

**COMITATO DEI NOTARIATI  
LOMBARDO E TICINESE**

*Il notaio e l'esecuzione delle volontà testamentarie  
Patti successori. Divisioni ereditarie*

*15° Convegno di studio  
Milano - 12 Novembre 2010  
Scuola di Notariato della Lombardia - Via Baracchini, 2*



*Il Convegno 2010 ha coinciso con il quindicesimo anno dalla fondazione del Comitato dei Notariati Lombardo e Ticinese.*

*Il Presidente della Repubblica Italiana, Giorgio Napolitano, ha voluto dimostrare il Suo apprezzamento al nostro Comitato, onorandolo del Suo prestigioso riconoscimento con l'attribuzione della Medaglia Commemorativa riprodotta sulla copertina.*

*Un ringraziamento va quindi a tutti i membri del Consiglio Direttivo ed ai Presidenti che si sono succeduti nel corso degli anni per l'impegno da essi profuso. In particolare desidero ricordare due colonne portanti, non solo del Comitato ma del notariato «tout court», che non sono più fra noi: Agostino Avanzini e Giuseppe Pedone. Non è qui il caso, né vi sarebbe lo spazio, per elencare, anche per sommi capi, gli incarichi istituzionali, le doti di umanità, il loro ruolo svolto nella politica del notariato ed i grandi meriti di studiosi del diritto e relativi riconoscimenti.*

*Ai relatori un grazie particolare: hanno fornito interessanti spunti sugli strumenti disponibili per dare compiuta esecuzione alla «volontà testamentaria», anche attraverso negozi giuridici di immediata efficacia. Il tutto con uno sguardo, anche provocatorio e propositivo, in ordine ai patti successori.*

*Il Presidente  
Francesco Maragliano*





## *Indice*

<b>APPUNTI SULLA FIGURA DELL'ESECUTORE TESTAMENTARIO</b> Avv. CLAUDIA CANONICA MINESSO	Pag.3
<b>L'ESECUTORE TESTAMENTARIO DI DIRITTO SVIZZERO NEL CANTONE DEL TICINO ESEMPI PRATICI</b> Avvocato e Notaio NICCOLÒ SALVIONI	Pag.17
<b>NUOVI STRUMENTI PER LA TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA FAMILIARE: IL PATTO DI FAMIGLIA E LE CLAUSOLE STATUTARIE DI PREDISPOSIZIONE SUCCESSORIA</b> Prof. ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI	Pag.37
<b>PROSPETTIVE POST MORTEM DELLA STABILITÀ DELLE PROPRIE VOLONTÀ NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO</b> Avvocato e Notaio MADDALENA FERRARI	Pag.51





## APPUNTI SULLA FIGURA DELL'ESECUTORE TESTAMENTARIO

### 1. INTRODUZIONE

L'esecutore testamentario riveste nella prassi un ruolo molto importante. Nonostante ciò la legge gli dedica unicamente due articoli: l'art. 517 e 518 CC. Sicuramente troppo poco per dare delle risposte esaustive a tutti i problemi che tale figura può creare nella prassi di tutti i giorni. Vero è che l'art. 518 cpv. 2 CC contiene un rinvio alle norme valide per l'amministratore ufficiale. Tale rinvio non è però di grande aiuto, atteso come anche l'amministrazione della successione venga regolata solo sommariamente (art. 554 e 555 CC).

Per ovviare a questa mancanza di riferimenti legali precisi, la dottrina ha cercato di elaborare delle teorie che permettessero di qualificare meglio la natura giuridica di questo soggetto così da ottenere delle norme a cui ricorrere in via analogica.

È stata quindi elaborata una teoria che vede l'esecutore testamentario come un mandatario (Mandatstheorie), un'altra che invece lo vede quale un rappresentante ex art. 32 e segg. CO, e un'altra ancora che lo considera come un fiduciario (Treuhandtheorie).

Trattarle tutte richiederebbe troppo tempo. Basta qui osservare che ognuna di esse presenta piccole o grandi debolezze e che pertanto non è possibile ordinare la figura dell'esecutore testamentario sotto una di esse.

Anche il Tribunale federale dal canto suo non si è ancora schierato chiaramente a favore di una delle predette teorie limitandosi ad osservare come l'esecutore testamentario sia un istituto di diritto privato e come anche il relativo compenso ex art. 517 cpv. 3 sia di natura privata<sup>1</sup>.

La soluzione che va oggi per la maggiore in dottrina è quella che definisce l'esecutore testamentario un istituto sui generis, per cui non vi è la possibilità di rifarsi - nel momento in cui si è confrontati con un problema che non trova soluzione negli articoli 517 e 518 CC - ad un intero corpus normativo (per esempio tutte le regole del mandato). Per contro si preferisce utilizzare solo quelle singole norme che nel caso da trattare presentano le maggiori affinità con tale istituto<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> DTF 78 II 125; DTF 129 I 334, BS Kommentar, n. 6 ad art. 517/518

<sup>2</sup> KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, pag. 119 e 120

## 2. DESIGNAZIONE

### 2.1 Forma

L'art. 517 cpv. 1 CC stabilisce che “il testatore può, mediante disposizione testamentaria incaricare dell'esecuzione della sua ultima volontà una o più persone aventi l'esercizio dei diritti civili .”

Il tenore letterale del disposto di legge chiarisce quindi che l'esecutore testamentario viene nominato mediante un testamento ai sensi degli articoli 498 – 511 CC. Ne discende quindi che anche per la disposizione testamentaria che prevede l'incarico ad un esecutore valgono tutte quelle regole di natura formale e materiale che regolano l'erezione di un testamento (segnatamente le norme relative alla capacità di disporre del testatore, alla forma del testamento, all'interpretazione, alla modifica e alla revoca).

Secondo la dottrina più autorevole la designazione di un esecutore testamentario può avvenire anche nell'ambito di un contratto successorio <sup>3</sup>; il TF riconosce infatti che i patti successori possono contenere anche disposizioni testamentarie e non solo norme di natura contrattuale <sup>4</sup>. La dottrina ammette pertanto la possibilità di nominare un esecutore testamentario anche mediante un contratto successorio; la designazione dell'esecutore testamentario viene in questi casi considerata come una disposizione di ultima volontà univoca e revocabile che avrà, in sostanza, una portata propria e indipendente dal vincolo contrattuale del patto successorio in quanto tale. Un incarico conferito nel contesto di un contratto successorio potrà essere revocato unilateralmente mediante un testamento (art. 509 CC).

Esclusa è la possibilità della nomina nell'ambito di un contratto stipulato tra l'esecutore testamentario e il testatore quando quest'ultimo è ancora in vita; ciò è dettato dal fatto che, come dianzi evidenziato, la nomina deve avvenire mediante una disposizione testamentaria <sup>5</sup>.

### 2.2 Scelta dell'esecutore testamentario

Il *de cuius* può scegliere quale esecutore sia una persona fisica che una persona giuridica; unica condizione posta è l'esercizio dei diritti civili (art. 517 cpv. 1 CC).

La persona incaricata deve essere indicata dal testatore in modo sufficientemente chiaro; non é infatti sufficiente l'indicazione generica della necessità di nominare un esecutore delegando a terzi (ad esempio al Pretore) l'incombenza di scegliere la persona adatta; ciò contravverrebbe infatti alla natura altamente personale della redazione di un testamento.

Non è comunque necessario che la persona incaricata venga indicata con nome e cognome; è sufficiente che la stessa sia individuabile. Indicazioni quali “mia moglie” o “il direttore della fiduciaria X “ sono ritenute sufficienti <sup>6</sup>.

<sup>3</sup> BS Kommentar, n. 2 ad art. 517

<sup>4</sup> DTF 96 II 273; 101 II 305; 133 III 406

<sup>5</sup> BS Kommentar, n. 3 ad art. 517 CC

<sup>6</sup> BS Kommentar, n. 5 ad art. 517 CC



### 2.3 Incarico effettivo

Per quanto riguarda l'iter da seguire per la nomina dell'esecutore testamentario valga quanto segue: una volta pubblicato il testamento contenente l'incarico ad un esecutore testamentario, il Pretore – per il tramite del notaio che ha pubblicato il testamento – deve darne notizia al diretto interessato, e ciò anche nel caso in cui la disposizione per causa di morte appaia annullabile (la questione verrà valutata, in caso di contestazione, in un secondo tempo; fino all'annullamento della disposizione o ad un'eventuale sospensione dell'incarico l'esecutore testamentario resta in carica).

Il potenziale esecutore avrà poi tempo 14 giorni per decidere se accettare l'incarico o se rifiutarlo. Non vi è nessun obbligo in ordine all'assunzione del mandato. Non si tratta infatti di un dovere civico (come è il caso ad esempio del tutore<sup>7</sup>). L'art. 517 cpv. 2 CC sancisce che il silenzio vale quale accettazione (nondimeno la prassi della Pretura di Lugano, Sezione 4, richiede sempre una conferma scritta dell'accettazione del mandato).

Una volta ricevuta la conferma, la Pretura incarica formalmente l'esecutore testamentario e rilascia il relativo attestato (certificato di esecutore testamentario: è l'atto mediante il quale l'esecutore è legittimato ad agire).

In caso di mancata accettazione dell'incarico gli scenari possibili sono due:

1. Se il *de cuius* ha nominato nella sua disposizione testamentaria un esecutore sostitutivo, quest'ultimo dovrà dichiarare se accetta l'incarico.
2. Se il *de cuius* nulla ha previsto, ci si limita ad attestare la rinuncia dell'esecutore designato dal *de cuius*. Non si può infatti procedere d'ufficio alla nomina di un esecutore, stante la natura altamente personale della redazione di un testamento. In questi casi il giudice deve poi valutare la possibilità di nominare un amministratore della successione. L'art. 556 cpv. 3 CC prevede infatti che, dopo la consegna di un testamento “all'autorità competente” questa “deve, uditi se possibile gli interessati, lasciare l'eredità nel possesso provvisorio degli eredi legittimi o nominare un amministratore”. La designazione di un amministratore costituisce in tale ipotesi un caso particolare previsto dalla legge ai sensi dell'art. 554 cpv. 1 n. 4 CC. Non occorre che siano adempiuti anche i presupposti dell'art. 554 cpv. 1 n. 1 a 3 CC. È sufficiente che fra eredi legittimi ed eredi istituiti si paventi un conflitto d'interesse tale da dover ritenere che, lasciando l'amministrazione dell'eredità ai primi, si esporrebbero a rischi particolari gli interessi dei secondi.

---

<sup>7</sup> BS Kommentar, n. 16 ad art. 517

### 3. DOVERI DELL'ESECUTORE TESTAMENTARIO

Il compito principale dell'esecutore testamentario è secondo l'art. 518 cpv. 2 CC quello di far rispettare la volontà del defunto. Al fine di assolvere questo compito l'esecutore deve amministrare la successione (3.1), pagare i debiti (3.2), soddisfare i legati (3.3) e procedere alla divisione (3.4).

#### 3.1 Amministrazione della successione

L'amministrazione della successione non è il compito principale dell'esecutore testamentario; lo scopo precipuo dell'esecuzione testamentaria è quello di preparare e di portare a termine la divisione. In riferimento all'amministrazione della successione, in dottrina si parla di "zeitlich beschränkte Nebenaufgabe"<sup>8</sup>.

L'amministrazione della successione può richiedere sicuramente l'adozione di provvedimenti urgenti o conservativi.

Quali provvedimenti urgenti entrano in linea di conto la vendita di beni deperibili o la vendita di cartevalori di un certo rischio.

Provvedimenti conservativi sono invece l'apposizione dei sigilli (art. 552 CC), l'erezione di un inventario (art. 553 CC) o l'amministrazione dell'eredità (art. 554 CC).

L'amministrazione dell'eredità ingloba l'amministrazione di patrimoni o di immobili.

L'amministrazione di un patrimonio implica di procedere all'incasso di crediti, interessi, dividendi, la valutazione degli investimenti presenti in quel momento, nonché la possibilità di reinvestire il patrimonio diversamente (al riguardo sia ricordato che gli investimenti devono sempre essere fatti presso istituti bancari di una certa solidità e in forma conservativa).

Nell'amministrazione degli immobili l'esecutore detiene la medesima posizione di un locatore. Egli può quindi notificare delle disdette, procedere all'incasso di pigioni, provvedere alla manutenzione ordinaria. Egli non è per contro autorizzato a procedere a grossi investimenti, se non tesi alla conservazione del patrimonio relitto; gli investimenti di una certa portata necessitano l'accordo di tutti gli eredi nella misura in cui il *de cuius* non ha lasciato disposizioni contrarie.

Nei confronti di persone giuridiche, l'esecutore testamentario rappresenta i diritti dei soci (Mitgliedschaftsrechte) spettanti a suo tempo al *de cuius*. Nel caso di azioni al portatore, la sua legittimazione scaturisce dal semplice possesso (art. 689a cpv. 2 CO); in caso di azioni nominative invece essa deriva dalla sua posizione di rappresentante dell'azionista (in casu gli eredi); una procura scritta in questo caso non è necessaria bastando la "Willensvolstreckezuegnis".

---

<sup>8</sup> BS Kommentar, n. 27 ad art. 518

### 3.2 Pagamento dei debiti

L'esecutore testamentario deve assicurare il pagamento dei debiti, e meglio sia quelli del *de cuius* che quelli della successione. Egli non si deve per contro occupare dei debiti degli eredi <sup>9</sup>. Di principio solo i debiti esigibili devono essere pagati; una buona gestione può però anche implicare il pagamento anticipato qualora gli interessi da pagare siano troppo elevati.

### 3.3 Legati

Sicuramente un compito importante dell'esecutore testamentario è quello di soddisfare i legati. Egli non necessita alcuna autorizzazione da parte degli eredi per procedere in questo senso, nemmeno in caso di trapasso di un fondo <sup>10</sup>.

Nell'ambito della distribuzione dei legati, l'esecutore testamentario deve rispettare le seguenti regole:

1. Ai sensi dell'art. 564 cpv. 1 CC i diritti dei creditori del disponente prevalgono su quelli del legatario; i legati possono pertanto essere soddisfatti unicamente solo dopo che i vari debiti ereditari sono stati pagati o assicurati attraverso gli attivi dell'eredità <sup>11</sup>.
2. La consegna di legati può essere rifiutata dagli eredi nella misura in cui si verifica la lesione della loro porzione legittima. L'esecutore consegnerà pertanto i legati solo se è certo che la porzione legittima degli eredi interessati è salvaguardata <sup>12</sup>.

Da rilevare che in questo contesto l'esecutore testamentario agisce sotto la sua responsabilità.

### 3.4 Divisione

Il compito di cui all'art. 518 cpv. 2 CC di procedere alla divisione, riguarda la divisione del netto della successione, segnatamente dopo l'eventuale liquidazione del regime dei beni.

Secondo dottrina e giurisprudenza unanime, "procedere alla divisione" non significa che l'esecutore testamentario procede alla divisione in modo autoritario e autonomo senza l'intervento degli eredi. L'esecutore testamentario può infatti solo preparare la divisione e una volta stipulato il contratto di divisione eseguire la stessa. La divisione in quanto tale è cosa degli eredi ed eventualmente del giudice <sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> BS Kommentar, n. 36 ad art. 518

<sup>10</sup> Rep. 1967, pag. 172/173

<sup>11</sup> STEINAUER, Le droit de succession, pag. 548

<sup>12</sup> STEINAUER, Le droit de succession, pag. 548

<sup>13</sup> DTF 97 II 11, 14; DTF 102 II 197, 202; BS Kommentar ad art. 518 con riferimenti

A meno che gli eredi non abbiano deciso di differire la divisione, l'esecutore deve redigere una proposta di divisione. La proposta andrebbe redatta il più presto possibile; è comunque opportuno aspettare il decorso di eventuali termini per inoltrare eventuali azioni di diritto successorio o la fine di eventuali procedimenti giudiziari in corso. Nel caso in cui l'esecutore testamentario ritardi senza alcun motivo la presentazione della proposta di divisione, gli eredi possono rivolgersi all'autorità di vigilanza<sup>14</sup>.

La proposta di divisione deve rispettare le disposizioni del *de cuius* (a), le disposizioni legali (b) e i desideri degli eredi (c)<sup>15</sup>.

- (a) Se il *de cuius* ha lasciato indicazioni circa la divisione queste sono vincolanti per l'esecutore che si appresta a redigere la proposta di divisione: si tratta in questo caso di vere e proprie norme divisorie. Ciò non significa che l'esecutore non debba verificare se le disposizioni lasciate dal *de cuius* non ledono la porzione legittima degli eredi interessati. Egli è nondimeno vincolato anche a queste disposizioni, atteso che gli incombe l'obbligo di informare i diretti interessati che potranno così far valere i propri diritti (ad esempio presentando un'azione di riduzione ex art. 522 CC).
- (b) Nel caso in cui il *de cuius* non abbia lasciato alcuna disposizione, l'esecutore redigerà la proposta secondo le disposizioni legali, e meglio in applicazione degli artt. 610-618 CC.
- (c) In ogni caso però l'esecutore deve tenere conto dei desideri degli eredi – segnatamente riguardo al momento della divisione, alla portata della divisione o alla vendita di certi attivi - che differiscono dalle disposizioni del *de cuius* o dalla disposizioni legali dianzi citate. Secondo la dottrina dominante gli eredi conservano il diritto di accordarsi liberamente circa il modo di divisione giusta l'art. 607 cpv. 2 CC. In caso di unanimità, essi possono pertanto procedere ad una divisione che differisce dalle disposizioni lasciate dal *de cuius* o previste dalla legge<sup>16</sup>.

#### 4. POSIZIONE PROCESSUALE

Di seguito verrà approfondita la questione a sapere se e a quali condizioni l'esecutore testamentario possa comparire in causa quale attore o quale convenuto.

In particolare si approfondiranno la legittimazione dell'esecutore testamentario per rapporto all'azione di nullità ex art. 519 e segg. CC, all'azione di riduzione ex art. 522 e segg. CC, alla petizione d'eredità ex art. 598 CC e all'azione di divisione ex art. 604 CC.

---

14 BS Kommentar, n. 54 ad art. 518

15 BS Kommentar, n. 55 ad art. 517 CC

16 DTF 108 II 535, 538, BS Kommentar, n. 57 ad art. 518

## 4.1 Azione di nullità

### 4.1.1 Legittimazione attiva

Ai sensi dell'art. 519 cpv. 2 CC l'azione di nullità può essere proposta da chiunque come erede o legatario abbia interesse a far annullare la disposizione. Secondo il tenore letterale del disposto di legge, legittimato a richiarsi all'azione di cui all'art. 519 CC sarebbe unicamente un erede o un legatario. Senonché il Tribunale federale ha più volte ribadito<sup>17</sup> che tale interpretazione risulta essere troppo restrittiva.

L'Alta Corte ha quindi riconosciuto che è legittimato "*wer als Erbe oder Bedachter oder aus einem anderen Grund ein erbrechtliches Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde*": segnatamente colui che ha un "*erbrechtliches Interesse*" all'annullamento di una disposizione.

Ne discende che non è esclusa la possibilità per l'esecutore testamentario di presentare un'azione di nullità di testamento se dimostra di avere un interesse proprio all'annullamento di una disposizione.

In particolare egli potrà impugnare un testamento che gli revoca l'incarico conferitogli nel contesto di una precedente disposizione di ultima volontà. L'esecutore testamentario non potrà però chiedere l'annullamento del testamento che gli conferisce l'incarico; egli sarebbe infatti sprovvisto del necessario interesse, stante come egli possa comunque rifiutare l'assunzione del mandato.

**Conclusioni:** nella misura in cui l'esecutore testamentario può far valere un interesse proprio, egli è legittimato a inoltrare l'azione.

### 4.1.2 Legittimazione passiva

La legittimazione passiva dell'esecutore testamentario è data nella misura in cui impugnata è la disposizione che gli conferisce l'incarico<sup>18</sup>. Se viene impugnata solo una parte del testamento, occorrerà valutare se nella parte contestata vi è anche il conferimento dell'incarico all'esecutore testamentario.

**Conclusioni:** è data la legittimazione passiva se tema della controversia è la designazione dell'esecutore testamentario

## 4.2 Azione di riduzione

### 4.2.1 Legittimazione attiva

Ai sensi dell'art. 522 cpv. 1 CC gli eredi che non ottengono l'importo della

---

<sup>17</sup> inc. 5C.163/2003; 5c. 212/2001

<sup>18</sup> decisione del TF del 14 marzo 2006, inc. 5C.273/2005, riportata in *successio* 2007, pag. 254, dove non si è riconosciuta la legittimazione passiva dell'esecutore proprio per il fatto che nel caso in esame la sua posizione non era tema di controversia

loro legittima possono pretendere che le disposizioni eccedenti la porzione disponibile siano ridotte alla giusta misura. La legittimazione attiva viene poi estesa dall'art. 524 CC, che prevede la possibilità per la massa del fallimento e per i creditori che al momento dell'aperta successione sono in possesso di certificati di carenza di beni di proporre l'azione. In questo contesto dottrina e giurisprudenza sono concordi nel non riconoscere la legittimazione attiva dell'esecutore testamentario a proporre tale azione <sup>19</sup>.

#### 4.2.2 Legittimazione passiva

All'esecutore testamentario neppure è riconosciuta la legittimazione passiva. Lo stesso non può quindi essere convenuto in luogo e vece di una persona che in virtù di una disposizione di ultima volontà ha ottenuto dei benefici <sup>20</sup>.

**Conclusioni:** non è data né la legittimazione attiva né quella passiva, ciò che è del resto desumibile dallo scopo dell'azione stessa

### 4.3 Petizione d'eredità (art. 598 e segg. CC)

#### 4.3.1 Legittimazione attiva

In dottrina la questione a sapere se l'esecutore testamentario sia legittimato ad inoltrare una petizione d'eredità è controversa. Nondimeno la dottrina maggioritaria riconosce che l'esecutore testamentario è legittimato attivamente a proporre una petizione d'eredità nei confronti di un terzo, sebbene egli non rientri fra le persone citate all'art. 598 cpv. 1 CC <sup>21</sup>. Si ritiene infatti che a fronte del suo compito inerente all'amministrazione dell'eredità, egli abbia il diritto di entrare in possesso di beni della successione in qualità di possessore derivato ai sensi dell'art. 920 cpv. 2 CC ("*unselbständiger Besitzer*") <sup>22</sup>.

Diverso è il discorso per quanto attiene alla legittimazione attiva dell'esecutore testamentario nei confronti degli eredi; in questo caso di principio la dottrina maggioritaria non riconosce all'esecutore alcuna legittimazione attiva <sup>23</sup>. Gli eredi risultano infatti essere proprietari dei beni della successione, motivo per cui l'esecutore non può procedere contro di loro con una petizione d'eredità. Si impone però una precisazione: in determinate circostanze in dottrina si riconosce anche in questo caso la legittimazione attiva dell'esecutore, e meglio nella misura in cui l'erede non detiene più nessun diritto d'eredità (ad esempio nei confronti del diseredato o della persona indegna di succedere <sup>24</sup>).

**Conclusioni:** nel contesto dell'amministrazione della successione è data la

19 DTF 85 II 597, 601, Die prozessuale Befugnisse des Willensvollstreckers, in successio 2007, pag. 23

20 DTF 85 II 597, 601; DTF 111 II 16

21 BS Kommentar n. 83 ad art. 518

22 BS Kommentar n. 83 ad art. 518

23 BS Kommentar n. 83 ad art. 518

24 KÜNZLE, op. cit., pag. 375, nota 125

legittimazione attiva nei confronti del terzo possessore. È pure data nei confronti degli eredi solo se questi ultimi non hanno più un diritto sull'eredità (es. diseredato o indegno di succedere).

#### 4.3.2 Legittimazione passiva

Di principio all'esecutore testamentario è riconosciuta la legittimazione passiva. Il suo diritto esclusivo al possesso renderebbe però vana qualsiasi azione incoata nei suoi confronti <sup>25</sup>.

### 4.4 Azione di divisione (art. 604 CC)

#### 4.4.1 Legittimazione attiva

Anche in questo caso la dottrina non è unanime. La dottrina maggioritaria è però dell'idea che l'esecutore testamentario non sia legittimato attivamente a richiedere la divisione ai sensi dell'art. 604 CC. Si ritiene infatti – per citare una delle motivazioni addotte – che ammettere la legittimazione attiva dell'esecutore violi il principio della “*freie Erbteilung*” sancita all'art. 607 cpv. 2 CC <sup>26</sup>. Il Tribunale federale non si è ancora chinato sulla questione. In DTF 102 II 197, l'Alta Corte si è limitata a ritenere scorretto l'agire di quell'esecutore testamentario che ha imposto un termine imperativo agli eredi per decidere se approvare la proposta di divisione o se inoltrare un'azione di divisione <sup>27</sup>.

#### 4.4.2 Legittimazione passiva

La dottrina maggioritaria non riconosce alcuna legittimazione passiva all'esecutore testamentario <sup>28</sup>.

### 4.5 Azione per l'esecuzione di oneri (art. 482 CC)

Giusta l'art. 482 cpv. 1 CC l'adempimento di oneri può essere chiesto da chiunque abbia un interesse. L'interesse può essere anche solo di fatto.

L'esecutore testamentario è legittimato a presentare tale azione.

Come rettamente rilevato in dottrina, avuto riguardo ai compiti precipui dell'esecutore testamentario, egli non solo è legittimato a proporre questa azione, bensì è tenuto ad occuparsi dell'esecuzione di eventuali oneri <sup>29</sup>.

All'esecutore testamentario è pertanto riconosciuta sia la legittimazione attiva che quella passiva.

---

<sup>25</sup> KÜNZLE, op. cit., pag. 375

<sup>26</sup> Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften in AJP/PJA 2001, pag. 1145

<sup>27</sup> Die prozessuale Befugnisse des Willensvollstreckers, in *successio* 2007, nota 126

<sup>28</sup> Die prozessuale Befugnisse des Willensvollstreckers, in *successio* 2007, nota 141

<sup>29</sup> Die prozessuale Befugnisse des Willensvollstreckers, in *successio* 2007, pag. 23

## 5. I DIRITTI DELL'ESECUTORE TESTAMENTARIO

Fra i diritti dell'esecutore testamentario si annovera in primis il diritto ad un onorario per l'attività svolta.

### 5.1 Onorario

L'onorario dell'esecutore testamentario può essere stabilito dallo stesso *de cuius* nel proprio testamento. Se il *de cuius* fissa un compenso troppo basso, lo stesso non è vincolante; l'esecutore potrà chiederne l'aumento<sup>30</sup>.

Se invece il *de cuius* nulla prevede al riguardo, l'esecutore ha il diritto di chiedere un compenso per le sue prestazioni (cfr. art. 517 cpv. 3 CC).

Questa regola si pone in contrasto con quella inerente alla mercede del contratto di mandato (art. 394 cpv. 3 CO), secondo cui il mandatario ha diritto ad un compenso solo se è stato pattuito o è usuale. Il compenso per l'esecutore testamentario è obbligatorio ed è dovuto anche nel caso in cui il *de cuius* nel proprio testamento abbia escluso la possibilità di concedere un compenso alla persona da lui incaricata quale esecutore della propria successione<sup>31</sup>.

Posto che giusta l'art. 517 cpv. 3 CC l'esecutore testamentario ha diritto ad un compenso per le sue prestazioni va osservato che l'ammontare del compenso viene circoscritto dalla norma con la definizione di "*equo compenso*". Di più il testo di legge non rivela.

Il Tribunale Federale ha avuto modo di chiarire la portata di tale norma in una decisione di principio<sup>32</sup>, che, seppur non recente, viene ancora oggi citata dalla dottrina<sup>33</sup> e dalla giurisprudenza<sup>34</sup> come punto di riferimento a cui ricorrere per fissare i principi per la determinazione dell'equo compenso.

Con tale decisione il Tribunale federale ha così stabilito che il compenso dell'esecutore testamentario ai sensi dell'art. 517 cpv. 3 CC va determinato esclusivamente sulla base del diritto federale (e non in base al diritto cantonale). Esso può essere ritenuto equo quando è proporzionato all'impegno procurato dall'esecuzione testamentaria, al tempo impiegato, alla complessità dei rapporti, così come alla durata del mandato e alla responsabilità connessa<sup>35</sup>.

Per quanto attiene al tempo impiegato<sup>36</sup>, va in primis rilevato che le ore impiegate devono essersi rese necessarie. Dall'esecutore testamentario si deve pertanto pretendere uno svolgimento efficiente del suo incarico, dovendosi evitare prestazioni superflue. Le ore possono essere fatturate solo se l'attività svolta riguarda la successione. Ciò significa che il tempo impiegato per

30 Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers in AJP 2005, 1215

31 Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers in AJP 2005, 1215 32

32 DTF 78 II 123, caso Blattmann-Ziegler

33 cfr. fra i tanti, Stephanie HRUBESCH-MILLAUER, Probleme der Vergütung des Willensvollstreckers, in AJP/PJA 2005, pag. 1209 e segg.; Martin KÄRRER, BS Kommentar, N. 29 ad art. 517; TUOR, BE Kommentar, N. 12 ad art. 517, ESCHER, Zürcher Kommentar, N. 10 ad art. 517

34 DTF 129 I 330, 335

35 DTF 78 II 127, consid. 2

36 KÜNZLE, op. cit., pag. 323, Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers in AJP 2005, pag. 1214



dirimere eventuali litigi tra eredi ed esecutore non possono essere fatturate. Qui si impone tuttavia una precisazione: se, in una diatriba tra esecutore ed eredi, l'autorità di vigilanza dovesse giungere alla conclusione che effettivamente l'esecutore testamentario ha violato i propri doveri, quest'ultimo sarà chiamato a sopportare gli eventuali costi di procedura e le spese affrontate durante il procedimento<sup>37</sup>.

Se per contro l'autorità di vigilanza giungesse alla conclusione che l'esecutore testamentario non ha violato i suoi doveri, in quel caso tutte le spese saranno poste a carico della successione.

Pacifico che essendo il tempo impiegato il fattore principale per la determinazione dell'onorario, anche la tariffa oraria assume un ruolo di primo piano.

Questa deve essere stabilita in base alle qualifiche dell'esecutore testamentario (a), alla complessità del caso (b) e alla responsabilità ad esso connessa (c)<sup>38</sup>

**(a) Qualifiche dell'esecutore**

La formazione quale avvocato, notaio, esperto fiscale, fiduciario, è sicuramente il punto di partenza onde stabilire la tariffa oraria. Occorre inoltre considerare il cosiddetto "Fachwissen": ci sono in fatti avvocati che si possono ritenere degli esperti in ambito di diritto successorio. Inoltre va altresì tenuto conto dell'esperienza che il professionista ha accumulato negli anni.

L'esperienza dell'esecutore testamentario avvocato, accumulata in tanti anni di attività, è pertanto da tenere in debita considerazione.

**(b) Complessità del caso**

La complessità del caso è un altro fattore che può giustificare un aumento della tariffa oraria. La complessità può scaturire dalla presenza di conflitti particolarmente accesi tra gli eredi, dalla struttura della massa ereditaria (ad. es. in presenza di immobili e aziende), da problematiche fiscali, dalla necessità di utilizzare lingue straniere, ecc.

**(c) Responsabilità**

Sotto il profilo della responsabilità assunta dall'esecutore testamentario, il valore dell'asse successorale può certamente essere preso in considerazione nel senso di un aumento della remunerazione; ciò però solo se sono dati anche gli altri elementi dianzi citati: la remunerazione deve infatti essere innanzitutto proporzionata alle prestazioni fornite e non può dipendere forfetariamente dal solo valore della successione<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung, in successio 2007, pag. 44 e 45

<sup>39</sup> DTF 78 II 123, consid. 2; DTF 129 I 330, consid. 3.2

Vi è anche la possibilità di prevedere un compenso forfetario accanto alla remunerazione oraria <sup>40</sup>. Esclusi sono solo i cosiddetti “*reinen Pauschalhonorare*” <sup>41</sup>, cioè i compensi stabiliti unicamente sulla base di una percentuale forfetaria dell’asse successorale.

Per quanto attiene alla percentuale della remunerazione ad valorem deve valere che nei casi cosiddetti normali (cioè non particolarmente difficili), è ammissibile chiedere una remunerazione pari all’1% degli attivi lordi dell’asse successorale. Solo in casi estremamente complicati la percentuale può aumentare al 2% <sup>42</sup>.

## 5.2 Rifusione delle spese

La legge non si esprime circa il diritto dell’esecutore di ottenere – con l’onorario – la rifusione delle spese. Come già accennato nell’introduzione, nei casi in cui i due articoli dedicati all’esecutore testamentario non sono in grado di fornire delle risposte occorre rifarsi a quelle norme che nel caso specifico possono essere d’aiuto alla risoluzione della problematica posta. Visto e considerato che per quanto attiene al cosiddetto “*Innenverhältnis*”, l’esecutore testamentario svolge una funzione analoga a quella del mandatario, in questo frangente si giustifica evocare l’art. 402 CO. Il capoverso 1 di tale norma sancisce che il mandante deve rimborsare al mandatario, con i relativi interessi, le anticipazioni e le spese che questi ha fatto per la regolare esecuzione del mandato e liberarlo dalle assunte obbligazioni. Ciò che deve pertanto valere anche per l’esecutore testamentario <sup>43</sup>.

Sotto la voce rifusione spese ricadono anche i costi derivanti dall’intervento di terzi (ad esempio per la risoluzione di problematiche particolari che richiedono conoscenze specifiche, come è il caso per le problematiche di natura fiscale che giustificano l’intervento di un esperto fiscale).

Se l’esecutore svolge altri compiti che non sono direttamente connessi con il suo incarico, egli ha il diritto ad una remunerazione separata (ad esempio nel caso in cui l’esecutore-avvocato rappresenta la comunione ereditaria in un processo, egli avrà diritto di ricevere un compenso separato per l’attività legale svolta) <sup>44</sup>.

## 5.3 Esigibilità, prescrizione e aspetti procedurali

Il compenso e la rifusione delle spese sono esigibili nel momento in cui l’incarico quale esecutore testamentario cessa. In quel momento l’esecutore dovrà redigere e presentare una nota finale.

Giusta l’art. 127 CO le pretese dell’esecutore testamentario si prescrivono in dieci anni. Se l’incarico di esecutore viene svolto da un avvocato o da un notaio il termine di prescrizione è di cinque anni ex art. 128 cifra 3 CO. L’esecutore testamentario ha inoltre un diritto di ritenzione ex art. 895 CC sugli oggetti mobili che si trovano in suo possesso.

---

40 Stephanie HRUBESCH-MILLAUER, op. cit., pag. 1213

41 KÜNZLE, op. cit., pag. 44; DTF 129 I 335, consid. 3.2

42 Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers in AJP 2005, pag. 1214

43 Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers in AJP 2005, pag. 1215; Basler Kommentar, n. 31 ad art. 517 CO

44 Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers in AJP 2005, pag. 1215

L'onorario e la rifusione delle spese costituiscono un debito della successione, per il quale l'esecutore che ne pretende il pagamento deve convenire in causa tutti gli eredi. Gli eredi rispondono in via sussidiaria alla massa ereditaria per le pretese dell'esecutore.

In caso di controversia riguardante la nota d'onorario dell'esecutore testamentario, l'onere della prova spetta a quest'ultimo. Spetta all'esecutore testamentario, in sostanza, motivare la propria nota <sup>45</sup>.

## **6. AUTORITÀ DI VIGILANZA SULL'OPERATO DELL'ESECUTORE TESTAMENTARIO**

L'esecutore testamentario è sottoposto al controllo di un'autorità di vigilanza (cfr. art. 595 in unione con l'art. 518 cpv. 1 CC). All'autorità di vigilanza spetta solo il controllo della corretta amministrazione del patrimonio successorale, ma non implica nessuna decisione di diritto sostanziale. Sfuggono pertanto alla sua competenza (di esclusiva competenza del giudice civile) controversie legate alla responsabilità civile dell'esecutore testamentario oppure contestazioni relative al compenso dell'esecutore testamentario <sup>46</sup>. In Ticino l'autorità di vigilanza sull'esecutore testamentario è il Pretore <sup>47</sup>. La procedura applicabile è quella di Camera di consiglio non contenziosa. Contro la decisione del Pretore in veste di autorità di vigilanza è dato il rimedio dell'appello <sup>48</sup>.

## **7. FINE DELL'INCARICO**

L'incarico cessa:

- nel momento in cui l'esecutore testamentario ha portato a termine tutte le sue incombenze. Se nel testamento nulla viene precisato, l'incarico perdura fino all'esecuzione della divisione (art. 518 cpv. 2 CC);
- se il testamento viene impugnato tramite un'azione di nullità in esito alla quale viene annullata la disposizione con cui il *de cuius* ha designato un esecutore testamentario (anche l'annullamento del contratto successorio ha come conseguenza l'annullamento della disposizione che prevede la nomina dell'esecutore testamentario). Qui occorre precisare che secondo la giurisprudenza dominante l'incarico dell'esecutore non cessa in questo caso con effetto *ex tunc* bensì con effetto *ex nunc*, ciò significa che tutto ciò che l'esecutore testamentario ha svolto fino a quel momento resta valido <sup>49</sup>;

---

<sup>45</sup> KÜNZLE, op. cit., pag. 328

<sup>46</sup> Rep. 1982 p. 370

<sup>47</sup> Rep. 1982 p. 368

<sup>48</sup> Rep. 1981, 121

<sup>49</sup> decisione del Kassationsgericht del Canton Zurigo del 22 settembre 2004, reperibile su [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)

- se l'autorità di vigilanza revoca l'incarico all'esecutore testamentario, laddove quali motivi di revoca entrano in linea di conto:
  - a.** crassa violazione dei propri doveri;
  - b.** impossibilità di portare a termine correttamente il proprio lavoro a causa di malattia, lunga assenza all'estero, ecc.;
  - c.** conflitto d'interesse, che si manifesta per esempio nel momento in cui l'esecutore è anche creditore della successione; non basta per contro per ravvisare una collisione d'interessi che l'esecutore sia erede o legatario <sup>50</sup>;
- nel caso in cui l'esecutore testamentario si dimette;
- in caso di decesso o di perdita della capacità civile dell'esecutore testamentario (cfr. art. 405 CO).



NICCOLÒ SALVIONI  
Avvocato e Notaio in Locarno

## L'ESECUTORE TESTAMENTARIO DI DIRITTO SVIZZERO NEL CANTONE DEL TICINO ESEMPI PRATICI

(Rielaborazione dell'esposto tenuto il 12 novembre 2010 a Milano, in occasione del convegno organizzato dal Comitato dei notariati lombardo e ticinese sul tema "Il notaio e l'esecuzione delle volontà testamentarie. Patti successori. Divisioni ereditarie.")

### Premessa <sup>1</sup>

La presente esposizione ha lo scopo di presentare ai colleghi notai italiani taluni degli atti che conducono allo sviluppo della successione ed all'autorizzazione dell'esecutore testamentario di diritto svizzero <sup>2</sup>, per opera del notaio e del Pretore della Repubblica e Cantone del Ticino.

### 1. Notaio - Richiesta dell'atto di morte (Acte de décès – Todesurkunde) all'Ufficio di Stato civile (Service de l'état civil – Zivilstandsamt)

Al momento del decesso di una persona la cui successione rientra nella competenza dei tribunali o autorità svizzeri <sup>3</sup>, per potere avviare la procedura successoria presso il tribunale del Cantone competente, occorre ottenere l' "Atto di morte" del decujus <sup>4</sup>. In Svizzera la morte è documentata dall'Ufficio di stato civile del circondario ove è avvenuta <sup>5</sup>. L' "Atto di Morte" relativo va dunque chiesto a tale Ufficio. I circondari sono regolamentati dai rispettivi cantoni. La domanda di rilascio dell'atto di morte va motivata.

### 2. Notaio - Istanza alla Pretura per la pubblicazione del testamento

Il Codice civile svizzero (CCS) del 1907, agli articoli 457 e seguenti, regola il diritto successorio e stabilisce quanto segue:

<sup>1</sup> Le schede annesse al presente testo sono basate su quelle preparate nel 2009 dal notaio Antonio Galli, Lugano, in occasione della relazione da lui tenuta presso il Centro di Studi Bancari di Vezia assieme alla Pretore del distretto di Lugano Claudia Canonica Minesso, relativamente al tema dell'esecuzione testamentaria.

<sup>2</sup> Il Codice civile svizzero dedica gli artt. 517 e 518 all'esecutore testamentario. Il Dr. Iur. avv. Giuseppe Torricelli ne ha definito la natura nel seguente modo: "L'esecutore testamentario è un «autorizzato per legge» a compiere tutti i negozi giuridici che rispecchiano la volontà del defunto: agisce in nome proprio essendogli stata trasmessa, per legge irrevocabile, la competenza all'esercizio delle sue funzioni, per quello scopo, (e non il diritto primo, das Vollrecht, che resta ad altri) ed il suo diritto è di carattere soggettivo, successorio, speciale e proprio che ha per oggetto tutta la sfera del diritto successorio.". "L'esecutore testamentario svizzero", tesi di laurea, 1953, Arti Grafiche Salvioni, Bellinzona, pag. 60.

<sup>3</sup> La competenza successoria in ambito internazionale in Svizzera è regolata dagli articoli 86 ss della Legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 (LDIP – RS 291). L'art. 80 della Legge sul notariato (LN - RL 3.2.2.1) del Cantone Ticino del 1983 regola la pubblicazione di testamenti di persona domiciliata nel Cantone, mentre l'art. 81 LN il caso di testamento di persona domiciliata all'estero.

<sup>4</sup> Cfr art. 81 LN "... previa esibizione del certificato di decesso...".

<sup>5</sup> Lo Stato civile in Svizzera è regolato dalla Ordinanza federale sullo stato civile del (OSC - RS 211.112.2), mentre nel Cantone Ticino dal Regolamento sullo stato civile del 21 febbraio 2006 (RL - 4.1.2.1).



**Art. 556 CCS - Pubblicazione delle disposizioni d'ultima volontà  
1 - Obbligo di consegnarle**

*1 Se alla morte di una persona si rinviene un testamento, questo deve sollecitamente essere consegnato all'autorità competente, ancorché si considerasse nullo.*

*2 Il funzionario che ha rogato il testamento o presso il quale è depositato, ed ognuno che l'abbia ricevuto in custodia o che l'abbia trovato tra le cose del defunto, è tenuto ad adempiere questo obbligo, sotto sua personale responsabilità, appena gli sia nota la morte del testatore.*

*3 Dopo la consegna, l'autorità deve, uditi se possibili gli interessati, lasciare l'eredità nel possesso provvisorio degli eredi legittimi o nominare un amministratore.*

Dal canto suo, la Legge di applicazione e complemento del CCS (LAC – RS 4.1.1.1) emanata dalla Repubblica e Cantone del Ticino nel 1911, negli Art. 78 ss. LAC regola nel dettaglio la procedura relativa, e stabilisce quanto segue:

**Art. 81 LAC – Pubblicazione 1. condizioni**

*Il notaio, che ha ricevuto o tiene custodia un testamento pubblico od olografo, ne da avviso al pretore, non appena gli sia nota la morte del testatore, per la sua pubblicazione.*

*Il pretore, accertato il decesso, fissa a tal uopo sollecitamente una udienza, dandone avviso a tutti gli eredi conosciuti (557 cpv. 2).*

*Se sono notificati più testamenti della medesima persona il pretore dispone perché siano tutti pubblicati in ordine di data e possibilmente con unico atto (557 cpv. 3).*

Nel caso concreto, il notaio che aveva in deposito un atto di ultima volontà quale testamento pubblico di persona deceduta, dopo avere ricevuto l'“Atto di morte” dall'Ufficio di stato civile, provvede a chiedere al Pretore la convocazione per pubblicare tale testamento ex art 81 LAC.

Anche nel caso di testamento olografo, il notaio è competente per la sua pubblicazione di fronte al Pretore, sia che egli lo aveva ricevuto in deposito dal testatore vivente (art. 79 e 81 LAC), sia che, una volta morto il testatore, il notaio lo ha ricevuto in consegna da un terzo che a sua volta lo custodiva o che lo ha rinvenuto tra le cose del defunto (art. 80 LAC).

### **3. Notaio - Pubblicazione del testamento presso il Pretore**

L'art. 82 LAC, relativo alle modalità di Pubblicazione dei testamenti, recita quanto segue:

***Art. 82 LAC – Pubblicazione - 2. Forma***

*Il pretore legge il testamento, o lo fa leggere dal notaio, il quale redige l'istrumento di pubblicazione.*

*L'istrumento di pubblicazione e il testamento sono firmati dal pretore, dal notaio e dagli eredi presenti.*

Nell'esempio di rogito (istrumento) annesso, con numero di rubrica 100, il notaio pubblica un testamento pubblico, rispettivamente -quale variante- un testamento olografo, allegato in originale e firmato dal Pretore e dal notaio.

Una copia dell'atto di pubblicazione sarà in seguito inviato alla Pretura e all'Ufficio delle imposte di successione e di donazione del Dipartimento cantonale dell'economia e finanze (art. 223 della Legge Tributaria del Cantone Ticino (LT), RL - 10.2.1.1).

### **4. Esecutore testamentario – Dichiarazione di accettazione del mandato al Pretore**

L'art. 517 CCS del capo quinto del codice relativo agli esecutori testamentari recita:

***Art. 517 CCS - A Nomina***

*1 Il testatore può, mediante disposizione testamentaria, incaricare dell'esecuzione della sua ultima volontà una o più persone aventi l'esercizio dei diritti civili.*

*2 L'incarico deve essere loro comunicato d'ufficio ed esse devono pronunciarsi sull'accettazione entro 14 giorni. Il silenzio vale quale accettazione.*

*3 Esse hanno diritto ad un equo compenso per le loro prestazioni*

Entro 14 giorni dalla comunicazione della designazione, l'esecutore testamentario e può rinunciare all'incarico oppure comunicare di accettarlo, ritenuto che il silenzio viene considerato quale accettazione della carica.

### **5. Pretore – Certificato di esecutore testamentario**

Il Pretore, una volta pubblicato il testamento ed accertato che l'esecu-

tore testamentario designato non ha rinunciato all'incarico, rispettivamente lo ha accettato, rilascia contestuale "Certificato di esecutore testamentario". Sulla base di tale documento l'Esecutore testamentario potrà legittimarsi nei confronti di terzi in possesso della successione relativamente alla competenza conferitagli dal decujus e attestata dal Pretore.

#### **6. Esecutore testamentario – richiesta del Certificato di famiglia all'Ufficio di Stato civile (Service de l'état civil – Zivilstandsamt)**

Analogamente all'atto di morte, competente per il rilascio del certificato relativo allo stato di famiglia (il Certificato o Atto di famiglia o "Certificato relativo allo stato di famiglia registrato", "*Certificat relatif à l'état de famille enregistré*" o "*Ausweis über den registrierten Familienstand*") è l'Ufficio di stato civile, questa volta non più però del luogo di domicilio del decujus, bensì del suo luogo d'origine in Svizzera ("luogo di appartenenza comunale" anche "*Droit de cité communal*" o "*Gemeindebürgerrecht*"). Il Certificato di famiglia contiene i dati dello stato civile che toccano direttamente la persona e il suo statuto personale e familiare, i nomi, i diritti di appartenenza cantonali e comunali e la cittadinanza nazionale <sup>6</sup>.

Nel caso di successione di cittadino svizzero, l'atto di famiglia fornisce tutte le indicazioni necessarie per la determinazione della struttura della famiglia del decujus e i relativi interessati alla successione.

Nel caso in cui il domiciliato sia cittadino straniero, occorre procedere alla determinazione della struttura familiare mediante altri metodi da determinare a seconda del caso e della nazionalità di origine.

#### **7. a/b - Notaio – invio delle disposizioni legali a eredi / legatari**

L'art. 558 CCS, nell'ambito della pubblicazione delle disposizioni di ultima volontà, recita:

##### ***Art. 558 CCS - comunicazione ai beneficiari***

*1 Tutti i partecipanti all'eredità ricevono, a spese della medesima una copia della disposizione pubblicata, in quanto essa li concerne.*

*2 Ai beneficiari di ignota dimora la comunicazione fatta mediante pubblicazione.*

Il notaio, pubblicato il testamento, provvede a trasmettere ad ogni interessato indicatogli dal Pretore <sup>7</sup> una copia della disposizione pubblicata agli eredi interessati alla successione, con l'indicazione del tenore dell'articolo 559 CCS relativo alla consegna dell'eredità (mediante emissione del "Certificato ereditario") agli eredi istituiti i cui diritti non sono espressamente

<sup>6</sup>La base legale degli atti dello Stato civile è regolata dagli artt. 39 ss CCS e dall'art. 8 della legge federale del 18 giugno 2004 sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali (LUD) e dalla menzionata OSC (cfr nota precedente).

<sup>7</sup>Cfr. Art. 83 cpv. 1 "...una copia..." della Legge di applicazione e complemento del CCS (LAC – RS 4.1.1.1).



contestati, trascorso un mese dalla comunicazione. Mediante dichiarazione di accettazione delle disposizioni testamentarie da parte degli eredi interessati, è possibile accorciare il termine di attesa di un mese per il rilascio del certificato ereditario.

Nel caso di legato, il beneficiario riceve dal notaio un estratto del testamento che lo concerne <sup>8</sup>.

#### **8. a/b - Notaio – Ricerca eredi ignoti in via editale / lettera con richiesta a Pretore / progetto richiesta annuncio**

Può succedere che la successione non sia regolata da un atto di ultima volontà, che manchi la designazione di un esecutore testamentario, che sia ignota la struttura familiare completa del decujus.

Se un erede è durevolmente assente senza rappresentante, se nessuno dei pretendenti può sufficientemente giustificare i suoi diritti, se è incerta l'esistenza di un erede o se non sono conosciuti tutti gli eredi, il Pretore, ex art. 554 CCS, quale provvedimento assicurativo, può designare un amministratore della successione.

Per determinare la struttura completa della famiglia e dunque gli eventuali aventi diritto alla successione, il notaio, d'accordo con il Pretore, ha la possibilità di procedere alla ricerca in via editale degli eredi prescritta dall'art. 555 CCS. Questo articolo, relativo agli eredi ignoti, è collocato sistematicamente nel contesto dei provvedimenti assicurativi della successione e recita quanto segue:

##### ***Art. 555 - II. Eredi ignoti***

*1 Quando l'autorità sia in dubbio se il defunto abbia o non abbia lasciato eredi, o se tutti gli eredi le sieno conosciuti, essa deve, mediante sufficienti pubblicazioni, diffidare gli interessati a denunciarsi entro il termine di un anno*

*2 Se entro questo termine nessun erede si annuncia e l'autorità non ne conosce alcuno, l'eredità decade a favore dell'ente pubblico chiamato alla successione, riservata la petizione d'eredità.*

Nell'esempio annesso, dopo la pubblicazione di un testamento pubblico è emersa incertezza circa la completa struttura familiare del decujus e dunque relativamente all'esistenza di eventuali ulteriori eredi legali. Mediante contestuale istanza al Pretore, il notaio <sup>9</sup> provvederà a pubblicare sul Foglio ufficiale del Cantone Ticino ed eventualmente su altri quotidiani la grida per ricerca eredi riportata.

<sup>8</sup>Cfr. Art. 83cpv. 1 LAC “... od un estratto ...”.

<sup>9</sup>Cfr. Competenza decisionale non contenziosa del Pretore su provvedimenti conservativi ex art. 551 e 555 CCS su istanza di una parte, ex art. 2 no. 9 LAC.

Tale pubblicazione va ripetuta almeno due volte <sup>10</sup>, usualmente alla distanza di un mese tra una e l'altra.

Questa procedura ritarderà di un anno l'emanazione del certificato ereditario.

Analogamente, ex art 558 cpv. 2 CCS, il notaio procederà alla comunicazione dell'esistenza di una disposizione di volontà pubblicata ai beneficiati di ignota dimora, mediante pubblicazione <sup>11</sup>. Anche tale pubblicazione viene anche ripetuta due volte <sup>12</sup>, solitamente alla distanza di un mese tra una e l'altra, dopo di che, sulla scorta delle risultanze, potrà essere chiesto il certificato ereditario.

## **9. Esecutore testamentario - istanza rilascio certificato ereditario e di esecutore testamentario**

L'art. 559 CCS, l'ultimo della serie relativa ai provvedimenti assicurativi della devoluzione dell'eredità, è alla base del rilascio del Certificato ereditario ("Erbschein" o "Certificat d'heritier") e recita:

### ***Art. 559 CCS - Consegna dell'eredità***

*Trascorso un mese dalla comunicazione, gli eredi istituiti, i cui diritti non siano espressamente contestati dagli eredi legittimi o dai beneficiati di una disposizione anteriore, possono ottenere una dichiarazione dell'autorità, nel senso che essi sono riconosciuti eredi, riservate le azioni di nullità e di petizione di eredità.*

*Nello stesso tempo l'autorità invita, ove occorra, l'amministratore dell'eredità a farne loro la consegna.*

All'istanza vanno allegati il o gli atti di famiglia concernenti la successione.

Il testamento è richiamato siccome già trasmesso in precedenza al Pretore nella forma autentica dell'atto di pubblicazione.

Quale inserto alla copia autentica dell'istrumento di pubblicazione del testamento, vi sarà anche la copia autentica dell'atto di morte.

Nel caso concreto non si è considerata la richiesta in via edittale cui alla scheda 8 a/b. Se si fosse considerata tale situazione, l'istanza avrebbe potuto essere inviata solo un anno dopo l'ultima pubblicazione, e si sarebbero dovute anettere copie delle pubblicazioni e dell'eventuale corrispondenza e delle risultanze emerse.

---

<sup>10</sup> Cfr. Art. 28 LAC "... la pubblicazione deve essere ripetuta almeno due volte."

<sup>11</sup> Cfr. Art. 83 LAC.

<sup>12</sup> Cfr. Nota 10.

## 10. Pretore – Certificato ereditario

Il certificato ereditario, rilasciato dal Pretore ex art. 559, attesta che le persone ivi menzionate sono le uniche eredi del decujus. Ciò conferisce loro il diritto esclusivo di prendere possesso della successione e di disporre della stessa. Tale certificazione è però provvisoria e dichiarativa: non conferisce né modifica alcun diritto materiale e dunque è rilasciata con la riserva delle azioni di nullità e di petizione di eredità<sup>13</sup>. In tale riserva, sebbene non esplicitamente, è riconosciuta anche l'azione di riduzione ed eventuali altre azioni di accertamento<sup>14</sup>. Tali azioni, ex art. 521 e 533 CCS, si prescrivono con il decorso di un anno dalla conoscenza della disposizione e della causa di nullità rispettivamente della lesione di propri diritti da parte dell'erede.

Mediante tale documento, è possibile procedere a giustificare la titolarità di averi mobili ed immobili della successione, ed a procedere a trasferire gli stessi alla comunione ereditaria, premessa affinché l'esecutore testamentario possa procedere per i coeredi all'allestimento del contratto di divisione della successione.

**Allegati:** Schede da 1 a 10.

<sup>13</sup> Cfr. Praxkomm Erbrecht-, Frank Emmel, Art. 559 1 ss, Helbling Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.

<sup>14</sup> Cfr. BSK – ZGB II, Martin Karrer, ad art. 559 des Zivilgesetzbuch (ZGB), no. 23, 3 Auflage, 2007.

## 1. Richiesta di Atto di morte

Lodevole  
Ufficio circondariale dello Stato civile  
di Lugano  
Casella postale 228  
Via Sala 13  
6963 Lugano – Pregassona

Locarno, 22 settembre 2009

**Concerne: Richiesta dell'Atto di morte signor Elvezio de Profundis,  
nato il ..., da [attinente] Bellinzona, in [domiciliato]  
Lugano, deceduto a Lugano il ...**

Egredi Signori,

Vi sarei grato se poteste inviarmi l'atto di morte del signor Elvezio De Profundis, nato il ..., attinente di Bellinzona e domiciliato in Lugano, deceduto a Lugano il ... .

Motivo: Pubblicazione testamento pubblico [olografo].

RingraziandoVi anticipatamente, con ossequio

avv. Scriba Ticinensis, notaio

## **2. Istanza a Pretura per la pubblicazione del testamento**

Lodevole  
Pretura di Lugano  
Sezione 4  
Via Bossi  
6900 Lugano

Locarno, 24 settembre 2009

### **Concerne: Richiesta di Pubblicazione testamento olografo / pubblica**

Onorevole Signora Pretore,

Dovendo pubblicare il testamento pubblico [olografo] del defunto signor Elvezio De Profundis, nato il ..., Qdm. ..., attinente di Bellinzona e domiciliato in Lugano, cittadino svizzero, coniugato, deceduto a Lugano il ... .

Con la presente chiedo cortesemente di essere convocato per la pubblicazione di tale testamento pubblico [olografo].

La prego di volermi comunicare la data e l'ora prevista per la pubblicazione.

Con ossequio.

avv. Scriba Ticinensis, notaio

**Allegato:** Atto di morte (fotocopia autentica)

### 3. Pubblicazione del testamento

Rogito N. 100 (cento) del notaio Scriba Ticinensis in Locarno

Lugano, il 29 (ventinove) settembre 2009 (duemilanove)

Innanzi al Pretore della Pretura di Lugano, Sezione 4, avv. Praetor Luganensis, ..., mi sono personalmente costituito io avv. Scriba Ticinensis, pubblico notaio in Locarno, a seguito di mia istanza, in pubblica udienza nell'aula della Pretura di Lugano, Sezione 4, alla scopo di procedere alla pubblicazione delle disposizioni di ultime volontà del signor:

Elvezio De Profundis, nato il ..., Qdm. ..., attinente di Bellinzona e domiciliato in Lugano, cittadino svizzero, coniugato, deceduto a Lugano il ..., come si evince dall'allegato atto di morte rilasciato dal Servizio dello stato civile del circondario di Lugano del ..., qui prodotto in copia autentica quale **inserto A**.

Ho consegnato al Pretore avv. Praetor Luganensis il testamento pubblico del defunto signor Elvezio De Profundis, datato 1° (primo) gennaio 1990 (millenovecentonovanta), rogito no. 50 (cinquanta) di mia rubrica, qui allegato quale **inserto B**. Nel testamento il decujus ha designato il sottoscritto notaio quale suo esecutore testamentario.

*[Variante: Ho consegnato al Pretore avv. Praetor Luganensis il testamento olografo del defunto signor Elvezio De Profundis, datato ..., composto da 2 (due) fogli formato A4, in carta quadrettata ingiallita, qui allegato quale inserto B.]*

Il Pretore avv. Praetor Luganensis, constatata la regolarità e l'integrità del testamento pubblico [olografo], lo ha reso a me notaio con l'invito a leggerlo, ciò che feci in chiara ed alta voce, a titolo di legale pubblicazione.

Delle quali formalità faccio constare io notaio con il presente atto, il quale, unitamente all'atto di morte ed al testamento pubblico [olografo], viene firmato dal Pretore e da me notaio.

Fatto, letto e pubblicato nell'aula della Pretura di Lugano, Sezione 4, alla continua presenza del Pretore avv. Praetor Luganensis che con me notaio firma

**4. Dichiarazione di accettazione [rinuncia] al mandato di  
esecutore testamentario**

Lodevole  
Pretura del Distretto di Lugano  
Sezione 4  
6900 Lugano

Locarno, 29 settembre 2009

Vs inc. CN 2009.xxx

**Concerne: Accettazione [rinuncia] alla carica di esecutore  
testamentario del defunto signor Elvezio De Profundis.**

Onorevole Pretore,

con la presente, entro il termine di quattordici giorni ex art. 517 CCS, con-  
fermo di accettare [rinunciare] la carica di esecutore testamentario del de-  
funto signor Elvezio De Profundis.

Con ossequio.

avv. Scriba Ticinensis  
esecutore testamentario

## 5. Certificato di esecutore testamentario

Lugano **Certificato di esecutore testamentario**

CN 2009.xxx il 30 settembre 2009

in nome  
della Repubblica e Cantone del Ticino

### **Il Pretore del Distretto di Lugano**

avv. Praetor Luganensis

sedente con la segretaria,  
per statuire in procedura non contenziosa in camera di consiglio quale autorità preposta alla devoluzione della successione del defunto Elvezio De Profundis, nato il ..., Qdm. ..., attinente di Bellinzona (TI) con ultimo domicilio in Lugano, deceduto a Lugano il ...;

Visto il testamento pubblico (rogito no. 50 del notaio Scriba Ticinensis, Locarno), pubblicato avanti a questa Pretura il 29 settembre 2009 a cura del notaio Scriba Ticinensis con rogito no. 100;

Richiamati gli art. 557ss e 517 ss CCS, LAC + CPC

### **Dichiara e Attesta:**

1. Esecutore testamentario nella successione relitta dal defunto Elvezio De Profundis, nato il ..., qdm. ..., è l'avv. Scriba Ticinensis, il quale ha assunto il mandato.
2. La tassa di fr. 100.-- e le spese di fr. 50, da anticipare dall'istante, sono a carico della successione di cui trattasi.

Il Pretore

La Segretaria



## **6. Richiesta del Certificato di famiglia**

Lodevole  
Ufficio circondariale dello Stato civile  
di Bellinzona  
Via Jauch 1  
6500 Bellinzona

Locarno, il 2 ottobre 2009

### **Concerne: Richiesta del Certificato di famiglia**

Egregi Signori,

quale pubblico notaio chiedo gentilmente di volermi rilasciare il Certificato di famiglia del signor Elvezio De Profundis , nato il ..., Qdm. ..., attinente di Bellinzona e domiciliato in Lugano, cittadino svizzero, coniugato, deceduto a Lugano il ... .

Il certificato di famiglia mi è necessario per poter determinare gli eredi e produrre alla Pretura la necessaria documentazione al fine di richiedere il certificato ereditario del decujus.

Ringraziando anticipatamente, con ossequio.

avv. Scriba Ticininensis  
esecutore testamentario

**allegato:** Copia certificato di esecutore testamentario rilasciato dalla Pretura di Lugano Sez. 4

## **7a. Invio di disposizioni testamentarie a erede**

### **Raccomandata**

Gentile Signora  
A

Locarno, 11 novembre 2009

**Concerne:** fu Elvezio De Profundis, ...

Gentile Signora A,

con la presente Le comunico di aver provveduto il 29 settembre 2009 alla pubblicazione, dinanzi al Pretore del Distretto di Lugano, del testamento pubblico [olografo] del fu Elvezio De Profundis.

In allegato Le invio copia autentica del testamento pubblico del 1° gennaio 1990 mio rogito no. 50 [olografo], pubblicato mediante mio rogito no. 100 con rubrica del 29 settembre 2009.

Ho il dovere di richiamare l'art. 559 del Codice Civile Svizzero secondo il quale trascorso un mese dalla comunicazione, gli eredi istituiti, i cui diritti non siano espressamente contestati dagli eredi legittimi o dai beneficiari di una disposizione anteriore, possono ottenere, tramite l'esecutore testamentario, una dichiarazione dell'autorità, nel senso che essi sono riconosciuti eredi. Eventuali opposizioni dovranno quindi essere promosse entro il termine di un mese dalla presente comunicazione alla Pretura di Lugano, Sezione 4, 6900 Lugano, pena la perenzione. Restano riservate azioni di nullità e petizioni d'eredità che si prescrivono con il decorso di un anno dalla conoscenza della disposizione e della causa di nullità rispettivamente della lesione di propri diritti da parte dell'erede.

La prego di restituirmi controfirmata per ricevuta (ed eventualmente per accettazione) delle disposizioni testamentarie copia della presente lettera.

Con i miei migliori saluti. avv. Scriba Ticinensis, notaio

**Allegati:** menzionati

## 7b. Invio di disposizioni testamentarie a legatario

### Raccomandata

Egregio Signor

D

Locarno, 11 novembre 2009

**Concerne:** fu Elvezio De Profundis,

Egregio Signor D,

nella mia qualità di notaio ho provveduto, il 29 settembre 2009, alla pubblicazione dinanzi al Pretore del Distretto di Lugano, del testamento pubblico del 1° gennaio 1990 [olografo] del fu Elvezio De Profundis.

Con la presente Le comunico che il testatore ha previsto a Suo favore quanto segue:

«Lugano, il 1° gennaio 1990:»

[omissis]

«8. Lascio a D un legato di fr. 10'000;»

[omissis]

La prego gentilmente di volermi comunicare se accetta la disposizione testamentaria a Suo favore.

Nel caso Lei accettasse quanto sopra La prego di volermi ritornare la presente lettera debitamente da Lei firmata per accettazione .

In attesa di un Suo pronto riscontro in merito Le porgo i miei migliori saluti.

avv. Scriba Ticinensis, notaio

**Allegato:** Copia della presente lettera.

**8a. Ricerca di eredi ignoti in via editale  
– lettera con richiesta al Pretore**

Lodevole  
Pretura del Distretto di Lugano  
Sezione 4  
6900 Lugano

Locarno, 15 ottobre 2009

**Concerne: Successione fu Elvezio De Profundis,**

Onorevole Signora Pretore,

mi riferisco al testamento pubblico [olografo] del 1 gennaio 1990 del fu Elvezio De Profundis, da me pubblicato con rogito no. 100 di mia rubrica del 29 settembre 2009.

Il fu De Profundis è deceduto senza lasciare discendenti diretti.

Ho preso contatto con il Comune di attinenza (Comune di Bellinzona) per ottenere l'atto di famiglia dei genitori del defunto Elvezio De Profundis. Purtroppo il Comune di Bellinzona non ha potuto darmi indicazioni in merito alla famiglia del defunto.

Ho in seguito avuto un colloquio con il signor ..., nipote del defunto, per ottenere informazioni relative ai genitori del defunto affinché io potessi intimare agli eventuali eredi legali le disposizioni di ultime volontà. Il signor ... non mi ha potuto fornire alcuna informazione utile.

Per economia di tempo e di costi procederò alla **pubblicazione di ricerca eredi ex art. 555 CCS del defunto Elvezio De Profundis, ...**

Allego in bozza il testo che vorrei far pubblicare sui tre quotidiani ticinesi, oltre che sul Foglio Ufficiale del Cantone Ticino. Mi confermi se debbo procedere a pubblicare l'annuncio su altri giornali.

Resto a Sua completa disposizione per eventuali chiarimenti.

Con i miei migliori saluti.

avv. Scriba Ticinensis, notaio

**Allegato:** citato

**8b. Ricerca di eredi ignoti in via editale  
– progetto di richiesta di annuncio**

Spettabile  
Publicitas SA  
Via Senago 42  
6915 Pambio Noranco

Locarno, 15 ottobre 2009

**Concerne: Annuncio di ricerca eredi**

Egregi Signori,

Vi sarei grato di far pubblicare sui tre quotidiani ticinesi il seguente annuncio di ricerca eredi:

**“GRIDA PER RICERCA EREDI**

Chiunque ritenesse di essere erede del defunto Elvezio De Profundis, ... è pregato, ex art. 555 CCS, di annunciarsi entro il termine di un anno dalla pubblicazione della presente grida producendo la documentazione attestante il rapporto di parentela.

La richiesta di erede è da inviare al notaio:

- avv. Scriba Ticinensis, ...

Trascorso tale termine l'eredità sarà devoluta ai soli eredi accertati, riservata la petizione di eredità.

Locarno, il ... ottobre 2009”

Vi prego di voler intestare la relativa fattura alla CE Elvezio De Profundis, presso il sottoscritto notaio.

Con i miei migliori saluti.  
avv. Scriba Ticinensis, notaio



## 10. Certificato ereditario

Lugano **Certificato ereditario**

CN 2009.xxx il 14 dicembre 2009

in nome  
della Repubblica e Cantone  
del Ticino

### Il Pretore del Distretto di Lugano

avv. Praetor Luganensis

sedente con la segretaria,  
per statuire in procedura non contenziosa in camera di consiglio sull'istanza  
dell'avv. Scriba Ticinensis,

chiedente il Certificato ereditario al nome di Elvezio De Profundis,  
...;

visto il testamento pubblico [olografo] del 01.01.1990  
(rogito no. 50 del notaio Scriba Ticinensis, Locarno),  
pubblicato avanti a questa Pretura all'udienza del  
29 settembre 2009 dal notaio Scriba Ticinensis,  
con rogito no. 100;

preso atto che il notaio avv. Scriba Ticinensis attesta di avere dato  
comunicazione delle disposizioni testamentarie a tutti gli  
interessati da oltre un mese;

rilevato che non risultano opposizioni al rilascio del certificato  
ereditario, e che le eredi legali ed istituite hanno accettato  
le disposizioni testamentarie, riservate eventuali azioni di  
contestazione o petizione di eredità;

richiamati gli art. 559 CCS, 2 n. 10 LAC, 22 cifra 2 LTG;

#### **Certifica: 1. Uniche eredi del signor Elvezio de Profundis, sono:**

- la figlia A,
- la figlia B, ...;
- la figlia C, ... .

§ Il defunto con il testamento pubblico del 01.01.1999  
ha nominato qual suo esecutore testamentario  
l'avv. Scriba Ticinensis, Locarno.

2. La spese e la tassa di fr. 100.-- e le spese di fr. 50.--,  
da anticipare dall'istante, sono a carico della successione  
di cui trattasi. Copia per conoscenza viene trasmessa  
all'Ufficio Imposte di successione di Lugano.

Il Pretore

La Segretaria





## NUOVI STRUMENTI PER LA TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA FAMILIARE: IL PATTO DI FAMIGLIA E LE CLAUSOLE STATUTARIE DI PREDISPOSIZIONE SUCCESSORIA

1. L'esecuzione delle volontà testamentarie ed il divieto di patti successori. 2. Il patto di famiglia. 3. Le clausole societarie in funzione successoria. 4. Prospettive di riforma della successione necessaria.

1. Per chiarezza espositiva va premesso che, nel contesto di questa relazione, si utilizzerà la locuzione “esecuzione delle volontà testamentarie” non in senso tecnico (con riguardo cioè allo specifico tema dell'esecutore testamentario) ma in senso ampio, intendendola come “esecuzione delle ultime volontà” di un soggetto. Il riferimento è cioè al complesso degli strumenti di cui oggi, nel nostro ordinamento, può avvalersi un soggetto per disporre in vita dei propri beni per il periodo in cui avrà cessato di vivere. In questa prospettiva, occorre sin d'ora mettere in luce come, negli ultimi anni, il tema del passaggio intergenerazionale della ricchezza sia divenuto – nel nostro Paese e non solo - di estrema attualità. Anche grazie ad una intensa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sono venuti ad emersione nel tessuto legislativo, accanto al testamento, alcuni nuovi istituti atti a realizzare lo scopo di programmare una successione a causa di morte.

Il testamento – almeno sino a pochi anni fa – era, infatti, l'unico strumento del quale il *de cuius* disponeva per manifestare la propria volontà in ordine alla sua successione, data la presenza nel nostro ordinamento dell'art. 458 c.c. che, ponendo il divieto dei patti successori, rende in linea di principio inammissibile una terza causa di delazione, quella contrattuale, accanto alla legge ed al testamento<sup>1</sup>.

Lo strumento testamentario, tuttavia, come non ha mancato di rilevare la dottrina più attenta, sta attraversando negli ultimi anni, un'insanabile crisi, le cui ragioni devono andare a ricercarsi in una sostanziale disarmonia tra le attuali esigenze socio-economiche ed i caratteri essenziali dell'istituto.

Il carattere unilaterale di quest'ultimo, infatti, mal si concilia con la crescente esigenza, all'interno delle famiglie, che la sistemazione patrimoniale *post mortem* avvenga in maniera concertata, con il concorso di tutti i successibili che quella ricchezza hanno contribuito a creare ed incrementare.

La “tipicità” dell'istituto, inoltre, articolato fondamentalmente in istituzione di erede e legati, mal si presta a soddisfare le necessità tipiche della programmazione aziendale, caratterizzata da quel “dinamismo e da quella flessibilità che derivano dalla natura prevalentemente mobiliare della ricchezza”. L'efficacia temporale del testamento, infine,

<sup>1</sup>G. Capozzi, Successioni e Donazioni, II, Milano, 2009, 39. La ratio del divieto dei patti successori è stata variamente ricostruita dalla dottrina (Gangi, La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, Milano, 1964, 40; L. Ferri, Successioni in generale, Artt. 456-511, in Comm. Cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1980, 95; Grosso e Burdese, Le successioni, Parte generale, in Tratt. Dir. civ. it., diretto da Vassalli, XII, Torino, 1977, 92; Bianca, Diritto civile, 2, La Famiglia. Le successioni, Milano, 1985, 414; Cecere, Patto successorio, in Digesto civ. II, Torino, 2004, 1101. In giurisprudenza: Cass., 29 maggio 1972, n. 1702; Cass. 21 aprile 1979, n. 2228; Cass. 14 luglio 1983, n. 4827), che l'ha prevalentemente individuata nell'assoluta libertà di testare, cioè nell'esigenza di assicurare al testatore la libertà di disporre della propria successione fino all'estremo limite della sua vita. Libertà, assicurata dalla revocabilità del testamento e dall'inefficacia della rinuncia alla facoltà di revoca (art. 679 c.c.). La dottrina più recente (Magliulo, Il divieto del patto successorio istituito nella pratica negoziale, in Riv. Not., 1992, 1428 ss.; Caccavale, Il divieto dei patti successori, in Successioni e donazioni, a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, 25 ss.), invece, ha ricondotto il divieto al ruolo centrale che assume la volontà del testatore negli atti a causa di morte, sicché il divieto di cui all'art. 458 c.c. avrebbe la funzione di escludere la rilevanza della volontà di terzi.

imperniata sul momento dell'apertura della successione, impedisce all'imprenditore di "guidare" in prima persona il passaggio intergenerazionale della ricchezza evitando che questo si realizzi in maniera traumatica.

Le insufficienze del nostro attuale sistema successorio a garantire il passaggio intergenerazionale della ricchezza hanno però portato il legislatore ad intervenire ben due volte nell'arco di dieci mesi ( 14 maggio 2005 – 14 febbraio 2006 ), in un settore (quello del libro II del codice civile) da sempre piuttosto refrattario a modifiche.

E a ciò va aggiunta la considerazione di non marginali modifiche normative intervenute nel contesto della riforma del diritto societario del 2003, in particolare in ordine al trasferimento delle partecipazioni sociali.

Tutti questi interventi hanno fatto scricchiolare, nei termini che meglio si preciseranno nel seguito, il divieto di cui all'art. 458 c.c., minandone il suo carattere assoluto.

Risulta quindi senz'altro limitativo pensare oggi al testamento quale unico strumento per il trasferimento intergenerazionale della ricchezza, dato che il *de cuius* dispone attualmente quantomeno di altri due strumenti - il patto di famiglia e le clausole societarie di predisposizione successoria - che consentono il passaggio generazionale dei beni produttivi nel rispetto, da un lato dell'esigenza di salvaguardia dell'efficienza dell'impresa, dall'altra dei diritti dei legittimari.

Ed è in particolare su questi due strumenti che verranno svolte alcune considerazioni nell'ambito di questa relazione, cercando di mettere in luce profili di novità ma anche di criticità di tali nuove figure sì da poter offrire qualche spunto di riflessione al ceto notarile che con tali nuovi istituti non può fare a meno di confrontarsi.

Non v'è dubbio infatti che - anche in considerazione di questo assai fluido panorama normativo - in questi anni il notaio sia chiamato a svolgere una funzione di sempre maggiore importanza nell'assistenza/consulenza in fase di scelta degli strumenti più idonei ad assicurare il passaggio generazionale così come desiderato dall'interlocutore. Egli è infatti meglio di chiunque altro in grado di comprendere esattamente gli interessi del soggetto la cui successione è in discorso e di tradurli in termini giuridici, attraverso la scelta e la predisposizione dell'atto che meglio soddisfa le volontà di quest'ultimo.

2. Attraverso il patto di famiglia<sup>2</sup>, il legislatore ha accolto gli auspici formulati da parte della dottrina per il superamento del rigido divieto dei patti successori e del monopolio del testamento, introducendo un nuovo istituto che ha lo scopo di regolare in via convenzionale il passaggio intergenerazionale della ricchezza d'impresa.

La fattispecie ha da subito suscitato numerosi dubbi interpretativi e la dottrina ha avanzato molte ipotesi ricostruttive dell'istituto<sup>3</sup>, qualificandolo prevalentemente come un contratto *inter vivos*, i cui effetti giuridici sono immediati e non già subordinati alla morte del disponente.

L'impostazione dominante è però, a mio avviso, ingiustificata, come peraltro conferma la modifica dell'art. 458 c.c. attuata sempre dal legislatore del 2006 - mediante inserimento dell'inciso "Fatto salvo quanto disposto dagli artt. 768bis e ss." -, che non può non apparire sintomatica della volontà di ricondurre il patto nell'alveo nei negozi *mortis causa*.

A ben vedere, il patto di famiglia si caratterizza per una conformazione peculiare: la struttura contrattuale è funzionalmente intesa alla situazione del tempo in cui il disponente avrà cessato di vivere ed è priva, nell'immediatezza della sua stipulazione, di effetti non solo traslativi, ma anche separativi. Il patto risulta perciò decisamente orien-

<sup>1</sup> Per ampia bibliografia si veda Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2009, 1451 ss.  
<sup>2</sup> Secondo parte della dottrina si tratterebbe di una donazione modale (Palazzo, Patto di famiglia e sistema per la trasmissione della ricchezza familiare, in Trattato teorico-pratico di diritto privato, diretto da Alpa e Patti, Padova, 2008, 438; Caccavale, Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie, in Notariato, 2006, 313 ss.; Merlo, Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati (profili civilistici del patto di famiglia), in Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore, Milano-Roma, 2006, 100 ss.), secondo altra dottrina si tratterebbe di un negozio tipico, avente una causa propria che si sostanzierebbe nella volontà di regolamentare i futuri assetti successori dei legittimari in ordine ad azienda e partecipazioni societaria (Rizzi, Il patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda, in Notariato, 2006, 430; Tassinari...); secondo altri ancora avrebbe natura essenzialmente divisoria (); infine, non è mancato che ha parlato di contratto avente funzione tipica, di natura complessa

tato verso la classe degli atti *mortis causa*, secondo quanto propriamente accade, per i patti successori di tratto istitutivo. Né appare possibile – è bene anche aggiungere di fronte a una pur stimolante osservazione che è stata avanzata in dottrina – considerare disponibile dall'autonomia dei privati il punto in questione. In effetti, non pare che lo strumento del patto possieda una flessibilità di questo tipo, né il codice indica quale sarebbe la strada da percorrere per il caso di compiuto silenzio delle parti.

Constatata la grande distanza che passa tra le due opzioni teoriche appena rappresentate (quella dell'atto *inter vivos* e quella dell'atto *mortis causa*), è pure da constatare che, per la verità, la letteratura corrente non risulta abbia proficuamente approfondito, per poi respingerla, la prospettiva dell'orientamento verso la classe degli atti *mortis causa*, facendo passare sotto silenzio la modifica dell'art. 458 c.c.

È questo, invece, un punto fondamentale della materia. Se infatti l'introduzione dell'inciso che sottrae al divieto dei patti successori il nuovo istituto del patto di famiglia non vale certo a sciogliere definitivamente la questione nel senso della natura *mortis causa* del patto; non meno sicuro è, tuttavia, che un approfondimento lo esiga. Se non è frutto di un «tombale» errore di prospettiva, infatti, l'aggiunta all'art. 458 dà per assunta una certa qual compatibilità (se non, anzi, un'ipotesi di conformità) del nuovo istituto con il *genus* degli atti *mortis causa*, come espresso dai patti successori.

Su questi presupposti, non può non lasciare perplessi la fortissima svalutazione della questione che la prima letteratura del patto è venuta a compiere, essendo esclusa la correttezza di una soluzione *a priori*, quasi per incanto il problema venisse a trovare da sé solo la risposta.

In effetti, l'estraneità - asserita in termini più o meno radicali - del patto di famiglia all'ambito applicativo dell'art. 458 (e dunque, in sostanza, l'inutilità dell'ivi introdotto inciso) viene in letteratura sostenuta al più adducendo in modo sbrigativo una sostanziale incompatibilità dei tratti fisionomici della figura con le note distintive dei patti successori (: quantomeno di quelli istitutivi) e, tramite questa via, con le caratteristiche intrinseche dell'atto *mortis causa*. Più in dettaglio: il pensiero corrente non va oltre l'acritica ripresa di talune affermazioni – tanto comuni nel milieu generale del diritto successorio, quanto tralazie – relative ai connotati caratterizzanti il novero degli atti *mortis causa*. Così, in via segnata, si ribadisce una totale inattitudine dell'atto *mortis causa* a produrre ogni sorta di effetti nel tempo anteriore alla morte del disponente (: del *de cuius*); e pure si ripete il diffuso convincimento che momento essenziale dell'atto *mortis causa*, anche se di natura contrattuale, è il riguardare, di necessità, l'*id quod superest* (: la considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi al tempo della morte dell'attribuente).

A ben vedere, invece, la connotazione *mortis causa* di un atto – non contraddetta, in sé, da un certo grado di immediata rilevanza esterna dell'atto medesimo- risulta dipendere da una condizione base: l'essere la piena realizzazione del programma negoziale in funzione del «dopo morte» del suo autore.

E da ciò, in via conseguente, il ribaltamento dell'ottica in cui guardare alla nuova formulazione dell'art. 458. La scelta legislativa di sottrarre esplicitamente il patto di famiglia al divieto, anziché essere considerata come una riprova della intrinseca incompatibilità delle caratteristiche di questo patto con quelle *a priori* assegnate ai patti successori in genere, va vista come la prima occasione reale per costruire, nel nostro ordinamento, un'*idea normativa* di patto successorio istitutivo. Nella consapevolezza – è chiaro – della «relatività» dell'intervento del legislatore in proposito: sia per le scelte effettivamente compiute, sia e soprattutto per quelle non compiute.

Il lavoro ricostruttivo di contorni e disciplina del nuovo istituto – rigorosamente da condursi, pur fra le forti difficoltà interpretative, lungo la strada segnata dal nesso di coerenza tra struttura e funzione - ben può assumere allora il plusvalore di terreno

preparatorio per un più generale ripensamento (e, davvero, non solo del legislatore) dell'intera materia dei patti successori.

A condizione, naturalmente, che i profili disciplinari del patto di famiglia risultino compatibili con la categoria dei patti istitutivi appena abbozzata: cosa che si cercherà ora, sia pure in breve, di dimostrare.

E' bene muovere, in proposito, dal piano delle «precise disposizioni di legge»: anche perché (al di là del rischio di apriorismi) su questo piano si pongono i due rilievi specifici che la letteratura adduce a sostegno della soluzione dell'«effetto immediato». Privo di ogni significatività risulta, invero, l'uso al tempo presente del verbo «trasferire», che compare all'interno della norma definitoria di cui all'art. 768-*bis* c.c. L'enfasi caricata dagli interpreti su tale profilo non appare infatti giustificata: come sovente capita nelle formula definitorie, il ricorso al tempo presente designa solo l'idoneità di un dato atto a produrre un certo tipo di effetti (fuori dal relativo «quando», dunque).

Un poco più impegnativo si mostra il discorso relativo all'esenzione da collazione delle attribuzioni oggetto del patto, di cui al comma 4 dell'art. 768-*quater*, che è l'altro rilievo di solito condotto. In effetti, il meccanismo della collazione riguarda, nella sistematica del codice civile, unicamente donazioni.

Tuttavia, l'indicazione normativa non è contrassegnata da univocità di significati. Agevolmente, la stessa può trovare un senso di tipo diverso: cioè può essere volta a precisare che - per l'effetto del patto - resta alla radice esclusa, post mortem del disponente, ogni discussione in ordine a tutte le attribuzioni (: assegnazione e liquidazioni) oggetto del medesimo; in relazione ai partecipanti al patto (e limitatamente agli stessi). Detto più precisamente, tali attribuzioni diventano insensibili a tutte le tipiche azioni di tutela successoria (collazione, come riduzione); il senso è che viene meno, nel segno della stabilità del patto, la forma di tutela reale per i legittimari partecipanti. In ogni caso, a chiudere in via definitiva la partita sul punto sta la constatazione che l'ipotesica spia della soluzione dell'«effetto immediato» di cui al comma 4 dell'art. 768-*quater* si trova, sul piano delle specifiche norme di legge, superata (più che controbilanciata) da una buona serie di indici normativi di segno contrario. Secondo le rapide osservazioni che seguono.

Senz'altro a favore della soluzione dell'«effetto alla morte» del disponente, sta la lettera dell'art. 768-*sexies*, comma 1, che - per sé - esprime chiaramente la scelta di rinviare a tale momento la valenza giuridica delle modificazioni della compagine familiare del disponente medesimo, verificatesi dopo la conclusione del patto. Più nel dettaglio: tutti i legittimari sopravvenuti (anche poco tempo dopo tale conclusione) vedono, dal testo di legge, collocata all'apertura della successione la possibilità di esercitare - nel concreto della relativa fattibilità - i loro diritti verso i beneficiari del patto. Posto questo dato, la regola di simmetria (se non altro) positivamente impone di ritenere che le liquidazioni dei partecipanti vadano eseguite in quel medesimo momento (pure su questo punto il legislatore avendo ritenuto di sorvolare). E lo stesso - per transito di simmetria ulteriore, come pure per il rispetto del principio della parità di trattamento - non può non avvenire, allora, pure per l'assegnazione.

Con la soluzione dell'«effetto alla morte» decisamente meglio si adatta, poi, la previsione di un possibile recesso di cui all'art. 768-*septies* n. 2 (recesso, attribuibile anche a ciascun singolo partecipante, che per la nostra fattispecie si sostanzia in un vero jus poenitendi del regolamento convenzionale già concordato). In linea di principio, lo strumento è esperibile, alla stregua dell'art. 1373 comma 1, solo «finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione». Né v'è dubbio che la soluzione dell'«effetto alla morte» si riveli molto più consona alla possibilità dell'esercizio del recesso pure sotto il profilo della tutela dei terzi.



Un'ulteriore indicazione normativa nel senso indicato si può trarre, ancora, da una «assenza» nella trama disciplinare del patto. Non è da sottovalutare, invero, l'oggettiva circostanza che il legislatore non si sia per nulla preoccupato di predisporre, per il caso di inadempimento dell'assegnatario all'obbligo di liquidare gli altri legittimari, una tipologia di rimedi a favore del disponente (il cui interesse tipico alla realizzazione del patto si spalma su tutti gli altri partecipanti). Tale vuoto si fa oggettivamente apprezzare nel senso di indicare, per l'appunto, che un eventuale inadempimento può propriamente verificarsi solo a seguito di un'avvenuta apertura della successione<sup>4</sup>.

Per accostarsi correttamente al versante «funzionale» dell'operazione, conviene articolare bene una premessa. A mio parere, nell'«intento tipico» del disponente così come preso in considerazione dal legislatore, l'evento morte non è un fatto (eventuale o) accidentale, bensì essenziale. In gioco è la morte del disponente: e il pensiero di tale morte fonda, per regola, l'esigenza di provvedere alla scelta individuativa di un «nuovo imprenditore»; nel rapporto tra causa ed effetto, è la seconda (: la scelta) a dipendere dal primo.

Funzione tipica del patto, dunque, è il provvedere per l'«evento morte» del disponente. E, del resto, questo assunto può giovare anche della conferma fornita da indici normativi.

Una chiara indicazione della contiguità del patto di famiglia con le vicende di tratto successorio (in via segnata, della successione necessaria *mortis causa*) si rinviene, così, nella scelta di restringere i possibili assegnatari dell'«impresa» entro la cerchia dei discendenti del disponente. La limitazione significa, infatti, che un sacrificio delle ragioni legittimarie è stato giudicato costo sostenibile non in funzione della (circolazione e) conservazione dell'impresa, bensì della (circolazione e) conservazione della stessa all'interno di una (parte della) famiglia. Una scelta – ben diversa da quella di recente compiuta, con riferimento alla trasmissione dei beni produttivi, dal legislatore francese – di tratto per così dire «civilistico», anziché «commercialistico»: volta com'è a privilegiare l'interesse familiare nell'ambito successorio rispetto all'interesse dell'impresa alla miglior gestione. Il «nuovo imprenditore» è prima di tutto un familiare e, in seconda battuta, una persona giudicata capace dal disponente (tra quelle disponibili).

A questo forte rilievo, va poi affiancato (*ad adiuvandum*, se si vuole) un riscontro di ordine «topografico». L'impronta successoria che caratterizza il patto di famiglia si legge, infatti, anche nella collocazione prescelta per l'inserimento nel codice della disciplina dell'istituto: che è contenuta – non, per ipotesi, nel titolo dedicato alle donazioni dal libro sulle successioni o nel libro comprendente i contratti –, bensì nel titolo del libro che le successioni danno alla divisione.

Ciò posto, con un patto funzionale al tempo post mortem del disponente sembra per ciò stesso coerente che gli effetti fondamentali (propri e finali) si producano, in via correlata, al tempo stesso della morte. Non prima.

La letteratura corrente insiste, peraltro, nell'affermare che l'effetto traslativo immedia-

<sup>4</sup> Fra i primi commentatori della novella si sono già espressi nel senso della mancanza di significatività dell'espressione «trasferisce» CACCAVALE, *Divieto*, cit., p. 36, che, a riprova, rammenta anche l'uso del tempo presente nell'ambito dell'art. 649 c.c. (ove la proprietà o il diritto oggetto di legato «si trasmette»); BALESTRA, *Prime osservazioni*, cit., p. 374. A cogliere, invece, l'ipotetica compatibilità dell'esenzione da collazione con l'attribuzione di efficacia differita al patto di famiglia è BONAFINI, p. 1204, che sottolinea come la collazione possa riguardare anche donazioni con effetto differito (del tipo cum moriar e quindi in tesi compatibile, nella tesi corrente, con il divieto dei patti successori); anche in questo caso, l'istituto assolve alla funzione di mettere in discussione (anche a livello qualitativo) tra coeredi le attribuzioni preferenziali di un bene specificamente determinato effettuate in vita dal *de cuius*: da quest'angolo visuale poco importa quale sia il momento di produzione dell'effetto, rilevando invece in modo determinante la fuoriuscita del bene dalla comunione ereditaria.

Con riguardo all'eventualità di un recesso dal patto di famiglia (inteso come) già produttivo di effetti traslativi, la dottrina trascura le delicate implicazioni relative ai terzi (: che si innescerebbero a fronte di un assai complesso gioco di restituzioni, ulteriormente amplificato dalla mancanza della previsione di un termine massimo per l'esercizio del recesso stesso; per un'esemplificazione di problematiche connesse v. PETRELLI, p. 463); nei fatti, risultando considerata unicamente la questione relativa al carattere derogabile dell'art. 1373 anche nel caso in cui il contratto produca effetti reali (così, ad esempio, MAGGIOLÒ, p. 91; INZITARI, p. 255). Per dei rilievi sulla possibilità di accordare convenzionalmente a ciascun contraente (non al solo disponente) la facoltà di recesso. Sulle conseguenze dell'inadempimento dell'assegnatario all'obbligo di liquidare gli altri legittimari.





troverebbe giustificazione in un intento del disponente di spogliarsi subito dei suoi beni (dell'«impresa», in particolare), così sistemando già in vita il proprio patrimonio fra i suoi successori. Questa ricostruzione non è per nulla convincente, però; essa, piuttosto, appare in grado di mortificare fortemente la *ratio* dell'istituto e di mettere a repentaglio la sua stessa utilizzabilità pratica. Una simile lettura finisce, in effetti, con l'accostare e confondere un interesse attuale alla *pianificazione successoria* – vero e proprio intento tipico del disponente e centro motore dell'istituto – con il ben diverso interesse all'anticipazione degli effetti successori. Ora, naturalmente non si nega che un interesse all'anticipazione degli effetti possa anche sussistere in determinate, particolari circostanze. Con forza si nega, però, che la generalità e normalità dei casi, in cui si ragiona di successione (anche di beni produttivi), risponda a una caratteristica di tale tipo.

Riesce difficile immaginare un imprenditore che (senza essere malato grave o molto anziano) decida senz'altro di passare il resto della sua vita spogliato (non della gestione, ma della titolarità dei beni) dell'impresa, quando magari ciò costituisce il bene più importante del relativo patrimonio. E ancor più inverosimile appare l'ipotesi in cui – in una sorta di «spoliazione francescana» – con il patto di famiglia il disponente si privi in vita non solo dell'impresa, ma anche di altri suoi beni (allo scopo di tacitare i legittimari non assegnatari, ai sensi dell'art. 768-quater).

In assenza di indicazioni normative specifiche al periodo di vita del disponente dopo la stipula del patto e data pure la palese inadeguatezza al bisogno della disciplina degli alimenti – unica via legale riconducibile alla tesi dell'effetto immediato –, non si vede perché il «grasso mercante» dovrebbe accettare il rischio di passare gli ultimi suoi anni alla mercé degli assegnatari.

Da quest'angolo visuale, del resto, una conferma dell'oggettiva incoerenza tra struttura e funzione della soluzione dell'effetto immediato viene dal suggerimento, frequente nella letteratura, di inserire nel patto di famiglia un accordo a latere (normalmente una riserva di usufrutto), destinato a garantire al disponente un effettivo ruolo nella gestione aziendale.

---

<sup>5</sup> Colgono il *nonsense* (sotto il profilo imprenditoriale) della scelta legislativa di restringere ai soli discendenti la cerchia dei possibili assegnatari del «bene imprenditoriale» e, in via ulteriore, il rischio di un abbassamento di utilità pratica dell'istituto, per la consapevolezza del disponente dell'inidoneità gestionale di tutti i suoi discendenti OPPO, p. 439; AMADIO, Patto, p. 887. Al legislatore non mancava, del resto, il consiglio di altre esperienze. Basta pensare all'impostazione predisposta (per altri versanti) dalla norma dell'art. 2091, comma 2, c.c. (basata sull'integrazione, nel corpo della scelta fatta dall'imprenditore, di un controllo di ordine giudiziale) ovvero ai lavori preparatori della riforma francese con riferimento all'istituto della *donation-partage* di beni produttivi (v. sopra, nota 13).

Ancor più forti e specifiche perplessità (anche interne, per così dire) suscita l'esclusione del coniuge dal novero dei possibili assegnatari del coniuge. La scelta palesa radicali dubbi di costituzionalità [sia ex art. 3 comma 1 (mancanza di ragionevolezza del discrimine nell'ambito della categoria dei legittimari), sia ex art. 29 Cost.] e va in controtendenza con la maggior protezione del coniuge della riforma del '75. La stessa, inoltre, sembra rivestire i panni di un ipocrita compromesso, posta la necessaria partecipazione di quegli come liquidatario legittimario il coniuge, seppur inadatto – per la veste del suo titolo partecipativo al patto – a gestire l'impresa; e ciò quand'anche sia, nel caso, assai più giovane e portato dei discendenti del disponente. In proposito, ritiene propriamente Zoppini, Il patto, p. 265: il meccanismo derogatorio di cui al patto «appare giustificato se ed in quanto realizzi un effettivo passaggio generazionale nella gestione dell'impresa ... questo spiega perché la partecipazione al contratto è riservata ai legittimari discendenti». Sui numerosi problemi pratici posti dalla partecipazione del coniuge al patto v., tra gli altri, LUPETTI, p. 11; FIETTA, p. 14; INZITARI, p. 110; OBERTO, p. 72; per le problematiche connesse alla peculiarità della posizione del coniuge tra i legittimari sopravvenuti da liquidare.

In relazione alla posizione del coniuge, non si può non ricordare la radicale posizione assunta dalla Commissione Masi-Rescigno, che attribuiva al superstite il solo diritto di ottenere la liquidazione al momento dell'apertura della successione. Una simile scelta ben mette in evidenza la consapevolezza della Commissione che – a prescindere da tutte le questioni relative ai discendenti (sopra, n. 4.2.) – immaginare un effetto traslativo immediato nei confronti del coniuge del disponente sconta un elevato margine di impraticabilità operativa (posto, se non altro, la possibilità non solo di premorienza, ma anche di divorzio: con l'eventuale aggiunta, pure, di nuove nozze).

Quanto, poi, all'asserita esistenza di un fisiologico e specifico interesse del disponente alla





Un simile suggerimento mostra, ad un tempo, la fisiologicità dell'esigenza pratica dell'imprenditore e l'estraneità del rimedio proposto alla conformazione normativa dal legislatore voluta per il patto<sup>5ii</sup>.

Tutto ciò senza contare, poi, che - sempre sotto il profilo funzionale - la soluzione dell'effetto immediato proprio non si adatta, a differenza di quella dell'effetto differito, al caso della preminenza dell'assegnatario: tanto più nell'assenza di una qualsiasi previsione legale in proposito.

Ma, nel vagliare gli argomenti a favore della soluzione dell'«effetto alla morte», non si può non tenere conto pure del sistema complessivo in cui il nuovo istituto viene a iscriversi: sia sotto il profilo dell'effettiva utilizzabilità pratica del medesimo, sia sotto quello della sua ricostruzione coordinata e uniforme. A venire in peculiare considerazione sono, qui, i creditori del disponente: una categoria che - nonostante il patto di famiglia configuri un atto dispositivo compiuto dal titolare di un patrimonio, sia pure in funzione di una vicenda successoria relativa alla sua morte - risulta essere affatto trascurata dalla prima letteratura formatasi sul patto. Dei «grandi assenti» viene proprio da dire.

Non v'è dubbio, peraltro, che da un trasferimento immediato i creditori risultino penalizzati in modo forte: posta la fisiologicità dell'ipotesi che il patto comprenda parte sostanziale del patrimonio complessivo del disponente e data la sicura inestensibilità al trasferimento delle partecipazioni sociali della regola della successione nei debiti, di cui all'art. 2560 comma 2.

Potendo giovarsi, nei confronti del patto, dei soli strumenti di tutela prestabiliti per gli atti inter vivos (segnatamente, dell'azione revocatoria) e perdendo, per contro, il rimedio di stampo successorio della separazione dei beni del defunto di cui all'art. 512 c.c., i creditori finiscono, in buona sostanza, per soggiacere ad una tendenziale dissoluzione del patrimonio del disponente: nella soluzione dell'«effetto immediato», invero, si giunge al paradosso di un disponente privo di patrimonio, ma unico responsabile dei debiti in precedenza assunti.

Non è un caso, del resto, che - già con riferimento al non più vigente istituto della di-

---

produzione di effetti traslativi immediati si ricorda qui, tra gli altri, ZOPPINI, *Profili sistematici*, p. 283, per il cui giudizio il patto di famiglia (e, in termini più ampi, la categoria della «successione anticipata», entro la cui cornice esso sarebbe riconducibile) costituirebbe la risposta alla «perdita di funzione degli istituti successori tradizionali, in quanto la successione a causa di morte ha perduto il ruolo di “dotare” patrimonialmente la generazione successiva, compito che ricade integralmente sulla famiglia e che oggi si realizza attraverso le liberalità tra vivi». Secondo l'autore, con la c.d. successione anticipata troverebbe realizzazione l'intento negoziale anticipatorio della trasmissione del diritto rispetto all'apertura della successione, si da operare attribuzioni preferenziali immediate a favore di taluni eredi. In senso contrario rispetto alla generalizzazione di un interesse del genere si pongono - e in modo emblematico - i commenti espressi dagli esponenti della realtà imprenditoriale [per tutti v. ATTANZIO, *passim*, secondo il quale «nella maggior parte dei casi l'imprenditore desidera mantenere la gestione della sua azienda sino a che resta capace di gestirla e il suo desiderio non è quello di spossessarsene in vita, ma solo di indicare il futuro capitano». Dal medesimo autore si apprende pure come l'Associazione Italiana delle Aziende Familiari (AIdAF) avesse tempo addietro suggerito l'introduzione nell'ordinamento di un patto di famiglia strutturato sulla falsariga di un atto tra vivi e con effetti post mortem]. Significativa appare pure la circostanza che, nel 2001, la soluzione di collocare il trasferimento d'azienda alla morte dell'imprenditore sia stata proposta, nell'ambito di un Rapporto commissionato dalla *Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris*, da SOLIGNAC e MELOT, *La transmission d'entreprise: 30 propositions juridiques et fiscales d'amélioration* (reperibile sul sito [www.etudes.ccip.fr](http://www.etudes.ccip.fr)).

Mostrano di percepire come fisiologica la sussistenza dell'interesse del disponente a non spogliarsi del «bene imprenditoriale» in pendenza di vita, altresì, dell'impresa i numerosi autori favorevoli all'inserimento nel patto di una riserva di usufrutto in suo favore: v. LUCCHINI GUASTALLA, *Per evitare*, p. 27; LEO, p...; BONAFINI, p. 1200 nt. 18; BUSANI, p. 12.

Ma una simile soluzione tecnica - oltre alla censura svolta nel testo - si mostra pure inidonea a realizzare davvero un accettabile contemperamento degli interessi in gioco. Nell'ipotesi in cui le liquidazioni debbano avvenire con beni dell'assegnatario, infatti, ben difficilmente quest'ultimo accetterà di trovarsi nella scomoda posizione di mero nudo proprietario tenuto tuttavia a liquidare subito agli altri legittimari il valore della quota ex art. 536 ss. c.c.



visione d'ascendente (di cui agli artt. 1044 ss. codice civile del 1865), per certi versi affine al patto di famiglia, ma di sicura efficacia acquisitiva immediata - autorevole dottrina avesse evidenziato l'esistenza del «problema pratico, di grave momento, della garanzia dei creditori ereditari. Si dirà che costoro potevano avvalersi del rimedio dell'azione revocatoria: ma, a parte che questa azione non è di esito sicuro, specie se i debiti sono posteriori all'atto di disposizione, e per giunta è soggetta ad una prescrizione piuttosto breve, è da notare che un simile rilievo finisce per svuotare, in gran parte, di pratico significato la funzione successoria, caratteristica della nostra figura <sup>6</sup>».

3. Altro settore nel quale si è assistito, negli ultimi anni, ad un notevole fermento normativo è quello delle clausole statutarie di predisposizione successoria.

La funzione di questo tipo di clausole, peraltro molto diffuse nella prassi, è duplice: da un lato, con le medesime si intende salvaguardare l'interesse del gruppo dei soci a selezionare l'ingresso di partecipanti all'attività in comune, evitando così l'ingresso in società di soggetti non graditi; dall'altro, si vuole tutelare l'interesse del singolo socio a trasferire le proprie quote per causa di morte.

In particolare negli statuti di società di persone, caratterizzate da uno spiccato intuito personae, è molto frequente l'introduzione di clausole destinate a disciplinare la composizione degli assetti societari a seguito della morte di uno dei soci; clausole che risultano tuttavia impiegate in modo crescente anche nell'ambito delle società di capitali "a conferma di un processo di personalizzazione dell'anonima e di chiusura della compagine azionario-familiare <sup>7</sup>".

In linea di massima, l'autonomia privata è libera di disegnare variamente il contenuto di clausole di tal fatta, purché nel rispetto, tuttavia, dei principi del diritto societario e di quelli del diritto delle successioni.

<sup>6</sup> Il marcato disinteresse della dottrina per l'esigenza di tutela dei creditori riesce davvero difficile da spiegare, specie in considerazione della «istituzionale» sostanziosità del patto rispetto al complessivo patrimonio del disponente. I pochissimi commentatori che, a livello di spunto, prendono in considerazione i creditori del disponente si esprimono nel senso dell'esperibilità esclusivamente dell'azione revocatoria: cfr. MANES, p. 562; ZOPPINI, Profili, p. 294; e già DEL PRATO, p. 636 [diversamente SICCHIERO, *La causa*, p. 1274, che, attribuita al patto la «causa di successione» (v. la superiore nota 14) stima utilizzabili i rimedi di stampo successorio].

Ora, nei confronti di una simile prospettiva, non si può nella presente non mettere in luce almeno i due seguenti profili. Da un lato, i creditori si troverebbero soggetti a una serie di lunghezze (al di là dell'eventualità di un sequestro conservativo), di difficoltà probatorie (fuori dall'ipotesi, eventuale, di cui all'art. 64 legge fall.) e di rischi oggettivi, che facilmente potrebbero indurre la giurisprudenza ad un atteggiamento di «sfavore» verso il patto assimilabile a quello già formatosi con riguardo al fondo patrimoniale, con conseguente (ulteriore) riduzione della pratica dell'istituto. Dall'altro, non è davvero difficile pensare all'introduzione, da parte dei creditori «più forti», di clausole contrattuali che tendano ad alleggerire il «peso probatorio» dell'attore in revocatoria ordinaria (sulla falsariga dell'art. 2698 c.c.): si può ipotizzare, ad esempio, una clausola che definisca il futuro ed eventuale compimento del patto di famiglia come attività del debitore senz'altro posta in essere in danno delle ragioni creditorie.

I limiti intrinseci al rimedio dell'azione revocatoria, del resto, sono efficacemente messi in luce da MENGONI, *La divisione*, p. 225 (da cui è tratta anche la frase virgolettata nel testo), già con riguardo alla divisione di ascendente, figura la cui somiglianza col patto è asserita, in termini più o meno stringenti, da molti dei primi commentatori della novella (così INZITARI, p. 76; BONAFINI, p. 1208; alcuni elementi di differenziazione tra le due figure sono colti invece da OBERTO, p. 36 ss., ove anche riferimenti ai precedenti storici). Non a caso, del resto, una delle principali critiche che hanno portato *la divisione* di ascendente a venire «seppellita silenziosamente, senza neppure gli onori funebri» (COVIELLO, c. 35) si appuntava proprio sulla non coincidenza tra l'intento dell'ascendente «di regolare la futura successione, secondo l'interesse generale della famiglia e, in specie, secondo le attitudini di ciascun figlio» con l'intento «di dimettere ancora in vita la proprietà dei beni»; così ancora MENGONI, *La divisione*, p. 226, che dubitava della stessa utilità pratica dell'istituto per il pericolo «tutt'altro che inverosimile», per colui che si spogliava dei suoi beni in favore dei figli, «di soggiacere più tardi all'afflizione di una nera ingratitudine dei beneficiati: "qui le sien donne avant mourir bientôt s'appreste à moult souffrir"». L'attualità e la stringenza di una simile valutazione non ha – ci pare – bisogno di essere sottolineata ulteriormente [per una sintetica rassegna delle ulteriori, numerose censure espresse sulla divisione di ascendente v. CICU, p. 456; ma v. pure MENGONI, *La divisione*, p. 223, che riporta le insuperabili difficoltà ricostruttive di un istituto caratterizzato, al contempo, da una tipica funzione successoria (cioè, di concretamento delle future quote ereditarie dei donatari-*copartagés*) e della dichiarata attitudine, in quanto divisione-donazione, a produrre efficacia acquisitiva immediata].

<sup>7</sup> Voce "Patto successorio", Enciclopedia Treccani, 1012



In particolare, con riguardo al comparto successorio, il divieto di cui all'art. 458 c.c. rappresenta il parametro normativo alla stregua del quale è stata in passato valutata (e non di rado negata) la liceità delle clausole inserite negli statuti societari allo scopo di disciplinare la devoluzione della partecipazione alla morte del socio.

Da quest'angolo visuale, mi pare che le recenti modifiche apportate dal legislatore della riforma all'art. 2469 c.c. per le s.r.l. e all'art. 2355 c.c. per le s.p.a. siano tali da consentire di guardare con minore preoccupazione alla violazione del divieto dei patti successori come causa di invalidità delle clausole in discorso.

In particolare, l'art. 2469 c.c. stabilisce che "Qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità delle partecipazioni o (...) ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte, il socio ed i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2473".

Si tratta di una soluzione che, da un lato, tradisce il disegno della legge delega, la quale aveva previsto la «nullità delle clausole di intrasferibilità non collegate alla possibilità di esercitare il diritto di recesso» (art. 3, co. 2, lett. f, l. n. 366/2001); dall'altro, si discosta dalla soluzione adottata all'art. 2455 c.c. bis in materia di società per azioni, la quale vieta di introdurre clausole che prevedano l'intrasmissibilità assoluta delle azioni per un tempo eccedente i 5 anni (mentre per srl il riferimento temporale è 2 anni) e qualifica come inefficaci clausole di gradimento mero che non attribuiscono il diritto di recesso al socio.

A differenza da quanto la stessa norma prevede in materia di trasferimenti inter vivos, il diritto di recesso è riconosciuto ai soci ogni qualvolta si sia in presenza di clausole che limitano "in concreto" il trasferimento della partecipazione mortis causa. In linea con la ratio della norma, infatti, il "diritto di recesso", nel caso di trasferimenti mortis causa, non è previsto al fine di garantire il diritto al disinvestimento del socio, bensì allo scopo di evitare che gli eredi vedano pregiudicato il proprio diritto ad ottenere la liquidazione della quota secondo il suo valore di mercato entro un determinato periodo temporale.

Nei casi in cui, dunque, all'apertura della successione, l'atto costitutivo contempli condizioni preclusive o anche soltanto limitative al trasferimento mortis causa della partecipazione e non preveda alcuna precisazione in ordine alle modalità di rimborso della stessa agli eredi, né alcun congruo termine entro cui debba avvenire la liquidazione oppure stabilisca un criterio liquidatorio difforme da quello previsto dal terzo comma dell'art. 2473 c.c., gli eredi del socio possono esercitare il diritto di recesso. E, per tale via, ottenere un congruo rimborso del valore della partecipazione nel termine massimo di sei mesi decorrenti dalla data di comunicazione fatta alla società<sup>8</sup>. Non è sufficiente, quindi, la previsione di una clausola statutaria che preveda l'intrasferibilità assoluta della partecipazione per legittimare il diritto di recesso, essendo necessario anche che non sia prevista alcuna modalità di rimborso della partecipazione o modalità difformi (per tempi e criteri prescelti) rispetto a quelli contemplati dall'art. 2473 c.c.

La nuova formulazione della norma consente di salvare dalla censura di invalidità le clausole di intrasmissibilità con diritto di accrescimento a favore dei soci o di consolidamento, che nella vigenza della precedente formulazione della norma sarebbero senz'altro state ritenute illegittime. Nella nuova formulazione, infatti, il legislatore prevede una sorta di meccanismo di "salvataggio" ex lege che consente di impedire l'ingresso in società di eredi indesiderati, garantendo però a questi ultimi il diritto ad ottenere l'equivalente monetario della partecipazione sociale del *de cuius*.

Tutto ciò premesso, vorrei ora tracciare una sommaria ricognizione delle principali clausole di predisposizione successoria che si trovano inserite all'interno degli statu-

<sup>8</sup> REVIGLIONI/II nuovo diritto [2004], 1841

ti. Va in primo luogo osservato che l'autonomia privata ha formulato essenzialmente due categorie di clausole che comprimono la trasferibilità della quota mortis causa: le clausole che limitano in negativo l'autonomia privata, individuando i soggetti ai quali è precluso l'ingresso in società, e quelle che individuano positivamente i soggetti destinati a subentrare nel rapporto sociale.

Con l'inserimento, all'interno degli statuti, delle *clausole di continuazione*, i soci rinunciano da subito, in caso di morte di uno di loro, a sciogliere la società o a continuarla liquidando la quota agli eredi, optando invece per la continuazione della società con gli eredi del socio defunto.

Questa clausola si configura, quindi, come una "preventiva autolimitazione della facoltà di scelta spettante ai superstiti"<sup>9</sup> e come preventivo consenso all'entrata in società degli eredi.

Clausole di tal fatta devono considerarsi indubbiamente lecite perché non costituiscono patti successori ma convenzioni già perfette, i cui effetti sono sospensivamente condizionati alla premorienza del socio<sup>10</sup>.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui il sub ingresso dell'erede sia previsto come automatico (c.d. clausole di continuazione automatica), parte della dottrina rinviene un contrasto con i principi del diritto societario e, segnatamente, con quel principio che vieta di imporre al soggetto la qualità di socio illimitatamente responsabile<sup>11</sup>.

Quanto alle clausole che prevedono l'intrasferibilità assoluta delle partecipazioni mortis causa, le medesime oggi, per stessa previsione della legge, devono considerarsi lecite. Nell'ipotesi in cui, infatti, esse siano inserite all'interno degli statuti di società di persone, scatta a favore degli eredi il diritto alla liquidazione della quota, mentre, qualora siano inserite all'interno degli statuti di s.r.l., legittimano il diritto di recesso dell'erede secondo le modalità di cui all'art. 2473.

Si tratta di una previsione che in alcun modo può integrare una clausola di consolidazione impura<sup>12</sup>, perché, quando è pattuita l'intrasmissibilità mortis causa, sorge in capo alla società l'obbligo di liquidare agli eredi la quota, sicché non si verifica alcun automatico accrescimento della stessa in capo ai soci superstiti ma una surrogazione

<sup>9</sup> Baralis – Cagnano, La morte del socio di società di persone, in "Giornata di studio organizzata dal Comitato Notarile Interregionale Piemonte e Valle d'Aosta, Torino, 23 gennaio 1982, 90.

<sup>10</sup> Iudica, *Clausole di continuazione della società con gli eredi del socio accomandatario*, in Riv. Dir. civ., 1975, 208; Rivolta, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in Riv. Trim. dir. proc. civ., 1995, 1202; Caravaglios, *Clausole di continuazione nel rapporto societario ed estraneità al divieto dei patti successori*, in Riv. Not. 1996, 917. In giurisprudenza Trib. Milano, sentenza 17 aprile 1989; App. Milano 30 marzo 1993, nota di CARAVAGLIOS, in Le società, 1993, 1217; Cass. Sez. I civ. 18 dicembre 1995, con nota di CARAVAGLIOS, *Clausola di continuazione del rapporto societario ed estraneità al divieto dei patti successori* (Nota a Cass., sez. I, 18 dicembre 1995 n. 12906) in Riv. Not., II, 1996, 917; PLATANIA, *Trasferimento mortis causa della posizione di socio in Le società*, V, 1996, 514.

Nel senso che tali clausole violino il divieto dei patti successori Di Sabato, *La società semplice*, in Tratt. Dir. priv., a cura di Rescigno, 16, 1985, 97 ss..

<sup>11</sup> Ferri, *Successioni in generale*, Art. 456-511, cit., 110; Ferrara – Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 324.

<sup>12</sup> D'AURIA, *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in Riv. Not., 2003, 670; contra BARALIS, *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale: problemi di validità*, in *Quaderni di vita notarile "Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario"*, 1982, II, 207, il quale ritiene che nelle norme di cui all'art. 2479 e 2284 sono individuabili delle espresse disposizioni derogative al divieto di cui all'art. 458 c.c.

<sup>13</sup> Per un approfondimento si veda De Giorgi, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 146 ss.; Baralis, *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale: problemi di validità*, in *Quaderni di vita notarile*, Op. cit., 207 ss.; Boero, *Società di capitali e successione «mortis causa»*, in *Quaderni di Vita notarile*, 1982, 148 ss.; Paolini, *Intrasferibilità mortis causa della quota di s.r.l.*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in Trattato GALGANO, 1995, Torino, 433; Rivolta, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, Op. cit. 1202 ss.; D'AURIA, *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, Op. cit., 436.

<sup>14</sup> Così Cass. 9 aprile 1947, n. 526; Cass. 21 aprile 1949, n. 973; Cass. 17 marzo 1971, n. 685; Cass. 16 aprile 1975 n. 1434 in Giur. It. 1976, I, 59; Tribunale Vercelli, 19 novembre 1992 in Nuova Giur. Civ. comm. 1994, I, 138; App. Torino, 22 ottobre 1993, in Riv. Not. 1993, 1257; App. Torino, 10 novembre 1993, in Giur. It. 1994, I, 2, 766.

<sup>15</sup> Paolini, *Intrasferibilità mortis causa della quota di s.r.l.*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Op. cit., 433.

degli eredi nel valore di liquidazione della quota spettante al *de cuius*.

La clausola di intransferibilità appena analizzata non dev'essere confusa con le clausole di consolidazione che hanno animato e continuano ad animare vivaci dibattiti dottrinali<sup>13</sup>.

Mentre, infatti, nel caso appena prospettato la quota non trasferita agli eredi non si accresce a favore dei soci superstiti, né gratuitamente né onerosamente, ma viene restituita agli eredi sottoforma di liquidazione, con conseguente riduzione del capitale sociale; le clausole di consolidazione prevedono che la quota appartenente ad uno dei soci si accresca – con la morte di questo – automaticamente a favore dei soci superstiti (c.d. clausole di consolidazione pura).

Questa tipologia di clausola, che prevede anch'essa l'intrasmissibilità mortis causa della quota agli eredi, non deve ritenersi valida perché contrastante sia con i principi di diritto societario che con quelli di diritto successorio<sup>14</sup>.

Quanto ai primi, ove si ammettesse che la quota non trasmessa agli eredi si accrescesse a favore della società, questo condurrebbe alla violazione dell'art. 2483 c.c. che vieta in modo tassativo alle società a responsabilità limitata, l'acquisto di azioni proprie<sup>15</sup>.

Qualora, invece, si ammettesse che la quota non trasmessa agli eredi si accrescesse a favore dei soci superstiti, questa finirebbe per configurare un'attribuzione mortis causa contenuta all'interno di un atto diverso dal testamento.

Ipotesi differente, ma sempre integrante una clausola di intransferibilità assoluta della quota agli eredi, è la clausola di prelazione (o di riscatto).

Si tratta di una clausola che prevede, in caso di morte di uno dei soci, l'acquisto della partecipazione relativa da parte dei soci superstiti, con l'obbligo di provvedere essi stessi alla liquidazione della quota agli eredi.

In presenza di questo tipo di clausola, che è ormai quasi pacificamente<sup>16</sup> ritenuta lecita dalla dottrina, nell'ambito delle società di persone, la liquidazione della quota avverrà a cura del socio o dei soci riscattanti, mentre, nell'ipotesi di s.r.l., il diritto di recesso ex art. 2479 c.c. sarà riconosciuto agli eredi solo quando il prezzo ad essi liquidato sia diffforme rispetto ai parametri fissati dell'art. 1373.

Quanto alle clausole di *intransferibilità relativa*, si registra un costante proliferare – specialmente all'interno degli statuti delle s.r.l. – di clausole di gradimento che prevedono che l'ingresso in società degli eredi del socio defunto sia subordinato al gradimento di organi sociali, soci o terzi.

Le clausole di gradimento si distinguono in due macro categorie: le clausole di gradimento non mero, in cui l'ingresso dell'erede in società è subordinato al possesso di determinati particolari requisiti soggettivi o oggettivi ed il consenso da parte della società o del socio o del terzo è condizionata alla sola disanima di detti requisiti; le clausole di gradimento mero, nelle quali il sub ingresso del nuovo socio è condizionato ad un'insindacabile decisione del soggetto che deve esprimere il consenso.

In passato la giurisprudenza<sup>17</sup> si era interrogata sulla validità di una previsione statutaria che ancorasse il trasferimento della quota ad un mero gradimento da parte degli altri soggetti, per giungere poi ad una soluzione affermativa sul presupposto che, nelle s.r.l. il trasferimento della quota dev'essere inquadrato nell'ambito della cessione del contratto: una clausola che limitasse la trasferibilità della quota al mero gradimento, sarebbe legittima in quanto dovrebbe vigere il principio del consenso del

<sup>16</sup> Contra IEVA, Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione dei patti successori in Riv. Not., 1997, 1376; Corte d'appello di Roma del 28 aprile 1992, con note contrarie di CALVOSA, Morte del socio, clausola di riscatto delle azioni in favore dei soci superstiti e divieto dei patti, in Banca, borsa tit. cred., 1993, II, 637; Morte del socio di s.p.a. e acquisto delle azioni da parte degli altri soci, in Le società, 1992, XI, 1526; REVIGLIONE, Nota a. Roma, 28 aprile 1992 in Giur. It. 1993, I, 448; e nota adesiva di BERUTTI, Nota a Corte d'appello di Roma del 28 aprile 1992, in Corr. Giur., 1992, XI, 1233.

<sup>17</sup> Trib. Roma 23 marzo 1998; Trib. Napoli, 28 maggio 1997, 71.

contraente ceduto alla cessione del contratto.

Nell'ambito dei trasferimenti mortis causa, tale soluzione appare ulteriormente confermata dalla nuova disciplina ove il legislatore ha persino previsto la possibilità di introdurre un divieto assoluto al trasferimento delle partecipazioni<sup>18</sup>.

Quanto alle conseguenze dell'apposizione di siffatte clausole, la lettera della norma autorizza a trarre conseguenze diverse a seconda che sia apposta una clausola di gradimento o una clausola di mero gradimento. Nel primo caso, infatti, gli eredi hanno diritto di recedere se la clausola di gradimento impedisce concretamente il loro ingresso in società, sicché questi potranno recedere solo ed esclusivamente se non risultati graditi.

Nel secondo caso, la semplice apposizione di una clausola di gradimento mero, legittima, analogamente a quanto accade per i trasferimenti inter vivos, il recesso con conseguente liquidazione della quota.

Occorre precisare, che l'interpretazione teleologicamente orientata della norma mi suggerisce di escludere il diritto di esercitare il diritto di recesso tutte le volte in cui lo statuto comunque appresti strumenti alternativi a garantire all'erede la liquidazione del valore della quota secondo i parametri di cui all'art. 2473<sup>19</sup>.

Questo significa che – pur in presenza di una clausola di mero gradimento o una clausola di gradimento non mero – il diritto di recesso non può essere riconosciuto quando si prevede, contestualmente, un diritto di prelazione in capo agli soci o quando è prevista una clausola di gradimento c.d. alla francese<sup>20</sup>.

La previsione, infatti, di una clausola di riscatto a favore dei soci superstiti, obbliga gli eredi – prima di richiedere la liquidazione della quota – ad offrirli in prelazione agli soci: spetterà a questi ultimi decidere se acquistare la quota o liquidarne agli eredi il valore. Occorre comunque precisare, che la previsione della clausola di prelazione non è sufficiente a scongiurare il diritto di recesso degli eredi, ogni qual volta l'acquisto da parte dei soci avviene a condizione difformi rispetto a quelle previste dall'art. 2473: la prelazione c.d. leonina, infatti, autorizza gli eredi ad avvalersi della facoltà di cui all'art. 2469 c.c.

Quanto, invece, alla clausola di gradimento c.d. alla francese, questa si caratterizza perché il diniego dev'essere necessariamente accompagnato dall'indicazione di un terzo disponibile ad acquistare entro un termine prestabilito a parità di prezzo e condizioni.

Anche in questo, la previsione di condizioni di acquisto, a favore del terzo, difformi rispetto a quelle dell'art. 2473 legittimano l'esercizio del diritto di recesso da parte degli eredi.

4. Volgendo al termine di questa relazione e a completamento delle considerazioni sin qui svolte, vorrei svolgere ancora qualche breve considerazione su una tematica distinta, sebbene sotto alcuni profili connessa a quella sino a questo momento trattata: ovvero quella dell'attualità o meno della normativa in tema di successione necessaria.

Tradizionalmente, infatti, la dottrina ha posto tra le ragioni a fondamento del divieto dei patti successori proprio la tutela della categoria dei legittimari; e ciò sebbene le due normative in quanto tali appartengano a piani distinti, destinati a non intersecarsi.

<sup>18</sup> SOLINAS, Commento sub art. 2469 in Commentario delle società, a cura di GRIPPO, Milano, 2009, 1015.

<sup>19</sup> MALTONI, La partecipazione sociale, in Caccavale-Magiulo-Maltoni-Tassinari, La riforma della società a responsabilità limitata, Milano, 2003, 223; P. REVIGLIONE, Commento sub art. 2469 in Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da COTTINO-PBONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Torino, 2004, 1822. <sup>20</sup> MALTONI, La partecipazione sociale, Op. cit. 228; SOLINAS, Commento sub art. 2469, Op. Cit., 1016;

In relazione alla successione necessaria, tuttavia, non possono sottacersi le voci, provenienti da una parte della dottrina, che lamentano un eccessivo sbilanciamento del nostro sistema successorio a vantaggio dei legittimari, evidenziando come il sistema appaia anacronistico rispetto ad un contesto economico che esige mobilità e sicurezza nella circolazione giuridica dei beni <sup>21</sup>.

Si è, infatti, rilevato come siano mutate le condizioni che hanno dato origine al sistema della successione necessaria “*la cui concezione è oggi ormai superata e inadeguata poiché non consente più di realizzare quella solidarietà familiare che l’ha ispirato*” <sup>22</sup>.

In particolare, da parte di taluni si pone in luce come in passato la successione necessaria assolvesse ad una funzione prettamente assistenziale, volta a garantire il sostentamento e le esigenze dei prossimi congiunti del *de cuius*, la cui ricchezza spesso – lavorando all’interno della famiglia – avevano contribuito ad accumulare.

Nell’attuale sistema successorio, però, i diritti successori che spettano ai legittimari prescindono da un effettivo stato di bisogno di questi ultimi e difficilmente quindi possono essere ancora giustificati sulla base di una presunta funzione assistenziale – solidale della legittima. Un tale funzione risulta, peraltro, già valorizzata già durante la vita del *de cuius* attraverso un sistema di obblighi legali quali gli alimenti, l’educazione, il mantenimento etc. che impongono al genitore l’assistenza alla prole ben oltre il raggiungimento della maggiore età.

L’aumento dell’aspettativa di vita ha inoltre ridotto le possibilità che il *de cuius*, alla sua morte, lasci dei figli minori, con il conseguente mutamento dei soggetti bisognosi di tutela che non sarebbero più, in linea di massima, i figli, ma il coniuge e gli eventuali ascendenti del *de cuius*, ai quali, peraltro, nell’ipotesi in cui il *de cuius* muoia lasciando dei figli, non spetta alcun diritto successorio.

Questi e altri rilievi, hanno condotto un gruppo di parlamentari a presentare, alla Presidenza del Senato in data 27 settembre 2006, un disegno di legge per l’abolizione della successione necessaria <sup>23</sup>; disegno di legge che, pur non essendo stato approvato, ha posto in maniera forte in dottrina il problema dell’opportunità o meno di una novella delle norme dettate dal legislatore in materia di successione necessaria, non nel senso di disconoscere il valore della famiglia bensì di riconoscere un giusto spazio alla volontà dell’uomo, esprimibile per mezzo sia della donazione stabile, sia del testamento <sup>24</sup>.

Il superamento di anacronistiche discriminazioni, la valorizzazione di situazioni personali e beni specifici, di rapporti familiari anche allargati ma fondati su concreti legami affettivi, la presa d’atto di carenze come l’eccessivo favor per il coniuge superstite o l’elenco dei chiamati *ab intestato* dovrebbero rappresentare la linee guida che dovrebbe seguire il legislatore in una prospettiva *de iure condendo*.

<sup>21</sup> In particolare GAZZONI, Competitività e dannosità della successione necessaria, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>22</sup> Relazione di accompagnamento del Progetto del 19 febbraio 2004, che è stato sostanzialmente riprodotto dal nuovo disegno di legge.

<sup>23</sup> Il disegno di legge è stato presentato su iniziativa dei Senatori Saro, Antonione, Mauro, Massidda e Sanciù, comunicato alla Presidenza il 27 settembre 2006.

<sup>24</sup> G. BONILINI, Sulla possibile riforma della successione necessaria, in Trattato delle successione e donazioni a cura di G. Bonilini, Milano, 2009.



## PROSPETTIVE POST MORTEM DELLA STABILITÀ DELLE PROPRIE VOLONTÀ NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO.

Guardando all'oggetto del Convegno con gli occhi del Notaio italiano, nel taglio che qui si è voluto dare, la problematica dell'esecuzione delle volontà testamentarie si sposta su come configurare giuridicamente o meglio come dare esecuzione all'esigenza di assicurare il più possibile certezza e stabilità alle attribuzioni patrimoniali così come volute dal disponente senza che queste possano in qualche modo cambiare o essere travolte per l'effetto dell'evento -morte - del disponente stesso.

Da questo punto di vista il ruolo del Notaio è quello di ricercare la migliore configurazione giuridica all'intento attributivo-distributivo del disponente sia che si tratti di disposizioni adottate prima dell'evento e che producano effetti con l'evento morte (redazione di testamento in ottica di stabile distribuzione delle proprie sostanze come nel caso della divisione del testatore) sia che si tratti di disposizioni attributive adottate prima dell'evento-morte ma che dispieghino da subito i propri effetti (come nel caso ad es. delle donazioni, delle cd. donazioni indirette o liberalità non donative e dei patti di famiglia).

Senza pretese di esaurire l'argomento si cercherà di analizzare il grado di stabilità degli effetti distributivi e attributivi proprio delle figure giuridiche più ricorrenti nel tentativo di realizzare la volontà di configurare secondo i propri interessi il passaggio generazionale dei propri beni e delle proprie attività produttive sia nei confronti della propria famiglia sia nei confronti degli eventuali terzi che si vogliano beneficiare.

Partendo dall'istituto della divisione del testatore è innanzitutto opportuno ricordare che nel nostro ordinamento la divisione del proprio patrimonio per il tempo in cui si avrà cessato di vivere, il suo contenuto e gli effetti dell'apporcionamiento distributivo con essa voluti sono configurati nell'ambito del negozio testamentario.

Ne consegue che da un lato la stessa sussistenza del progetto divisionale è conoscibile e produttiva di effetti solo con l'apertura della successione e fino ad allora è irrimediabilmente revocabile, dall'altro tutta la normativa successoria influenza il progetto divisionale del testatore dettando una peculiare disciplina che differenzia la divisione del testatore dalla divisione in senso stretto e nella specie dalla divisione ereditaria e cioè dal negozio *inter vivos* tramite il quale i coeredi pongono fine alla contitolarietà dei beni ricevuti mortis causa.

La dottrina più recente e sembra ormai prevalente ha individuato proprio nel mancato instaurarsi della comunione ereditaria il carattere proprio della divisione del testatore che, al momento dell'apertura della successione, produce immediatamente effetti reali e quindi produce un acquisto diretto da parte del delato accettante del bene assegnatogli<sup>1</sup>.

Il progetto divisionale del testatore non troverebbe la sua causa nell'apporcionamiento inteso come attribuzione di beni corrispondenti alla quota di spettanza per essere stati contitolari del beni oggetto di divisione ma nel più nuovo concetto di causa proprio

<sup>1</sup> **MENGONI**, La divisione testamentaria, Milano, 1950, p.78; **FORCHIELLI**, Della Divisione, in Commentario del cod.civ. a cura di Scialoja- Branca, Libro secondo, delle Successioni, Bologna- Roma, 1970, sub.art.734 c.c., p. 197; **CICU**, Successioni per causa di morte, Parte Generale, Divisione ereditaria, Milano, 1958, p.433; **AMADIO**, La divisione del testatore, in Trattato breve delle successioni e donazioni diretto da Pietro Rescigno, vol. II, Cedam, 2010, p.208.; **LUMINOSO**, Divisione e sistema dei contratti, in Rivista di diritto civile 1/2009, Cedam, p.22 ss.; **BILOTTI**, Appunti sulla divisione testamentaria (artt. 734 e 735 c.c.), Parte I, in Riv. Not. 3/2002, p.688 ss.; **BONILINI**, in Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, Utet 2000, p. 327-328; contra, nel senso della sussistenza di un tempo logico di comunione vedi **CAPOZZI**, in Successioni e donazioni, 2 ed., Giuffrè, Milano 2002, p. 750; **AZZARITI**, in Successioni e donazioni, Padova 1990, p.672

di ogni negozio divisorio che sarebbe da individuarsi nello scopo distributivo delle assegnazioni volute dal disponente. Autorevole dottrina, in proposito, ha sottolineato come la divisione diventi una “categoria funzionale e non strutturale”<sup>2</sup>.

Nella divisione del testatore non ci sarebbe pertanto nemmeno un momento ideale di comunione dei beni tra i vocati testamentari che giustificerebbe l’apportionamento pro quota voluto dal testatore.

L’apportionamento rimarrebbe comunque carattere fondamentale di ogni divisione ma si atteggierebbe in un modo particolare suo proprio nella divisione del testatore.

Lo scopo sarebbe quello di distribuire per quote il proprio patrimonio con un nesso unitario che tenga presente il carattere specifico dei condividenti che vengono in rilievo per il fatto di essere eredi (sempre evidentemente che accettino l’assegno divisionale ma considerati già tali dal testatore nello sforzo di attuare uno stabile progetto distributivo del proprio patrimonio).

L’intento di apportionamento della quota verrebbe inteso come apportionamento della quota ereditaria e non apportionamento della quota di contitolarità ereditaria.

Ciò che si vuole sottolineare è la funzione della divisione testamentaria in un’ottica distributiva tra gli aventi diritto (legittimari ed eredi beneficiari delle disposizioni sulla quota disponibile) dal punto di vista della stabilità (certezza) dell’oggetto delle disposizioni distributive.

Al di là delle dispute dottrinali in merito alla natura giuridica dell’istituto della divisione del testatore, qui così brevemente accennate, si vuole sottolineare che l’applicazione di una peculiare disciplina produce conseguenze in merito al grado di stabilità della titolarità del bene assegnato dal testatore.

Prima conseguenza ad esempio dell’asserita mancanza di contitolarità quale presupposto della divisione del testatore è l’inapplicabilità del rimedio del retratto successorio che appunto presuppone una quota di comunione ereditaria<sup>3</sup>. In tal modo si esclude qualsiasi diritto al riscatto del bene assegnato ad altro coerede in tema di divisione del testatore sempre nel rispetto dei diritti dei legittimari.

Ancora più interessante ai nostri fini è l’opinione<sup>4</sup> che alla divisione del testatore non sarebbero applicabili il principio del diritto all’apportionamento in natura e cioè il diritto alla divisione in natura della massa patrimoniale oggetto di divisione disposto dall’art. 718 c.c. e il principio del diritto all’omogeneità della quota ex art. 727 c.c. per il quale la quota, quanto alla modalità del suo apportionamento, debba essere formata con una quantità di mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità.

Tali disposizioni, per la dottrina più attenta<sup>5</sup>, non sarebbero applicabili al concreto atteggiarsi dell’assegnazione divisionale disposta dal testatore perché il presupposto di tali principi è l’essere stati contitolari dei beni oggetto di divisione.

Da qui si fa discendere l’importante corollario che laddove il nostro codice civile prevede l’istituto della divisione testamentaria (art. 734 c.c.) disponendo che “il testatore può dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile” è lo stesso legislatore ad attribuire al testatore la più ampia libertà nella composizione delle quote ereditarie sia nei confronti degli eredi istituiti che dei legittimari<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> **AMADIO**, Patto di famiglia e funzione divisionale, in Riv. Not. 4/2006, p. 867

<sup>3</sup> **AMADIO**, La divisione del testatore, op.cit. p. 208; Cass.civ., 13 luglio 1983, n. 4777; Cass.civ., 22 ottobre 1992, n. 11551; Cass. 23 febbraio 2007, n. 4224

<sup>4</sup> **MENGONI**, La divisione testamentaria, op.cit., p.150 e 205; **FORCHIELLI-ANGELONI**, Divisione, in Commentario Scialoja-Branca a cura di Galgano, Libro secondo, Successioni, 2 ediz. 2000, p. 325;

<sup>5</sup> **AMADIO**, La divisione del testatore, op.cit., p. 210; **BRANCA**, Comunione, nel Commentario del cod.civ., a cura di Scialoja e Branca, Libro terzo, Della proprietà, Bologna-Roma, sub. artt.1100-1116 c.c., 1972, p. 14

<sup>6</sup> **MENGONI**, La divisione testamentaria, op.cit., 205; **CARIOTA-FERRARA**, Le successioni per causa di morte, Parte generale, Napoli, 1977, p.761; **AZZARITI**, in Successioni e donazioni, op. cit., p.719





Tale ricostruzione sarebbe avallata dalla stessa previsione di una delle norme fondamentali del vigente diritto successorio italiano e cioè dalla norma che prevede il divieto di apposizione di pesi e condizioni alla quota riservata ai legittimari (art. 549 c.c.) dal momento che tale norma, nello stabilire il divieto, fa salve, tra le altre, le disposizioni del testatore in materia divisionale (cioè tra gli altri l'art. 734 c.c.)<sup>7</sup>.

Sembra ormai accettato in dottrina e in giurisprudenza che nella divisione testamentaria, il testatore sia libero di attribuire e distribuire i propri beni come meglio gli aggrada nella composizione delle quote sempre nel rispetto delle disposizioni della quota di legittima in senso quantitativo e non qualitativo.

Ulteriore argomento a favore della tesi che definisce il diritto del legittimario come il diritto ad un *quantum* e non il diritto al bene in natura deriverebbe dalla stessa previsione normativa dei patti di famiglia quando si prevede la liquidazione mediante una somma di denaro corrispondente al valore della quota del legittimario al quale non viene lasciata l'azienda familiare.

A ben vedere dottrina e giurisprudenza sembrerebbero assoggettare l'autonomia divisionale del testatore al vincolo del rispetto della quota di legittima da un punto di vista puramente quantitativo con l'unico limite, tuttavia, della provenienza dal patrimonio ereditario dei beni che compongono la quota assegnata<sup>8</sup>.

Qualora infatti i delati testamentari abbiano accettato l'eredità e con essa l'assegnazione divisionale operata dal testatore nel suo intento distributivo della massa ereditaria, le attribuzioni divengono stabili.

Viene così soddisfatto l'intento attributivo- distributivo del testatore in quanto i beni vengono attribuiti direttamente all'erede nel libero disegno compositivo del testatore stesso sempre che non ci siano sperequazioni tra le quote e si siano rispettati i diritti dei legittimari.

Si è detto che il limite all'autonomia del testatore in sede compositiva delle quote sia quello della provenienza dal patrimonio ereditario dei beni assegnati.

Tale assunto è superato dalla dottrina ormai maggioritaria<sup>9</sup> e da alcune pronunce giurisprudenziali tra cui una sentenza relativamente recente della Corte di Cassazione<sup>10</sup> che ammettono il ricorso a conguagli in denaro di provenienza extra ereditaria quale "strumento sussidiario di perequazione nelle ipotesi di stretta necessità" nel concreto atteggiarsi del riparto divisionale.

Ad esempio si è individuata l'ipotesi di non comoda divisione dell'unico bene presente o di uno dei beni presenti nella massa da dividere per cui, in sede divisionale, il testatore può assegnare il bene ad un coerede prevedendo l'obbligo gravante sull'altro coerede di corrispondere in denaro il valore della sua quota di spettanza.

Anche qui, si sono espresse diverse critiche tra le quali quelle di chi ha negato la possibilità di ricorrere allo strumento dei conguagli in sede di divisione del testatore in quanto si tratterebbe di dividere beni estranei alla massa ereditaria<sup>11</sup>.

Altri ammettono la ricorribilità ai conguagli in denaro di provenienza non ereditaria tout court sottolineando la sua natura di bene fungibile al fine di consentire comunque la realizzazione del programma distributivo così come voluto dal testatore<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> **AMADIO**, La divisione del testatore, op.cit., p.214 ;**MENGGONI**, Successioni per causa di morte. Successione necessaria, in Tratt. Dir.civ. e comm. già diretto da **CICU** e **MESSINEO**, continuato da Mengoni, Milano, 2000, p.112 ss.; **FORCHIELLI**, Della divisione, in Comm. Cod.civ a cura di Scialoja e Branca, Bologna e Roma, sub. Artt. 713-768 c.c.,1970, p. 206; **BURDESE**, La divisione ereditaria,in Tratt. Dir.civ. diretto da Vassalli, Torino 1980, p. 263

<sup>8</sup> **CARIOTA-FERRARA**, Successioni,op. ult. cit.,p. 86.; Cass. 2 ottobre 1974 n. 2560 in Foro It. 1975, I, p. 82; Cass. civ. 23 marzo 1992, n. 3599 in Mass. Foro.It., 1992

<sup>9</sup> **MORELLI**, La comunione e la divisione ereditaria, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, UTET,1998,p.282 ss.; **AMADIO**, la divisione del testatore, op.cit., p.210 ss.; **MENGGONI**, La divisione testamentaria, op. cit. p.148,e p. 150-151; **FORCHIELLI**, Della divisione, op. cit., p. 152 ss.; **BILOTTI**, Appunti sulla divisione testamentaria(artt. 734 e 735 c.c.), Parte II, in Riv. Not. 4/2002, p.903 ss.

<sup>10</sup> Cass. civ. Sez. II, 22 giugno 2005, n. 13380, in Riv. Not. 3/2006, p.777; Cass.civ. Sez. II ,16 gennaio 2007, n. 862,in Vita Not.,1/ 2007, p.205

<sup>11</sup> Trib. Napoli, 26 giugno 1997, in Arch. Civ. 1998, 953, nota di **SANTARSIERE**

<sup>12</sup> **AMADIO**, Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio, relazione al Convegno- Contratto di divisione e autonomia privata – Atti del Convegno Santa Margherita di Pula, Fortevillage 30-31 maggio 2008,organizzato dalla Fondazione italiana per il Notariato, in Quaderni della Fondazione, il sole 24, p.34 ss.



Alcuni autori, spingendosi oltre, hanno sottolineato come l'alternativa sia quella di ammettere o meno i conguagli nella divisione del testatore a prescindere dal criterio della stretta necessità<sup>13</sup>.

Ci si è chiesti poi se sia possibile, con particolare riguardo alla quota di legittima, che la libertà divisoria del testatore possa spingersi fino a comporre la quota del legittimario prevedendo l'obbligo gravante su altro legittimario di liquidare la quota di riserva con proprio denaro<sup>14</sup>.

La possibilità di trasformare il diritto alla quota di riserva da diritto reale del legittimario alla quota ereditaria in diritto di credito al suo intero valore nei confronti del coerede è considerata in maniera opposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Proprio esaminando il caso appena prospettato infatti la Corte di Cassazione, in merito all'istituto della divisione del testatore, ha ribadito il possibile ricorso a conguagli in sede divisionale solo in senso perequativo e nelle sole ipotesi di stretta necessità criticando proprio l'impostazione del diritto alla quota di legittima del legittimario come un -titolato diritto di credito-.

In proposito la Corte osserva che anche se il testatore è libero nella composizione della quota del legittimario non essendo vincolato da un criterio qualitativo, la disposizione in esame debba considerarsi nulla per preterizione di legittimario e ridicibile se lesiva di altra quota di legittima<sup>15</sup>.

L'impostazione della giurisprudenza si basa sulla persistente adesione alla teoria del diritto reale spettante al legittimario sulla quota dovutagli<sup>16</sup> e sull'impossibilità di trasformazione di tale diritto in diritto di credito ad opera della sola volontà di disposizione del testatore dal momento che a tal fine si riterrebbe necessario il consenso del legittimario oltre alla necessaria cooperazione di un soggetto terzo.

Si è osservato che la ricostruzione che determina la limitazione al ricorso al conguaglio in denaro nella composizione della quota di fatto è dettata ancora una volta dalla concezione della divisione testamentaria come divisione che presuppone una contitolarietà del bene da dividere eppertanto un diritto alla quota in natura del bene che si è goduto con altri prima della divisione.

Aderendo invece all'interpretazione dominante che sottolinea l'intento distributivo del testatore nel dividere il proprio patrimonio come caratterizzante l'istituto in esame insieme con l'inesistenza della comunione ereditaria all'apertura della successione regolata con la divisione voluta dal *de cuius* con il proprio testamento, sarebbe ammissibile soddisfare la quota di legittima con un diritto di credito nei confronti degli altri eredi purchè sussistente in un valore proporzionale alla quota di diritto spettantegli. Solo argomentando in tal senso avrebbe pieno valore giuridico la comune e moderna accezione dottrinale e giurisprudenziale della quota di riserva come intangibile solamente sotto il profilo quantitativo.

Inoltre si osserva che l'eventualità di tacitare i diritti dell'altro legittimario con la previsione della liquidazione in denaro e per intero della quota di spettanza è stata già positivamente espressa e disposta dal legislatore nella stessa configurazione del patto di famiglia pertanto non sarebbe chiaro il motivo perchè lo stesso meccanismo sia impedito, quale ipotesi normalmente perseguibile, in materia di divisione del testatore.

Dal nostro punto di vista si vuole evidenziare che il Notaio nella sua attività di consulenza volta a realizzare il più possibile il progetto attributivo-distributivo così come immaginato dal testatore, allo stato, potrà opportunamente consigliare il ricorso a conguagli in denaro che siano, come dire, solo correttivi di apporzamenti di difficile composizione mentre non riterrà prospettabile il ricorso al conguaglio come strumento normale di divisione dei propri beni perlomeno tra i legittimari.

<sup>13</sup> **BOMBARDA**, Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione di conguagli, in Giust. Civ., 1975, IV, p. 127; **AZZARITI**, La divisione, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, Successioni, IV, tomo 2, Torino 1997, p. 420 ss; **AZZARITI-MARTINEZ**, Successioni per causa di morte e donazioni, Padova, 1969, p. 207

<sup>14</sup> **ROMANO**, L'autonomia testamentaria ed il regolamento divisionale: i diversi interventi del testatore nella divisione, relazione al Convegno- Contratto di divisione e autonomia privata, cit., p. 75;

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. II, n. 13380/2005, cit.

<sup>16</sup> **MENZIONI**, La divisione testamentaria, op.cit. p. 107-108



Sebbene discutibile ma probabilmente frutto di qualche spunto interessante potrebbe essere l'adozione della soluzione sopra prospettata nel caso di composizione delle quote degli eredi istituiti in assenza di legittimari.

Sempre nell'ottica della distribuzione delle proprie sostanze con lo strumento testamentario si sottolinea che vengono in rilevanza anche i rapporti tra la divisione del testatore e la cosiddetta *institutio ex re certa* che da diversi autori, in ottica distributiva, viene considerata un modo della divisione del testatore<sup>17</sup>.

Si può tentare di sintetizzare la differenza tra divisione del testatore e la divisione del testatore attuata tramite una serie di *institutiones ex certis rebus* nella mancanza di determinazione preventiva delle quote di eredità da parte del testatore e nella volontà di attribuire i propri beni come quota del tutto (ed in funzione di istituzione di erede)<sup>18</sup>.

Per altri la differenza risiederebbe invece nella mancanza della stessa preventiva istituzione di erede e si tratterebbe soltanto di attribuzione di un bene rilevante o di una parte dei propri beni come quota dell'intero<sup>19</sup>.

Dottrina e giurisprudenza però concordano che se non si vuole considerare la serie di attribuzioni patrimoniali come istituzioni di erede quale mero criterio interpretativo per dirimere controversie ereditarie soprattutto relative a testamenti olografi (opinione ancora sostenuta in dottrina e giurisprudenza per configurare la fattispecie in oggetto) è necessaria una chiarezza di formulazione della disposizione testamentaria che deve avere ad oggetto la volontà di attribuire i beni con una valutazione del testatore di attribuire quel bene come quota del proprio intero patrimonio (bene come quota del tutto)<sup>20</sup>.

La valutazione dell'effettivo apportionamento della quota alla quota di diritto e secondo alcuni la stessa istituzione di erede, verranno invece fatte in seguito all'apertura della successione.

In proposito viene in rilievo la diversa disciplina applicabile alle due soluzioni adottabili in materia testamentaria al fine di realizzare il proprio intento distributivo e cioè: la disciplina applicabile alla divisione del testatore che presuppone la preventiva istituzione di quote astratte e la successiva assegnazione di beni che corrispondano alla quota individuata dal testatore stesso e la disciplina applicabile alla scelta di attuare una distribuzione divisoria mediante una serie di *institutiones ex certis rebus*.

Le differenze si evidenziano anche in relazione alle particolari fattispecie della divisione oggettivamente parziale e della divisione soggettivamente parziale in cui il testatore non abbia distribuito interamente il suo patrimonio.

L'ammissibilità di una divisione oggettivamente parziale è rintracciabile nella stessa previsione normativa (art. 734 c.c., secondo comma) laddove si dispone che nella divisione in cui il testatore non abbia compreso tutti i beni lasciati al tempo della morte questi debbano essere attribuiti tramite la successione per legge salvo che non risulti una diversa volontà del testatore<sup>21</sup>.

Si pensi al caso della sussistenza di beni ulteriori rispetto a quelli assegnati che il testatore stesso non abbia voluto distribuire al tempo della divisione ma anche al caso

<sup>17</sup> MENGONI, La divisione testamentaria, Milano, 1950, op. cit., p.33-34,70 ss.; FORCHIELLI-ANGELONI, Divisione, in Commentario Scialoja-Branca a cura di Galgano, Libro secondo: Successioni artt. 713-768, 2 ed. 2000, op. cit. p. 305 ss.; AMADIO, L'oggetto della disposizione testamentaria, in Successioni e donazioni, a cura di RESCIGNO, Padova, 1994, vol.1; AMADIO, La divisione del testatore, op. cit. p. 239

<sup>18</sup> MORELLI, in La comunione e la divisione ereditaria, in Giur. Sist. Civ. e comm. fondata da Bigiavi, Torino, 1986, p. 281; BOMBARDA, in Giust. Civ. 1975, IV vol., p.110; BILOTTI, Riv. Not. 2/2002 par.9; GIUSTI, in Giur. Merito, 1985, p.30; App. Bari, sez. III, 29/07/2005; Cass. Civ. sez. II, 1/3/2002 n. 3016 in Riv. Not. 2003, p. 218; Cass. Civ., sez. II, 18/1/2007 n.1066; Cass. civ. sez II, 13/6/2007 n. 13835

<sup>19</sup> FORCHIELLI-ANGELONI, Divisione, op.cit., p. 304; CAPOZZI, Successioni, vol. I, Milano 2002, op.cit., p.54; BURDESE, La divisione ereditaria, in Tratt. Dir.civ. it. diretto da Vassalli, Torino, 1980; AZZARITI, Le successioni e le donazioni, Napoli, 1990; Cass. N. 37, 8 gennaio 1969

<sup>20</sup> BONILINI, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, op.cit., p.7; Cass. civ., sez. II, 18 novembre 1981, n. 6110.; Cass. Civ. sez. II, 1 marzo 2002, n. 3016; Cass. Civ. Sez. II, 18 gennaio 2007, n. 1066; Trib. Bari sez. I, 7 gennaio 2008, n.25, in Famiglia e diritto, n.6/2008

<sup>21</sup> AZZARITI, Le successioni e le donazioni, op.cit., p.722; MENGONI, La divisione testamentaria, op.cit., p.88; CICU, Successioni per causa di morte, Parte generale, in Tratt. dir.civ.e comm., diretto da Cicu-Messineo, vol.XLII, Milano, 1961, p. 435



di beni acquistati successivamente alla scheda testamentaria e sussistenti all'apertura della successione.

In proposito, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria<sup>22</sup>, si individua la volontà del testatore di voler attribuire i beni residui secondo il riparto divisionale parziale e non secondo le regole della successione per legge quando la somma delle istituzioni dei chiamati all'eredità in quote astratte raggiunga l'unità.

Si tratterebbe invece di divisione volutamente parziale nel senso di lasciare che sui beni residui si formi la comunione ereditaria ed i beni vengano ripartiti secondo le norme della successione per legge, quando la somma delle quote astratte non faccia uno.

Il problema viene in rilievo anche in merito alla configurabilità della divisione oggettivamente parziale nell'ipotesi della cd. *institutio ex re certa*.

Tale figura, che, come osservato in precedenza, ricorre nel nostro ordinamento quando il testatore nell'attribuire uno o più beni determinati non abbia inteso assegnare tali beni singolarmente intesi a titolo di legato ma abbia voluto attribuirli come quota del proprio patrimonio è qualificata dalla volontà del testatore di assegnare quei beni come porzioni ereditarie.

Da quanto appena detto, cioè dalla rilevanza che la quaestio voluntatis assume nel determinare la volontà di istituire erede chi sia stato assegnatario di determinati beni, si fa discendere l'ammissibilità della divisione oggettivamente parziale quando questa sia attuata tramite un fascio di attribuzioni *ex certa re*<sup>23</sup>. Si vuol dire che quando il testatore abbia distribuito i propri beni con una serie di assegnazioni senza pre-determinazione di quote astratte e nel formulare tali disposizioni abbia inteso limitare le assegnazioni ex certis rebus ad una parte soltanto del patrimonio tenuto presente però nel suo complesso, si può concludere che lo stesso testatore abbia voluto ripartire i beni residui agli eredi così istituiti (altrimenti si aprirà la successione per legge sulla massa dei beni residui)<sup>24</sup>.

Anche nella divisione tramite diverse assegnazioni di beni in funzione di quote ereditarie, per effetto della ripartizione parziale verrebbero in tal caso a formarsi due masse distinte: quella dei beni assegnati e quella dei beni residui o ulteriori.

Di recente autorevole dottrina<sup>25</sup> andando oltre si è chiesta quale sia la forza espansiva dell'unica istituzione di erede tramite assegnazione ex re certa in relazione ai beni ulteriori.

La fattispecie considerata era quella di una testatrice che, in assenza di eredi legittimari, lasciava tutti i propri beni immobili pari all'ottanta per cento del valore del proprio patrimonio al convivente more uxorio e una serie di lasciti di singoli beni a determinati amici. Unici successibili per legge alcuni lontani cugini.

Apertasi la successione si veniva a conoscenza di un grosso credito a favore di una Banca lussemburghese che i lontani cugini avocavano a sé sostenendo di essere parti della comunione ereditaria avente ad oggetto il credito, da ripartirsi poi secondo le norme della successione per legge.

A sostegno delle proprie ragioni i cugini osservavano che nella specie non si trattava di una divisione senza predeterminazione di quote ma di una singola istituzione di erede.

L'importante autore rilevava poi che la tesi secondo la quale l'*institutio ex re certa* presupporrebbe che vi siano sempre più istituzioni di erede (almeno due) non solo non avrebbe alcun riferimento testuale, ma esaurirebbe la sussistenza dell'*institutio ex re certa* nella fattispecie della divisione fatta mediante assegnazioni di beni senza predeterminazione di quote, senza considerare che, assegnando quei beni, il testatore intenda attuare primariamente la propria volontà di istituire erede l'assegnatario.

<sup>22</sup> AMADIO, La divisione del testatore, op. cit. p. 218; AZZARITI, Le successioni e le donazioni, op. cit., p. 721; BURDESE, la divisione ereditaria, op. cit., p. 259

<sup>23</sup> TATARANO, Il testamento in Tratt. Dir. Civ. Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, p. 364; Cass. civ., 23 marzo 1963, n. 737, in Giur. It. 1964, I, nota di TRABUCCHI, p. 186

<sup>24</sup> BURDESE, La divisione ereditaria, op. cit., p. 133; id., Institutio ex re certa e divisione testamentaria, in Riv. Dir. Civ. 1986, II, p. 467; Cass. civ. n. 2210/1976

<sup>25</sup> BONILINI, Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento, in Famiglia, Persone e successioni,

La prevalente dottrina in merito ha rilevato che l'art 588 c.c. per qualificare l'assegnazione di beni determinati come *institutio ex re certa* richiede unicamente che il testatore abbia considerato il bene o i beni assegnati come quota del patrimonio perciò sarebbe perfettamente valida l'unica istituzione di erede *ex re certa* anche se il testamento non preveda altre istituzioni di erede.

Nel nostro caso, il testatore assegnava la quasi totalità dei beni oltre che ai fini di assegnazione anche in funzione di attribuzione della qualità ereditaria.

Dal momento che, nell'*institutio ex re certa*, oltre alla quantificazione della quota è anche la stessa qualità ereditaria ad essere desumibile *ex post* cioè dopo l'apertura della successione, la risoluzione della quaestio voluntatis del testatore in questo caso non può che essere quella dell'istituzione di unico erede nella persona del convivente *more uxorio*.

Tale assegnazione non sarebbe in funzione di quota ma dell'intero.

Ciò anche sulla base di uno degli indici giurisprudenziali che in concomitanza con altri sono ritenuti tra i più significativi nell'individuare concretamente la figura dell'*institutio ex re certa*: la rilevanza dei beni attribuiti con l'assegnazione in relazione all'attivo dell'intero patrimonio ereditario così come tenuto presente dal testatore nel momento della redazione del proprio testamento<sup>26</sup>.

Guardando poi alla divisione del testatore dal punto di vista soggettivo alcuni autori e qualche pronuncia giurisprudenziale ammettono la divisione testamentaria parziale anche sotto questo profilo<sup>27</sup>.

Ci si riferisce all'ipotesi in cui il testatore istituisca eredi determinati soggetti, legittimari e non, senza poi apporzarli tutti.

Dopo aver specificato che tale divisione è necessariamente anche oggettivamente parziale il problema della sussistenza e degli effetti della divisione soggettivamente parziale si pone con riguardo alla norma dell'art. 735 c.c. che prevede la nullità della divisione del testatore qualora nel progetto divisorio si sia pretermesso un legittimario o un erede previamente istituito.

L'applicazione della norma per la sua particolare incidenza su tutto il progetto distributivo è limitata, a seguito dell'interpretazione dottrinale e della giurisprudenza più recente, al solo caso di divisione del testatore che non lasci beni relitti al di fuori del proprio progetto distributivo che non possano –coprire o integrare – la quota di legittima del legittimario pretermesso o la quota dell'erede istituito non apporzionato (la cd. preterizione sostanziale: preterizione nella divisione e non dell'istituzione)<sup>28</sup>. Determinante pertanto sarebbe la circostanza che nel *relictum* siano compresi beni sufficienti a soddisfare la quota di riserva del legittimario o la quota dell'erede istituito ma non apporzionato.

Secondo una diffusa interpretazione dottrinale la stessa applicabilità del rimedio della nullità per preterizione di legittimario sarebbe invece esclusa nella divisione attuata mediante un fascio di *institutiones ex certis rebus* in quanto in tal caso è la stessa istituzione di erede ad essere deducibile *ex post*<sup>29</sup>.

E' interessante poi osservare che da qualunque parte la si guardi, la nullità della divisione del testatore per preterizione non comporta la nullità delle istituzioni di erede con essa disposte ma la sola nullità del progetto distributivo.

Alcuni autori sostengono inoltre che il progetto divisorio nullo sotto questo profilo dovrebbe essere considerato dai coeredi come un'ipotesi del cd. assegno divisionale semplice cioè come progetto divisionale obbligatorio e rientrerebbe nella previsione pertanto dell'art. 733 c.c. (laddove si dispone che per testamento il testatore possa

<sup>26</sup> GANGLI, La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, I, Milano, 1964, p. 382; DELLE MONACHE, Testamento. Disposizioni generali, in Comm. Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2005, p. 168

<sup>27</sup> MORELLI, La comunione e la divisione ereditaria, in Giur. Sist. Bigliavi, op. cit. p.262; FORCHIELLI, Della divisione, op. cit., p.210; BILOTTI, Appunti sulla divisione testamentaria, op.cit., p. 687; Cass. civ. Sez. II, 12 marzo 2003, n. 3694

<sup>28</sup> AMADIO, La divisione del testatore op.cit. p.226; id., La divisione del testatore senza predeterminazione di quote, op. cit. p. 260-261; BURDESE, La divisione ereditaria, op. cit. p. 261; FORCHIELLI-ANGELONI op. cit., p. 335-336

<sup>29</sup> AZZARITI, Le successioni, op. cit., p.723; MENGONI, Divisione, op. cit., p. 105; FORCHIELLI, Della divisione, op. cit. , p. 297; AMADIO, La divisione del testatore, op.cit. p.223

anche adottare regole per la futura divisione con efficacia però obbligatoria e non reale)<sup>30</sup>.

Da ultimo due brevi considerazioni conclusive sull'argomento.

Si osserva che per il generale principio dell'apportionamento conforme tra quota di fatto e quota di diritto proprio di ogni negozio divisorio, il testatore dovrà anche porre attenzione nella composizione delle quote al rapporto quantitativo tra beni attribuiti e quote istituite sotto il profilo del valore dei beni assegnati.

In previsione della stabilità del proprio intento distributivo il testatore infatti dovrà comporre le quote ereditarie senza dare adito a contestazioni che possano portare all'esperimento dell'azione di rescissione per lesione oltre il quarto della quota di diritto ex art. 763 c.c. applicabile, per dottrina e giurisprudenza conformi, anche alla divisione del testatore.

La predeterminazione di quote astratte nell'istituzione di erede o la sua mancanza ha notevoli conseguenze anche relativamente al confine tracciato dall'appena menzionato rimedio della rescissione della divisione per lesione oltre il quarto subito dall'erede per il diverso valore quantitativo nella composizione di fatto della propria quota rispetto a ciò che gli spetta in astratto.

L'assenza della previsione di quote astratte di diritto da parte del testatore seguita dall'apportionamento conforme delle quote di fatto ha portato dottrina e giurisprudenza ad escludere l'applicabilità della rescissione per lesione alla divisione effettuata tramite *institutiones ex certis rebus*<sup>31</sup>.

Considerazioni diverse riguardano il riflettersi sull'*institutio ex re certa* della composizione delle quote in senso qualitativo o quantitativo e il problema dei conguagli in denaro extra massa patrimoniale.

Mentre, come si è visto in precedenza, tale ipotesi è ammessa seppur molto limitatamente nella divisione del testatore con predeterminazione di quote, diverso sarebbe a dirsi in caso di divisione senza predeterminazione di quote.

Si è osservato in proposito che nella divisione per *institutiones ex certis rebus* il ricorso ai conguagli seppur nella limitata accezione di stretta necessità non potrebbe essere una soluzione praticabile dal momento che il testatore attribuendo beni del proprio patrimonio per istituire i propri eredi non potrebbe ottenere lo stesso risultato così come individuato dall'art. 588, secondo comma, c.c. qualora attribuisse beni che non facciano parte effettivamente della massa ereditaria.

A conclusione delle problematiche relative all'*institutio ex re certa* in sede di riparto testamentario dei propri beni si sottolinea come in dottrina e giurisprudenza si discuta sul possibile mantenimento dell'istituzione di erede ex re certa in caso di alienazione successiva da parte del testatore del bene assegnato in funzione di quota ereditaria<sup>32</sup>. Anche qui sarà determinante l'interpretazione della volontà del testatore. Ci si dovrà chiedere se ad essere revocata sia soltanto l'attribuzione del bene in sede di riparto o anche la stessa chiamata all'eredità.

Secondo un primo orientamento, un pò datato anche sotto il profilo giurisprudenziale, in caso di successiva alienazione del bene oggetto di *institutio ex re certa* da parte del testatore, opererebbe una revoca tacita dell'intera disposizione comprendente anche l'istituzione di erede. Ciò deriverebbe dall'applicazione analogica di quanto previsto in materia di legati dall'art. 686 c.c. che dispone la revoca del legato nell'ipotesi in cui il testatore alieni successivamente la cosa legata<sup>33</sup>.

Per contro altra parte della dottrina ha distinto in materia l'ipotesi in cui il bene non sia stato alienato dal disponente in epoca successiva all'*institutio* ma lo stesso sia venuto meno perchè perito<sup>34</sup>. Da qui se il valore del bene perito fosse oggetto di facile determinazione prevarrebbe la volontà istitutiva del testatore. Altrimenti per l'impos-

<sup>30</sup> FORCHIELLI-ANGELONI, Della divisione, op. cit., p.342

<sup>31</sup> MENGONI, La divisione del testatore, op. cit., p. 174; AMADIO, La divisione del testatore, op. cit., p.232

<sup>32</sup> DELLE MONACHE, Revoca tacita dell'istituzione ex re certa, in Rivista di diritto civile n. 4/2008, p. 413;

<sup>33</sup> Trib. Napoli, 28 luglio 1970, in Giust. Civ., 1971, p. 1322; TALAMANCA, Successioni testamentarie Art. 679-712, Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, 1965, p. 188

<sup>34</sup> AZZARITI, Le successioni e le donazioni, op.cit., p. 723; GIANNATTASIO, Delle successioni, in Commentario del codice civile, Torino, 1971, p.21;



sibilità di effettuare il calcolo della quota l'*institutio ex re certa* cadrebbe anche sotto il profilo istitutivo per indeterminatezza della disposizione testamentaria.

La dottrina più moderna, criticando l'interpretazione analogica sopra ricordata che male si attaglierebbe all'*institutio ex re certa* che prima di essere un'assegnazione di beni è una istituzione di erede, sposta tutta la problematica su una questione di fatto.

L'accento è posto sulla centralità della volontà istitutiva del testatore così come valutabile nelle circostanze del caso concreto quale discrimine per la permanenza dell'istituzione di erede *ex re certa* in caso di alienazione successiva del bene<sup>35</sup>.

Di più si è osservato in merito, che l'ammissibilità di una valida divisione testamentaria tramite *instituitio ex certis rebus*, qualora i beni assegnati in funzione di quota siano alienati, riaprirebbe la discussione in merito all'applicabilità del rimedio della nullità della divisione *ex art. 735 c.c.* alla fattispecie in esame.

In tal caso se dalla volontà del testatore si possa desumere quella di istituire erede indipendentemente dall'alienazione successiva del bene si configurerebbe anche qui una divisione soggettivamente parziale che, come nell'ipotesi di divisione soggettivamente parziale con predeterminazione di quote, sarebbe da ritenersi valida solo nell'ipotesi della sussistenza di beni ulteriori sufficienti a comporre la quota dell'erede pretermesso.

Cambiando poi angolazione, nel tentativo di dare seguito alla volontà di distribuire il proprio patrimonio nel suo complesso, per così dire una volta per tutte, senza che l'evento morte travolga le singole attribuzioni così come sono state modulate dal disponente, può ben essere che il disponente voglia procedere ad attribuire in vita le proprie sostanze tra gli eredi legittimari ed altri soggetti che voglia beneficiare nel limite della disponibile oppure voglia utilizzare lo strumento della divisione testamentaria insieme con una serie di donazioni (sempre nel rispetto della quota di riserva).

Per l'impossibilità di esaurire il tema in questa sede ci si concentrerà primariamente sullo schema della donazione quale negozio utilizzato per trasferire l'azienda sia questa l'unica azienda od un suo ramo o sia questa rappresentata da quote di un veicolo societario in cui l'azienda venga conferita per poi affrontare, seppur per sommi capi la complessa tematica delle donazioni e delle c.d. liberalità non donative nella circolazione giuridica del bene con esse alienato.

Nella prospettiva della sistemazione patrimoniale in vista del passaggio generazionale del bene azienda l'utilizzo dello schema della donazione formale pone qualche problema ed assume qualche particolarità.

Tale operazione viene qui considerata solo dal punto civilistico e non fiscale senza considerare la fattispecie in relazione alla figura dei patti di famiglia o a quella del trust.

Ricordando che il codice civile all'art. 2555 definisce il bene azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, si sottolinea l'esigenza che il bene azienda o suo ramo sia considerato unitariamente senza aver riguardo alla sua composizione particolare che può essere la più varia, giacchè altrimenti la fattispecie non sarebbe più da esaminare in relazione al bene azienda ma si ricadrebbe nella disposizione di singoli beni che non presenta particolari difficoltà.

Se dunque il disponente donante dispone dell'azienda in quanto tale, cioè intesa nella sua unitarietà, i problemi che si pongono riguardano da un lato come salvaguardare l'aspettativa dei legittimari, dall'altro come salvaguardare la sua *governance* e la continuazione di tutti i rapporti che fanno capo all'azienda sia dal lato economico che da quello sociale ed occupazionale.

Certamente al di fuori del patto di famiglia questa potrà essere la strada per com-

<sup>35</sup> PIETROGRANDE, Heredis institutio ex re certa: l'indagine del giudice di merito, commento alla sentenza Tribunale di Bari, sez. I, 7 gennaio 2008, n.25, in *Famiglia e diritto*, Ipsa, n.6/2008, p. 614



porre stabilmente gli interessi patrimoniali dei propri eredi solo e soltanto se nel patrimonio del disponente sussisteranno altri beni diversi dall'azienda che possano soddisfare la legittima dal punto di vista quantitativo.

Altrimenti l'azienda sarebbe aggredibile dai legittimari lesi secondo il normale atteggiarsi dei rimedi posti a tutela della legittima minando pertanto l'unitarietà del bene trasferito con la donazione.

Il ricorso alla donazione formale d'azienda potrebbe costituire però un vantaggio in caso di successivo trasferimento a terzi dell'azienda donata.

In tal caso le ragioni dei legittimari in ottica *post mortem* sarebbero superate da quelle dei creditori dell'azienda.

In proposito è stato sottolineato in dottrina che prevarrebbe la nozione di *universitas* del bene azienda rispetto all'interesse particolare del legittimario leso e tutelato dalla norma eccezionale dell'art. 563 c.c. che dispone l'azione di restituzione reale dal terzo acquirente soltanto nel caso di bene immobile oggetto di donazione ridotta<sup>36</sup>.

Va da sé che tale mezzo a tutela della legittima rientrerebbe in gioco se ad esempio il bene immobile sia stato singolarmente alienato in un momento successivo all'acquisto del bene come parte del complesso aziendale.

Una soluzione volta ad assicurare maggiormente la stabilità del passaggio generazionale dal punto di vista della continuità dell'azienda si individua nella fattispecie del conferimento dell'azienda in società e della successiva donazione delle quote sociali ai propri figli.

Si potrà avere il caso di costituzione di una nuova società con i propri figli per poi donare le quote agli stessi oppure il caso di costituzione di una società ad esempio a responsabilità limitata a socio unico e successiva donazione dell'intera partecipazione.

Il ricorso allo strumento societario e alla successiva donazione delle partecipazioni può tra l'altro modulare e comporre anche l'interesse dell'imprenditore che pur volendo attuare in vita il passaggio generazionale della propria azienda non voglia come dire uscire di scena immediatamente.

Si pensi al caso della donazione delle quote sociali con riserva dell'usufrutto su tutte o parte delle quote donate ai fini di assicurarsi il godimento degli utili oppure all'assunzione ad esempio nel veicolo srl sopra considerato della carica di amministratore unico a tempo indeterminato potendo continuare ad agire così sulla *governance* e potendo percepire emolumenti per l'attività svolta.

Tornando all'esigenza di apporzionare i propri eredi insieme con l'esigenza di assicurare la continuità dell'azienda il conferimento in società e la successiva donazione delle quote raggiungerebbero l'intento di attribuire l'azienda ai propri eredi senza un suo smembramento sotto altro profilo.

Le donazioni avrebbero ad oggetto la quota o le quote sociali, pertanto l'oggetto delle pretese recuperatorie da parte degli eventuali legittimari lesi vittoriosi nell'azione di riduzione, sarebbero le quote della società e non l'azienda conferita in società e posseduta solo indirettamente tramite il possesso delle partecipazioni sociali.

Si noti poi che in caso di alienazione a terzi delle quote donate i legittimari lesi non potrebbero vantare alcuna pretesa restitutoria sulle quote così circolate dal momento che l'eccezionale rimedio dell'azione di restituzione volta a recuperare il bene dal terzo acquirente è prevista solo in relazione ai beni immobili.

In più si ricorda il disposto dell'art. 743 c.c. secondo il quale non è dovuta collazione di ciò che si è conseguito per effetto di società contratta senza frode tra il defunto e alcuno dei suoi eredi.

Chiudendo la parentesi aziendale per concentrarsi sulle liberalità come modo di tra-

<sup>36</sup> GENOVESE, Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione d'azienda e di partecipazioni sociali, in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2002, 11, p.730 ss.; IACCARINO, Donazioni indirette e «*ars stipulatoria*», in *Lecture notarili*, collana diretta da Giancarlo Laurini, Ipsoa, 2008, p.89



sferire in vita il proprio patrimonio, si osserva che l'adozione dello schema della donazione formale quale volontà di attribuzione come anticipo di successione si scontra con i problemi dell'incertezza della provenienza donativa nella circolazione del *donatum*.

Quello che si vuole dire è che la misura del vantaggio ricevuto dalla liberalità attuale messa a punto dal trasferimento per effetto della donazione a proprio favore va a scontrarsi con la spendibilità di questo vantaggio ricevuto nel traffico giuridico cioè nella successiva vicenda circolatoria del bene donato (basti pensare alla ben nota difficoltà che nella prassi riscontra chi voglia ottenere un mutuo fondiario concedendo ipoteca su un bene pervenutogli per donazione).

Tale problematica viene in rilievo soprattutto sotto due profili: il primo è quello relativo alla fissazione di un termine in cui il rischio di impugnativa del legittimario pretermesso o lesa venga meno e l'acquisto donativo sia per così dire definitivo in capo al donatario ed il secondo è quello relativo alla misura del rischio che il terzo acquirente dal donatario debba sopportare nell'ottica recuperatoria del legittimario vittorioso nell'azione di riduzione e restituzione.

Di qui il corollario non certo secondario della valutazione della misura del summenzionato rischio nell'ipotesi di acquirente da beneficiario di liberalità non donativa.

Sotto il primo profilo i novellati artt.561 e 563 c.c. dispongono che il decorso del termine ventennale dalla trascrizione della donazione (ad eccezione art.2652 n.8, c.c.) rende stabile l'acquisto nel senso che, spirato il detto termine, da un lato il legittimario vittorioso nell'azione di riduzione non può agire in restituzione contro il terzo acquirente del bene immobile -ridotto- e dall'altro i pesi e le ipoteche gravanti il *donatum* rimangono tali se la riduzione è domandata dopo il detto termine.

Il termine è sospeso nei confronti del coniuge e parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione.

Il diritto ad opporsi è rinunziabile.

Oltre alla lunghezza del termine previsto per rendere certa la provenienza donativa che costituisce già un forte argomento di critica alla novella quale risoluzione del problema, si osserva che, come è noto, le soluzioni per rendere i -negozi attributivi- insensibili alle conseguenze dell'evento morte del disponente non possono che essere «quasi» stabili perchè se si parte dalla divisione testamentaria questa è conoscibile solo dall'evento morte mentre, dal lato donativo, per l'irrinunziabilità dell'azione di riduzione su una successione non ancora aperta, la stessa introduzione dello strumento dell'opposizione visto dall'ottica della sua rinunziabilità non vale a superare il problema (anche perchè ulteriori legittimari ad es. venuti ad esistenza dopo la rinuncia all'opposizione effettuata dai precedenti legittimari non possono certo essere privati del loro diritto di non opporsi).

Infatti per la dottrina più attenta e maggioritaria l'effetto della rinuncia all'opposizione non comporta rinuncia all'esperimento dell'azione di restituzione in modo da risolvere una volta per tutte il problema della provenienza -donativa- , ma l'unico effetto sarebbe quello della rinuncia alla sospensione del termine ventennale decorrente dalla sua trascrizione <sup>37</sup>.

Per effetto della rinuncia all'opposizione il termine ventennale non "subisce alcuna alterazione al suo decorso" <sup>38</sup>, ma l'ulteriore effetto di mutare la tutela dell'azione di riduzione da reale in meramente obbligatoria si avrebbe, sotto questo profilo, solo con il decorso del termine appena ricordato <sup>39</sup>.

Cambiando argomento, sempre in merito alla scelta dell'adozione dello schema della donazione quale strumento attributivo dei propri beni in sede di sistemazione

<sup>37</sup> **MARICONDA**, L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c., in *Corr. Giur.* 2005, p. 1176; **BEVIVINO**, Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 del codice civile, in *Notariato*, 5/2007, p.573ss.; **BUSANI**, La trascrizione dell'atto di rinuncia all'atto di opposizione alla donazione, commento al decreto tribunale di Parma 15 giugno 2006 in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2007, p. 21; **BUSANI**, L'atto di opposizione alla donazione, studio CNN n. 5809, 21 luglio 2005, p.22

<sup>38</sup> **MASSELLA DUCCI TERI**, Atto di opposizione alla donazione e sua rinuncia, in *Famiglia, Persone e successioni*, Utet, n. 8/9, 2008 p.745

<sup>39</sup> **BARALIS**, Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione in seguito alla modifica dell'art. 563 c.c. in *Riv. Not.*, 2006, p. 303; **CAMPISI**, Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14.5.2005 n.80 e 28 dicembre 2005, n. 263, in *Riv. Not.* 2006, p. 1285;

patrimoniale, vengono in rilievo i noti problemi posti dalla circolazione di quanto donato in relazione ai rimedi esperibili dal legittimario leso nelle sue ragioni (di diritto alla quota di riserva).

Per una corretta impostazione del problema si sottolinea che gli stretti congiunti (coniuge e discendenti) del *de cuius* al momento dell'apertura della successione sono preliminarmente tenuti a conferire quanto ricevuto in vita per donazione dal *de cuius* donante per effetto dell'istituto della collazione.

Questo sempre che il donante non abbia disposto nello stesso atto di donazione la dispensa irrevocabile dalla collazione di quanto donato nell'ambito della disponibile, cioè nell'ambito della quota di cui il *de cuius* poteva liberamente disporre.

Come è stato brillantemente riassunto da autorevole dottrina la collazione ha funzione di ridistribuzione tra determinati coeredi del cd. *relictum* più il *donatum* in modo tale da preservare in senso valoristico il diritto alla quota sull'attivo del patrimonio ereditario spettante ai soggetti considerati dalla norma <sup>40</sup>.

Lo stesso codice prevede poi che il coniuge, i figli ed i discendenti potranno conferire –per imputazione– il valore di quanto ricevuto in vita per liberalità, ad esclusione, tra l'altro, a differenza che per l'azione di riduzione, dei beni che siano stati a loro volta donati o ipotecati.

Osservando poi i rimedi, in ottica recuperatoria, per agire contro le disposizioni donative aventi ad oggetto immobili che siano lesive dei propri diritti di legittimario si ricorda che questi, dovrà aver agito contro il donatario primariamente in riduzione e, se questi abbia a sua volta alienato a terzi, in restituzione.

L'azione di restituzione contro il terzo acquirente del bene donato da parte del legittimario già vittorioso in riduzione ha natura restitutoria reale e cioè il legittimario vittorioso in riduzione che (secondo la dottrina maggioritaria) per effetto di quest'azione ha acquistato il titolo di erede (perchè pretermesso) o ha integrato il contenuto del titolo ereditario (perchè leso) recupererebbe il bene in forza della sua riattrazione reale al patrimonio ereditario appunto per effetto della delazione così "recuperata" <sup>41</sup>.

La riduzione esperita direttamente nei confronti del donatario del bene e la riduzione e restituzione esperite nei confronti del terzo acquirente del bene oggetto della donazione ridotta hanno finalità recuperatorie reali del bene, dal momento che, come osservato dalla migliore dottrina, determinerebbero la riattrazione del bene al patrimonio del disponente come se questo bene non ne fosse mai uscito.

E' lo stesso concetto di riattrazione reale del bene al patrimonio originario che consentirebbe il recupero del bene nei confronti del terzo avente causa dal donatario anche se questa riattrazione reale debba intendersi, come osservato: "in termini relativi della mera inopponibilità al legittimario vittorioso della liberalità ridotta" <sup>42</sup>.

Si nota poi che, a ben vedere, il terzo potrebbe liberarsi dell'obbligo della restituzione in natura del bene per equivalente, ma tale opzione è data dal codice civile come soluzione sussidiaria a quello che sembra ancora essere il principio della restituzione reale intesa come reintegra del diritto alla legittima in natura perlomeno nei confronti delle cd. donazioni formali.

Ora tenendo presente che l'art 809 c.c. estende alle donazioni indirette o liberalità non donative le norme sulla riduzione per le donazioni ci si è chiesti più volte quale sia la reale portata della tutela del legittimario in tutte quelle ipotesi in cui il disponente abbia provocato un arricchimento al beneficiario per effetto di un proprio depauperamento con un negozio diverso da quello donativo. Si pensi al pagamento del prezzo effettuato dal genitore nell'acquisto di un immobile da parte del proprio figlio (intestazione di beni altrui) oppure alla liberazione da un credito nei confronti del figlio (nell'ipotesi in cui il padre o la madre paghi il prezzo dell'immobile acquistato dal figlio).

<sup>40</sup> AMADIO, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, studio CNN, n. 17-2009/C.22 aprile 2009; id., Azione di riduzione e liberalità non donative sulla legittima "per equivalente", in atti del Convegno Donazioni e Liberalità tra tutela della famiglia e circolazione di beni, Bergamo, 24 settembre 2010

<sup>41</sup> MENGONI, Successioni per causa di morte. Successione necessaria, op.cit., p.80 ss. e p.237

<sup>42</sup> AMADIO, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, studio CNN, op. cit. par. 4

Secondo una pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>43</sup> oggetto della liberalità proprio nel caso di intestazione di bene altrui e quindi oggetto dell'arricchimento del beneficiario doveva considerarsi non l'oggetto effettivo della liberalità cioè il pagamento del prezzo tramite provvista del genitore ma il bene immobile stesso.

Tale interpretazione però, a prescindere dall'indagine sulla qualificazione dell'oggetto dell'arricchimento nelle donazioni indirette, si riferiva alla collazione o meglio a cosa dovesse intendersi come oggetto di collazione nella fattispecie di intestazione di bene immobile a terzi.

Come ricordato in precedenza però la collazione non ha fini recuperatori ma fini redistributivi per non provocare di fatto solo tra determinati soggetti (coniuge e discendenti) sperequazioni valoristiche nel proprio diritto alla legittima.

Inoltre sfuggono allo stesso concetto di collazione i beni donati ed alienati a terzi.

Pertanto la più recente dottrina ha sottolineato la diversità del fine perseguito dalla collazione e dalla riduzione soprattutto con riguardo alla tutela del legittimario nei confronti del terzo avente causa dal donatario soccombente in riduzione<sup>44</sup>.

Così come sottolineato ed argomentato da più di un'autorevole voce, tra l'altro in un recente ed importante convegno tenutosi sul tema a Bergamo, in dottrina si esclude la ricostruzione della legittima come diritto alla legittima in natura per il legittimario che agisca in riduzione di liberalità indiretta<sup>45</sup>.

Tale impostazione è ora avallata e rafforzata da una recente pronuncia della Corte di cassazione<sup>46</sup> secondo la quale alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota di legittima in natura propria dell'azione di riduzione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile pertanto con l'azione di riduzione sull'indiretta così come specificato nella richiamata sentenza della Cassazione non si andrebbe ad incidere sulla circolazione del bene per l'impossibilità della riatrazione dell'oggetto della donazione indiretta al patrimonio del *de cuius*.

Da qui, nell'ipotesi considerata, il diritto del legittimario si trasforma in "diritto di credito" venendo meno l'applicazione dell'azione restitutoria alle liberalità indirette sulla base della non provenienza dal patrimonio del donante del bene pervenuto al beneficiario. La misura della pretesa del legittimario è costituita dal diritto di recuperare, per dirlo con le parole della Corte, "il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta"<sup>47</sup> calcolato mediante il metodo dell'imputazione proprio della collazione, e cioè il controvalore per equivalente in denaro, ma riferito al momento dell'apertura della successione.

<sup>43</sup> AMADIO, Cass. civ., Sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282

<sup>44</sup> AMADIO, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, studio CNN, n. 17-2009/C.op.cit.

<sup>45</sup> AMADIO, Azione di riduzione e liberalità non donative sulla legittima "per equivalente" in atti del Convegno Donazioni e Liberalità tra tutela della famiglia e circolazione di beni, Bergamo, cit. p.31; DE ROSA, Lesione di legittima: la soluzione negoziale del conflitto. Le prospettive di riforma, atti del Convegno Donazioni e Liberalità tra tutela della famiglia e circolazione di beni, Bergamo, cit., p. 68

<sup>46</sup> Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496

<sup>47</sup> Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496, cit.



BIBLION  
edizioni

Finito di stampare nel mese di Aprile 2012

