

# RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA  
**WALTER BIGIAVI** E **ALBERTO TRABUCCHI**  
*(1955-1968)* *(1955-1998)*

COMITATO DI DIREZIONE

**C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI**  
**GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO**  
**NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE**  
**ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO**  
**RODOLFO SACCO - PIERO SCHLESINGER**  
**PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO**

*E*

**GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME**  
**DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO**

**Marzo-Aprile**  
**2019**

[edicolaprofessionale.com/RDC](http://edicolaprofessionale.com/RDC)



Wolters Kluwer

STEFANO DELLE MONACHE  
Prof. ord. dell'Università di Padova

## LA LIBERTÀ DI DISPORRE MORTIS CAUSA

SOMMARIO: 1. Testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza familiare. – 2. Il divieto dei patti successori istitutivi. – 3. La nozione di atto *mortis causa* e l'oggetto del divieto. – 4. L'accordo contrattuale con "contenuti testamentari". – 5. Distinzioni relative ai patti successori istitutivi: patti istitutivo-dispositivi (in senso stretto e in senso lato) e patti istitutivo-obbligatori. – 6. Contratto a favore di terzo e assicurazione sulla vita per il caso di morte. – 7. Il caso del *trust*. – 8. Diritti dei legittimari e rapporti "trilateri": ancora a proposito del *trust*. – 9. Il problema dell'azione di riduzione nelle liberalità indirette.

1. – È ricorrente ormai da tempo, nella letteratura in materia di successioni, l'affermazione secondo cui l'atto testamentario avrebbe perso terreno quale mezzo di trasmissione della ricchezza familiare<sup>(1)</sup>, mostrandosi "recessivo" specialmente in relazione ai grandi patrimoni, con riguardo ai quali altri e diversi sarebbero gli strumenti utilizzati nella prassi ai fini della pianificazione della vicenda successoria, strumenti che dunque vengono definiti, in questa prospettiva, come alternativi al testamento<sup>(2)</sup>.

---

(1) Cfr. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*<sup>2</sup>, in *Tratt. breve delle succ. e don.* diretto da P. Rescigno e coordinata da M. Ieva, I, Padova 2010, p. 3 ss. ed ivi 6 s.; IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli 2008, p. 1; ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli 2012, p. 20 s.

(2) Più latamente, anzi, si osserva come sia lo stesso fenomeno successorio ad avere «di fatto acquisito una rilevanza marginale, visto che la ricchezza si trasmette secondo canali che non sono quelli delle successioni mortis causa»: in tal senso, riprendendo uno spunto piuttosto diffuso nella dottrina non solo italiana, LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti dell'undicesimo Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., 5-7 maggio 2016, Napoli 2017, p. 7 ss. ed ivi 8. Sul punto, già ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1998, II, p. 1077 ss. Ma si veda anche LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *R. not.*, 1988, p. 1209 ss. ed ivi 1212, il quale, correlando i due profili appena evidenziati (nella presente nota e nel testo), afferma che la crisi del diritto successorio si spiegherebbe in ragione della «carenza di strumenti che l'ordinamento ha messo a disposizione dell'autonomia privata per regolare le successioni mortis causa».

Non è questa la sede in cui si possa e debba verificare quanto sia fondato il rilievo testé messo in evidenza, sulla cui completa attendibilità pesa il fatto che l'attuale perdita di rilevanza del testamento che esso vorrebbe sancire, pur a considerarla veridica su un piano statistico, troverebbe comunque significative smentite di fronte ai casi, che rimangono frequenti, di sistemazioni successorie anche relative a grandi patrimoni pur sempre affidate, in tutto o in parte, alla compilazione di una scheda di ultima volontà<sup>(3)</sup>.

S'intende dire che il testamento non sembra aver perduto, nonostante tutto, un suo ruolo eminente all'interno delle dinamiche successorie. E ciò pur senza voler indulgere a riletture tese ad espandere la valenza del negozio testamentario ad un ambito, quello degli interessi di natura non patrimoniale, cui il legislatore sembra averlo ritenuto estraneo<sup>(4)</sup>, giungendo finanche a suggerire che, in mancanza di disposizioni patrimoniali, la scheda possa mantenere soltanto «*la forma del testamento*», e quindi non la sua sostanza (art. 587, comma 2, c.c.)<sup>(5)</sup>.

Rimanendo comunque ancorati, qui, alla prospettiva patrimoniale, va piuttosto osservato come sia venuta gradatamente affinandosi, negli studi in materia, la percezione di un' inadeguatezza di fondo del testamento, in quanto strumento che, giusta la sua definizione normativa (art. 587, comma 1, c.c.), parrebbe dover servire all'unico o principale scopo di far sì che il testatore possa indirizzare la trasmissione dei suoi beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere. In una molteplicità di casi, infatti, che l'esperienza ha anche contribuito a "tipizzare" emerge come gli interessi perseguiti siano ben più articolati e complessi di quello elementare alla programmazione di una semplice vicenda successoria, sia pure *mortis causa*. Si pensi al vasto ambito riguardante la tutela dei soggetti deboli, quelli, cioè, che l'ereditando percepisce come tali all'interno della propria famiglia o della cerchia dei propri affetti, perché colpiti da disabilità di varia natura o semplicemente perché considerati più fragili o bisognosi. E si pensi ancora

---

(3) Afferma la perdurante «*vitalità di uno strumento insostituibile, qual è il testamento*», BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 17 ss.

(4) In altra prospettiva, tuttavia, BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli 2015, p. 171 ss.

(5) In generale, per un concetto di successione, peraltro, non limitato ai rapporti patrimoniali e invece esteso alle situazioni giuridiche esistenziali del *de cuius*, si veda ancora BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 181 ss. ed ivi 185 ss. Una rilettura critica del principio di "patrimonialità" della successione si deve già a ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova 1988, *passim*.

all'interesse a preservare l'unità dell'impresa nei passaggi generazionali, nella consapevolezza che la frantumazione proprietaria potrebbe inescare, di fatto, processi disgregativi dello stesso complesso aziendale o dar luogo, quanto meno, a difficoltà gestorie anche rilevanti<sup>(6)</sup>.

All'ereditando, insomma, può non bastare il fatto di poter disporre «per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse», specie quando egli intenda che i propri beni rimangano in qualche modo asserviti alla realizzazione di particolari finalità o obiettivi. Ciò, laddove su tutto questo si innesta anche un'altra eventuale esigenza, capace di condizionare, a sua volta, le scelte compiute in sede di pianificazione successoria: l'esigenza talora avvertita dall'ereditando, vale a dire, di poter compiere una verifica sul concreto funzionamento degli assetti proprietari divisati, assetti la cui messa in atto, allora, dovrà evidentemente precedere l'apertura della successione<sup>(7)</sup>.

Questo essendo il quadro che, sia pure molto sinteticamente e con non poca approssimazione, è possibile tracciare con riguardo alla dialettica tra testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza familiare, non sembra dubitabile che il possibile flusso di "contenuti successori" dal primo agli altri continui a doversi misurare, nell'ordinamento italiano, con due principi cardine del diritto ereditario: il principio, anzitutto, secondo cui il testamento è l'unico negozio patrimoniale *mortis causa* ammesso dal nostro sistema e il principio, ancora, che assegna ai membri del nucleo familiare più stretto del *de cuius* il diritto ad una porzione di beni in natura sulla successione<sup>(8)</sup>.

Si tratta – com'è chiaro – dei principi di cui sono espressione, rispettivamente, il divieto dei patti successori istitutivi (art. 458 c.c.) e le disposizioni dettate a tutela dei legittimari (artt. 536 ss. c.c.), principi sui quali ci si concentrerà in appresso per verificarne il grado di tenuta e alcune

---

<sup>(6)</sup> Su entrambe i profili indicati nel testo, segnatamente, PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. CNN*, Napoli 2003, p. 1 ss.; PALAZZO e SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori. 2. Negozi successori anticipatori*, Milano 2012, p. 447 ss. Ma tra i tanti v. anche CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, Art. 456-461, in *Comm. Schlesinger*, continuato da F.D. Busnelli, Milano 2006, p. 118 ss.; MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 1075 ss. ed ivi 1086.

<sup>(7)</sup> Il tema si intreccia soprattutto con quello, già segnalato, della successione nell'impresa: cfr. PALAZZO-SASSI, *Trattato della successione*, cit., p. 448. Di recente, quanto ai delicati problemi legati, in questo campo, al funzionamento dell'istituto collatizio e delle regole dettate a tutela dei legittimari, NOTARI, *La trasmissione ereditaria di impresa*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 479 ss.

<sup>(8)</sup> Cfr. anche ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 27 ss.; inoltre, NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova 2009, p. 197 ss.

applicazioni specifiche nell'esperienza attuale del nostro ordine giuridico<sup>(9)</sup>.

Ciò non senza aver ricordato, preliminarmente, che l'area grigia degli atti negoziali che, pur prestandosi a realizzare interessi del disponente connessi alla sua morte, non sembrano però poter essere ricondotti all'ambito dell'atto *mortis causa* ha costituito terreno fertile per l'elaborazione della figura dei negozi c.d. transmorte<sup>(10)</sup>.

Si tratterebbe di negozi rispondenti a finalità di pianificazione successoria e che sarebbero connotati dalla ricorrenza di una serie costante di caratteri capaci di consentire la loro distinzione dall'atto *mortis causa*, tali caratteri essendo fundamentalmente da individuare: *a)* nell'uscita immediata del bene dal patrimonio del disponente; *b)* nella definitività dell'acquisto, da parte del beneficiario, solo al momento della morte del disponente; *c)* nel mantenimento in capo al disponente del potere di revoca o di modifica dell'assetto negoziale divisato<sup>(11)</sup>.

Non è certo questo il luogo per affrontare la disamina delle singole fattispecie che vengono considerate suscettibili di attrazione nella categoria così delineata, sul cui sfondo si staglia pur sempre il problema – che rimane centrale, com'è riconosciuto – della validità dei negozi in funzione successoria utilizzati come alternativa al testamento<sup>(12)</sup>. Né può dubitarsi, per altro verso, del fatto che tali negozi (li si definisca transmorte o *post mortem*) siano comunque assoggettati al dettato dell'art. 809 c.c., ogni qualvolta costituiscano lo strumento per la realizzazione di una liberalità indiretta<sup>(13)</sup>.

<sup>(9)</sup> Quanto alle prospettive di riforma del diritto successorio incidenti sui menzionati principi, si veda, peraltro, BEVIVINO, *Il tema della circolazione di immobili con provenienza donativa torna sul tavolo*, in *giustiziacivile.com*, n. 2/2019.

<sup>(10)</sup> PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 8 ss.; ID., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli 1983, *passim*. Coglie nella «struttura rigidamente monista» del diritto successorio il motivo del diffondersi, nella prassi, di schemi e congegni negoziali alternativi alla successione propriamente detta, SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *R. trim. d. proc.*, 1989, p. 387 ss. ed ivi 412 s.

<sup>(11)</sup> Cfr. IEVA, *I fenomeni parasuccessori*<sup>2</sup>, in *Tratt. breve delle succ. e don.* diretto da P. Rescigno e coordinata da M. Ieva, I, Padova 2010, p. 59 ss. ed ivi 62.

<sup>(12)</sup> Così IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 9. Si veda anche ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 91, secondo cui andrebbe in ogni caso fatta salva «un'analisi funzionale dell'atto proprio in ragione dell'art. 458 cod. civ.». In termini analoghi, già prima, PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano 2001, p. 107 ss. Infine, nel senso che la «affascinante costellazione» degli strumenti negoziali alternativi al testamento rischi continuamente «di essere inghiottita dal "buco nero" dei patti successori», ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *R. d. priv.*, 1997, p. 5 ss. ed ivi 6.

<sup>(13)</sup> Sul punto, ancora, IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 5 s. nt. 6.

Sicché la categoria in discorso, nonostante la sua utilità, sembra in definitiva evidenziare un proprio valore di natura più che altro descrittiva.

2. – Per cercare di mettere a fuoco la portata e l'ampiezza del divieto posto dall'art. 458 c.c. <sup>(14)</sup>, nella parte in cui – fatto salvo, oggi, quanto è previsto dagli artt. 768-*bis* ss. c.c. <sup>(15)</sup> – viene dichiarata «*nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione*», conviene rian- dare alle origini del dettato normativo, soffermandosi sulle parole con cui esso veniva presentato nella Relazione del Guardasigilli al Cod. Civ.: «*Affermato nell'art. 457 il principio fondamentale del nostro diritto successorio, che le forme di successione riconosciute sono due, la legittima e la testamentaria, ho considerato l'opportunità di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione, ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della cosiddetta successione pattizia o patto successorio ... In tal modo la norma costituisce la logica conseguenza del principio che la delazione dell'eredità può aver luogo soltanto per legge o per testamento*» (n. 225).

Niente di più chiaro, quindi: l'art. 458 c.c. non è che la «*logica conseguenza*» di quanto disposto dall'art. 457, comma 1, c.c., secondo cui la «*eredità si devolve per legge o per testamento*», e quindi per legge o testamento soltanto, con esclusione del contratto, servendo perciò l'art. 458 c.c., nella sua prima parte, a sancire «*espressamente*» quel che comunque sarebbe stato già ricavabile dall'altra delle disposizioni citate <sup>(16)</sup>.

Ebbene, questa linea di continuità di certo esistente tra l'art. 457, comma 1, e l'art. 458 c.c., e che la dottrina non trascura di evidenziare <sup>(17)</sup>, sembra tuttavia poter essere valorizzata, sul piano ricostruttivo, più e meglio di quanto non sia stato fatto finora. Al quale scopo può muoversi

<sup>(14)</sup> Cfr. l'ormai classico studio di DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli 1976, *passim*.

<sup>(15)</sup> Sia consentito, sul punto, il rinvio a DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008, p. 131 ss.

<sup>(16)</sup> Come giustamente osserva, peraltro, CACCAVALE, *Il divieto dei patti successorii*<sup>2</sup>, in *Tratt. breve delle succ. e don.* diretto da P. Rescigno e coordinata da M. Ieva, I, Padova 2010, p. 25 ss. ed ivi 38, mentre tali disposizioni esprimono regole che «*sono le due facce di uno stesso fenomeno*», non potrà invece individuarsi nella tipicità delle fonti di delazione il fondamento giustificativo sostanziale del divieto dei patti istituiti.

<sup>(17)</sup> Cfr. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, cit., p. 10; ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successorii*, cit., p. 8; LENZI, *Il problema dei patti successorii*, cit., p. 1214; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*<sup>3</sup>, Art. 456-511, in *Comm. Scialoja-Branca*, I, Bologna-Roma 1997, p. 99; CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 106 ss.; PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, cit., p. 86 s.

dall'osservazione che il principio di alternatività tra legge e testamento, ai fini della devoluzione ereditaria, può essere declinato anche nel senso, già dianzi messo in luce, per cui è solamente l'atto testamentario a trovare riconoscimento, nel nostro sistema giuridico, come titolo negoziale della successione. E con la conseguenza allora che, giusta il divieto di cui all'art. 458 c.c., ciò che è consentito fare per testamento non sarà invece consentito attraverso l'uso dello strumento contrattuale.

Il patto successorio istitutivo, dunque, è quel particolare contratto di cui le parti pretendano di servirsi per realizzare risultati che sono propri del negozio testamentario. Esso perciò si specchia nell'immagine del testamento, tanto che, con formula certamente approssimativa, ma efficace e talora utilizzata, infatti, nelle spiegazioni dottrinali del fenomeno<sup>(18)</sup>, si potrebbe dire che il patto istitutivo altro non sia se non un testamento fatto in forma contrattuale<sup>(19)</sup>.

Ne segue in definitiva che, per poter riconoscere un patto istitutivo, bisognerà prima aver definito la figura del testamento, e ciò, più precisamente, in relazione ai contenuti dello stesso che ne definiscono la funzione tipica.

3. – Com'è noto, in un'epoca in cui tendeva nettamente a prevalere un concetto del testamento inteso quale negozio dispositivo-attributivo, fondamentalmente risolvendosi, quanto ai suoi contenuti, nella *summa divisio* tra istituzione d'erede e legato, una dottrina solida e ragionata si ingegnava a delineare i tratti della nozione di atto *mortis causa* ricostruendola in chiave oggettivo-funzionale, atteso che *mortis causa* è l'atto destinato a regolare una situazione *post mortem*, e cioè originata dalla morte della persona<sup>(20)</sup>. Esso veniva dunque pensato, in questa prospettiva, come un atto la cui funzione si raccorda al problema della vacanza di titolarità sui rapporti trasmissibili che già facevano capo al defunto: cosicché quelle *mortis causa*, a loro volta, sono state definite come attribuzioni aventi ad oggetto un *quod superest*, ossia un qualcosa di commisurato ai beni che residuano nel patrimonio del disponente al momento della sua morte, e

---

(18) Cfr., ad es., CICU, *Testamento*<sup>2</sup>, Milano 1951, p. 21.

(19) Nella letteratura meno recente, N. COVIELLO, *Diritto delle successioni*<sup>2</sup>, I, Napoli 1914, p. 101: «I patti d'istituzione non sono altro che un testamento irrevocabile in forma di contratto».

(20) GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano 1954, p. 37 ss.; ID., voce «Atto mortis causa», in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 232 ss.

inoltre come attribuzioni che presuppongono, sotto il profilo soggettivo, la sopravvivenza del beneficiario (21).

Tutto ciò mentre è merito sempre della dottrina in discorso l'aver anche distinto dagli atti *mortis causa*, definiti nel modo appena detto, gli atti c.d. sotto modalità di morte, nei quali l'attribuzione del bene è attuale (non ora per allora) (22), risultando dunque immediatamente impegnativa per il disponente, benché i suoi effetti siano differiti fino alla scadenza di un termine coincidente con la morte di lui (*cum moriar*) o condizionati sospensivamente alla premorienza del disponente stesso al beneficiario (*si praemoriar*) (23).

Già si è detto che queste teorizzazioni nascono in un contesto in cui predominava una concezione del testamento quale negozio dispositivo-attributivo, con funzione fondamentalmente distributiva dei beni appartenenti al patrimonio del testatore, in linea del resto con la formula definitiva usata dal legislatore nell'art. 587 c.c. Senonché questa formula è suscettibile, in realtà, di ricevere una lettura più ampia di quanto il suo dettato parrebbe suggerire, se non altro per il fatto che disporre delle «*proprie sostanze*» significa, per il testatore, poterne disporre anche indirettamente, ordinando uno o più legati obbligatori (24). Dopo di che una guadagnata riconsiderazione delle potenzialità del testamento, anzitutto, come fonte di rapporti obbligatori nuovi, anche sulla scorta di specifici approfondimenti in materia (25), non poteva non condurre a sottolineare come quella di atto *mortis causa* consegnata al pensiero successivo dalla dottrina a cui dianzi ci siamo riferiti fosse una nozione che, proprio in riferimento al problema delle obbligazioni volute dal disponente in conseguenza della sua morte, mostrava i suoi limiti (26).

(21) GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 42.

(22) V. anche NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 147 ss. ed ivi 150: «L'attualità della attribuzione anche nel caso di differimento o di sospensione degli effetti esclude che ... si sia dinanzi ad [una] attribuzione mortis causa».

(23) Ciò significa che la situazione è differente da quella che si verifica nel caso del compimento di un negozio *mortis causa*, il cui effetto sulla successione è sempre messo fuori gioco da un diverso atto dispositivo *inter vivos* posto in essere dall'ereditando: cfr., per tutti, CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli 1977, p. 399; nell'esperienza tedesca, BROX, *Erbrecht*<sup>20</sup>, Köln 2003, p. 98 ss., che evidenzia come la stipulazione di un *Erbvertrag* non determini limitazioni, in linea di principio, al potere dell'ereditando di disporre dei suoi beni per atto tra vivi.

(24) Cfr., per un concetto ampio di successione a causa di morte, comprensivo dei diritti costituiti *ex novo*, derivanti dal patrimonio del *de cuius* solo in senso economico, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>3</sup>, Napoli 1966, p. 94.

(25) CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*<sup>2</sup>, Milano 1980, *passim*.

(26) Si veda, sul punto, IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 24 s. Più di



I motivi di critica rispetto alla dottrina in parola hanno però trovato ingiustificate esasperazioni in letture successive, verosimilmente animate dal pregiudizio secondo cui tutto ciò che è frutto di teorizzazioni fondate su una rigorosa logica formale sarebbe anche, per questa ragione, intriso di concettualismo, e così tendenzialmente da superare in un'epoca, come la nostra, divenuta ormai molto più sensibile al fascino di un ragionamento guidato dai principi e dai valori fondanti dell'ordine giuridico, nonché aperto ad un vasto impiego delle clausole generali, quale strumento tecnico, a sua volta, capace di consentire a quei principi e valori di guadagnare una comoda portata applicativa in riferimento ai singoli casi concreti bisognosi di disciplina<sup>(27)</sup>.

Mentre vi è stato quindi chi non ha avuto esitazioni a bollare la teorica dell'atto *mortis causa* dianzi sunteggiata come una ricostruzione che, niente meno, si risolverebbe nell'uso di "formulette" senza costrutto, un certo orientamento attuale sembra comunque averla abbandonata, indirizzandosi verso una valorizzazione dell'analisi funzionale di ciascun singolo negozio, con lo scopo di identificarne, in concreto, la causa e valutare in che misura essa sia "intrisa" dell'interesse del disponente a realizzare una pianificazione di tipo successorio<sup>(28)</sup>.

Ora, qualunque cosa si pensi in ordine al ruolo che l'elemento della causa negoziale merita di conservare nell'esperienza attuale del diritto<sup>(29)</sup>, e fermo ad ogni modo che non può negarsene, nella prassi applicativa, la perdurante importanza, di recente emersa, ad es., a proposito della donazione di cosa altrui<sup>(30)</sup>, o in settori come quello delle procedure concor-

recente, D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli 2012, p. 20 s.

<sup>(27)</sup> Peraltro, sul rischio accresciuto di «*derive soggettivistiche*» che permea la concezione del diritto come esperienza da incentrarsi tutta sull'interpretazione, SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in questa *Rivista*, 2017, p. 115 ss. ed ivi 132 ss.

<sup>(28)</sup> In questo senso, ad es., ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 91 ss. Ma v. anche, per un'impostazione incentrata sul profilo finalistico dell'atto, BALESTRA-MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 94 ss.

<sup>(29)</sup> Può essere utile ricordare, al riguardo, che la causa è stata cancellata dal diritto contrattuale francese per effetto della recente riforma che lo ha interessato: TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in questa *Rivista*, 2017, p. 695 ss. ed ivi 701 ss.

<sup>(30)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, secondo cui, a meno che la non appartenenza del bene al patrimonio del donante sia da questi conosciuta e dichiarata nell'atto pubblico, è da affermare la nullità della donazione di cosa altrui o anche solo parzialmente altrui «*non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 c.c., per la donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione*». In dottrina, a commento di tale pronuncia, PALAZZO, *Donazioni e liberalità tra novità normative*

suali<sup>(31)</sup> e dei contratti di assicurazione della responsabilità civile<sup>(32)</sup>, sembra di poter dire che, imboccando la strada della valorizzazione dell'analisi funzionale dell'atto, sì da scorgere, per questa via, il suo eventuale contrasto con il divieto dei patti successori istitutivi, si vengano anche a porre le premesse capaci di far sì che risulti ingigantita, in realtà, la portata del divieto stesso, il quale va opportunamente ridotto, invece, nel suo spazio applicativo<sup>(33)</sup>.

In quest'ultimo senso depone, invero, non solo l'argomento comparatistico – pur tenuto conto delle differenze tra modello germanico e francese<sup>(34)</sup> –, ma anche l'inafferrabilità della *ratio* sottesa al dettato dell'art. 458 c.c., risultando non facile individuare una convincente spiegazione del perché debba essere impedito all'ereditando di disporre dei suoi beni, quando lo voglia, anche attraverso lo strumento contrattuale<sup>(35)</sup>. Tanto

*e stasi giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2017, p. 1115 ss. ed ivi 1121 ss. Sulla tematica, inoltre, CELLI, *La donazione di cosa altrui*, in *R. not.*, 2017, p. 451 ss.

<sup>(31)</sup> Per la valorizzazione della causa del concordato, avuto riguardo al problema del sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano, Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, nonché, più di recente, Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915.

<sup>(32)</sup> Il riferimento alla "causa" è presente in tutta la vicenda giurisprudenziale relativa ai contratti assicurativi r.c. plasmati sul modello "*claims made*". In particolare, nella propria pronuncia a sezioni unite n. 9140 del 6 maggio 2016 la Corte di Cassazione, analizzando il problema della validità delle clausole *claims made*, si interrogava sul «*limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa*» (sul punto, per tutti e anche in relazione alla successiva sentenza della Sez. III n. 10506 del 28 aprile 2017, DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2017, p. 893 ss.). Ciò, laddove nel più recente intervento, sempre a sezioni unite, del Supremo Collegio sulla medesima tematica (intervento innescato mediante ordinanza interlocutoria della Sez. III n. 1465 del 19 gennaio 2018) l'accento cade sull'esigenza del compimento di una «*indagine sulla causa concreta del contratto*» spaziante «*dalla verifica di sussistenza stessa (ossia della adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti) a quella di liceità (intesa come lesione di interessi delle parti tutelati dall'ordinamento)*» (Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437).

<sup>(33)</sup> Emblematici gli esiti cui giunge ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 97 ss., a proposito degli atti sotto modalità di morte, rispetto ai quali bisognerebbe comunque accertare (ma con verifica tendenzialmente destinata a risolversi in senso positivo) se le parti, secondo il loro intento pratico, abbiano realizzato «*una causa contrattuale del tutto analoga a quella testamentaria, vale a dire la causa dispositiva per il periodo successivo alla morte*». In termini analoghi, BALESTRA e MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 102.

<sup>(34)</sup> Cfr. FUSARO, *Quale avvenire per i patti successori in Italia dopo il Regolamento europeo sulle successioni?*, in *Studi in onore di G. Iudica*, Milano 2014, p. 637 ss.

<sup>(35)</sup> A proposito della *ratio* del divieto dei patti istitutivi, nella letteratura più recente, TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli 2014, p. 53 ss.; PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, cit., p. 75 ss.; GERBO, voce *Patti successori*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma 2009, p. 1 ss. Sulla tematica si veda anche CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 36 ss., secondo cui ci si sarebbe ispirati all'esigenza di assicurare "centralità" al volere del *de cuius*; inoltre, D'ALOIA,

più che l'inadeguatezza del divieto dei patti successori rispetto alla sensibilità moderna costituisce un profilo ormai da tempo denunciato, sia pure nel contesto di letture generalizzanti, volte a considerare l'art. 458 c.c. nella sua completa estensione applicativa<sup>(36)</sup>.

Piuttosto che affidarsi, dunque, ad incerte valutazioni inerenti alla funzione dell'atto, con lo scopo di stabilire se quello perseguito dal disponente sia un interesse di natura successoria, e in questo caso un interesse dotato, anzi, di intensità tale da far meritare all'atto stesso una qualificazione *mortis causa*, con conseguente applicabilità dell'art. 458 c.c.<sup>(37)</sup>, pare necessario muoversi in altra direzione, valorizzando il rilievo dianzi svolto secondo cui ciò che il legislatore, in realtà, ha inteso impedire è soltanto che si affidino ad una fattispecie contrattuale i contenuti propri del negozio testamentario<sup>(38)</sup>.

Il patto successorio istitutivo, oggetto del divieto vigente nel nostro sistema giuridico, è un patto che si specchia – abbiamo detto – nell'immagine del testamento, di tal che – per esprimerci con una formula – non sarà il contratto con funzione successoria, ma soltanto e più precisamente il contratto con contenuti "testamentari" a dover essere sanzionato con la nullità<sup>(39)</sup>.

Ciò, si deve aggiungere, a prescindere dal fatto che tali contenuti esauriscano la portata precettiva negoziale o si combinino, all'interno dell'accordo, con pattuizioni diverse, espressive di porzioni di regolamento di

*Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 141, per il quale il legislatore avrebbe ritenuto non commerciabili le attribuzioni *mortis causa*.

<sup>(36)</sup> In tal senso, ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 7, secondo cui la disposizione in parola costituisce un «obsoleto fattore di blocco frapposto al perseguimento di interessi sostanzialmente meritevoli di tutela».

<sup>(37)</sup> In senso critico sulle teorie causali anche D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 30 ss., sottolineando che «l'art. 458 c.c. non identifica il patto successorio istitutivo sulla base dell'interesse perseguito dal disponente o dalle parti contraenti».

<sup>(38)</sup> Una lettura restrittiva parrebbe anche quella proposta da BARBA, *I patti successori*, cit., p. 20 ss., secondo cui patti successori vietati sarebbero tutti e solo quelli con cui si dispone della delazione propria o altrui (e con la conseguenza dunque che patti istitutivi, da un lato, e patti dispositivi o rinunciativi, dall'altro, andrebbero accomunati). E tuttavia sarebbe, in definitiva, pur sempre «*indispensabile un'indagine di tipo funzionale, che, muovendo dal principio sotteso alla proibizione, consistente nel divieto della disposizione della delazione, ... valuti la funzione che il singolo contratto ... svolge nel singolo caso concreto*» (p. 122). In altri termini, «*la validità o invalidità di ogni contratto che abbia una funzione parasuccessoria*» dipenderebbe «*da una valutazione concreta degli interessi*» (p. 162).

<sup>(39)</sup> Diversamente, ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 95, secondo cui bisognerebbe «*avere riguardo alla causa del testamento per determinare se un negozio, differente da quest'ultimo, che presenti un'analogia causa ... rientri nella previsione dell'art. 458 cod. civ.*».

per sé non riconducibili al novero delle disposizioni in cui l'atto testamentario è capace di articolarsi<sup>(40)</sup>. Di tal che si dovrà affermare la nullità dell'accordo con cui, ad es., l'ereditando istituisca a titolo universale la controparte a fronte di un corrispettivo in denaro o della promessa di una differente prestazione, così come sarà nullo, d'altronde, anche l'accordo avente un contenuto costituito soltanto da un lascito *mortis causa* disposto da una parte a favore dell'altra<sup>(41)</sup>.

Né può dirsi, con specifico riguardo a quest'ultima ipotesi, che l'adesione del beneficiario (sia in realtà destinata, qui, a rimanere inutile e dunque) non consenta di riconoscere carattere bilaterale alla fattispecie, essendo precluso all'interprete di ravvisare un contratto lì dove per volontà di legge non potrebbe esservi che un testamento, semmai da qualificare come "concordato", allorché i suoi contenuti siano stati condivisi, ma senza che allora il divieto dell'art. 458 c.c. possa essere chiamato in gioco<sup>(42)</sup>. Quando la struttura dell'atto, per come esso si presenta in concreto, è bilaterale ovvero sia, in questa accezione, "consensuale", registrandosi la convergenza delle manifestazioni di volontà di due soggetti su di un identico contenuto (e cioè, qui, su di un determinato regolamento successorio), la presenza dell'accordo (con il valore impegnativo che gli è connaturale) non potrà essere negata e così neanche la sussistenza di una duplicità di parti, salvo poi dover constatare il contrasto frontale di un tale accordo con il dettato dell'art. 458 c.c.<sup>(43)</sup>.

Del resto, la comparazione, in particolare, con il sistema tedesco insegna come in quell'esperienza non vi siano dubbi sull'ammissibilità degli *einseitige Erbverträge*, quali contratti caratterizzati dalla presenza di una o più *vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen* provenienti da una parte soltanto<sup>(44)</sup>. Di tal che anche nel nostro ordinamento ciò che bisognerà

---

<sup>(40)</sup> Si veda, in altra prospettiva, D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 6 s. nt. 13, che utilizza la locuzione «contratto successorio» a indicare solo la seconda ipotesi, quella cioè dei contratti inclusivi di «*clausole istitutive ed il cui contenuto comprenda altresì precetti incompatibili con il tipo testamentario*».

<sup>(41)</sup> Distingue, per contro, D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 90 ss.

<sup>(42)</sup> Così, invece, D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 70 ss. e 85 ss., secondo cui nei testamenti "concordati" sussisterebbe «*un insieme di fatti che, soltanto sul piano empirico ..., corrisponde allo schema ordinario di formazione della fattispecie contrattuale*».

<sup>(43)</sup> Nel senso che il patto possa presentarsi «*nella forma di convenzione di mera istituzione di erede o di legatario*», CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 32.

<sup>(44)</sup> Sul punto, BROX, *Erbrecht*, cit., p. 95, il quale annota che la controparte, in tal caso, «*nimmt nur die Erklärung des Erblassers an, um die Bindungswirkung herbeizuführen*».

stabilire, piuttosto, è se la dichiarazione del soggetto non disponente in realtà non si riduca a una mera presa d'atto, anziché costituire l'espressione di un consenso capace di rendere vincolante, sul piano contrattuale, la volontà del disponente<sup>(45)</sup>.

4. – Nell'ottica qui privilegiata, quindi, il disporre delle «*proprie sostanze*» di cui all'art. 587, comma 1, c.c. equivale al disporre della «*propria successione*» di cui alla prima frase dell'art. 458 c.c. Ond'è che – lo si ripete – per capire il patto successorio istitutivo bisognerà prima aver definito il testamento dal punto di vista contenutistico<sup>(46)</sup>.

Ora, l'ereditando può disporre delle sue sostanze in una varietà di modi diversi, se per disporre s'intende, in lata accezione<sup>(47)</sup>, il fissare un regolamento incidente sulla vicenda successoria, dettando una disciplina volta a definire un determinato assetto *post mortem* riferito al proprio patrimonio<sup>(48)</sup>. Egli dunque potrà attribuire quest'ultimo ad uno o più soggetti chiamati nell'*universum ius* o destinare beni specifici mediante lasciti a titolo particolare, ma anche potrà disegnare una trama più o meno articolata di obblighi, ponendoli a carico – a titolo di legato, sublegato o onere – degli eredi o legatari, e ancora potrà dettare disposizioni diverse, eventualmente complementari ai lasciti disposti con il testamento (ad es., la clausola di cui all'art. 558, comma 2, c.c.), come anche disposizioni di tenore negativo, tese ad escludere dalla successione uno di coloro che sarebbero intitolati a prendervi parte<sup>(49)</sup>.

Con una formula riassuntiva, ciò posto, potrebbe dirsi che quelli appena enumerati costituiscano contenuti tipicamente testamentari, perché tutti capaci di comporre il regolamento adottabile dal testatore a disciplina della propria successione, anche quando si tratti di contenuti, com'è il caso

<sup>(45)</sup> Nel diritto tedesco, per la necessità di accertare se le disposizioni *mortis causa* contenute in un *Erbvertrag* costituiscano manifestazione di un «*Wille zur Bindung*», traducendosi realmente in «*vertragsmäßige Verfügungen*», si veda ancora BROX, *Erbrecht*, cit., p. 94.

<sup>(46)</sup> In proposito si veda anche D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 36 ss.

<sup>(47)</sup> Cfr. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino 1966, spec. p. 246 e 254.

<sup>(48)</sup> Sottolinea la «*insostituibile duttilità del meccanismo testamentario*», BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit., p. 18 s., sia pure nel contesto di una prospettiva ampia, che considera il testamento espressione della stessa personalità umana e strumento utilizzabile anche per la realizzazione di interessi di natura soltanto morale.

<sup>(49)</sup> In argomento sia consentito il rinvio a DELLE MONACHE, *Le fattispecie di diseredazione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 877 ss. Si veda inoltre l'ampia e articolata indagine di DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, Milano 2017, *passim*.

della diseredazione, privi di riscontro sul piano normativo. Dopo di che il momento di intersezione con la problematica dei patti successori istitutivi diventa più semplice da cogliere, almeno nella prospettiva qui seguita: ciò che il legislatore ha voluto, infatti, impedire mediante il divieto di cui alla prima frase dell'art. 458 c.c. è semplicemente che vengano dettate attraverso lo strumento contrattuale disposizioni corrispondenti ai contenuti tipicamente testamentari di cui s'è detto.

Non solo non è consentito, dunque, assumere ad oggetto di una «*convenzione*» (ovverosia di un accordo contrattuale) un qualunque lascito *mortis causa*, ma neppure si potrebbe affidare ad un contratto una disposizione a contenuto negativo o una dichiarazione di preferenza ai sensi dell'art. 558, comma 2, c.c. Né sarebbe possibile, poi, realizzare per via contrattuale ciò che, sul piano obbligatorio, è invece consentito attraverso il testamento, e cioè porre a carico dei propri eredi o legatari obblighi destinati a costituirsi *ex novo* con l'apertura della successione.

5. – Quanto fin qui osservato necessita tuttavia di ulteriori precisazioni, rischiando altrimenti il discorso di rimanere troppo generico e così, in sostanza, infruttuoso sul piano delle applicazioni pratiche.

Può allora aggiungersi che, poste le superiori premesse, all'interno della stessa categoria dei patti successori istitutivi è possibile procedere a ulteriori partizioni, distinguendo quelli che potrebbero essere chiamati, rispettivamente, patti istitutivo-dispositivi in senso stretto, patti istitutivo-dispositivi in senso lato e patti istitutivo-obbligatori.

I primi sono i patti con cui le parti, o una soltanto di esse con il consenso dell'altra<sup>(50)</sup>, dispongono *mortis causa* dei propri beni (e cioè programmano una vicenda traslativa *mortis causa*), a titolo universale o particolare<sup>(51)</sup>. A parte i casi pressoché ignoti alla prassi, in un sistema che conosce il divieto di cui all'art. 458 c.c., nei quali il contratto abbia per contenuto una o più istituzioni a titolo universale, gli indici di riconoscibilità dei patti in discorso continuano a essere costituiti dai due elementi che, secondo la dottrina in precedenza richiamata, valgono a caratterizzare le attribuzioni *mortis causa*, e cioè il fatto che queste si riferiscano, in

---

<sup>(50)</sup> Cfr., nella letteratura tedesca, FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. II. *Das Rechtsgeschäft*<sup>4</sup>, Berlin-Heidelberg 1992, p. 146.

<sup>(51)</sup> Come già accennato, la conseguenza sarebbe che all'autore del lascito debba, in linea di principio, essere riconosciuto il potere di disporre in vita del proprio patrimonio o dell'oggetto del legato, essendogli invece impedito di disporne a causa di morte, giacché «*la istituzione contrattuale è irrevocabile*»: GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 43.

termini oggettivi, ad un *quod superest* e abbiano un'efficacia, sul piano soggettivo, subordinata alla sopravvivenza del beneficiario al disponente. Non sembra dubitabile, così, che rientrino, ad es., nella sottocategoria in esame le clausole di accrescimento della proprietà in capo a chi sopravviva, man mano, tra più acquirenti *pro indiviso* di uno stesso bene<sup>(52)</sup>, sempre che sia pattuito che costoro in vita mantengano, come comproprietari, il potere dispositivo sulle quote individuali di appartenenza del bene (art. 1103 c.c.)<sup>(53)</sup>.

Analogamente, l'opzione d'acquisto di un bene dell'ereditando, da esercitarsi dopo la sua morte, costituirà oggetto di un'attribuzione *mortis causa* solo per il caso in cui all'ereditando sia conservato il potere di disporre legittimamente del bene stesso durante la propria vita<sup>(54)</sup>. Ciò, tuttavia, salvo doversi precisare che la natura *mortis causa* del negozio attributivo dell'opzione può essere colta non già sotto il profilo di un'inesistente volontà ordinativa di un lascito sul bene opzionato, bensì sotto il profilo della soggezione cui l'acquirente di un tale bene (per successione legittima o testamentaria) verrà ad essere sottoposto nei confronti dell'opzionario<sup>(55)</sup>. Sicché la tematica andrebbe riportata, in realtà, alle ulteriori tipologie di patti istitutivi che verranno esaminate più avanti, essendosene qui fatto cenno per ragioni – diciamo così – di connessione<sup>(56)</sup>.

Invece, nell'ambito dei patti istitutivo-dispositivi ora considerati sono da ricomprendere le ipotesi, assai rilevanti nella prassi, in cui l'ereditando

<sup>(52)</sup> BALESTRA e MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 106 s.; L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., p. 117.

<sup>(53)</sup> Sul punto si veda tuttavia GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 47 s. In giurisprudenza, Cass. 18 agosto 1986, n. 5079, che ha giudicato nullo un patto con cui due coniugi, acquistata da un terzo la proprietà di un immobile, avevano ciascuno trasferito, per il caso di propria premorienza, la rispettiva quota di comproprietà a favore dell'altro, con ciò privandosi del potere di disposizione della quota stessa non solo per testamento, ma anche per atto tra vivi.

<sup>(54)</sup> Nel senso che l'ipotesi, invece, ricada senz'altro nel divieto, BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*<sup>5</sup>, Milano 2015, p. 37.

<sup>(55)</sup> Sebbene con svolgimenti forse non del tutto condivisibili, il punto non sfugge a LANDINI, *L'opzione nella vicenda successoria*, in questa *Rivista*, 2004, II, p. 835 ss. ed ivi 844, nel commentare quanto deciso, in passato, da Cass. 16 aprile 1994, n. 3609 (in *R. d. comm.*, 1995, p. 25 ss.), la quale, a proposito di un'opzione derivante da clausola statutaria, ne aveva escluso il contrasto con l'art. 458 c.c., «in quanto il vincolo previsto reciprocamente a carico dei soci è produttivo di effetti solo dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi».

<sup>(56)</sup> L'importanza pratica dell'opzione di acquisto di partecipazioni sociali anche nelle operazioni di *family buy-out* è sottolineata da LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemioriar al patto di famiglia*, in questa *Rivista*, 2007, II, p. 303 ss.

dislochi una quantità di proprie risorse (beni o denaro) presso un terzo, incaricato della custodia o dell'amministrazione delle stesse e con il compito di trasferirle, alla morte dell'ereditando, ad uno o più beneficiari sopravvivenenti, ma fermo rimanendo il potere di costui, durante la propria vita, di disporre di tali risorse nel modo voluto, perciò anche sottraendole alla loro prevista destinazione finale<sup>(57)</sup>.

Non ha molta importanza, in casi del genere, definire esattamente la natura del rapporto istituito con il terzo, stabilendo se esso metta capo ad un negozio fiduciario, ad un semplice mandato o ad un deposito connesso ad un incarico gestorio<sup>(58)</sup>. E nemmeno è rilevante accertare se quella programmata sia una vicenda traslativa del rapporto sussistente tra ereditando e terzo, con la contemplazione del beneficiario quale acquirente *mortis causa* del rapporto stesso<sup>(59)</sup>, o sia invece una vicenda per realizzare la quale vengano messe in opera strutture effettuali implicanti, sempre da parte del beneficiario, l'acquisto *iure proprio* del diritto verso il terzo, al momento della morte dell'ereditando<sup>(60)</sup>. Nell'una e nell'altra ipotesi, invero, rimane inalterata la sostanza del fenomeno, la quale consiste nel fatto che una certa quantità di beni sia destinata a qualcuno per dopo la morte dell'ereditando, ma nella misura in cui tali beni ancora sussistano, in tale momento, nella sfera di disponibilità di quest'ultimo, e sempre che il beneficiario gli sopravviva<sup>(61)</sup>.

---

(57) Non è convincente – va detto già *in limine* – l'idea secondo cui l'uscita immediata del bene dal patrimonio del disponente sarebbe di per sé bastevole ad evitare la ricaduta del negozio nel divieto *ex art. 458 c.c.*, come sostenuto, ad es., da BIANCA, *Le successioni*, cit., p. 36 s.: «La causa di morte deve sicuramente escludersi quando il soggetto dispone di un proprio bene trasmettendolo ad altri nel tempo in cui egli è ancora in vita».

(58) Si veda l'ipotesi esaminata da NICOLÒ, *Disposizione di beni mortis causa in forma «indiretta»*, in *R. not.*, 1967, p. 641 ss., che conclude per la nullità dell'operazione con cui, nella specie, un soggetto si era fatto rilasciare da una banca alcuni libretti nominativi intestati a determinate persone, con l'accordo che egli avrebbe continuato a disporre liberamente delle somme depositate, mentre la banca avrebbe conservato i libretti in custodia fiduciaria, per consegnarli poi agli intestatari al momento della morte del depositante (*adde* ID., *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 153 s.).

(59) D'interesse è la fattispecie decisa da Cass. 17 agosto 1990, n. 8335, nella quale, secondo la ricostruzione operata dal giudice *a quo*, era stato stipulato un deposito irregolare con trasferimento *mortis causa*, dal depositante al beneficiario, del diritto di credito spettante al primo nei confronti del depositario.

(60) In proposito, si osservi che, nella stessa stipulazione a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, è derogabile il disposto dell'art. 1412, comma 2, c.c., dal quale si ricava l'immediatezza dell'acquisto del terzo (cfr. sul punto GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 303).

(61) Non è dunque dirimente – può ripetersi – che il beneficio accordato non sia compreso nella successione, trattandosi di beni già usciti dalla sfera dell'ereditando, poiché



Al più si potrebbe osservare, perciò, che il divieto di cui alla prima frase dell'art. 458 c.c. opererà in modo diretto quando la vicenda programmata consista nel rendere il beneficiario acquirente *mortis causa* del rapporto verso il terzo già facente capo all'ereditando, laddove esso, sempre nei casi in discorso, troverà invece un'applicazione mediata dal disposto dell'art. 1344 c.c., se quello del beneficiario sia invece un acquisto *iure proprio* <sup>(62)</sup>.

Considerazioni analoghe valgono per il c.d. mandato *post mortem* <sup>(63)</sup>. Non può dubitarsi, intanto, della sua nullità quando l'obbligo del mandatario consista nel compiere atti dispositivi su beni o diritti appartenenti al mandante al tempo della sua morte e perciò rimasti nell'eredità dello stesso <sup>(64)</sup>. Né tale conseguenza è evitata dal fatto che sia stato tenuto fermo – anche per il caso di cui all'art. 1723, comma 2, c.c. – il potere del mandante di revocare l'incarico al mandatario <sup>(65)</sup>. Il divieto dei patti successori istitutivi trova il suo fondamento – per discutibile che sia – in ragioni più ampie della mera vincolatività che accompagna il contratto, almeno di regola <sup>(66)</sup>, a differenza del negozio testamentario, per definizione sempre revocabile <sup>(67)</sup>.

si tratterà ancora di stabilire, usando la terminologia di GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 301, se ricorra «un'attribuzione indiretta a causa di morte».

<sup>(62)</sup> Si veda, sul punto, NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali*, cit., p. 151 s., secondo cui, pur quando non sussista, tecnicamente, un'attribuzione *mortis causa*, «l'interprete non può esimersi da un esame penetrante della fattispecie, per vedere se non si possa cogliere nel complesso generale degli atti posti in essere dai privati, un intento frodatario della legge, in maniera che si possa applicare l'art. 1344 sull'illiceità del contratto, o l'art. 1345». Eccessivo sembra quanto giunge ad affermare, invece, F.M. GAZZONI, *Patti successori: conferma di un'erosione* (nota a Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, in *R. not.*, 2001, II, p. 227 ss.): «È lecito ritenere che se l'art. 458 c.c. fosse applicato con rigore e in unione con gli artt. 1344 e 1345 c.c., probabilmente ben pochi patti, collegati, si salverebbero dalla nullità».

<sup>(63)</sup> Il riferimento, più in particolare, è al mandato *post mortem* conferito per contratto, sul presupposto della derogabilità – comunemente ammessa – della regola di cui all'art. 1722 n. 4 c.c. (DE GIORGI, voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 533 ss. ed ivi 540), salvo in ogni caso il dettato dell'art. 1723, comma 2, c.c. (TRAISCI, *Il divieto di patti successori*, cit., p. 96 e 100; L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., p. 113 s.).

<sup>(64)</sup> Cfr. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano 1984, p. 126; PALAZZO, *Le successioni*<sup>2</sup>, I, in *Tratt. Ludica-Zatti*, Milano 2000, p. 216; PENE VIDARI, voce *Contratti post mortem*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, *Agg.*, I, Torino 2003, p. 411 ss. ed ivi p. 418.

<sup>(65)</sup> Per la validità, tuttavia, del mandato *post mortem* revocabile, DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 144 ss.

<sup>(66)</sup> DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano 1993, p. 29 ss.

<sup>(67)</sup> Cfr. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Tratt. Roppo*, VI, Milano 2006, p. 403 ss. ed ivi 460.

Ma la nullità potrebbe ricorrere, poi, anche nella diversa ipotesi in cui la proprietà dei beni o diritti da destinare al terzo sia trasferita al mandatario già durante la vita del mandante, come accade nei rapporti di natura fiduciaria<sup>(68)</sup>. Anzi, qui è proprio la revocabilità – intesa come assenza del patto *ex art. 1723*, comma 1, c.c. o come deroga convenzionale all'irrevocabilità di cui al cpv. della medesima disposizione – a poter sorreggere, nel concreto, una qualificazione del mandato come mezzo volto a realizzare un'attribuzione *de residuo*. La conservazione del potere di revoca, più precisamente, è un potenziale indice del fatto che il mandante abbia voluto servirsi del mandato quale strumento di destinazione *post mortem* di determinati suoi beni, per il caso in cui egli non ne abbia disposto in modo diverso durante la propria vita. Nel che sta l'essenza del patto istitutivo<sup>(69)</sup>.

Resta da dire, a questo punto, dei patti istitutivo-dispositivi in senso lato e dei patti istitutivo-obbligatori.

Quanto ai primi, possono essere definiti tali, sulla scorta ancora di un confronto con i tipici contenuti del negozio testamentario, i patti con cui siano fissati assetti di regole destinate necessariamente a incidere, per loro natura, sulla successione *mortis causa* di una o entrambe le parti. Basti pensare al contratto contenente la nomina di un esecutore delle ultime volontà di una delle parti o che includa una disposizione di pura diseredazione in danno di un successibile legittimo. E siccome saremmo al cospetto, allora, di regolamenti relativi ad una situazione *post mortem*, intesa come situazione originatasi dalla morte di una delle parti, la nullità per contrasto con il divieto di cui alla prima frase dell'art. 458 c.c. non sembra poter essere, qui, revocata in dubbio<sup>(70)</sup>.

Si può aggiungere, poi, che nella categoria in esame rientrano anche i patti con cui debitore e creditore impongano la solidarietà agli eredi del primo, in deroga al principio del frazionamento del rapporto obbligatorio caduto in successione, quale rapporto destinato a trasformarsi, con la

---

(68) Sui momenti di contatto tra fiducia e mandato si veda, in letteratura, CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, rist. 1983, p. 72 ss.

(69) Per una conclusione diversa, tuttavia, CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *G. comm.*, 1975, II, p. 694 ss. ed ivi 704, secondo cui il mandato *post mortem* «è un valido negozio a termine iniziale tutte le volte in cui ha per oggetto beni che non appartengono all'asse ereditario perché già in vita del de cuius sono usciti dal patrimonio di lui». Si soffermano sulle difficoltà operative del mandato immediatamente traslativo nei riguardi del mandatario, PALAZZO e SASSI, *Trattato della successione*, cit., p. 575 s.

(70) Si osservi che nello stesso sistema tedesco i contenuti dell'*Erbvertrag* sono limitati nel senso indicato dal § 2278 Abs. 2 BGB: «*Andere Verfügungen als Erbinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können vertragsmäßig nicht getroffen werden*».

morte del debitore, in una molteplicità di obbligazioni facenti capo ai singoli eredi e aventi ad oggetto, ciascuna, una parte del debito originario proporzionale alle quote ereditarie (artt. 752 e 754 c.c.)<sup>(71)</sup>.

Il vincolo della solidarietà passiva – avvertiva una dottrina autorevole – potrebbe essere messo a carico dei propri eredi, dal debitore, mediante testamento, ma non attraverso un'apposita clausola del contratto da cui il rapporto obbligatorio scaturisce, giacché essa darebbe luogo ad «*un patto su una futura successione, come tale vietato nel nostro ordinamento (art. 458)*»<sup>(72)</sup>. E per quanto questa opinione, oltre che avversata dalla dottrina forse maggioritaria<sup>(73)</sup>, non abbia trovato l'avallo della giurisprudenza, che si esprime in termini opposti<sup>(74)</sup>, riesce vano, in realtà, negare che il patto (contestuale o posteriore al sorgere del debito) con cui venga imposta la solidarietà agli eredi interferisca sulla successione del debitore, incidendo sulla sorte dei suoi rapporti obbligatori<sup>(75)</sup>.

Relativamente, infine, ai patti istitutivo-obbligatori, non ci si vuole riferire con tale formula alle ipotesi in cui le parti o una di esse si impegnino a redigere un determinato testamento<sup>(76)</sup>. Piuttosto, sempre tenen-

<sup>(71)</sup> In argomento, peraltro, BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova 2005, *passim*.

<sup>(72)</sup> RUBINO, *Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili*<sup>2</sup>, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, rist. 1963, p. 188. In argomento sia consentito il rinvio anche a DELLE MONACHE, *Limiti negoziali alla divisibilità dell'obbligazione fra gli eredi del debitore*, in *I Maestri italiani del diritto civile. Domenico Rubino*, Napoli 2009, I, p. 411 ss. Si veda, inoltre, BASINI, *Il "patto contrario" previsto dall'art. 1295 c.c. e il divieto dei patti successori* (nota a Trib. Cagliari 15 ottobre 2008), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 508 ss.

<sup>(73)</sup> Cfr., ad es., BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano 1993, p. 752; L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., p. 120; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione – Donazione*, in *Comm. del Cod. Civ.*, Torino 1970, p. 151; CASULLI, voce *Divisione ereditaria (dir. civ.)*, in *Nov. D.*, VI, Torino 1960, p. 40 ss. ed ivi 53.

<sup>(74)</sup> Cfr. Cass. 7 aprile 2005, n. 7281; Cass. 25 ottobre 2000, n. 14063; Cass. 25 novembre 1988, n. 6345 («*Colui che contrae un'obbligazione può convenire che i suoi eredi siano solidalmente obbligati per il debito contratto, in quanto ogni debitore può apporre ai suoi beni i carichi che più gli aggradano, salvo agli eredi la facoltà di sottrarsi a quei vincoli rinunciando all'eredità od accettandola con il beneficio dell'inventario*»).

<sup>(75)</sup> Anche chi in tempi recenti ha ricostruito in termini, tendenzialmente, restrittivi la nozione di patto successorio istitutivo, affermando che il relativo divieto colpisca i soli negozi di disposizione della delazione (mentre sarebbero ammessi gli accordi con oggetto diverso, pur se destinati a regolare un qualche profilo successorio), esclude comunque che i patti volti a far gravare la solidarietà sugli eredi appartengano all'area degli atti *inter vivos* (essi invece integrando – si ritiene – un atto di ultima volontà, sempre revocabile), atteso che «*in questo modo il debitore detta un regolamento sulla responsabilità per i debiti ereditari*» (BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, cit., p. 207).

<sup>(76)</sup> Sulla promessa di testare e sulla sua esecuzione, di recente, BARBA, *I patti successori*,

do fermo il parallelismo con i possibili contenuti del negozio testamentario, si tratta ora di riflettere sulla figura del patto destinato a porsi quale fonte di un legato obbligatorio o di un obbligo modale a carico del successibile di una delle parti.

Il legato obbligatorio, per limitarsi ad esso, altro non è se non la determinazione del disponente intesa a far sì che i suoi eredi o eventualmente un diverso legatario, in quanto tali e dunque per il tempo successivo alla morte del primo, siano gravati dall'obbligo di eseguire una prestazione a favore del soggetto onorato<sup>(77)</sup>. Ebbene, allorquando la previsione dell'obbligo relativo al compimento di una prestazione *post mortem*, anziché contenuta in un negozio testamentario, sia portata da un accordo contrattuale, per decidere della sua validità bisognerà guardare al modo in cui la morte è stata considerata dalle parti: se come mero termine di adempimento o come evento da cui dipende l'acquisto del diritto in capo al beneficiario. E con la conseguenza che detta previsione, valida nel primo caso<sup>(78)</sup>, sarà da giudicare nulla, invece, nel secondo<sup>(79)</sup>, senza che in quest'ambito debba probabilmente assegnarsi una diversa valenza all'evento-morte, distinguendo tra disposizioni *mortis causa* e promesse (assunte in proprio ma) sotto modalità di morte<sup>(80)</sup>. Anche in tale ultimo caso, infatti, la determinazione volitiva del promittente si risolve pur sempre, guardando alla sostanza delle cose, nel porre un obbligo di prestazione a carico dei propri successibili<sup>(81)</sup>.

---

cit., p. 53 ss.; D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 201 ss.; CACCAVALE, *Contratto e successioni*, cit., p. 481 ss.; PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, cit., p. 123 ss. In giurisprudenza, Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, cit., con nota di F.M. GAZZONI, *Patti successori: conferma di un'erosione*.

(77) Nel senso che l'obbligazione debba essere (non già assunta dal disponente, ma) imposta al beneficiario di un acquisto *mortis causa*, D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 41 nt. 79.

(78) GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 45.

(79) Cfr., con riguardo alle ipotesi in cui la promessa provenga dal beneficiario di una prestazione d'assistenza, IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 11 s.

(80) Per una conclusione diversa, D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., p. 36 e 41 s. nt. 79, che equipara senz'altro, escludendole dall'ambito delle disposizioni *mortis causa*, le promesse ad esigibilità e ad efficacia *post mortem*.

(81) Va così approvata, negli esiti, Cass. 24 aprile 1987, n. 4053, la quale, in un interessante caso in cui un soggetto aveva attribuito ad altri il godimento (a titolo di comodato) di un immobile con effetti decorrenti dalla propria morte, ha stabilito il principio secondo cui una simile disposizione debba considerarsi *mortis causa* e sia quindi nulla, ai sensi dell'art. 458 c.c., quando costituisca il frutto di un accordo contrattuale, anche se strutturato nella forma di un atto *inter vivos* sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del disponente.

6. – Posto che non è, dunque, il contratto con funzione successoria a costituire oggetto del divieto dei patti istitutivi, ma semmai il contratto con “contenuti testamentari”, rimane da chiedersi quale posizione occupi, nella tematica che stiamo esaminando, la figura della stipulazione a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.)<sup>(82)</sup>.

Al riguardo, è a dirsi che tale figura ben può rispondere, com'è chiaro, all'interesse dello stipulante a pianificare la propria successione, e tuttavia la sua ammissibilità, stabilita dal legislatore, non costituisce una deroga al dettato dell'art. 458 c.c.

La riconducibilità all'atto *mortis causa* della stipulazione *ex art. 1412 c.c.* è stata affermata, in passato, da autori di grande autorevolezza<sup>(83)</sup>, ma scontrandosi la tesi in tal modo proposta con obiezioni ricorrenti, le quali fanno leva, segnatamente, sul fatto che l'acquisto del terzo, da un lato, non riguarda beni compresi nella successione dello stipulante e, dall'altro, si realizza immediatamente, come si ritiene possa evincersi dalla disciplina dettata per il caso in cui egli premuoia allo stesso stipulante<sup>(84)</sup>.

In effetti, è da condividere l'idea che l'attribuzione a favore del terzo sia *inter vivos*, e non già *mortis causa*<sup>(85)</sup>. Richiamando anche gli esiti delle riflessioni sopra svolte, va osservato invero che, nonostante il potere di revoca – e il suo rafforzamento, anzi, nella specie (art. 1412, comma 1, c.c.) –, non si è al cospetto, qui, di un'attribuzione (indiretta) di beni che rimangano nella disponibilità dello stipulante e che siano da considerare assegnati al terzo beneficiario solo *de residuo*, al momento dell'apertura della successione.

La tematica trova una sua declinazione ulteriore nella figura dell'assicurazione sulla vita a favore di terzo per il caso di morte dello stipulante

<sup>(82)</sup> Si prescinde qui dal problema se la designazione del terzo possa essere successiva al contratto e intervenire anche per testamento (MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*<sup>2</sup>, in *Comm. Schlesinger*, continuato da F.D. Busnelli, Padova 2012, p. 147 ss. e 155 ss.).

<sup>(83)</sup> Il riferimento, in particolare, è a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, in *Tratt. Vassalli*, Torino 1955, p. 320 nt. 3: «L'art. 1412 cod. civ. contempla un'attribuzione *mortis causa* operata mediante contratto a favore di terzi ... Nel che è da ravvisare una deroga al divieto dei patti successori enunciato dall'art. 458». In termini analoghi, MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 160 s.; L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., p. 119; TRAISCI, *Il divieto di patti successori*, cit., p. 106.

<sup>(84)</sup> Cfr. già SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 223 s.; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 404 s.

<sup>(85)</sup> Per tutti, riferendosi al caso di designazione effettuata nel contratto stesso o con successivo atto *inter vivos* dello stipulante, ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi*, Art. 1411-1413, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2004, p. 345 ss.

(art. 1920 c.c.)<sup>(86)</sup>, laddove, con riguardo alla designazione non testamentaria del beneficiario, giustamente si è concluso che l'acquisto del diritto segua al momento della designazione stessa, così anche affermandosi, pertanto, che l'attribuzione sia *inter vivos* <sup>(87)</sup>.

Più problematico risulta invece l'esito adombrato da parte della medesima dottrina a proposito della designazione fatta per testamento, essendosi qui sostenuto che si sia al cospetto di un'attribuzione indiretta per causa di morte compiuta dallo stipulante del contratto assicurativo <sup>(88)</sup>.

Invero, poiché con la designazione, anche quando segua per testamento, il terzo «*acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione*» (art. 1920, comma 3, c.c.), un diritto omologo, cioè, a quello che nella figura generale, dianzi analizzata, trova il suo titolo direttamente nel contratto (art. 1412 c.c.), potrebbe sembrare che non vi sia spazio, neanche nel caso adesso in esame, per ipotizzare la presenza di un'attribuzione *mortis causa*. In senso contrario, tuttavia, è stato sostenuto che la designazione testamentaria, benché per suo tramite lo stipulante disponga di una somma che non si trova nel proprio patrimonio, presenti la sostanza, almeno in termini empirici, di un legato, tanto è vero che, in sua assenza, quanto dovuto dall'assicuratore resterebbe acquisito all'eredità del primo <sup>(89)</sup>. Se n'è dunque tratto argomento per affermare che essa debba essere disciplinata, per quanto riguarda il rapporto tra lo stipulante e il terzo beneficiario, mediante l'applicazione analogica delle norme sui legati <sup>(90)</sup>.

Queste conclusioni appaiono di sicuro interesse e meriterebbero una considerazione maggiore di quanta non ne abbiano invece ricevuta dalla dottrina successiva, che si è espressa, per lo più, in senso contrario <sup>(91)</sup>. Esse tuttavia non comportano che si debba parlare, neanche qui, di una deroga al dettato dell'art. 458 c.c., nella parte in cui vieta la stipulazione dei patti istitutivi. Piuttosto, rovesciando la dicitura utilizzata nell'ultima

<sup>(86)</sup> Con riguardo ad un'ipotesi di assicurazione sulla vita a contenuto finanziario si veda Cass. 19 febbraio 2016, n. 3263, con nota di PERILLO, *L'assicurazione sulla vita a contenuto finanziario a favore di terzi come donazione indiretta*, in *Fam. e d.*, 2018, p. 19 ss.

<sup>(87)</sup> GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 305 s.

<sup>(88)</sup> In questo senso, ancora, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 306.

<sup>(89)</sup> GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 307 s.

<sup>(90)</sup> GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 309. Per una conclusione simile, ma in termini generali, con riguardo agli «*spostamenti intergenerazionali di ricchezza che si avvalgono del meccanismo previsto ... dallo schema del contratto a favore di terzo da eseguirsi alla morte dello stipulante*», ZOPPINI, *Contributo*, cit., p. 1101 s.

<sup>(91)</sup> Per tutti, di recente, PALAZZO e SASSI, *Trattato della successione*, cit., p. 543 ss.

frase dell'art. 1920, comma 2, c.c. <sup>(92)</sup>, bisognerà affermare che la designazione testamentaria del beneficiario dell'assicurazione equivalga, in pratica, ad un'attribuzione per testamento della somma assicurata. Ma con la conseguenza allora che il titolo di tale attribuzione, nei rapporti con lo stipulante, sarà da rinvenire nel testamento stesso, così dandosi luogo ad un acquisto *mortis causa* a favore del beneficiario <sup>(93)</sup>.

7. – L'esito delle riflessioni precedenti consiste nell'aver sottolineato come il divieto dei patti successori istitutivi abbia una rilevanza che, anziché ingigantita, magari attraverso letture tendenti ad un utilizzo ipertrofico dell'elemento della causa negoziale, dev'essere invece ricondotta entro i suoi giusti limiti, che sono quelli suggeriti dalla formula secondo cui i contenuti rispondenti alla funzione tipica del negozio testamentario non potranno essere veicolati attraverso lo strumento del contratto.

Costituisce dunque legittimo contenuto di un accordo contrattuale tutto ciò che, pur funzionale a mettere in atto un assetto d'interessi pensato in vista della morte di una o di entrambe le parti, non si traduca però nella disposizione, direttamente o indirettamente, di beni o risorse intese per quello che ne residuerà alla morte dell'ereditando, né nella statuizione di regole immediatamente incidenti sulla sua successione, né ancora nella previsione di obblighi o soggezioni destinati a gravare sui successibili sempre dell'ereditando.

Resta da aggiungere, peraltro, che niente impedisce al legislatore di forzare gli stessi confini entro cui la nullità sarebbe chiamata ad operare secondo il dettato dell'art. 458 c.c., un dettato da interpretarsi sia pure in modo restrittivo, nei termini visti. Emblematico a questo proposito sembra essere il caso del *trust*, il quale, in alcune delle sue multiformi varianti <sup>(94)</sup>, certamente appare suscettibile di essere attratto entro l'ambito di applicazione del divieto dei patti successori istitutivi, per come in precedenza definito <sup>(95)</sup>.

---

<sup>(92)</sup> «*Equivale a designazione l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona*».

<sup>(93)</sup> In giurisprudenza, di recente, si veda invece Trib. Verona 15 novembre 2016, in *Fam. e d.*, 2017, p. 877 ss. (con nota di MATTUCCI, *Assicurazione sulla vita e revoca implicita di designazione degli originari beneficiari per disposizione testamentaria incompatibile*), secondo cui la designazione del beneficiario costituisce un «*un atto tra vivi, nel senso che il beneficiario non acquista il diritto al pagamento dell'indennità a titolo di legato o di quota ereditaria, ma iure proprio in base alla promessa fatta dall'assicuratore di pagare il capitale al momento del verificarsi dell'evento assicurato*».

<sup>(94)</sup> In proposito, per tutti, LUPOLI, *Trusts*<sup>2</sup>, Milano 2001, *passim*.

<sup>(95)</sup> Gli argomenti per solito avanzati, ad escludere l'interferenza con il *trust* del divieto

In particolare, si profila quindi il problema se la Convenzione dell'Aja del 1985, cui bisognerebbe riconoscere il merito, secondo una tesi diffusa<sup>(96)</sup>, di aver consentito l'operare, in Italia, dei c.d. *trust* interni (vale a dire privi di rilevanti elementi di internazionalità, al di fuori del rinvio alla legge straniera applicabile)<sup>(97)</sup>, ciò abbia fatto anche in deroga a quanto previsto dal citato art. 458 c.c.<sup>(98)</sup>.

---

dei patti successori, non sembrano, nel complesso, convincenti (se ne veda una sintesi in PENE VIDARI, *Trust e divieto dei patti successori*, in questa *Rivista*, 2000, II, p. 851 ss. ed ivi 873 e 876, che peraltro riconosce come il *trust* possa essere utilizzato «quale strumento di attribuzione successoria indiretta»). Non è decisivo, segnatamente, osservare che la proprietà dei beni costituiti in *trust* è trasmessa già in vita dal *settlor*, non potendo dunque i beni stessi considerarsi parte della sua eredità (cfr. DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli 2010, p. 232; TRAISCI, *Il divieto di patti successori*, cit., p. 117; CALVO, *La tutela dei beneficiari nel «trust» interno*, in *R. trim. d. e proc. civ.*, 1998, I, p. 33 ss. ed ivi 62; MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, cit., p. 1104 s.: «È appena il caso di ribadire che i beni oggetto del *trust* si trovano al momento della morte del *settlor* fuori del suo patrimonio, sicché non fanno parte dell'asse ereditario»). Infatti, il *trust* è certo suscettibile di articolarsi, nondimeno, come strumento utile a realizzare un'attribuzione *de residuo* a favore di beneficiari che il *settlor* considera come soggetti destinati a sopravvivergli (cfr., con specifico riferimento ai c.d. *living trusts*, ZOPPINI, *Contributo*, cit., p. 1114). E tanto basta a porre, in astratto, il problema della sua compatibilità con il dettato dell'art. 458 c.c. Né può condividersi, in contrario, il rilievo secondo cui a «fuggare ... ogni dubbio» sarebbe sufficiente sottolineare il difetto, nel *trust*, di quel «rapporto patrimoniale tra il costituente ed il beneficiario» che invece si ritiene tipico del patto successorio (GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, XIX, Torino 1999, p. 449 ss. ed ivi 468). Infatti, sebbene non manchino, in dottrina, riferimenti in questo senso (si veda, CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., p. 399, per il quale il patto successorio istitutivo «ha luogo tra la persona a cui si deve succedere e quella che deve succedere»; CICU, *Testamento*, cit., p. 21; nella letteratura meno recente, N. COVIELLO, *Diritto delle successioni*, I, cit., p. 102), è lo stesso dibattito sulla natura di figure come, ad es., il contratto a favore di terzi con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.) a comprovare che, in realtà, la partecipazione del beneficiario all'accordo contrattuale non costituisce un elemento identificativo della categoria dei patti istitutivi.

<sup>(96)</sup> Per una sintesi, sul punto, BRAUN, *Trusts interni*, in questa *Rivista*, 2000, II, p. 573 ss. In argomento, tra i molti, ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano 2012, p. 113 ss.; MAZZAMUTO, *Il trust*, in CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di dir. priv. europeo*, II, Milano 2007, p. 621 ss. In modo radicale, da ultimo, LUPOI, *La metabolizzazione del trust*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 784 ss. ed ivi 789: «Il problema della legittimità del *trust* interno ... non esiste più».

<sup>(97)</sup> Ma nel senso che possa parlarsi, oramai, di un *trust* (non semplicemente interno, ma) di diritto interno, GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*<sup>2</sup>, Napoli 2010, p. 1 ss.

<sup>(98)</sup> Va oggi considerata, del resto, anche la l. 22 giugno 2016 n. 112, la quale deve essere riferire – è stato detto – ai *trust* in favore di soggetti con gravi disabilità in quanto *trust* interni: LUPOI, *La metabolizzazione del trust*, cit., p. 785. Al riguardo, tuttavia, v. anche AMORE, *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella "legge sul dopo di noi"*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2017, p. 1197 ss. ed ivi 1202 ss., secondo cui tale intervento legislativo, invece, comporterebbe l'ammissibilità anche del *trust* di diritto italiano (inteso come *trust* i cui elementi significativi siano localizzati in Italia e che non contempli alcun rinvio ad una legge regolatrice straniera).



Posta la questione in tali termini, essa parrebbe da inquadrare in quanto previsto dall'art. 15, comma 1, lett. c) della Convenzione, secondo cui questa non può essere d'ostacolo all'applicazione delle disposizioni imperative, appartenenti alla legge individuata in base alle regole di conflitto del foro, in materia di «*testamenti e ... devoluzione dei beni successori ...*»<sup>(99)</sup>. Si tratta di una delle c.d. clausole di salvaguardia dettate dal testo convenzionale<sup>(100)</sup>, in funzione limitativa all'operatività della legge sostanziale regolatrice del *trust*. Siccome questo mette in gioco una varietà di profili diversi, toccando anche materie connesse, per ciascuna delle quali i criteri di collegamento domestici possono rinviare a distinte leggi nazionali, si è voluto evitare che il ricorso al *trust* sia capace di tradursi nella disapplicazione dello *ius cogens* appartenente a tali leggi nazionali<sup>(101)</sup>. E con la conseguenza allora che, quando si tratti di un *trust* utilizzato in funzione successoria e alla successione risulti applicabile la legge italiana, l'atto istitutivo del *trust* sembrerebbe doversi valutare alla luce dell'art. 458 c.c., giusta il citato art. 15, comma 1, lett. c)<sup>(102)</sup>.

È questo un risultato, tuttavia, che non convince. Posto l'indubbio *favor* verso il *trust* di cui dà testimonianza il testo convenzionale, pare contraddittorio concludere che, in una situazione in cui l'atto istitutivo si presenti valido alla luce della legge regolatrice del *trust*, individuata in base ai criteri dettati dalla Convenzione, esso possa nondimeno scontare una valutazione di segno opposto ai sensi dell'art. 458 c.c., in quanto norma appartenente alla *lex successionis*<sup>(103)</sup>.

<sup>(99)</sup> Cfr. DELI, in AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, *Comm.* a cura di A. Gambaro, A. Giardina e G. Ponzanelli, in *Nuove l. civ. comm.*, 1993, p. 1211 ss. ed ivi 1286 ss.

<sup>(100)</sup> DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale*, cit., p. 111.

<sup>(101)</sup> Si veda, ancora, DELI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit., p. 1289, secondo cui la finalità dell'art. 15 è quella di «*garantire l'applicabilità di norme imperative estranee alla legge regolatrice del trust, che potrebbero avere rilievo anche in materie diverse dal trust ma ad esso connesse*».

<sup>(102)</sup> Evoca la questione DELI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit., p. 1291. Più ampiamente, DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale*, cit., p. 215 ss. e 230 ss. In generale, si veda GATT, *Dal trust al trust*, p. 19, secondo cui, nelle fattispecie di *trust* interno, andrà considerata la compatibilità del *trust* e della legge straniera scelta dal costituente con le norme inderogabili di diritto italiano vigenti nelle materie di cui all'art. 15 della Convenzione, oltre che con le norme di applicazione necessaria del foro e con l'ordine pubblico.

<sup>(103)</sup> Diversamente, PENE VIDARI, *Trust e divieto dei patti successori*, cit., p. 866, secondo cui «*il trust lesivo di tale divieto non potrebbe produrre effetti*». Sul punto, v. anche IUDICA, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1994, II, p. 77 ss. ed ivi 82 s.

In altre parole, pur di fronte al dettato dell'art. 15, comma 1, lett. c), l'applicazione delle disposizioni imperative proprie della legge individuata in base alle regole di conflitto del foro non dovrebbe poter condurre – in linea di massima – ad un esito che vanifichi il principio, fondamentale nel contesto della Convenzione, secondo cui «*dovrà essere riconosciuto come trust*» quello che risulti conforme alla legge scelta dal *settlor* o avente più stretti legami con il *trust* stesso (art. 11, comma 1).

È pur vero che un'indicazione di segno contrario parrebbe emergere dal cpv. del medesimo art. 15, il quale prevede che, qualora le disposizioni imperative individuate ai sensi del precedente comma «*siano di ostacolo al riconoscimento del trust*», sarà rimesso al giudice il compito di verificare se gli obiettivi di quest'ultimo, nel singolo caso, siano realizzabili «*con altri mezzi giuridici*». Di tal che il riconoscimento di un *trust* costituito in conformità alla legge ad esso applicabile, secondo i criteri dettati dalla Convenzione, potrebbe trovare un (indiretto) «*ostacolo*», appunto, nello *ius cogens* operante, giusta le regole di conflitto del foro, in ciascuna delle materie di cui all'art. 15, comma 1, tra cui rientrano, segnatamente, «*i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima*». E tuttavia, anche riprendendo qualche utile spunto della nostra dottrina<sup>(104)</sup>, ci si può chiedere che senso avrebbe ammettere che, a parità di tutte le altre condizioni, un *trust* sia ammissibile o non ammissibile, per contrasto con l'art. 458 c.c., a seconda che la *lex successionis* sia o no quella italiana. Sarebbe questo, infatti, un esito poco soddisfacente, a scongiurare il quale merita di essere adottata un'interpretazione restrittiva che – sulla scorta di insegnamenti, del resto, risalenti – eviti di identificare (guardando ancora al testo italiano, peraltro allegato alla legge di ratifica) la «*devoluzione dei beni successori*» con la *vocatio*, al contrario individuando nella prima il mero effetto devolutivo del patrimonio ereditario, quale che sia il titolo che governa la successione<sup>(105)</sup>.

Una devoluzione dei beni non testamentaria, perché avente il suo titolo in un *trust*, potrebbe allora ritenersi ammissibile in Italia per effetto di un'implicita deroga all'art. 458 c.c. portata dalla Convenzione.

---

<sup>(104)</sup> Cfr. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. d. civ.*, 1996, p. 483 ss. ed ivi 491.

<sup>(105)</sup> Al riguardo, CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 100, secondo cui «*la legge o il testamento sono il mezzo o il titolo della devoluzione, non sono la devoluzione*»: la quale ultima, al contrario della vocazione che è, appunto, legale o testamentaria, «*non si lascia distinguere o qualificare, essendo una conseguenza giuridica dell'altra*».

Né a diverse valutazioni spinge il suo art. 18, con il porre l'ordine pubblico quale limite di funzionamento delle disposizioni dalla Convenzione stessa dettate<sup>(106)</sup>. Sarebbe alquanto discutibile, invero, assumere che il nostro ordine pubblico elevi a baluardo invalicabile la regola della nullità dei patti successori istitutivi<sup>(107)</sup>, specie dopo che si sia escluso, come fa la dottrina più moderna, che l'art. 458 c.c. goda di copertura costituzionale<sup>(108)</sup>. E del resto la questione sembra oggi potersi considerare indirettamente risolta, nel senso qui indicato, attraverso la disciplina internazionalprivatistica in materia di successioni recata dal Reg. UE n. 650/2012<sup>(109)</sup>.

8. – Ma è tempo di soffermarsi sull'altro dei principi che, come detto all'inizio, assumono particolare rilevanza nella verifica della “tenuta” degli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza alternativi al testamento: il principio per cui, vale a dire, ai membri del nucleo familiare più stretto dell'ereditando è riservata una parte in natura del suo patrimonio, incluse le liberalità che egli abbia compiuto in vita<sup>(110)</sup>.

I negozi c.d. transmorte o comunque con funzione successoria possono sottrarsi, così, al divieto dei patti istitutivi, ma non si sottraggono – se configuranti una liberalità – alla realizzazione dei diritti dei legittimari<sup>(111)</sup>. La qual cosa è vera, poi, anche per gli atti *mortis causa* non testamentari che si ritengano eventualmente ammessi nel nostro sistema giuridico, in deroga alla previsione dell'art. 458 c.c.<sup>(112)</sup>.

<sup>(106)</sup> In termini riassuntivi, osserva GATT, *Dal trust al trust*, p. 14, che dagli artt. 13, 15, 16 e 18 emerge come la sottoposizione del *trust* ad una legge straniera non possa tradursi «in una violazione di principi fondamentali ed inderogabili dell'ordinamento con cui il trust medesimo presenta il “collegamento più stretto”».

<sup>(107)</sup> Cfr. PENE VIDARI, *Trust e divieto dei patti successori*, cit., p. 881. Sul punto, tuttavia, si veda anche FARACE, *Note sul divieto dei patti successori*, in questa *Rivista*, 2010, II, p. 305 ss. ed ivi 310 ss. (a commento di Cass. 19 novembre 2009, n. 24450).

<sup>(108)</sup> RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, cit., p. 10; ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 8; LENZI, *Il problema dei patti successori*, cit., p. 1245; BALESTRA e MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 78.

<sup>(109)</sup> Sul punto, FUSARO, *Quale avvenire per i patti successori in Italia dopo il Regolamento europeo sulle successioni?*, cit., p. 647: «Il regolamento fa chiarezza almeno nell'escludere radicalmente dall'ordine pubblico internazionale il divieto dei patti successori».

<sup>(110)</sup> In modo assai incisivo, annota BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit., p. 20, che è propria del sistema vigente una «soffocante attenzione nei confronti dei legittimari». Per un sintetico ma efficace esame della disciplina di tutela ad essi dedicata, TEDESCO, *La tutela del legittimario*, Roma 2014, *passim*.

<sup>(111)</sup> Cfr. anche BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, cit., p. 192.

<sup>(112)</sup> Si ripete, quanto al *trust*, che l'art. 15, comma 1, lett. c), della Convenzione de

Dopo di che, risolvendosi assai spesso i negozi utilizzati per finalità di pianificazione successoria nella creazione di strutture di rapporti a impronta trilaterale, i problemi più rilevanti sollecitati dalla disciplina dettata a tutela dei legittimari attengono all'individuazione del soggetto passivo e al modo di funzionamento, in questi casi, dell'azione di riduzione.

La prima tematica può essere qui affrontata, brevemente, ancora in riferimento al *trust*<sup>(113)</sup>.

Mentre possono essere d'aiuto, al riguardo, gli spunti elaborati dalla dottrina più accorta in relazione al fenomeno delle disposizioni fiduciarie di cui all'art. 627 c.c.<sup>(114)</sup>, sarebbe invece svante attingere agli esiti della riflessione condotta rispetto ad altre figure che pure paiono evocative della struttura di rapporti emergente dal *trust*.

Non gioverebbe, segnatamente, riferirsi alla donazione modale, la quale comporta la necessità di distinguere, sotto certi profili, a seconda del beneficiario del *modus*, dovendosi osservare che, nel caso in cui quest'ultimo sia stato disposto in favore di un terzo, l'arricchimento conseguito dal donatario, ai particolari fini dell'imputazione alla legittima, andrà determinato al netto del valore dell'onere, ma restando costui, comunque, il solo soggetto passivo dell'azione di riduzione<sup>(115)</sup>.

Del tutto diversa, infatti, è la situazione che si realizza nel *trust*, se è vero che il *trustee* riceve un'attribuzione meramente strumentale alle finalità individuate dal *settlor*, senza poter trattenere alcunché a proprio vantaggio. Più in particolare, il programma del *trust*, quando questo è (*inter vivos*, ma) utilizzato in funzione successoria, normalmente si articola in modo che il *trustee* ottenga i beni oggetto del vincolo attraverso un'attribuzione esecutiva dell'atto istitutivo<sup>(116)</sup>, assumendo compiti relativi alla gestione di tali beni ed essendo tenuto ad erogare le rendite ai beneficiari,

L'Aja fa salve le disposizioni inderogabili in materia di « *legittima* » individuate dalle regole di conflitto del foro.

<sup>(113)</sup> Per l'assoggettamento a riduzione del *trust* lesivo della legittima, MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *R. d. comm.*, 2000, I, p. 13 ss.; ID., *Trust e vicende successorie*, cit., p. 1110 ss. Nello stesso senso, rifiutando la tesi della nullità, pur prospettata in dottrina, DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale*, cit., p. 258 ss. Sottolineano come il *trust* costituito per atto tra vivi possa integrare una liberalità non donativa nei rapporti tra *settlor* e beneficiario, PALAZZO e SASSI, *Trattato della successione*, cit., p. 530; in giurisprudenza, Cass. 18 dicembre 2015, n. 25478.

<sup>(114)</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*<sup>4</sup>, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano 2000, p. 250 s.

<sup>(115)</sup> Cfr. ancora MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 221 e 248 ss.

<sup>(116)</sup> In argomento, REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja*, in questa *Rivista*, 2017, p. 398 ss. e 608 ss.

ai quali ultimi (o anche, eventualmente, ad altri soggetti) andrà poi trasferito, con l'esaurimento dello scopo del *trust*, ciò che si trova nel patrimonio segregato o comunque il suo residuo<sup>(117)</sup>.

È evidente, perciò, la disomogeneità della posizione del *trustee* rispetto a quella del donatario che abbia ricevuto una donazione modale: il primo è destinatario non già di un arricchimento, sia pure limitato dall'esistenza del *modus*, ma solo di un trasferimento di beni vincolati ad uno scopo, e perciò realizzato in funzione strumentale alle finalità proprie del *trust*. Il funzionamento dell'azione di riduzione, allora, dovrà conformarsi alle specificità della fattispecie, rimanendo condizionato, più in particolare, dal concreto svolgersi del programma del *trust*.

Con necessario adattamento, qui, rispetto al principio secondo cui l'azione di riduzione va promossa «*esclusivamente contro l'onorato testamento o il donatario*»<sup>(118)</sup>, il legittimato passivo sarà dunque da individuarsi nel *trustee*<sup>(119)</sup>, ma solo nella misura in cui i beni costituiti in *trust* si trovino ancora presso di lui nel momento dell'esercizio dell'azione stessa<sup>(120)</sup>. Qualora il programma divisato abbia avuto invece completo svolgimento, con il passaggio ai destinatari finali del residuo del patrimonio segregato, saranno soltanto costoro ad assumere il ruolo di legittimati passivi dell'azione di riduzione<sup>(121)</sup>.

Ciò significa che, quando il *trustee* abbia dismesso i beni costituiti in *trust*, trasferendo il residuo ai soggetti voluti dal *settlor*, non si tratterà di considerare costoro come aventi causa dal soggetto passivo dell'impugnativa, nei confronti dei quali far valere, per quanto consentito, gli effetti del

<sup>(117)</sup> Da ultimo, nel senso che «è il trustee l'unica persona di riferimento con i terzi e non quale legale rappresentante, ma quale soggetto che dispone del diritto», giacché «l'effetto proprio del trust non è quello di dare vita ad un nuovo soggetto di diritto», e con il corollario che «i beni conferiti nel trust debbono essere pignorati nei confronti del trustee», Cass. 27 gennaio 2017, n. 2043, in *Corr. giur.*, 2017, p. 781 ss. (con ampia nota di LUPOLI, *La metabolizzazione del trust*, cit.). Si veda anche, in senso conforme, Cass. 20 febbraio 2015, n. 3456.

<sup>(118)</sup> MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 248.

<sup>(119)</sup> Ciò che non esclude, ad ogni modo, che debbano essere convenuti in giudizio dal legittimario anche i soggetti a favore dei quali il *trust* è istituito, essendo nei loro confronti che dovrà fare stato l'accertamento della lesione della legittima.

<sup>(120)</sup> MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, cit., p. 23; IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., p. 173; BIANCA, *Le successioni*, cit., p. 46; DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale*, cit., p. 263.

<sup>(121)</sup> Quanto alle disposizioni testamentarie fiduciarie, si veda peraltro MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 250: «Dopo l'esecuzione della disposizione fiduciaria, legittimato passivo all'azione di riduzione rimane il fiduciario, ma il beneficiario (terzo), al quale i beni sono stati (ri)trasferiti, subentra nell'obbligazione di restituzione derivante tra le parti dal giudicato».

giudicato di riduzione, esercitando l'azione restitutoria. Al contrario, in quanto destinatari ultimi e reali dell'arricchimento proveniente dal *trust*, essi andranno intesi, a trasferimento del residuo avvenuto, come i soli soggetti contro cui potrà essere promossa, appunto, l'azione di riduzione<sup>(122)</sup>.

Anche prima dell'esaurimento del programma del *trust*, ad ogni modo, potrebbe sussistere la legittimazione passiva, rispetto a tale azione, dei beneficiari delle rendite man mano erogate: una legittimazione destinata a cumularsi, allora, con quella propria del *trustee*, come s'è detto. Infatti, non può valere a proposito del *trust* quanto la migliore dottrina ha affermato in riferimento alla donazione modale, e cioè che il terzo beneficiario del *modus* non sia, a sua volta, soggetto passivo dell'azione di riduzione, il cui vittorioso esercizio nei confronti del donatario, semmai, consentirà a quest'ultimo il recupero, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 793, comma 2, c.c., delle prestazioni in eccesso eseguite verso il terzo<sup>(123)</sup>. Al contrario, nella misura in cui il *trust* abbia ad oggetto, segnatamente, beni affidati ad una gestione dinamica da parte del *trustee*, con attribuzione delle rendite a determinati beneficiari, questi andranno considerati, già per ciò stesso, quali soggetti destinatari di un arricchimento rilevante, al momento dell'apertura della successione del *settlor*, sotto il profilo di un'eventuale lesione di legittima.

Il tutto fermo rimanendo peraltro che occorrerà distinguere, ai fini in questione, tra rendite costituenti il risultato di investimenti più o meno speculativi o comunque di un'attività gestoria modificativa degli elementi del patrimonio segregato e, dall'altra parte, meri frutti civili, intesi – secondo la definizione codicistica – come ciò che si ritrae della cosa (costituita, qui, in *trust*) quale corrispettivo del godimento che altri ne abbia (art. 820, comma 3, c.c.)<sup>(124)</sup>. Quanto a questi ultimi, infatti, vale la regola della debenza dal giorno della domanda giudiziale, secondo il dettato dell'art. 561, ult. comma, c.c.

Resta ancora da chiedersi, infine, quale sia l'oggetto dell'azione restitutoria personale esercitabile contro il legittimato passivo dell'azione di riduzione. Al qual proposito sembra di poter dire che il rimedio a dispo-

---

(122) Sul punto, ancora, MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, cit., p. 22: «Anche nel *trust* si deve riconoscere la possibilità di agire direttamente contro il soggetto al quale l'attribuzione è effettivamente destinata».

(123) Cfr. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 248 s.

(124) Sulla complessa tematica dei frutti, anche in rapporto alla nozione di utile o di reddito della cosa, BARCELONA, voce *Frutti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, p. 204 ss.

sizione del legittimario avrà un effetto recuperatorio in natura tutte le volte in cui quelli costituiti in *trust* si caratterizzano come beni infungibili affidati ad una gestione statica, beni di cui allora sarà possibile ottenere la restituzione dal *trustee* ovvero, se trasferiti ai beneficiari finali, da questi ultimi, mentre l'azione non potrà che avere ad oggetto il *tantundem*, se al *trustee* sia stata invece rimessa una gestione dinamica, con conseguente fluidità delle risorse costituenti il patrimonio segregato.

9. – Il tema appena trattato introduce al più vasto ambito problematico riguardante le modalità di funzionamento dell'azione di riduzione nel campo delle liberalità atipiche di cui all'art. 809 c.c. <sup>(125)</sup>.

Questa disposizione, in particolare, assoggetta le liberalità risultanti da atti diversi dal contratto tipico di donazione alle norme sulla «*riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari*». La qual cosa suscita tuttavia questioni delicate, com'è facile intuire, specie allorché non vi sia corrispondenza tra l'impoverimento del donante e l'arricchimento del donatario, essendo il bene uscito dalla sfera giuridica del primo diverso da quello acquistato dal secondo.

Al centro della scena, in questa prospettiva, si pone il fenomeno c.d. della intestazione di beni sotto nome altrui, fenomeno che ricomprende, in generale, le ipotesi in cui l'acquisto di un immobile sia effettuato con denaro proveniente, a titolo di liberalità, da un terzo, quale che sia lo schema negoziale o la combinazione di atti posti in essere per realizzare lo scopo liberale perseguito dal datore del denaro e condiviso dall'acquirente del bene (ad es., contratto per persona da nominare, adempimento del terzo, contratto a favore altrui) <sup>(126)</sup>.

Al riguardo, si è venuto consolidando, com'è noto, un orientamento giurisprudenziale che ormai da lungo tempo afferma, in riferimento agli obblighi collatizi, che l'oggetto della liberalità è da identificare, in casi del genere, con il bene acquistato dal donatario e non con il denaro messo a

---

<sup>(125)</sup> Sui contorni della categoria, dopo l'ordinanza interlocutoria di Cass., Sez. II, 4 gennaio 2017, n. 106, si sono recentemente espresse le Sezioni Unite, stabilendo in particolare quanto segue: «*Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta*» (Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1219 ss., con nota di MARTINO, *Le Sezioni Unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta*).

<sup>(126)</sup> Per tutti, CARNEVALI, voce *Intestazione di beni sotto nome altrui*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma 1996, p. 1 ss. Ma v. anche CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. CNN*, Napoli 2009, p. 777 ss.

disposizione dal donante<sup>(127)</sup>. Con il che, schivando il principio nominalistico applicabile alla collazione del denaro, si approda ad una necessaria rivalutazione dell'oggetto dell'acquisto al tempo dell'aperta successione, mentre rimane anche scongiurato il pericolo che si debba parlare di una donazione (del denaro) nulla per difetto di forma, almeno nella misura in cui, cogliendo la sostanza economica del fenomeno, si sia disposti ad ammettere che la ricostruzione tracciata nei termini testé riferiti sia estensibile anche alle ipotesi in cui il donante abbia direttamente fornito al donatario la provvista monetaria da impiegarsi per l'acquisto dell'immobile<sup>(128)</sup>.

Ma se il quadro è venuto assestandosi, come detto, in riferimento alla collazione (e altresì con riguardo, può aggiungersi, alla riunione fittizia e all'imputazione *ex se*)<sup>(129)</sup>, non altrettanto è a dire per quanto concerne il funzionamento, nei casi detti, dell'azione di riduzione.

Riflettendo sul problema, per la prima volta, in modo approfondito, una dottrina attenta constatava come l'azione di riduzione, nell'ambito in esame, non possa essere pensata nei termini di un'impugnativa del titolo a cui risale l'acquisto, giacché a tale titolo il donante è rimasto estraneo, laddove il bene acquistato dal donatario, per altro verso, non proviene, sempre nei casi in esame, dalla sfera del donante<sup>(130)</sup>. Con l'intento di salvare la funzione *lato sensu* recuperatoria dell'azione di riduzione, si proponeva dunque di rileggere quest'ultima, in tale contesto, come azione rivolta non già a far cadere il titolo dell'acquisto del donatario, ma a consentire la retrocessione del bene al legittimario, destinato perciò a divenire, nella prospettiva in parola, un avente causa dal donatario stesso<sup>(131)</sup>.

<sup>(127)</sup> In questo senso ci si esprime a partire da Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Foro it.*, 1993, I, 1, c. 1544 ss. Si vedano, nella giurisprudenza più recente, Cass. 30 maggio 2017, n. 13619; Cass. 4 settembre 2015, n. 17604; Cass. 2 settembre 2014, n. 18541; Cass. 12 maggio 2010, n. 11496.

<sup>(128)</sup> Sul punto si veda, da ultimo, Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, cit., secondo cui si è al cospetto di «*un complesso procedimento, rivolto a far acquistare al beneficiario la proprietà di un bene, nel quale la dazione del denaro, anche quando fatta dal beneficiante al beneficiario, assume un valore semplicemente strumentale rispetto al conseguimento di quel risultato*».

<sup>(129)</sup> Nel senso che anche rispetto a queste ultime vada considerato ciò che entra nel patrimonio del donatario indiretto, CARNEVALI, *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, p. 725 ss. (pur con qualche perplessità relativamente alla riunione fittizia).

<sup>(130)</sup> CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano 1995, p. 131 ss.

<sup>(131)</sup> CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione*, cit., p. 141 s. e 143 s. (cfr. peraltro i successivi



Come si vede, un vero e proprio stravolgimento nel modo di intendere l'azione di riduzione, che non ha però trovato positivi riscontri nelle riflessioni successive, essendosi in contrario sostenuto che, pur in questo ambito, l'azione medesima mantenga immutata la propria natura di rimedio impugnatorio, il cui oggetto qui si identificherà, tuttavia, non con il titolo dell'acquisto del donatario, alla formazione del quale il donante certo non partecipa, ma con l'accordo tra donante e donatario da cui risulta, nei rapporti tra costoro, la causa liberale che caratterizza la fattispecie<sup>(132)</sup>.

Se il denaro necessario all'acquisto del bene dal terzo – così può ragionarsi – è elargito o pagato in base ad una finalità liberale condivisa dal beneficiario, bisognerà concludere per la sussistenza di un accordo – «*in senso ampio, anche nella forma dell'art. 1333*» – esprimente la *causa donandi* da cui l'attribuzione, appunto, è connotata<sup>(133)</sup>. E con la conseguenza dunque che, mentre sarà tale accordo a costituire l'oggetto dell'impugnativa messa in atto con l'azione di riduzione, l'inopponibilità dei suoi effetti al legittimario si tradurrà in un'inopponibilità, verso di lui, della stessa causa dell'attribuzione<sup>(134)</sup>.

Di fronte al legittimario vittorioso in riduzione, perciò, il donatario si troverà in una situazione analoga a quella di chi abbia ottenuto un arricchimento privo di causa<sup>(135)</sup>. Di tale che egli dovrà restituire per equivalente l'arricchimento, ma potendo trattenere l'immobile oggetto del proprio acquisto. E senza dunque che possa qui venire in gioco l'applicabilità, nella loro versione riformata, degli artt. 561 e 563 c.c., i quali pongono oggi dei limiti più stretti all'opponibilità del giudicato di riduzione ai terzi subacquirenti del bene dal donatario beneficiato con una liberalità eccessiva<sup>(136)</sup>.

---

svolgimenti della tesi, con parziale sua modifica, contenuti in ID., *Donazioni indirette*, cit., p. 729 ss., ove si legge che la sentenza di riduzione avrebbe efficacia costitutiva dell'obbligazione, in capo al donatario, di «*restituire al legittimario la liberalità indirettamente ricevuta*».

<sup>(132)</sup> MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 251 ss.

<sup>(133)</sup> Cfr. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 255; inoltre, CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., p. 136.

<sup>(134)</sup> Cfr. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., spec. p. 254 s.

<sup>(135)</sup> Con specifico riguardo all'adempimento del debito altrui, si veda ancora MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 253, secondo il quale «*la sentenza rende sine causa l'atto di disposizione del de cuius non nei confronti del creditore, che ha ricevuto il suo, bensì nei rapporti col debitore, il cui arricchimento diventa, relativamente al legittimario, ingiustificato*».

<sup>(136)</sup> Sia consentito ancora il rinvio a DELLE MONACHE, *Successione necessaria*, cit., p. 113. Nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 563 c.c. quando il terzo acquista dal beneficiario di una donazione indiretta, LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive*

Anche questa impostazione, peraltro, è stata fatta oggetto di critica, opinandosi che, per un verso, sarebbe una superfetazione – un «*costruionismo inutile*» – discorrere di un accordo con valenza qualificatoria, e perciò esprime la *causa donandi*, sul quale andrebbe ad appuntarsi l'azione di riduzione<sup>(137)</sup>, laddove, per altro verso, il richiamo all'ingiustificato arricchimento risulterebbe incongruo, non potendo dar ragione dei contenuti della tutela spettante al legittimario nei confronti del donatario<sup>(138)</sup>.

Ora, sotto il primo profilo, c'è da chiedersi se i dubbi espressi dalla dottrina testé citata non escano per certi versi rafforzati, oggi, alla luce dell'intervento della Supr. Corte, a sezioni unite, sul tema della distinzione tra liberalità dirette e indirette<sup>(139)</sup>. I giudici di legittimità – si badi – hanno confermato l'appartenenza del fenomeno dell'intestazione di beni sotto nome altrui all'area delle liberalità *ex art. 809 c.c.* Ma ci si può domandare se questo esito sarebbe rimasto invariato pur muovendo da una prospettiva intesa a cogliere l'elemento unificante di ciascuna fattispecie riconducibile al fenomeno stesso nell'esistenza di un accordo tra donante e donatario da cui risulti la *causa donandi*. Nel giudizio in cui è intervenuta la pronuncia delle sez. un. – va osservato – si trattava di qualificare un'operazione di trasferimento, a mezzo banca, di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli in amministrazione del beneficiante a quello del beneficiario. Ebbene, l'inquadramento della fattispecie nell'ambito delle liberalità indirette è stato escluso sulla base, sostanzialmente, del rilievo che «*l'operazione bancaria in adempimento dello iussum svolge in realtà una funzione esecutiva di un atto negoziale ad esso esterno, intercorrente tra il beneficiante e il beneficiario, il quale soltanto è in grado di giustificare gli effetti del trasferimento di valori da un patrimonio all'altro*». E con la conclusione allora che, secondo la Corte, si sarebbe qui di fronte «*non ad una donazione attuata indirettamente in ragione della realizzazione indiretta della causa donandi, ma ad una donazione tipica ad esecuzione indiretta*».

---

della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario». *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *R. not.*, 2009, p. 951 ss.

<sup>(137)</sup> Cfr., sul punto, anche i rilievi di CARNEVALI, *Donazioni indirette*, cit., p. 728 s.

<sup>(138)</sup> AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»*), in questa *Rivista*, 2009, I, p. 683 ss. ed ivi 704 ss.

<sup>(139)</sup> Intendiamo ancora riferirci, ovviamente, a Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725. In dottrina, si veda anche il commento di FUSARO, *Le Sezioni Unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive della forma pubblica*, in questa *Rivista*, 2017, p. 1336 ss.

Bisognerà orientarsi dunque nello stesso modo a proposito dell'intestazione di beni sotto nome altrui, una volta che se ne individui il tratto ultimo nell'esistenza di un accordo sulla causa di liberalità tra donante e donatario? Oppure un simile accordo, all'opposto, non è altro che mera sovrastruttura dogmatica, come reputa la dottrina da ultimo considerata? Il tema non può essere adeguatamente approfondito in questa sede. Ma sembra comunque di poter osservare, con specifico riferimento alla testé ricordata presa di posizione delle sez. un., che ciò che consente di riconoscere una liberalità diretta sia non già la presenza, in sé, di un accordo tra donante e donatario, ma il fatto che un tale accordo si erga a fonte di un effetto (giuridico) incrementativo della sfera del donatario, con corrispondente impoverimento del donante. Il che consente di assumere, per contro, che il rapporto tra le parti di una liberalità non donativa sia o comunque possa essere connotato da un'intesa con mera valenza qualificatoria dell'operazione compiuta<sup>(140)</sup>.

Il risultato dell'opinione critica in parola, ad ogni modo, si traduce nell'affermare che, nella misura in cui l'acquisto del donatario si traduca in una lesione della legittima, sul medesimo graverebbe un'obbligazione avente ad oggetto una certa quantità di denaro (a fronte della pretesa del legittimario al recupero del valore dell'arricchimento), un'obbligazione non mediata, tuttavia, da alcuno strumento impugnatorio<sup>(141)</sup>. Di tal che sarebbe dato qui ravvisare un sostanziale avvicinamento del nostro sistema a quelli che – *in primis*, l'ordinamento tedesco – esprimono una tutela a favore dei legittimari concretata dal semplice diritto ad una quota di valore sul patrimonio ereditario<sup>(142)</sup>.

---

<sup>(140)</sup> Cfr., anche per il richiamo alla figura del negozio configurativo, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino 1996, p. 213 ss. e 223 ss. Nel senso tuttavia che non occorra un'intesa sull'intento liberale, essendo sufficiente che quest'ultimo, da inquadrarsi tra i motivi dell'agire, sia condiviso, ovverosia conosciuto, dal beneficiario della liberalità, CATAUDELLA, *La donazione*, in *Tratt. Bessone*, Torino 2005, p. 54 ss.

<sup>(141)</sup> Cfr. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 700 ss., secondo cui si sarebbe al cospetto, in questo ambito, di una legittima "per equivalente", tale da far venir meno «l'unitaria qualificazione del rimedio [a disposizione del legittimario leso] in termini di impugnativa negoziale».

<sup>(142)</sup> Per il diritto austriaco, riformato con una novella entrata in vigore il 1° gennaio 2017, si veda CHRISTANDL, *La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi*, in questa *Rivista*, 2017, p. 423 ss., il quale osserva che tanto il dato sostanziale quanto quello terminologico, con l'abbandono del lemma *Noterbe*, sostituito da *Pflichtteilsberechtigter*, sono ora chiaramente nel senso, già tenuto fermo da un saldo orientamento interpretativo, che quello del legittimario sia un diritto avente ad oggetto non una quota ereditaria, ma una prestazione in denaro.

Ora, è da osservare, con riguardo ad una tale ricostruzione, come essa abbia riflessi pratici di non poco momento. Si consideri invero che l'azione di riduzione, intesa come mezzo appartenente alla categoria delle impugnative negoziali, costituisce l'oggetto di un diritto potestativo ad attuazione giudiziale<sup>(143)</sup>. Ma con la conseguenza, allora, che il termine prescrizione ad essa relativo, una volta iniziata il decorso<sup>(144)</sup>, potrà essere interrotto solo con la proposizione della domanda in giudizio, essendo qui inefficiente, in particolare, la costituzione in mora, che presuppone l'esistenza di un rapporto obbligatorio di cui il creditore possa chiedere l'adempimento<sup>(145)</sup>. Ciò, laddove, una volta spogliata l'azione di riduzione del suo carattere di rimedio impugnatorio, non vi sarebbero ostacoli ad ammettere, invece, che il legittimario leso possa interrompere la prescrizione anche attraverso un semplice atto stragiudiziale di messa in mora del donatario.

La teorica in esame, per vero, non sembra voler giungere a tali esiti, affermandosi piuttosto che la sentenza di riduzione, nell'accertare la lesione subita dal legittimario, fungerebbe da *«presupposto per la costituzione di un credito in suo favore»*, in misura pari all'ammontare dell'arricchimento eccedente la disponibile, secondo i valori correnti al tempo dell'aperta successione<sup>(146)</sup>.

In realtà, se tale credito non può certo dirsi sussistente né liquidabile prima della morte dell'autore della liberalità e potrà essere accertato e determinato, su domanda del legittimario, solo dopo tale momento, ciò non significa che l'azione di riduzione debba continuare ad essere qualificata, pur in questo contesto, come un'azione costitutiva. E difatti della tutela costitutiva, qui, vengono totalmente meno le ragioni<sup>(147)</sup>.

<sup>(143)</sup> MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 230 s.

<sup>(144)</sup> Secondo i principi fissati da Cass., sez. un., 25 ottobre 2004, n. 20644.

<sup>(145)</sup> Da ultimo, a proposito della rescissione contrattuale, Cass., ord., 17 marzo 2017, n. 6974: « *In tema di rescissione del contratto, l'interruzione della prescrizione consegue esclusivamente alla proposizione della relativa domanda giudiziale e non anche ad un atto stragiudiziale di costituzione in mora, atteso che la corrispondente azione costituisce l'esercizio di un diritto potestativo rispetto al quale l'altra parte ha una posizione di mera soggezione* ».

<sup>(146)</sup> AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 701.

<sup>(147)</sup> È significativo quanto deciso da Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, p. 508 ss. (con nt. di IACCARINO), la quale, in un caso di donazione indiretta ad un soggetto poi fallito di un immobile acquistato con denaro del disponente, si è espressa nel senso che qui venga « *a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene* » e il valore dell'arricchimento sia ottenibile « *dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito* », ma allora con la conseguenza che, contrariamente a quanto era avvenuto, « *la domanda doveva essere proposta nelle forme di cui alla l.fall., artt. 52 e 93* ». Rimane dubitabile, peraltro, se ciò significhi – secondo il percorso argomentativo seguito nella

Su queste basi si può dunque osservare che la tesi in parola presenta risvolti che rivelano come essa si manifesti, in realtà, non del tutto allineata rispetto ai dati di sistema. Si tratta di una tesi, infatti, che non tanto si limita, secondo il proprio dichiarato obiettivo<sup>(148)</sup>, a ridefinire i contenuti della tutela spettante al legittimario leso per effetto di una liberalità indiretta, quanto giunge a snaturare, piuttosto, l'azione di riduzione, di cui è conservato, alla fine, soltanto il nome. Il legittimario invero non avrebbe che da far valere un proprio credito, chiedendo la condanna in giudizio del donatario beneficiario con una liberalità eccessiva. Questa non costituirebbe più, allora, un ostacolo da demolire ai fini del conseguimento della legittima, ma solo il presupposto del sorgere di un'obbligazione, il cui oggetto andrebbe determinato giudizialmente.

Ciò laddove, secondo la visione che individua l'oggetto dell'impugnativa nell'accordo di liberalità sussistente tra le parti, il legittimario, ottenuta la pronuncia costitutiva, sarà intitolato al recupero del valore eccessivo conseguito dal donatario mediante l'esperimento di un rimedio non dissimile, strutturalmente, dall'azione restitutoria personale esercitabile, contro il donatario, in caso di riduzione di una liberalità donativa<sup>(149)</sup>.

---

sentenza – che l'azione di riduzione sia destinata a trascolorare, nel contesto dato, in pura azione di condanna o soltanto che anche la tutela costitutiva debba intendersi assoggettata, in sede fallimentare, alle regole del concorso e all'accertamento dello stato passivo.

<sup>(148)</sup> AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 685.

<sup>(149)</sup> Cfr. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 237 s., 254 e 316 s.