stessa lettera del dato normativo, il quale considera i patti successori istitutivi come le convenzioni con cui taluno dispone della propria successione, mentre la delazione riguarda non il profilo dispositivo ma quello del diritto a far propria l'eredità o a conseguire il legato, con ciò ponendosi su un piano differente e per certi versi minore rispetto a quello che l'art. 458 c.c. considera vietato. Ad analoghi risultati ma con percorso argomentativo diverso mira la ricostruzione di D. A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012, *passim*, secondo il quale il divieto dei patti successori istitutivi deve essere svincolato dalla prospettiva funzionale, ritenendo determinante il profilo materiale e contenutistico, per cui un atto sarà contrario al divieto solo ove risulti che il partecipante all'atto diverso dal disponente abbia inciso sul regolamento negoziale, sul presupposto che il divieto dei patti successori avrebbe ad oggetto la proibizione di una regolamentazione cumulativa di più interessi oltre quelli successori. A ben vedere, questa tesi sembra contrastare con i principi fondamentali del diritto successorio e con lo stesso disposto dell'art. 42, co. 4, Cost., atteso che, da un lato, già la vincolatività dell'atto è di per sé idonea a produrre effetti contrastanti con i principi del diritto successorio e, dall'altro, che l'adesione della controparte al regolamento di interessi unilateralmente predisposto è sufficiente a dotare di bilateralità l'atto e, comunque, a privarlo del requisito della unilateralità.

⁸ La ricostruzione si fa risalire a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 49 ss.

⁹ Da ultimo Cass. 26 ottobre 2011, n. 10-11894, in *Petites affiches*, 2012, n. 19, p. 5, con nota di J.-G. MAHINGA, ove si distingue tra *pacte successoral* e *pacte conditionnel*, quest'ultima intesa come la convenzione con cui si attribuisce ad una delle parti un diritto il cui esercizio è subordinato alla realizzazione della condizione sospensiva della



Come noto, la teorizzazione in questione, oltre ad essere variamente usata per fondare differenti soluzioni al problema del divieto dei patti successori¹⁰, ha costituito una costante in dottrina, diffusamente e autorevolmente richiamata per sostenere la validità degli atti dispositivi nei quali l'effetto finale, per il tramite di una condizione o di un termine, viene differito alla morte o alla premorienza del disponente.

In particolare, secondo questa impostazione l'atto dispositivo, pur destinato a produrre effetti definitivi ed in particolare traslativi dopo la morte del donante, per effetto del verificarsi della condizione o del termine, non sarebbe un atto *mortis causa*¹¹, perché posto in essere in vita dal soggetto e destinato a produrre i suoi effetti vincolanti e prodromici già prima della morte dello stesso¹².

Tale impostazione ha come detto trovato ampio e diffuso riconoscimento in dottrina, mentre non ha avuto un esplicito avvallo nella giurisprudenza, quantomeno fino ad una recente pronuncia di merito, la quale, con riguardo ad atti di donazione «con clausola *si praemoriar* (ossia condizionate alla premorienza del donante) e con termine iniziale di efficacia costituito dalla morte del donante (*cum praemoriar*), ha affermato che tali contratti «non realizzano [...] *donationes mortis causa* (nulle per violazione dell'art. 458 c.c.), ma rappresentano, al contrario, normali (e, quindi consentite) donazioni tra vivi sottoposte a termine e condizione, con la sola particolarità che l'evento è dato dalla morte del donante; donazioni queste ultime la cui validità va affermata ogni volta in cui la morte costituisce non già la causa dell'attribuzione, ma piuttosto un evento condizionante la produzione di effetti definitivi, senza impedire la produzione degli effetti prodromici e preliminari»¹³.

Tali affermazioni, come anche la ricostruzione che ne costituisce il fondamento, non sem-

premorienza della controparte contrattuale. Tale indirizzo si fonda sul noto arresto Crémieux (Cass. 11 janvier 1933, in *DP*, 1933, 1, p. 10, con nota di H. CAPITANT), il quale definisce il patto successorio come «toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte», ma vd. già Cass. 9 mai 1894, in *D.P.*, 1894, 1, p. 546. Sul punto vd. inoltre, in dottrina, H. CAPITANT, *La prohibition des pactes sur successions non ouvertes*, in *Rev. crit. de législ. et de jurisprud.*, 1933, p. 86 e spec. p. 104; in giurisprudenza Cass. 30 mai 1985, n. 84-11795, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1986, p. 391, con nota di J. PATARIN. Di recente vd. C. BAHUREL, *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, Paris, 2014, p. 229 ss., il quale afferma che «L'acte à cause de mort ne doit pas être confondu avec les actes entre vifs qui s'exécutent au décès. [...] Un acte entre vifs, qui porte sur des biens présents, peut tout à fait être affecté d'une modalité, terme ou condition, qui en reporte l'exécution au décès. [...] Les actes à exécuter au décès sont de deux sortes: il y a les actes *post mortem* et les actes faits sous condition de servie».

¹⁰ Ad esempio, per teorizzare la categoria del negozio transmorte (vd. A. PALAZZO, *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella dottrina civilistica del dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II.2, Milano, 1991, p. 656 ss.; ID., *Testamento e istituti alternativi*, in *Tratt. teorico-pratico di diritto privato* diretto da Alpa e Patti, Padova, 2008, p. 241 ss.; ricostruzione poi ripresa anche da M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 27 ss.), sul quale sia consentito rinviare a D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 89 ss.

¹¹ In questo senso, espressamente, M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto (Art. 1353-1361)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 60.

¹² Sulla distinzione tra effetti finali ed effetti prodromici in generale vd. D. CARUSI, *Condizione e termine*, in *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, III. Effetti, Milano, 2006, p. 269.

¹³ Si tratta di Trib. Pordenone 6 aprile 2016, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 213 ss., con nota di L. BALLERINI, *La donazione cum praemoriar non è un patto successorio*.



brano del tutto divisibili¹⁴ se si considera il ruolo e la rilevanza riconosciuti dal moderno diritto dei contratti agli interessi concreti delle parti¹⁵.

Ai fini che ci occupano sembra opportuno prendere le mosse da quanto affermato da una recentissima pronuncia di legittimità che, pronunciandosi in tema di responsabilità del notaio ex art. 28 l. not., ha affermato che «i patti successori sono vietati [...] perché, vincolando il *de cuius*, privano quest'ultimo di quella libertà di disporre delle proprie sostanze, per il tempo in cui avrà cessato di vivere; libertà questa – manifestazione della più generale libertà della persona – che la legge riconosce ad ogni individuo fino al momento della sua morte»¹⁶. L'affermazione e la portata della decisione assumono ancor più rilevanza considerando la fattispecie negoziale oggetto del caso deciso, costituito da una convenzione tra due coniugi ove si prevedeva testualmente che «in caso di morte pressoché contemporanea i proventi predetti passeranno ad entrambi i rispettivi figli in egual misura al 50%» ed al fatto che, secondo il motivo di impugnazione in sede di legittimità, l'atto di convenzione dovesse essere qualificato non come patto successorio, ma come valido contratto a favore di terzo da eseguire dopo la morte dello stipulante.

La pronuncia richiamata è interessante sotto molteplici punti di vista, in primo luogo perché afferma che la libertà testamentaria¹⁷, vale a dire la libertà *unilaterale* di esprimere la propria volontà successoria, è manifestazione della più generale libertà della persona, ma soprattutto perché individua come criterio fondamentale per determinare la compatibilità di una pattuizione con il divieto dei patti successori l'intenzione di regolare con un atto diverso dal testamento la successione futura¹⁸.

Questa indicazione induce a ritenere che la valutazione dell'atto di autonomia privata posto in essere dalle parti debba essere fatta, al di là della qualificazione formale impressa, individuando la funzione concreta dell'atto e gli effetti che le parti hanno in concreto inteso produrre, con la conseguenza che qualora venga accertato che le parti abbiano voluto disporre dei beni per

¹⁴ È già di per sé significativo che la distinzione tra atti *mortis causa* e atti con effetti *post mortem* risulti approfondita proprio con riguardo ai patti successori in quegli ordinamenti, come il nostro e quello francese, in cui tali patti sono vietati, mentre nei sistemi giuridici che ammettono i patti successori la distinzione perde di rilevanza, finendo per considerare la donazione condizionata sospensivamente alla premorienza del donante quale atto a causa di morte (vd. C. BAHUREL, *Les volontés*, cit., p. 231, il quale si riferisce, in particolare, al diritto svizzero; L. BELANGER, *La condition de survie et l'acte juridique*, Paris, 2007).

¹⁵ Sul punto vd. V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in *Tratt. dir. priv.* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 312, il quale afferma che «l'essenza del contratto è, infatti, la sistemazione degli interessi delle parti» e che «il regolamento contrattuale [...] è [...] il modo in cui il contratto sistema gli interessi delle parti».

¹⁶ Si tratta di Cass. 21 novembre 2017, n. 27624, inedita.

¹⁷ Cfr. sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 61, il quale individua la *ratio* del divieto dei patti successori proprio nella «salvaguardia della libertà di disporre a causa di morte fino all'ultimo istante della propria vita, anche in difformità da precedenti determinazioni (libertà che sarebbe lesa, se la precedente determinazione si fosse tradotta in impegno contrattuale)».

¹⁸ La pronuncia (Cass. 21 novembre 2017, n. 27624, cit.) afferma infatti che «Sussiste [...] patto successorio [...] allorquando, dall'accordo negoziale tra due o più parti, risulti che il promittente *abbia inteso* provvedere in tutto o in parte alla propria successione» (c.n.).



il momento successivo alla morte del disponente, l'atto dovrà ritenersi in contrasto con il divieto dei patti successori istitutivi da intendersi quali atti strutturalmente *inter vivos* ma funzionalmente *mortis causa*.

Infatti, occorre tener presente che la morte, quale fatto giuridico, non può costituire di per sé la funzione, e quindi la causa, del contratto¹⁹, potendosi semmai ritenere che la morte, quale fatto giuridico, è in grado di costituire un elemento determinante degli effetti contrattuali ed è per ciò stesso in grado di influenzare l'elemento causale del contratto caratterizzandone la qualificazione.

Cercando di attribuire concretezza al discorso risulta significativo proprio l'esempio della donazione condizionata alla premorienza del donante.

Al di là della perdita del diritto di disporre del bene che consegue all'atto di donazione, qualora sia dedotta come condizione o termine la premorienza o la morte del donante, non sembra realisticamente possibile disattendere l'affermazione che tali elementi accidentali, quale parte integrante ed inscindibile della produzione degli effetti contrattuali, siano in grado di mutare la funzione tipica del negozio cui accedono.

Come noto, «con la condizione, *le parti "manovrano" gli effetti del contratto*; li orientano su binari diversi da quelli normali, e più idonei a realizzare gli interessi delle parti stesse»²⁰. Da tali concreti interessi e dagli effetti voluti dalle parti non sembra possibile prescindere, essendo proprio questi elementi che devono guidare l'interprete nella qualificazione del rapporto contrattuale divisato dalle parti, sul presupposto che la clausola condizionale, come anche il termine, dando rilevanza ai motivi dell'atto, «concorre ad integrare l'obiettivo profilo funzionale del contratto, cioè la sua causa»²¹.

In altri termini, è difficilmente opinabile che una donazione sottoposta alla condizione della premorienza del donante, per effetto del differimento degli effetti contrattuali, sia espressione di una liberalità successoria perdendo i connotati propri della liberalità donativa, se non altro per il rilievo che il donante si spoglierà effettivamente e definitivamente, e anche materialmente in caso di condizione sospensiva, dei propri beni solo per il momento successivo alla sua morte, ossia per un momento in cui non potrà più servirsene.

Questa impostazione, da cui deriva una applicazione ampia del divieto di cui all'art. 458 c.c., non esclude l'opportunità di rivedere il perimetro applicativo del divieto dei patti successori, che tuttavia difficilmente potrà essere messo in discussione in via meramente interpretativa, essendo piuttosto necessario un intervento espresso del legislatore; intervento tuttavia settoriale, non es-

¹⁹ Vd. già L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni (Art. 456-511)*, 3ª ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 112, il quale afferma che «la causa non è qui intesa in senso naturalistico di causazione, ma in quello psicologico ed etico di scopo, di funzione, di fine: ora posto ciò non si vede proprio come la morte, che è un mero fatto giuridico, possa svolgere la funzione di fine, di scopo di un negozio giuridico (a meno che di non pensare ad un negozio con causa illecita)».

²⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 567.

²¹ Così testualmente D. CARUSI, *Condizione e termine*, cit., p. 284.



sendo auspicabile una abrogazione generalizzata del divieto dei patti successori istitutivi.

In tal senso è chiaro il monito dello stesso Roppo, il quale, nel prospettare la necessità di alleggerire il vincolo insito nel divieto di cui all'art. 458 c.c., rileva che «prima della formulazione di qualunque ipotesi di riforma dovrà [...] procedersi a identificare con precisione, e attentamente valutare nel loro pregio rispettivo, i diversi interessi implicati; si tratterà poi di enunciare quelli – fra quanti il divieto indiscriminato oggi sacrifica – che meritano di essere liberati; e quindi costruire le formule più idonee a tradurre normativamente questa selezione di interessi. Ciò sul presupposto che almeno qualcosa, dell'area oggi coperta dal divieto dei patti successori, convenga lasciare coperta da divieto»²².

Valutazione e ponderazione degli interessi quindi, che inducono ad escludere una generica ed assoluta abrogazione del divieto dei patti successori, suggerendo opportunamente di valutare i vari interessi coinvolti²³, laddove, a fronte del principio della libertà di disporre dei propri beni per il periodo successivo alla morte, da intendere quale principio di necessaria *unipersonalità* dell'atto *mortis causa*²⁴, al quale deve essere attribuito valore fondante dell'intero sistema successorio, si devono contrapporre interessi che nel bilanciamento con il primo giustifichino una sua deroga.

In tale prospettiva, il riconoscimento di maggiori spazi all'autonomia privata successoria potrà auspicarsi con riguardo alle persone con disabilità in vista del venir meno del sostegno familiare, interessi questi recentemente considerati dalla legge c.d. Dopo di noi, o con riguardo ai rapporti tra i coniugi, consentendo che in tale contesto siano consentiti atti che deroghino all'assolutezza del divieto dei patti successori, ammettendo il testamento congiuntivo tra gli stessi²⁵ o rivedendo a tal fine le norme sui regimi patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi, sul presupposto che la disciplina oggi vigente è senz'altro poco attenta ai profili

²² V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., p. 9.

²³ Cfr. N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 805, il quale suggerendo la «necessità di ricercare un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza di salvaguardare la necessità determinativa del defunto e quella di garantire interessi che potrebbero risultare compromessi dalla vicenda successoria», invita a riflettere «sulla necessità di coniugare il contratto con la trasmissione dei beni *mortis causa*».

²⁴ Sulla nozione di unipersonalità, pur con particolare riguardo al testamento ed al testamento congiuntivo, vd. A.M. BENEDETTI-S. PAGLIANTINI, *Le stagioni dell'invalidità testamentaria*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, a cura dei medesimi, Napoli, 2013, p. XVII.

²⁵ Sul punto vd. A.M. BENEDETTI, *Note sul divieto del testamento congiuntivo: sulla volontà del mirror wills*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, Milano, 2015, p. 279 ss., il quale, pur riconducendo il divieto di cui all'art. 589 c.c. all'area della forma e non della sostanza (*i.e.* dell'accordo, altrimenti essendo detta disposizione un mero duplicato del divieto contenuto nell'art. 458 c.c.), in una prospettiva che ci pare contigua a quella delineata nel testo, afferma che «è giunto il momento di superare certe rigidità “unipersonalistiche” frutto di concezioni utopiche e distanti dalla realtà, parendo evidente che la formazione della volontà testamentaria, soprattutto in contesti familiari, è *naturaliter* soggetta a condizionamenti e influenze che lungi dal rappresentare limitazioni indebite alla libertà del singolo costituiscono, piuttosto, l'ambiente ideale in cui viene a formarsi quella volontà dispositiva, non orientata, solo, a perseguire uno scopo regolatorio patrimoniale, bensì mossa anche sul normale impulso esercitato da relazioni, sentimenti, legami» (p. 284). Al riguardo è di indubbio interesse la soluzione emersa nella giurisprudenza francese, la quale ha attribuito rilevanza centrale alla revocabilità del testamento (Cass. 28 mai 2008, n. 07-14.066, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2008, p. 711, con nota di M. GRIMALDI).



successori, regolamentando unicamente gli aspetti che presuppongono il permanere in vita dei soggetti coinvolti²⁶.

D'altronde, non ci si può dimenticare, salvo porsi su ideologie stratificate quanto indimostrate, che lo strumento negoziale che consente la disposizione dei beni in occasione della morte di un soggetto secondo la sua volontà è già previsto ed è costituito dal testamento, con cui il disponente può dare piena ed effettiva espressione alla propria volontà successoria.

La necessità di un diverso atto che richiede una conforme manifestazione di volontà di più soggetti, potrà ammettersi a fronte di interessi dei soggetti diversi dal disponente meritevoli di tutela, posto che – come detto – questo ha sempre e dovrà sempre avere la possibilità di manifestare la sua volontà successoria con il negozio testamentario.

3. – Anche il divieto dei patti successori rinunziativi è stato interessato da una prassi negoziale volta alla sua attenuazione, anche se per ragioni differenti rispetto a quelle che hanno riguardato i patti istitutivi, sostanzialmente incentrate sulla necessità di superare o comunque attenuare le tutele riconosciute ai legittimari²⁷, anche al fine di garantire una piena e libera circolazione agli immobili di provenienza donativa vincolati di fatto dalla scure della tutela reale nei confronti dei terzi per effetto dell'azione di restituzione esperibile dal legittimario. Istanze queste che per altri versi auspicano, ritenendola anacronistica, la rivisitazione della successione necessaria, ma che in alcuni casi superano forse troppo sbrigativamente il rilievo che la successione dei legittimari si fonda sulla solidarietà tra gli stretti congiunti, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza costituzionale tedesca²⁸.

In tale contesto l'ostacolo di carattere generale è stato individuato anche, ma non solo, nel divieto dei patti successori rinunziativi, che vieta atti di rinunzia riguardanti successioni non ancora aperte²⁹.

Come detto non sono mancate in dottrina e nella prassi notarile le proposte di ricorrere a schemi negoziali noti per consentire nella sostanza una rinunzia preventiva a determinate prerogative attribuite ai legittimari. Si è parlato di mutuo dissenso di donazione in occasione della

²⁶ Un chiaro esempio di tali problematiche si può avere in P. SIRENA, *Cointestazione di conti correnti bancari e comunione legale dei beni: le ricadute nel trattamento successorio*, in *Famiglia*, 2016, p. 411 ss.

²⁷ Sul tema cfr. G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposta di abrogazione ed istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, p. 803 ss.; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 540 ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, p. 815 ss.

²⁸ BVerfG 19 aprile 2005, in *JZ*, 2005, p. 1007, la quale, riferendosi agli art. 6 e 14 della Grundgesetz, ha ritenuto che la legittima sia "Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht" (espressione di una solidarietà familiare, che in modo fondamentale e inscindibile sussiste tra l'ereditando e i suoi figli).

²⁹ Un sostanziale annientamento del problema deriva dall'impostazione che considera vietati e rientranti nel concetto di patto successorio rinunziativi solo le rinunzie sulla «quota di patrimonio e agli altri diritti che l'ordinamento riserva ai legittimari. Con l'intesa che l'espressione "altri diritti" [...] debba riguardare [...] le sole attribuzioni patrimoniali sostantive» (così V. BARBA, *I patti successori*, cit., p. 135).



vendita del bene precedentemente donato, di fideiussione rilasciata dal legittimario o dal donante a garanzia della evizione che il terzo acquirente subirebbe per effetto dell'eventuale esperimento dell'azione di restituzione³⁰, ma il terreno più fertile del dibattito è senz'altro costituito dalle letture prospettate circa la portata del nuovo art. 563 c.c. che ha introdotto nel nostro ordinamento l'atto di opposizione alla donazione.

Proprio per effetto della disciplina risultante dal nuovo testo dell'art. 563 c.c., si è tratto argomento per sostenere l'ammissibilità di atti di rinuncia del legittimario già prima dell'apertura della successione³¹, atteso che l'art. 563, co. 4, c.c. afferma espressamente che «il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile».

In base a tale previsione, tra le letture cui occorre prestare maggiore attenzione, posto che ci sembra fuori discussione che tale rinuncia non possa in ogni caso riguardare l'azione di riduzione, stante la vigenza dell'art. 557 c.c. che espressamente vieta un tale atto dismissivo, parte della dottrina ha sostenuto, oltre all'ammissibilità della rinuncia e della revoca dell'opposizione, consentite dalla lettera della norma, anche l'ammissibilità di una rinuncia preventiva e diretta all'azione di restituzione del legittimario³².

³⁰ Su tali strumenti, nella prospettiva in esame, sia consentito rinviare a D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 173 ss.

³¹ In termini generali, è interessante rilevare che la giurisprudenza si è mossa controcorrente rispetto a quanto sarebbe suggerito dall'impostazione che auspica un'attenuazione dei diritti dei legittimari, giungendo addirittura ad estendere la rilevanza della posizione giuridica del futuro legittimario prima dell'apertura della successione oltre quanto previsto dal dato normativo. Ci si riferisce in particolare all'orientamento che si sta affermando nella giurisprudenza di merito circa la possibilità di proporre opposizione alla donazione non solo con riguardo alla donazione vera e propria come affermato testualmente dalla legge ma anche con riguardo alla donazione simulata e ciò, si badi bene, già prima che la simulazione sia accertata giudizialmente, come affermato da ultimo da App. Roma 13 giugno 2017, n. 5675, inedita, la quale in motivazione ha affermato che «in presenza di donazioni dissimulate, è da considerare coerente con la *ratio* della novella introdotta con la legge del 2005, i fini di una maggiore tutela dei legittimari, non solo il riconoscimento della legittimazione degli stessi ad agire in simulazione *ante mortem* del disponente, ma anche, a seguito di trascrizione della domanda di simulazione, prevedere la possibilità che gli stessi possano trascrivere atto di opposizione stragiudiziale ai sensi dell'art. 563 comma 4 c.c. in quanto sarebbe illogico attribuire ai futuri legittimari la facoltà di opposizione ad atti di liberalità prima dell'apertura della successione, salvo poi negare agli stessi la legittimazione ad esperire le azioni che si rilevano propedeutiche e strumentali all'esercizio del diritto stesso lasciando aperto il rischio di poter decadere da tale diritto per decorrenza del termine derivante da causa non imputabile al legittimario, vale a dire in ragione dei tempi del giudizio di simulazione che sono sottratti alla sfera di disponibilità del legittimario che agisce in simulazione». Nello stesso senso già Trib. Cagliari 21 maggio 2015, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 729 ss., con note di L. GHIDONI, *La tutela anticipata dei potenziali legittimari fra simulazione negoziale privata, presunzione legale di affetti e ambizioni ereditarie concrete* e di V. VERDICCHIO, *Donazione dissimulata e attualità dei «diritti» del legittimario in pectore*. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. tuttavia Cass. 9 maggio 2013, n. 11012, inedita, la quale in motivazione afferma che «per poter proporre l'opposizione, il coniuge o i parenti in linea retta del simulato alienante debbono preventivamente esperire con successo l'azione di simulazione relativa, onde far accertare che le parti abbiano effettivamente inteso realizzare una donazione, ne cui confronti è unicamente previsto l'atto di opposizione». In tale contesto non sembra superfluo ricordare che con riguardo alle donazioni indirette, la giurisprudenza di legittimità, ribaltando il precedente orientamento, ha affermato il principio della legittima per equivalente (Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1238 ss., con nota di A. TEDESCHI PREMUDA, *Le liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*), con ciò ponendo una evidente preclusione all'azione di restituzione nel caso di donazione indiretta.

³² In tal senso vd. G. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente del bene*



In particolare, si è preso atto che la disponibilità cui fa riferimento l'art. 563, co. 4, c.c. consentendo di rinunciare al diritto da parte del futuro legittimario, riguarda il diritto a questi attribuito, vale a dire quello di impedire il consolidarsi dell'acquisto da parte del terzo, ossia limitare al ventennio l'instabilità dell'acquisto, decorso il quale il soggetto non potrà agire in restituzione nei confronti dell'acquirente del bene nei cui confronti ha rinunciato all'opposizione. Pur a fronte di tale lettura della norma, non si è mancato di ipotizzare – come detto – una diversa rinuncia, anche preventiva ed indipendente dall'opposizione, che avrebbe direttamente a riguardo l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente dal donatario.

In senso adesivo alla possibilità per il legittimario di rinunciare preventivamente e autonomamente all'azione di restituzione esperibile da questi nei confronti del terzo avente causa del donatario si è espressa anche la recente giurisprudenza di merito, le cui pronunce sono state rese in seguito al rifiuto o alla riserva di trascrizione di tale atto da parte delle conservatorie territoriali.

Le decisioni in parola hanno variamente argomentato tale ammissibilità, ma, per quanto in questa sede interessa, con riguardo al rapporto tra la rinuncia in parola ed il divieto dei patti successori rinunziativi, la compatibilità viene affermata sulla base del rilievo, senz'altro errato, per cui «la rinuncia all'azione di restituzione ai sensi dell'art. 563 c.c. è sicuramente possibile» in quanto «tale rinuncia all'azione ex art. 563 c.c. non può neppure essere assimilata ad un patto successorio dispositivo, rinunciativo, nullo ex art. 458 c.c., visto che con la donazione il bene è fuoriuscito dal patrimonio del donante, futuro *de cuius*, prima del suo decesso e conseguente apertura della successione»³³.

In realtà, ritenuto tutt'altro che condivisibile tale argomento, posto che ciò che rileva non è il momento in cui si effettua la donazione, ma il fatto che il diritto rinunciato sia afferente ad una successione non ancora aperta, il profilo centrale di tale complessa tematica è costituito dalla natura dell'azione di restituzione in parola e del rapporto tra questa e l'azione di riduzione e, più in generale, dall'afferenza della prima allo spettro di tutele e di diritti riconosciute/i ai legittimari.

Ed infatti, parte dei sostenitori dell'ammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione da

di provenienza donativa, in *Riv. not.*, 2011, p. 1271 ss.; R. CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, I, Milano 2008, p. 475 ss., ora in *Id.*, *Argomenti di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 105 ss., da cui sono tratte le ulteriori citazioni; G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674 testo e nota n. 6; F. PENE VIDARI-G. MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. not.*, 2006, p. 710; G. CARLINI-C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dei donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Riv. not.*, 2005, p. 789 ss.; V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dei donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, p. 173 ss.; G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, p. 397.

³³ Così testualmente Trib. Pescara (decr.) 25 maggio 2017, n. 250, inedito; in senso pressoché identico già Trib. Torino (decr.) 26 settembre 2014, n. 2298, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 211 ss., con nota di M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*. Diversamente sembra porsi Trib. Parma (decr.) 15 giugno 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 12 ss., con nota di A. BUSANI, *La trascrizione dell'atto di rinuncia all'atto di opposizione alla donazione*, il quale ritiene che la rinuncia all'opposizione ha l'effetto di impedire la sospensione del termine ventennale.



parte del legittimario già prima dell'apertura della successione prendono le mosse proprio dalla distinzione di tale azione rispetto a quella di riduzione, che deriverebbe dalle diversità tra le due azioni e dall'afferenza unicamente dell'azione di riduzione al sistema di tutele che l'ordinamento riconosce al legittimario.

Seppure è senz'altro indiscutibile che l'azione di riduzione e l'azione di restituzione contro il terzo acquirente siano azioni distinte, con natura, presupposti ed effetti differenti³⁴, è forse riduttivo sostenere che l'azione di restituzione non faccia parte del sistema di tutele accordate dalla legge al legittimario e come tale un suo atto dismissivo non rientri tra gli atti di rinuncia ai diritti su una successione non ancora aperta che sono vietati dall'art. 458 c.c.

In senso contrario a tale ultima conclusione depone in primo luogo il rilievo che condizione dell'azione di restituzione è – oltre alla vana escussione del patrimonio del donatario – la stessa sentenza di riduzione³⁵, ma soprattutto il fatto che l'azione di restituzione contro il terzo è assoggettata alle stesse regole fissate per l'azione di restituzione esercitata nei confronti del beneficiario delle disposizioni soggette a riduzione, nonché la circostanza che all'azione di restituzione nei confronti del terzo si applica la stessa regola di graduazione secondo l'ordine cronologico della riduzione delle donazioni, seguendo quindi il criterio del tempo dell'atto di donazione e non delle alienazioni³⁶.

A ben vedere, la rottura del “rapporto sinallagmatico successorio” tra azione di riduzione e azione di restituzione nei confronti del terzo non viene meno neppure dando rilevanza al requisito della preventiva escussione nei confronti del beneficiario della donazione oggetto di riduzione cui è tenuto il legittimario, in quanto il terzo acquirente che si avvale della facoltà di pagare il valore del bene in denaro in luogo della restituzione in natura non viene condannato al risarcimento del danno per equivalente, essendo questi tenuto, come il donatario, a corrispondere l'equivalente in denaro come obbligazione che ha ad oggetto il valore del bene e giammai il risarcimento del danno per la mancata restituzione in natura del bene³⁷.

Residuerrebbe, a sostegno della rinunziabilità anticipata dell'azione di restituzione nei confronti del terzo, l'argomento della necessaria coerenza tra disponibilità del diritto al prolunga-

³⁴ Vd. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, 4^a ed., in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo* continuato da Mengoni, Milano, 2000, p. 309 ss., il quale afferma che «l'azione di restituzione [...] si distingue dall'azione di riduzione. Questa è un'azione di impugnativa, alla quale è passivamente legittimato il beneficiario della liberalità donativa. Quella è un'azione di condanna, che presuppone già pronunciata, con sentenza passata in giudicato, la riduzione a carico di colui dal quale il terzo a preso causa».

³⁵ Vd. U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 131, il quale afferma che «l'azione di restituzione a favore del legittimario leso trova la sua fonte immediata e diretta esclusivamente nella stessa sentenza di riduzione».

³⁶ In tal senso L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 310 s., il quale precisa che la regola di apertura del 2° comma dell'art. 563 c.c. riguarda l'ipotesi di alienazioni successive fatte da un medesimo donatario, ove si attribuisce rilevanza all'ordine di data delle alienazioni (p. 314).

³⁷ Vd. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 308; G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 699 s.



mento del termine non sembra che ritenere inammissibile la seconda comporti una incoerenza nel sistema.

Si deve infatti considerare che i due atti si pongono su piani differenti e producono effetti differenti, la rinuncia alla prosecuzione del termine ventennale rende applicabile la disciplina legale ed è espressione della lettera della legge che ha inteso limitare nel tempo, salvo diversa volontà del futuro legittimario, la possibilità di esercitare l'azione di restituzione verso il terzo avente causa dal donatario, mentre la rinuncia anticipata a quest'ultima azione produrrebbe un effetto di cui non vi è traccia nel tessuto normativo, vale a dire precludere in termini assoluti e per effetto di un atto di autonomia privata, non per effetto della legge, l'esercizio dell'azione di restituzione.

Risulta quindi difficilmente superabile il rilievo che l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente è «espressione di una pretesa fondata sulla qualità di erede»³⁸ e come tale insuscettibile di rinuncia prima dell'apertura della successione proprio per effetto del divieto dei patti successori, con ciò facendo venire meno anche l'argomento di portata generale costituito dalla disponibilità dei rimedi, posto che questa incontra il limite della indisponibilità nel caso in cui i rimedi abbiano ad oggetto una successione futura in quanto non ancora aperta.

4. – In questo contesto, la sensazione che si ingenera nell'interprete che si approccia al tema dei patti successori è, senza in ciò lasciarsi condizionare dall'affezione al divieto, di insoddisfazione, quantomeno per l'incertezza che si crea con riguardo ad una vicenda, quella successoria, che per le sue caratteristiche abbisognerebbe di quanta più certezza possibile, non fosse altro perché riguarda la vicenda traslativa del patrimonio di un soggetto la cui volontà non è per definizione ripetibile.

Se questo è il quadro che si presenta è allora possibile ribadire con estrema attualità quanto già affermato di Roppo in chiusura al citato editoriale, vale a dire che «per adesso problemi, non ancora soluzioni», con il monito che «il discorso dovrà essere ripreso»³⁹.

Che il discorso dovrà essere ripreso non può esservi dubbio, ma nel fare questo importante passo l'interprete non può prescindere dalla lezione di metodo e dalle preziose indicazioni fornite da Roppo nel suo manifesto “Per una riforma dei patti successori”, se non altro per impedire che il discorso sul divieto dei patti successori si assesti sulla strada finora prospettata dalla prassi, con «”mezzi” troppo imperfetti – troppo spesso oscillanti fra impieghi futili e impieghi perfino un po' pericolosi – per essere tranquillamente giustificati dai “fini”»⁴⁰.

³⁸ Così L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 317.

³⁹ V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., p. 10.

⁴⁰ Così, pur con riguardo a tutt'altra tematica, ma con indubbia rappresentatività ai fini che ci occupano, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 987.