

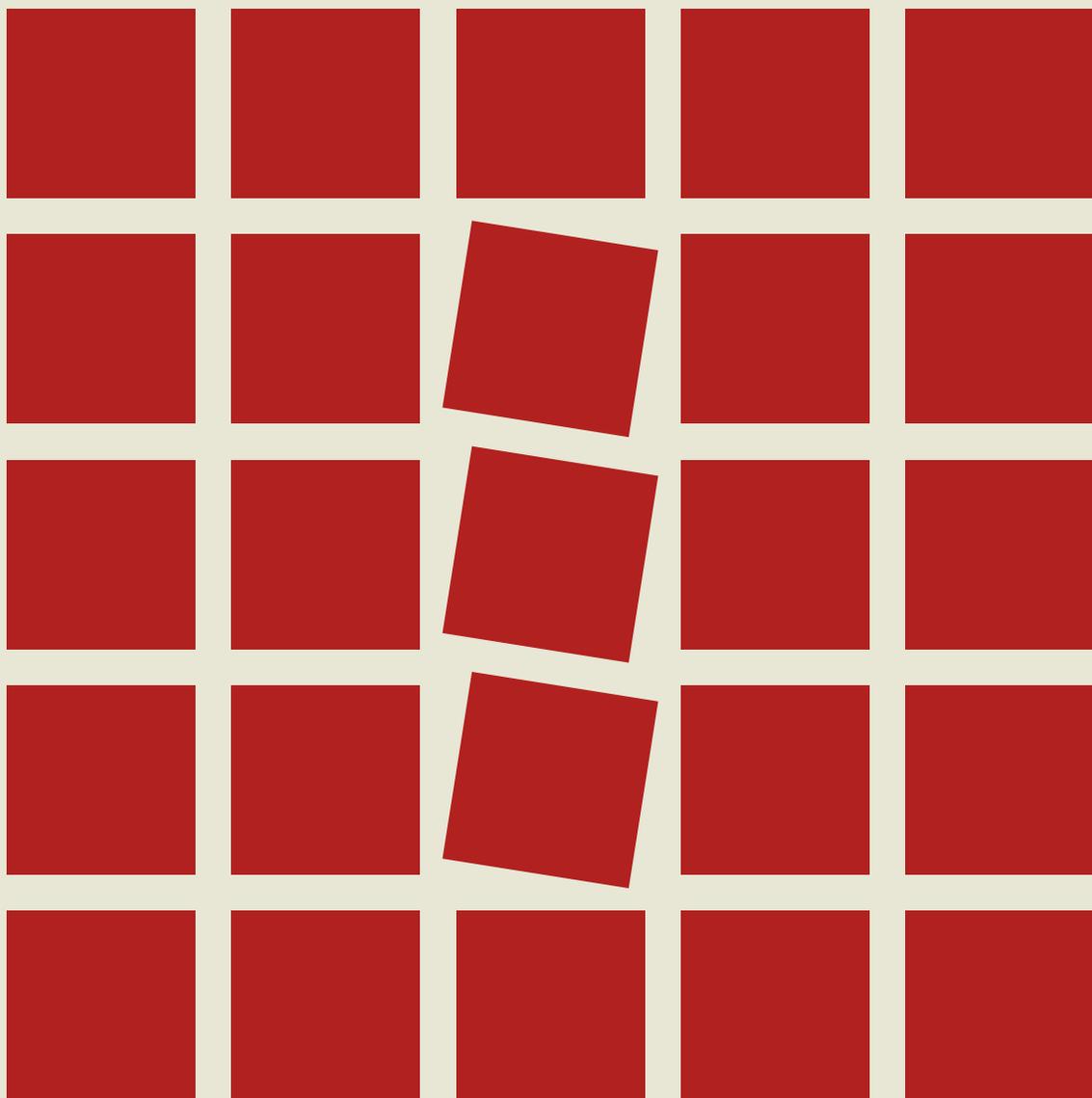
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 2 – Suppl. al num. 1
Ottobre 2013



Edizioni
Ca' Foscari





© 2013 Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 1686
30123 Venezia

edizionicafoscari.unive.it

ISSN 2281-6100

RICERCHE GIURIDICHE

QUADERNI DEL PROGETTO DOTTORALE DI ALTA FORMAZIONE IN SCIENZE GIURIDICHE
E DEL CENTRO STUDI GIURIDICI DEL DIPARTIMENTO DI ECONOMIA
DELL'UNIVERSITA' CA' FOSCARI VENEZIA

La rivista, con periodicità semestrale fatta salva la pubblicazione di eventuali supplementi, è espressione del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia e si propone prioritariamente di divulgare nella comunità scientifica i risultati delle ricerche condotte da giovani studiosi (specie dottorandi e dottori di ricerca, a maggior ragione se partecipanti ad uno dei dottorati di ricerca aderenti al Progetto), ma anche di ospitare lavori di docenti e studiosi affermati, soprattutto se interni o in rapporto con le iniziative culturali del Progetto o del Centro.

Direzione scientifica

Luigi Benvenuti
Carmelita Camardi
Lorenzo De Angelis
Fabrizio Marrella
Salvatore Panagia
Adalberto Perulli
Alberto Urbani

Direttore responsabile

Alberto Urbani

Comitato scientifico

Vania Brino
Giuliana Martina
Roberto Senigaglia
Gianluca Sicchiero
Gaetano Zilio Grandi

Comitato di redazione

Cristina De Benetti
Mariella Lamicela
Bianca Longo
Marco Mancini
Andrea Minto
Marco Olivi
Giuseppe Paone
Francesca C. Salvadori
Marco Ticozzi
Alessandra Zanardo
Giuliano Zanchi
Andrea Zorzi

Revisori

Fabio Addis, Università degli Studi di Brescia, Italia
Mads Andenas, Università di Oslo, Norvegia
Antonella Antonucci, Università degli Studi di Bari, Italia
Bruno Barel, Università degli Studi di Padova, Italia
Florence Benoit Rohmer, The European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC)
Elena Bindi, Università degli Studi di Siena, Italia

Antonio Blandini, Università degli Studi di Napoli "Federico II", Italia
Enrico Camilleri, Università degli Studi di Palermo, Italia
Marcello Clarich, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli" (LUISS), Italia
Paoloefisio Corrias, Università degli Studi di Cagliari, Italia
Ciro Gennaro Corvese, Università degli Studi di Siena, Italia
Riccardo Del Punta, Università degli Studi di Firenze, Italia
Raffaale De Luca Tamajo, Università degli Studi di Napoli "Federico II", Italia
Giovanni Di Rosa, Università di Catania, Italia
Delia La Rocca, Università di Catania, Italia
Michele Lo Buono, Università di Bari, Italia
Raffaale Lener, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Italia
Antoine Lyon-Caen, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Francia
Arturo Maresca, Università di Roma "La Sapienza", Italia
Roger McCormick, London School of Economics, Regno Unito
Cinzia Motti, Università degli Studi di Foggia, Italia
Carlo Paterniti, Università degli Studi di Catania, Italia
Ugo Patroni Griffi, Università degli Studi di Bari, Italia
Paolo Patrono, Università degli Studi di Verona, Italia
Mirella Pellegrini, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli" (LUISS), Italia
Andrea Pisaneschi, Università degli Studi di Siena, Italia
Masaki Sakuramoto, Toyo University, Tokyo, Giappone
Riccardo Salomone, Università degli Studi di Trento, Italia
Martin Schauer, Universität Wien, Austria
Francesco Seatzu, Università degli Studi di Cagliari, Italia
Marco Sepe, Unitelma Sapienza, Roma, Italia
Vincenzo Troiano, Università degli Studi di Perugia, Italia
Francesco Vella, Università di Bologna, Italia
Stefano Zunarelli, Università di Bologna, Italia

Ove non specificato i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia

Valutazione dei contributi

I contributi inviati alla Rivista sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole.

1. La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza ecc.).
2. Non sono sottoposti a valutazione esclusivamente i contributi dei componenti della Direzione scientifica della Rivista e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.
3. Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, perché il medesimo - entro un congruo termine - formuli il proprio giudizio.
4. La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
5. In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei membri del Comitato per la valutazione. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni del Comitato per la valutazione, assumendosi la responsabilità della verifica.

Direzione e redazione
Università Ca' Foscari Venezia
Dipartimento di Economia - Sede di Ca' Bottacin
Dorsoduro, 3911, 30123 Venezia
tel. 041-2347611 - fax 041-5242482
e-mail ricerchegiuridiche@unive.it

SOMMARIO

279 *Presentazione*
Carmelita Camardi

PARTE I SAGGI

283 *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*
Giovanni Bonilini

303 *The trust as a means of intergenerational wealth transfer in the UK and Europe in the light of the EU Regulation on Successions*
Paul Matthews

315 *Evitare la “Sindrome dei Buddenbrook”: le imprese italiane e il ricambio intergenerazionale*
Sandro Trento, Simonetta Vezzoso

337 *Intergenerational transfer of wealth from a comparative perspective. Different solutions to a complex problem*
Martin Schauer

353 *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*
Andrea Fusaro

PARTE II
PAPERS

- 379 *L'azione di riduzione tra tradizione e futuro. Ancora «baluardo» del diritto alla legittima?*
Ina Dhimgjini
- 393 *Intergenerational transfers of entrepreneurial assets. The destiny of the company share between individualistic aspects and the need for the continuation of the economic initiative*
Bianca Longo, Andrea Minto
- 405 *EU Regulation no. 650/2012 and access to new forms of intergenerational transfer of wealth*
Matteo A. Pollaroli
- 417 *Riflessioni per un progetto di riforma della disciplina italiana delle successioni*
Francesca Cristina Salvadori

PARTE III
OSSERVATORIO

- 427 *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma ed espressa dei successibili*
Nota a Cassazione civile, II sezione, 25 Maggio 2012, n. 8352
Maria Diamante Stivanello-Gussoni
-

PRESENTAZIONE

I contributi pubblicati nel presente fascicolo – che rappresenta anche il primo “Supplemento” della rivista – raccolgono gli interventi al Convegno su «Trasmissione intergenerazionale della ricchezza tra famiglia e mercato», svoltosi a Venezia il 23 e 24 novembre 2012 ed organizzato dalla Scuola Dottorale Interateneo in Scienze Giuridiche di Ca’ Foscari e dal Consiglio notarile del Distretto di Venezia.

La collaborazione costante fra Università e Notariato ha suggerito una riflessione su un tema come quello adesso segnalato che, uscito dalla competenza specialistica dei cultori e dei professionisti del diritto successorio come parte del diritto della famiglia, investe problematiche pratiche e interessi scientifici che strettamente si collegano all’organizzazione delle imprese e del mercato, nonché alla sopravvivenza e alla crescita delle prime indipendentemente dalle “persone” che la amministrano.

E così la “famiglia” e il “mercato” si pongono quali simboli delle alternative possibili nella determinazione delle strade che la ricchezza dei “padri” può prendere, quando loro non sono più in grado di orientarla, e quando su di essa convergono interessi “economici” connessi ad una dimensione più ampia di quella dei “figli” (gli investitori, i lavoratori, i partners in generale).

E se il legislatore italiano si affaccia a questa prospettiva di regolazione del diritto successorio in forme timide e incompiute, il mondo professionale e non solo quello azzardano soluzioni tecniche e impostazioni teoriche sempre più spinte ad erodere, non solo a scalfire, regole e dogmi apparentemente granitici (prime fra tutte la garanzia della legittima). Mentre perfino i più tradizionali fra i giuristi affrontano con disagio le difficoltà arretrate al sistema della circolazione dei beni da una tutela reputata di “accanimento” dei diritti dei legittimari.

La definizione di un più articolato e flessibile contesto di riferimento per una più bilanciata protezione delle aspettative della famiglia, rispetto a quelle delle imprese e della molteplicità di interessi che vi gravitano intorno, costituisce la trama sulla quale si sono svolti gli interventi del Convegno, in una prospettiva di diritto interno, ma anche europea e di comparazione.

Da una parte, le relazioni di Giovanni Bonilini e Andrea Fusaro, e i papers dei più giovani Ina Dhimgjini, Diamante Stivanello Gussoni, Andrea Minto, Bianca Longo e Francesca Salvadori hanno delineato le più recenti coordinate del sistema successorio italiano, sul versante legislativo e su quello giurisprudenziale, de iure condito e de iure condendo.

Dall'altra, le relazioni di Paul Matthews e Martin Schauer, con l'intervento di Matteo Pollaroli, hanno messo a fuoco le alternative possibili e le novità recenti sul versante del Diritto Europeo e comparato.

Mentre la brillante relazione di Sandro Trento ha ricordato a noi giuristi il valore aggiunto dell'analisi socio-economica nella definizione dei congegni giuridici funzionali ad un assetto di interessi viepiù crescente e sprovvincializzato.

Carmelita Camardi

PARTE I

SAGGI

Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*

Giovanni Bonilini

Professore ordinario di Diritto civile nell'Università degli Studi di Parma

Per decenni, il Libro secondo del Codice civile, dedicato alle successioni *mortis causa*, ha visto conservata la sua rocciosa, monumentale, geometrica, solidità.

Figlio di vera e viva cultura giuridica, al Libro secondo sottende una chiara ideologia, connotata da due tinte vivacissime: l'esaltazione sì dell'autonomia privata, epperò temperata dalla tutela della famiglia, specie di quella legittima, cui il codificatore, prima, e il legislatore del tempo successivo, poi, ha scelto di riservare diritti consistenti, munendoli di una intelligente, e agile, tutela, vale a dire l'azione di riduzione delle disposizioni *mortis causa*, o delle liberalità, lesive dei diritti dei riservatari.

Ideologia, quella cui ho fatto cenno, che è dunque stata attuata con sapienti, eleganti, efficaci, congegni tecnici. Da qualche tempo, anche il Libro secondo del Codice civile ha destato l'interesse del legislatore, per così dire, riformatore. A parte la riforma attuata con la Novella del 1975, che, incidendo sui rapporti di diritto familiare, non poteva non riguardare, altresì, i meccanismi successori, basti rammentare le recenti modifiche intervenute in materia di opposizione alle donazioni (artt. 561 e 563, ult. cpv., c.c., giusta la modifica introdotta con la l. n. 35/2005) e l'introduzione del patto di famiglia, che non pare proprio abbia realizzato i risultati sperati.

Soprattutto, si è fatta più pressante, che non in passato, la proposta, avanzata in dottrina, di intervenire con maggiore profondità sulla architettura stessa del sistema successorio. Del resto, anche Pietro Rescigno, di recente, ha ricordato l'interrogativo, se il diritto ereditario tedesco sia tuttora adeguato alla fase storica in cui viviamo⁽¹⁾, quasi a testimonianza

⁽¹⁾ Traccia della Relazione al Convegno internazionale di Studi: «Trasmissione intergenerazionale della ricchezza tra famiglia e mercato», con l'aggiunta di essenziali riferimenti bibliografici, presentata a Venezia, il 23-24 novembre 2012. Larga parte delle considerazioni proposte sono apparse, in precedenza, in G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della succes-*

di un'urgenza non limitata ai nostri confini nazionali. Si sta mettendo in discussione, financo, l'opportunità di conservare un sistema sì premiante per i famigliari, con gli ancora vigenti diritti riservati al coniuge, ai discendenti e agli ascendenti, da dubitare che esso sia conforme, addirittura, ai principii costituzionali.

Alludo, anzitutto, all'iniziativa parlamentare del 27 settembre 2006, con la quale si propose la novellazione, ma più adatto sarebbe il termine "scardinamento", della successione necessaria⁽²⁾.

Proposta, questa, che, accanto a quelle avanzate dal Consiglio nazionale del Notariato, risalenti al 2011, porta a riflettere su un tema, che, da lunga data, si giova di un consolidato impianto normativo. La successione necessaria, infatti, ove si eccettuino alcune novità, relativamente recenti - e l'allusione è, soprattutto, all'introduzione del patto di famiglia, intimamente connesso alla successione dei legittimari⁽³⁾ -, è rimasta saldamente ancorata, se non altro nelle linee di fondo, alla tradizione del nostro Paese⁽⁴⁾.

sione necessaria, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 729 ss. P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1941.

(2) Trattasi del Disegno di legge di iniziativa dei Senatori Saro, Antonione, Mauro, Massida e Sanciu, comunicato alla Presidenza il 27 settembre 2006.

(3) Al riguardo, v. almeno, nella già ricca letteratura: G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 390 ss.; L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 369 ss.; A. BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1191 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*⁴, Torino, 2006, p. 163 ss.; M.V. CERNIGLIARO DINI, *Il patto di famiglia nel diritto tributario*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 967 ss.; N. DI MAURO, *I necessari partecipanti al patto di famiglia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 534 ss.; N. DI MAURO, E. MINERVINI, V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia*, Milano, 2006; B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, n. 55, Torino, s. d., ma 2006; U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, Torino, s. d., ma 2007; F. MONCALVO, *Commento agli artt. 768-bis ss. c.c.*, in *C.c. ipertest. Aggiornamento*, a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, Torino, 2006, p. 54 ss.; G. OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss.; A. PALAZZO, G. PALAZZO, *Patto di famiglia (voce)*, in *Enc. giur.*, XIV aggiorn., Roma, 2006; G. RIZZI, *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento dell'azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, Padova, 2006; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 447 ss.

(4) Sulla successione legittima e necessaria, e sul relativo fondamento, v., almeno, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*⁴, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, *passim* e *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*⁵, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1993, *passim*.

Cfr. anche, utilmente: AA.Vv., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e*

È sì vero che già la Novella del 1975, in riforma di gran parte della normativa concernente i rapporti familiari, incise, altresì, su alcune norme relative alla successione necessaria - basti pensare alla cancellazione dell'usufrutto *uxorio*, con la conseguenza che il coniuge superstite è stato contemplato nella ben più rilevante veste di chiamato a titolo di erede -, ma non è meno vero, che l'impianto, appunto, sia rimasto quello originario.

Non mi pare inutile dedicare attenzione, anzitutto, alle linee-guida della proposta di riforma del 2006.

* * *

I suoi Proponenti hanno fatto precedere l'articolato, come di consueto, da una densa Relazione, che attinge a recenti studî in materia.

La proposta di riforma è condotta lungo più linee direttrici, e fa emergere anzitutto, quale tema dominante nell'attuale momento storico, le così dette «liberalizzazioni», cui reputa si debba legare anche l'abrogazione «dell'arcaico istituto della successione necessaria»: è proprio questa l'espressione impiegata dai riformatori.

Non si può negare che la proposta di modifica debba iscriversi, altresì, nel disegno di adeguamento normativo ai principî del liberismo o, se si preferisca, a esigenze di libera scelta e di autonomia privata.

Adeguato, a me pare il riconoscimento dell'opportunità di dare concreta attuazione ad una libertà, qual è quella di disporre dei propri diritti, altresì per testamento, indiscutibilmente compressa dal regime normativo vigente.

Non si può negare che, già oggi, i consociati conoscano un'ampia autonomia circa la sistemazione dei rapporti *post mortem*; non di meno, è anche indubbio che la sua area si riveli impoverita, là dove sopravvivano, al *de cuius*, numerosi legittimari. Va riconosciuto, tuttavia, che, anche

prospettive di riforma del sistema successorio, Padova, 1995; M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 27 ss.

Nella manualistica, v., almeno, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 119 ss.

Nella letteratura più lontana nel tempo, v., almeno, V. POLACCO, *Delle successioni*, P. I, Roma, 1928, p. 85 ss.

Per una prima informazione sugli ordinamenti stranieri, v. G. BONILINI, U. CARNEVALI, *Successione. IX) Diritto comparato e straniero* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1993, e, per una diffusa analisi, v. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, dir. da R. Sacco, Torino, s. d., ma 2002.

Fra gli studî degli storici del diritto, indimenticate sono le terse pagine di E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano, 1961, rist., spec. p. 45 ss.

nell'ipotesi in cui sopravvivano, al testatore, dati legittimarî, lo stesso è munito di adeguati poteri: basti pensare alla possibilità di dividere i beni tra gli istituiti.

Riguardo al testamento, però, si pone il problema dei limiti alla libertà del suo autore.

Osserva Rodolfo Sacco, come, nel passato, si parlasse, altrettanto volentieri, di «libertà del testatore»⁽⁵⁾; del resto, ne dà conferma Troplong, il quale, nella dotta *Préface* alla trattazione sui testamenti, ama ricordare: «*le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil*»⁽⁶⁾. Assai più risalente, del resto, è l'ammonimento di Giovan Battista Vico: «e siccome *tutto che piace al principe ha vigore di legge*, così tuttoché comanda il testatore nel testamento, è *legge*»⁽⁷⁾.

Rileva, ancorá, Sacco, come la parola «libertà» abbia il grande vantaggio di essere immediatamente comprensibile anche al non giurista, ma non lascia intendere che, qui, «essa corrisponde ad un potere di creare regole», al qual concetto, invero, si addice il termine autonomia⁽⁸⁾.

Parte della Relazione al Disegno di legge, in apertura richiamato, è giuocata sui profili della libertà di testare e dell'autonomia del testatore. Essa sostiene che i consociati si vedono riconosciuta la «libertà di testare», dotata di piena garanzia costituzionale, che, in definitiva, appare oggi violata, a ragione del vigente sistema successorio dei necessariî.

Domandiamoci se sia corretto sostenere la contrarietà, delle vigenti norme sulla successione necessaria, alla libertà testamentaria, e possa quindi dirsi violato il principio costituzionale ricavabile dall'art. 42, ult. cpv., Cost.⁽⁹⁾.

Non v'è dubbio che l'autonomia del testatore trovi già oggi, nel nostro sistema, una considerevole ampiezza, come ho cercato di mettere in luce

(5) R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. IV. Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517.

(6) R. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, Bruxelles, 1855, p. I.

(7) G.B. VICO, *Dell'unico principio e dell'unico fine dell'universo diritto*, trad. e commento di C. GIANI, Milano, 1855, p. 404: «*et uti quidquid principi placet legis habet vigorem; ita quidquid testator testamento jubet, jus esto*».

(8) R. SACCO, *op. loc. ultt. citt.*

(9) Al riguardo, v., di recente, G. BONILINI, *Successione in generale, e successione testamentaria, nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 584 ss.

V., inoltre, M. PROTO, *Successione testamentaria e princípi costituzionali*, in *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Sesta e V. Cuffaro, Napoli, 2006, p. 825 ss.

in altre occasioni⁽¹⁰⁾; non si può neppure negare, però, che essa possa dirsi compressa, a ragione della consistente tutela offerta, ai legittimarî, dalla legge⁽¹¹⁾, che comporta una inevitabile erosione dei poteri di autonomia testamentaria. Non si può non avvertire un senso di disagio, infatti, allorché si rilevi che il testatore, in presenza di uno o più legittimarî, abbia minore possibilità di esprimere la propria autonomia; in altri termini, lo stesso conosce una sorta di freno psicologico, essendo ben conscio di correre il rischio, che, disponendo in misura maggiore a quanto riconosciutogli dalla legge, i legittimarî stravolgano il voluto - ove non abbiano ricevuto, nel valore, quanto è loro riservato - pel tramite di un'agevole azione giudiziale, qual è l'azione di riduzione. Non si può negare, è vero, la perspicacia legislativa, là dove rende salve le disposizioni *mortis causa*, altresì nell'ipotesi in cui siano stati pesantemente aggrediti i diritti dei riservatarî, ché esse non sono nulle, quindi potrebbero realizzare appieno il loro effetto; ma non è meno vero, che pel tramite dell'azione di riduzione, il legittimario leso nei propri diritti, o, addirittura, pretermesso, possa acquisire, con indubbia facilità, quanto la legge gli ha riservato.

Può sostenersi che si abbia un *vulnus* all'autonomia testamentaria, declamata all'art. 42, ult. cpv., della Costituzione?

In tutta onestà, mi pare difficile sostenerlo, e, infatti, non mi risulta che alcun interprete - anche fra quelli più sensibili alla salda conservazione dei poteri di autonomia testamentaria, quindi incline a mal sopportare limitazione qualsivoglia alla libertà dell'uomo - si sia inerpicato sulla strada della supposta non conformità, al principio di salvaguardia dell'autonomia del testatore, delle norme di smodata attenzione verso il coniuge, i discendenti, gli ascendenti.

Incidentalmente, osservo che la nostra successione necessaria si reputa sia lacunosa, per la negligenza dei rapporti di fatto, assai spesso «più solidi e tenaci di quelli che hanno radice nel matrimonio e nella filiazione»⁽¹²⁾.

Tornando all'interrogativo, se la successione necessaria del sistema italiano determini un *vulnus* all'autonomia testamentaria, declamata all'art. 42, ult. cpv., della Costituzione, ribadisco che, a mio avviso, non possa essere sostenuto.

(10) V., ad esempio, G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, anche in *Riv. not.*, 2000, I, p. 789 ss.

(11) Al riguardo, v., recentemente, G. GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 1285 ss.

(12) Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 1942.

Correttamente, alcuni interpreti hanno auspicato, e auspicano, il ricorso all'unica, maestra, strada percorribile, vale a dire l'intervento del legislatore, ch  emerge, senza incertezza, dallo stesso principio costituzionale richiamato, che   compito del legislatore ordinario l'individuazione dei possibili limiti, altres , alla successione testamentaria, il che val dire, in sostanza, che, l  dove sia assicurato un ragionevole potere di autonomia al testatore, la cui estensione   liberamente determinabile dallo stesso legislatore, il principio invocato possa riconoscersi salvo.

Detto altrimenti,   una scelta politica, quella che attiene all'ampiezza dei poteri del testatore.

L'intervento del legislatore, dunque, sarebbe auspicabile, anche secondo altri interpreti, onde sia mitigata la scelta, torno a ripeterlo, smodata, che emerge, soprattutto, dalla Novella del 1975. Certo, il legislatore non pu  rendere vano l'*officium pietatis*, ma, al contempo, non pu  esaltarlo al punto di trasformarlo in un'occasione di ingiustificata locupletazione, senza dimenticare, peraltro, che potrebbero essere altri, gli strumenti adatti al soccorso di chi versi in istato di bisogno, e potrebbero essere acc nci, soprattutto, lo strumento alimentare e quelli atti a non sacrificare la propriet , epper  capaci di fornire un reddito, sicch  potrebbero trovare migliore impiego, in definitiva, i diritti di usufrutto, di uso, di abitazione e, in senso lato, il credito alimentare⁽¹³⁾.

Mi pare che si possa sostenere, dunque, che il vigente sistema di diritto successorio non confligga, apertamente, con il principio costituzionale (art. 42, ult. cpv., Cost.); non di meno, gioverebbe una meno estesa attenzione verso i legittimar , il che porterebbe ad una pi  serena, congrua, adeguata, valorizzazione dell'autonomia dei privati.

* * *

I Proponenti la riforma normativa della successione necessaria invocano anche, a suo sostegno, altre giustificazioni.

Dato atto che il fondamento della successione necessaria  , in primo luogo, la solidariet  familiare⁽¹⁴⁾, vale a dire: le sue norme valorizzano, significativamente, i legami familiari e salvaguardano, altres , lo stato di bisogno degli aventi diritto,   innegabile che, quanto pi  il diritto protegga gli interessi dei prossimi congiunti, tanto pi  sacrifichi l'autonomia testamentaria e la libera circolazione dei beni. Si rilevi che, proprio a quest'ultimo riguardo, la Relazione al Progetto di riforma richiamato

(13) Cfr. anche G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 1296 ss.

(14) V. anche M. COMPORTELLI, *op. cit.*, spec. p. 30.

mette in luce i rischi corsi dai terzi, soltanto mitigati dalla recente novellazione degli artt. 561 e 563 c.c.

Riguardo alla solidarietà familiare, fondamento della successione necessaria, la Relazione ribadisce il rischio di ingiustificata compressione dell'autonomia testamentaria, che comporta l'ingiustizia, e la non conformità alla Costituzione, del risultato di non consentire l'adeguata disposizione del proprio patrimonio, da parte di chi lo abbia formato, fondamentalmente, con il proprio lavoro.

Mette in luce, inoltre, la Relazione, la circostanza che i legittimarî oggi acquistano diritti anche indipendentemente dallo stato di bisogno e, riguardo, ai figli, che gli stessi ricevono dai genitori mantenimento, educazione, istruzione, sicché già hanno goduto benefici ritraibili dal patrimonio parentale, che non hanno concorso a formare, a incrementare, a conservare.

Non si può negare, inoltre, così rileva la Relazione, il forte mutamento in atto dei rapporti familiari, che rende ancorá meno giustificata la permanenza del sistema di successione necessaria.

La Relazione, infine, mette in luce come appaia inadatto il nostro, vigente, sistema successorio, ove sia raffrontato con gli ordinamenti stranieri, e come molto debba ancorá essere fatto nella direzione di un diritto europeo della famiglia e delle successioni *mortis causa*.

Non mi soffermo sulla prospettiva comparatistica, e di armonizzazione europea. Non si può negare, tuttavia, che sia sicuro, ed emerga anche dai dati offerti dalla Relazione, che gli ordinamenti giuridici prossimi, non solo geograficamente, al nostro, rivelino sistemi successorî meno sbilanciati di quello italiano, essendo maggiormente attenti, attraverso soluzioni tecniche variegate, al valore dell'autonomia privata.

* * *

Esaminate le ragioni, che i Proponenti la riforma in esame hanno posto sullo sfondo della proposta di novellare gran parte delle norme racchiuse nel secondo Libro del Codice civile, giova fermare l'attenzione, almeno, sulle più importanti norme proposte.

L'articolato si compone di dieci articoli, in gran parte dei quali, è dettata l'abrogazione della maggioranza delle vigenti norme sulla successione necessaria (artt. 536 ss. c.c.).

Dovrebbero cadere, dunque, le norme che contemplano diritti di riserva in favore dei legittimarî (art. 536 ss. c.c.); la norma che prevede il divieto di pesi e condizioni (art. 549 c.c.); le norme in tema di legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.); le norme in tema di riduzione delle disposizioni testamentarie, e delle donazioni, lesive dei diritti di

riserva (artt. 553 ss. c.c.); la norma che rende improduttiva di effetti la dispensa da collazione, ove ecceda i limiti della quota disponibile (art. 737, cpv., c.c.).

Soggette ad abrogazione, inoltre, sono le recenti norme in tema di patto di famiglia, e non potrebbe essere altrimenti, come ben è rilevato nella Relazione, dato che esso si connette, strettamente, alla sistemazione dei diritti dei legittimarî.

Il Disegno di legge propone altre norme, che si occupano dell'inevitabile novellazione delle sopravvivenenti disposizioni, mondate, però, delle "contaminazioni", dapprima necessarie alla luce del vigente sistema di successione necessaria. Così è, a titolo di esempio, relativamente all'art. 734 c.c., che dovrebbe permanere nella formulazione, secondo cui il testatore «può dividere i suoi beni tra gli eredi». A parte il grossolano errore, secondo cui il testatore può disporre la divisione dei beni tra gli «eredi», ch , in realt , essa non pu  che disporsi riguardo ai chiamati, o istituiti eredi, e non gi  tra gli eredi, essendo tali, questi ultimi, solo dopo l'accettazione dell'eredit , necessariamente posteriore alla confezione del testamento, si comprende l'esigenza di novellare l'art. 734 c.c., ch , scomparsa la successione necessaria, non ha pi  ragion d'essere la parte della norma, oggi vigente, secondo cui il testatore pu  comprendere, nella disposta divisione, anche «la parte non disponibile», dato che, approvato il Disegno di legge in esame, tutto sarebbe disponibile da colui, il quale diverr  *de cuius*.

Analoga considerazione va svolta in ordine alla proposta di modifica dell'art. 809, co. 1, c.c.

Delle norme proposte, due mi paiono meritevoli di particolare attenzione.

Anzitutto, quella secondo cui si novella l'art. 458 c.c., che, nella sua versione attuale, accomuna, nel destino di nullit , i patti successorî istitutivi, dispositivi e rinunziativi, e fa salvo soltanto il patto di famiglia, che,   ben noto, non   punto un patto successorio⁽¹⁵⁾.

Orbene, il disegno di legge conserva la nullit  del patto istitutivo, dispositivo e rinunziativo; non di meno, consente la stipulazione di un «contratto», da vestire con atto pubblico, in virt  del quale, taluno «assegna», in tutto o in parte, il suo patrimonio ai proprî discendenti in linea retta, con effetto dall'apertura della propria successione, altres  con la previsione, pel caso di premorienza di taluno degli assegnatar , dell'inefficacia dell'assegnazione, o della sostituzione dell'assegnatario con suoi discendenti in linea retta «collettivamente o nominativamente indicati».

La proposta, in altri termini, rende salva una particolare, genuina,

(15) Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 163 ss.

figura di patto successorio, essendo il medesimo destinato a produrre effetti, non già al momento della sua stipulazione, bensì dalla morte del dell'ereditando.

La qualità tecnica della proposta normativa non è eccellente; sfuggono, inoltre, i veri vantaggi, che codesto contratto dovrebbe comportare, dato che il risultato, cui tende, lo conseguirebbe altresì, stante l'assenza di vincoli, derivanti dall'abolizione della successione necessaria, una disposizione testamentaria. Non si può negare, tuttavia, che siffatto patto successorio sia capace di mettere al riparo i discendenti da disposizioni testamentarie, magari confezionate in tarda età, che indirizzino i beni a estranei alla famiglia.

A differenza di altri interpreti, i quali segnalano l'opportunità della trasmissione familiare della ricchezza attraverso il contratto ereditario, reputato un efficiente veicolo, con il quale attuare l'investitura ereditaria e le scelte adeguate alla natura dei beni e alle attitudini dei beneficiari, rammentando, peraltro, come siano assenti preclusioni, di natura costituzionale, alla ricezione di codesta figura⁽¹⁶⁾, non ho mai avuto simpatia per il patto successorio, capace di togliere quel poco di mistero, che contorna, ancora, la morte, e di conculcare la facoltà di ripensamento, quindi di revoca.

Là dove, poi, il patto successorio, proposto dai riformatori, dovesse costituire il frutto di un'imposizione al titolare dei beni, mi domando se le vigenti norme contrattuali in tema di vizi del consenso siano effettivamente capaci di andare a è sito.

* * *

Merita attenzione, inoltre, la proposta normativa, là dove non abroga la norma affidata all'art. 540, cpv., c.c.

In altri termini: si propone sì di abrogare le norme, in virtù delle quali il coniuge superstite è un riservatario; non di meno, gli si conserva il diritto di abitazione nella casa adibita a residenza familiare, e il diritto d'uso dei mobili posti a suo corredo, mantenendo, peraltro, l'attuale dettato dell'art. 540, cpv., c.c. Si stabilisce, inoltre, per mezzo di una modifica all'art. 457, co. 3, c.c., che le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti riservati al coniuge superstite, laddove, oggi, la norma sancisce che esse non debbano pregiudicare i diritti genericamente riservati ai legittimari. Di analogo tenore, è la proposta di modifica dell'art. 483, cpv., c.c., e quella dell'art. 792, cpv., c.c. Modifiche

(16) P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 1941 s.

tecniche, queste, in armonia con la scelta di fondo, che fa, del coniuge superstite, l'unico legittimario, sebbene in ordine soltanto al diritto di abitazione sulla casa coniugale, e al diritto d'uso dei mobili posti a suo corredo.

È facile rintracciare la ragione sullo sfondo della conservazione di codesti legati *ex lege*: non costringere il coniuge superstite, magari avanti negli anni, a mutare ambiente di vita.

La proposta è apprezzabile nel proposito di pietoso soccorso al coniuge superstite; tuttavia, va disapprovata la permanenza della pessima formulazione della vigente disposizione: art. 540, cpv., c.c., che, peraltro, sopravviverebbe nella desolante solitudine degli articoli topograficamente prossimi, tutti sottoposti ad abrogazione, giusta il Disegno di legge in esame.

La critica al riguardo, dunque, attiene al profilo tecnico.

Non si può neppure dimenticare, però, che, in un gran numero di casi, l'abitazione familiare costituisce l'unico cespite caduto in successione, sicché è agevole cogliere il rischio, che si finisca per danneggiare i figli, specie quelli di primo letto, i quali può ben essere che risultino privati, anche per lungo tempo, della disponibilità di codesto bene, difficilmente commerciabile, data l'insistenza, appunto, sul medesimo, dei diritti goduti dal coniuge superstite, peraltro non necessariamente loro genitore.

* * *

A prima vista, la proposta in esame determinerebbe una voragine nel secondo Libro del Codice civile; non di meno, essa sarebbe agevolmente colmata pel tramite delle norme sulla successione legittima e, soprattutto, delle disposizioni testamentarie, le cui norme, stante il Disegno di legge in esame, rimangono invariate. Codeste disposizioni, peraltro, non troverebbero più i vigenti, pesanti, impacci, conseguenza della considerevole entità delle quote riservate a determinati famigliari.

All'evidenza, potrebbe anche essere che il vuoto sia colmato con il concorso della successione legittima e di quella testamentaria, dato che il testatore ben potrebbe limitarsi a redigere testamento al fine di disporre legati, o di dettare disposizioni non patrimoniali, essendo pienamente pago della scelta legislativa dei famigliari contemplati quali successibili legittimi. Gli stessi, appunto, succederebbero nell'eredità secondo gli attuali criteri, compresi quelli detti di chiamata in sottordine⁽¹⁷⁾.

(17) Per una prima informazione, v. G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 60 ss.

È giunto il momento di esprimere un'opinione sulla proposta normativa nel suo complesso. Al fine di rendere evidenti alcune delle storture, accreditate dal vigente sistema successorio, però, mi pare che giovi fermare l'attenzione su alcune ipotesi concrete, che non esauriscono certo l'universo delle possibilità, e che non costituiscono punto il frutto di una fervida immaginazione.

Si pensi, anzitutto, al caso, in cui Tizio sia coniugato con Caia da quasi quaranta anni; i coniugi non hanno figli. Caia muore prima del proprio genitore Sempronio, il quale veleggia verso i cento anni. Caia ha nominato erede universale il proprio coniuge, ma il genitore agisce in riduzione, al fine di ottenere la quota, pari a un quarto, riservatagli (art. 544 c.c.).

Non è paradossale che Tizio, il quale avrebbe potuto altresì confidare nella quota che Caia, rispetto al proprio genitore, avrebbe potuto acquistare, ove questi fosse deceduto un istante prima della figlia, e che invece non gli compete, dato l'attuale regime della rappresentazione, debba altresì vedersi sottratta la quota, che il genitore di Caia pretende quale riservatario? Non sarebbe più congruo che non fossero contemplati diritti di riserva in capo agli ascendenti, e fosse previsto che gli stessi possano vantare, al più, un diritto usufruttuario, o un vitalizio?

Si pensi, ancora, al caso, in cui Tizio sia coniugato con Caia; i coniugi non hanno figli. Intervenuta, dopo pochi anni di matrimonio, la separazione personale tra coniugi, senza addebito, gli stessi proseguono la loro esistenza senza chiedere il divorzio, vuoi per pigrizia, vuoi per rispetto alle convenzioni sociali, vuoi per attenzione al proprio credo religioso. Dopo la separazione, Tizio intreccia una passionale relazione con Mevia, alla quale confida, incautamente, importanti notizie, altresì fiscali, relative alla propria professione. Dopo alcuni anni, la *liaison* declina, ma, prima della sua definitiva rottura, e al fine di evitare seccature, Tizio adotta, per mezzo dell'adozione dei maggiori d'età, Mevia. Definitivamente chiusa la relazione con Mevia, Tizio ne intreccia una, altrettanto passionale, e duratura, con Sempronina, cui attribuisce pingui diritti per testamento. Deceduto Tizio, la moglie separata Caia e la figlia adottiva Mevia, in quanto legittimarî, pretendono il riconoscimento dei diritti loro riservati dalla legge.

Può sostenersi che l'artificiosa preconstituzione del titolo di legittimario, com'è a dirsi riguardo a Mevia, figlia adottiva, e l'assai allentato vincolo coniugale, persistente, sebbene soltanto di diritto, tra il *de cuius* e Caia, giustifichi, in loro favore, la consistente riserva di diritti successorî?

Si pensi a quest'altro caso. Tizio, vedovo, è genitore di Caio e Sempronio. Caio, di vivace intelligenza e sensibilità, ha conseguito, giovanissimo, la cattedra universitaria; svolge un'apprezzata, epperò non

particolarmente lucrosa, professione, e ha sempre mantenuto rapporti affettuosi con il padre, il quale ha sostanzialmente investito tutto il proprio danaro in una pregiatissima collezione di tele di caravaggeschi. Sempronio, il quale non ha neppure terminato gli studî liceali, è invece svogliato, privo di sentimenti, spendaccione, e ha un pessimo rapporto con il padre; in altri termini, conduce una vita sbrigliata. L'anziano genitore testa in favore del figlio Caio, al quale vuole assicurata, soprattutto, la collezione, che, ahimè, assorbe, pressoché interamente, il valore dell'asse ereditario. Caio non ha il danaro sufficiente a far sì che siano reintegrati i diritti di riserva del fratello, sicché è fatale lo smembramento della collezione e l'alienazione dei suoi pezzi più pregiati; con il cui ricavato, Sempronio proseguirà la sua vita neghittosa, dissipando, in breve tempo, quanto ricevuto, e finendo, di lì a poco, suicida.

Si giustifica, nel caso di specie, la soluzione normativa della riserva in favore di Sempronio, che comporta altresì, inevitabilmente, la dispersione della collezione? Non sarebbe stato sufficiente assicurargli, al più, un reddito?

Si rifletta su quest'altro caso. Tizio, importante imprenditore, ha soltanto una figlia, Seia, la quale, a sua volta, ha generato, in distinti matrimoni, sei figli, il primo dei quali, Mevio, è il più caro al nonno, e ha una spiccata attitudine imprenditoriale. La gran parte del patrimonio di Tizio è costituita dalla maggioranza delle azioni della società, in cui si svolge l'impresa, che Tizio vorrebbe trasmettere al nipote Mevio, destinando il restante patrimonio a Seia. Seia, però, ha a cuore anche gli altri cinque figli, quindi frustra il desiderio paterno, minacciando di agire in riduzione alla morte del genitore.

Può dirsi conveniente che l'ordinamento giuridico non metta in condizione Tizio di adottare Mevio per testamento, dati i possibili ostacoli, anche di tempo, all'adozione del maggiore di età? Può dirsi adeguato, inoltre, l'attuale sistema del patto di famiglia, che, nel caso di specie, non potrebbe andare a esito sicuro, data l'ostinazione di Seia a far sì che il figlio Mevio non riceva, dal nonno, nulla più della quota disponibile, e considerato che, dal punto di vista finanziario, è improba la sistemazione dei rapporti?

Un ultimo esempio. Tizio ha contratto matrimonio con Caia, dalla quale si separa legalmente, senza addebito, dopo neppure un mese. Intreccia indi un'intensa relazione con Seia, alla quale destina, per testamento, l'intero suo patrimonio. La felice relazione di Tizio e Seia fa invidia agli dèi, sicché, prima della pronunzia di divorzio – che, non va scordato, oggi può intervenire solo a distanza di almeno tre anni dalla separazione personale –, Tizio muore, e la moglie Caia esce vittoriosa dal giudizio, in cui ha radicato l'azione di riduzione.

Può sostenersi che sia giustificata la riserva del cinquanta per cento dell'asse ereditario in capo alla moglie separata, considerato, altresì, che il matrimonio, come la rosa, è durato *l'espace d'un matin*?

* * *

Si potrebbe eccepire, che i casi prospettati stiano ai margini, ché, nella maggior parte delle ipotesi, i rapporti coniugali sono saldi e felici; che il matrimonio lega, di regola, per la vita, e mai e poi mai un coniuge abbandonerebbe l'altro per una differente relazione, quindi non v'è nulla di più naturale, che il coniuge superstite debba succedere all'altro *mortis causa*. Non si dimentichi, inoltre, che, anche nell'ipotesi in cui fosse in atto una relazione adulterina, è risalente, e direi quasi tollerata, la tradizione, secondo cui non si intesta, all'amante, nulla più d'una merceria.

Si può eccepire, inoltre, che, di regola, i rapporti genitori-figli sono affettuosi e sinceri, quindi è sin ovvio che i secondi succedano, *mortis causa*, ai primi.

Si può rilevare, infine, che, non di rado, gli ascendenti sono avveduti, previdenti, non litigiosi, sicché mai e poi mai agirebbero in riduzione verso il coniuge del figlio prematuramente scomparso e, anzi, disporrebbero in suo favore, onde acquisti anche parte di quanto sarebbe spettato, sulla loro eredità, al figlio premorto.

Da parte mia, non sono convinto che i casi, sopra prospettati, stiano ai margini; soprattutto, non si può negare che, quasi tolstòjanamente, l'ordinamento giuridico non debba tanto preoccuparsi delle famiglie felici, che sono simili fra loro, quanto di quelle infelici, dato che «ogni famiglia infelice è infelice a modo suo»⁽¹⁸⁾.

Nelle famiglie felici, infatti, i beni passano al coniuge superstite e ai figli, che non hanno bisogno di una norma giuridica, che prescriva loro di aiutare gli ascendenti, e così di generazione in generazione. Non di rado, il coniuge superstite, e genitore, onde sia evitato un passaggio, tributariamente oneroso, rinuncia all'eredità, sicché i figli acquistano l'intero e, ancora una volta, non si ha necessità di una norma giuridica, che imponga loro di assistere il genitore superstite.

Il testamento, poi, ove redatto, non viene messo in discussione, tanto è sicura la spontanea adesione al voluto, e tanto è forte la sua vincolatività, morale, prima che giuridica. Il testamento, inoltre, dispone, non di rado, soltanto alcuni legati, onde siano esaltati affetti, anche estranei all'ambito familiare, o interessi di tipo, latamente, sociale, in un quadro,

(18) L.N. TOLSTÒJ, *Anna Karènina*, Milano, 1965, trad. di P. Zveteremich, p. 5.

in definitiva, in cui campeggiano soltanto le forti tinte dei buoni, onesti, sentimenti, e di rosea fiducia verso l'avvenire.

Così non è, e non può essere, però, nelle famiglie infelici, riguardo alle quali, appunto, non giova la piatta, pressoché automatica, devoluzione secondo i criteri a governo della successione necessaria.

Riguardo alle famiglie infelici, dunque, giova ampiezza di poteri, che non sono necessari, invece, rispetto alle famiglie felici, i cui componenti succedono nei beni e li trasmettono negli identici termini, in cui operano le norme sulla successione legittima, la cui previsione è doverosa, onde non si abbia soluzione di continuità nella titolarità dei diritti, dei quali non sia stato disposto per testamento, e che sono interpreti, in definitiva, del comune modo di sentire. Si può osservare, dunque, che è naturale, che i diritti vadano in capo ai famigliari, ove non sia stata espressa una differente volontà dal *de cuius*, e in questo senso, appunto, si indirizzano gli ordinamenti, che solo in ultima istanza fanno acquistare i beni allo Stato.

Novellare le norme sulla successione necessaria, peraltro, non equivale punto a disconoscere la famiglia, che permane al centro dei rapporti successorî nella grande maggioranza dei casi. La novellazione, invero, non dovrebbe comportare altro che il riconoscimento del giusto spazio alla volontà dell'uomo, esprimibile per mezzo sia della donazione stabile, sia del testamento, ma quest'ultimo non è certo necessario, là dove la volontà voglia dirigersi, come avviene nella maggior parte dei casi, all'identica scelta familiare operata dalla legge. In tal caso, infatti, non occorre punto testare, dato che succederanno, nei rapporti trasmissibili, coloro, i quali siano i famigliari più prossimi al *de cuius*, appunto contemplati, dalla legge, in qualità di successibili legittimi.

Nei casi in cui, però, la persona non voglia che i propri diritti vadano in successione ai famigliari, ecco che l'abrogazione delle norme sulla successione necessaria verrebbe in soccorso, dato atto, ahimè, che si ha qui una famiglia infelice, il che rende necessario il ricorso all'atto di autonomia privata.

* * *

Mi pare doveroso rammentare subito, però, che la riforma abrogatrice delle norme sulla successione necessaria, a esaltazione dell'autonomia *mortis causa*, là dove l'uomo lo voglia, dovrebbe farsi carico, altresì, di rendere maggiormente sicura la volontà del *de cuius*, vuoi migliorando le vigenti norme sugli stati di incapacità di intendere e di volere e sui vizî della volontà, vuoi apprestando cautele in ordine all'ampia scelta sulla forma, per mezzo della quale vestire le disposizioni di ultima volontà.

La preoccupazione, dunque, che un anziano, negli ultimi istanti di vita, negli gli affetti lungamente vissuti, e premi, per mezzo del testamento, chi lo abbia per un istante infatuato, potrebbe trovare soluzione nella più salda possibilità di svigorirne l'atto *mortis causa*, là dove, appunto, il giudice acquisisca l'assenza di una seria, genuina, definitiva, volontà, o la fragilità dell'intelligenza del testatore.

Quanto alle forme testamentarie, sarebbe forse opportuno precludere, in dati casi, il testamento olografo. L'agevole, domestica, figura del testamento olografo, infatti, spesso si presta a falsificazioni o ad alterazioni, sovente di non facile accertamento, sicché gioverebbe un ripensamento, e, forse, anche la scelta normativa di precluderla, o scoraggiarla, là dove la persona sia in età avanzata, o nel caso in cui la fermezza della sua volontà, o la pienezza delle sue capacità intellettive, sia, quanto meno, dubbia.

Proposta, questa, che non è ignota in altri àmbiti, e che, appunto, mira a rendere necessaria la vestizione del testamento, formato, per così dire, in prossimità della morte, con la forma notarile in una circostanziata serie di casi, e conseguente preclusione, quindi, della sufficienza del testamento olografo, al fine di garantire quei soggetti, che, per ragioni di età o di salute, siano più esposti alle pressioni e alle suggestioni di chi materialmente li assista o ne orienti la vita spirituale⁽¹⁹⁾.

* * *

A ben vedere, sono possibili anche, in luogo della radicale cancellazione della successione necessaria, interventi intermedi, che potrebbero appagare chi inorridisce all'idea del sacrificio degli interessi della compagine familiare in favore della piena esaltazione del potere di libera disposizione di tutto il patrimonio⁽²⁰⁾.

Interventi intermedi, che, anzitutto, passino attraverso la novellazione delle norme relative all'entità delle quote riservate ai legittimarî, e alla revisione del relativo elenco.

Sulle quote spettanti ai legittimarî, non v'è chi non si avveda, che appare smodata, a cagione della novellazione del 1975, l'entità dei diritti riservati al coniuge superstite, specie ove si consideri la possibilità che i coniugi si siano appagati del regime di comunione legale, comportante, in capo al coniuge superstite, una posizione di spiccata consistenza.

(19) Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 1942.

(20) G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1942, *ivi*, p. 1943.

È sì vero che il regime di comunione legale è, in realtà, fallito, almeno riguardo alle coppie economicamente medio-alte, e colte, e previdenti; è indubbio, però, in ogni caso, vale a dire anche nell'ipotesi in cui i coniugi non vivessero in regime di comunione legale, sicché quello superstite acquisterà una meno pingue entità patrimoniale, che, quanto oggi riservatogli, sia considerevole. Codesta riserva al coniuge, peraltro, penalizza i discendenti, senza dimenticare che è molto più frequente, di quanto non fosse un tempo, la ricostituzione di nuovi nuclei coniugali e la presenza di un maggior numero di discendenti da più letti.

La rivisitazione del catalogo dei legittimarî, inoltre, non potrebbe non farsi carico dell'espunzione, dal medesimo, degli ascendenti. Con la consueta, limpida, stringatezza, del resto, ci ricorda, Enrico Besta, che molti popoli hanno ignota la successione dell'ascendente⁽²¹⁾.

Riguardo agli ascendenti, peraltro, potrebbero essere contemplati non già diritti dominicali, ma, al più, reddituali, più adatti, rispetto a chi sia in età avanzata, quindi può maggiormente soffrire di esigenze, che ben possono essere soddisfatte attraverso un reddito periodico.

Un'altra riforma intermedia dovrebbe farsi carico, a mio avviso, di ridisegnare la disciplina dell'indegnità a succedere, come, del resto, si è verificato di recente, allorquando è stata annoverata, fra le cause di indegnità a succedere, anche la decadenza dalla potestà parentale, *ex art. 330 c.c.*⁽²²⁾.

Le vigenti ipotesi di indegnità a succedere, tutte a tinte fosche, riportandoci quasi sempre, infatti, al terreno del diritto penale, non sono capaci di coprire l'area dell'ingratitude. La gratitudine, certo, è merce rara, né può essere coercita⁽²³⁾; non di meno, l'ingratitude, attraverso una formula normativa severa, seppur generale, anche se a rischio di genericità, dovrebbe attestarsi come causa di privazione di vantaggi ereditari.

Ci si è chiesti, inoltre, se non gioverebbe affiancare, all'indegnità a succedere, la possibilità di diseredare il legittimario, il quale abbia tenuto comportamenti riprovevoli nei confronti del soggetto, rispetto al quale gli è assicurata una quota di riserva⁽²⁴⁾.

Un'altra riforma intermedia, infine, la meriterebbe l'istituto della rap-

(21) E. BESTA, *op. cit.*, p. 85.

(22) G. BONILINI, *L'ampliamento del catalogo dei casi d'indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 294 ss.

(23) V., di recente, l'importante monografia di C. COPPOLA, *L'ingratitude nel diritto privato*, Padova, 2012.

(24) Al riguardo, v. soprattutto, altresì per riferimenti alle esperienze straniere, M. COMPORTI, *op. cit.*, spec. p. 38 ss.

presentazione, riguardo al quale, ben può riconoscersi superata l'idea che la informa, vale a dire il passaggio in capo ai discendenti, con quel senso di attrazione verso il basso, che evoca il sangue, onde sia dato riconoscimento anche al coniuge superstite senza prole. Riconoscimento, questo, già offerto, del resto – seppur imperfettamente, da un lato, ed esageratamente, dall'altro – dalla Novella del 1975, che ha bensì esaltato i sentimenti coniugali, ma non sino alla doverosa conseguenza di contemplare il coniuge superstite, senza prole, quale successibile in rappresentazione al coniuge deceduto, rispetto ai suoi ascendenti.

Una vera riforma, poi, dovrebbe riguardare il non tribolato ricorso al *trust*. Istituto, questo, che meriterebbe di accompagnarsi, senza incertezza alcuna, quindi per mezzo di un apparato normativo inequivoco, e adeguato, sia al sistema, in cui permanga la successione necessaria, sia, e a maggior ragione, a quello risultante dalla cancellazione di quest'ultima.

Un'altra riforma, che potrebbe venire incontro ai nuovi stili di vita, e ai sempre mutevoli bisogni dell'uomo, dovrebbe concernere l'adozione per testamento. Ho avuto occasione di mettere in luce, in altra occasione⁽²⁵⁾, che non comprendo la ragione, in virtù della quale l'adozione testamentaria non sia posta al servizio di chi, non avendo discendenti, o avendoli perduti, voglia attribuire il proprio nome, e il proprio patrimonio, a far tempo dalla propria morte, e non voglia ricorrere, o non possa far ricorso, all'adozione delle persone maggiori d'età.

Utilità, infine, mi pare che potrebbe offrirla una non preconcepita attenzione verso il fedecommesso *de residuo*, che, a ben vedere, potrebbe offrire servizi, sia in un sistema, in cui persista la successione necessaria, sia in quello in cui essa sia assente. È sì vero che la norma, che consentisse, senza incertezze, il fedecommesso *de residuo*, sacrificherebbe, in parte, la libertà testamentaria, ma non va dimenticato, che ciò avverrebbe solo relativamente ai beni ricevuti in successione da altri, quindi, in definitiva, in ordine a beni, che il testatore avrebbe potuto destinare ad altri.

* * *

In via conclusiva: confesso che il mio cuore tende a battere per le famiglie felici, che possono fare a meno delle norme sulla successione necessaria.

Le famiglie infelici, gli uomini soli, avidi; gli uomini dagli sciolti costumi, invece, hanno bisogno delle nuove norme, oggetto della proposta di legge

(25) G. BONILINI, *Sulla adozione per testamento*, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 393 ss. e in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, Milano, 1998, p. 117 ss.

esaminata – seppur migliorate, anche tecnicamente –, in quanto capaci di consentire loro di destinare, come meglio credano, i propri diritti.

È sin ovvio rilevare, che la riforma della successione necessaria non è tanto un problema di tipo tecnico, quanto ideologico, culturale, politico. Del resto, già ho mostrato come si possa sostenere che la vigente normativa non sia punto in palese contrasto con il principio costituzionale ricavabile dall'art. 42, ult. cpv., Cost.

Rammento, inoltre, che Enrico Besta, con indimenticata asciuttezza, osserva: potrebbe sembrar logico che, introdotto il matrimonio, si ammettessero subito delle ragioni successorie fra i coniugi: «Ma quella logica necessità è un'illusione»⁽²⁶⁾.

La riserva in favore di dati famigliari, dunque, non è una logica necessità; semplicemente, è una scelta del legislatore.

Detto altrimenti, la scelta di fondo è soltanto di politica del diritto; svolta codesta scelta, la tecnica non dovrebbe fare alcuna fatica a tradurla in adeguate norme di legge, anche se il legislatore degli ultimi decenni ci ha abituati, purtroppo, alla sciatteria, e quindi il rischio, che si corre nell'auspicare la novellazione del secondo Libro del Codice civile, è che ne risenta la sua originaria, fulgida, geometria.

Sulla scelta di fondo, però, l'alternativa mi pare secca.

Là dove si ritenga che giovi l'imperante metro attuale, secondo cui il merito è tanto decantato, quanto raramente rispettato, sicché si progredisce in carriera per anzianità, si configurano concorsi riservati, si attribuiscono qualifiche *ope legis*, e si appiattisce la vita civile nell'entusiasmante, quanto falsa, idea dell'eguaglianza, non ostante l'ovvia, naturale, diversità degli uomini, che nessuna legge dello Stato potrà mai cancellare, ecco che occorre mantenere la successione necessaria. Successione necessaria, non può essere dimenticato, che dà in eguale misura al coniuge onesto e a quello fedifrago; al figlio operoso e a quello fannullone; all'ascendente bisognoso e a quello soltanto invadente; al famigliare affettuoso e a quello arido.

Là dove, tutt'al contrario, si riconosca che il merito debba prevalere, seppur con l'attenzione dovuta al bisogno genuino, e l'allusione è, soprattutto, all'esigenza abitativa del coniuge superstite, e a quella alimentare dei figli minori di età o privi di autonomia; là dove, soprattutto, si riconosca che i sentimenti dell'uomo pretendono, in ogni caso, rispetto, ecco che l'autonomia delle persone deve acquistare spazio. Spazio, che oggi non le è adeguatamente assicurato dalle norme sulla successione necessaria, affinché i sentimenti dell'uomo possano trovare traduzione in termini di volontà diretta a effetti giuridici.

(26) E. BESTA, *op. cit.*, p. 103.

Un'ultima considerazione.

Si badi: non vorrei che si pensasse che io ritenga che si sia giunti al crepuscolo della famiglia. Più semplicemente, anche la famiglia, rispetto a quella avuta presente dal Codificatore, è mutata. La famiglia unita, che ne fu il paradigma⁽²⁷⁾, invero, non è più l'unico modello di rapporti di vita; peraltro, se genuinamente unita, è una famiglia felice, quindi non ha bisogno della successione necessaria.

Io non penso, peraltro, che la novellazione delle norme relative alla successione necessaria mini i rapporti familiari; del resto, sarebbe come sostenere che i coniugi, i quali abbiano optato per il regime di separazione dei beni, si avviino a un'arida vita di coppia, là dove, invece, mi pare che testimonino, assai più semplicemente, di quella previdenza, e di quel gusto della libertà, che fortifica i sentimenti.

Ben è stato messo in luce, che l'unità della famiglia non è più costituita intorno al patrimonio, essendo diretta, in primo luogo, a realizzare gli interessi personali dei suoi membri; sempre più vi affiora il mondo degli affetti, e vi si espande la forza del sentimento⁽²⁸⁾.

Ben ricorda Polacco, che il fondamento della successione legittima va rintracciato nell'ordine naturale degli affetti e nell'ordine sociale⁽²⁹⁾. Mi pare ne debba discendere, dunque, che, ove il sentimento abbia continuato ad alimentare la vita familiare, nulla sia più ovvio della successione, nei beni, dei famigliari, e l'eredità non sia, qui, che l'immagine plastica, la testimonianza, il ricordo, l'aiuto, la perpetuazione dei sentimenti. Là dove, invece, il sentimento sia scemato, ecco che svigorisce la ragione giustificatrice della successione necessaria, perdendo senso la solidarietà familiare, e si affacci, imperiosa, la necessità di affidare alla volontà dell'uomo la scelta del successibile nei diritti, che, probabilmente, diverrà colui, il quale impersoni il nuovo sentimento, non necessariamente vestito da una rigorosa qualifica legale, oppure l'ente, che persegua interessi sociali vicini al modo di sentire del disponente.

Lasciare spazio all'autonomia privata, che miri a premiare determinati sentimenti, inevitabilmente a scapito di altri, o interessi sociali, dunque, non mi pare espressione di gretto individualismo o egoismo⁽³⁰⁾. Del resto, anche chi si fa strenuo difensore del sistema della riserva in favore dei

(27) E. AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1945 ss., *ivi*, p. 1947.

(28) G. VISMARA, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in *Famiglia e successioni nella storia del diritto. Prospettive*, Roma, s. d., ma 1970, spec. p. 56 ss.

(29) V. POLACCO, *op. cit.*, p. 85.

(30) Così, invece, M. COMPORTELLI, *op. cit.*, p. 34.

famigliari più prossimi, non manca di giudicare eccessiva la tutela rigida dei legittimarî, e propone di affiancare, al novero delle cause di indegnità a succedere, la possibilità della diseredazione testamentaria, per giuste cause prefissate dal Codice civile; invero, se la ragione della tutela del legittimario si fonda sul valore della solidarietà familiare, quella tutela deve venir meno, ove l'essenza di tale solidarietà sia calpestata⁽³¹⁾. Incidentalmente, osservo che, di recente, il Supremo Collegio ha abbandonato, o incrinato, finalmente, l'anacronistico orientamento del passato, riconoscendo la piena legittimità, altresì, della solitaria disposizione testamentaria di diseredazione, laddove, nel passato, pretendeva che essa si accompagnasse a una disposizione istitutiva.

Non può negarsi che la proposta di riforma, della quale oggi discorriamo, scardini una tradizione secolare, volta al riconoscimento di diritti in capo ai famigliari più stretti, financo a quelli immeritevoli, epperò non indegni di succedere.

Detta proposta, come ho già accennato, meriterebbe una maggiore cura, sia dal punto di vista tecnico, sia da quello politico, occorrendo far salva, non solo l'attenzione al bisogno abitativo del coniuge superstite, ma anche ad altre posizioni, in ragione della *pietas*, sicché dovrebbero riconoscersi diritti riservati, a titolo di esempio, anche in capo al figlio portatore di un grave *handicap*. In altri termini, mai può essere abbandonata l'idea morale romana dell'*officium pietatis*, cui consegue il dovere di assolvere, tramite la *legitima*, una funzione alimentare, agevolmente attuabile, non già pel tramite di diritti dominicali, bensì di diritti di credito. Soprattutto, non già nei confronti di qualsivoglia prossimo congiunto, ma di coloro, i quali versino in effettivo, accertato, bisogno.

Oltre, non mi pare giovi andare.

Pensando al matrimonio di Tancredi, don Fabrizio, principe di Salina, si rallegra della decisione del nipote, «che veniva ad assicurare la sua soddisfazione carnale, effimera, e la sua tranquillità economica, perenne»⁽³²⁾.

Sull'effimera soddisfazione carnale, il diritto nulla può, e deve; sulla perennità della tranquillità economica, invece, a me pare doveroso il medio della volontà, quindi auspico che il legislatore si avvii verso un freddo, ed esteso, ripensamento delle norme sulla successione necessaria.

(31) Così, M. COMPORI, *op. cit.*, p. 42.

(32) G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, Milano, s. d., ma 1960, p. 121.

The trust as a means of intergenerational wealth transfer in the UK and Europe in the light of the EU Regulation on Successions

Paul Matthews

*Professor of Law, King's College London; Solicitor-Advocate,
Withers LLP; Recorder; Deputy Master, High Court, Chancery Division*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Property and succession. – 3. The trust institution. – 4. The Hague Trusts Convention. – 5. The EU Regulation. – 6. Conclusions.

1. Introduction

Where there is wealth there is the problem of the transfer of wealth. In particular, given that we must all die one day, there is the problem of the transfer of the wealth between the generations. This especially applies in relation to the transfer of businesses and business assets between the generations.

Intergenerational wealth transfer creates specific difficulties when it concerns the transfer of businesses.

The first is that a business gets better as the persons who own and manage it become more experienced and know how to deal with the difficulties that may arise in it. That means that the owner of a business, may well feel that it is simply getting better and better, and more and more valuable. He may therefore be reluctant to dispose of it to someone who is less experienced, such as his child. On the other hand, the child upon reaching adulthood is always very eager to inherit from the parent. The child may press the parent to retire and leave the child to run the business. Children always think they know better than their parents, because they have the new ideas and the enthusiasms of youth, but also youth's naivety. The older generation is reluctant to hand over control, not only because the older generation is aware of the naivety and the lack of experience of the younger, but because the older generation fears growing old without the security of wealth and wants to hang on to it as long as possible. In addition, the older generation fears that without the wealth in its hands, the younger generation will not respect, or listen

to, or look after the older generation. But then, as I have already said, there is the certainty of death.

Sooner or later it will be necessary that the older generation passes on control to the younger, from natural causes, if not from deliberate choice. The question for me is how the institution of the trust can help in the process of transfer.

2. *Property and succession*

In the civil law legal systems of Continental Europe and beyond, all derived from Roman law, the concept of ownership of property is based on the Roman law idea of *dominium*. This is the notion that, in principle, there should be *one* person who has *all* the rights in relation to a thing. Therefore, if there are any real rights which are less than *dominium* – which we can call ownership of a thing – these lesser real rights form a closed list of exceptions to the principle of *dominium*. This closed list is often referred to by the Latin phrase, the *numerus clausus*. The inheritance of property in the civil law world is managed by using a device which was exposed in its classical theory by the French jurists, Aubry and Rau⁽¹⁾. This is the concept of patrimony. Each person has – must have – a patrimony, but only one patrimony. All things of economic value pertaining to that person form part of his patrimony. These things may be positive in value, such as assets, or negative in value, such as liabilities. They may be things which the person now has, or they may be things which the person will have in the future. The essence of patrimony is nothing less than the economic personality of a human being. When a person dies, that economic personality is transmitted directly to the heir. Consequently the heir, in an economic sense, *becomes* the deceased. If, in principle, the debts of the deceased outweigh the assets, the heir will find himself paying those debts without sufficient assets to back them up. This is sometimes known as the *damnosa hereditas* of the Roman law.

Inheritance rights since at least the time of the French Revolution have been based also on the principle of equality between a multiplicity of heirs and solidarity between the generations. This last idea has led to the idea that heirs had certain fixed and indefeasible rights in the patrimony of their deceased parents⁽²⁾.

(1) *Droit Civil Français*⁵, 1917, vol. 5, p. 332-382.

(2) Art. 536-552 c.c.

This is sometimes known as forced heirship, or compulsory inheritance. It means that the deceased is not free to give away more than a certain proportion of his patrimony on his death. More than that, because the patrimony is (fictitiously) treated on death as still comprising assets given away during some or all of the deceased's lifetime, the share of the patrimony to which each heir is entitled is enlarged with retrospective effect, and, if what is left on death is not enough to satisfy the enlarged entitlement, claims may be made to the assets given away during life⁽³⁾.

On the other hand, in the common law world, the position regarding both property and inheritance is completely different. First of all, the idea of property⁽⁴⁾. The existence of the feudal system in early English legal history meant that, from the beginning, the only person who owned the land was the king⁽⁵⁾.⁶ All other subjects had only certain rights of use in the land. Moreover, the pyramidal structure of the feudal system, with the king at the apex and the tenants in possession at the bottom, meant that, in relation to any particular piece of land, there could be many people who simultaneously claimed some sort of use right in that land. Hence when, over time, these use rights solidified into what we would now regard as property rights, it meant that the English lawyers did not in any way regard ownership as being in principle something which belongs to one person. Instead, they regarded it as axiomatic that many people could each have separate rights in relation to the same land. These bundles of separate rights became known as *estates* or *interests* in the land. This was of course fundamentally different from the civil law idea of *dominium*.

Next, the question of inheritance. Although, at the outset of the English legal system after the Norman conquest, there was a period when it was not possible for a person who died to make a will of *land*, by employing legal techniques developed later, such as the 'use', the forerunner of the trust, in practice it became possible to do so⁽⁶⁾. But the most important point to make was that the concept of forced heirship, although present

(3) Art. 553-564 c.c.

(4) See, for example, CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 26-34.

(5) In theory, at least, this is still true today.

(6) MATTHEWS, *Imperative Inheritance Law, Comparative Law - United Kingdom*, in CASTELEIN, FOQUÉ, VERBEKE, *Imperative inheritance law in a late-modern society*, 2009, p. 130-131; CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 34-35.

in the early stages of English legal history, but being only ever customary rather than statutory, had died out in most parts of England by the fifteenth century⁽⁷⁾. From then, until the twentieth century, there was in practice complete freedom of testation⁽⁸⁾. Even today this notion survives mostly intact. Thus the notion that underpinned inheritance in England⁽⁹⁾ was not solidarity between the generations, but instead owner autonomy. You were entitled to do what you liked with your own property, and there was no use of the concept of patrimony as there was in the civil law⁽¹⁰⁾.

This dichotomy in relation to the analysis of rights of property was important because, in the English legal system, the circumstances permitted the growth of the legal institution which later became known as the trust. Although, similar ideas also flourished temporarily in Roman law and in the civil law systems in Continental Europe generally, they never developed as far as the trust in England. Almost certainly, this is the result of the different approach to property law, and in particular, the lack of the acceptance by the English of the principle of *dominium*. There was no need to have one person who owned all the rights in relation to the thing. It was well accepted that there could be several people, each simultaneously having separate rights in relation to the same thing.

3. *The trust institution*

The trust in its classical form achieved, and still today achieves, a very important objective in general estate planning. It creates an important, indeed critical split between the *management* of a thing and its *enjoyment*. One person is the owner of the thing and has not only the right and power, but also the duty, to manage that thing for the benefit of the other persons who will enjoy the thing. In making this split, the trust cuts across the civilian notion that the owner of a thing ought to be able

(7) MATTHEWS, *op. cit.*, p. 131-132.

(8) Since 1938 the High Court has had the power to vary testamentary, and since 1952 non-testamentary, dispositions on death which fail to make reasonable provision for certain relatives or dependants of the deceased. But this is largely based on an objective assessment of the *needs* of the claimant. This legislation is now contained in the Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. See MATTHEWS, *op. cit.*, p. 137-151.

(9) Strictly, England and Wales, which together form a single legal system, with laws that differ only slightly in the two countries. Wales now has its own legislature and government, with limited competence. But there is only one judicial system.

(10) See for example KEETON & GOWER, (1935) 20 Iowa LR 326.

to enjoy it beneficially, subject only to the possibility of creating a lesser real right (such as usufruct) which temporarily separates the enjoyment from the ownership. The result is that the trust as a device enables the person who owns a thing to pass on the *benefit* of that thing without passing on its *control*. In such a case, the owner of a thing would create a trust in which he himself was the trustee, although for the benefit of some other person or persons, perhaps his own children or grandchildren. In this way, he still makes all the management decisions in relation to the thing but he does not himself benefit from it.

A more sophisticated version of the same idea would mean that the owner of the property could create a trust in which he was himself the trustee, so keeping control, but although the trust was for the benefit of other people, the trustee himself was also one of the beneficiaries. A different way of using the trust device would be where the owner of a thing did not want to be the trustee, though he did want to create the trust. This could be achieved by the owner transferring the ownership of the thing to a third party for the benefit of those whom he wished to benefit, such as his children. The consequence is that the asset would be in the hands of a third party (who may be a professional) who would manage the property in the interests of the beneficiaries.

A device such as the trust was better able to flourish in the common law world, where the heirs of the deceased did not have any fixed inheritance rights which were indefeasible, and the testator had complete freedom of testation, and moreover, there was no patrimony idea which enabled donations made during lifetime to be brought back on death. In the civil law world, where patrimony and forced heirship were the norm, it was obviously more difficult for a device like the trust to succeed. It would be possible for an heir to object to the trust which the deceased had made during his life just as he could object to a lifetime donation, and the heir could say that he was entitled to a fixed share of the patrimony of the deceased, unlike the heir in the common law world who would not be able to make such claim.

At the same time, there is nothing in principle which prevents a person in the civil law world from creating a trust during his lifetime, provided that he does not thereby offend the indefeasible inheritance rights of any of his heirs under his own system. In practice, of course, you cannot know whether a person has any heirs with indefeasible inheritance rights until that person has actually died. Even if a person gives away property during his life, whilst he has children, it cannot be known, first

of all, that he will still have children when he dies. Secondly, even if he does, it cannot be known that he will remain subject to the law that he was subject to at the time of the gift. If he should become subject, say, to English law before he dies, then it is of course to the English law and not to the civil law that the heirs must look.

There are not many discussions in the civil law text books of what happens if a civil law heir claims in respect of a trust created during the lifetime of the deceased. For example, there is no doubt that an heir who did not receive as many assets on his parent's death as if the trust had not been created could claim to have been damaged by that trust. But it is unclear to what extent, for example, the claim that can be made by the heir would be reduced by the value of any benefits coming to the heir in his capacity as a beneficiary of the trust. For example, if an entrepreneur during his life creates a trust of his family business for the benefit of his children in equal shares and then dies, the children may have forced heirship rights, and may claim that, by giving the shares in the company to a third party trustee, their rights as heirs have been damaged. However, it is not clear what is the measure of their loss, since the economic benefits which they would have had as heirs may already have come, or may come in future to them by way of the trust.

There are a number of ways in which a trust can be used to transfer wealth between the generations.

The first way would be for the owner of the wealth to remain the owner, but to create a trust under which he is trustee, but for himself to retain a life interest (rather like a usufruct) so that he receives the income from the wealth during the remainder of his life. On the other hand, once he dies, the trust effectively comes to an end and the capital beneficiaries are entitled to take the capital from the deceased's estate.

But this is not an inheritance device. It depends upon the trust created during life. Another way of achieving the same result in substance, but without the owner being the trustee, would be for the owner to transfer the wealth to a third party as trustee, but still retaining a life interest for himself and for capital to go to the next generation on the death of the settlor. A third way of doing it would be for the settlor not to create a trust involving a life interest for himself, but instead a trust which can first confer beneficial interests on the next generation straightaway. A fourth way is to transfer the wealth to trustees on discretionary trusts for the next generation. In this case they have no absolute entitlement to the capital, but they will receive it at the discretion of the trustees. A fifth way in which a settlor might deal with the transfer of his wealth would be to create a trust for the benefit of others in the next generation, but to benefit himself only by some contract

of employment with the business itself. For example, he might act as the managing director of the company carrying on the business.

So the various ways in which a trust can be used to transmit wealth between generations are infinite. It is entirely up to the owner as to how the trust works, who gets what and at what time. Obviously, in considering how to structure the trust, the settlor of the trust will be influenced to some extent by other regulatory and fiscal concerns. If a trust structure in one particular format is particularly expensive in tax terms, then the settlor may be persuaded to create a trust in a different format which is less expensive.

4. The Hague Trusts Convention

Before the Hague Convention on the Law applicable to Trusts and on their Recognition, which was negotiated at the Hague in the early 1980s and signed in 1985, the recognition of the trust in non-common law countries (in practice, mainly civil law states) was rather unprincipled and ad hoc. The usual technique adopted in a civil law court was for the court to identify the legal structure or device in that system which the judge considered most resembled the particular trust before the court, and then to assimilate the trust to that kind of institution. So, for example, a simple life interest trust could be assimilated to a usufruct and bare property. Or a will trust might be assimilated to a fideicommissary substitution. A discretionary trust might be assimilated to a foundation, and so on. As long as the trust in question did not infringe rules which were mandatory by virtue of public policy, then, generally speaking, civil law courts were quite prepared to recognise trusts as valid by their systems.

However, the landscape has now changed because the Hague Trusts Convention has created a principled framework within which trusts can be accepted by civil law countries. The Convention has been ratified or acceded to by (amongst other countries) Italy, the Netherlands, Luxembourg, Liechtenstein and Switzerland. France has not ratified the Convention, although it has now produced a trust-like device in the so-called *fiducie*⁽¹¹⁾, and there is some interest now in considering trusts at least for business purposes. However, fiscal considerations mean that the trust, as a form of liberality is discouraged. Belgium introduced a number of

(11) See MATTHEWS, *The French fiducie: and now for something completely different?*, 2007, 21 TLI 17.

provisions dealing with trusts in its new code of private international law⁽¹²⁾ a few years ago, which deal with definition, jurisdiction and proper law. This is so even though Belgium has not ratified the Convention.

What this means is that there are a great many more situations in which a trust from a common law country will be recognised in a civil law country, and very often nowadays will be recognised as the Hague Convention wishes, in its own terms as a trust and not as some other kind of device. So a settler from a civil law country may feel more confident now in creating a trust if he knows that the courts of his country will, in fact, recognise and give effect to the trust from a common law state. Certainly, Italians have taken to the trust with enthusiasm. Many articles and books have been written on it⁽¹³⁾, many court judgments have been given on it⁽¹⁴⁾, and Italian *dottrina* now recognises the so-called *trust interno*, or domestic trust, where all the elements except the governing law are Italian.

5. The EU Regulation

In addition to this, however, there is now the EU Regulation on Succession⁽¹⁵⁾ to consider. This regulation (which does not apply to the UK, Ireland or Denmark) was not intended to try to harmonise the substantive rules of succession and inheritance amongst EU members. That would have been impossible. Instead, it was intended to try to produce some harmony among the rules of private international law. This includes rules for deciding on the applicable law and for the jurisdiction

(12) See the Law concerning the Private International Law Code of 16 July 2004, arts 122-125, and MATTHEWS, *Trusts in Belgian Private International Law*, 2005, 19 TLI 191.

(13) See for example SALVATORE, *Il trust - Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996; BENEVENTI, *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; CHERUBINI, DELMONACO, *I trusts*, Roma, 1999; LUPOI, *Trusts*², Milano, 2001; CANESSA, *I trusts interni*, Milano, 2001; ZANAZZI, *Il trust operativo*, Milano, 2001; BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001; BUTTÀ, *Introduzione ai trust e profili applicativi*, Milano, 2002; VICARI, *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003; LUPOI, *L'atto istitutivo del trust*, Milano, 2005; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005; MONEGAT, LEPORE, VALAS, *Trust*, Torino, 2007, II; DI GIANDOMENICO, FESTA, *Consorzi, fondazioni e trust*³, Rimini, 2007; BERTI-RIBOLI, GANADO, *La legge di Malta sui trust*, Milano, 2007; D. ZANCI, *Il Trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009; STESURI, PORTELLI, *Il trust*², Napoli, 2009; LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust*², Padova, 2011; CECCARONI, *Fondi patrimoniali, trust e patti di famiglia*², Milano, 2012.

(14) See for example the cases collected in AA.VV., *La giurisprudenza italiana sui trust*³, Milano, 2009.

(15) Regulation (EU) No 650 of 2012, of 4 July 2012 (L. 201/107).

of certain courts in EU to deal with the problems which arise from the inheritance.

The regulation, however, extends beyond these matters to cover, for example, the recognition of enforcement of judgments on succession matters from other EU member states and also the recognition and effect of authentic instruments (ie notarial acts) from other member states, as well as the introduction of a European certificate of inheritance, which will give some important and useful information to the courts of a country where the deceased's property is to be found about the law of inheritance which is, in fact, applicable to the succession by virtue of the regulation. It will apply to the successions of persons who die on or after 17 August 2015.

However, it is important to notice that this regulation also has a few words to say about trusts. Article 1 paragraph 1 says this:

«This regulation shall apply to succession to the estates of deceased persons. It shall not apply to revenue, customs or administrative matters.»

And then paragraph 2 of Article 1 says this (in part):

«The following shall be excluded from the scope of this regulation:

...

(g) property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by succession, for instance, by way of gifts, joint ownership with a right of survivorship, pension plans, insurance contracts and arrangements of a similar nature, without prejudice to point (i) of Article 23(2);

...

- (j) the creation, administration and dissolution of trusts;
- (k) the nature of rights in rem...»

It will be seen that there are a number of exclusions from the scope of the regulation which may involve trusts. As it says, the exclusion in (g) is subject to a provision in Article 23(2). This provision reads as follows:

«That law (ie the applicable law determined under Article 21 or 22) shall govern in particular:

...

(i) any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of the different beneficiaries...»

The true effect of this exclusion is rather obscure. But it may well mean that a gift made in the life of the owner is excluded from the scope of the regulation except so far as it is required by the applicable law to restore or account for such a gift, for example, in calculating the patrimony of the deceased for the purposes of ascertaining the indefeasible fixed shares of the heirs.

More important in our context is paragraph (j). This applies directly to trusts. It seems to suggest that *any* kind of trust is excluded from the scope of the regulation. This is problematic for a number of reasons. First of all, exception (g) for lifetime gifts is subject to the obligation to account for gifts in relation to ascertaining the shares of heirs. But, if we treat exception (j) at face value, it would seem that a lifetime trust is completely outside the scope of the regulation, and there is no similar obligation to account for the value of the trust so created. On this view, then, a lifetime trust created by an Italian, but governed by English law according to the Hague Convention, appears to escape the EU Regulation and (at least if the trustee and the trust assets are in England or another common law state) to fall outside the jurisdiction of the Italian courts and the rules of Italian inheritance law.

Secondly, exception (j) does not distinguish between lifetime trusts and trusts contained in the will. You can easily understand the argument for saying that lifetime trusts should be outside the scope of a regulation on wills and successions (subject only, perhaps, to the ‘clawback’ needed fictitiously to reconstitute the patrimony with lifetime gifts, as in exception (g)). But it is harder to understand why trusts in the will should *all* be excluded in the same way, because after all a trust in a will can do the same things for the benefit of third parties as a straightforward gift in a will can do.

Thirdly, exception (j), even in relation to *will trusts*, does not distinguish between (a) will trusts which carry out or further the administration of the estate of the deceased (*eg* collecting in or selling or managing the assets, or paying debts), and (b) will trusts which have substantive effect for the future, *eg* a gift to X on trust for A for life with remainder

to B. One might argue that the second of these should fall outside the scope of the EU Regulation, because it concerns, not *the setting up*, but the *operation* of a structure which has nothing to do with succession. Instead it has only to do with relations between the trustee, beneficiaries and third parties, just like a beneficial gift in a will to X. If a stranger damages the property given to X, it is X who will defend the interests of the trust (or the beneficial gift), and who will rely, not on succession law, but on ordinary principles of property law. On the other hand, a trust which furthers the administration of the trust surely is part of the succession transmission mechanism, and arguably should be covered by the regulation.

Undoubtedly, this makes it difficult to know how exception (j) will be interpreted by the CJEU, the only organ which can give a definitive view. Trusts created by Italians as domestic trusts (*trusts interni*) will not however be a problem. The EU Regulation will not be needed in such cases. But where a trust created by an Italian, transferring wealth between generations, is not a *trust interno*, the EU Regulation will apply, unless exception (i) excludes it. At this early stage in the life of the Regulation, it is impossible to be sure what the answer is.

As already stated, the regulation will not apply to the UK, Ireland or Denmark. So, if an Italian acquires a house in London, and later dies, the succession to the house will be governed exclusively by English law, as English private international law refers questions of succession to immovables to the *lex situs*⁽¹⁶⁾, and English law gives complete freedom of testation to testators not domiciled in England⁽¹⁷⁾.

6. Conclusions

The trust is a long-established legal institution in the common law world, which permits property to be held in ways not otherwise provided for by the local legal system. In particular, it permits retention by the settlor, or the centralisation in another person, of control of the asset, whilst distributing the benefits which flow from it to other persons. Moreover it is inherently flexible, and can be moulded to the form

(16) *Eg Re Hernando* (1884) 27 Ch D 284 (testate succession); *Duncan v Lawson* (1889) 41 Ch D 394 (intestate succession). The rule is the same in Ireland.

(17) See *eg Agulian v Cyganik* [2006] EWCA Civ 129.

needed for the particular case. It is therefore potentially of great use for the purpose of intergenerational transfers. Since the Hague Trusts Convention, there is a much greater acceptance by civil law states of the trust as a trust, as least as long as it does not offend rules of public policy in the specific case. This facilitates its use by owners of property in such states. The new EU Succession Regulation complicates matters by providing an obscurely worded exception for trusts that makes it uncertain whether a trust, whether created in the settlor's lifetime or on his death, is or is not excluded from the scope of the regulation. But since the regulation will not apply to the UK or Ireland, it will be possible to avoid the regulation anyway so long as the asset concerned is an immovable situated in one of those countries.

Evitare la “Sindrome dei Buddenbrook”: le imprese italiane e il ricambio intergenerazionale

Sandro Trento

*Professore ordinario di Economia e gestione delle imprese
nell'Università degli studi di Trento*

Simonetta Vezzoso

*Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università degli studi
di Trento*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'impresa familiare: caratteristiche, pregi e difetti. - 2.1. Cos'è un'impresa familiare? - 2.2. Perché ci sono imprese familiari? - 2.3. Quali limiti ha l'impresa familiare? - 3. Il trasferimento intergenerazionale dei diritti proprietari. - 4. I rischi legati al trasferimento intergenerazionale delle imprese. - 5. Evitare la “sindrome dei Buddenbrook”. - 5.1. Discussione europea in tema di successione nelle medie e piccole imprese. - 5.2. Il patto di famiglia: strumento efficace? - 6. Trasferimento intergenerazionale e crescita dell'impresa.

1. Introduzione

L'efficienza delle imprese dipende dal funzionamento di tre mercati: il mercato del prodotto, il mercato dei fattori e il mercato della proprietà e del controllo.

Il grado di concorrenza sul mercato del prodotto fornisce sicuramente stimoli molto forti alle imprese e costituisce un meccanismo di selezione che premia le aziende gestite in modo efficiente e punisce (con il fallimento) le aziende mal governate. Il modo di funzionare dei mercati dei fattori è importante perché la competitività delle imprese dipende anche dalle opportunità e dalle condizioni di finanziamento e dal costo del lavoro. Il mercato della proprietà delle imprese è il mercato nel quale si scambia il controllo delle aziende e questo mercato è altrettanto importante come fonte di incentivi e di stimoli alla gestione aziendale. Il mercato dei prodotti opera *ex post*: chi non ha costi allineati al livello concorrenziale, ad esempio, non potrà sopravvivere vendendo i propri prodotti al prezzo di mercato; i segnali del mercato del prodotto quindi

arrivano quando è troppo tardi, come punizione per chi è stato inefficiente.

Incentivi e correzioni alla gestione dell'impresa possono venire *in itinere*, invece, dal mercato della proprietà e del controllo. Qualora l'impresa sia controllata da soggetti non adeguati, privi delle competenze adatte alle condizioni correnti del mercato dei prodotti, se esiste un mercato sviluppato della proprietà delle imprese, si può avere una cessione del controllo e l'arrivo di nuovi proprietari in grado magari di effettuare quei cambiamenti gestionali necessari per riportare l'azienda in attivo e farla diventare più competitiva. Il mercato della proprietà delle imprese ha la funzione di assicurare che la proprietà delle imprese sia allocata ai soggetti più capaci di valorizzare l'impresa stessa.

Nel caso delle aziende a controllo familiare tuttavia il cambio del controllo non sempre avviene sul mercato della proprietà delle aziende. Il controllo aziendale infatti viene tramandato da una generazione all'altra senza che vi sia il vaglio del mercato. In questo senso il ricambio generazionale è un momento molto delicato nella vita dell'impresa stessa: c'è il rischio infatti che la gestione dell'azienda finisca in "mani" (erede) non adatte, seppure appartenenti a membri della famiglia proprietaria.

2. *L'impresa familiare: caratteristiche, pregi e difetti*

Le imprese familiari sono diffuse in tutto il mondo. Sono imprese familiari gruppi come Ford, Wal-Mart e Motorola negli Stati Uniti; Samsung, Hyundai e LG in Corea; Carrefour, Peugeot-Citroën e Michelin in Francia; Fiat, Luxottica e Benetton in Italia; BMW in Germania⁽¹⁾.

Nel 71% delle imprese a controllo familiare inoltre non sono presenti altri azionisti rilevanti.

Di fronte a questi dati è difficile affermare che esista un unico processo evolutivo dei modelli di governo delle imprese che dall'impresa personale passa a quella familiare per poi arrivare alla *public company* manageriale.

Nei Paesi dell'Europa occidentale l'impresa familiare (intesa come impresa a proprietà familiare) è il modello più diffuso (44,29% dei casi), seguito dal modello a proprietà diffusa (36,93%), come emerge da uno studio di FACCIO e LANG (2002). L'impresa familiare è molto più diffusa nell'Europa continentale, mentre il modello della proprietà diffusa è più presente nel Regno Unito (63,08%) e in Irlanda (62,32%). In Germania

(1) Per una interessante ricostruzione storica comparata delle vicende di varie imprese familiari si veda Landes (2007).

(10,37%), in Austria (11,11%) e in Italia (12,98%) si ha la quota più bassa di imprese a proprietà diffusa. Secondo questo studio, sono imprese familiari il 64,82% delle imprese in Francia, il 64,62% in Germania, il 60,34 in Portogallo, il 59,61 in Italia contro il 23,68 nel Regno Unito e il 24,63% in Irlanda.

La rilevanza del modello di impresa familiare nel contesto europeo è confermata anche dal Rapporto redatto alla fine del 2008 dal Austrian Institute for SME Research. Questo studio utilizza contestualmente diverse definizioni di impresa familiare, secondo cui la percentuale di imprese familiari di Svezia e Paesi Bassi è pari al 60%, mentre in paesi quali Italia e Germania la percentuale supera il 90%. Il controllo familiare è preponderante tra le imprese di piccole e medie dimensioni, ma anche tra le imprese di maggiori dimensioni la quota di imprese familiari non si discosta molto dal 50%. Le imprese familiari danno lavoro a una quota importante della forza lavoro, specialmente in alcuni settori quali il manifatturiero. Data la loro prevalenza tra le imprese di piccole e medie dimensioni, è facile spiegare perché il loro peso in termini di occupazione sia inferiore rispetto alla quota sul totale delle imprese. Nel Regno Unito, gli occupati nelle imprese familiari rappresentano quasi il 42% dell'occupazione totale nel settore privato, mentre in Spagna questo dato sale al 75%. In Italia, le imprese familiari danno lavoro alla quasi totalità degli addetti nelle imprese manifatturiere con meno di 50 addetti. Ma è l'Austria a presentare il dato più elevato, con una percentuale di occupati del 70-75%. In Belgio, le imprese familiari costituiscono il 55% del Prodotto interno, mentre nei Paesi Bassi producono il 50 % del PIL. I dati di Spagna e Regno Unito, economie di media grandezza, sono particolarmente rilevanti: rispettivamente del 70 e del 41 sul PIL. Le imprese familiari sono essenzialmente imprese di prima generazione. Con il passare delle generazioni, l'incidenza di questa forma di impresa decresce sensibilmente, tanto che già alla seconda generazione la percentuale di imprese si assesta intorno al 20%, mentre al passaggio generazionale successivo, il dato massimo è quello del 9% di Spagna e Regno Unito. Questo dato è significativo se confrontato con lo sviluppo della regolamentazione sulla successione di impresa, che ha notevolmente ridotto l'incidenza della pressione fiscale per agevolare il passaggio generazionale.

2.1. Cos'è un'impresa familiare?

Se si considera il diverso grado di coinvolgimento della famiglia, le imprese familiari possono essere definite tali se: (i) la famiglia detiene

il diritto di voto sulle decisioni strategiche; (ii) le famiglie sono direttamente coinvolte nella gestione dell'azienda, oppure se (iii) la famiglia ha il controllo sulle strategie dell'impresa e più generazioni sono coinvolte nella gestione quotidiana delle operazioni. Descrivere un'impresa familiare a partire dai suoi componenti non ne cattura però l'essenza (SHARMA, 2004). In letteratura è identificabile una ulteriore classificazione delle imprese familiari che si basa non sul coinvolgimento dei componenti delle famiglie, ma sul livello di performance, prendendo in considerazione sia il livello dimensionale sia il business.

Le differenze tra imprese familiari e non familiari sono esplicite se si considerano alcuni elementi quali le performance, la percezione delle sfide e delle risorse dell'ambiente circostante; mentre non sono distinguibili se si considerano altri elementi, quali l'orientamento strategico e le fonti di finanziamento (SHARMA, 2004). Un elemento cruciale nello studio delle imprese familiari è che i componenti della famiglia definiscono il proprio contributo all'attività aziendale in maniera non replicabile in un'azienda non familiare (SHARMA *et al.* 1999). Un'impresa è familiare perché si comporta come tale e questo suo comportamento è diverso da quello di un'impresa non familiare. L'impresa familiare presenta caratteristiche uniche ma con una connotazione bivalente: la stessa caratteristica può risultare vantaggiosa o svantaggiosa per la famiglia proprietaria, e per i dipendenti, sia essi parte o meno del nucleo familiare (TAGIURI e DAVIS, 1996). Spesso i membri della famiglia ricoprono simultaneamente più ruoli a cui corrispondono diversi obiettivi: come membri della famiglia sono interessati al benessere del nucleo familiare, in quanto proprietari dell'impresa puntano ad aumentare i profitti, mentre come manager sono chiamati a lavorare per l'efficienza dell'azienda. La concentrazione di questi tre ruoli, se da un lato può portare ad un accentramento del potere, dall'altro potrebbe garantire efficienza, efficacia e la privacy rispetto al processo decisionale. Una definizione che può essere considerata sufficientemente generale e quindi utilizzabile per ragionare anche sull'esperienza concreta italiana è quella di SHARMA *et al.* (1997) che definiscono 'azienda familiare' come un'impresa gestita e/o diretta su basi sostenibili, potenzialmente di carattere inter-generazionale, per formare e anche sviluppare la visione formale o implicita dell'impresa che hanno i membri della stessa famiglia o di un piccolo numero di famiglie.

2.2. Perché ci sono imprese familiari?

La grande diffusione della proprietà familiare in pressoché tutti i sistemi economici è riconducibile al fatto che essa assicurerebbe all'impresa un vantaggio comparato rispetto all'impresa gestita da manager o comunque rispetto all'impresa non familiare. Ci sarebbero quindi delle ragioni di efficienza che spiegherebbero la nascita delle imprese familiari.

Innanzitutto, l'impresa familiare può essere considerata come una soluzione istituzionale tipica di paesi nei quali il diritto e la giustizia non funzionano in modo efficiente. In particolare, dove l'ordinamento legale e soprattutto il sistema giudiziario sono meno sviluppati e più inefficienti l'utilizzo dei contratti per le transazioni economiche risulta più difficile (BERTRAND e SCHOAR, 2006). In queste situazioni gli agenti economici hanno un livello di fiducia reciproca basso e i legami familiari possono rappresentare uno strumento alternativo alle relazioni contrattuali. Nei vari paesi del resto il grado di protezione assicurato agli investitori è significativamente diverso. Secondo BURKART, PANUNZI e SHLEIFER (2003) il controllo familiare su un'impresa può essere un modo attraverso il quale, in alcuni paesi, ci si tutela dai rischi di comportamenti opportunistici da parte di potenziali altri soci. Nei sistemi nei quali la tutela degli interessi dei soci di minoranza non sono sufficienti i controllanti possono appropriarsi di elevati benefici privati. Se i benefici privati del controllo sono rilevanti il fondatore di un'impresa preferirà lasciare ai propri eredi il controllo dell'impresa piuttosto che lasciare loro solo quote di proprietà senza controllo. Va osservato che in questo caso la proprietà familiare è un modo per preservare questi benefici privati e un ostacolo di fatto all'apertura dell'impresa stessa, alla sua crescita dimensionale, al ricambio nel controllo.

Le imprese familiari avrebbero, secondo molti studiosi, il vantaggio, rispetto alle altre tipologie di impresa, di essere più pazienti. La proprietà familiare sarebbe caratterizzata da un orizzonte temporale molto più lungo rispetto alla altre forme di controllo societario. Le aziende a proprietà diffusa (*public companies*) sono gestite da manager con un orientamento al rendimento di breve termine. Le imprese non familiari sarebbero miopi quindi e sarebbero meno disposte a investire in progetti il cui risultato è differito nel tempo: si pensi a investimenti in ricerca tecnologica particolarmente lunghi e rischiosi. La proprietà familiare conferisce, in generale, all'impresa una stabilità del controllo che le consente di prendere decisioni destinate a massimizzarne il valore nel medio-lungo termine. L'impresa familiare è in verità un'organizzazione pluri-generazionale e quindi capace di orizzonti di pianificazione che oltrepassano la singola generazione. Le imprese familiari sono anche

definite come “imprese dinastiche,” nelle quali si tiene conto anche del benessere delle generazioni future che dovranno ereditare il controllo.

La famiglia inoltre svolge anche un ruolo di raccolta e allocazione di risorse finanziarie, particolarmente rilevante in sistemi nei quali il mercato e gli intermediari finanziari sono poco sviluppati. Se c'è sottosviluppo finanziario infatti è difficile reperire i capitali indispensabili per far partire un progetto d'impresa. In questi casi può essere essenziale contare sulle risorse familiari. I legami familiari consentono non solo di mettere in comune le risorse ma anche di risparmiare sui costi di gestione dell'azienda assegnando le cariche operative a membri della famiglia più propensi ad accontentarsi di remunerazioni più basse visto il coinvolgimento diretto nell'impresa stessa.

I sostenitori della superiorità del controllo familiare sostengono anche che la trasmissione del sapere imprenditoriale sia più facile all'interno della famiglia del fondatore dell'impresa piuttosto che a favore di un manager esterno alla famiglia. L'eredità, in altre parole, se non altro per via di prossimità all'imprenditore, apprenderebbe meglio l'arte di gestire l'impresa in via diretta dal fondatore. Non è facile, in realtà, stabilire in che misura il talento imprenditoriale sia innato o si acquisisca tramite investimenti in capitale umano e tramite esperienza; ancor meno chiaro è se gli *animal spirits* siano trasmissibili per via genetica.

Le imprese familiari inoltre possono avere un rapporto speciale con il potere politico. Le aziende a proprietà familiare sono partner ideali come interlocutori del potere politico perché sono imprese nelle quali la proprietà è stabile. Agli occhi dei politici è preferibile concedere aiuti a imprese che hanno orizzonti temporali lunghi, e i cui proprietari tendono a restare al comando per lungo tempo piuttosto che accordarsi con imprese ad elevato ricambio del controllo. Imprese stabili possono restituire successivamente il favore ricevuto. Queste connessioni con i politici si trasformano in aiuti e sussidi politici, in accesso privilegiato al credito, in contratti per la fornitura alla Pubblica amministrazione, in normative e regolamentazioni favorevoli (MORCK, STANGELAND e YEUNG, 2000; FACCIO, 2006). Le più facili connessioni con i politici possono produrre benefici privati per la famiglia controllante ma possono essere socialmente meno desiderabili (inefficienti) se consentono il trasferimento di risorse a imprese (familiari) inefficienti o se sfociano nella corruzione vera e propria.

2.3. *Quali limiti ha l'impresa familiare?*

I valori familiari possono, in alcuni casi, interferire o confliggere con il perseguimento dell'efficienza nella gestione aziendale. Il proprietario-imprenditore di un'impresa familiare può avere tra i suoi obiettivi non solo il profitto ma anche il benessere dei propri figli e dei propri parenti. Possono crearsi, pertanto, situazioni nelle quali il perseguimento dei due obiettivi genera contrasti e conflitti d'interesse a scapito dell'impresa stessa. Le imprese familiari, come abbiamo visto, sono definite “imprese dinastiche” cioè imprese nelle quali il soggetto o i soggetti controllanti hanno funzioni obiettivo che tengono conto anche degli interessi dei familiari delle generazioni future (figli e nipoti). Questo aspetto svolge, come abbiamo osservato prima, una funzione positiva perché conferisce all'impresa un'ottica di lungo periodo.

I legami familiari, d'altro lato, possono generare rischi di nepotismo. Nell'attribuzione delle cariche e delle deleghe il fondatore, invece di seguire un metodo meritocratico, può farsi guidare dagli affetti e preferire propri familiari al posto di più capaci manager assunti dall'esterno. Scelte di questo genere avrebbero effetti negativi sul governo dell'impresa sia per la minore competenza di chi ha l'onere di prendere le decisioni operative sia per i disincentivi che il nepotismo genera su tutta la struttura organizzativa (CASELLI e GENNAIOLI, 2003). I dipendenti dell'azienda, infatti, di fronte a scelte di promozione basate sul nepotismo potrebbero considerare chiusi i loro percorsi di carriera e quindi impegnarsi meno nel lavoro.

D'altro lato, vi è il pericolo che proprio l'obiettivo di preservare “a tutti i costi” l'azienda in mani familiari possa limitare le occasioni di sviluppo dell'impresa stessa. Possono presentarsi situazioni nelle quali l'impresa può avere un'opportunità di crescere dimensionalmente, magari acquistando un concorrente. In tali situazioni, si rende spesso necessaria una discontinuità: la struttura organizzativa va cambiata per consentire il salto dimensionale. Il modello familiare con molti incarichi in poche mani “fidate” deve via via lasciare posto a un modello organizzativo più articolato. Col crescere della dimensione nasce l'esigenza di dotarsi di nuove funzioni aziendali (area finanza, area marketing, area logistica etc.) che, magari, fino ad allora non erano necessarie e la rete familiare può non essere più sufficiente per coprire queste posizioni di responsabilità.

Per sfruttare le opportunità di accrescimento dimensionale può presentarsi, del resto, un vincolo di risorse finanziarie. Le risorse della famiglia possono essere insufficienti e può diventare necessario reperire nuovi capitali, aprendo, ad esempio, il capitale a nuovi soci, non appartenenti alla famiglia controllante. La crescita dimensionale può richiedere

risorse tali da rendere indispensabile la cessione del controllo a nuovi soggetti. In queste situazioni i legami familiari possono costituire un ostacolo alla crescita dell'impresa. Si osserva infatti che a volte il controllante rinunci alle occasioni di ampliamento dell'azienda per evitare il rischio di perdere il controllo.

Nei sistemi nei quali la proprietà è concentrata e l'interazione tra imprese, Stato, banche, sindacato è caratterizzata da relazioni dure, spesso collusive, il fatto di controllare un'impresa (soprattutto se medio-grande) fa sì che si entri nell'establishment del Paese. Chi controlla un'impresa in Paesi di capitalismo relazionale (come l'Italia) gode del beneficio privato di "incontrare" i politici, di poter scambiare favori con il potere politico, anche solo assumendo qualcuno segnalato da un ministro o da un deputato. Un altro beneficio è la possibilità di costruire relazioni dirette con le banche per avere credito a condizioni più favorevoli. È un beneficio privato anche l'accesso ai mass media.

Elevati benefici privati del controllo rappresentano un forte incentivo a non aprire il capitale dell'impresa, soprattutto a non cedere il controllo anche se ciò è nell'interesse dell'azienda. Questo può essere il caso di varie imprese familiari in paesi di capitalismo relazionale nei quali, tra l'altro, spesso le imprese sono più protette dalla concorrenza e ciò accresce la possibilità per la famiglia-controllante di seguire propri obiettivi privati anche a costo di inefficienze gestionali scaricate sull'impresa.

Nell'impresa familiare di grande dimensione il Consiglio di amministrazione è tipicamente composto, in prevalenza, da membri della famiglia proprietaria, alcuni dei quali ricoprono anche le funzioni di Presidente e di Amministratore delegato. Il Consiglio finisce per essere controllato quasi totalmente dalla famiglia controllante. Da un lato, questo potrebbe significare che essendo presenti nel Consiglio gli azionisti di riferimento (la famiglia) i manager sono sottoposti a una sorveglianza continua e quindi minori saranno i rischi di abusi. Il punto però è che la distinzione tra management e proprietà, nelle aziende familiari, è molto debole: il management è espressione diretta della famiglia o direttamente (con membri della famiglia) o indirettamente, perché scelto dalla famiglia sulla base di comprovate doti di affidabilità.

Nell'impresa familiare quindi il problema più rilevante è quello del rischio di collusione tra proprietà e management. Nelle imprese a proprietà concentrata, in generale, vi sono rischi di abuso proprio da parte degli azionisti di maggioranza a scapito di quelli di minoranza: i proprietari controllanti in altre parole possono sfruttare informazioni private per estrarre rendite dall'impresa e beneficiarne personalmente, sia ad esempio con forme di transazione con altre aziende di loro proprietà (*self dealing* o operazioni con parti correlate), sia in termini di carriera e potere personale.

Va però distinto il caso di un controllo familiare totalitario da quello diluito: nel primo caso essendo la famiglia l'unica proprietaria non avrà modo di danneggiare altri azionisti e quindi di fatto si è in una situazione di non separazione tra proprietà e controllo.

Nel caso in cui la famiglia detiene solo una parte del capitale dell'azienda si possono porre i conflitti descritti.

Tipicamente nei paesi nei quali prevale la proprietà concentrata, si utilizzano una serie di strumenti per consentire di esercitare il controllo anche con quote azionarie limitate. Il primo è quello del “gruppo piramidale”, che mediante una catena di controllo (più o meno lunga) consente di moltiplicare il potere di controllo a parità di capitale investito. In vari paesi sono diffuse anche le azioni a voto multiplo o con diritti speciali. Tutti questi strumenti rafforzano i soggetti controllanti (*entrenchement*) e riducono le opportunità di ricambio della proprietà anche in caso di cattiva gestione dell'azienda stessa.

3. Il trasferimento intergenerazionale dei diritti proprietari

La trasmissione di diritti esclusivi su determinati beni, vale a dire il sistema ereditario, ha conosciuto mutamenti nel tempo con l'evolvere dei sistemi produttivi. Nelle economie basate sulla caccia e sul nomadismo i diritti proprietari erano ridotti al minimo e spesso le proprietà degli individui (armi, indumenti, utensili) venivano distrutte alla morte dell'individuo stesso. Nelle società agricole, i diritti di proprietà furono sviluppati in forme più articolate, sebbene l'accesso alla terra e quindi il suo utilizzo fossero più importanti della proprietà. I diritti di accesso e l'uso dei terreni erano assicurati, in molte società, dalla semplice appartenenza a un gruppo sociale (tribù, clan, popolo, famiglia), mentre l'eredità riguardava i soli beni mobili (attrezzi di lavoro) e il bestiame (GOODY, 1987).

Con la crescita della popolazione la terra divenne un bene sempre più scarso e i diritti di proprietà assunsero forme sempre più codificate e la loro allocazione tra gli individui sempre più diseguale. In questo modo si introdusse anche la possibilità di separare la proprietà della terra dalla sua conduzione e dal suo sfruttamento. Il proprietario aveva il diritto di definire le regole di trasferimento intergenerazionale della proprietà terriera, seguendo, a seconda dei casi, un principio di non divisione dell'appezzamento (efficienza) o un criterio di equa ripartizione tra gli eredi. Nelle economie industriali gran parte dei diritti consuetudinari di accesso e di uso dei terreni venne abolito, la quasi totalità della terra divenne di proprietà privata e si creò in questo modo una vasta mag-

gioranza di popolazione priva di proprietà terriere. Le imprese stesse divennero beni privati e soggetti a un principio di trasferimento intergenerazionale.

L'eredità in pressoché tutte le società umane è un processo incentrato sui legami familiari (genetici o acquisiti). Nelle società più semplici la nozione di famiglia è spesso molto ampia e questo fa sì che sia molto basso il rischio di interruzione dell'asse ereditario. Nelle società moderne invece il perimetro familiare è più definito e limitato. La trasmissione ereditaria può avvenire in via verticale: ai figli e/o ai nipoti o può prevedere forme di trasferimento orizzontale, allo sposo, ai fratelli, ad altri parenti (MANZONE e TRENTO, 1994).

La possibilità di trasferire ricchezza da una generazione ad un'altra ha effetti importanti dal punto di vista economico. Un aspetto che ha tradizionalmente attirato l'attenzione degli economisti è quello relativo alle scelte di consumo e di risparmio. La decisione di alcuni individui di non consumare interamente il reddito disponibile può essere spiegata in parte dal desiderio di lasciare in eredità ai discendenti una certa ricchezza (*bequest motive*). Il desiderio di lascito ereditario era anzi ritenuto la sola motivazione di accumulazione prima dello sviluppo dei modelli di consumo fondati sul "ciclo vitale" ad opera di BRUMBERG e MODIGLIANI. Il desiderio di lasciare in eredità una certa ricchezza può essere spiegata sia da ragioni di altruismo, intese come quelle situazioni nelle quali la funzione di utilità di un individuo è correlata con la funzione di utilità di un altro individuo, magari appartenete alla stessa famiglia (BECKER, 1981); oppure da ragioni di tipo strategico: si lasciano in eredità ai discendenti delle ricchezze sperando in questo modo di incentivare comportamenti benevoli di questi ultimi nei confronti del proprietario, fino a quando costui è in vita. In realtà, se si ipotizza che gli individui abbiano incertezza circa la data della loro morte si può assumere che questo fattore sia sufficiente a spiegare perché le persone non consumino tutto il patrimonio accumulato nella fase lavorativa della loro vita e ne conservino una parte a fini precauzionali che poi viene ereditata dai discendenti (MODIGLIANI, 1986).

4. I rischi legati al trasferimento intergenerazionale delle imprese

La trasmissione ereditaria di ricchezza ha effetti significativi sul processo di accumulazione e tende a perpetuare o ad accrescere la disuguaglianza nella distribuzione della ricchezza e del reddito.

Nel caso del trasferimento intergenerazionale della proprietà e del controllo delle imprese vi sono effetti rilevanti sotto il profilo dell'efficienza.

Come si è visto nell’Introduzione, l’efficienza delle imprese dipende dal funzionamento di tre mercati: il mercato del prodotto, il mercato dei fattori e il mercato della proprietà e del controllo.

Per quanto qui più direttamente interessa, il mercato della proprietà delle imprese dovrebbe idealmente assicurare che la proprietà delle imprese sia allocata ai soggetti più capaci di valorizzare l’impresa stessa.

Le moderne teorie di diritti di proprietà (GROSSMAN-HART-MOORE) sostengono che la proprietà è uno strumento per l’esercizio del controllo molto importante in un contesto nel quale i contratti non sono sufficienti per regolare le transazioni tra gli agenti economici (incompletezza contrattuale), gli individui sono eterogenei in termini di capitale umano e gli investimenti in capitale umano sono molto rilevanti per assicurare la crescita economica. Gli individui detengono caratteristiche innate ed acquisite che li rendono insostituibili e taluni individui possiedono talenti e capitale umano complementari rispetto a determinati beni capitali: gli imprenditori infatti hanno delle capacità che sono spesso indispensabili per il buon utilizzo di certi beni capitali. Non tutti i soggetti detengono quelle capacità specifiche. Tra individui e beni capitali si possono quindi generare complementarità benefiche (imprenditore e impresa) ma solo nel vivo della produzione, non è possibile cedere ad altri questa interazione benefica. Si ha un’allocazione efficiente dei diritti di proprietà se sono proprietari quei soggetti “indispensabili” alla produzione, quei soggetti che sono meno sostituibili nell’impresa e il cui contributo al benessere totale attraverso i propri investimenti in capitale umano è massimo.

Il mercato della proprietà delle imprese dovrebbe assicurare che la proprietà e il controllo delle imprese venga ceduta (venduta) ai soggetti più adatti: coloro che pagheranno il prezzo più alto, sono coloro che ritengono di essere meglio in grado di gestire l’impresa e di farla prosperare in modo da recuperare il costo sostenuto per l’acquisto.

Nel caso delle aziende a controllo familiare tuttavia il cambio del controllo non sempre avviene sul mercato della proprietà delle aziende. Il controllo aziendale infatti viene spesso tramandato da una generazione all’altra senza che vi sia il vaglio del mercato. I diritti di proprietà sull’impresa vengono, alla morte dell’imprenditore o in una altra data (trasferimento *inter vivos*) sottratti al mercato della riallocazione proprietaria e trasmessi in via diretta agli eredi o successori o beneficiari⁽¹⁾.

(1) John Maynard Keynes sosteneva che: «il seme della decadenza intellettuale del capitalismo individualistico vada ricercato in un istituto che non è affatto caratteristico del capitalismo stesso, ma che è stato mutuato dal precedente sistema sociale feudale, vale a dire il principio ereditario. Il principio ereditario nella trasmissione della ricchezza e del

L'erede tuttavia potrebbe avere caratteristiche simili a quelle del proprietario se ne è il figlio o un parente, e se si ritiene che il talento imprenditoriale sia una dote genetica o comunque innata questo potrebbe ridurre le perplessità sulla trasmissione intergenerazionale dell'impresa. Inoltre, si può immaginare che l'erede può imparare il "mestiere dell'imprenditore" anche grazie alla vicinanza al proprietario (se ne è il figlio o un parente), affiancandolo, ricevendone deleghe, mansioni e così via.

In questo senso il ricambio generazionale è un momento molto delicato nella vita dell'impresa stessa: c'è il rischio infatti che la gestione dell'azienda finisca in "mani" (erede) non adatte, seppure appartenenti a membri della famiglia proprietaria. I legami di affetto tra il proprietario e gli eredi possono in alcuni casi confliggere con la necessità di seguire criteri meramente meritocratici nella scelta del nuovo controllante per l'azienda.

Il passaggio da una generazione all'altra può essere un evento molto rischioso per l'impresa. Lo storico Landes ha sostenuto che vi è una vera "sindrome dei Buddenbrook" che spiega la fine di molte dinastie imprenditoriali europee con l'arrivo alla guida delle imprese della terza generazione. Egli osserva che «era il turno della terza generazione, dei figli dell'abbondanza annoiati dal tedio del commercio e pieni delle aspirazioni bucoliche del gentiluomo di campagna (...) Molti di loro si ritirarono e accelerarono la trasformazione delle loro imprese in società per azioni. Altri continuarono, occupandosi dell'impresa negli intervalli tra lunghi week-end che si concedevano, lavoravano per gioco e giocavano per mestiere. Alcuni di loro furono abbastanza avveduti da affidare la gestione a dei professionisti» (LANDES, 1978, p. 440).

La Sindrome dei Buddenbrook fa riferimento al fatto che possono esserci dei cambiamenti importanti nella gestione delle imprese familiari con il susseguirsi delle generazioni. La prima generazione è quella del fondatore ed ha spesso tratti di tipo pionieristico, di grande resistenza, fiducia, capacità di superare le avversità e di accumulare risorse senza sperperarle. La seconda generazione di solito ha il ruolo di far crescere l'impresa, con la finalità di incrementare il potere e il prestigio della famiglia. La terza generazione avrebbe invece minore spirito di sacrificio, minore attaccamento all'azienda e preferirebbe i piaceri del tempo libero

controllo d'impresa dà ragione della debolezza e della stupidità della direzione della causa capitalistica. In essa, infatti, predominano uomini di terza generazione. Nulla più dell'attaccamento al principio ereditario garantisce la decadenza di un'istituzione sociale. Una riprova di ciò è che la Chiesa, di gran lunga la più antica delle nostre istituzioni, si è sempre tenuta lontana da questo tarlo» (KEYNES, 1925, p. 49).

e del consumo alla fatica dell'intrapresa. In verità, una lettura attenta del romanzo di Thomas Mann (1901) *I Buddenbrook, decadenza di una famiglia*, ci mostra che la sindrome di cui parlano molti storici ed esperti di strategia aziendale, non è presente nel volume. Il libro di Mann racconta le vicende di quattro generazioni della famiglia Buddenbrook proprietaria di una omonima impresa di Lubecca. Johann, che rappresenta la terza generazione, quella di solito accusata di dilapidare il patrimonio e di portare l'azienda in rovina, non appare come un cattivo manager e non si dedica ai piaceri o a una vita dissoluta. Thomas, che è della quarta generazione e che di fatto è l'ultimo proprietario della ditta di famiglia, non sembra essere un manager incompetente e non si dedica ad attività ludiche. È Hanno Buddenbrook, quinta generazione, che effettivamente preferisce la musica alla gestione dell'azienda ma la decisione di liquidare la ditta viene presa dal padre quando lui ha solo 15 anni.

Ad ogni modo, l'espressione “la sindrome dei Buddenbrook” viene usata per identificare quelle situazioni nelle quali le generazioni successive si mostrano poco interessate alla gestione dell'impresa di famiglia e la portano in rovina.

La vita delle imprese di solito segue tre fasi: la fase della supervisione diretta da parte del fondatore, che è allo stesso tempo manager (imprenditore) e proprietario; quella della *supervisione controllata* durante la quale vengono introdotte risorse manageriali esterne e la fase del *controllo indiretto*, fase di vero decollo dimensionale durante la quale è necessario affidare deleghe e compiti chiave a soggetti terzi e il fondatore si ritaglia una funzione di supervisione indiretta. Questa fase può spingersi fino alla divisionalizzazione dell'impresa e alla sua trasformazione societaria; la crescita dimensionale in molti casi richiede capitali aggiuntivi che solo l'ingresso di nuovi soci o la vendita dell'impresa a soggetti con maggiori risorse possono assicurare.

La successione familiare può avere luogo in fasi diverse della vita dell'impresa. Il trasferimento del controllo ad un erede non pienamente capace nelle prime due fasi della vita dell'impresa può ritardare o di fatto impedire all'azienda di arrivare alla terza fase. Una successione difficile durante la terza fase può creare seri problemi all'impresa soprattutto se il successore si rifiuta di realizzare il salto dimensionale aprendo il capitale a nuovi soggetti. Se la terza fase invece è già avviata, e si è già realizzata una divisionalizzazione dell'azienda, possono esserci migliori condizioni per inserire l'erede alla guida di una delle divisioni prima ancora che il passaggio completo del controllo abbia luogo (MANZONE e TRENTO, 1994).

Un problema che spesso si manifesta nei casi in cui la famiglia ha più eredi è che possano insorgere dei conflitti interni tra i discendenti.

Vi sono dei modelli tipici di successione:

la designazione molto anticipata del successore: in questo modo si investe nella formazione del successore, si dà certezza agli assetti proprietari e si riducono i rischi di conflitti.

La designazione ritardata: ha di solito luogo nelle famiglie numerose nelle quali è presente un conflitto tra gli eredi oppure nelle aziende in cui l'imprenditore non vuole rinunciare ai benefici del controllo. Il rischio in questo caso è quello di non avere un successore che sia pronto per la gestione dell'azienda e/o quello di lunghi conflitti interni tra eredi e tra eredi e fondatore.

Il rischio di conflitto tra gli eredi è maggiore nel caso in cui l'intero patrimonio della famiglia è investito nell'azienda familiare. Il passaggio del controllo dal fondatore agli eredi in molti casi di questo tipo è rinviato a dopo la morte del proprietario. Quando invece il patrimonio familiare è costituito da altri cespiti oltre all'azienda il rischio di conflitto può, in teoria, ridursi

La cessione a terzi del controllo: questa soluzione può aver luogo in due modi, il primo è quello in cui la famiglia proprietaria mantiene la proprietà del capitale ma affida la gestione dell'azienda a manager esterni alla famiglia (separazione tra proprietà e controllo), l'altro caso è quello della vendita dell'impresa. In ambedue i casi gli eredi ricevono un capitale ma non sono coinvolti nella gestione. È la situazione che genera meno problemi dal punto di vista dell'efficienza.

5. Evitare la "sindrome dei Buddenbrook"

5.1. Discussione europea in tema di successione nelle medie e piccole imprese

Diverse sono le riflessioni ed iniziative a livello di Unione Europea che mirano a promuovere un'efficace transizione nell'esercizio del potere gestionale e nella proprietà dell'impresa. La Raccomandazione della Commissione Europea, del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE) già evidenziava come ogni anno diverse migliaia di imprese fossero obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili inerenti alla successione, con ripercussioni negative sul tessuto economico delle imprese nonché sui loro creditori e lavoratori.

La Commissione differenziava a questo proposito fra cessazioni di attività dovute «alle forze di mercato», e quelle invece attribuibili «ad

un’insufficiente preparazione della successione e all’inadeguatezza di alcune parti della legislazione degli Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale». Raccomandava dunque «interventi volti a sensibilizzare, informare e formare gli imprenditori» affinché preparassero efficacemente la loro successione finché ancora in vita, nonché suggeriva modifiche alle leggi degli Stati membri al fine di facilitare considerevolmente il buon esito della successione. Con riguardo in particolare ai casi in cui la successione non poteva venire realizzata nell’ambito della famiglia, la Commissione proponeva misure incentivanti il trasferimento a terzi, e fra questi in particolare ai dipendenti dell’impresa stessa. Nella successiva Comunicazione “Il trasferimento di proprietà delle imprese - La continuità grazie a un nuovo avvio” (COM(2006) 117 def.) si prendeva atto che gli sforzi di attuazione della Raccomandazione del 1994 da parte degli Stati membri risultavano ancora insufficienti.

La liquidazione dell’impresa a seguito della morte dell’imprenditore è vista dunque come un evento con ripercussioni negative in termini di competitività, crescita ed occupazione, da contrastare attraverso misure atte invece a promuovere il trasferimento dell’impresa all’interno della famiglia oppure a terzi. Se il trasferimento delle imprese in passato avveniva essenzialmente all’interno a favore degli eredi, il basso tasso di natalità (unito ad una spesso insufficiente valorizzazione del ruolo degli eredi di genere femminile), nonché le necessarie competenze richieste da ambienti estremamente competitivi, rendono più difficile l’individuazione di un successori fra i discendenti e/o i coniugi. Nella già menzionata Comunicazione della Commissione europea del 2006 si promuoveva dunque l’organizzazione di mercati trasparenti per incentivare i trasferimenti a terzi della proprietà delle imprese. D’altra parte, svariati studi empirici indicherebbero che il trasferimento della proprietà dell’impresa a terzi comporterebbe una performance migliore rispetto a trasferimenti puramente intrafamiglia (PEREZ-GONZALES, 2006; CUCCULELLI and MICUCCI, 2008), spiegabili in termini di nuovi apporti di risorse sia materiali che immateriali. Una recente indagine della Fondazione Nord-Est dedicata al passaggio intergenerazionale ha evidenziato la netta preferenza della maggioranza degli interpellati (il 70%) nei confronti dell’apertura, ovvero l’ibridazione tra il caratterizzante tratto familiare con le competenze manageriali necessarie ad affrontare i cambiamenti dei mercati e dell’economia attuale. Solo il 15,8% degli interlocutori preferisce mantenere proprietà e gestione all’interno della famiglia, mentre il 14,2% privilegierebbe un’apertura del capitale all’esterno, pur nella continuità della gestione familiare (FONDAZIONE NORD-EST, Opinion Panel, 2012).

5.2. Il patto di famiglia: strumento efficace?

Il diritto successorio incide in modo determinante sull'avvicendamento nella proprietà dell'impresa, delimitando il perimetro entro il quale l'imprenditore risulta effettivamente in grado di pianificarne gli assetti *post-mortem*. Tratto caratterizzante della successione necessaria nella modalità adottata dal legislatore italiano è il riconoscimento ai legittimari, indipendentemente dal loro effettivo stato di bisogno, ed anche contro la diversa volontà espressa dal testatore stesso, di un intangibile diritto sul patrimonio ereditario del loro parente o coniuge, in ossequio ad una rapporto ritenuto solidaristico all'interno della famiglia. Altri ordinamenti, in particolare di *common law*, valorizzando invece all'estremo la volontà del testatore, non prevedono alcun diritto alla quota di legittima, ma solo un'eventuale, limitata "correzione" delle disposizioni testamentarie da parte del giudice, con finalità essenzialmente assistenziali.

Svariati ordinamenti prevedono poi la possibilità di stipulare patti successori, vietati tuttavia in Italia. L'art. 458 c.c. impone infatti il divieto sia dei patti istitutivi («ogni convenzione con la quale taluno dispone della propria successione»), che dispositivi («l'atto con cui taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta») ed infine rinunziativi («rinuncia dei medesimi»). Inoltre, il diritto alla legittima limita notevolmente l'efficacia di strumenti alternativi, quali ad esempio un contratto di donazione concluso fra l'imprenditore ed il discendente destinato all'esercizio dell'impresa. Entro dieci anno dall'apertura della successione, gli altri successori necessari dell'imprenditore hanno infatti la possibilità di impugnare la donazione con l'azione di riduzione, creando un'evidente situazione di incertezza a potenziale instabilità.

Il patto di famiglia, introdotto dalla l. n. 55 del 14 febbraio 2006, è finalmente in grado di offrire un'articolata risposta alla Raccomandazione della Commissione Europea sopra ricordata. Il patto di famiglia consiste in un contratto, da stipularsi con atto pubblico a pena di nullità, con il quale l'imprenditore, ovvero il titolare di partecipazioni societarie, trasferisce gratuitamente, in tutto o in parte, l'azienda o le partecipazioni sociali ad uno o più discendenti, i quali, a loro volta, provvedono a liquidare il coniuge del donatario e gli altri congiunti che sarebbero legittimari se in quel momento si aprisse la successione. Attraverso la sottoscrizione del patto di famiglia è possibile attribuire, in via preventiva, la totalità dell'azienda, o di un ramo della stessa, ad un unico o più discendenti, che l'imprenditore dovrebbe ritenere maggiormente idoneo/i alla continuazione dell'impresa. Fra il disponente/imprenditore, i discendenti assegnatari nonché i legittimari non assegnatari la successione

intergenerazionale nell'impresa si regola al momento della conclusione del contratto (anticipando dunque gli effetti rispetto al momento della morte dell'imprenditore) attraverso il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie a fronte di liquidazioni in denaro o in natura.

L'introduzione del patto di famiglia va sicuramente valutata positivamente. La necessità di una disciplina più attenta alle esigenze specifiche del passaggio generazionale nell'ambito delle imprese di tipo familiare è confermata dall'analisi economica. In generale, la previsione di un automatico diritto intangibile su una quota dell'eredità può ostacolare la circolazione della ricchezza e del controllo delle imprese. Con riguardo all'impresa familiare, può addirittura pregiudicarne la continuità e la sopravvivenza, in particolare in presenza di comportamenti opportunistici da parte di eredi necessari. Invece, l'esercizio di un'ampia libertà da parte dell'imprenditore di disporre dei beni che compongono l'azienda, e dei potenziali aventi diritto di cercare un accordo patrimoniale soddisfacente, può venire utilizzata in chiave di efficace passaggio intergenerazionale. In quest'ottica, il patto di famiglia può servire a garantire la prosecuzione dell'impresa attraverso un avvicendamento generazionale programmato e rispettoso da una parte delle capacità e vocazioni dei successori, e dall'altra dell'equilibrio nei rapporti interni alla famiglia.

Avere “salvaguardato”, attraverso le novità introdotte con la disciplina dei patti di famiglia, il bene azienda/partecipazione sociale dall'operatività dei normali meccanismi di protezione dei successori necessari del disponente/imprenditore, rappresenta indubbiamente un importante elemento di stabilità con potenziali effetti positivi anche sull'efficacia dei meccanismi di “selezione” del discendente e la predisposizione di un ordinato piano di successione nella proprietà/gestione dell'impresa. Tuttavia, il legislatore ha introdotto una serie di cautele che paiono forse eccessive, le quali hanno in parte compromesso la funzionalità dei patti di famiglia. In particolare, l'ampia possibilità di recesso concessa a tutti i partecipanti al patto potrebbe andare nel senso di compromettere quella stabilità che sarebbe invece necessaria nell'ottica di un'ordinata successione nell'impresa. D'altra parte, risulta sicuramente opportuno prevedere degli strumenti giuridici che permettano almeno all'imprenditore disponente di cambiare idea in merito alle capacità - in particolare manageriali - della legittimaria precedentemente scelta come sostituta alla guida dell'impresa, dopo averle verificate nella prassi (PENE VIDARI, 2009).

Più in generale, ci si può chiedere se il legislatore, nel predisporre la disciplina dei patti di famiglia, si sia posto, fra gli altri obiettivi, anche quello della minimizzazione dei costi della transazione nel senso dei costi della negoziazione e dello scambio legati al trasferimento di quella

particolare ricchezza che è rappresentata dall'azienda o dalle partecipazioni sociali. In quest'ottica, i possibili effetti delle norme andrebbero considerati anche in una prospettiva *ex-ante*. Un legislatore che metta in debito conto la possibilità di tali conflitti, dovrebbe cercare in qualche modo di disciplinarli, per non compromettere la funzionalità complessiva dell'istituto. A questo proposito, appaiono forse troppo deboli i meccanismi previsti dal legislatore affinché i contraenti principali (disponente/beneficiario) si attivino affinché il procedimento che porta alla determinazione dei valori delle singole liquidazioni, nonché dei tempi e modalità delle stesse, sia il più possibile inclusivo e concordato.

Infine, considerando il patto di famiglia in qualche modo alternativo al trasferimento dell'impresa a terzi, l'attrattività o meno del primo dipenderà anche dal buon funzionamento del secondo. Se il "mercato" non opera efficacemente, si ricorre al patto di famiglia anche se subottimale, e non ci sono forse sufficienti pressioni sul legislatore per migliorarne la disciplina. Inoltre, fuori dal non sempre nitido ambito applicativo dei patti di famiglia, le convenzioni con le quali si disponga della propria successione e di ogni atto con il quale taluno disponga o rinunci ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta sono allo stato ancora nulli, in controtendenza anche rispetto a recenti scelte operate da paesi di *civil law* vicini alla tradizione giuridica italiana. Anche in un'ottica di incentivo al *business transfer* infrafamiglia, invece, la proposta di abolizione - o di forte ridimensione - del divieto dei patti successori trova valide ragioni di supporto.

5.3. *Trasferimento intergenerazionale e crescita dell'impresa*

Il 95% delle imprese italiane ha una dimensione media inferiore ai 10 dipendenti, si tratta di un tratto che differenzia il nostro sistema produttivo da quello di quasi tutti i paesi avanzati. Questa modesta dimensione delle nostre aziende è considerata una delle debolezze dell'apparato produttivo italiano. Le piccole imprese infatti hanno difficoltà a sostenere gli investimenti necessari per fare innovazione, incontrano molti ostacoli nei processi di internazionalizzazione, hanno una produttività inferiore rispetto alle imprese più grandi. Un punto importante è che non solo le imprese italiane sono molto piccole in media ma tendono a restare piccole nel tempo: non crescono. Se si confrontano i processi di crescita dimensionale in vari paesi, infatti, si scopre che in Italia questi processi di accrescimento di scala sono più lenti e incerti.

Le difficoltà di crescita dell'economia italiana sono legate a queste caratteristiche del sistema produttivo.

La quasi totalità delle piccole imprese italiane è a controllo familiare e anche nei gruppi più grandi, vi sono quasi sempre famiglie proprietarie che detengono quote significative del capitale.

Le imprese in Italia non crescono per la presenza di ostacoli esogeni, ad esempio, l'eccessiva pressione fiscale, le inefficienze della pubblica amministrazione, i costi eccessivi di input indispensabili (energia, servizi, credito). Ma molte imprese non crescono per ragioni legate alla struttura proprietaria. Vi è in molte famiglie proprietarie una vera “ossessione per il controllo”, si vuole in altre parole detenere a tutti i costi il controllo all'interno della famiglia. In taluni casi, si preferisce far fallire l'azienda piuttosto che delegare il controllo a soggetti esterni alla famiglia o cederlo del tutto a terzi.

Il passaggio generazionale è un momento molto delicato nella vita dell'impresa perché vi è il rischio che il controllo dell'impresa stessa possa finire nelle “mani sbagliate”.

Vi sono in effetti vari scenari. L'imprenditore (fondatore) rinvia il passaggio generazionale fino all'ultimo, mantiene un controllo forte senza deleghe agli eredi e quando questi ricevono il controllo sono impreparati alla gestione dell'impresa. In altri casi, l'imprenditore si fa guidare nella scelta del successore dall'affetto e sbaglia la scelta, affidando il controllo all'erede meno capace. Il passaggio generazionale, in un terzo scenario, scatena conflitti e gelosie nella famiglia, fino a paralizzare la vita aziendale. Insomma vi sono varie situazioni possibili nelle quali la trasmissione del controllo può condurre alla crisi dell'impresa.

Spesso, per consentire all'impresa di fare il salto dimensionale si tratta di reperire nuove risorse finanziarie e manageriali; questo può richiedere di aprire l'impresa a nuovi soci, fino al punto di far uscire la famiglia fondatrice e di vendere l'impresa a terzi.

Esiste inoltre la possibilità di separare proprietà e controllo, trasmettendo la sola proprietà dell'impresa alla generazione successiva ma attribuendo, allo stesso tempo, il controllo, inteso come il potere di prendere le decisioni strategiche, ad un terzo soggetto (non proprietario). In questo caso, gli eredi saranno proprietari ma non avranno cariche operative. Sarebbero tutelati i diritti patrimoniali degli eredi ma anche il principio di efficienza nella selezione del nuovo soggetto controllante (colui che gestirà l'impresa).

In alternativa, è importante favorire la programmazione del passaggio generazionale, in modo da consentire all'imprenditore e alla famiglia di mettere alla prova i vari eredi, di valutarli sul campo, coinvolgendoli via via in mansioni e compiti più impegnativi, per arrivare alla fine a decisioni condivise, non conflittuali. I patti di famiglia possono favorire questa programmazione, possono consentire per tempo di raggiungere una soluzione condivisa che tuteli i vari eredi e salvaguardi la vita dell'impresa. Per avere

un ricambio generazionale di successo è fondamentale che questo passaggio sia programmato per tempo, che gli eredi vengano messi alla prova sul campo, che vengano formati, sostenuti, consigliati, valutati. Il patto di famiglia può facilitare questa programmazione, separando gli eredi interessati a diventare imprenditori da quelli interessati a fare altro. Il punto delicato però è il rischio che i conflitti nella famiglia siano solo rinviati nel tempo e che divengano palesi solo dopo la morte del fondatore.

Rimane aperta la questione della crescita dell'impresa. Vanno costruite le condizioni affinché sia possibile anche la soluzione di uscita della famiglia proprietaria dall'impresa e la vendita di quest'ultima a terzi. Nel caso in cui non ci siano eredi adatti, nel caso in cui gli eredi preferiscano fare altre attività, nel caso in cui servano risorse ingenti, finanziarie e manageriali, non resta che vendere l'azienda a nuovi controllanti. Manca in Italia un vero mercato della proprietà delle imprese nel quale possano essere vendute le imprese da parte degli imprenditori. Serve una rete di intermediari specializzati, di consulenti capaci di suggerire le soluzioni migliori, serve un mercato regolato e trasparente.

Bibliografia

- H. ALMEIDA, D. WOLFENZON (2006), *A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups*, in *The Journal of Finance*, vol. 61, n. 6, p. 2637-2679.
- R. ANDERSON, D.M. REEB (2003), *Founding-Family Ownership and Firm Performance: Evidence from the S&P 500*, in *The Journal of Finance*, vol. 58, 3, p. 1301-1327.
- J.H. ASTRACHAN, M. CAREY SHANKER (2006), *Family businesses' contribution to the US economy: a closer look* in P.Z. POUTZIOURIS, K.X. SMYRNIOS, S.B. KLEIN (eds), *Handbook of Research on Family Business*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Ltd.
- BANCA D'ITALIA (2007), *Relazione annuale sul 2006*, Roma.
- R. BARONTINI, L. CAPRIO (2005), *The Effect of Family Control on Firm Value and Performance. Evidence from Continental Europe*, ECGI Finance Working paper n. 88, June.
- M. BENNEDSEN, K. MEISNER NIELSEN, F. PEREZ-GONZALEZ, D. WOLFENZON (2007), *Inside the Family Firm: The Role of Families in Succession Decisions and Performance*, in *Quarterly Journal of Economics*, May, p. 647-691.
- A. BERLE, G. MEANS (1932), *The Modern Corporation and Private Property*, New York, MacMillan.
- M. BERTRAND, A. SCHOAR (2006), *The Role of Family in Family Firms*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 20, n. 2, p. 73-96.
- M. BIANCHI, M. BIANCO, S. GIACOMELLI, A.M. PACCES, S. TRENTO (2005), *Proprietà e controllo delle imprese in Italia*, Bologna.
- M. BURKART, F. PANUNZI E A. SHLEIFER (2003), *Family Firms*, in *The Journal of Finance*, vol. 58, n. 5, p. 2167-2201.

- F. CASELLI, N. GENNAIOLI, (2003), *Dynastic Management* in CEPR Discussion Paper n. 3767.
- A.D. CHANDLER, (1977), *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press.
- A.D. CHANDLER, (1990), *Scale and Scope. The Dynamics of Industrial Capitalism*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press.
- J.H. CHUA, CHRISMAN, J.J. E P. SHARMA (1999), *Defining the Family Business by Behavior*, in *Entrepreneurship Theory and Practice*, Summer, p. 19-39.
- G. CORBETTA, D. MONTEMERLO (eds) (2001), *The Role of Family in Family Business*, Milano, EGEA.
- M. CUCCELELLI, MICUCCI, G. (2008) *Family succession and firm performance: evidence from Italian family firms*, in *J. Corp. Finance* 14, 17-31.
- A. DYCK, L. ZINGALES (2004), *Private Benefits of Control: An International Comparison*, in *The Journal of Finance*, vol. 59, n. 2, p. 537-600.
- M. FACCIO, L.H.P. LANG (2002), *The Ultimate Ownership of Western European Corporations*, in *Journal of Financial Economics* 65, p. 365-395.
- M. FACCIO, (2006), *Politically Connected Firms*, in *American Economic Review*, March, v. 96, 1, p. 369-386.
- C.A. FAVERO, S.W. GIGLIO, M. HONORATI E F. PANUNZI (2006), *The Performance of Italian Family Firms*, CEPR Discussion papers n. 5786.
- FONDAZIONE NORD-EST (2012), *Il passaggio intergenerazionale*, in *Quaderni FNE*, Collana Panel n. 35 - settembre 2012, http://www.fondazione Nordest.net/Uploads/Media/Passaggio_generazionale.pdf.
- S. GIACOMELLI, S. TRENTO (2005), *Proprietà, controllo e trasferimenti nelle imprese italiane. Cosa è cambiato nel decennio 1993-2003?*, Banca d'Italia, Temi di Discussione n. 550.
- K.E. GERSICK, J.A. DAVIS, M. MCCOLLOM HAMPTON, I. LANSBERG (1997), *Generation to Generation, Life cycles of the family business*, Boston, Harvard Business School Press.
- S.B. KLEIN, (2003), *Family Business Research in German Publications 1990-2000*, INSEAD, Working Papers Series 2003/05/IIFE.
- S.B. KLEIN, C. BLONDEL (2002), *Ownership Structure of the 250 Largest Listed Companies in Germany*, INSEAD, Working Papers Series 2002/123/IIFE.
- D.S. LANDES, (2007), *Dinastie. Fortune e sfortune delle grandi aziende familiari*, Milano.
- R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER (1999), *Corporate Ownership around the World*, in *The Journal of Finance*, vol. 54, n. 2, p. 471-517.
- R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER E R.W. VISHNY (1997), *Legal Determinants of External Finance*, in *The Journal of Finance*, vol. 52, n. 3, p. 1131-1150.
- B. MANZONE, S. TRENTO (1994), *Il trasferimento intergenerazionale delle imprese*, in *Banca d'Italia, Il mercato della proprietà e del controllo delle imprese: aspetti teorici e istituzionali*, Roma, Banca d'Italia.
- B. MAURY, (2006), *Family Ownership and Firm Performance: Empirical Evidence from Western European Corporations*, in *Journal of Corporate Finance*, 12, p. 321-341.
- D. MILLER, I. LE BRETON-MILLER (2005), *Mantenere il successo. Lezioni di vantaggio competitivo dalle grandi imprese familiari*, Milano, ETAS.

-
- D. MILLER, I. LE BRETON-MILLER, R.H. LESTER, A.A. CANNELLA JR. (2007), Are Family Firms Really Superior Performers? in *Journal of Corporate Finance*, 13, p. 829-858.
- R.K. MORCK, D.A. STANGELAND E B. YEUNG (2000) "Inherited Wealth, Corporate Control, and Economic Growth" in R.K. MORCK (a cura di), *Concentrated Corporate Ownership*, NBER Conference Volume, Chicago, Chicago University Press.
- T. NENOVA, (2003), *The Value of Corporate Votes and Control Benefits: A Cross-Country Analysis*, in *Journal of Financial Economics*, 68, p. 325-351.
- F. PENE VIDARI, (2009), *La successione legittima necessaria*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, IV, Torino.
- F. PEREZ-GONZALES, (2006), *Inherited control and firm performance*, *Am. Econ. Rev.* 96, 1559-1588.
- P. SHARMA, (2004), *An Overview of the Field of Family Business Studies: Current Status and Directions for the Future*, in *Family Business Review*, 17, 1, p. 1-36.
- D. SRAER, D. THESMAR (2004), *Performance and Behaviour of Family Firms: Evidence from the French Stock Market*, mimeo, Paris, ENSAE, CREST.
- R. TAGIURI, J. DAVIS (1996), *Bivalent Attributes of the Family Firm*, in *Family Business Review*, 9, 2, p. 199-208.
- S. TRENTO, (2008), "L'impresa familiare: un reperto di antiquariato o una specificità istituzionale?", in *Parole Chiave*, v. 39, p. 27-50.
- B. VILLALONGA, R. AMIT (2006), *Benefits and Costs of Control-enhancing Mechanism in U.S. Family Firms*, in Working Paper, Harvard Business School, May.
- P. VOLPIN, (2002), *Governance with Poor Investor Protection: Evidence from Top Executive Turnover in Italy*, in *Journal of Financial Economics*, 64, p. 61-90.

Intergenerational transfer of wealth from a comparative perspective. Different solutions to a complex problem

Martin Schauer

Professor Institut für Zivilrecht Universität Wien

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Succession Law. - 3. Company Law. - 4. Foundation. - 5. Final remarks.

1. Introduction

The transfer of wealth from one generation to the next one is a complex procedure which in many cases may turn out to be highly controversial between the persons involved. This is due to the conflicting interests of the stakeholders. The deceased person, when preparing the will, might have been interested in distributing the assets just based on his or her personal ideas without any restrictions imposed by law. The surviving spouse and the children of the deceased may be interested in acquiring as much of the assets as to what they consider to be their legitimate share. The creditors of the deceased person may doubt whether the heirs would be able and willing to pay for the debts. If the deceased person held shares of a company then even the interests of the company and the other shareholders might be affected: The shares of the deceased are passed on to the legal successor who could be an incompetent, unreliable and even quarrelsome person.

One can imagine easily how numerous and complex the legal problems are which may arise from transfer of an estate from the deceased to his or her successors. In my presentation, I will not be able to go into all of the problems one may think of. As I was told by the organizers of the conference, I will focus on enterprises or businesses being involved. As for the comparative perspective, my presentation will be based on the German and Austrian law. Even with all these restrictions, the presentation will be quite a challenge when there are only 30 minutes of time.

When we talk of enterprises being transferred from one generation to the next one we think of family businesses. There is no legal definition of a family business. In the common understanding of the word, a family business is an enterprise which is controlled by one natural person or by

a smaller number of natural persons who are spouses or who are related with each other. In some cases, the enterprise might be controlled by more than one family⁽¹⁾.

As a starting point, let us have a look at some economic figures. Family businesses are the backbone of the economy. In Germany, family businesses make up for 92% of all enterprises ⁽²⁾; in Austria the respective figure is 80%⁽³⁾. In Germany, they provide for 26.2 millions of jobs⁽⁴⁾. You may find family businesses in any branch of the market. They act as producers of goods and deliverers of services, they may be wholesalers and retailers. You will find family businesses of any size. In Germany, about 94% of all enterprises employing less than 10 people are family businesses⁽⁵⁾. But even among enterprises providing more than 500 jobs, family businesses make up 27%⁽⁶⁾. Among the largest family businesses in Germany, you will find the car producer BMW where the Quandt family holds 46.6% of the shares; Metro which operates some of Germany's largest retailers and department stores, where more than 50% of the shares are held by two families. Aldi, one of Germany's largest chains of supermarkets, is wholly owned by members of the Albrecht family. Family business may operate in almost any legal form. They may be run by the entrepreneur himself in sole proprietorship, they may be organized as partnerships or as companies with limited liability or as joint stock companies, and they even may be listed at a stock exchange. In

(1) See also in more details EUROPEAN COMMISSION (ENTERPRISE AND INDUSTRY DIRECTORATE-GENERAL), *Final Report of the Expert Group, Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies*, November 2009, available at http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/family_business_expert_group_report_en.pdf, consulted on 18th February 2013.

(2) STIFTUNG FAMILIENUNTERNEHMEN, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen 1*, available at http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Die_volkswirtschaftliche_Bedeutung_der_Familienunternehmen.pdf, consulted on 18th December 2012.

(3) FLENER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 28 N. 1.

(4) STIFTUNG FAMILIENUNTERNEHMEN, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen 13*, available at http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Die_volkswirtschaftliche_Bedeutung_der_Familienunternehmen.pdf, consulted on 18th December 2012.

(5) STIFTUNG FAMILIENUNTERNEHMEN, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen 18*, available at http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Die_volkswirtschaftliche_Bedeutung_der_Familienunternehmen.pdf, consulted on 18th December 2012.

(6) STIFTUNG FAMILIENUNTERNEHMEN, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen 18*, cit.

some family businesses the members of the family are also active in the management board, in other businesses managers from outside of the company are hired⁽⁷⁾.

In Germany, about 22.000 family businesses are transferred to the next generation every year⁽⁸⁾. In Austria, the respective number is 5.000⁽⁹⁾. The intergenerational transfer of an enterprise frequently is a challenge, not only from the economic point of view, but also from the legal perspective. In some cases, even the existence of the enterprise may be put at risk. So the process of transfer is something which has to be planned carefully and which generally requires sophisticated legal consulting provided by lawyer or notaries.

My presentation will consist of three chapters. In the first chapter I will deal with the legal aspects coming from succession law. Then, I will discuss the company law aspects. Finally, I will outline the use of a foundation as instrument to immunize the business from the dangers of an intergenerational transfer.

2. Succession law

When we look at the basic principles, succession law in Germany and Austria are quite similar. However, when it comes to the details there are quite a lot differences. Let us just focus on the aspects of succession law which are relevant for the intergenerational transfer of family businesses.

First, as in many other jurisdictions, succession law in Germany and Austria is based on a compromise between colliding principles. On one side, the testator is free to set up a will and to distribute his or her assets freely. On the other side, the surviving spouse and his close relative, such as the children and – if there aren't any – his parents or even the grandparents have a privileged right to claim the estate. They are heirs by law if the deceased person did not set a will⁽¹⁰⁾, and if he did

(7) See HABIG, BERNINGHAUS, *Die Nachfolge im Familienunternehmen ganzheitlich regeln*³, 7.

(8) INSTITUT FÜR MITTELSTANDSFORSCHUNG, *Mittelstand in Deutschland 2011*, 4, available at http://www.ifm-bonn.org/assets/documents/Mittelstand_in_Deutschland_2011.pdf, consulted on 18th December 2012.

(9) BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT, FAMILIE UND JUGEND, *Mittelstands-bericht 2012, Bericht über die Situation der kleinen und mittleren Unternehmungen der gewerblichen Wirtschaft*, 72, available at http://www.bmwfj.gv.at/Unternehmen/versicherungsvermittler/Documents/Entwurf%20Mittelstandsbericht_%202012.pdf, consulted on 18th December 2012.

(10) §§ 727 et seq. ABGB (Austrian Civil Code); § 1294 et seq. BGB (German Civil Code).

they may claim a compulsory share (*quota di riserva*)⁽¹¹⁾. Generally, the compulsory share is 50% of what the person being entitled to it would have received if there had been no will and they had been heirs in intestacy⁽¹²⁾. So the share of the estate which is reserved for the spouse and the relative as *legittimari* will not exceed 50% of the estate. And we can also say that the share of the estate which is left to distribution by the will of the testator (*quota disponibile*) will not be less than 50%. There is, however, an important exception if the deceased person has made a gift to someone before his death⁽¹³⁾. Such a gift may lead to an increase of the compulsory share. It may even have the consequence that the donee (the recipient of the gift) is liable for the corresponding part of the compulsory share which is not covered by the estate⁽¹⁴⁾. When it comes to the question on whether or not a gift made by the deceased person will lead to an increase of the compulsory share and how to calculate the increase details are quite complicated, and there are some significant differences between German and Austrian law⁽¹⁵⁾ (see also in chapter IV).

When it comes to the legal position of the *legittimari* in Germany and Austria, there is another aspect which should be mentioned because it seems to impose a difference to Italian law. Generally, the testator is free in how to cover the compulsory shares of the *legittimari*⁽¹⁶⁾. He may appoint the spouse or the family relative as an heir and provide him or her with a share of the estate which is at least an equivalent of the compulsory share⁽¹⁷⁾. The testator may also provide the *legittimari* with a legacy (*legato*) the value of which at least corresponds to compulsory share⁽¹⁸⁾. If the testator does not, either by disinheriting one of his *legittimari* without a sufficient reason or by providing him with a portion of the estate or a legacy which does not fully correspond with the compulsory

(11) See § 764 ABGB; § 2303 BGB.

(12) See § 765 ABGB; § 2303 BGB.

(13) See § 785 ABGB; § 2325 BGB.

(14) See § 951 ABGB; § 2329 BGB.

(15) For Austrian law, see more detailed AICHBERGER-BEIG in GRUBER, KALSS, MÜLLER, SCHAUER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 4 N. 45 et seq.

(16) See § 774 ABGB; SCHEUBA in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 9 N. 25; APATHY in KOZIOL, BYDLINSKI, BOLLENBERGER, *ABGB*³ § 774 N. 1; WELSER in RUMMEL, *ABGB*³ § 774 N. 1.

(17) WELSER in RUMMEL, *ABGB*³ § 774 N. 1; SCHEUBA in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 9 N. 25.

(18) WELSER in RUMMEL, *ABGB*³ § 774 N. 1; SCHEUBA in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 9 N. 25.

share, then the person being entitled to it only has a monetary claim⁽¹⁹⁾. In such a case, the person being entitled to a compulsory share only has the legal position of a creditor of the estate⁽²⁰⁾, and he or she does not participate in the community of heirs (*comunione dei beni ereditari*)⁽²¹⁾.

Secondly, I understand that Italian law is quite restrictive when it comes to legally binding contracts on succession rights and on estate of a person which is still alive. An agreement as to succession (*patto successorio*) is not allowed (Art 458 Cod.civ.) and the *patto di famiglia* seems to be the only exception. This is somehow different in German and Austrian law. German law has a very liberal approach to the agreement as to succession (*patto successorio*)⁽²²⁾. Such an agreement may be concluded between any two parties whether or not they are spouses or family relatives⁽²³⁾, such an agreement may cover the entire estate⁽²⁴⁾, and such an agreement may even be concluded in favour of a third party⁽²⁵⁾. The agreement as to succession seems to have some significance in Germany: The result of a survey in 2006 was that about 5% of the population have entered into such an agreement⁽²⁶⁾. There is, however, one problem which this kind of agreement cannot solve: It cannot do away with the compulsory shares. Austrian law is much more restrictive: Agreements as to succession are permitted⁽²⁷⁾. But they may only be concluded by spouses⁽²⁸⁾, they may not cover more

(19) BITTNER, HAWEL in KLETEČKA, SCHAUER, *ABGB-ON* 1.00 §§ 762, 763 N. 3; SCHEUBA in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 9 N. 6 et seq.; NEMETH in SCHWIMANN, *Taschenkomm ABGB* § 764 N. 1; ECCHER in *Schwimann*³ § 764 N. 1; WELSER in RUMMEL, *ABGB*³ Vor § 762 N. 3; für Deutschland: HAAS in STAUDINGER, *BGB* § 2303 N. 67; LANGE in *MünchKomm BGB*⁵ § 2303 N. 16; HOEREN in SCHULZE UA, *Handkomm BGB*⁷ § 2303 N. 13.

(20) KOZIOL, WELSER, *Bürgerliches Recht II*¹³ 545; for Germany HAAS in STAUDINGER, *BGB* § 2303 N. 67; LANGE in *MünchKomm BGB*⁵ § 2303 N. 16.

(21) WERNER in STAUDINGER, *BGB* § 2032 N. 1.

(22) § 1941, §§ 2274 et seq. BGB.

(23) HOEREN in SCHULZE UA, *Handkomm BGB*⁷ Vorbemerkungen zu §§ 2274-2303 N. 2.

(24) MUSIELAK in *MünchKomm BGB*⁵ § 2278 N. 7.

(25) § 1941 (2) BGB; MUSIELAK in *MünchKomm BGB*⁵ Vorbemerkungen §§ 2274-2303 N. 7; KANZLEITER in STAUDINGER, *BGB* § 2278 N. 5.

(26) HOMMERICH, HOMMERICH, *Erbrechtliche Vorsorge in Deutschland*, 4, available at <http://www.erbrecht.de/getasset.php?asid=579>, consulted on 18th December 2012.

(27) § 602, § 1249 ABGB.

(28) FISCHER, CZERMAK in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 20 N. 48; M. BYDLINSKI in RUMMEL, *ABGB*³ § 1249 N. 3; BRAUNEDER in SCHWIMANN, *ABGB*³ § 1249 N. 6.

than three quarters of the estate⁽²⁹⁾, and there is no binding agreement in favor of a third party⁽³⁰⁾. These seem to be the reasons why the *patto successorio* is of no practical relevance in Austria⁽³¹⁾. Furthermore, both German and Austrian law permit the *mortis causa* gift (*donazione mortis causa*), and there are no specific restrictions imposed⁽³²⁾. Finally, the testator and any other person may enter into a contract on renunciation of the inheritance⁽³³⁾. If they do, the person who renounced will not acquire the right of inheritance after the death of the testator⁽³⁴⁾. Depending on the results of the negotiations, the testator may pay some money or transfer some assets in exchange for the renunciation; but this is not a required element of the contract⁽³⁵⁾. Even more important, the compulsory share may be subject of a contract on renunciation⁽³⁶⁾. Since it is very difficult to disinherit someone who is entitled to a compulsory share⁽³⁷⁾, such a contract is the only reliable way to estate planning without the restrictions of a *quota di riserva*.

When it comes to the intergenerational transfer of a family business compulsory shares constitute for the fundamental problem. The reason is that in most of the cases the business owner will intend to concentrate the control of the enterprise in one person of the next generation. For instance, he will designate one of his children to be his successor whom he considers to be the most experienced or the smartest one. Compulsory shares have the opposite effect. They are focused on the division of the estate⁽³⁸⁾.

There is just a very specific area of business where by law the principle of the undivided continuation of the business prevails against the in-

(29) FISCHER, CZERMAK in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 20 N. 54 et seq.; M. BYDLINSKI in RUMMEL, *ABGB*³ § 1249 N. 2; KOCH in KOZIOL, BYDLINSKI, BOLLENBERGER, *ABGB*³ § 1249 N. 4.

(30) OGH (Austrian Supreme Court) 20.10.1999, 7 Ob 115/99h NZ 2000, 147; FISCHER, CZERMAK in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 20 N. 53; BRAUNEDER in SCHWIMANN, *ABGB*³ § 1249 N. 6; M. BYDLINSKI in RUMMEL, *ABGB*³ § 1249 N. 3; KOZIOL, WELSER, *Bürgerliches Recht* IP³, 522.

(31) FUCIK in KLETEČKA, SCHAUER, *ABGB-ON* 1.01 § 1249 N. 10.

(32) § 956 Satz 2 ABGB; § 2301 BGB; KOZIOL, WELSER, *Bürgerliches Recht* IP³, 541^o et seq.

(33) § 551 ABGB, § 2346 BGB; KOZIOL, WELSER, *Bürgerliches Recht* IP³, 462 et seq.

(34) WELSER in RUMMEL, *ABGB*³ § 551 N. 1; APATHY in KOZIOL, BYDLINSKI, BOLLENBERGER, *ABGB*³ § 551 N. 2; WERKUSCH in KLETEČKA, SCHAUER, *ABGB-ON* 1.01 § 551 N. 3.

(35) KOZIOL, WELSER, *Bürgerliches Recht* IP³, 463.

(36) WALL in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 21 N. 1; Mayer in *BeckOK BGB* § 2346 N. 13.

(37) See §§ 768-770, § 773; § 2333 BGB.

(38) See KREJCI, *Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht* 1 f.

terest of the *legittimari* to acquire a certain share of the estate⁽³⁹⁾. In the field of agriculture, a farm after the death of its owner will not be transferred to all of his legal successors but only to a single one who seems to be the most qualified one⁽⁴⁰⁾. The other heirs will not participate in the farm; they will just be compensated by a monetary claim the amount of which has to be measured by the profitability of the farm⁽⁴¹⁾. Generally, they will receive much less than their compulsory share. These provisions apply to farms only and they have historic reasons⁽⁴²⁾. I understand that in Italy a similar regime privileging farms (*masi chiusi*) exists in the province of Alto Adige where it perhaps may be considered as a legal heritage of the Austrian law.

As for any other business, the undivided continuation after the death of the business owner does not prevail against the compulsory shares. There are not many options which are left to the business owner when planning his estate. First, he may think of disinheriting his or her *legittimari*. For this purpose, very specific reasons are required, such as a severe crime⁽⁴³⁾. In everyday estate planning, disinheritance is hardly ever a way to do away with compulsory shares. Secondly, the business owner might think of appointing the *legittimari* as legatees (*legatari*) and providing them with some assets the value of which covers their compulsory share. This is a way out only when there are sufficient assets apart from the business to cover all these claims. If the business is the major asset of the estate then the testator might think of referring the *legittimari* to their monetary claim against the estate. This is an appropriate solution only if there is enough liquid capital in the estate to pay for all these claims. If the major asset of the estate is an enterprise or a share of a company and if the compulsory shares make up for 50% of the estate

(39) Bundesgesetz vom 21. Mai 1958 über besondere Vorschriften für die bäuerliche Erbteilung (Anerbengesetz), BGBl 1958/106 idF BGBl I 2008/2; Gesetz vom 12. Juni 1900, betreffend die besonderen Rechtsverhältnisse geschlossener Höfe, wirksam für die gefürstete Grafschaft Tirol, GVBlTirVbg. Nr. 47/1900 idF BGBl I 2003/112; Bundesgesetz vom 13. Dezember 1989 über die bäuerliche Erbteilung in Kärnten (Kärntner Erbhöfegesetz 1990) BGBl 1989/658 idF BGBl I 2003/112.

(40) See §§ 3, 4 und 4a AnerbenG; extensively PROBST in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 6 N. 40 et seq.

(41) OGH (Austrian Supreme Court) 5.04.1972, 1 Ob 55/72 SZ 45/40; 18.07.2011, 6 Ob 109/11i; extensively PROBST in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 6 N. 88 et seq.

(42) See PROBST in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 6 N. 9 et seq.

(43) Cf. KOZIOL, WELSER, *Bürgerliches Recht II*³, 560 et seq.; THOMA in *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*³ § 29 N. 65 et seq.

then in most of the cases there will not be sufficient liquid money for satisfying all the *legittimari*⁽⁴⁴⁾. On the contrary, those monetary claims against the estate may even put the further existence of the enterprise at risk or the designed successor may be forced to sell the enterprise which has the effect that it is lost for the family for all times. The third way to deal with the problem would be that the business owner enters into a contract on renunciation of the compulsory shares with the *legittimari*. Trouble is that such a contract requires the consent of both parties⁽⁴⁵⁾. Some of the *legittimari* might be willing to agree, some of them are not or the business owner might have to pay a high price for their consent. Finally, the fourth way might be that the business owner sets up a foundation and transfers the enterprise of the company shares to the foundation. In some cases, this can really be a way to avoid compulsory shares. We will come back to that in the last part of my presentation (see below chapter IV).

Let me just add that in recent years legislation has become aware of this problem and a reform of the provisions dealing with compulsory shares is being discussed⁽⁴⁶⁾. One solution might be that when an enterprise or a company share is the major asset of the estate and when there is not enough liquidity to satisfy the monetary claims of the *legittimari* then the judge would be entitled to impose a moratorium on those payments or he might even decree that the monetary claims could be paid for in installments over a period of ten years⁽⁴⁷⁾. For the time being, this is just a subject of discussion, there is no draft or parliamentary bill.

3. Company law

When a shareholder of a company dies, his share generally would be part of his estate and be transferred to the legal heirs. But this transfer also affects the legitimate interests of the surviving members of the company because the successor of the deceased person might be someone whom – due to the lack of qualification or for some other reason – they

(44) KREJCI, *Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht* 1 f.

(45) APATHY in KOZIOL, BYDLINSKI, BOLLENBERGER, ABGB³ § 551 N. 1; RUMMEL in RUMMEL, ABGB³ § 551 N. 1; WELSER, *Bürgerliches Recht II*³, 462.

(46) KREJCI, *Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht* (2006); see also WELSER, *Ein eigenes Pflichtteilsrecht für Unternehmer? - Zum Gesetzesvorschlag einer Arbeitsgruppe*, GesRZ 2008, 261.

(47) KREJCI, *Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht* 16 et seq.

would never have accepted when setting up the company. Therefore, the surviving members of the company may have a strong incentive to control who succeeds the deceased as a new member of the company.

There are various solutions to the problem. They depend on the legal form of the company. Let us start with the partnership (*società in nome collettivo*). If there is no special provision in the partnership agreement, in Germany the membership of deceased is terminated at the time of his death and the partnership will be continued by the surviving members of the partnership⁽⁴⁸⁾. In Austria the partnership is dissolved and liquidated⁽⁴⁹⁾, but the surviving members of the partnership are entitled to agree on the continuation of the partnership without the heirs of the deceased⁽⁵⁰⁾. Of course, there could be a clause in the partnership agreement as to automatic continuation of the partnership without the heirs of the deceased⁽⁵¹⁾. In every case, when the partnership is continued without the heirs of the deceased company member, the value of his share has to be paid by the partnership to his estate as a compensation for the loss of the membership⁽⁵²⁾. All that is quite clear and does not lead to any fundamental problems.

The tough question is the following: May there be a clause in the partnership agreement which reduces the claim of the estate to a lower amount which does not correspond with the true value of the share - we may think of the book value - or may the claim of the estate be eliminated completely with the effect that only the surviving members of the partnership would benefit from the death of the deceased? German and Austrian courts would approve both clauses, even the complete exclusion of the claim of the estate⁽⁵³⁾. If so, the next question would be whether the *legittimari* are protected against such an exclusion of the claim of the estate. German and Austrian courts hold that there is no protection which is quite a surprise. The result of this court practice is that a partnership

(48) § 131 (3) n. 1 dHGB (German Commercial Code).

(49) § 131 n. 4 UGB (Austrian Business Code).

(50) § 141 (1) UGB.

(51) See SCHAUER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 31 N. 16, SCHAUER in KALSS, NOWOTNY, SCHAUER, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* N. 2/618.

(52) § 137 (2) UGB; SCHAUER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 31 N. 26.

(53) OGH (Austrian Supreme Court) 18.01.1950, 1 Ob 19/50 SZ 23/8; 11.02.1997, 10 Ob 34/97s, GesRZ 1997, 106; BGH (German Supreme Court) 22.11.1956 - II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 194 = NJW 1957, 180; see also BGH 14.07.1971 - III ZR 91/70, WM 1971, 1338.

may be used as an instrument to avoid compulsory shares. All you have to do is to set up a partnership with some other people and put a clause into the partnership agreement that after the death of a member his share will be terminated and any claim of his estate shall be eliminated. Then you transfer all your assets into the partnership and when you die there will be no estate. German and Austrian courts rely on the argument that partnership contracts cannot be considered as gifts (*donazione*)⁽⁵⁴⁾, but this is hardly convincing. Since the solution held by the courts is fiercely discussed in the doctrine⁽⁵⁵⁾, no serious legal consultant would recommend a partnership as an instrument to avoid compulsory shares. In its latest decision the Austrian Supreme Court indicates that it might reconsider this position⁽⁵⁶⁾.

Shares of a company with limited liability (*società a responsabilità limitata*) will always be part of estate of the deceased shareholder⁽⁵⁷⁾. The statutes of the company cannot provide for the automatic termination of the shares in the case of death⁽⁵⁸⁾. But in the statutes of the company the surviving shareholders may be granted a right to acquire the share of the deceased⁽⁵⁹⁾. Frequently, the statutes also provide for a purchase price which has to be paid by the surviving shareholders who wish to make use of this right, and again the purchase price in many cases is below the true value of the share⁽⁶⁰⁾.

If the family business is organized as a joint stock company (*società per azioni*) the statutes of the company may not provide for a preferred right of the shareholders to acquire the shares in the case of death of

(54) BGH (German Supreme Court) 22.11.1956 - II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 194 = NJW 1957, 180; OGH (Austrian Supreme Court) 18.01.1950, 1 Ob 19/50 SZ 23/8; 10.09.1992, 8 Ob 644/91, GesRZ 1993, 38.

(55) Extensively SCHAUER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 31 N. 27 mwN; KOPPENSTEINER, AUER in STRAUBE, *UGB*⁴ §§ 137, 138 N. 21.

(56) OGH 11.02.1997, 10 Ob 34/97s, GesRZ 1997, 106.

(57) See KALSS in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 32 N. 4.

(58) OGH 5.09.1990, 2 Ob 593, 594/90 ecolex 1990, 765 (*Reich-Rohrwig*); 15.02.2000, 5 Ob 110/99h NZ 2000, 280; OGH 07.08.2008, 6 Ob 150/08i; OLG Wien (Higher Regional Court Vienna) 17.05.2005, 28 R 68/05h GeS 2005, 371; KALSS in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 32 N. 8; different view by KOPPENSTEINER, RÜFFLER, *GmbHG*³ § 76 N. 14.

(59) NOWOTNY in KALSS, NOWOTNY, SCHAUER, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* N. 4/309.

(60) NOWOTNY in KALSS, NOWOTNY, SCHAUER, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* N. 4/309.

one shareholder⁽⁶¹⁾. However, the shareholders may enter into an agreement by which they grant preferred rights of acquisition to each other in the case of death or if one of the shareholders is willing to sell his shares. Since such an agreement is not part of statutes of a company, it is binding only for those shareholders who took part in the formation of the agreement, but not, for instance, for a purchaser of the shares⁽⁶²⁾.

4. Foundation

A business owner might consider it a good idea to set up a trust or a foundation and transfer his enterprise or his company shares to it before his death. By doing so, he might pursue a threefold strategy: first, to make sure that his intentions on the future development of the enterprise will be respected even after his death; secondly, to protect the enterprise from conflicts among family members after his death, thirdly, to avoid compulsory shares of the *legittimari*.

Let us now take a look on German and Austrian law to find out whether these objectives can be realized. In Germany and Austria, the trust as a legal form does not exist. Opposite to Italy, Germany and Austria have not signed the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. The qualification of trusts in international private law in Germany and Austria is quite unclear⁽⁶³⁾. This seems to be one of the reasons why the trust is of no relevance in Germany and Austria.

However, foundations play an important role in economic and social life in Germany and Austria. But when we talk of foundations we should take into consideration that a foundation in Germany and Austria is somehow different from what is in Italy. I understand that in Italy a *fondazione* may be set up for a charitable (or a public benefit) purpose only (*utilità sociale*). In Germany and Austria, there is no such restriction. A foundation may have any purpose which is not illegal⁽⁶⁴⁾. This is why a foundation in Germany and Austria may have private purposes, such as

(61) KALSS in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 32 N. 9.

(62) KALSS in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 32 N. 55.

(63) WOLFF in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 43 N. 38 et seq.

(64) For Austria § 1 (1) PSG (Privatstiftungsgesetz; law on private foundations); ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz*² (2007) § 1 N. 15; KALSS in KALSS, NOWOTNY, SCHAUER, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* N. 7/13. For Germany § 80 (2) BGB; BACKERT in *BeckOK BGB* § 80 N. 5.

providing the maintenance of the founder's family members. Especially in Austria, this kind of family foundation is commonplace⁽⁶⁵⁾.

However, German and Austrian law is restrictive when it comes to the question whether a foundation as such may run an enterprise. In Austria, a foundation may operate a business only in exceptional cases⁽⁶⁶⁾. In Germany, where there is no clear provision in the law, the question is debated in a very controversial way because foundation law does not provide for a sufficient protection of the creditors of the enterprise and because - opposite to a company - there is no control by owners or shareholders. On the other hand, it is not considered to be a fundamental problem if the foundation holds shares of a company⁽⁶⁷⁾. It even may be the single shareholder of a company. Both in Germany and in Austria we find many examples for foundations acting like holding companies.

When it comes to the freedom of the founder as to organize the foundation, Austrian law is much more liberal than German law. For that reason, I will focus on the legal situation in Austria for the rest of my presentation.

In Austria, the law on so called private foundation was adopted in 1993. Private foundations have become a huge success story since⁽⁶⁸⁾. There are about 3.300 private foundations in Austria⁽⁶⁹⁾. Although there are no precise figures, the total amount of the assets being held by private foundations is said to be between 50 and 100 billion Euro⁽⁷⁰⁾. Austria even was successful to attract capital from abroad, such as from the German tycoon Karl Flick. What are the reasons for this success? There may be two. The first is that the private foundation was privileged by taxation. Things have changes meanwhile, some of the privileges were abolished. Since I am not an expert on taxation, I will not go more into details.

The second reason is that foundation law allows much freedom to the founder when he or she sets up the foundation. Let me just give you two exam-

(65) MÜLLER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 26 N. 5.

(66) See § 1 (2) PSG; ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz* § 1 N. 16 et seq.; KALSS in KALSS, NOWOTNY, SCHAUER, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* N. 7/14.

(67) KALSS, MÜLLER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 55 N. 41; KALSS in KALSS, NOWOTNY, SCHAUER, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* N. 7/14.

(68) So auch LUDWIG in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 45 N. 1.

(69) FELTL, *Übersicht der Unternehmensformen*, GES 2012, 111.

(70) JÄKLE, *Über eine Stiftung kann man Kapital auf lange Frist erhalten*, Wirtschaftsblatt vom 23.11.2009, available at <http://wirtschaftsblatt.at/archiv/1122855/index>, consulted on 18th December 2012.

ples: The founder may appoint any beneficiary, even himself⁽⁷¹⁾. The founder also may reserve the right to change the statutes⁽⁷²⁾, including the purpose of the foundation, and he may even reserve the right to revoke the foundation⁽⁷³⁾. There is just one restriction: These rights of the founder may not be assigned to another person⁽⁷⁴⁾ and they will come to end when the founder dies⁽⁷⁵⁾. A foundation also may have more than one founder⁽⁷⁶⁾. In such a case, the right to change the statutes or to revoke the foundation may link to the life of the founder who will be the last one to die⁽⁷⁷⁾. This is the reason why sometimes very young persons, even children, act as co-founders.

From the comparative point of view, and by taking a functional approach, we can see that the Austrian private foundation is not only a foundation in the traditional sense, but it may also serve as a functional equivalent of the trust. There is even a rule against perpetuity: If the sole or the prevailing purpose of a private foundation is to provide maintenance to natural persons, the duration of the foundation is restricted to 100 years. However, those beneficiaries who after 100 years would receive the proceeds of the liquidation may decide to renew the foundation up to another 100 years⁽⁷⁸⁾.

Let us now take a look at the governance of the foundation. What are the legal instruments to ensure that the member of the board respect the purpose of the foundation and act in its best interest? To begin with, there is no permanent monitoring by a supervision authority. Foundation governance is based on a combination of internal and external elements. First, there must be at least three members of the board⁽⁷⁹⁾. The idea is that there shall be some kind of mutual control⁽⁸⁰⁾. Furthermore, mem-

(71) KALSS in KALSS, NOWOTNY, SCHAUER, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* N. 7/16; ARNOLD, LUDWIG, *Stiftungshandbuch* N. 13/2.

(72) § 33 PSG.

(73) § 34 PSG.

(74) ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz*² § 3 N. 44; KALSS, MÜLLER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 55 N. 127.

(75) § 3(3) PSG; ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz*² § 3 N. 44; KALSS, MÜLLER in GRUBER, KALSS, SCHAUER, MÜLLER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 55 N. 127.

(76) § 3(1) PSG.

(77) Beachte aber OGH 18.09.2009, 6 Ob 136/09g, GesRZ 2010, 59 = JEV 2010, 102; ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz*² § 3 N. 50.

(78) § 35(2) n 3 PSG; ARNOLD, LUDWIG, *Stiftungshandbuch* N. 2/44.

(79) § 15 (1) PSG.

(80) ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz*² § 15 N. 9;

bers of the board are liable in case of breach of their duties⁽⁸¹⁾. Secondly, the members of the board are responsible for the accounting⁽⁸²⁾ which is reviewed by an auditor every year⁽⁸³⁾. The auditor is appointed by court and the process of auditing is similar to the auditing of a joint stock company. There is just one significant difference: The annual accounts of the foundations do not have to be made public⁽⁸⁴⁾. Thirdly, and perhaps most important, the beneficiaries have access to information⁽⁸⁵⁾. They may claim to get access to all documents of the foundation, the annual accounts and even the business correspondence⁽⁸⁶⁾. Finally, any member of an organ of the foundation, any beneficiary and the auditor may turn to court if they suspect a breach of duty of the board members or any member of another organ of the foundation. The court may take the appropriate measures, such as imposing a special audit⁽⁸⁷⁾ or removing the board members and eventually appointing new ones⁽⁸⁸⁾.

We should now deal with the question whether a private foundation is an appropriate instrument to do away with compulsory shares which otherwise would come into being after the death of the founder. The legal situation is quite complicated and may be summarized like this: The transfer of assets to a foundation is deemed to be a gift or a donation because the founder does not receive anything in return⁽⁸⁹⁾. This is why the *legittimari* may ask for an increase of their compulsory share which takes the assets transferred to the foundation by the founder into consideration. If there are not sufficient assets in the estate of the founder to provide for the total of the claims of the *legittimari*, then the foundation would be liable for the missing sum⁽⁹⁰⁾.

(81) § 29 PSG; ARNOLD, LUDWIG, *Stiftungshandbuch* N. 7/87 et seq.

(82) § 18 PSG.

(83) § 21 PSG.

(84) ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz*² § 18 N. 15.

(85) § 30 PSG.

(86) ARNOLD, *Privatstiftungsgesetz*² § 30 N. 9; ARNOLD, LUDWIG, *Stiftungshandbuch* N. 13/8.

(87) § 31 PSG.

(88) § 27 PSG.

(89) SCHAUER, *Privatstiftung und Erbrecht* in GASSNER, GÖTH, GRÖHS, LANG, *Privatstiftungen Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis*, 30; WELSER in RUMMEL, *ABGB*³ § 785; OGH 05.06.2007, 10 Ob 45/07a SZ 2007/92 = JBl 2007, 780 = JEV 2007/34, 106.

(90) OGH 05.06.2007, 10 Ob 45/07a SZ 2007/92 = JBl 2007, 780 = JEV 2007/34, 106; AICHBERGER-BEIG in GRUBER, KALSS, MÜLLER, SCHAUER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 4 N. 81; SCHAUER, *Privatstiftung und Pflichtteilsrecht*, NZ 1993, 251 (254).

But there is a special provision in Austrian law which causes some problems: If the donee (the recipient of the gift) is not one of the *legittimari* himself, then the *legittimari* may rely only on a gift which the deceased person has made within the last two years before his or her death⁽⁹¹⁾. For instance: If the deceased person has given 100.000 Euros to a friend three years before he died, then this gift will not increase of the claims of the claims of the *legittimari*. Based on this provision, setting up a foundation looks like paradise for someone who would like to avoid compulsory shares. Since a foundation never is one of the *legittimari*⁽⁹²⁾, the founder may transfer his assets to the foundation hoping he will be alive more than two years. If he does, then the *legittimari* are not in the position to rely on these assets for the amount of their claims. This solution seems to be too good to be true. In fact, there is a backdoor in order to protect the *legittimari*. Whenever the founder reserves the right to revoke the foundation or to fundamental changes of the statutes then the prevailing opinion in the legal literature holds that the two years term will not begin⁽⁹³⁾. The reason is that in such a case the gift which the founder has made by transferring his assets to the foundation cannot be considered as final⁽⁹⁴⁾. The Supreme Court in 2007 has confirmed this view⁽⁹⁵⁾. But if the founder really accepts giving up his assets by transferring them to the foundation without reserving the right of changes and the right to revoke the foundation then it is true that the *legittimari* may not rely on the transfer for the amount of their claims.

(91) § 785 (3) ABGB; APATHY in KOZIOL, BYDLINSKI, BOLLENBERGER, ABGB³ § 785 N. 5.

(92) SCHAUER, *Privatstiftung und Pflichtteilsrecht*, NZ 1993, 251 (252); BITTNER, HAWEL in KLETEČKA, SCHAUER, ABGB-ON 1.00 § 785 N. 8; RIEDMANN, *Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters*, 31; ECCHER in *Schwimann*³ § 785 N. 3; AICHBERGER-BEIG in GRUBER, KALSS, MÜLLER, SCHAUER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 4 N. 76.

(93) SCHAUER, *Privatstiftung und Pflichtteilsrecht*, NZ 1993, 251 (253); SCHAUER, *Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung*, in CSOKLICH, MÜLLER, GRÖHS, HELBICH, *Handbuch zum Privatstiftungsgesetz*, 131; SCHAUER, *Schutz der Pflichtteilsberechtigten gegenüber der Privatstiftung*; JEV 2007, 90 (91 f); AICHBERGER-BEIG in GRUBER, KALSS, MÜLLER, SCHAUER, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (2010) § 4 N. 81; BITTNER, HAWEL in KLETEČKA, SCHAUER, ABGB-ON 1.00 § 785 N. 8; recently UMLAUFT, *Vermögensopfertheorie- Replik auf Kletečka*, PSR 2012/32 (105 et seq.); WELSER, *Widerrufsrecht, unbeschränktes Änderungsrecht und Schenkungsanrechnung bei der Privatstiftung*, in *Festschrift Aicher*, 865 (874).

(94) SCHAUER, *Privatstiftung und Pflichtteilsrecht*, NZ 1993, 251 (253); BITTNER, HAWEL in KLETEČKA, SCHAUER, ABGB-ON 1.00 § 785 N. 8.

(95) OGH 05.06.2007, 10 Ob 45/07a SZ 2007/92 = JBl 2007, 780 = JEV 2007/34, 106.

5. *Final remarks*

In my presentation I could give you just a small overview about the intergenerational transfer of businesses. As we have seen the major problem is the conflict between the undivided control of the enterprises on one hand and the compulsory shares which are directed at the division of the estate on the other hand. There is no sure formula how to deal with the problems. Solutions have to be found based on the individual case.

German and Austrian law provide for some instruments: The testator and some or all of his *legittimari* may agree on a renunciation of the compulsory shares. In some cases, the transfer of the enterprise to a foundation which in Austria may serve as a functional equivalent to the trust can be a way out. Perhaps, in the near future legislation will provide for a remedy by allowing courts to grant a moratorium or by imposing instalments when the *legittimari* raise their claims.

Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa

Andrea Fusaro

*Professore ordinario di Sistemi giuridici comparati
nell'Università di Genova*

SOMMARIO: 1. L'attualità del tema. - 2. La previsione dei patti successori in Germania. - 2.1. *Vor- und Nacherbschaft*: il fedecommesso. - 2.2. La trasmissione dell'impresa di famiglia. - 3. Il divieto dei patti successori nel diritto successorio francese. - 3.1. La formulazione del divieto. - 3.1.1. La *donation-partage*. - 3.2. La legge 23 giugno 2006, n. 2006-728. - 3.2.1. Il mandato *post mortem*. - 3.2.2. L'ampliamento dei margini dell'autonomia privata. - 3.2.3. La rinuncia all'azione di riduzione. - 3.2.4. I patti successori. - 3.2.5. La «*clause commerciale*». - 3.2.6. L'ampliamento dell'ambito della «*donation-partage*». - 3.2.7. Le «*libéralités graduelles*» e le «*libéralités résiduelles*». - 3.3. Riepilogo del sistema francese vigente. - 4. Lo scenario italiano. - 4.1. Gli interventi legislativi. - 4.2. Il movimento per una riforma ulteriore della legittima e dei patti successori. - 5. Convergenze e trapianti.

1. L'attualità del tema

Sono noti gli ostacoli disseminati sul terreno del diritto civile ad una trasmissione preordinata della ricchezza, in particolare il divieto dei patti successori sancito dall'art. 458 c.c. che se, per un verso, vieta di destinare per contratto i beni per il tempo seguente alla morte, per altro impedisce di disporre dei diritti attesi dalla chiamata ereditaria - come pure di rinunziarvi - anteriormente all'apertura della successione; divieto presente in alcuni ordinamenti soltanto e di cui in sede comunitaria si è auspicata la rimozione.

Nell'ambito della verifica concettuale della materia successoria, aperta da tempo, occupa una posizione centrale il tema delle successioni anomale, che registra l'intensificarsi dei fenomeni parasuccessori - atti tra vivi, liberalità, pensati per dare un assetto stabile al patrimonio in vista della propria dipartita -, suggerendo di ripensare l'indeclinabilità del testamento quale strumento per indirizzare la trasmissione anticipata. Non tutti, però, auspicano l'abolizione del divieto dei patti successori

istitutivi, escludendo che ciò possa risolvere la trasmissione intergenerazionale della ricchezza⁽¹⁾.

L'analisi del diritto straniero da sempre constata la presenza nel panorama giuridico europeo dei due modelli polarizzati, rispettivamente tedesco - laddove i patti successori sono accolti - e francese, che li osteggia.

2. La previsione dei patti successori nel BGB

È risaputo che in Germania i patti successori (*Erbverträge*) sono ammessi e trovano disciplina nel codice civile (parr. 1941 e 2274 ss. BGB), a fianco del testamento⁽²⁾. Il par. 1941 BGB consente al disponente (*Erblasser*), di ricorrere al contratto (l'*Erbvertrag*), sia per istituire eredi (*Erbeinsetzung*), disporre legati (*Vermächtnisse*), imporre oneri (*Auflagen*); il secondo comma precisa che in tal modo è consentito designare erede o legatario sia la controparte sia un terzo. Pertanto in Germania, onde disporre dei propri beni successivamente alla morte, accanto al testamento sussiste l'alternativa del contratto ed entrambi rientrano nella categoria dei negozi *mortis causa* (*Verfügungen von Todes wegen*)⁽³⁾.

Oltre al testamento semplice, il diritto tedesco conosce quello congiuntivo (*gemeinschaftliches Testament*: parr. 2265 ss. BGB), consentito esclusivamente a coniugi ed a conviventi registrati (ai sensi del *Lebenspartnerschaftsgesetz*), mentre il contratto successorio è a disposizione di tutti. Inoltre per il testamento congiuntivo sono previste forme semplificate, tra cui quella olografa; al contrario, la conclusione di un patto postula l'atto notarile (par. 2276). Diverge, invero, la stessa natura dei due istituti: da un lato sussiste un puro negozio *mortis causa* come il testamento, dall'altro lato vi è un istituto ibrido. Invero la dottrina tedesca⁽⁴⁾ individua la peculiarità dell'*Erbvertrag* precisamente nella sua natura ambivalente (*Doppelnatur*): esso è un negozio *mortis causa* (*Verfügung von Todes Wegen*), ma allo stesso tempo è anche un contratto (*Vertrag*)⁽⁵⁾.

(1) A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia. Linee per la riforma dei patti sulle successioni future*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 255.

(2) Si rinvia a C. REITHMANN, A. ALBRECHT, *Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung*, München, 2001; H. NIEDER, *Handbuch Testamentsgestaltung*, Beck, 2000.

(3) Si rinvia agli scritti di B. ECCHER, *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980; D. OLZEN, *Die Vorweggenommene Erbfolge*, Berlin, 1984; H. KOLLHOSSER, *Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge*, in *Archiv für civ. praxis*, 194 (1994), p. 231 ss.

(4) H. BROX, *Erbrecht*, Köln, 2003, p. 91.

(5) Tale ambivalenza si riflette sugli effetti, giuridici di negozio *mortis causa*. Infatti, come avviene nel testamento, il disponente (*Erblasser*) non dispone del proprio patrimonio

Attraverso il patto successorio sono dunque adottabili disposizioni *mortis causa* (par. 2278), reciproche oppure comuni rivolte a terzi. L'istituto in parola è un contratto vero e proprio, produttivo di effetti vincolanti per il disponente che vede limitata la sua libertà testamentaria (*Testierfreiheit*, par. 2289). È questa la maggiore differenza tra il patto successorio ed il testamento: solo nel primo ci si impegna nei confronti della controparte e si perde la possibilità di revocare le disposizioni *mortis causa*⁽⁶⁾. Peraltro anche il testamento congiuntivo (par. 2256) è tendenzialmente revocabile solo da entrambi (par. 2271). Inoltre, atteso che il patto successorio rientra nella categoria del contratto, per la sua conclusione non è sufficiente la capacità testamentaria (*Testierfähigkeit*), ma occorre (par. 2275) la piena capacità negoziale (*unbeschränkte Geschäftsfähigkeit*)⁽⁷⁾.

In ordine all'oggetto si registra una chiara delimitazione di contenuti, allineati al testamento. Si distingue tra le disposizioni di natura

nell'immediato e non assume un'obbligazione in senso tecnico (*er verpflichtet sich nicht schuldrechtlich*): trattandosi di negozio a causa di morte, gli effetti si produrranno solo al momento del decesso. Pertanto la conclusione dell'*Erbvertrag* non può incatenare la libertà negoziale del disponente, il quale conserva la piena capacità di destinare il suo patrimonio con negozi giuridici *inter vivos*. Conferma proviene dal par. 2286 BGB, secondo cui l'*Erbvertrag* non limita il diritto di disporre del proprio patrimonio. Allo stesso tempo l'erede o legatario designato nel contratto, prima della morte del *de cuius*, non acquista alcun diritto né alcuna aspettativa di diritto, ma soltanto un'aspettativa di fatto. Non sono quindi riconducibili alla figura dell'*Erbvertrag* figure, quali il contratto di compravendita (*Kaufvertrag*), i cui effetti siano posticipati al momento della morte, oppure la vendita dell'eredità (*Erbschafts Kaufvertrag*), la donazione *mortis causa* (*Schenkung von Todes wegen*): par. 2301).

(6) Ai sensi del par. 2289 la stipula di un patto successorio (*Erbvertrag*) supera un testamento precedente in ordine alle disposizioni incompatibili. Un patto successorio è superabile da altro contratto concluso tra i medesimi soggetti (par. 2290), non tra uno di loro e gli eredi dell'altro. Le disposizioni aventi natura contrattuale (*Vertragsmäßige Verfügungen*) contenute in un patto successorio con le quali è attribuito un onere o un legato sono revocabili tramite un testamento successivo, purché vi sia l'approvazione dell'altro contraente (par. 2291). Inoltre (par. 2292) il patto successorio concluso tra coniugi o conviventi è revocabile tramite testamento congiuntivo. Peraltro nel patto successorio è permesso riservarsi la facoltà di revoca (par. 2293); la revoca è, inoltre, consentita in ipotesi di indegnità del beneficiario della disposizione (par. 2294). Qualora la disposizione testamentaria sia stata effettuata in considerazione di debiti, può essere disposta la revoca ove sia intervenuta la loro estinzione (par. 2295). Laddove consentita, la revoca può intervenire anche per testamento (par. 2297).

(7) Viene fatta eccezione per l'ipotesi che il contratto sia concluso tra coniugi o nubendi, con l'approvazione del rappresentante legale o, talvolta, del giudice (*Familiengericht*). La *ratio* della norma muove dalla consapevolezza che nella prassi sono proprio i coniugi a ricorrere al patto successorio (*Erbvertrag*), cosicché esso è frequentemente collegato ad una convenzione matrimoniale (*Ehevertrag*). D'altra parte, come il testamento, l'*Erbvertrag* deve essere concluso personalmente ed è richiesta la contestuale presenza delle parti davanti al notaio.

contrattuale (*vertragsmäßige Verfügungen*) e le unilaterali (*einseitige Verfügungen*). Le prime sono solo l'istituzione di erede e l'attribuzione di legati o di oneri (par. 2278), mentre tra le seconde rientrano tutte quelle suscettibili di inserimento nel testamento (par. 2299), quale - ad esempio - la nomina di un esecutore testamentario. La divaricazione tra le due tipologie è netta e condiziona il regime della loro revoca: le unilaterali sono revocabili anche per testamento, quelle contrattuali tendenzialmente solo attraverso un successivo accordo tra le medesime parti. Naturalmente, l'intesa con la quale si risolve un precedente patto potrà disporre non solo delle previsioni aventi natura contrattuale, ma anche di quelle unilaterali che, nel silenzio delle parti, si intendono anch'esse travolte.

È tuttavia importante osservare che l'istituzione di erede e l'attribuzione di legati e oneri non rivestono natura necessariamente contrattuale, potendo essere pure unilaterali, con la conseguente libera revocabilità⁽⁸⁾. Certamente per la ricorrenza di un patto successorio (*Erbvertrag*) occorre almeno una disposizione di natura contrattuale, diversamente il negozio produce gli effetti di un testamento, nonostante l'etichetta.

Dalla restrizione dell'oggetto deriva che spesso l'*Erbvertrag* viene collegato con altri contratti, in particolare con il già ricordato *Ehevertrag* oppure, per esempio, con un accordo mediante il quale la controparte si impegna a provvedere al mantenimento dell'*Erblasser* fino alla di lui morte.

La coesistenza di testamento congiuntivo e patti successori è da tempo oggetto di critiche e proposte di riforma: ad esempio si è suggerito di abolire il privilegio della forma olografa per il testamento congiuntivo ed estendervi la prescrizione dell'atto notarile⁽⁹⁾.

(8) Peraltro in dottrina si osserva come non ci sia una presunzione generale della natura contrattuale di queste disposizioni: per capire se vi sia o meno l'assunzione di un impegno si deve infatti guardare al complessivo regolamento negoziale e alla natura dei rapporti tra le parti (H. BROX, *op. cit.*, p. 94).

(9) A. ROETHEL, *Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany*, in *The Law of Succession. Testamentary Freedom*, a cura di M. Anderson e E.A.I. Amayuelas, *European Law Publishing*, 2011, p. 165 ss.

2.1. *Vor- und Nacherbschaft: il fedecompresso*

Il diritto tedesco vieta il fedecompresso, non la sostituzione fedecommissaria. Invero tale preclusione – oggi piuttosto restrizione – non figura nel BGB e neppure nella legislazione speciale, ove è reperibile una disposizione risalente alla prima metà del secolo scorso, proibitiva di una diversa forma di fedecompresso, consistente nella conservazione del patrimonio indiviso. Il termine *Nacherbe* indica colui che diventa erede del *de cuius* solo dopo il venir meno di un altro (*Vorerbe*), come nel caso in cui un soggetto istituisca erede la moglie e, dopo la di lei morte, il figlio.

Nacherbe e *Vorerbe* sono entrambi eredi dell'*Erblasser*, ma in via successiva, cosicché non si crea alcuna comunione ereditaria, come invece avviene tra i coeredi (*Miterben*). Ovviamente è possibile nominare eredi più persone⁽¹⁰⁾, sia *Vor-* che *Nacherben* ed in tal caso si configurerà una comunione ereditaria tra costoro⁽¹¹⁾. Si consente anche che un *Vorerbe* diventi coerede successivo o *Mitnacherbe*: si pensi all'istituzione della moglie come unica erede laddove il testatore abbia stabilito che, a seguito di nuove nozze del coniuge, parte della sua eredità sia devoluta ad altri. In tale evenienza la moglie e l'altra persona saranno coeredi successivi (*Mitnacherben*).

Merita di essere qui ricordata la regola generale indicata dal primo comma del par. 2109, secondo cui l'istituzione di un erede susseguente diventa inefficace se la successione ulteriore non si verifica entro trent'anni.

2.2. *La trasmissione dell'impresa di famiglia*

Per la trasmissione dell'impresa di famiglia in Germania sono impiegati diversi strumenti. Risulta assai diffuso il mandato *post mortem*, dal momento che ove formato per atto notarile non si estingue a seguito della morte del mandante (par. 672 BGB). Si può dare vita ad una semplice procura *post mortem*, destinata a produrre effetto solo dopo il decesso

(10) A. ROETHEL, *op. cit.*, p. 165 ss., ricorda come il diritto tedesco riconosca al testatore poteri considerevoli, consentendogli di imporre all'erede restrizioni durature. I limiti sono di ordine temporale: in linea di principio, la sostituzione fedecommissaria perde effetto dopo trent'anni dall'apertura della successione (par. 2109, 1 co., parte 1, 2210, parte 1, BGB), salvo eccezioni (par. 2210, 2, BGB). L'A. conclude escludendo l'operatività nel diritto tedesco di una regola omologa rispetto alla *rule against perpetuities*, dal momento che trovano cittadinanza le fondazioni di famiglia (*Privat-Familienstiftung*).

(11) In ipotesi l'*Erblasser* istituisce eredi i suoi figli fino ad un certo termine e dispone che successivamente l'eredità passi ai suoi nipoti.

del rappresentato, che vale quale precauzione, affiancandosi a misure specifiche ed è utilizzata per transazioni che riescono difficoltose se perfezionate dopo il decesso, quali la cessione di azioni oppure operazioni bancarie. In un contesto internazionale l'impiego di questo strumento non è raccomandabile, dal momento che in molti paesi la morte invariabilmente estingue ogni procura⁽¹²⁾.

Se l'impresa familiare costituisce la principale fonte di reddito, ed è stata fondata dai coniugi, consta essere impiegato il testamento congiuntivo; le coppie sposate hanno inoltre a disposizione il *Berliner Testament*⁽¹³⁾, una forma speciale di testamento congiuntivo contenente la destinazione dell'asse del coniuge superstite, il quale risulta perciò vincolato, dal momento che dopo la morte del primo, non è più revocabile, salvo rinuncia all'eredità (par. 2271, II, 1, BGB). Un testamento congiuntivo peraltro non garantisce la continuità dell'impresa familiare, essendo esposto alla rivendicazione della legittima da parte dei successori necessari.

La stipula di un contratto successorio (che, come s'è detto, richiede la forma notarile: par. 2274 ss. BGB), consente la prefigurazione del futuro assetto dell'impresa; ove integrato dalla partecipazione dei figli, quali titolari dell'aspettativa alla legittima sull'impresa familiare, consente di ottenere la rinuncia ai loro diritti (*Pflichtteilsverzicht*).

Lo strumento classico per mantenere l'impresa all'interno della famiglia a beneficio delle future generazioni è la nomina testamentaria di eredi successivi, attraverso la designazione dei soggetti destinati a subentrare al primo chiamato, al verificarsi di un certo evento (par. 2100 BGB). Di regola, l'abitazione e l'azienda sono attribuiti ad un soggetto per una durata vitalizia ed alla sua morte ad un altro, realizzando un assetto accostabile al «*settlement*» inglese⁽¹⁴⁾. La particolarità risiede nella circostanza per cui i chiamati in ordine successivo sono tutti eredi per un certo tempo, ma soggetti a limiti circa la facoltà di disposizione dei cespiti (parr. 2112-2115 BGB), in ragione dell'obbligo di conservare e trasmettere l'asse ai chiamati in subordine (par. 2130 BGB).

Questa costruzione autorizza l'esclusione di certe persone dall'asse (essenzialmente il nuovo coniuge del superstite) e protegge contro le

(12) R. KRAUSE, *Planning Succession in International Family Business-Recent Developments in Germany*, in *Family Finances*, a cura di B. Verschraegen, Jan Sramek Verlag, 2008, p. 777 ss.

(13) A. FRIESER, in *Handbuch des Fachanwalts für Erbrecht*, Cap. 1, Wolters Kluwer, Monaco, 2005, p. 543.

(14) D. FISHER, *The German Legal System*³, 2008, p. 89.

pretese dei legittimari. Inoltre è utile per giovani imprenditori che non abbiano ancora individuato il loro successore.

Quale holding di famiglia in Germania è utilizzata la «*GmbH & Co. KG*», scelta anche per ragioni fiscali, laddove gestore è una società a responsabilità limitata (*GmbH*), e gli altri soci sono privati. L'accomandita (*KG*) presenta bensì ampi vantaggi fiscali, ma richiede la presenza di soci a responsabilità illimitata, a fianco di quelli a responsabilità limitata (*Kommanditist*).

In Germania la pianificazione della successione nell'impresa è perseguita anche tramite la fondazione di famiglia (*Familienstiftung*: par. 80 BGB ss.), la quale non presenta vantaggi fiscali, ma il conferimento in essa di partecipazioni sociali è immune dalle pretese dei legittimari dopo il decorso di un decennio⁽¹⁵⁾.

3. Il divieto dei patti successori nel diritto successorio francese

Nel *Code Civil* sono state depositate le regole sulla legittima (artt. 913 ss.)⁽¹⁶⁾, nonché quelle espressione del c.d. divieto dei patti sulle successioni future (artt. 722, 1130, co. 2., 791, 943, 1389, 1600, 1837), come pure dei testamenti congiuntivi e reciproci (art. 968)⁽¹⁷⁾.

I limiti imposti all'autonomia del testatore si sono rivelati, invero, causa di disuguaglianza, perché indifferenti alle diverse situazioni di bisogno e di merito; essi sono risultati inoltre particolarmente inefficienti rispetto alle esigenze sia delle famiglie ricomposte sia della trasmissione delle imprese. La Francia ha registrato tale obsolescenza e vi ha fatto fronte attraverso l'intervento legislativo, com'è suo costume⁽¹⁸⁾. Anche

(15) R. CRAUSE, *op. cit.* p. 784 ss.

(16) Riferisce L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, IV ediz. rielab., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000, p. 36, che nel progetto del *Code* questo sistema era chiamato «*legitime*», mentre nella redazione definitiva si preferì la formula «*reserve*», che si distingue sia dalla «*reserve coutumiere*» sia dalla «*legitime de droit*», configurandosi come «il risultato di un'opera originale che ha fuso i due istituti adottando la struttura della riserva allo scopo della legittima». La crasi tra «*reserve*» e «*legitime*» produsse un effetto originale, perché essa come la legittima riguarda tutti beni, inclusi quelli donati, è attribuita soltanto a discendenti ed ascendenti, ma l'impronta dell'organizzazione riproduce la riserva consuetudinaria.

(17) Si rinvia all'elegante illustrazione di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002, p. 71 ss., nonché p. 155 ss.

(18) La predilezione verso l'intervento legislativo è da tempo registrata e segnalata: per tutti A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*², Torino, 2002, p. 287 ss.

in Italia sono state raccolte analoghe lamentele e si è reagito in modo non molto dissimile, ancorché non coincidente: questo determina una sfasatura, per certi versi una rincorsa tra i due ordinamenti, che merita di essere segnalata.

3.1. La formulazione del divieto

Si è puntualmente posto in luce come la nozione di patto successorio⁽¹⁹⁾ abbracci una fenomenologia ampia, ove rientrano atti strutturalmente e causalmente eterogenei: insieme negozi tra vivi ed a causa di morte, contratti ed atti unilaterali, nonché il divieto dei testamenti congiuntivi e reciproci⁽²⁰⁾.

La genericità del dato legislativo francese ha legittimato un'applicazione estesa del divieto da parte della giurisprudenza⁽²¹⁾, che l'ha inteso quale principio di ordine pubblico⁽²²⁾, salvo evolvere con il tempo verso una maggiore attenzione alla meritevolezza del contenuto⁽²³⁾. Tale applicazione larga fu osteggiata dalla dottrina maggioritaria - sulla scorta del temperamento al divieto contenuto nell'art. 722 e nell'art. 1130, co. 2. realizzato dal primo comma dell'art. 1130⁽²⁴⁾- la quale ha portato dalla sua il legislatore a ridosso della successione nelle imprese, nel diritto

(19) Art. 722 *Code Civil*: «*Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la Loi*».

(20) A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 156.

(21) L'evoluzione è stata ripercorsa a suo tempo da A. PONSARD, *La loi du 3 juillet 1971 sur le rapport à succession, la réduction pour atteinte à la réserve et les partages d'ascendants*, in *Recueil Dalloz*, 1973, *Chron.*, p. 37 ss.

(22) Cass. Civ., 11 gennaio 1933, in *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*, 1933, 1, p. 10, con nota di CAPITANT.

(23) Come emblematica del nuovo corso si può segnalare Cass. Civ. 30 maggio 1985, in *Dalloz*, 1986, J, p. 65, secondo cui «*une promesse de vente déterminée dans son objet et dans son prix, engageant le promettant immédiatement et de façon irrévocable et faisant naître au profit du bénéficiaire un droit actuel pur et simple et dont seule l'exécution est différée jusqu'au décès du promettant, constitue non un pacte sur succession future, mais une promesse post mortem valable comme n'ayant suspendu que l'exécution d'un droit déjà né*».

(24) Art. 1130 *Code Civil*: «*On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit*». Accurata ricognizione ne è stata offerta da A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 4 ss., nonché da M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

societario – ammettendo la clausola di continuazione con gli eredi⁽²⁵⁾ –, e poi rispetto ai «*fonds de commerce*»⁽²⁶⁾.

Notevole è stata altresì l'innovazione introdotta nel 1971⁽²⁷⁾ alla disciplina dell'azione di riduzione, in base alla quale l'alienazione perfezionata con il consenso di tutti i successori necessari proteggeva l'avente causa dalla pretesa restitutoria⁽²⁸⁾, pur mantenendo il divieto di rinuncia anteriormente all'apertura della successione⁽²⁹⁾ (preclusione che verrà meno nel 2006).

3.1.1. La donation-partage

La *donation-partage*, a fianco del «*testament-partage*», sono figure contemplate dal *Code Civil* nel capitolo settimo del titolo secondo del libro terzo intitolato ai «*partages faites par les ascendants*», nel testo

(25) L. 24 luglio 1966, n. 66-38, nonché l. 4 gennaio 1978, n. 78-9. Secondo l'art. 21 della l. 66/537 la società in nome collettivo «*prend fin par le décès de l'un des associés, sous réserve des dispositions ci-après: S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants, ces dispositions seront suivies, sauf à prévoir que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société. Il ne sera de même s'il a été stipulé que la société continuerait soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute personne désignée par les status ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires*». È poi intervenuta la l. 78/704 precisando che laddove la società continua con i soli soci superstiti l'erede è creditore del valore della quota del socio defunto.

(26) L. 13 luglio 1965, n. 65-570, portante riforma della disciplina del regime patrimoniale della famiglia, ha consentito la conclusione di una convenzione matrimoniale prevedendo che il coniuge superstite collaboratore nell'attività commerciale può conservare l'immobile e liquidare gli altri: «*Ils peuvent, toutefois, stipuler qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'une d'eux, le survivant aura la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prémourant, à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils auront au jour où cette faculté sera exercée*». La norma è stata poi modificata dalla legge 2006-728.

(27) Art. 10, l. 3 luglio 1971, n. 71-523.

(28) Art. 930, co. 2., *Code Civil* vecchio testo: «*Lorsque le donateur aura consenti à l'alienation avec l'accord de tous les réservataires nés et vivants au moment de celle-ci, l'action ne pourra plus être exercée contre les tiers détenteurs*». M. GRIMALDI, *Clause stipulée dans une donation - partage pour protéger les ayants cause des donataires contre les effets de la réduction pour atteinte à la vente d'un bien donné*, in *Defrenois*, 1996, p. 3.

(29) TGI Parigi, 12 maggio 1993, in *JCP*, 1994, II, p. 301, nonché Cass. Civ., 18 maggio 1994, in *Defrenois*, 1995, p. 175, con nota di M. GRIMALDI, che ha tuttavia escluso ricadesse nel divieto l'atto con cui gli eredi avevano convenuto, prima dell'apertura della successione, che le donazioni manuali ricevute «*seraient rapportés à la succession affectés d'un indice à déterminer lors du partage*».

originario dell'art. 1075⁽³⁰⁾. La legge 88-15 del 5 gennaio 1988 ha poi aggiunto un terzo comma dedicato alle imprese⁽³¹⁾.

Si tratta di istituti con radici antiche, che gli storici hanno rintracciato, per un verso, nel diritto romano, poi rielaborate nel «*partage d'ascendants*» dall'antico diritto francese, e, per altro, nella «*démission de biens*» dei paesi di tradizione consuetudinaria⁽³²⁾. A seguito della riforma del 2006 troviamo queste disposizioni modificate e raccolte sotto l'etichetta comprensiva di «*liberalités-partages*».

3.2. La legge 23 giugno 2006, n. 2006-728 ⁽³³⁾

La legge 2006-728 è stata preceduta da notevole preparazione, in termini sia di elaborazione dottrinale, sia di progetti⁽³⁴⁾.

Una pattuglia di prestigiosi studiosi aveva, invero, completato pochi anni prima un progetto dedicato alle liberalità, quale macro-categoria comprensiva delle donazioni e dei lasciti testamentari, assegnandole un ruolo sistematico⁽³⁵⁾: verso tale lavoro è palesemente debitore il testo approvato, che di quello ha recepito parti significative, oltre all'impostazione di fondo, incentrata sulle liberalità. Invero il titolo secondo del libro terzo del codice non è più intitolato «*Des donations entre vifs et des testaments*», ma «*des libéralités*», che l'art. 893 definisce incentrandole

(30) Prevedendosi che: «*Les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et des testaments dans le second, sous réserve de l'application des dispositions qui suivent*».

(31) «*Si leurs biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral, les père et mère et autres ascendants peuvent, dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets, en faire sous forme de donation-partage, la distribution et le partage entre leurs enfants et descendants et d'autres personnes, sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise entrent dans cette distribution et ce partage et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété de tout ou partie de ces biens ou leur jouissance*».

(32) Al lettore italiano si offre l'analisi di G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 18 ss.

(33) Pubblicata in *JO* 24 giugno 2006, p. 9513.

(34) Un elenco è fornito da V.M. NICOD, *L'anticipation de la succession*, in *JCPN*, 2006, I. p. 1136.

(35) J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT AFRIQUE, G. MORIN, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrenois, 2003.

sulla gratuità («*a titre gratuit*»), senza accenno allo spirito di liberalità, precisando che «*Il ne peut etre fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament*».

La legge è intitolata alla «*reforme des successions et des libéralité*», una riforma ormai percepita come urgente posto che «*les successions ne remplissent plus leur role traditionnel d'établissement dans la vie*»⁽³⁶⁾, in ragione dell'inadeguatezza rispetto alla trasmissione delle imprese, alla modificazione della composizione delle famiglie, alla presenza di figli deboli. In questa ottica, la risposta legislativa è stata nei termini dell'ampliamento dell'autonomia privata, dello snellimento della gestione del patrimonio, dell'accelerazione della liquidazione della successione⁽³⁷⁾, senza tuttavia scardinare l'impianto tradizionale⁽³⁸⁾, in particolare senza rimuovere il divieto dei patti successori e la riserva.

Novità di maggior momento è l'introduzione della possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione; punto altresì fondamentale la traduzione in valore delle liberalità lesive della riserva; altresì degna di nota è la liquidazione notarile della successione; vera e propria rivoluzione le «*libéralités-partages*»; ugualmente significativa la previsione della «*donation-partage transgenerazionale*»; novità rimarcabile il «*mandat a effet postume*»⁽³⁹⁾.

Tra le direttrici principali della riforma è stato identificato il potenziamento della volontà del disponente⁽⁴⁰⁾, realizzato secondo la consueta tecnica che risparmia regole di principio e definizioni, ma scava loro il terreno intorno⁽⁴¹⁾.

La legge 2006-728 è incentrata sui discendenti, come attestano le

(36) Rapporto al Senato n. 343 del 10 maggio 2006.

(37) *Esposé des motifs*, projet de loi n. 2427 du 29 juin 2005.

(38) Ph. MALAURIE, *Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, in *Defrenois*, 2005, p. 38298; D. VIGNEAU, *Le règlement de la succession. Observation sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, in *JCP N*, 2006, I, p. 1144.

(39) Ph. MALAURIE, *Préface*, in M.-C. FORGERARD, R. CRONE, B. GELOT, *Lè nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules*, in *Defrenois*, Parigi, 2007; ID., *Les successions. Les libéralités*, in *Defrenois*, 2006, p. 97; ID., *La réforme des successions et des libéralités*, in *Defrenois*, 2006, p.1319 ss.

(40) A.M. LEROYER, *Reforme des successions et des libéralités. Loi n. 2006-728 du 23 juin 2006*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, p. 613.

(41) Consueta al legislatore francese, sin dall'elaborazione del *Code Civil*, come a suo tempo segnalato da R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*⁵, Torino, 1992; A. Gambaro, *Il modello francese*, in A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*², Torino, 2002, p. 287 ss.

innovazioni introdotte in tema di rappresentazione, rinuncia, *donation-partage* e donazione transgenerazionale, le quali assecondano la logica di solidarietà familiare discendente, confidando nell'adozione spontanea di altre misure a favore degli anziani – quali le assicurazioni sulla vita – nonché nell'intervento statale tramite la previdenza e l'assistenza⁽⁴²⁾.

3.2.1. *Il mandato post mortem*

L'art. 812 ha previsto la facoltà di attribuire a qualsiasi persona fisica o giuridica – non escluso un erede – mandato ad amministrare o gestire tutto o parte l'asse ereditario, per conto e nell'interesse di uno o più eredi individuati, subordinatamente alla sussistenza di un «*interet serieux et legitime*»⁽⁴³⁾ relativo all'erede od al patrimonio. Dev'essere conferito per atto notarile e la sua durata non può eccedere il biennio od il quinquennio, a seconda delle circostanze.

Nelle intenzioni del legislatore tale strumento dovrebbe ovviare ad alcune emergenze tipiche, quali in particolare la trasmissione di un'impresa⁽⁴⁴⁾ ad eredi minorenni o incompetenti⁽⁴⁵⁾, nonché a quelle altrove risolte attraverso la fiducia, che peraltro nel frattempo è stata introdotta in Francia con la legge 2007-211 del 19 febbraio 2007⁽⁴⁶⁾.

I poteri del mandatario sono circoscritti alla gestione, e difettano per l'alienazione, conservati dall'erede il quale è pertanto in grado di trasferire i beni, determinando l'estinzione del mandato: per questa ragione, la dottrina notarile suggerisce di introdurre meccanismi rivolti ad impedire tale iniziativa da parte del titolare dei beni amministrati⁽⁴⁷⁾.

(42) A.M. LEROYER, *op. cit.*, p. 623.

(43) Art. 812-1-1, co. 1, *Code Civil*.

(44) La dottrina francese ha osservato che il legislatore del 2006 ha ideato l'istituto del mandato *post mortem* proprio allo scopo (certo, ancorché non esplicito) di favorire la gestione dell'impresa, poiché attraverso il mandato il *de cuius* può conferire i poteri di amministrazione necessari alla sola gestione di quella (d'altra parte, la continuità di un'impresa dipende direttamente da quella della sua gestione e del controllo, mentre la trasmissione della proprietà interferisce in misura relativa). La portata del mandato differisce a seconda che si tratti di una «*entreprise individuelle*» o «*sociétaire*»: nel primo caso, il mandatario può occuparsi direttamente della gestione; nel secondo, gli è riconosciuto il solo diritto di voto in assemblea.

(45) Rap. AN n. 2850 dell'8 febbraio 2006.

(46) L. n. 2007-211 «*instituant la fiducie*» pubblicata sul *JO* n. 44 del 21 febbraio 2007, p. 3052, la quale ha introdotto nel libro terzo del codice un titolo XIV.

(47) M.-C. FORGERARD, R. CRONE, B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules*, Defrenois, Parigi, 2007.

3.2.2. *L'ampliamento dei margini dell'autonomia privata*

Il legislatore francese, proseguendo nella tendenza all'ampliamento dei margini dell'autonomia privata manifestata già dalle riforme anteriori⁽⁴⁸⁾, è inoltre intervenuto sulla riserva e sui patti successori, oltre che sulle incapacità a disporre ed a ricevere⁽⁴⁹⁾, nonché sul ruolo del giudice in particolare in materia di divisione⁽⁵⁰⁾. Lo scenario risulta, poi, arricchito dalla comparsa dei PACS, destinatari di previsioni apposite, ed al contempo avamposti cui rapportare proiezioni applicative delle nuove norme⁽⁵¹⁾.

Muovendo dalla prospettiva attenta ai tre valori tra i quali la disciplina successoria si trova a mediare - l'uguaglianza tra gli eredi, la sicurezza del beneficiario, l'autonomia del disponente⁽⁵²⁾ - si è dato atto della perdita da parte della riserva delle funzioni individuale e familiare, a seguito della sua conversione in valore, a beneficio della sicurezza della circolazione giuridica dei beni provenienti da liberalità. Del resto in Francia il movimento verso la contrattualizzazione del diritto successorio, è stato registrato non solo rispetto all'ampliamento dei margini di ammissibilità dei patti sulle eredità future, ma pure in ordine all'impiego di strumenti negoziali per aggirare la riserva⁽⁵³⁾.

3.2.3. *La rinuncia all'azione di riduzione*

È stata salutata quale frutto di una riforma epocale la previsione circa la possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione, introdotta dai novellati artt. 929 ss., da formularsi tramite atto notarile (art. 930), a vantaggio di soggetti determinati. Essa ha suggerito ai commentatori la notazione che la riserva non presenta più un carattere assoluto «*d'ordre public*»⁽⁵⁴⁾.

(48) M. DAGOT, *L'esprit des reformes du droit successoral*, in *Mélanges G. Marty*, Univ. des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 305 ss.

(49) Il maggiorenne sotto tutela, debitamente autorizzato e assistito, è stato ammesso a testare (art. 504 *Code Civil*), mentre non può provvedervi il tutore in suo luogo. Inoltre nell'art. 911 *Code Civil* è stata resa relativa la presunzione d'interposizione dei genitori dell'incapace a ricevere.

(50) Rendendo eccezionale quella giudiziale e quella volontaria la regola (art. 835 c.c.).

(51) Efficace la sintesi offerta da A.M. LEROYER, *op. cit.*, p. 616 ss.

(52) P. CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, Defrenois, 1982, p. 21.

(53) Tra questi l'assicurazione sulla vita: M. GRIMALDI, *Succession et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, a cura di D. FENOUILLET e P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, p. 197.

(54) F. GUERCHON e S. PIEDELIEVRE, *La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006*, in *Gaz. Pal.* 23-24.8.2006, n. 235, p. 2.

In queste innovazioni la dottrina ha letto l'intento di incoraggiare gli accordi tra gli eredi: del resto, tra gli impieghi prefigurati dal legislatore si segnalano la trasmissione di un'impresa, l'aiuto ad un figlio handicappato, o semplicemente più debole economicamente⁽⁵⁵⁾. È stato, peraltro, anche segnalato il rischio di alimentare conflitti insiti nell'offerta di operare il salto di una generazione. Colpisce, in ogni caso, l'imposizione della presenza di due notai per ricevere la rinuncia (art. 930).

3.2.4. I patti successori

Ancora una volta il principio è fatto salvo, al prezzo di numerose eccezioni. L'art. 722 subordina all'espressa previsione legislativa l'efficacia delle convenzioni sulle successioni future, mentre in chiusura del secondo comma dell'art. 1130 dopo la formulazione del divieto dei patti successori dispositivi e rinunciativi, la riforma ha aggiunto la salvezza per le ipotesi previste dalla legge.

A tali riserve ha fatto seguito la proliferazione delle ipotesi di patti leciti: oltre alla menzionata rinuncia anticipata all'azione di riduzione, figura la ratifica legislativa (art.1390) dell'orientamento giurisprudenziale in materia di «*clause commerciale*», ma soprattutto l'estensione della «*donation-partage*» a vantaggio di una cerchia di soggetti più ampia dei discendenti (art.1075), nonché la donazione transgenerazionale.

3.2.5. La «*clause commerciale*»

L'art. 1390 *code civil* stabilisce che, al momento della redazione del *contrat de mariage*, i coniugi possono assegnare al superstite «la facoltà di acquistare o, in ogni caso, farsi attribuire – al momento della divisione dell'asse – determinati beni personali del defunto». La prassi dimostra come questa disposizione sia spesso utilizzata per consentire al superstite di subentrare nell'impresa (commerciale od agricola) che costituiva bene personale dell'altro, corrispondendo un indennizzo agli altri eredi⁽⁵⁶⁾: la clausola è detta «*commerciale*» proprio in ragione della circostanza che spesso ha ad oggetto un *fond de commerce* e persegue lo scopo di evitare interruzioni brusche e repentine nella gestione degli

(55) Rap. AN, *cit.*, p. 255.

(56) La determinazione dell'ammontare dell'indennizzo è, generalmente, affidata ad un esperto (F. XAVIER TESTU, *Pactes sur succession future exceptionnellement autorisés*, in *Droit patrimonial de la famille*, a cura di M. Grimaldi, Dalloz, 2009, p. 395 ss).

affari del defunto⁽⁵⁷⁾. L'inserimento di un bene nel *contrat de mariage* non ne preclude, peraltro, la disponibilità attraverso atti *inter vivos*.

La clausola apparve agli inizi del ventesimo secolo ma, poiché appariva quale patto sulla successione futura, la giurisprudenza di merito ne sancì spesso la illiceità⁽⁵⁸⁾, finché la Cassazione ne dichiarò la nullità per contrasto con le norme di ordine pubblico⁽⁵⁹⁾. Le esigenze pratiche ed i diversi interventi della dottrina sfociarono in una legge del 1965⁽⁶⁰⁾, con cui furono introdotti tre nuovi articoli⁽⁶¹⁾ che riconoscono al coniuge superstite la possibilità di prelevare determinati beni dall'asse ereditario, indennizzando gli altri eredi. Il *contrat de mariage* contenente una simile clausola non cade, dunque, sotto la scure del divieto di patti successori per espressa previsione legislativa: mentre l'art. 1398 *code civil* vieta ai coniugi la stipula di alcuna convenzione o rinuncia per modificare la propria successione, il successivo art. 1390 stabilisce che essi possono «tuttavia» prevedere che alla morte di uno l'altro ne acquisti determinati beni, prelevandoli dall'asse ereditario. L'avverbio «tuttavia» – con cui si apre la norma – limita la portata del divieto cosicché, pur riconoscendo nella fattispecie un patto successorio⁽⁶²⁾, ne costituisce un'eccezione legale.

3.2.6. L'ampliamento dell'ambito della «donation-partage»

La *donation partage* riguarda tutto il patrimonio e assicura la tutela dei legittimari; è dotata di efficacia reale immediata e come tale è irrevocabile⁽⁶³⁾.

(57) Beninteso, purché sia consentito agli altri eredi di ottenere l'equivalente dalla successione.

(58) Trib. Ruen, 5 aprile 1921; App. Ruen 15 dicembre 1922, in *DP* 1923, 2, p. 1, con nota di CAPITANT; Trib. Seine, 24 dicembre 1928, in *DP* 1929, 2, p. 105, con nota di CAPITANT.

(59) Cass. civ. 11 gennaio 1933, n. 35.

(60) L. 13 luglio 1965, n. 65-570.

(61) Att. 1390, 1391, 1392 *Code Civil*: il primo stabilisce il principio, gli altri ne fissano i limiti e le modalità di esecuzione.

(62) Si tratta, infatti, di una promessa (condizionata) di vendita di un bene facente parte dell'asse ereditario.

(63) Essa fu recepita nel Codice civile italiano del 1865, ma più non compare in quello del 1942. Sotto il vigore del precedente codice, la dottrina (V. POLACCO, *Della divisione operata da ascendenti fra discendenti*, Verona - Padova, 1884, p. 252 ss.; G. TEDESCHI, *La divisione d'ascendente*, Padova, 1936, p. 1 ss.) poneva in luce l'assenza di comunione nella divisione dell'ascendente ed osservava che se fosse stata una comunione avrebbe operato l'accrescimento.

La legge del 2006 ne ha novellato la disciplina, tra l'altro prevedendo espressamente l'evenienza che coinvolga figli non comuni (art. 1076-1 cod. civ.) ed abbia ad oggetto beni sia propri sia in contitolarità⁽⁶⁴⁾. Essa è stata estesa a discendenti di grado diverso.

Si è, inoltre, previsto che i figli rinuncino⁽⁶⁵⁾ alla loro riserva a vantaggio dei rispettivi discendenti⁽⁶⁶⁾, in questo modo assecondando l'attuazione di donazioni transgenerazionali⁽⁶⁷⁾.

La *donation partage* può essere utilizzata quale strumento di trasmissione dell'impresa⁽⁶⁸⁾ e la consacrazione della versione *transgénérationnelle* (operata dalla legge del 2006) consente di trasmettere l'impresa anche ai discendenti di un erede presuntivo.

3.2.7. Le «libéralités graduelles» e le «libéralités résiduelles»

È quasi una nemesi storica quella che vede la Francia riabilitare progressivamente il fedecommesso, a suo tempo fieramente osteggiato. Se ne scorge, invero, il profilo dietro la previsione delle «*liberalités graduelles*»⁽⁶⁹⁾, secondo cui al donatario od al legatario può imporsi l'obbligo della conservazione in vista della trasmissione alla propria morte ad un beneficiario ulteriore, preventivamente indicato. La riforma del 2006 è intervenuta ad ampliare considerevolmente la portata della norma, che nella versione previgente circoscriveva l'impiego della clausola ai trasferimenti gratuiti che intervenissero tra genitori e figli, ed avessero ad oggetto la porzione disponibile⁽⁷⁰⁾. Nel testo innovato la

(64) «*Tout personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différent, qu'ils soient où non ses héritiers présomptifs*» (art. 1075, co. 1, *Code Civil*).

(65) Con il nuovo testo dell'art. 805, co. 2, *Code Civil* la rappresentazione dell'erede rinunciante è allargata.

(66) «*Lorsque l'ascendant procède à une donation-partage, ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres descendants y soient allotés en lieu et place, en tout ou partie. Les descendants d'un degré subséquent peuvent, dans le partage anticipé, être allotés séparément ou conjointement entre eux*» (art. 1078, co. 4, *Code Civil*).

(67) Art. 1078, co. 4, *Code Civil*.

(68) G. WICKER, *Successions et sociétés en France*, in *Les successions. Journées roumaine. Travaux de l'Association H. Capitant des Amis de la culture juridique française*, LX, 2010, Bruylant, 2012, p. 516 ss.

(69) L'attuale articolo 1048 *Code Civil* (modificato dall'art. 20 della legge del 2006) stabilisce che: «*Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte*».

(70) La versione precedente dell'art. 1048 *Code Civil* (in vigore fino al 1 gennaio 2007)

dottrina ha sottolineato, per un verso, l'assenza di limiti quanto al novero dei beneficiari finali e, per altro, il vincolo alla preservazione del bene, senza accedere alla sua conversione in valore.

Si registra, poi, la replica del fedecommesso de residuo nella disposizione (art. 1057) sulle «*libéralités résiduelles*»⁽⁷¹⁾ rivolta a legittimare la previsione che un terzo riceva quanto rimarrà della donazione o del legato effettuati a favore di un primo beneficiario.

3.3. Riepilogo del sistema francese vigente

Le formule legislative con cui il *Code civil* colpisce i patti successori sono assai ampie, cosicché la giurisprudenza francese ne ha fatto vasto impiego, incorrendo nella disapprovazione della dottrina, che peraltro ha inciso – più che sulle Corti (se non in misura marginale) – sul legislatore, che è intervenuto per allentare il divieto nell'ambito dell'agricoltura, del commercio, del diritto societario. Occorre, peraltro, avvertire che la presenza della *donation partage* consente la distribuzione del patrimonio in vita tra i legittimari con il loro consenso.

Assai articolata è la riforma del 2006, sia dal punto di vista categorico, sia da quello delle regole. Da un lato, si coglie l'apporto del gruppo di lavoro capitanato da Carbonnier, dal cui progetto di legge è stata raccolta la macro categoria della liberalità, comprensiva di donazioni e testamenti. Dall'altro, si interviene su molteplici aspetti, praticamente su tutti e tre i fronti considerati della riserva, dei patti successori, nonché della circolazione dei beni, anche se questa volta rispetto a quelli la cui provenienza è una donazione.

Quali ragioni dell'intervento legislativo sono state enunciate la perdita di funzionalità del diritto successorio in generale ed in particolare rispetto alla modificazione delle famiglie (con chiaro riferimento a quelle ricomposte), alla presenza di figli deboli, nonché in ordine alla trasmissione delle imprese (nonostante una legge del 1988 avesse adeguato

recitava: «*Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires*».

(71) L'attuale articolo 1057 *Code Civil* (modificato dalla legge del 2006) stabilisce che: «*Il peut être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci, s'ils sont mineurs ou majeurs en tutelle, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou majeurs en tutelle, ou même d'office, à la diligence du procureur de la République près le tribunal de grande instance du lieu où la succession est ouverte*».

la disciplina della *donation* e del *testament partage* alla presenza di imprese).

La risposta del legislatore è stata resa sul fronte dell'ampliamento dell'autonomia privata, pur senza rimuovere il divieto di patti successori e la riserva. Su quest'ultima si riflette la possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione, consentita rispetto alla donazione quando il donante è ancora in vita.

L'obiettivo di adattare la riserva in ragione dei meriti e dei bisogni non è, dunque, stato attuato in Francia assecondando l'autonomia unilaterale del disponente, dal momento che gli interventi hanno coinvolto categorie complessive di successibili (coniuge prima, ascendenti poi). Il fine di modulare la riserva è stato perseguito attraverso l'introduzione di strumenti nuovi, od il potenziamento di altri preesistenti, tutti bilaterali, quindi allargando la breccia nel divieto dei patti successori, che pure è mantenuto fermo con la salvezza delle eccezioni.

Oltre alla appena ricordata rinuncia all'azione di riduzione, troviamo: l'estensione della *donation-partage* ai figli unilaterali ed ai beni pure non comuni, misura adatta alle famiglie ricomposte; la donazione transgenerazionale, che permette di saltare una generazione, beneficiando i nipoti purché i figli rinuncino ai loro diritti; la liberalità graduale e quella residuale. Secondo la prima al donatario ed al legatario può imporsi l'onere della conservazione in vista della trasmissione alla propria morte ad un beneficiario ulteriore, preventivamente indicato; l'altra consente di prevedere che un terzo riceva quanto rimarrà della donazione o del legato effettuato a favore del primo beneficiario.

4. Lo scenario italiano

Le medesime critiche nei confronti del diritto successorio manifestate in Francia vengono formulate in Italia⁽⁷²⁾, il cui diritto riproduce quello

(72) A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, p. 5 rileva come l'adeguamento del diritto successorio transiti lungo più prospettive: a) il modo in cui la legge regola la situazione successoria con riguardo ai limiti all'autonomia testamentaria e all'estensione della successione necessaria; la migliore regolamentazione del diritto successorio in relazione alle persone per una più appropriata regolamentazione dei concorsi; l'introduzione di maggiori articolazioni, in considerazione dell'età, delle condizioni di salute, dei rapporti con la successione necessaria; la revisione dei rapporti tra diritto successorio e divisione ereditaria; b) i rapporti con il diritto comunitario, in termini di patti successori, tutela successoria rispetto alle piccole e medie imprese; c) la capacità successoria rispetto all'embrione ed alla fecondazione assistita; d) i riflessi della mondializzazione dei rapporti umani; e) la migliore razionalizzazione dei rapporti tra reintegrazione

francese – anteriore alle recenti riforme – quanto alla riserva per quota fissa, alla irrinunciabilità anticipata dell'azione di riduzione, alla sua portata reipersecutoria, al divieto dei patti successori.

Anche il nostro codice civile contiene un divieto dei patti successori e lo esplicita con maggior enfasi rispetto a quello francese⁽⁷³⁾. Viene, ancora, in gioco la dispensa da collazione (art. 737) e la donazione «*si cum premoriar*»⁽⁷⁴⁾, da tenere distinta dalla donazione «*mortis causa*». La giurisprudenza ha ravvisato violazione dell'art. 458 c.c. in fattispecie quali: il trasferimento tra fratelli con intervento dei genitori⁽⁷⁵⁾; la divisione tra fratelli che prende in considerazione i beni dei genitori ancora in vita⁽⁷⁶⁾; la clausola di consolidazione di una quota senza indennizzo⁽⁷⁷⁾. Talora il patto successorio appare rivolto a perequare attraverso un atto tra vivi la diversa condizione economica dei riservatari⁽⁷⁸⁾.

Il nesso tra la successione necessaria ed il divieto dei patti successori non è soltanto tematico, ma attiene anche allo spirito riformatore che connota le più recenti riflessioni.

e divisione ereditaria. S. DELLE MONACHE, *Presentazione, in Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. Delle Monache, cit., p. 1 formula l'auspicio di «*approdare un'ideale riscrittura del diritto ereditario adeguato alle istanze moderne...*». Due eventi in particolare convincono di una tale necessità: il Libro verde UE e la legge 80/2005, quest'ultima peraltro «*assai lontana da quel coraggioso disegno di riforma che sarebbe stato invece necessario approntare*».

(73) Agli artt. 458; 557, co. 2; 561, 563; 589, 590; 653; 1412; 1929; 2355 bis, 2469, c.c. tutti di certa applicazione. Rileva ancora l'art. 590 c.c. (ma non l'art. 1424 c.c.); certamente gli artt. 1421 e ss. c.c. nonché l'art. 1419 c.c. In tema: A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Studi in onore di P. Rescigno, Diritto privato*, Milano, 1998, p. 919 ss., nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1077; M. IEVA, *I fenomeni parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, I, p. 1139; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, I, p. 1121; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

(74) Cass. 8 maggio 1979, n. 2619 ha ritenuto la donazione *si praemoriar* ammissibile purché lo spoglio sia attuale; Cass. 21 aprile 1979, n. 2228 ha sancito la nullità della donazione *mortis causa* in quanto gli effetti dell'attribuzione decorrono dalla morte.

(75) Cass. 18 aprile 1968, n. 1165, in *Giur. It.*, 1968, I, p. 936.

(76) Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, I, c. 70.

(77) Cass., 16 aprile 1975, n. 1434.

(78) A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, nel *Trattato di Diritto Civile* del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da Pietro Perlingieri, Napoli, 2003, p. 41 ss.

4.1. Gli interventi legislativi

Gli ultimi interventi legislativi di peso in materia sono noti⁽⁷⁹⁾.

Il primo⁽⁸⁰⁾ ha ridimensionato la portata recuperatoria dell'azione di riduzione, escludendole l'attitudine a colpire i beni alienati dal donatario dopo il decorso di un ventennio dalla trascrizione⁽⁸¹⁾ della donazione, in assenza di un atto di opposizione del coniuge e dei parenti in linea retta, notificato e trascritto nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa (art. 563 c.c.). Corrispondente salvezza è prevista per pesi ed ipoteche da cui il donatario od il legatario possa aver gravato gli immobili, se la riduzione è domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione (art. 561 c.c.)⁽⁸²⁾. La dottrina italiana si è trovata d'accordo nel consentire la rinuncia preventiva a tale opposizione da parte dei legittimari, sia contestualmente al perfezionamento della donazione, sia in un momento successivo⁽⁸³⁾.

Altrettanto nota è la disciplina sul patto di famiglia, che ha consentito al titolare di un'azienda o di partecipazioni sociali – auspicabilmente di controllo – di trasferirle ad uno o più discendenti, con l'intervento al

(79) Nel testo ne vengono analizzati due, omettendo quello dedicato alla riforma dell'indegnità – art. 463 c.c. – ad opera della legge 8 luglio 2005, n. 137, in quanto il suo rilievo è in materia assai ridotto.

(80) D.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 sugli effetti dell'azione di riduzione.

(81) La puntualizzazione circa il decorso non dalla donazione, ma dalla sua trascrizione, è opera dell'art. 3, co. 1, lett. a), legge 28 dicembre 2005, n. 263. In molti hanno osservato che i vent'anni sembrano ricavati da App. Roma 25 gennaio 1993, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2519, con nota di F. GAZZONI, circa la maturazione dell'usucapione a vantaggio del donatario.

(82) A. PALAZZO, *Aditio hereditatis e rinuncia del chiamato*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. Delle Monache, cit., p. 78, critica la soluzione, artificiosa in ragione della timidezza verso il disposto di cui agli artt. 458 e 557, co. 2, mentre meglio recita l'art. 930 *Code Civil*. L'atto di opposizione sarebbe inutile rispetto alla donazione remuneratoria ed a quella modale, in quanto l'obbligazione derivante dalla garanzia per evizione ai sensi dell'art. 797, n. 3, c.c., operativa in questi casi, graverebbe sull'asse, a danno anche del legittimario vittorioso, che si rivelerebbe simile alla clausola di continuazione obbligatoria con gli eredi del socio. Secondo l'A. il legittimario rinunciante all'opposizione indirettamente rinuncerebbe alla riduzione, cosicché se poi la esperisse gli si potrebbe opporre l'*exceptio doli*. Al riguardo si segnalano le pagine di G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, p. 277.

(83) Tra gli altri, affrontano il quesito: S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, p. 305; Id., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *Famiglia*, 2006, p. 305; M. IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico - applicativi*, in *Riv. not.*, 2005, p. 943.

contratto degli altri legittimari che vedono monetizzate le loro ragioni, salvo non vi rinuncino.

L'esigenza di introdurre una disciplina speciale per la successione dei beni produttivi, sollecitata anche a livello comunitario⁽⁸⁴⁾, è alla base della legge 14 febbraio 2006, n. 55. Essa ha inserito nel titolo quarto del libro secondo del codice civile (dedicato alla divisione) gli artt. 768-*bis* e seguenti contenenti la disciplina del contratto con cui l'imprenditore trasferisce l'azienda - ed il titolare trasferisce le proprie partecipazioni societarie - ad uno o più discendenti (art. 768-*bis*), contratto al quale devono prendere parte i coniugi e tutti coloro che sarebbero legittimari se la successione si aprisse in quel momento (art. 768-*quater*, co. 1).

L'assegnazione dell'azienda o delle partecipazioni ad alcuni soltanto non conculca le ragioni degli altri, poiché i primi devono riconoscere ai secondi - salvo costoro non vi rinuncino - una somma corrispondente alla quota di legittima (art. 768-*quater*, co. 2), eventualmente da liquidarsi in natura, contestualmente o con successivo contratto cui intervengano i medesimi soggetti (art. 768-*quater*, co. 3). All'apertura della successione quanti non abbiano preso parte all'accordo - secondo un'interpretazione perché sopravvenuti, secondo un'altra ancorché preesistenti - possono chiedere ai beneficiari il pagamento della loro quota (art. 768-*sexies*, co. 1). La portata dell'istituto risiede nell'esonero da collazione e riduzione di quanto ricevuto (art. 768-*quater*, co. 4).

Le innovazioni introdotte dalla riforma del diritto societario agli artt. 2355-*bis* e 2469 c.c. hanno peraltro anticipato la previsione, contemplata dai primi progetti, dell'opzione di acquisto di partecipazioni sociali a causa di morte, sostanzialmente risolvendo il problema della successione, talché l'estensione della disciplina derogatoria anche alle azioni o alle quote societarie è apparsa discutibile⁽⁸⁵⁾.

È stato, inoltre, modificato l'art. 458 inserendovi in apertura l'inciso «fatto salvo quanto disposto dagli artt. 768-*bis* e seguenti», a conferma della consapevolezza di apportare una deroga al divieto dei patti successori (la lettura più condivisa configura nella specie patti dispositivi e

(84) Cfr. Raccomandazione della Commissione UE del 7 dicembre 1994, «Sulla successione nelle piccole e medie imprese» (94/1069/CE); Comunicazione della Commissione 28 marzo 1998, n. 98/C 93/02 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese.

(85) A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 270 ss. (lo scritto si trova riprodotto anche negli *Studi in onore di G. Cian*, con il titolo *Profili sistematici della successione "anticipata"*. Note sul patto di famiglia), rileva che mentre «si giustifica una deroga alla disciplina generale delle successioni per l'azienda, bene produttivo non divisibile, è del tutto illogico e probabilmente incostituzionale che il presupposto di una disciplina derogatoria sia legata al fatto che nel patrimonio compaiano partecipazioni sociali».

rinunciativi); il legislatore non ha, invece, percepito l'interferenza con la legittima, sebbene essa sia modificata convertendo in obbligatoria la consistenza reale delle restituzioni.

La lettura di gran lunga più diffusa, ancorché non incontrastata, vi ha riconosciuto un tipo negoziale nuovo, che non ha a che vedere con il patto successorio istitutivo, il quale prende efficacia a decorrere dalla morte. Vengono, invece, in gioco gli effetti di altri patti, dispositivi e rinunciativi: di qui la segnalata modifica apportata all'art. 458 c.c. In tale prospettiva, la legge 55/2006 apparirebbe un cuneo inserito all'interno del divieto sancito da questa disposizione, ancorché si incroci con alcune tipologie di patti soltanto⁽⁸⁶⁾.

Si tratta, quindi, di due interventi che si sono mossi all'insegna della contrattualità più ampia anche se, dovendo rapportarli alle sotto-categorie dei patti successori, ne riscontriamo modelli dispositivi e rinunciativi, piuttosto che istitutivi, dal momento che l'efficacia dell'attribuzione realizzata attraverso il patto di famiglia è di regola immediata e non subordinata alla morte dell'imprenditore (salvo non si ritenga consentito prevederlo espressamente, nel qual caso ricorrerebbe la figura di patto istitutivo).

4.2. *Il movimento per una riforma ulteriore della legittima e dei patti successori*

Le proposte di riforma del divieto dei patti successori⁽⁸⁷⁾ sono strettamente intrecciate alla legittima in quanto è stato efficacemente evidenziato⁽⁸⁸⁾ come la riunione fittizia - fase imprescindibile del percorso

(86) Per un riepilogo delle diverse posizioni sul patto di famiglia rinvio al mio lavoro *I patti di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, II, Bologna, 2008, p. 857-889, ed alla dottrina più recente: M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, II, Padova, 2010, p. 317 ss.; dello stesso A., *Circolazione e successione mortis causa*, in *Riv. not.*, 2010, p. 51 ss.

(87) E. LUCCHINI GUASTALLA, *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. Delle Monache, cit. p. 139 evidenzia come tradizionalmente «il sistema successorio si mostra indifferente al contenuto economico, alla qualità dei beni che cadono in successione». Per A. PALAZZO, *Le successioni*², I, Milano 2000, p. 47 «gli atti trans mortem pur consentendo al beneficiante la possibilità di revoca, permettono, ad un tempo, al beneficiario di prepararsi già in vita alla successione del beneficiante».

(88) M. IEVA, *Divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. Delle Monache, cit., p. 297 ss; ID., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.

rimediale - riposi sul formalismo testamentario e delle donazioni, salvo la norma di chiusura per le liberalità non donative contenuta nell'art. 809 c.c. Quindi la soppressione del divieto dell'art. 458 c.c. potrebbe attuarsi soltanto a ridosso della riforma della successione necessaria. È ben vero che in Germania l'apertura ai contratti successori convive con la successione necessaria, ma si tratta di uno scenario diverso.

È nota la tripartizione dei patti successori in istitutivi, dispositivi, rinunciativi. Il legislatore sembra essere già intervenuto sulla terza tipologia con la legge n. 80/2005, dal momento che l'opposizione al decorso del ventennio è rinunciabile, nonché con la legge del 2006 sui patti di famiglia, laddove potrebbe leggersi una disposizione anticipata della legittima. Ulteriore intervento è stato ravvisato nella riforma del diritto societario quanto alla conferma della validità delle clausole riguardanti il decesso del socio, che - essendo destinate ad operare con riferimento a soggetti ed oggetto individuati all'epoca della morte del socio - parrebbero incorporare altrettanti patti istitutivi.

L'auspicio prevalente è nel senso della rimozione del divieto del patto rinunciativo, così da agevolare la circolazione giuridica dei beni donati, prendendo spunto dalla soluzione introdotta in Francia da oltre trent'anni, secondo cui è inattuabile la liberalità perfezionata con l'adesione di tutti i legittimari.

Nell'attesa di un intervento legislativo, si tratta di adottare interpretazioni orientate del dato vigente: si raccomanda, in specie, l'apertura verso la costruzione di donazioni interamente revocabili, attraverso un'interpretazione larga dell'art. 790 c.c.⁽⁸⁹⁾.

5. Convergenze e trapianti

Il ridimensionamento della portata recuperatoria dell'azione di riduzione, attuato ad opera del recente intervento legislativo italiano, esibisce una chiara convergenza con la riforma francese, ed altrettanto può notarsi a margine del favore verso l'espansione dell'autonomia privata nel comparto successorio insito nella previsione dei patti di famiglia.

Ancora meritevole di sottolineatura è come anche in Italia abbia guadagnato attualità lo sforzo ricostruttivo rivolto all'individuazione della categoria delle liberalità⁽⁹⁰⁾, ulteriormente sollecitato dal ripristino del tributo successorio

(89) A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. XX.

(90) L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002.

Anche la Francia ha - chiaramente - privilegiato la strada dell'accordo, attraverso l'ampliamento della *libéralité-partage*, nonché la previsione di donazioni transgenerazionali - le liberalità successive e quelle residuali - che presuppongono l'adesione degli interessati. È probabile che entrambi gli ordinamenti proseguano sulla via della contrattualizzazione per ragioni di sistema, salvo infoltire gli interventi legislativi rivolti a soddisfare bisogni specifici (la casa in locazione o in assegnazione, la pensione⁽⁹¹⁾), esigenze a loro volta raggiungibili anche attraverso lo strumento contrattuale⁽⁹²⁾.

(91) In termini, F. PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 104.

(92) Come dimostrano il caso delle clausole societarie di liquidazione della quota del defunto e quelle di subentro nella società dei suoi eredi.

PARTE II

PAPERS

L'azione di riduzione tra tradizione e futuro. Ancora «baluardo» del diritto alla legittima?

Ina Dhimgjini

*Dottoranda di ricerca in diritto europeo dei contratti civili,
commerciali e del lavoro nell' Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: Premessa. - 1. Sulla successione necessaria. - 2. L'azione di riduzione tra natura e modalità di esercizio. - 2.1. Segue. L'azione di riduzione prima della legge n. 80 del 2005. - 2.2. Segue. L'assetto post-riforma. - 3. Tra proposte e nuove prospettive.

Premessa

«Nel tempo la famiglia, in un intricato intreccio di legami intergenerazionali ed esperienze condivise, scrive la propria storia⁽¹⁾».

Una storia che non solo narra del «processo che include il passaggio di tanti valori, quanto di tradizioni⁽²⁾» ma che al tempo stesso scopre come «la crisi del sistema delle successioni per causa di morte è ormai un dato acquisito, e non da oggi; ed è inoltre diffusa la constatazione che, sempre più, la destinazione e la distribuzione del patrimonio, nell'ambito della famiglia, avviene attraverso canali diversi rispetto ai tradizionali istituti successori⁽³⁾».

In tale contesto «parallelo alle proposte di abolizione del divieto di patti successori è stato il rilievo della “depoliticizzazione del fenomeno successorio”, l'affievolirsi della funzione assistenziale/previdenziale, l'anticipazione della trasmissione della ricchezza attraverso le liberalità tra vivi, il ricorso a strumenti di delazione alternativi al testamento [...]»⁽⁴⁾.

Il presente *paper*, dopo aver operato, in *medias res*, premessi cenni sulle caratteristiche e le funzionalità della successione necessaria,

(1) GAMBINI, *Psicologia della famiglia. La prospettiva sistematico-relazionale*, Milano, 2007, p. 80.

(2) AA. VV., *Nuovo lessico familiare, Studi interdisciplinari sulla famiglia*, Vita e pensiero Pubblicazioni dell'Università Cattolica, 14, Milano, 1997, p. 112.

(3) DOSSETTI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Giovanni Bonilini, III, *La successione legittima*, 2009, p. 77.

(4) STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza, Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, seconda edizione, Torino, 2011, p. 704 ss.

intende offrire un'occasione di riflessione su uno dei più significativi interventi che il legislatore italiano ha apportato all'interno del nostro ordinamento giuridico, ovvero, a quello, più in generale, inerente la tutela della «legittima», nonché, in particolare, l'azione di riduzione.

La legittima costituisce, oggi più che mai, un istituto giuridico che assume fondamentale importanza alla luce delle riforme realizzatesi all'interno del nostro sistema, la cui portata necessariamente deve essere misurata con il principio della libertà di disposizione testamentaria e con l'interesse della famiglia quale «isola che il mare del diritto deve solo lambire⁽⁵⁾».

«Da oltre un decennio, nel dibattito teorico, nelle applicazioni giurisprudenziali e nelle scelte del legislatore, il tema della circolazione degli immobili di provenienza donativa ha finito per attrarre un grado d'attenzione prossimo all'allarme. L'intersezione obbligata con gli strumenti di tutela dei legittimari [...] accredita istanze di rinnovamento (se non addirittura di abrogazione), accresce la rilevanza del problema e ne denuncia il sottostante conflitto assiologico: che vede contrapporsi, alle ragioni degli stretti congiunti, le esigenze di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza della circolazione»⁽⁶⁾.

Infatti, a tal proposito «sono noti i problemi legati alla provenienza donativa. In particolare, la pratica commerciale evidenzia le difficoltà di accesso al credito bancario e gli ostacoli connessi all'alienazione successiva del bene donato: difficilmente un istituto di credito reputa sufficiente una garanzia ipotecaria, iscritta su un immobile di provenienza donativa [...]»⁽⁷⁾.

1. Sulla successione necessaria

Il legislatore italiano, mediante l'elencazione tassativa di cui all'art. 536⁽⁸⁾ c.c., stabilisce che il coniuge, i figli, ed in mancanza di

(5) JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, III, Napoli, 1949.

(6) AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima "per equivalente")*, estratto dalla *Riv. dir. civ.*, 2009, parte I, p. 683 ss.

(7) Per i rischi connessi all'azione di riduzione si veda: GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, p. 705; MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Not.*, 2002, 1, p. 93 ss.

(8) La norma stabilisce che «*le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.*

Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati e gli adottivi.

A favore dei discendenti dei figli legittimi o naturali, i quali vengono alla successione in luogo di questi, la legge riserva gli stessi diritti che sono riservati ai figli legittimi o naturali».

questi, gli ascendenti, acquistano il diritto ad una quota⁽⁹⁾ del patrimonio del *de cuius*, al momento dell'apertura della successione⁽¹⁰⁾.

La «legittima» rappresenta, dunque, la frazione di patrimonio di cui il testatore non può disporre a titolo di liberalità, costituendo la stessa «quota indisponibile» o «quota di riserva»⁽¹¹⁾ il cui diritto spetta agli eredi necessari o legittimari.

La successione necessaria, perciò, opera in ogni caso anche contro atti di disposizione del *de cuius* posto che la previsione contenuta nell'art. 457 c.c. afferma che «*le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari*»⁽¹²⁾.

Intorno alla c.d. «posizione giuridica del legittimario» si sono sviluppate tre diverse concezioni di fondo.

La prima – tradizione di *droit coutumier* – ravvisa nell'istituto della *réserve*, ovvero identifica nel legittimario un erede *ipso iure*, chiamato alla successione anche contro disposizioni testamentarie che da essa lo escludono.

La seconda tesi – di derivazione romanistica – riproduce l'idea della *legittima* come *pars bonorum*, cioè il legittimario pretermesso, seppur mai diventando erede, vede assicurarsi dalla legge il diritto a conseguire una certa quantità di beni attraverso l'azione di riduzione.

(9) La riserva della quota legittima viene prevista dalla legge non solo riguardo all'asse ereditario, ovvero all'insieme dei beni e dei diritti di cui il *de cuius* è titolare al momento dell'apertura della successione, bensì anche al c.d. *donatum*, ossia al valore complessivo dei beni di cui il *de cuius* abbia disposto in vita a titolo di donazione.

(10) All'apertura della successione quale criterio cui riferirsi per individuare la quota di riserva guarda Cass., SS.UU., 12 giugno 2006, n. 13524, nella quale si legge che «*ai fini dell'individuazione della quota di riserva spettante alle singole categorie di legittimari e ai singoli legittimari nell'ambito della stessa categoria, occorre fare riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento (per rinuncia o per prescrizione) dell'azione di riduzione da parte di qualcuno dei legittimari*».

(11) Sulla intangibilità della quota di riserva si è espressa Cass., sez. II, 30 luglio 2002, n. 11286 (in *Giur. it.*, 2003) per la quale: «*le norme relative all'intangibilità della quota riservata ai legittimari, non ponendo il divieto dell'atto lesivo ma comminandone l'inefficacia nei confronti del soggetto tutelato ove questi intenda avvalersene, non rientrano nella categoria delle norme imperative inderogabili la cui violazione rende illecito il negozio*».

(12) La previsione *de qua* ha consentito la diffusione in dottrina dell'orientamento volto ad individuare nella successione necessaria un limite all'autonomia negoziale del defunto configurandosi quale «successione contro la volontà del testatore». Si tratta di un limite che opera, ad avviso di Bonilini, non solo con riferimento all'aspetto testamentario, bensì anche con riferimento alla disciplina delle donazioni in grado di eccedere rispetto alla quota disponibile, come stabilito dall'art. 555 c.c., per il quale «*le donazioni, il cui valore eccede la quota della quale il defunto poteva disporre, sono soggette a riduzione fino alla quota medesima. Le donazioni non si riducono se non dopo esaurito il valore dei beni cui è stato disposto per testamento*».

Infine, secondo l'orientamento oggi prevalente, il legittimario pretermesso acquista la qualità di erede in conseguenza del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

Può, dunque, l'istituto della successione necessaria⁽¹³⁾, la cui *ratio* si ravvisa nell'esigenza sociale di una inderogabile solidarietà⁽¹⁴⁾ tra i congiunti più stretti, costituire un limite alla c.d. «trasmissione intergenerazionale della ricchezza»?.

Oppure trova fondamento il medesimo in un più generale principio di conservazione del patrimonio ereditario⁽¹⁵⁾?

Abbandonando una prima tesi della dottrina che ritiene che la successione necessaria possa costituire un *tertium genus*⁽¹⁶⁾ distinto ed indipendente dalla successione legittima ed abbandonando, altresì, l'orientamento che ne ravvisa invece una successione a titolo particolare⁽¹⁷⁾, è possibile constatare come in giurisprudenza trova accoglimento la teoria⁽¹⁸⁾ per la quale la successione necessaria presenta in comune con la successione legittima il titolo costitutivo ed il fondamento, tanto da costituire insieme a quest'ultima una specie del medesimo genere.

2. L'azione di riduzione tra natura e modalità di esercizio

La c.d. «legittima⁽¹⁹⁾» rappresenta un limite alla piena facoltà di disporre la cui *ratio* ben potrebbe trovare ancoraggio nelle generali esigenze di

(13) In tema di successione necessaria si veda: CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 5, I, *Le successioni*, seconda edizione, Torino, 1997; CAVALLUCCI - VANINI, *La successione dei legittimari*, Torino, 2006; BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2003; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002; CASULLI, voce *Successione necessaria*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, VII, Torino, 1987; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano, 2008; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, quarta edizione, Milano, 2000.

(14) TAMBURRINI, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

(15) Di avviso diverso è DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, p. 815, il quale ritiene l'istituto della successione necessaria anacronistico anche se lo stesso deve comunque essere conservato per la funzione di freno al c.d. «abuso di volontà testamentaria».

(16) Di tale avviso sono MENGONI, GROSSO - BURDESE.

(17) Si veda AZZARITI - MARTINEZ e FERRI.

(18) Esponenti della presente teoria sono: PASSARELLI, CICU e FERRARA.

(19) Sulla tematica si veda CANTELMO, *L'istituto della riserva*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Padova, 1992, p. 475 ss.

solidarietà e di dovere naturale, caratterizzanti ogni «nucleo familiare».

L'esistenza nel nostro ordinamento del principio della c.d. «*intangibilità quantitativa della legittima*» determina il riconoscimento in capo ai soggetti indicati nell'art. 536 c.c. del diritto ad un valore pari alla quota riservatagli per legge.

Ovvero: il testatore - nell'attribuire l'asse ereditario - è libero di stabilire i beni che intende lasciare ai legittimari.

Le ragioni di questi ultimi però devono trovare soddisfacimento con beni necessariamente ricompresi nell'asse ereditario.

L'azione di riduzione assume, a tal proposito, fondamentale centralità nell'ambito degli strumenti di tutela che il nostro ordinamento predispone per i legittimari.

Il legittimario che intende ottenere soddisfazione della quota di riserva riservatagli dalla legge può esercitare l'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni che, eccedendo la quota di cui il *de cuius* poteva disporre, integrano lesione della quota di legittima.

Numerosi sono stati gli interventi giurisprudenziali⁽²⁰⁾ incentrati sull'azione di riduzione⁽²¹⁾ quale diritto inderogabile degli stretti congiunti⁽²²⁾.

(20) A favore della tutela del legittimario la giurisprudenza ha individuato, oltre alla generale azione di riduzione, anche altre fattispecie, quale la convenzione con cui i chiamati all'eredità convengono di non far valere il testamento del *de cuius* e di ripartire l'asse ereditario in parti uguali secondo la successione legittima, con la conseguenza che l'atto di disposizione delle relative quote dovrà farsi per iscritto qualora concerni beni immobili (Cass., sez. II, 28 novembre 1988, n. 6414); oppure gli accordi diretti a reintegrare i diritti dei legittimari posti in essere con terzi beneficiati da disposizioni testamentarie riducibili, cui espresso riferimento viene operato dall'art. 43 d.lgs. 346 del 1990.

(21) Sull'azione di riduzione si veda IEVA, *Retroattività dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 414 e LA PORTA, *Azione di riduzione di "donazioni indirette" lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal "donatario". Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 951 ss.

I presupposti per i quali l'azione di riduzione può essere esperita sono anzitutto l'esistenza di disposizioni donative ovvero testamentarie, in grado di ledere il diritto alla c.d. quota di riserva.

Le disposizioni devono, altresì, essere valide ed, ai sensi dell'art. 564 c.c. il legittimario leso, al fine di esperire correttamente l'azione, deve aver accettato l'eredità con beneficio di inventario. A tal proposito si veda Cass., sez. II, 15 giugno 2006, n. 13804: «*la condizione della preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario - richiesta dall'art. 564 cod. civ. per la proposizione dell'azione di riduzione delle donazioni e dei legati - non si applica al legittimario che sia stato totalmente pretermesso dall'eredità, anche nel caso in cui abbia ricevuto beni dal "de cuius" a titolo di donazione ovvero si sia impossessato, dopo la sua morte, di beni ereditari, atteso che egli acquista la qualità di erede soltanto a seguito del favorevole esercizio dell'azione proposta*».

(22) Sino al 1954 un orientamento contrario - coesistente con l'orientamento volto a subordinare l'ingresso in comunione del legittimario all'esito vittorioso dell'azione di riduzione

Elemento centrale intorno al quale gli stessi si sono, tuttavia, mossi è la qualificazione della riduzione «come azione di impugnativa delle disposizioni lesive» e la descrizione degli effetti «in termini di inefficacia delle disposizioni stesse nei confronti del legittimario: in tal senso si dice che la riduzione è azione personale di accertamento costitutivo (sia della lesione di legittima che delle altre condizioni dell'azione stessa), cui consegue l'impugnabilità, al legittimario che l'abbia esperita, delle disposizioni ridotte»⁽²³⁾.

Fermo restando che l'azione di riduzione deve intendersi quale azione personale di accertamento costitutivo con effetti retroattivi reali, quanto sopra sostenuto sottolinea come la sentenza di riduzione non determini un nuovo trasferimento dei beni al patrimonio del defunto, ma consideri non avvenuto nei confronti del legittimario il trasferimento lesivo delle disposizioni testamentarie posto in essere dal defunto.

Perdipiù, in applicazione del principio «*risoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*», diverranno inefficaci anche i successivi trasferimenti

- configurava quest'ultimo come erede *ope legis* e partecipe *ipso iure* alla comunione sul patrimonio indiviso del defunto. L'indirizzo c.d. «del dissenso» è stato poi seguito da CONTURSI - LISI, *Le successioni*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1981 e dalla giurisprudenza di merito, tra cui: App. Cagliari, 21 novembre 1957, in *Rass. giur. sard.*, 1958, 45; App. Potenza, 11 aprile 1960, in *Corti Bari Lecce Pot.*, 1960, 490; Trib. Lucera, 21 dicembre 1961, in *Foro Lucera*, 1962, 80; App. Catanzaro, 21 dicembre 1966, in *Calabria giud.*, 1968, 532).

Per l'orientamento tradizionale in dottrina ed in giurisprudenza che lega alla configurazione del legittimario come *heres ope legis* e partecipe *ipso iure* alla comunione ereditaria si veda: FERRARA, *La posizione del legittimario*, in *Giur. it.*, 1923, IV, p. 127; ANDRIOLI, *La vocazione ereditaria*, in *Studi senesi*, 1942, p. 74 ss.; COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, p. 272.

Può adesso ritenersi prevalente anche in dottrina l'opposto indirizzo che esclude la qualità ereditaria *ipso iure* del legittimario pretermesso, già anticipato da SANTORO PASSARELLI, *Legato privativo di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 249.

In posizione intermedia, invece, si pone FERRARA, ad avviso del quale una terza posizione si ravvisa in quanti (come ad esempio PUGLIESE, in nota ad App. L'Aquila, 21 maggio 1945, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Successione legittima e testamentaria*, n. 60) sostengono che il legittimario pretermesso acquista il titolo di erede nel momento stesso in cui questi si determina all'esercizio dell'azione di riduzione.

Da ultimo, merita ricordare, come peculiare sia la posizione di AZZARITI, ad avviso del quale il legittimario pretermesso non è e non diviene mai erede dato che «*tale azione, lungi dall'essere o dal poter essere una petito hereditas, è invece diretta non alla dichiarazione di nullità del testamento, ma a far ridurre le disposizioni del de cuius che abbiano pregiudicato i diritti che la legge riserva ai legittimari [...]*», in AZZARITI - MARTINEZ, *Successioni e donazioni*, Padova, 1948, p. 200 ss.

(23) AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima "per equivalente")*, estratto dalla *Riv. dir. civ.*, 2009, parte I, p. 683 ss.

Dello stesso Autore, in materia, si ricordano: *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. II, Padova, 1994, ora anche in AMADIO, *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 39 ss.; *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 653 ss.

effettuati dal donatario e dai suoi aventi causa, a seguito a del passato in giudicato della sentenza che ha accertato la lesione della legittima.

2.1. *Segue. L'azione di riduzione prima della legge n. 80 del 2005*

La retroattività reale dell'azione di restituzione nei confronti del terzo avente causa dal donatario rappresentava un limite alla circolazione degli immobili di provenienza donativa: le maggiori problematiche derivavano – ad avviso della dottrina – dalla previsione di cui al II c. dell'art. 557 c.c., nonché dal divieto di patti successori, posto che il legittimario leso nel suo diritto alla legittima può, una volta morto il *de cuius*, rinunciare all'azione di riduzione e considerato, dall'altro lato, che l'azione di riduzione si prescrive trascorsi dieci anni dall'apertura della successione⁽²⁴⁾.

Ovvero, l'azione di riduzione – e l'eventuale successiva azione di restituzione – poteva essere dal legittimario leso esperita nel termine ordinatorio di prescrizione di dieci anni dalla data di apertura della successione su ogni donazione compiuta dal donante.

Il diritto di provenienza donativa acquistato rischiava sempre, quindi, di essere pregiudicato perché il legittimario leso dalla donazione, una volta vittoriosamente esperita l'azione di riduzione e non trovata piena soddisfazione nel patrimonio del donatario, – per conseguire il valore della quota di legittima spettantegli – poteva soddisfarsi direttamente sui beni donati, pretendendone la restituzione da parte di chi nel frattempo ne fosse divenuto proprietario.

Perciò, sino al decorso del termine di prescrizione dell'azione di riduzione il diritto di provenienza donativa veniva pregiudicato da un'esigenza di tutela dei legittimari.

Nell'assetto antecedente, dunque, potremmo osservare come il rischio che l'acquirente di diritti sull'immobile assume in capo alla propria sfera giuridica può suddividersi in tre categorie:

a) rischio «massimo» per la residua vita del donante posto che vi è incertezza circa la natura lesiva o meno della donazione nei confronti dei diritti dei legittimari;

(24) Occorre però precisare che il *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione può iniziare da un momento successivo all'apertura della successione: si veda, ad esempio, Cass., SS. UU., 25 ottobre 2004, n. 20644 (in *Foro it.*, 2005, I, col. 1782 ss.): «il termine decennale di prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima».

Sull'azione di riduzione si veda: CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 2008, p. 34 ss.

- b) rischio «medio» dopo l'apertura della successione posto che il legittimario può disporre del diritto di rinunciare all'azione di riduzione;
- c) rischio «nullo» dovuto al fatto che, trascorsi dieci anni dall'apertura della successione senza che la domanda di riduzione sia stata trascritta ovvero i legittimari abbiano rinunciato all'azione stessa, l'acquisto del terzo può considerarsi certo.

2.2. *Segue. L'assetto post-riforma*

L'emanazione del d.lgs. 35 del 2005 (c.d. «decreto legge sulla competitività»), convertito in l. n. 80 del 2005, avviene in un periodo in cui notevole era il ricorso all'istituto della donazione.

Molte sono le novità introdotte con la l. n. 80 del 2005. Le più importanti però si realizzano attorno alle due figure dell'«azione di riduzione» e dell'«azione di restituzione», in un'ottica finalizzata ad accordare maggiore tutela ai terzi acquirenti di beni provenienti da donazioni e limitando il raggio di azione prima riservato ai legittimari.

Al fine di evitare comunioni ereditarie problematiche⁽²⁵⁾, la legge in esame risponde alla necessità di rendere sicura la circolazione dei beni donati⁽²⁶⁾, e, contemperando le esigenze degli operatori commerciali con quelle di tutela del legittimario, dispone che l'azione di riduzione⁽²⁷⁾ è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale.

In particolare, la legge del 2005 opera una modifica degli articoli 561 e 563⁽²⁸⁾ c.c.

(25) Di tale avviso è CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1269.

(26) Nella relazione di accompagnamento alla legge si legge, infatti: «in attesa che - anche sulla base delle iniziative adottate dalle istituzioni comunitarie - si proceda, per un verso, ad un'organica revisione della disciplina dei patti successori e della tutela dei legittimari e, per l'altro verso, a mitigare il divario tra la disciplina dettata dal nostro legislatore e quella vigente nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea, nella prospettiva di una doverosa armonizzazione tra i vari ordinamenti giuridici, si ritiene urgente fornire una risposta al problema della tutela dell'acquirente dei beni immobili di provenienza donativa, il quale problema appare di maggiore evidenza dopo la riforma attuata con l'abrogazione dell'imposta sulle successioni e donazioni».

(27) Sull'azione di riduzione si veda MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, parte seconda, Milano, 1947, p. 335 ss. e BASINI, *La riduzione delle donazioni*, in *La donazione*, Trattato diretto da G. Bonilini, 2001, p. 1149.

(28) Sulle disposizioni in esame si veda, tra tanti: BUSANI, *La trascrizione dell'atto di rinuncia all'atto di opposizione alla donazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007; CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 del codice civile*, in *Vita not.*, 2007; BEVIVINO, *Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 del codice civile*, in *Not.*, 2007.

La stessa prevede che:

a) l'azione di restituzione, quale azione reale conseguente all'azione di riduzione, può essere esperita dal legittimario leso o escluso solo se non sono decorsi venti anni dalla donazione e, nel caso in cui detto termine sia trascorso, alcun rimedio è previsto a favore del legittimario vittorioso nell'azione di riduzione, qualora il patrimonio del donatario sia incapiente nel soddisfare i crediti del legittimario stesso;

b) se l'azione di riduzione viene esperita trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, con conseguente recupero del bene, le ipoteche ed i pesi gravanti su di esso restano efficaci, ferma la disposizione di cui all'art. 561⁽²⁹⁾ c.c., ed ovvero «l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni», e sempre che la domanda di riduzione sia stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione, posto il verificarsi del c.d. «effetto purgativo dell'azione di riduzione» se l'azione di riduzione viene esperita entro venti anni dalla donazione risultando vittoriosa e consentendo al bene di rimanere libero da pesi ed ipoteche;

c) ai sensi del nuovo art. 563⁽³⁰⁾ c.c., il coniuge ed i parenti in linea retta possono opporsi in via stragiudiziale alla donazione al fine di sospendere il termine ventennale. Essi, infatti, possono notificare al donatario ed ai suoi aventi causa un atto stragiudiziale che verrà trascritto nei pubblici registri, con la conseguenza che in tal modo è sospeso il termine ventennale previsto per la donazione, mentre l'opposizione perderà effetto se non verrà rinnovata prima che detto termine sia trascorso.

Occorre a tal proposito esaminare brevemente gli aspetti salienti della

(29) La disposizione in esame, antecedentemente alla riforma introdotta con legge n. 80 del 2005 così prevedeva: «*gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o il donatario può averli gravati, salvo il disposto del n. 8 dell'articolo 2652*». La legge del 2005 aggiunge che: «*i pesi e le ipoteche restano efficaci se la riduzione è domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione, salvo in questo caso l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni, purché la domanda sia stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione. Le stesse disposizioni si applicano per i mobili iscritti in pubblici registri*».

(30) Il nuovo disposto dell'art. 563 c.c. prevede che: «*se i donatari contro i quali è stata pronunziata la riduzione hanno alienato a terzi gli immobili donati e non sono trascorsi venti anni dalla donazione, il legittimario, premessa l'escussione del donatario può chiedere ai successivi acquirenti, nel modo e nell'ordine in cui si potrebbe chiederla ai donatari medesimi, la restituzione degli immobili. L'azione per ottenere la restituzione deve proporsi secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima. Contro i terzi acquirenti può anche essere richiesta, entro il termine di cui al primo comma, la restituzione dei beni mobili, oggetto della donazione, salvi gli effetti del possesso di buona fede. Il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in danaro*».

legge del 2005: da un lato, l'introduzione del termine ventennale dalla trascrizione della donazione; dall'altro la previsione dello strumento dell'opposizione alla donazione.

Per quanto attiene il primo, la l. 80 del 2005 - facendo salvo il limite di prescrizione decennale - introduce un nuovo e ulteriore termine ventennale, decorrente dalla trascrizione della donazione.

Decorso, cioè, il termine di venti anni dalla trascrizione della donazione la tutela del legittimario che ha esercitato l'azione di riduzione perde i connotati tipici di realtà.

Ciò riflette l'intenzione di non far sorgere in capo all'acquirente *a domino* un trattamento deteriore rispetto all'acquirente *a non domino*: con la riforma in esame viene, infatti, preclusa al legittimario l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti degli immobili; rimangono, tuttavia, efficaci i pesi e le ipoteche costituiti sugli immobili dal donatario, con la conseguenza che il legittimario vanterà un diritto di credito nei confronti del donatario (compensativo del minor valore dei beni).

L'orientamento volto a consentire al donatario - trascorsi venti anni dalla donazione - di opporre al legittimario (che agiva con l'azione di restituzione) l'avvenuto acquisto del bene per usucapione viene abbandonato, anche alla luce del fatto che la giurisprudenza aveva avuto modo più volte di osservare come, in simili fattispecie, l'usucapione avrebbe operato contro il legittimario.

In conclusione: in relazione al termine ventennale, la giurisprudenza ha ritenuto di dover escludere qualsiasi collegamento tra lo stesso e l'usucapione posto che, essendo il termine ventennale fissato dal legislatore al fine di rendere più sicura la circolazione dei beni immobili con provenienza donativa, l'opponibilità dell'usucapione del legittimario che agisca in riduzione non può trovare fondamento - considerata la circostanza che ben distinte sono, e tali devono ritenersi, le vicende della prescrizione dei diritti reali e l'acquisto per usucapione.

Il secondo aspetto di rilevante importanza è quello assunto dal diritto di «opposizione alla donazione».

L'atto di opposizione rappresenta, infatti, la soluzione offerta dal legislatore italiano alla minore tutela riconosciuta al legittimario: quest'ultimo può, entro venti anni dalla trascrizione della donazione, esercitare l'azione di riduzione per ottenere la restituzione dei beni donati; mentre, una volta trascorso detto termine, non potrà avanzare alcuna pretesa nei confronti del terzo cui sia pervenuto il bene dal donatario nel caso in cui il patrimonio di quest'ultimo sia insufficiente a ripristinare la propria quota di legittima.

L'opposizione alla donazione⁽³¹⁾ riconosce perciò al coniuge ed ai parenti in linea retta del donante il diritto di sospendere il termine ventennale, mediante la notifica al donatario ed ai suoi eventuali aventi causa di un atto stragiudiziale di opposizione.

Con la modifica dell'art. 563 c.c., in particolare, il legislatore ha attribuito all'opposizione alla donazione una significativa rilevanza, dovendo garantire la tutela del legittimario ad un momento antecedente all'apertura della successione.

Il legittimario, in tal caso, avrà due possibilità: proporre opposizione contro una donazione ritenuta lesiva della sua legittima, oppure rinunciare all'azione di restituzione.

Una volta trascorsi i venti anni, in capo al legittimario risiede tuttavia un duplice rischio: quello della opponibilità nei suoi confronti dei pesi e delle ipoteche costituiti dal donatario sull'immobile restituito a seguito dell'azione di riduzione e quello della perdita dell'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti dell'immobile.

«In conclusione, se prima della novella del 2005, la tutela dei legittimari poteva essere definita in termini di "tutela assoluta", e cioè senza eccezioni, dopo la novella questa tutela si è dunque evidentemente "relativizzata": se trascorrono venti anni dalla donazione e non è stata fatta la "opposizione", l'azione di restituzione non è più esperibile (ferma restando ovviamente l'esperibilità dell'azione di riduzione). In altri termini, dal comportamento silente o inerte del legittimato all'opposizione consegue la "purgazione" del bene donato dagli ostacoli che alla sua circolazione deriverebbero dalla sottoponibilità all'azione di restituzione; se invece il (soggetto che si reputi un futuro) legittimario vuole conservare l'"arma" dell'azione di restituzione, e con ciò una ulteriore misura di tutela dei suoi diritti, allora egli deve attivarsi e proporre l'atto di "opposizione"», così provocando però un intralcio alla circolazione del bene donato⁽³²⁾.

Ad abundantiam, al fine di ricondurre la nuova disciplina alla concreta prassi applicativa, si pensi al caso di un donante il cui decesso avviene

(31) Il coniuge ed i parenti in linea retta possono rinunciare al diritto di proporre opposizione: la rinuncia che interviene prima della opposizione avrà natura abdicativa e conseguentemente non potrà più essere esercitata successivamente; mentre la rinuncia che interviene dopo la proposizione dell'opposizione avrà natura estintiva, con la conseguenza che il termine ventennale in tal caso operante andrà ad aggiungersi a quello maturato prima dell'opposizione dato che gli effetti dell'opposizione sono venuti meno.

La rinuncia a proporre opposizione si considera irrevocabile sin dal momento in cui giunge a conoscenza del donatario.

(32) In *Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5809/C, L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, co. 4, codice civile, Approvato dalla Commissione studi civilistici il 21 luglio 2005, pp. 3-4, in www.notariato.it*.

prima dei venti anni dalla donazione e la trascrizione della domanda di riduzione avvenga dopo la scadenza del ventennio, ma prima del decennio dall'apertura della successione.

In tal caso, avendo previsto la nuova disciplina il termine decennale e ventennale in un'ottica finalizzata a consentire al creditore ipotecario ed al terzo acquirente avente causa dal donatario di consolidare il proprio diritto definitivamente, in capo al legittimario risiederà l'onere di trascrivere entro il decennio dall'apertura della successione l'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario.

Seppur, quindi, ad una prima visione potrebbe ritenersi che la legge in esame altro non fa che riconoscere ancora una volta la posizione di centralità dei legittimari all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, il diritto di opposizione potrebbe, invece, costituire un elemento innovativo - alla luce del quale la tutela del legittimario possa trovare attuazione.

Elemento innovativo che potrebbe trovare espressione soprattutto nella possibilità per il coniuge ed i discendenti del donante di rinunciare all'opposizione alla donazione - in un sistema in cui i costi i più favorevoli consentono un maggiore utilizzo della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa con cui il donatario garantisce il suo avente causa contro il rischio dell'esercizio dell'azione di riduzione.

3. Tra proposte e nuove prospettive

Alla tematica della tutela dei diritti dei legittimari è stata, in tempi recenti, dedicata la Giornata nazionale di studio tenutasi a Rimini il giorno 11 maggio 2012, nella quale si è potuto sottolineare come: «la famiglia, oggi, più che una comunità di produzione è una comunità di consumo, educazione e tempo libero [...]. L'obiettivo del progetto è proprio quello di aggiornare e modificare l'istituto della successione necessaria, adeguarlo alle attuali esigenze della società, in linea con le scelte adottate in altri paesi europei».

A tal proposito, infatti, il Consiglio Nazionale del Notariato, nell'ottobre 2011, ha elaborato una proposta di riforma dell'istituto della successione necessaria con particolare riferimento al carattere⁽³³⁾ dell'azione di riduzione.

(33) In merito alla natura giuridica dell'azione di riduzione, è utile ricordare come L. Mengoni ritiene quest'ultima ascrivibile nel novero delle impugnative negoziali, posto che la stessa rende inoperanti gli effetti della disposizione impugnata nei confronti del legittimario leso.

Ad avviso, invece, di BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 280 «l'azione costituisce una particolare figura di azione di risoluzione, ovvero scrivibile alla categoria dell'azione di rescissione». Vi è poi PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 263 che avvicina la riduzione alla revocatoria ordinaria.

Infatti, «le problematiche connesse alla sistemazione degli assetti patrimoniali nell'ambito della famiglia costituiscono da tempo il tema dominante di un vivace dibattito tra gli operatori giuridici, specialmente in considerazione del fatto che le vicende della circolazione della ricchezza nell'ambito della famiglia, con particolare riferimento a quelle attuate attraverso i tradizionali strumenti del testamento e della donazione, possono comportare conseguenze di notevole rilievo nella successiva circolazione sul mercato dei beni e diritti che hanno formato oggetto di tali vicende endofamiliari».

Alla luce della spinta comunitaria⁽³⁴⁾, finalizzata alla «cooperazione

Infine, nonostante in passato vi è stato chi ne ha sostenuto la natura reale (FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1982, p. 202), la dottrina appare ormai orientata nel ritenere che l'azione di riduzione abbia carattere personale posto che la stessa è diretta nei soli confronti del donatario e viene esperita al fine di far valere sul valore del bene stesso le proprie ragioni successorie. Viene, per di più, ad essere considerata azione di accertamento costitutivo in quanto mirante ad accertare l'avvenuta lesione del diritto alla legittima.

(34) Con la raccomandazione del 7 dicembre 1994, in *G.U.C.E., C 400 del 31 dicembre 1994*, la Commissione Europea ha affermato che «gli Stati membri dovrebbero rimuovere gli ostacoli che possono derivare da talune disposizioni del diritto di famiglia o del diritto di successione: ad esempio la cessione tra coniugi dovrebbe essere consentita, il divieto dei patti successori dovrebbe essere attenuato e la riserva in natura esistente in taluni paesi potrebbe essere trasformata in riserva in valore».

Per una visione di insieme del diritto alla quota legittima appare interessante volgere lo sguardo verso i Paesi di *common law*, dove la categoria dei legittimari non è presente posto che negli stessi prevale la tutela dei principi individualistici la cui fonte risiede nella sovrana volontà del defunto. Si pensi, infatti, come nel modello anglosassone le disposizioni del *de cuius* possono essere corrette dal giudice, il quale può attribuire risorse ai «*dependants*» in considerazione dei bisogni degli stessi.

Neppure negli Stati Uniti l'istituto della legittima trova diffusione, ad eccezione dello Stato della Louisiana dove, a partire dal 1990, la legittima è stata introdotta a favore dei minori di 23 anni e di quelli portatori di handicap psichico o fisico.

Nell'ambito, invece, dei Paesi cc.dd. di «diritto codificato» inevitabile appare la distinzione tra il modello tedesco ed il modello francese.

Il primo, al cui interno si collocano Germania, Austria, Finlandia ed Ungheria, si caratterizza per individuare nel legittimario un creditore dell'erede nella misura del valore pari alla metà di quanto avrebbe ricevuto se la successione si fosse aperta *ab intestato*. Lo stesso è titolare di un'azione personale contro il beneficiario della disposizione lesiva, diretta ad ottenere una somma corrispondente al valore della legittima.

Nel modello francese, invece, al cui interno sono ricomprese Francia, Belgio e Grecia, il legittimario viene considerato erede posto che lo stesso è effettivo titolare di una quota e non può, contro la sua volontà, essere escluso dalla comunione ereditaria; sebbene, però, non si dimentichi come in Francia il legislatore abbia, con la *Loi* n. 2006-728 del 23 giugno 2006, introdotto nel proprio ordinamento giuridico il patto rinunciativo, quale rinuncia anticipata a promuovere l'azione di riduzione, la cui facoltà viene concessa al presunto erede necessario di colui della cui successione si tratta.

Infine, mentre in Canada, Messico, Cuba e Lituania si sta facendo largo l'idea di un diritto alla riserva dei più stretti familiari quale diritto subordinato all'esistenza di uno stato

giuridica» dei Paesi membri dell'Unione Europea, anche in Italia si sviluppa l'idea di considerare il legittimario un creditore dell'eredità nella misura di un determinato valore, trasformandosi il diritto alla «legittima in natura» in «legittima in valore» o diritto di credito⁽³⁵⁾.

In conclusione, alla luce della nuova proposta mentre l'azione di restituzione verrebbe ad essere abrogata, l'azione di riduzione verrebbe a caratterizzarsi per il contenuto obbligatorio posto che il donatario o beneficiario della disposizione testamentaria che abbia subito l'azione di riduzione da parte del legittimario leso o pretermesso ha la facoltà di restituire in natura il bene, sempre che lo stesso sia nella sua disponibilità giuridica, oppure può pagare il valore del credito spettante al legittimario al momento dell'apertura della successione.

L'idea di trasformazione del legittimario in creditore dimostra come «[...] il sistema del diritto successorio, con il quale si disciplina la trasmissione dei diritti patrimoniali di un soggetto per il tempo successivo alla sua morte, svolge due funzioni fondamentali e complementari, l'una con riferimento al mercato, l'altra con riferimento alla famiglia. Con la prima, il legislatore affronta e risolve una situazione tipicamente propria dei sistemi mercantili di circolazione della ricchezza, sicché non è errato definire per questo verso il sistema successorio come un sistema assolutamente necessario, del quale non si può fare a meno. Con la seconda [...] il legislatore esprime la sua specifica politica del diritto circa la rilevanza dei rapporti personali familiari anche nella materia della circolazione *mortis causa*»⁽³⁶⁾.

di bisogno; in altri Paesi, quali l'Albania, l'Estonia, la Moldavia e la Russia detto diritto è riservato allo stato di minore età ovvero di inabilità al lavoro.

(35) Si veda, a tal proposito Cass., sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496: «*Nell'ipotesi di donazione indiretta di un immobile, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, che ha quindi ad oggetto il bene e non già il denaro. Tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (conaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore [...]*».

Consiglio Nazionale del Notariato, *Nuove regole tra affetti e economia. Le proposte del notariato. Accordi pre-matrimoniali Convivenze Successioni*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, ottobre 2011, pubblicazione fuori commercio. Per il testo integrale si veda: www.notariato.it/export/sites/Le_proposte_del_notariato_011.pdf.

In sintesi, la proposta di riforma è indirizzata ad una modifica degli articoli 536 - 563 c.c. e delle norme di cui agli articoli 2652 e 2690 c.c.

(36) CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, seconda edizione, Napoli, 2010, p. 433.

Intergenerational transfers of entrepreneurial assets.
The destiny of the company share between individualistic
aspects and the need for the continuation
of the economic initiative*

Bianca Longo, Andrea Minto

*Dottorandi di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili,
commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Introductory remarks. – 2. The intergenerational transfer of wealth in the context of the *società di persone*. – 3. *Società di capitali* and transfer *mortis causa* of shares in the company. – 4. The death of the shareholder: readjustment of company ownership and impact on governance policies. – 5. Comments and conclusions.

1. Introductory remarks

Inheritance is one of the core areas of the Italian legal framework that is going to be reformed in the foreseeable future. In the field of inheritance, as in many other fields, the reform that is in progress is moving towards a more “liberal” approach, with the aim of reassessing and improving the transfer of assets between generations. This aim should be achieved through a long-awaited change in the current legal system (although there are different opinions on how effective the change will be), which is based on the generally agreed need for “flexibility injections” in order to rebalance the system of weights and counterweights that applies during the transfer of assets⁽¹⁾.

Indeed, the debate over the new structure of Book II of the Italian Civil Code (hereinafter ICC) cannot fail to take into consideration, in a broad and systematic perspective, the issue of transfers between generations.

(*) The present study reproduces, with the integration of some bibliographic notes, the speech given as part of the international conference on topics regarding « Intergenerational transfer of wealth between family and market » held at the Ca' Foscari University of Venice on 23-24 November 2012. Although the work is the result of common reflections, sections 1, 3 and 4 should be credited to Andrea Minto, and sections 2 and 5 to Bianca Longo.

(1) See the research projects formulated by the professional bodies that are involved, among which one should note, for its great efforts on the revision of the rules of inheritance, the *Consiglio Nazionale del Notariato*.

This perspective should be coordinated with the provisions of Book V of the ICC (albeit that in Book V there is indirect, rather than direct, reference to the this aspect), which contains the branch of law which can be defined as business law and is more specialised and segregated than the common private law. As a matter of fact, in the vast field of the transfer of assets, the entrepreneurial phenomenon has an independent value of its own. Evidence for this value lies in the existence of specific legislative tools that complement the more general legal institutions provided by inheritance law, and that may be used for the purposes we are considering here. Among the numerous examples given by the rules governing limited companies, we will consider the different restrictions which can be set on the transfer of the shares, the possibilities offered by Article 2346 of the ICC (concerning the issuing of different types of securities, and the economic and shareholder rights attached to them, but also concerning the suspension of the correlation between the asset and the type of shareholder rights granted), the adoption of alternative governance systems, the involvement of the shareholders (who can be given prior authority in the bylaws for certain management operations), the autonomous and peculiar issue of shareholders' agreements, the recognition of special rights for members of a *società a responsabilità limitata*, and so on.

Of paramount importance is that the particular relevance which the entrepreneurial phenomenon acquires in view of the possibility of it being handed down through generations, as explained above, does not derive from the fact that company law foresees a dedicated (i.e. preordained) instrument to manage the transfer of business assets, but rather from the presence, in the legal system, of instruments whose flexibility facilitates their application for this purpose. In other words, it is worth noting how company law is full of tools – those listed above represent only a small part – that are aimed at regulating corporate governance in a broad manner. These legislative tools were created to pursue such different aims that they lend themselves to being used for the diverse objectives and interests of the economic initiative, directing such initiative in a particular strategic perspective.

In this context, shareholders' freedom of contract is the element that can change legal instruments from their intact and (at least partially) adaptable configuration into a structure that reflects the special nature of the entrepreneurial phenomenon. The autonomy is required to deduce, from the general provisions of the Code, a specific solution which is applicable to the economic initiative that the same solution has to govern.

Indeed, it is a common characteristic of many company law tools that they can be used for several purposes: for example, the reasons for creating a specific category of shares arise or may arise from the general

needs of the organisation or from an entrepreneurial initiative which goes beyond the real purpose of creating the category. Among these reasons we can find those which involve in some ways the management of the life of a company in relation to the life of the shareholders and the involvement, or lack of involvement, of their heirs.

While the general inheritance rules are not appropriate to govern the transfer of entrepreneurial assets between generations, company law provides, *ratione materiae*, more suitable solutions for satisfying the various interests involved in this delicate phase. In particular, in addition to the attention paid to the individualistic aspects involved in each event of succession, company law generally shows the need to take into account the preservation of entrepreneurial wealth. In other words, a share must be considered as having a dual role, so that on the one hand it represents an inheritable item and, on the other hand, it is considered as a part of the company's assets, which may be functionally connected with the aim of keeping the business going and with the wider interests linked to this.

In fact, as soon as a person decides to go into business with other people, unless he just intends to invest his assets for speculative purposes, the part of the company of which he may be considered owner should not be deemed to be only a personal asset, freely transferable to his heirs after his death. It is also part of a shared business project, with respect to which the relevant person is only one among the members: a free disposal of this part, therefore, could meet some limits.

In the light of the two different views - the "self-centred" one and the "entrepreneurial" one - which may characterize the transfer of a company's assets, the legislator has designed a disciplinary regime that is suitable for satisfying the above-mentioned needs but that does not impose a solution that is closer to the individualistic interest or to the business one. The law has provided the basis on which shareholders' freedom of contract can regulate intergenerational transfer in accordance with actual situations, and the law can combine these two different dimensions in order to avoid the dispersion of wealth.

Such attention to contractual forms of management of the firm's succession phase comes both from the awareness of the traumatic consequences that could arise from the interruption of business due to the death of one of the members and from the aim to give the economic initiative a wider temporal horizon⁽²⁾.

(2) The criticality of the transfer between generations in the field of business is perceived at the highest degree in the so-called family business, which traditionally plays a major role in the national economy (in Italy, 85% of companies - 50% of those with turnover of over 50 million - are family owned: GANZ, *Le imprese familiari in Italia antidoto contro*

In the light of the above, a study of the rules governing the destiny of corporate shares in the context of the transfer *mortis causa* must look at a balance between the various interests involved, and interpret the legislative text in order to encompass the opportunities offered in this respect. However, it is evident that business law is not a uniform set of rules, but is articulated into several disciplinary sectors, which can be divided – for our purposes – according to the different types of companies. The theme of intergenerational transfer must necessarily be developed according to the legal framework within which it is contextualised⁽³⁾, since the regime for the individual enterprise differs from that for the *società per azioni* even in the rules for the transfer of assets between generations. Among the possible objects of the study, some considerations concerning entrepreneurship practised in the form of a company will be proposed. In particular, the attention will be focused on the *società di persone*, on the one hand, and on the *società di capitali*, on the other⁽⁴⁾.

2. *The intergenerational transfer of wealth in the context of the società di persone*

In the area of the *società di persone*, it seems appropriate to look at the entrepreneurial transfer between generations by focusing on the rules governing what happens to the corporate participation of the member with unlimited liability. Indeed, if we consider the aims underpinning the rules of business law that deal with the transfer *mortis causa* of the corporate share, and at how those rules are integrated into general inheritance law, in the context of the *società di persone* particular attention should be paid primarily to the events concerning the participation of those members capable of influencing the governance and the management of the company⁽⁵⁾.

la recessione, in *Il Sole 24 Ore*, 17 November 2012, p. 17). Expanding the study beyond the national borders, there is a similar distribution of such family ownership (in this regard, please refer to the data processed by ROSSI, *L'impresa familiare tra piccola impresa, società chiuse, società quotate: la realtà italiana in un contesto globalizzato*, in *L'impresa familiare: modelli e prospettive*, edited by Beria of Argentine, Milan, 2012, p. 11 ff., particularly p. 17).

(3) MONTALENTI, *Impresa a base familiare e società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 381 ff.

(4) As for the *società di capitali*, this study only focuses on the *società per azioni* because of its more marked capitalistic structure compared to the *società a responsabilità limitata*.

(5) For an in-depth analysis of the matter, please refer to MENGHI, *La morte del socio nelle società di persone*, Milan, 1984, passim, and to PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, Milan, 2002, p. 36 ff. Furthermore,

From these considerations there is a trend leading towards a certain “indifference” to situations involving the “investment shareholder” and, conversely, towards an enhanced focus on the issues relating to the “shareholder-entrepreneur”, who holds the management power and whose “*intuitus personae*” assumes a paramount importance for the company.

In accordance with the individual nature of the obligations arising from being a shareholder in a company, and with the link between power and responsibility that characterizes this kind of company, the rules governing the death of one of the members are therefore guided by the principle of the non-transferability of corporate participation.

Going into more detail, Article 2284 of the ICC states that, except as otherwise provided in the company contract, if one member dies, the others must buy back his participation from his heirs, unless they decide to wind the company up or to continue the business with his heirs if the heirs agree.

First, it must be observed that the Civil Code of 1942, with a markedly different perspective, decided to abandon the previous system, under which the winding-up of a company was intended to be the natural result of the death of one of the members, preferring to protect the continuance of the entrepreneurial activity: nowadays, the death of a member just constitutes the basis for a partial dissolution of the company contract and not the basis for its complete dissolution.

In line with the methodology of taking into consideration the different interests involved in the entrepreneurial phenomenon, which has been explained in the introduction to this study, it is very important to note the non-binding (rather than mandatory) nature of the rules we are examining: they are to be applied only when nothing to the contrary is stated in the company’s constitution. In other words, the legal scheme is designed to operate whenever the members did not intend to regulate this phase differently in relation to their specific needs.

To begin with, the legislator thus recognises the opportunity for members to use the company’s articles, by inserting a clause that regulates what happens on the death of one of the members⁽⁶⁾. Secondly, even in the absence

please see the study by the CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La disciplina legale della morte del socio nelle società di persone: riflessioni sulla fattispecie delineata dall’art. 2284 c.c.*, Studio di Impresa n. 261-2009/I, available at www.notariato.it/en/highlights/news/archive/pdf-news/261-09-i.pdf.

(6) For a discussion on the most important clauses that occur in practice, see GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, directed by Cicu, Messineo, Mengoni, Milan, 2007, p. 322 f. Please refer also to COTTINO,

of a specific contractual term, the law allows the surviving members, at the time of the death of one member, to decide to wind up the company or to continue with the heirs. In such a case, the option provided by the law, to buy back the shares, is left as the residual option, in the sense that it applies if the shareholders have not taken advantage of the second chance offered to them, i.e. the chance to regulate the matter themselves (with the first chance being the one granted by the company's articles).

Therefore, the support of the legislative framework for the role of shareholders' freedom of contract in managing the transfer between generations appears not only in the wide scope that is given to it (in the sense of its content), but with reference to the "timeframes" in which it operates. Indeed, members can choose the most suitable solution either in the company's bylaws, therefore acting in advance, or at the moment of the death of one of the members. In this regard, it is necessary to highlight the programmatic value of the choice of inserting a specific contractual clause: given that the establishment of a provision dealing with the death of the member takes place at a time before the occurrence of the event, the company bylaws seem to be the most suitable means to plan the future of the economic initiative and to manage, to a large extent, the risks that the business is wound up. In other words, the fact that the members are called to foresee the scenario in which one of them dies forces them to tackle in a shared and more lucid manner the potential discontinuity represented by the death, thereby enabling them to design more stable and enduring organisational and ownership structures and to settle the different interests involved with a long-term view. On the contrary, such a settlement is not likely to take place in the exercise of the contractual freedom granted by the law, if the articles of the company are silent, at the moment of the death of a member.

Finally, concerning the content of the so-called «business succession clauses», it should be noted that the parties are free to adopt the system which is the most appropriate to their specific needs and circumstances. The broad scope of the law towards freedom of contract has, indeed, some natural limits. These are, on the one hand, the principles belonging to the various branches of the law which interact with the matter under examination (i.e., the freedom of the members meets the constraints of

WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Società di persone e consorzi, Trattato di diritto commerciale*, curated by Cottino, Padua, 2004, p. 256 ff. These authors conclude that we are mostly dealing with clauses which must be carefully formulated to avoid contravening (or violating) the mandatory principles of both inheritance and company law (p. 256). See also LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemioria al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 310 f.

the mandatory rules of both business law and inheritance law), and, on the other hand, the will of the heirs.

3. *Società di capitali and transfer mortis causa of shares in the company*

The *società di capitali* comes from a completely opposite perspective to the *società di persone*, being governed by the rule of the free movement of its shares. Indeed, in this context the legal system of the transfer *mortis causa* provides for an automatic transmission between generations of shares belonging to the deceased to his heirs, whereas for a *società di persone*, if the company's articles are silent, the immediate effect provided in the law is instead (as we have already seen) the dissolution of the contractual bond with the deceased member.

It is evident that such a different regulatory regime is the expression of the individualist or capitalist approach that distinguishes the two main categories of companies, *società di persone* and *società di capitali*. In fact, all the events concerning the transfer of the corporate participation, which include the transmission *mortis causa*, are subject to mechanisms consistent with the overall organisational structure of the particular type of company.

However, in a similar way to the *società di persone*, the rule mentioned above operates if the company bylaws are silent. The legislator has also recognised in the *società di capitali* a wide scope for self-determination with regards to the establishment of rules governing episodes of discontinuity, such as the death of one of the shareholders: indeed, the principle of the direct transfer of the deceased's shares to his heirs takes places in the absence of specific contractual provisions.

For this reason, the broad freedom of contract granted to the shareholders of a *società di capitali* by the company law reform of 2003 may lay down mechanisms similar to those which can be inserted into the company's articles of *società di persone*. Such legislative choice is in accordance with the aim of adopting the most suitable tools to meet specific needs that may arise in both categories of company (*di persone* or *di capitali*), regardless of the type adopted.

Looking at the *società per azioni* as the most representative type of the *società di capitali*, the relevant legislative reference is Article 2355-*bis* of the ICC which is exactly a product of the reform of company law mentioned above.

While under the previous legislation there were doubts concerning the legitimacy of "inheritance clauses", today the possibility of introducing

limits on the transfer of shares including transmission *mortis causa*, has been positively recognised.

In particular, the formalisation of such a possibility emerges in the context of the third paragraph of Article 2355-*bis* mentioned above, where the express reference to the legal phenomenon of clauses that impose special conditions on transfers of shares following death recognises their legitimacy.

Concerning the latter provision, given the acceptance of forms of contractual management for the intergenerational transfer of shareholdings, the legislator laid down, as a condition for the effectiveness of these clauses, some remedies in the second paragraph of the same Article 2355-*bis* of the ICC. The regime of “special conditions” applying to a transmission *mortis causa* therefore consists of the application of the same remedies that are provided in the event of a transfer *inter vivos* when a “mere approval clause” has been inserted in the company’s by-laws⁽⁷⁾: a right of renunciation must be given to the successors, or there must be an obligation upon the other shareholders or the company itself to purchase the shares, before any restriction on the transfer of shares in case of the death of the shareholder can be effective⁽⁸⁾.

Beyond the many interpretation problems raised by this provision, it is necessary to highlight, for the specific purposes of the investigation into the intergenerational transfer of entrepreneurial wealth, the attention paid by Article 2355-*bis* to the various interests that are represented here. First, the need to protect the entrepreneurial initiative emerges with particular emphasis, since this regime has solved the long-standing and controversial question of the legitimacy of statutory provisions aimed at limiting transfers *mortis causa* [in the sense of their admissibility]: in fact, by these contractual means, it is possible to waive the general principle of the free movement of shares in view of the higher interests of the company.

Since these clauses arise from the will of the “company ownership”, they express a shared view – or a majority view – with regard to cor-

(7) The reference is to the so-called “*clausola di mero gradimento*”.

(8) In this regard, we should highlight that the remedy represented by the right of renunciation in the context of restrictions on the transfer *mortis causa* of the shares has to be considered as a right to the liquidation of the shareholding of the deceased, since renunciation by the heirs is not possible – the clause of non-transferability prevents them from becoming (and, therefore, from ceasing to be) members – and renunciation by the deceased shareholder is clearly not possible. In substance, the remedies of the second paragraph, designed primarily to regulate the effectiveness of statutory provisions which subordinate the transfer of shares *inter vivos* to the “mere approval” of corporate bodies or other members, must necessarily be interpreted in these terms in the case of a transmission *mortis causa*.

porate governance. In this regard, it is easy to understand that these restrictive provisions, insofar as they are the synthesis of the wills of the members, primarily consider the interests of the company: more precisely, it must be considered that such clauses are inserted in the section of the bylaws aimed at regulating the functioning of the company and, therefore, that they are also oriented towards a long-term vision of the continuity of the business activity.

In addition, the discipline provided for in the third paragraph of Article 2355-*bis* of the ICC, when interpreted together with the second paragraph of that Article, reveals the concern of the legislator for a different order of instances of a more “selfish” nature.

As a balance to the approach we have noted towards contractual autonomy, and as we have already mentioned, remedies are provided, consisting of the obligation upon the other shareholders or the company itself to purchase the shares of the deceased member, or the right of renunciation if the free transfer of the shares is in fact prevented.

In particular, the protection of the rights of the heirs (and also the rights of the deceased to maximize the wealth to be transferred) can be found not - or not only - in the application of specific remedies in itself, but rather in the ways in which these remedies operate: in other words, the legislative choice to ensure that the heirs do not remain “imprisoned” in the company is significant, but even more significant is the obligation to purchase the shareholding from them at its fair value. Over and above the objective of avoiding the risk of making the heir a “prisoner” in relation to the shares transferred by inheritance, the intention of the legislator to require that a sum equal to the current value of the shareholding is to be paid to the heir has to be underlined.

Indeed, in compliance with Article 2437-*ter* of the ICC, the quantification of the purchase price to be paid to the heirs must be calculated “taking into consideration the assets of the company and its earnings prospects, as well as the possible market value of the shares”.

It is clear that the use of such criteria when calculating the value to be assigned to the shares balances the interests of the individuals and the continuity of the business, without giving precedence to one or the other.

Finally, the provisions of Article 2355-*bis* may be considered an illuminating example of the legislative awareness of the duality of interests involved in the intergenerational transfer of entrepreneurial wealth: on the one hand, the need to provide adequate means to preserve the continuity of the business, making it immune from potential risks of disintegration, and on the other hand, the expectations of the shareholders/heirs as regards the transfer of the part of the entrepreneurial wealth to which the deceased member has, in theory, contributed, and, therefore,

the interest in the repurchase of the shareholding at a current price and not at book value.

4. *The death of the shareholder: readjustment of company ownership and impact on governance policies*

The main problem arising when there is an adjustment of the shareholding structure caused by the death of one of the members is represented by the potential disruption to the strategic objectives of the company. Indeed, it is clear that a redistribution of share ownership is likely to have effects first on the “high-level and strategic administration” of the company, and second on its “executive management”, since – at least in the traditional corporate governance system – ownership and control are tightly interrelated. In particular, the managers – even if they have a peculiar relationship that would make their role more autonomous [at least in the substantial profiles of their office⁽⁹⁾] – live in a sort of inevitable state of awe of the major shareholders from whom they take their powers (and, in fact, the shareholders are not only responsible for their appointments but can also decide that their appointments should be revoked *ad nutum*).

The objective of a regulation of the transfer between generations is, therefore, to provide the shareholders with instruments that can operate in advance in management policies. The concept of continuity in the exercise of the business does not express – in this logic – the mere wish to avoid the collapse of the entrepreneurial assets, for example by means of the preservation of the integrity of the share capital without diminishing it by the considerable sums of that would be spent on buying back the shares of the heirs when calculated according to their fair value. The safeguarding of the entrepreneurial phenomenon also moves towards the perpetuation, in the interests of the company and of the surviving members, of the entrepreneurial strategy as it was decided at a given time and as a result of choices that were intended to be consolidated. In order to satisfy this specific need there are several legal instruments, mentioned in the introduction, that have been designed with a certain flexibility, and are suitable for transcending the objectives for which the legislator conceived them in the first instance and gave them their names. Indeed, such instruments will assume a configuration that is

(9) The company law reform of 2003 has the indisputable merit of having improved the discipline of corporate management in many aspects: among these, the profile of the relationship between the directors and the company deserves to be highlighted.

consistent with the purpose to be achieved, according to a legal system characterized by a wide scope for shareholders' freedom of contract. The shareholders are free to design – within the limits of the mandatory rules and binding principles – the organisational structure which is most appropriate to their specific concrete needs, as well as being most suitable to the nature and the size of the company, as required by Article 2381 of the ICC⁽¹⁰⁾.

5. Comments and conclusions

In the light of the discussion above, it can be concluded that company law deals with the phenomenon of intergenerational transfer of the entrepreneurial wealth within the company as a matter to be regulated mainly by the shareholders' freedom of contract, in the awareness of the different instances that may occur in practice of which the extent can be fully appreciated only by the parties involved.

With particular reference to the *società di persone*, it can be concluded that this category of companies, while it certainly does not represent the ideal case for the transfer of entrepreneurial assets, still allows members to pursue the objective of the conservation of the company's production function without compromising their own needs.

As a matter of fact, considering the core principle of the non-automatic transfer *mortis causa* of the *status socii* for those members with unlimited liability, and the more general rule according to which any contractual mechanism could be frustrated by the non-acceptance of the inheritance by the relevant heir, some organisational solutions available for company members seem appropriate to facilitate the succession phenomenon and avoid the discontinuity of the business. These solutions, for example, could prevent either people who were potentially harmful from becoming members of the company or an excessive fragmentation of ownership, or could help the transmission, albeit in a non-automatic way, of the entrepreneurial powers to the most appropriate persons.

With regard to the *società di capitali*, and the *società per azioni* in particular, the support of the law for the introduction of restrictions on the transfer *mortis causa* of shares shows a clear response to corporate needs, and is therefore given in the perspective of the protection of

(10) In this regard, please refer to the contribution of BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 16 ff.; on the same issue, see also IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo della società di capitali*, Milan, 2005, *passim*.

the continuity of the economic initiative. At the same time, however, one should take into consideration the attention paid to more properly personal instances, such as the legislative choice concerning the sum to be devolved to the heirs for the purchase or buying back of the shares. Moreover, the management of the intergenerational transfers of wealth within the *società di capitali* can further develop following guidelines provided by some general legislative provisions governing the company, which we have not analysed in this context for reasons of synthesis. Among them, we might mention, with reference to the *società per azioni*, the opportunities offered by the adoption of the dual board system of governance in place of the traditional one, or of drafting shareholders' agreements which, although having only obligatory effects and limited temporal validity, can pursue "distributive" aims concerning the governance or management of the company.

Ultimately, the means that company law legislation provides to govern the delicate phase of the intergenerational transfer of entrepreneurial assets seem to be suitable mechanisms - if used properly - for complementing the traditional measures of the inheritance law, in order to arrive at a satisfactory compromise between different and specific needs. Beyond everything, of course, the law is not omnipotent⁽¹¹⁾.

(11) MONTALENTI, *Impresa a base familiare*, cit., p. 402.

EU Regulation no. 650/2012 and access to new forms of intergenerational transfer of wealth

Matteo A. Pollaroli

*Ph.D., European Law of Civil, Commercial and Labour Contracts,
University of Venezia, Ca' Foscari*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. - 2. Application of the Regulation. - 3. Scope of the Regulation. - 4. Purpose of the Regulation. - 5. Relevant laws. - 6. Jurisdiction. - 7. Applicable Law. - 8. Public policy. - 9. Reserved shares and public policy. - 10. Agreements as to succession and public policy. - 11. Conclusions.

1. Introduction

The European Parliament and the Council of the European Union recently issued the Regulation no. 650/2012 of July 4, 2012 on jurisdiction, applicable law and enforcement of the decisions on successions, and the creation of a European Certificate of Succession (the «Regulation»).

The Regulation shall provide uniform rules on conflict of laws, aiming at harmonizing the rules of the European countries on determination and choice of jurisdiction, applicable law as well as on the transnational enforcement of the decisions.

With reference to the Italian sources of Law, the uniform rules on conflict of laws provided by the Regulation shall replace Sec. 46 of Law no. 218/1985, which states the current regulation of the conflict of laws in matters of succession *mortis causa*.

However, the Regulation shall also provide substantive rules on the European Certificate of Succession⁽¹⁾.

(1) As the Regulation will be actually applicable in the European Countries, we should consider the implications of the introduction of Article 69 of the Regulation, on the «Effect of the Certificate», vis-à-vis Art. 1189 of the Italian Civil Code on the «Payment to the apparent creditor». Actually, Article 69, § 3, of the Regulation states that «any person, who acting on the basis of the information certified in the Certificate, makes payments [...] to a person mentioned in the Certificate [...] shall be considered to have transacted with a person with authority to accept payment [...] unless he knows that the contents of the Certificate are not

The issue of the Regulation provides the opportunity to reconsider certain material principles of Italian Law on successions in the light of the international context, as granting reserved shares to certain relatives and the invalidity of agreements on succession rights (see §§ 8-10).

Preliminarily, it is appropriate to briefly outline the main contents of the Regulation (see §§ 2-7).

2. Application of the Regulation

The Regulation will become effective on August 17, 2015 (except for certain minor Sections, some of which have come into force on July 5, 2012 and some others that will come into force on January 16, 2014) and will be applicable to the succession of individuals dying from the effective date onward.

Denmark, United Kingdom and Ireland did not take part in the adoption of this Regulation and are not bound by it or subject to its application. United Kingdom and Ireland reserves the right to notify the intention of accepting this Regulation after its adoption in accordance with Article 4 of the Protocol no. 21 on the position of said countries in respect of the European Union (Whereas no. 82 and 83).

Specific rules on the organization of the sources of Law are provided by the Regulation itself.

In particular, Article 75 concerns the relationship with existing international conventions, stating that the Regulation shall not affect the application of international conventions to which one or more Member States are party at the time of adoption of the Regulation and which concern matters covered by the Regulation.

Furthermore, Article 76 fixes the specific rule that the Regulation shall not affect the application of the EU Regulation on insolvency proceedings (Council Regulation (EC) no. 1346/2000).

3. Scope of the Regulation

The Regulation shall apply to succession to the estates of deceased persons (Article 1.1 of the Regulation).

According to Whereas no. (9), «*the scope of this Regulation includes all civil-law aspects of succession to the estate of a deceased person,*

accurate or is unaware of such inaccuracy due to gross negligence». Meanwhile, different rules is provided by Sec. 1189 of the Italian Civil Code. As a matter of fact, Sec. 1189 maintains that the debtor, paying to a person, who appears to be entitled to receive the payment, shall be discharged from the obligation to pay, if he/she gives evidence of the good faith.

namely all forms of transfer of assets, rights and obligations by reason of death, whether by way of a voluntary transfer under a disposition of property upon death or a transfer intestate succession».

The following Whereas clarifies the scope of the Regulation by excluding certain matters as matrimonial property regime and set up, administration and dissolution of trusts as well as taxes and administrative matters of a public-law nature (Article 1.1 of the Regulation).

However, in certain cases – such as exclusion of trusts from the scope of the Regulation – Whereas no. (13) specifies that this exclusion does not entail a general exclusion of trusts from the scope of the Regulation. Actually, *«where a trust is created under a will or under a statute in connection with intestate succession the law applicable to the succession under this Regulation should apply with respect to the devolution of the assets and the determination of the beneficiaries».*

Other exclusions, which are important to analyze for the purposes of this paper, are the following:

- the formal validity of wills on property upon death orally given (Article 1.2.(f));
- questions governed by companies law and other bodies, such as clauses in the memoranda of association and articles of association of companies and other bodies, which determine what will happen to the shares upon the death of the members (Article 1.2.(h));
- any recording in a register of rights in immovable or movable properties, including legal requirements for such recording, and effects of recording or failing to record (Article 1.2.(l)).

Many other Whereas dwell on each specific rule, fixing the aims of the Regulation.

4. Purpose of the Regulation

The purpose of the Regulation is *«[to] remov[e] the obstacles to the free movement of persons who currently face difficulties in asserting their rights in the context of a succession having cross-border implications»* (Whereas no. (7)).

In particular, the Regulation highlights that *«in the European area of justice, citizens must be able to organize their succession in advance»* and *«the rights of heirs and legatees, of other persons close to the deceased and of creditors of the succession must be effectively guaranteed»* (Whereas no. (7)).

In order to achieve that objective, the Regulation wants to create a (logical and physical) area in which persons are able to arrange in

advance their succession and to get a predictable structure of their interests (*i.e.*, a predictable arrangement of their assets for the period of time after the death).

On one hand, the Regulation should grant people the right (with some limits) to choose the Law applicable to their succession, allowing them the possibility to arrange and assign their assets for the period of time following their death by choosing the Law, which is better known by them.

On the other hand, heirs and legatees should be able to assert their rights in all the European area.

The Regulation is mainly based on the fact that knowing in advance the applicable law (by effect of a voluntary choice or by effect of the rules of the Regulation) supports people in their choice to move to another country and makes them more confident in doing it.

The Regulation is also based on the fact that same people will be confident to assert their rights in a same manner (or in a predictable manner) across Europe.

European Commission considered that the main obstacle for the succession having a cross-borders implication is the uncertainty of the rules governing the matter across Europe. Actually, in Europe different principles apply: the one of the unity of the succession opposite the other of the split of the applicable laws. As to the relevant laws different criteria apply: the one of the law of the domicile opposite the other of the law of the nationality of the deceased.

Under local legislation currently in force, Italy follows the principle of the unity of the succession (*i.e.*, the succession as a whole) and the criterion of the law of the nationality of the deceased, as a general rule.

That being outlined, the main rules provided for by the Regulation are the following.

5. *Relevant laws*

Laws taken into account in the Regulation are:

- the law on the habitual residence of deceased people, as a general rule;
- the law of the State with which deceased was more closely connected; and
- the national law of the deceased person.

According to the Regulation, the “habitual residence” of the deceased at the time of death is the general connecting factor for determining jurisdiction and applicable law. Actually, the Regulation deems appropriate this criterion in consideration of the increasing mobility of the citizens

and in order to ensure the proper administration of justice within the Union and also to ensure that a genuine connecting factor exists between the succession and the Member State, in which jurisdiction is exercised (Whereas no. 23).

Differently, Italian conflict of laws currently in force provides that the main rule applicable to succession is the law of the nationality of the deceased. The latter is entitled to choose the law of the State in which he resides at the time of death, by means of a formal declaration (Sec. 46 of Law no. 218/1995).

In order to determine the habitual residence, the authority dealing with the succession should make an overall assessment of the circumstances of the life of the deceased during the years preceding his death and at the time of his death, taking account of all relevant factual elements, in particular the duration and regularity of the deceased's presence in the State concerned and the conditions and reasons for that presence. The habitual residence thus determined should reveal a close and stable connection with the State concerned taking into account the specific aims of the Regulation (Whereas no. 23).

Whereas no. 24 seems to consider the problem of the expatriates who are workers who perform their professional activity and who live abroad. As a matter of fact, in some cases determining the deceased's habitual residence may prove complex.

Such a case may arise, in particular, where the deceased for professional or economic reasons had gone to live abroad to work there, sometimes for a long time, but had maintained a close and stable connection with his State of origin. In such a case, the deceased could, depending on the circumstances of the case, be considered still having his habitual residence in his State of origin in which the centre of interests of his family and his social life was located. Other complex cases may arise where the deceased alternately lived in several States or travelled from one State to another without settling permanently in any of them.

If the deceased was a national of one of those States or had all his main assets in one of those States, his nationality or the location of those assets could be a special factor in the overall assessment of all the factual circumstances.

6. Jurisdiction

As a general rule, the courts of the Member State in which the deceased person had his habitual residence⁽²⁾ at the time of death shall have jurisdiction to rule on the succession as a whole (Article 4).

It is possible for stakeholders to enter into a choice-of-court agreement if the deceased chooses the applicable law to his/her succession according to Article 22 (Article 5).

The court of a Member State, which law had been chosen by the deceased pursuant to Article 22, shall have jurisdiction to rule on the succession on certain conditions (Article 7).

In the end, please note that the Regulation clarifies that the term «courts» means not only any judicial authority but also all other authorities and legal professionals dealing with succession matters, such as (*e.g.*, in Italy) the notary public (Article 3.2).

Said rules shall meet the following principles:

Firstly, the principle of the succession as a whole (*i.e.*, the principle of the unity of the succession: Article 4 and 21.1);

Moreover, the need to jointly consider the jurisdiction and the applicable law rules;

Finally, the need to consider a joint main criterion for the jurisdiction and the applicable law that is the law of the habitual residence of the deceased (Article 4 and 21.1).

7. Applicable Law

As a general rule, the applicable law to the succession as a whole shall be that of the State in which the deceased person had his habitual residence by the time of death (Article 21.1).

However, by way of exception, where it is clear based on all circumstances that, by the time of death, the deceased person was manifestly more closely with a State other than the State whose law would be applicable as law of the habitual residence, the law applicable to the succession shall be the law of the other State (Article 21.2).

A person may choose the law governing his/her succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death (Article 22).

(2) Italian Law does not have the concept of «habitual residence». Italian law consider the «residence» (see Sec. 43, § 2, of the Italian Civil Code), which means «habitual place of house» («dimora abituale»). Please note that OECD Model Tax Convention on Income and Capital (especially Art. 4) should suggest further criteria of «residence» for tax purpose.

The choice shall be made expressly in a declaration in the form of a disposition of property upon death.

Any law specified by the Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State (Article 20).

The Regulation states that the Law determined according to the Regulation itself shall govern *inter alia* (Article 23):

«*the determination of the beneficiaries, of their respective shares and of the obligations which may be imposed on them by the deceased [...]*»;

«*disinheritance [...]*»;

«*the disposable part of the estate, the reserved shares and other restrictions on the disposal of property upon death as well as claims which persons close to the deceased may have against the estate or the heirs*»;

«*the sharing-out of the estate*».

The Regulation is without prejudice to Public policy rules applicable in the Member States.

Indeed, «*the application of a provision of the law of any State specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum*» (Article 35).

Certain Italian rules on successions may be regarded as public policy rules and, as a consequence, they could prevent the application of foreign rules before the Italian Judges.

The issue could refer, for example, to a foreign man, in love with Venezia, who decides (i) to enter into an agreement as to succession for his Venetian mansion or (ii) to disinherit his son or (iii) to leave his Venetian palace to his beloved new partner and pennies to his unpleasant wife.

Otherwise, the issue could refer to an entrepreneur man or woman, who would leave in will his assets to the person, who he/she thinks is the best choice for his/her business.

However, please note that the Regulation shall not apply to questions governed by the law of companies and other bodies, such as, for example, the clauses on the transfer of the shares.

Public policy could block the application of foreign law in specific matters as the reserved shares and the agreements as to succession.

8. Public policy

The characteristics of the present paper allow only mentioning the issue of the public policy.

It is worth to clarify that some authors normally distinguish between “domestic public policy” (“*ordine pubblico interno*”) and “international public policy” (“*ordine pubblico internazionale*”).

International public policy consists of the essential principles of the *lex fori*.

As a matter of fact, international public policy would represent a sort of inner circle within a wider context corresponding to the principles of domestic public policy. However, some authors point out that the difference should be of a functional nature⁽³⁾.

These principles can be derived from constitutional provisions, or from other provisions and finally from an examination of the overall discipline of certain sectors of the legal system.

Public policy is, in essence, the ultimate defense, which can be used only in cases where it is at stake the internal coherence of the internal legal system⁽⁴⁾.

g. Reserved shares and public policy

As in other jurisdiction, Italian Law reserves shares of the estate to certain relatives of the deceased (Sec. 536 and ff. of the Italian Civil Code).

In other words, Italian Law limits the possibility to dispose the entire assets by will for the time after the death.

Italian case law is divided on the question if the rules on reserved shares have public policy nature or not.

Court of Cassation and some minor courts stated that reserved share rules are not of public policy nature⁽⁵⁾. As a consequence, the application of a foreign law, which does not grant certain relatives the reserved shares, should be considered enforceable⁽⁶⁾.

Other part of the case law maintains the opposite opinion that reserved shares rules make part of the public policy and their application

(3) G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (ed.), *Diritto internazionale privato*, in N. IRTI (org.), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2010, p. 273 ff. Sometimes, case-law states a different meaning of “international public policy”, namely the “really international public policy”, consisting in the principles common to many countries of akin civilization, aimed at protecting certain fundamental human rights (see G. CONTALDI, p. 276).

(4) G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (ed.), *Diritto internazionale privato*, in N. IRTI (org.), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2010, p. 273-274.

(5) Cass., 24 June 1996, no. 5832, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2000, p. 784; Trib. Chiavari, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1977, p. 379.

(6) F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, *Statuto personale e diritti reali*³, Torino, 2011, p. 284; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*³, Padova, 1999, p. 520.

by the Italian Judge should not be prevented notwithstanding the application of a foreign law⁽⁷⁾. A famous Italian author confirms this opinion: granting the reserved shares to the closest relatives meets the mandatory need for solidarity of the nuclear family⁽⁸⁾.

However, Italian Law no. 218/1995 on conflict of laws offers a strong argument against the public policy nature of the reserved shares rules. Actually, Sec. 46 of Law no. 218/1995 grants Italian residents only the right to claim their reserved shares. Sec. 46 does not give protection for those people, who would like to claim the reserved shares, but they are not resident in Italy, notwithstanding they would have been protected if they had been resident in Italy. According to Sec. 46, it seems that reserved share rules are not in conflict with public policy and thus Italian Judges should accept a foreign law, excluding reserved shares. Many authors contested that Sec. 46 is contrary to the Italian Constitution, because it creates an unreasonable unequal treatment between resident and non-resident people⁽⁹⁾.

As to the reserved shares problem, we could have different cases: for example, not only the one in which the deceased was a foreign citizen and had his/her habitual residence in Italy, but also the other in which the deceased was an Italian citizen, having his/her habitual residence in another Country.

However, Italian case law decided in the first case only and have not faced the second hypothesis.

Please also note that the acceptance of the reserved shares rules entails the acceptance of the disinheritance (which is a matter expressly included in the scope of the Regulation and of the applicable law under Article 23.1.(d)).

Recently, France issued a reform on the matters of succession (Law no. 728/2006).

According to certain authors, French reform shows us what the public policy currently means: what are the strong and immutable principles and which ones are weakened and overcome by the current custom⁽¹⁰⁾.

Two are the main directions of the French reform: from one side, French reform allows the advance renunciation to the remedy against

(7) Milan Appeal Court, 4 December 1992, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1994, p. 821; Tribunal of Sanremo, 31 December 1984, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1986, p. 341.

(8) C.M. BIANCA, *Diritto civile*⁴, 2, Milano, 2005, p. 11.

(9) C.M. BIANCA, *Diritto civile*⁴, 2, Milano, 2005, p. 12.

(10) V. TAGLIAFERRI, *Il diritto delle successioni e le nuove regole di assegnazione della ricchezza*, Milano, 2012, p. 179.

the violation of the reserved shares (*Renonciation anticipée à l'action en reduction* aka *RAAR*).

Two this purpose, a recent work of an author tries to apply to the Italian legislation a form of advance renunciation to the remedy of the reduction claim⁽¹¹⁾.

From the other side, current French Law allows the parties to enter into agreements as to succession in some cases provided by Law itself. As a matter of fact, the prohibition of the agreements as to succession is subject to important dispensations, so that the main rule seems not to be the prohibition but the admissibility of the agreements as to succession, albeit with certain limits.

As to the agreements as to succession in the Regulation, please consider as follows.

10. Agreements as to succession and public policy

Article 25 of the Regulation regulates agreements as to succession.

An agreement as to succession regarding the succession of one person shall be governed by the law that, under the Regulation, would have been applicable to the succession of that person if he had died on the day on which the agreement was concluded.

If the agreement as to succession regards several persons, the admissibility of this agreement should be confirmed by all the laws of all the persons involved in the agreement. As to its substantive validity and its binding effects, the agreement as to succession is governed by the law, from among those of the persons involved, with which it has the closest connection.

Parties of an agreement as to succession are entitled to choose the applicable law according to Article 22 of the Regulation (*i.e.*, the law of the nationality of the person or of the persons which are parties of the agreement as to succession).

Italian case-law offers different opinion on the agreement as to succession and, in particular, if it may have public policy nature or not.

A non-recent decision of the Court of Cassation stated that the agreement as to succession is not in contrast with the public policy and, accordingly, Italian Judge allows the enforcement of the foreign law in

(11) V. TAGLIAFERRI, *Il diritto delle successioni e le nuove regole di assegnazione della ricchezza*, Milano, 2012, p. 253.

Italy⁽¹²⁾. It should be noted that this decision mentions the “domestic public policy”, but it gives it a more restricted meaning. However, some authors assume that Sec. 31 of the Preliminary Provisions of the Italian Civil Code (to which the decision refers) relates the international public policy only⁽¹³⁾. Therefore, notwithstanding the wording, this decision could refer to international public policy.

Most recent decision of same Court maintained that the agreement as to succession is in contrast with the domestic public policy⁽¹⁴⁾.

However, in the latter the Supreme Court does not decide a case of international succession, but a domestic case. The Court established that an agreement as to succession, which is in contrast with the public policy, should not be considered a will. In other words, the dispositions of the agreement as to succession should not be interpreted as dispositions of a testament and, as a consequence, they are finally null and void.

Certain authors state that the agreement as to succession is not in contrast with the public policy⁽¹⁵⁾, without distinguishing between internal and international public policy. Other authors maintain that the contrast with the public policy should be decided after having considered the concrete impact on the *lex fori*⁽¹⁶⁾.

As to the agreement as to succession, a reduction of the limits provided by the public policy could be suggested not only by the recent French reform, but also by the legislation in Spain.

(12) Cass., 5 April 1984, no. 2215, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1368, according to which «L'ordine pubblico contemplato da quest'ultima norma [Section 31 of the Preliminary Provisions of the Italian Civil Code], infatti, ancorché da intendersi nel senso di ordine pubblico interno, da riscontrarsi con riferimento al momento della decisione, non può ritenersi comprensivo di ogni norma imperativa dell'ordinamento, quale l'art. 692 c.c., che fissa alla sostituzione fedecommissaria limiti soggettivi ed oggettivi più rigorosi della legge straniera (sia nel testo originario, sia in quello introdotto dalla riforma del diritto di famiglia)» and «L'ordine pubblico quale limite all'applicazione della legge straniera è costituito dal complesso delle regole e dei principi davvero fondamentali dell'intero nostro ordinamento, quale risulta essenzialmente dalla Costituzione». Contra Cass., 14 July 1983, no. 4827, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, issue no. 7, according to which «Il patto successorio istitutivo, vincolando la volontà del soggetto a disporre della propria eredità, è nullo in quanto si pone in contrasto con il principio fondamentale (e quindi di ordine pubblico) del nostro ordinamento, della piena libertà di testare».

(13) G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (ed.), *Diritto internazionale privato*, in N. IRPI (org.), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2010, p. 275 and ff.

(14) Cass., 19 November 2009, no. 24450, in *Diritto & Giustizia*, 2009.

(15) C.M. BIANCA, *Diritto civile*⁴, 2, Milano, 2005, p. 12; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*⁷, Padova, 2011, p. 91.

(16) F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, *Statuto personale e diritti reali*³, Torino, 2011, p. 285.

In this Country, there is a general prohibition of the agreements as to succession («*contrato sucesorio*»). However, this prohibition is subject to important exceptions, mainly in the context of family relationships⁽¹⁷⁾.

11. Conclusions

Due to the shortness of this paper, conclusions are very hard to be drawn.

We maintain that any obstacle to the harmonization not fully justified by a material rule of public policy could limit the envisaged space of freedom recommended by the European Union.

The need to harmonize the rules of the European Countries and to create a space of freedom across Europe should entail an accurate and appropriate selection of the public policy rules and accordingly (probably and hopefully) a proper definition of the borders of the public policy.

In particular, that is true in Italy, where a possible reform of successions is currently debated, more precisely, on the reduction of the reserved shares and on the admissibility of the agreements as to succession.

The problems are material from a legal and economic standpoint.

The issue of the Regulation and the relevant debate will help to explore the limits of the freedom of will as well as of the freedom of contract.

From one side, cancelling the protection granted by the reserved shares means to consider (or not) the nuclear family as current value to be protected. From the other side, granting protection to (some types of) agreements as to succession means to refuse the full revocability of the will as current value to be protected.

In Italy, any reform must also necessarily keep into consideration a careful coordination with the general principles of contract, such as the lawfulness of obligations on futures and the problem linked to the determinability of the future succession as subject matter of an agreement (Sec. 1346 and 1348 of the Italian Civil Code).

The debate developed by the issue of the Regulation could lead to a reassessment of the most important principles of Italian law on successions.

Indeed, it is probable that these principles could be reviewed not only from a conflict of laws standpoint, but as a result of the harmonization of the substantive rules soon started by European Union.

(17) L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, IV, 2, *Derecho de sucesiones*¹¹, Madrid, 2012, p. 206 and ff.

Riflessioni per un progetto di riforma della disciplina italiana delle successioni

Francesca Cristina Salvadori

*Professore a contratto di Diritto privato nell'Università
Ca' Foscari Venezia*

L'esigenza di una riforma del diritto successorio nell'ordinamento italiano è ormai ampiamente avvertita tra gli operatori giuridici ed economici e ciò in ragione della necessità di agevolare la circolazione della ricchezza e garantire la certezza dei traffici, attualmente ostacolate dal modello successorio vigente, caratterizzato da una particolare tutela riservata ai legittimari e dal divieto di patti successori.

Basti pensare alla possibilità per i legittimari lesi o pretermessi di agire in riduzione, anche a distanza di molti anni, contro i beneficiari delle disposizioni lesive oggetto del patrimonio familiare e alla possibilità di assoggettare a revoca e riduzione addirittura le donazioni effettuate dal *de cuius* ancor prima di sposarsi o magari fatte al coniuge precedente o ai figli avuti con questo.

In particolare, la c.d. "retroattività reale" dell'azione di riduzione - che pure si configura come un'azione personale, essendo esperibile esclusivamente contro i beneficiari di un atto donativo o di un lascito testamentario e non contro chi è l'attuale titolare del bene che fu donato o legato - fa sì che vengano incisi non solo gli interessi "endofamiliari" delle singole parti dell'operazione ma anche l'interesse più generale alla circolazione della ricchezza e alla certezza dei traffici giuridici, dal momento che gli effetti della pronuncia che dichiara la riduzione rendendo inefficace *ex tunc*, nei confronti del legittimario, le disposizioni lesive della legittima, si estendono - sia pure entro certi limiti - anche in danno dei terzi aventi causa dal beneficiario delle predette disposizioni, essendo tale pronuncia - salvo sempre i predetti limiti - loro opponibile.

Una volta dichiarata la riduzione, il carattere reale dell'azione di restituzione di cui agli artt. 561 e 563 c.p.c., esperibile anche nei confronti dei terzi subacquirenti e avente natura di azione di condanna, consente al legittimario leso di reintegrare in concreto le proprie ragioni.

Il rilevato carattere reale delle disposizioni di cui agli artt. 561 e 563 c.p.c. comporta così che gli istituti bancari non concedano mutui a poten-

ziali acquirenti di immobili che il venditore abbia ricevuto in donazione, se non siano trascorsi almeno vent'anni dalla trascrizione della donazione. Non si tratta ovviamente di un divieto legale, ma dell'effetto economico prodotto dalla legislazione in commento, tale da sconsigliare l'erogazione di denaro per acquisti che, per un periodo così lungo, restano assoggettati all'azione di riduzione, con il rischio perciò che il soggetto finanziato smetta di fatto di rimborsare il mutuo.

Chi riceve un immobile in donazione è quindi soggetto all'azione di riduzione, che dipende da un fatto imponderabile, quale la misura del patrimonio relitto al momento della morte del *de cuius*, e si trova titolare di un bene non appetibile dal mercato, posto che il suo trasferimento è sempre legato ai termini ricordati.

A ciò aggiungasi che i dati Istat evidenziano una durata media delle cause in materia successoria in Italia pari all'incirca a 14 anni, il che significa che la pendenza di un giudizio originato da un'azione di riduzione tiene gli immobili ingessati per assai lungo tempo a discapito di una veloce circolazione della ricchezza.

Occorre poi ricordare le esortazioni nel senso di una riforma del diritto successorio provenienti dall'Unione Europea.

In particolare, nella raccomandazione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese, la Commissione ha tra l'altro affermato che «*gli Stati membri dovrebbero rimuovere gli ostacoli che possono derivare da talune disposizioni del diritto di famiglia o del diritto di successione: ad esempio la cessione tra coniugi dovrebbe essere consentita, il divieto dei patti successori dovrebbe essere attenuato e la riserva in natura esistente in taluni paesi dovrebbe essere trasformata in riserva in valore*».

Nella comunicazione del 28 marzo 1998 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, poi, la Commissione, riferendosi agli accordi di famiglia come strumenti giuridici miranti ad agevolare la continuità dell'impresa, ha tra l'altro affermato che «*tali accordi sono un'alternativa relativamente debole rispetto ai patti di successione ammessi nella maggior parte degli Stati membri. Là dove i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo), gli Stati membri dovrebbero considerare l'opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica inutilmente una sana gestione patrimoniale*».

Nella predetta comunicazione, inoltre, la Commissione, preso atto del fatto che ancora in numerosi Paesi non sono state adottate misure atte ad eliminare gli ostacoli specifici incontrati dalle imprese al momento della loro trasmissione, con conseguente loro liquidazione a seguito del passaggio generazionale, ha nuovamente esortato gli Stati membri a «*perseguire e intensificare i loro sforzi per facilitare la trasmissione delle imprese, agendo sulla semplificazione legislativa e amministrativa, riducendo effettiva-*

mente le tasse e facilitando l'accesso al finanziamento per il rilevamento di un'impresa».

Va poi evidenziato come una riforma del diritto successorio italiano che garantisca, a vantaggio dell'economia del nostro Paese, una maggiore dinamicità del mercato immobiliare e del credito, ostacolati dall'attuale precarietà della proprietà di provenienza successoria o ad essa riconducibile, avrebbe anche l'indubbio pregio di adeguare la disciplina normativa alla mutata realtà sociale.

Il fondamento della successione necessaria e del conseguente riconoscimento ai legittimari, indipendentemente dal loro effettivo stato di bisogno, di un intangibile diritto sul patrimonio ereditario del loro parente o coniuge, ravvisato da sempre nella solidarietà familiare, ovvero nella necessità, oltre che di valorizzare in maniera significativa i legami familiari, anche di tutelare l'eventuale stato di bisogno degli aventi diritto, appare infatti oggi aver perso di significato laddove si consideri, da un lato, che la famiglia, più che una comunità di produzione, è diventata una comunità di consumo, ove i genitori contribuiscono al mantenimento dei figli fino ad età avanzata, e, dall'altro lato, che la durata media della vita si è sensibilmente allungata per cui raramente il *de cuius* lascia alla sua morte figli minori bisognosi di assistenza.

Un'analisi comparatistica, inoltre, evidenzia come, nell'ambito del diritto successorio, vi siano modelli giuridici, quali quelli propri dei sistemi di *common law*, completamente diversi da quello adottato nel nostro ordinamento, in quanto ispirati al massimo rispetto della libertà del testatore nella sistemazione *post mortem* delle proprie sostanze.

Il modello anglosassone, in particolare, ignora la categoria dei legittimari e non contempla alcun tipo di diritto alla quota di legittima. Le disposizioni del *de cuius* possono solamente essere corrette in funzione assistenziale a discrezione del giudice adito dai familiari, qualora il testatore li abbia esclusi dal testamento o non sufficientemente considerati, mediante l'attribuzione di risorse ai *dependants* in considerazione dei bisogni degli stessi, con particolare attenzione ai figli non ancora autonomi, al coniuge o al convivente a carico.

È evidente l'analogia di questa soluzione con la disciplina degli alimenti contenuta nel nostro codice civile che mette al primo posto, tra gli obbligati, proprio i donatari (art. 437 c.c.), sicché una soluzione simile, in caso di donazione, non comporterebbe nemmeno la necessità di introdurre una nuova regola.

Neppure negli Stati Uniti è diffuso un istituto della legittima come quella contemplata dal nostro ordinamento. Ad oggi, infatti, solo in Luisiana (a partire dal 1990) è stata introdotta una riserva di legittima a favore dei figli, che siano minori di 23 anni o portatori di handicap psichico o fisico, mentre

negli altri Stati nulla è previsto per la prole, mentre vi sono previsioni a favore del coniuge, a volte proporzionate alla durata del matrimonio.

Volgendo lo sguardo ai Paesi di *civil law*, si possono distinguere essenzialmente due diversi modelli, quello tedesco e quello francese.

Il primo (proprio di Germania, Austria, Finlandia, Ungheria) configura il legittimario non come un erede ma come un creditore dell'eredità nella misura del valore pari alla metà di quanto avrebbe ricevuto se la successione si fosse aperta *ab intestato*. Egli dunque non partecipa alla comunione ereditaria, ma è semplicemente titolare di un'azione personale contro il beneficiario della disposizione lesiva, diretta ad ottenere una somma corrispondente al valore della legittima.

Il modello francese (seguito in Francia, Belgio, Grecia), invece, si caratterizza per il fatto che il legittimario è erede perché effettivo titolare di una quota di eredità e non può essere escluso dalla comunione ereditaria contro la sua volontà.

Accanto ai due anzidetti modelli, va poi emergendo, in Paesi privi di un'autoctona tradizione giuridica (quali Canada francofono, Messico, Cuba), un modello "misto" capace di coniugare il principio individualistico in favore della volontà del testatore con una visione solidaristica dei rapporti all'interno della famiglia. La caratteristica di questo modello è rappresentata dal fatto che il diritto alla riserva dei più stretti familiari (a cui è talora equiparato il convivente) è subordinato all'esistenza di uno stato di bisogno, che trasforma la natura meramente successoria dell'acquisto, quale quella dei modelli tedesco e francese, in una vera e propria attribuzione alimentare *post mortem*.

Può dunque evidenziarsi come la tutela dei bisogni dei parenti non venga attuata in modo prevalente tramite un diritto reale su una quota di eredità, dal che può desumersi la possibilità di individuare soluzioni protettive che non configurino ostacoli alla circolazione della ricchezza.

È infatti alla luce di modelli adottati in altri Paesi e a fronte dell'esigenza di riformare il diritto delle successioni italiano nel senso caldeggiato dall'Unione Europea, che, nell'ambito del dibattito sul tema, il Consiglio Nazionale del Notariato ha avanzato due proposte - qui in parte condivise - dirette, rispettivamente, ad attenuare la portata del divieto dei patti successori e a trasformare il diritto dei legittimari alla quota di eredità in diritto di credito nei confronti degli altri eredi, con esclusione del diritto di sequela sugli immobili.

In particolare, il Consiglio Nazionale del Notariato, con una proposta che ci sentiamo di sposare appieno, sulla scorta di quanto previsto in altri ordinamenti europei quale quello tedesco e austriaco, prospetta di trasformare la qualificazione del legittimario da erede necessario a mero creditore e la natura giuridica del diritto allo stesso spettante nei confronti

dei beneficiari delle disposizioni lesive da diritto alla “legittima in natura” ad un diritto di credito (c.d. “legittima in valore”).

Il legittimario viene così a vantare un diritto di credito il cui valore può essere determinato solo dopo la morte del *de cuius* e che può essere soddisfatto con qualsiasi bene, anche non ereditario. Tale diritto, da azionare attraverso l’esperienza dell’azione di riduzione, sarà garantito con gli strumenti che normalmente l’ordinamento appresta per la tutela dei diritti di credito.

Dal canto suo, il donatario o il beneficiario della disposizione testamentaria che abbia subito l’azione di riduzione da parte del legittimario leso o pretermesso avrà la facoltà di restituire in natura il bene oggetto della disposizione testamentaria o della donazione, se lo stesso è ancora nella sua disponibilità giuridica, o potrà pagare il valore del credito spettante al legittimario al momento dell’apertura della successione.

In tale prospettiva, l’azione di riduzione viene dunque privata del carattere di realtà e retroattività, venendo ad assumere un contenuto meramente obbligatorio, e l’azione di restituzione contro i terzi aventi causa dai donatari viene definitivamente abrogata.

Posta la condivisione della soluzione suesposta, vanno invece rivisti alcuni punti della disciplina proposta dal Consiglio Nazionale del Notariato.

Ci si riferisce, in particolare, all’idea di parificare la situazione del coniuge separato - considerato attualmente legittimario laddove non gli sia stata addebitata la separazione (v. art. 548 c.c.) - a quella del coniuge divorziato, mediante l’esclusione dello stesso da qualsiasi diritto sulla successione e il riconoscimento di un semplice diritto ad un assegno qualora egli, al momento dell’apertura della successione, versi in stato di bisogno.

A nostro avviso tale prospettazione non è condivisibile in quanto il coniuge separato si troverebbe a perdere tutti i diritti successori senza però aver la possibilità, a differenza del coniuge divorziato, di contrarre nuove nozze e di acquisire in tal modo nuovi diritti successori.

Sul punto, una soluzione apparentemente provocatoria, ma a nostro modo di vedere più coerente e rispondente all’attuale sentire sociale, potrebbe piuttosto essere quella di eliminare *tout court* l’istituto della separazione, che pare oggi rimasto privo di senso; questa proposta, tuttavia, esula dal tema d’indagine, sebbene sia opportuno lasciarne traccia.

Analogamente, non condivisibile appare la riscrittura proposta dal Consiglio Nazionale del Notariato in ordine alla formula dell’art. 556 c.c., laddove essa prevede che le operazioni di calcolo atte a determinare il valore del patrimonio di cui il defunto poteva disporre possano essere effettuate da uno o più esperti incaricati da uno dei legittimari.

La soluzione infatti non impedisce un contenzioso successivo su quelle determinazioni, laddove non partecipino necessariamente tutti i legitti-

mari ed esse assumano natura stabile. A nostro avviso, invece, i predetti esperti dovrebbero essere incaricati direttamente dal Tribunale e ciò a garanzia di imparzialità ed obiettività, mentre al procedimento di determinazione (una perizia in sede non contenziosa) devono necessariamente essere posti in grado di partecipare tutti i legittimari, e ciò in relazione al diritto alla difesa protetto costituzionalmente.

Infine, riteniamo incompleta la proposta avanzata dal Consiglio Nazionale del Notariato in tema di patti successori, in ragione del fatto che la stessa è rivolta esclusivamente ai patti successori rinunciativi.

La proposta avanzata dal Notariato è infatti quella di attenuare la portata del divieto dei patti successori *ex art. 458 c.c.* introducendo nel nostro ordinamento la possibilità che un soggetto rinunci anticipatamente ai diritti che possono a lui spettare su una successione non ancora aperta (o sui beni che ne faranno parte). Come logica conseguenza, si prevede la possibilità per i legittimari di rinunciare ai loro diritti anche durante la vita del donante, in considerazione del fatto che una particolare applicazione del divieto sancito dall'art. 458 c.c. è contemplata dall'art. 557 c.c. che prevede il divieto di rinuncia al diritto di chiedere, finché vive il donante o il disponente, la riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della legittima.

A nostro avviso, l'introduzione nell'ordinamento italiano della possibilità di concludere esclusivamente patti successori rinunciativi dimostra un'eccessiva sfiducia verso la libertà di disporre in vita dei propri beni, quand'anche destinati a garantire la conservazione della ricchezza e la produttività: la disciplina attuale del patto di famiglia dimostra infatti il sospetto che ancora grava sui patti successori in generale.

Secondo noi, sarebbe piuttosto il caso di eliminare *tout court* il divieto di cui all'art. 458 c.c., ammettendo nel nostro ordinamento la possibilità di stipulare patti successori di qualsiasi natura – come molti altri paesi già fanno –, e cioè sia rinunciativi che dispositivoi che istitutivi, anche in nome di un principio di libertà del *de cuius* di disporre delle proprie sostanze e dei potenziali aventi diritto di regolare come meglio credono possibili attribuzioni patrimoniali. L'eliminazione del divieto dei patti successori sarebbe poi funzionale a garantire una maggiore fluidità e sicurezza degli acquisti e dei traffici giuridici, nonché più razionali e congrue sistemazioni della ricchezza nell'ambito della famiglia.

L'esigenza di operare un superamento, o, per lo meno, un forte ridimensionamento della portata del divieto dei patti successori emerge poi ancor più lampante ove si considerino le esortazioni in tal senso provenienti dall'Unione Europea (si vedano la raccomandazione del 7 dicembre 1994 e la comunicazione del 28 marzo 1998 sopra richiamate), nonché il fatto che la generalità degli altri ordinamenti europei disciplina, seppur con diverse varianti, la possibilità di concludere patti successori.

Il diritto tedesco, ad esempio, al pari dei diritti appartenenti al medesimo ceppo quali quello svizzero e quello austriaco, ammette e disciplina il contratto successorio definito “*Erbvertrag*” (parr. 2274-2302). Il codice civile svizzero (artt. 468, 481, 494, 495 e 512 ss. c.c.) riconosce e regola il patto istitutivo e quello rinunciativo; il codice civile austriaco (parr. 602, n. 1249 ABGB) ammette la stipulazione di patti successori solo tra coniugi, assimilandoli ai patti nuziali. E ancora, nel codice civile francese l’art. 1082 prevede eccezioni al divieto dei patti successori in relazione ai rapporti familiari, eccezioni recentemente ampliate dalla *Loi n. 2006-728 del 23 giugno 2006 «portant réforme des succession set des liberalities»*, che ha introdotto il patto rinunciativo quale rinuncia anticipata a promuovere l’azione di riduzione delle disposizioni per causa di morte, concedendo tale facoltà di rinuncia a un presunto erede necessario di colui della cui successione si tratta.

Ovviamente l’eliminazione del divieto dei patti successori tiene conto del fatto che il nostro ordinamento è “causalista”, nel senso che annovera la causa tra gli elementi essenziali del contratto, sicché dovrebbe ritenersi nulla per mancanza di causa una rinuncia pura e semplice ad un beneficio, senza alcun corrispettivo ragionevole, laddove essa non assuma natura di atto di liberalità (e dunque non sia giustificata nei medesimi termini). Sul punto è però necessario rinviare alla giurisprudenza e alla letteratura che hanno approfondito il tema degli scambi senza corrispettivo, considerando appunto che la rinuncia ad un proprio diritto comporta normalmente l’attribuzione del medesimo (o di un corrispettivo diverso diritto) ad altri.

Va infine sottolineato che, fino a quando si riterrà di mantenere l’istituto della successione necessaria, qualsiasi attribuzione a titolo di patto successorio andrebbe sempre e comunque considerata come anticipazione dell’eredità – con la precisazione che chi riceve beni a tale titolo potrebbe considerare come passivo dell’attribuzione, al fine di diminuirne il valore, il corrispettivo eventualmente dato al *de cuius* –, e ciò per l’ovvia ragione che altrimenti, tramite lo strumento del patto successorio, si potrebbero agevolmente escludere tutti gli altri legittimari, i quali di fatto verrebbero così diseredati.

Laddove invece non si volesse eliminare l’attuale divieto di patti successori, nell’ottica di agevolare il passaggio generazionale della ricchezza si potrebbe, a nostro avviso, intervenire sulla disciplina del patto di famiglia di cui agli artt. 768-*bis* – 768-*octies* c.c., prevedendo esplicitamente che esso sia efficace anche in mancanza della contestuale partecipazione al contratto di tutti i legittimari, fermo restando il diritto di credito dei legittimari che non vi abbiano preso parte e la necessità che la valutazione dell’azienda sia fatta in contraddittorio.

L’utilizzo del predicato “devono” nella formulazione dell’art. 768-*qua-*

ter c.c. - secondo cui «*al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore*» - ha infatti ingenerato il dubbio circa la necessità della contestuale partecipazione al contratto di tutti i legittimari ed interrogativi circa la validità dello stesso in assenza di uno o più legittimari.

Nonostante qualche autore ritenga che la mancata partecipazione anche di un solo legittimario sia causa di nullità del patto di famiglia ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., più corretta a nostro avviso appare l'opinione di chi sostiene che la forma verbale utilizzata dal legislatore nell'art. 768-*quater* c.c. sia da ritenere impropria e non giustificabile alla luce delle ulteriori norme.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 768-*sexies* c.c., il quale stabilisce, al primo comma, che «*all'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'art. 768 quater, aumentata degli interessi legali*», prevedendo quindi la possibilità che uno o più legittimari non partecipino al patto e facendo salvo il loro diritto alla liquidazione della quota e, al secondo comma, che «*l'inosservanza delle disposizioni del primo comma costituisce motivo di impugnazione ai sensi dell'art. 768 quinques*».

Sul punto riteniamo infine che l'espressa previsione di efficacia del patto di famiglia anche in mancanza della contestuale partecipazione allo stesso di tutti i legittimari agevolerebbe la conclusione di tali contratti e priverebbe di rilevanza gli eventuali atteggiamenti ostruzionistici di quei legittimari che apposta non si presentino alla stipulazione del patto.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, è dunque a nostro avviso auspicabile che il legislatore metta mano quanto prima a una riforma del diritto successorio capace di rendere il tessuto normativo in materia il più possibile funzionale alle esigenze di dinamicità del mercato e di certezza dei traffici giuridici.

Conclusivamente, all'esito di questa ricerca, sulla base delle evidenziate esigenze di adeguamento della legislazione vigente al mutato sistema sociale e alla necessità di agevolare la circolazione della ricchezza, pur senza eliminare forme di protezione per i soggetti in stato di necessità, si è ritenuto:

- a) di condividere la proposta di legge già presentata dal Consiglio Nazionale del Notariato, salve le diverse opzioni qui evidenziate;
- b) di suggerire la totale eliminazione del divieto dei patti successori contenuta nel codice civile.

PARTE III

Osservatorio

Cassazione civile, II sezione, 25 Maggio 2012, n. 8352 -
TRIOLA *Presidente* - PETITTI *Estensore*.

Successioni *mortis causa* - successione testamentaria - testamento in genere - disposizioni - in genere - testamento - contenuto - clausola di diseredazione di alcuni successibili "*ex lege*" - validità - fondamento - condizioni - necessità di positiva attribuzione o di implicita istituzione - esclusione - successioni "*mortis causa*" - successione testamentaria - testamento in genere - interpretazione - testamento - contenuto - clausola di diseredazione di alcuni successibili "*ex lege*" - validità - fondamento - condizioni - necessità di positiva attribuzione o di implicita istituzione - esclusione

È valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili (nel caso di specie, la clausola recitava "escludo da ogni mio avere i miei cugini", non seguita da alcuna clausola di carattere dispositivo).

(*Omissis*)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Deve essere preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi, avendo gli stessi ad oggetto la medesima decisione (art. 335 c.p.c.).

2. Con il primo motivo del ricorso, i ricorrenti principali deducono violazione e falsa applicazione degli artt. 647 e 1362 c.c., e, in generale, delle norme che disciplinano la interpretazione del testamento; insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

I ricorrenti sostengono che la Corte d'appello avrebbe errato nell'escludere che nella scheda testamentaria oggetto di interpretazione fosse rinvenibile, utilizzando tutti i criteri ermeneutici volti a valorizzare la volontà della testatrice, una disposizione di carattere patrimoniale. In particolare, alla disposizione concernente la sepoltura, la quale imponeva un obbligo, a carico di taluni soggetti, di acquistare un bene, si sarebbe dovuto riconoscere non solo carattere patrimoniale, ma addirittura il valore di vera e propria istituzione di erede.

Inoltre, sostengono i ricorrenti, la Corte d'appello avrebbe errato nel non considerare unitariamente la manifestazione della volontà di diseredare alcuni successibili e quella di imporre un onere a carico di persone non determinate, in quanto solo una interpretazione complessiva avrebbe consentito di attribuire alla seconda un senso preciso, così come avendo riguardo alla seconda, dalla clausola di diseredazione, apparentemente negativa, si sarebbe agevolmente potuto ricavare un contenuto positivo.

La motivazione della sentenza impugnata sarebbe poi contraddittoria, o quanto meno insufficiente, in quanto la Corte d'appello, da un lato, ha ritenuto ammissibile la diseredazione negativa ove dal contesto dell'atto emerge una positiva volontà attributiva del de cuius e, dall'altro, ha invece ritenuto la richiamata disposizione modale irrilevante al fine di interpretare la clausola di diseredazione.

A conclusione del motivo, i ricorrenti formulano i seguenti quesiti di diritto: "dica l'Ecc.ma Corte se incorre in violazione degli artt. 647 e 1362 c.c. e ss., o comunque delle norme che disciplinano l'interpretazione del testamento, il Giudice di appello che qualifichi come non patrimoniale la disposizione modale che preveda un sacrificio economico a carico degli onerati; dica, ancora, l'Ecc.ma Corte se incorre in violazione dell'art. 1362 c.c. e ss., o comunque delle norme che disciplinano l'interpretazione del testamento, il Giudice di appello che, reputando non chiara la volontà testamentaria, ometta di ricorrere ad elementi, ulteriori rispetto al significato letterale delle parole usate dal testatore, i quali, anche attraverso la valutazione complessiva delle clausole contenute nella scheda testamentaria, consentano di fugare i dubbi interpretativi e di conservare efficacia a ciascuna di esse". 2.1. Con il secondo motivo, proposto in via subordinata, i ricorrenti principali denunciano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e falsa applicazione degli artt. 587 e 588 c.c., nonché insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

La censura si riferisce alla affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui la clausola di diseredazione contenuta nel testamento della signora S.I. sarebbe invalida, perchè la scheda testamentaria non conteneva anche disposizioni positive. I ricorrenti rilevano che mediante la clausola di diseredazione il testatore provvede a regolare i rapporti patrimoniali per il tempo successivo alla propria morte, favorendo, fra i successibili legittimi, quelli non esclusi con la diseredazione. Quest'ultima, pertanto, mirando, mediante l'esclusione di uno o più successibili legittimi, ad ampliare il beneficio degli altri, sarebbe di per sè una disposizione - implicitamente - positiva. In ogni caso, osservano i ricorrenti, l'art. 587 c.c., nel definire il testamento come l'atto con il

quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse, non escluderebbe affatto che la libertà di disporre delle proprie sostanze riconosciuta al testatore, possa manifestarsi anche in un “non volere disporre” di esse in favore di uno o più soggetti determinati. La decisione relativa alla mancata attribuzione equivarrebbe, quindi, non già all’assenza di una idonea manifestazione di volontà, bensì alla manifestazione di una ben precisa volontà. Il giudizio di invalidità della clausola di mera diseredazione postulerebbe quindi che alla espressione “dispone”, contenuta nell’art. 587 c.c., si assegni il significato di “attribuisce”; ma, rilevano i ricorrenti, le due espressioni hanno invece significati diversi, collocandosi in un rapporto di genere a specie, nel senso che “è atto di disposizione dei propri beni, infatti, tanto l’attribuzione di essi, quanto la dichiarazione di non volerli attribuire a determinati soggetti”.

In sostanza, sostengono i ricorrenti, l’art. 588 c.c., da un lato, non esaurisce le ipotesi in cui il legislatore prevede e disciplina l’attività dispositiva; dall’altro, non esclude che altre disposizioni – quali quelle non attributive – siano tutelate dall’ordinamento, purchè, nel realizzare la funzione testamentaria di produrre effetti successori, non contrastino con l’ordine pubblico; contrasto che deve escludersi nel caso in cui siano rispettati i diritti dei legittimari.

A conclusione del motivo, i ricorrenti, oltre a specificare il vizio di motivazione denunciato, formulano il seguente quesito di diritto:

“dica l’Ecc.ma Corte se incorre in violazione degli artt. 587 e 588 c.c., il Giudice del merito che qualifichi come invalida la clausola mediante la quale il testatore stabilisca di escludere dalla successione uno o più successibili legittimi”. 3. Con l’unico motivo del proprio ricorso, il ricorrente incidentale denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 457, 467 e 468 c.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato la domanda volta a sentir dichiarare il suo diritto a succedere ad E.G. per rappresentazione.

A conclusione del motivo, il ricorrente incidentale propone i seguenti quesiti di diritto: “se sono da condividere e da applicare alla fattispecie de quo i seguenti principi, affermati dalla S.C.: 1) La diseredazione al pari dell’indegnità a succedere, non esclude la operatività della rappresentazione in favore dei discendenti del rappresentato. La diseredazione ha effetti solo nei confronti del soggetto nei cui confronti è effettuata, e pertanto, non esclude che il discendente legittimo di chi sia stato diseredato dal testatore possa succedere a quest’ultimo per rappresentazione (Cass. civ., sez. 2, 23.11.1982, n. 6339).

2) La diseredazione, al pari dell’indegnità a succedere, non esclude l’operatività della rappresentazione a favore dei discendenti del disere-

dato (Cass. civ., sez. II 14.12.1996, n. 11195)". 4. Il Collegio ritiene che il secondo motivo del ricorso principale, ancorché prospettato dai ricorrenti come subordinato al rigetto del primo, debba essere esaminato in via prioritaria, non solo per ragioni di ordine logico, ma perché dal suo accoglimento, a differenza di quanto potrebbe verificarsi con l'accoglimento del primo motivo, discende la possibilità di definizione del giudizio nel merito. L'accoglimento del primo motivo, infatti, postulando in entrambe le sue articolazioni l'accertamento di un vizio nella interpretazione del testamento, comporterebbe il rinvio della causa al giudice di appello, non potendo questa Corte sostituire la propria interpretazione a quella del giudice di merito.

Al contrario, l'accoglimento del secondo motivo, inerendo ad un vizio di violazione di legge, potrebbe dare luogo, sussistendone in concreto i presupposti, ad una decisione della causa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

In questo senso, e cioè nel senso che deve prioritariamente esaminarsi la censura che coinvolge l'accertamento di quale sia la portata delle disposizioni legislative rilevanti in materia rispetto alle censure che coinvolgono l'interpretazione della clausola testamentaria, si è del resto già espressa Cass. n. 1458 del 1967, che costituisce il precedente di questa Corte al quale si è ispirata la decisione impugnata.

4.1. Il controricorrente e ricorrente incidentale ha eccepito, ma solo nella memoria ex art. 378 c.p.c., la inammissibilità del secondo motivo del ricorso principale per inidoneità del quesito di diritto.

L'eccezione è infondata, atteso che il quesito, nei termini testuali prima riportati, è formulato in modo tale che, ove allo stesso sia data risposta positiva, la controversia può essere decisa in senso favorevole alla tesi dei ricorrenti principali.

5. Il motivo è fondato.

5.1. La Corte d'appello si è riferita alla risalente giurisprudenza di questa Corte, la quale, segnatamente nella sentenza n. 1458 del 1967, ha avuto modo di affermare il seguente principio di diritto:

"Ai sensi dell'art. 587 c.c., co. 1, il testatore può validamente escludere dall'eredità, in modo implicito o esplicito, un erede legittimo, purché non legittimario, a condizione, però, che la scheda testamentaria contenga anche disposizioni positive e cioè rivolte ad attribuire beni ereditari ad altri soggetti, nelle forme dell'istituzione di erede o del legato. È quindi nullo il testamento con il quale, senza altre disposizioni, si escluda il detto erede, diseredandolo. Peraltro, qualora dall'interpretazione della scheda testamentaria risulti che il de cuius, nel manifestare espressamente la volontà di diseredare un successibile, abbia implicitamente inteso attribuire, nel contempo, le proprie sostanze ad altri soggetti, il

testamento deve essere ritenuto valido, contenendo una vera e propria valida disposizione positiva dei beni ereditari, la quale è sufficiente ad attribuire efficacia anche alla disposizione negativa della diseredazione...”.

In motivazione, la Corte, che ha esaminato una clausola testamentaria meramente negativa (“Nelle mie piene facoltà mentali e in perfetta salute, dichiaro, qualora io dovessi mancare, di escludere dalla mia eredità e cioè da quello che io possiedo, le mie due nipoti A. e G... figlie del mio defunto fratello P..., per il loro indegno comportamento verso di me ed i miei fratelli”), è partita dalla tesi tradizionale dell’invalidità della clausola di diseredazione ma, anziché pervenire ad una dichiarazione di nullità, come avrebbe dovuto coerentemente fare, data la portata meramente diseredativa della richiamata disposizione, e quindi dichiarare aperta la successione legittima, ha ritenuto di poter ricavare, per via interpretativa, una volontà, implicita, del testatore di disporre col testamento stesso a favore dei successibili *ex lege* diversi dalle nipoti escluse; ha pertanto, coerentemente affermato l’apertura della successione testamentaria.

In particolare, la Corte, pur ritenendo che il testamento abbia carattere necessariamente attributivo, ha ammesso tuttavia la validità della clausola non solo quando questa si accompagni a disposizioni attributive espresse, ma anche quando esaurisca il contenuto del testamento, purchè sia possibile ricavare in sede ermeneutica “sia in modo diretto ed esplicito, sia in modo indiretto ed implicito la inequivocabile volontà del testatore, oltre che di diseredare un determinato successibile, di attribuire le proprie sostanze ad un determinato altro”.

Successivamente, nella giurisprudenza di questa Corte, si è affermato il principio per cui “la volontà di diseredazione di alcuni successibili può valere a fare riconoscere una contestuale volontà di istituzione di tutti gli altri successibili non diseredati solo quando, dallo stesso tenore della manifestazione di volontà o dal tenore complessivo dell’atto che la contiene, risulti la effettiva esistenza della anzidetta autonoma positiva volontà del dichiarante, con la conseguenza che solo in tal caso è consentito ricercare, anche attraverso elementi esterni e diversi dallo scritto contenente la dichiarazione di diseredazione, l’effettivo contenuto della volontà di istituzione. Pertanto, ove il giudice del merito nell’interpretazione dello scritto ritenga inesistente una tale volontà, correttamente lo stesso non ammette la prova diretta al fine di dimostrare la volontà del *de cuius* di disporre dei propri beni a favore di alcuni soggetti, in quanto con tale prova si mira non già ad identificare la volontà testamentaria contenuta, esplicitamente o implicitamente, nella scheda, ma alla creazione di una siffatta volontà” (Cass. n. 6339 del 1982; Cass. n. 5895 del 1994).

5.2. La soluzione accolta dai precedenti di questa Corte non è condivisa dal Collegio, in quanto contiene in sé una sostanziale contraddizione. Da un lato, infatti, si predica la assoluta invalidità di una clausola meramente negativa, ove la stessa non sia accompagnata ad altre che contengano disposizioni attributive, ancorché tali da non esaurire l'intero asse ereditario; dall'altro se ne riconosce la validità anche nel caso in cui costituisca l'unica disposizione contenuta in una scheda testamentaria, a condizione però che sia possibile ricavare sia in modo diretto ed esplicito, sia in modo indiretto ed implicito la inequivocabile volontà del testatore, oltre che di diseredare un determinato successibile, di attribuire le proprie sostanze ad un determinato altro.

Un simile argomentare vanifica, in realtà, la affermazione di principio dalla quale sembra muovere la sentenza del 1967, della tendenziale invalidità della clausola di diseredazione, la quale è invece valida ed efficace allorquando dalla stessa sia possibile desumere una istituzione in favore di soggetti non contemplati ma comunque implicitamente individuabili, una volta esclusi dalla successione quelli invece espressamente menzionati nella clausola di diseredazione.

5.3. Dalla lettura della richiamata sentenza del 1967 emerge che l'argomento dirimente per escludere la ammissibilità nel nostro ordinamento di una clausola testamentaria di contenuto esclusivamente negativo, quale, appunto, la clausola di diseredazione che manifesti la volontà del testatore di escludere un successibile, senza che sia possibile individuare una volontà positiva, sia pure implicita, di chiamare altri alla sua successione, è quello desunto dal contenuto e dalla portata degli artt. 587 e 588 c.c.

La lettura delle citate disposizioni offerte nei precedenti di questa Corte deve essere rivista e superata alla luce delle seguenti considerazioni.

Ai sensi dell'art. 587 c.c., co. 1, il negozio di ultima volontà ha la funzione di consentire al testatore di disporre di tutte le proprie sostanze, o di parte di esse, per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Con una tale definizione, il legislatore sembra accogliere la natura essenzialmente patrimoniale dell'atto di ultima volontà. Le disposizioni testamentarie di carattere non patrimoniale (art. 587 c.c., co. 2), che la legge permette siano contenute in un atto privo di disposizioni di carattere patrimoniale purché abbia la forma del testamento, condividono, invece, con il negozio di ultima volontà solo il tratto formale, ma non quello sostanziale, legittimando di conseguenza l'applicazione di un diverso regime (si pensi all'irrevocabilità, che è generalmente incompatibile con il contenuto tipico del testamento).

Peraltro, dal rilievo che la disposizione testamentaria tipica abbia contenuto patrimoniale, non discende la conseguenza che il testamento,

per essere tale, debba avere necessariamente una funzione attributiva. L'articolato sistema delineato dal legislatore permette che il fenomeno devolutivo dei beni e l'individuazione degli eredi e dei legatari possano trovare indistintamente fondamento sia nella legge che nella volontà del testatore. Nel nostro ordinamento, la possibilità di un'attribuzione di beni per testamento, che genera un fenomeno vocativo legale, convive con quella, inversa, di un'istituzione per testamento di eredi, che genera la devoluzione legale dell'asse (o di una sua quota). Una simile convivenza, poi, non può che essere confermata dall'art. 457 c.c., che riconosce farsi luogo alla successione legittima, quando manca in tutto o in parte quella testamentaria, smentendosi dunque una gerarchia di valore tra le due forme del regolamento successorio, e dovendosi invece ricondurre il concorso tra le due vocazioni ad un rapporto di reciproca integrazione.

5.4. I richiamati precedenti hanno inteso riconoscere l'ammissibilità di una volontà di diseredazione ove in essa si ravvisi o una disposizione principale attributiva, esplicitamente o implicitamente presupposta, della quale la volontà del testatore è una modalità di esecuzione (Cass. n. 1458 del 1967), o un'implicita istituzione di tutti gli altri successibili non diseredati, volontà che non si presume ma va provata (Cass. n. 6339 del 1982; Cass. n. 5895 del 1994). Quest'ultimo orientamento ammette la clausola di diseredazione solo se fondata sull'equivalenza tra l'esclusione e l'istituzione implicita di altri.

Tuttavia, se si riconosce che il testatore possa disporre di tutti i suoi beni escludendo in tutto o in parte i successori legittimi, non si vede per quale ragione non possa, con un'espressa e apposita dichiarazione, limitarsi ad escludere un successibile *ex lege* mediante una disposizione negativa dei propri beni. Invero, escludere equivale non all'assenza di un'idonea manifestazione di volontà, ma ad una specifica manifestazione di volontà, nella quale, rispetto ad una dichiarazione di volere (positiva), muta il contenuto della dichiarazione stessa, che è negativa.

Per diseredare non è quindi necessario procedere ad una positiva attribuzione di beni, nè - sulla scorta dell'espedito che escludere è istituire - alla prova di un'implicita istituzione.

In sostanza, la clausola di diseredazione integra un atto dispositivo delle sostanze del testatore, costituendo espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, che può includersi nel contenuto tipico del testamento: il testatore, sottraendo dal quadro dei successibili *ex lege* il diseredato e restringendo la successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione *post mortem* del proprio patrimonio. Il "disporre" di cui all'art. 587 c.c., co. 1, può dunque includere, non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva. Altre volte, d'altronde, il nostro

legislatore ha concepito disposizioni di contenuto certamente patrimoniale, che non implicano attribuzioni in senso tecnico e che possono genericamente farsi rientrare nella nozione di “atto dispositivo” del proprio patrimonio *ex art. 587 c.c., co. 1*, avendo utilizzato il termine “disposizione” nel senso riferito in questa sede (in materia di dispensa da collazione, di assegno divisionale semplice, di onere testamentario, di ripartizione dei debiti ereditari, di disposizione contraria alla costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia, di disposizione a favore dell’anima e di divieti testamentari di divisione).

Le varie ipotesi in cui l’attività dispositiva possa manifestarsi sono tutelate dall’ordinamento purchè non contrastino con il limite dell’ordine pubblico: ogni disposizione patrimoniale di ultima volontà, anche se non “attributiva” e anche se non prevista *nominatim* dalla legge, può dunque costituire un valido contenuto del negozio testamentario, solo se rispondente al requisito di liceità e meritevolezza di tutela, e se rispettosa dei diritti dei legittimari.

L’ammissibilità della clausola diseredativa, quale autonoma disposizione negativa, appare, infine, in linea con l’ampio riconoscimento alla libertà e alla sovranità del testatore compiuto dal legislatore, che in altri ambiti del diritto successorio ha ammesso un’efficacia negativa del negozio testamentario: nell’ambito del contenuto patrimoniale del testamento, non solo il testatore può ben gravare il proprio erede di una *hereditas damnosa*, ma può escludere il legittimario dalla quota disponibile, sia mediante l’istituzione nella sola quota di legittima, sia mediante il legato sostitutivo previsto dall’*art. 551 c.c.*; il testatore può inoltre modificare le norme che la legge pone alla delazione successiva, escludendo l’operatività del diritto di rappresentazione a favore dei propri congiunti con la previsione di più sostituzioni ordinarie o, addirittura, con un’esclusione diretta.

5.5. In conclusione, deve in proposito, e in risposta al quesito di diritto formulato dai ricorrenti principali a conclusione del secondo motivo di ricorso, affermarsi il seguente principio di diritto: “È valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili”.

5.6. Applicando tale principio al caso di specie, deve accogliersi il secondo motivo del ricorso principale, dovendosi considerare valida la clausola del testamento di S.I. volta a diseredare alcuni dei successori legittimi, trattandosi di non legittimari.

L’accoglimento del secondo motivo comporta l’assorbimento del primo.

6. L’unico motivo del ricorso incidentale è inammissibile.

Deve preliminarmente rilevarsi che i quesiti con i quali si conclude il

motivo del ricorso incidentale, pur se formulati con riferimento ad affermazioni contenute in precedenti decisioni di questa Corte, appaiono idonei a dare luogo allo scrutinio nel merito del proposto motivo.

Tuttavia, deve rilevarsi che il ricorrente incidentale non ha colto la ratio della sentenza impugnata, la quale si sostanzia in ciò che in relazione al rapporto esistente tra la testatrice e la sua dante causa non sussisteva un rapporto tale da consentire la applicazione, nella specie, dell'istituto della rappresentazione. Questa, ai sensi dell'art. 468 c.c., ha luogo, nella linea retta, a favore dei discendenti dei figli legittimi, legittimati e adottivi, nonché dei discendenti dei figli naturali del defunto e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto.

Orbene, il ricorrente incidentale non ha censurato questo aspetto della sentenza impugnata, ma si è limitato a dedurre che l'istituto della rappresentazione opera anche in favore del successibile diseredato. In tal modo, il motivo di ricorso, e i quesiti che lo concludono, non attingono alla *ratio decidendi*; anzi, si deve rilevare che la Corte d'appello non ha affatto escluso che la rappresentazione possa operare in caso di diseredazione, ma ha ritenuto che nel caso di specie non ricorressero i requisiti soggettivi della rappresentazione.

7. In conclusione, accolto il secondo motivo del ricorso principale, assorbito il primo, e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, la sentenza impugnata deve essere cassata. Poichè, peraltro, non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., con il rigetto dell'appello proposto avverso la sentenza del Tribunale di Savona, che aveva deciso la controversia ritenendo valida la clausola di diseredazione e disposto farsi luogo alla successione in favore dei successibili non esclusi.

In considerazione della complessità della questione sottoposta all'esame della Corte, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei giudizi di appello e dei due giudizi di legittimità.

P.Q.M.

la Corte riunisce i ricorsi; accoglie il secondo motivo del ricorso principale, assorbito il primo; dichiara inammissibile l'incidentale; cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta l'appello; compensa le spese del giudizio di appello e di quelle di legittimità.

Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma ed espressa dei successibili

Maria Diamante Stivanello-Gussoni
*Dottoranda di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili,
commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. Origine ed evoluzione storica della diseredazione. - 3. La diseredazione secondo la dottrina. - 4. La diseredazione in giurisprudenza. - 5. Le questioni non affrontate dal pronunciamento *de quo*. - 6. Riflessioni conclusive.

1. Il caso

La sentenza in epigrafe è di grande importanza poiché riconosce la validità della clausola diseredativa⁽¹⁾ autonoma ed espressa di un successibile, modificando radicalmente la pregressa giurisprudenza negativa⁽²⁾ quasi secolare in materia.

Liter processuale è stato particolarmente tormentato, considerato che, per ben due volte, la Cassazione ha avuto modo di interessarsi della vicenda. Il risultato finale però è stato quello di confermare la sentenza di primo grado del Tribunale di Savona, che respingeva la domanda volta ad ottenere la dichiarazione di nullità della clausola di diseredazione, contenuta in un testamento olografo, mediante cui la *de cuius* aveva escluso dalla propria successione tre cugini (su cinque), successibili *ex art. 565 c.c.*, senza includere però altre disposizioni attributive, ad eccezione di un onere⁽³⁾.

Ciò posto, pur essendo tale pronunciamento sicuramente lodevole per

(1) AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 1182, secondo cui è preferibile utilizzare l'espressione «*clausola di esclusione di eredi legittimi*», posto che essi, a differenza dei legittimari, non avendo un diritto concreto e inderogabile sull'asse, non potrebbero essere diseredati, ma solo esclusi dalla successione intestata.

(2) Cass., 20 giugno 1967, n. 1458, in *Foro it.*, 1967, I, c. 574; Cfr. Cass., 8 giugno 1994, n. 5895, in *Riv. not.*, 1995, p. 342.

(3) Il testamento olografo era del seguente tenore: «*Io sottoscritta s.i. scrivo le mie volontà sana di mente. escludo da ogni mio avere i miei cugini (...)*».

aver innovato la giurisprudenza in materia, non si può fare a meno di osservare come lo stesso sia deficitario sotto molti altri aspetti. Infatti, ad esempio, nonostante anche il ricorrente incidentale avesse posto la questione, non si è espressa alcuna opinione in tema di operatività della rappresentazione *ex art.* 467 c.c. a favore dei discendenti del diseredato⁽⁴⁾.

Risultano quindi ancora irrisolte una serie di questioni strettamente connesse agli effetti prodotti⁽⁵⁾ della clausola diseredativa che, considerato ora il nuovo orientamento, necessitano sicuramente di essere ridelineati. In ragione di ciò si cercherà di riflettere non solo sul pronunciamento *de quo*⁽⁶⁾, ma anche e soprattutto sulle tematiche strettamente connesse e non affrontate, quali: l'ammissibilità della rappresentazione a favore degli eredi del diseredato; l'ammissibilità della diseredazione dei legittimari; la natura giuridica del legato in sostituzione di legittima (c.d. tacitativo-privativo) e dell'apposizione di una clausola risolutiva espressa, quali ipotesi funzionalmente affini alla diseredazione.

(4) Cfr. «Con l'unico motivo del proprio ricorso, il ricorrente incidentale denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 457, 467 e 468 c.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato la domanda volta a sentir dichiarare il suo diritto a succedere ad E.G. per rappresentazione. A conclusione del motivo, il ricorrente incidentale propone i seguenti quesiti di diritto: "se sono da condividere e da applicare alla fattispecie *de quo* i seguenti principi, affermati dalla S.C.: 1) La diseredazione al pari dell'indegnità a succedere, non esclude la operatività della rappresentazione in favore dei discendenti del rappresentato. La diseredazione ha effetti solo nei confronti del soggetto nei cui confronti è effettuata, e pertanto, non esclude che il discendente legittimo di chi sia stato diseredato dal testatore possa succedere a quest'ultimo per rappresentazione (Cass. civ., sez. 2^a, 23.11.1982, n. 6339). 2) La diseredazione, al pari dell'indegnità a succedere, non esclude l'operatività della rappresentazione a favore dei discendenti del diseredato (Cass. civ., sez. II 14.12.1996, n. 11195)».

(5) Cfr. Studio n. 339-2012/C, *Clausola di diseredazione e profili di modernità*, in <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/divisioni-successioni/339-12-c.pdf>; MONOSI, *L'indegnità a succedere*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Padova, 2010, p. 197, secondo cui «Il dibattito, oggi ancora vivo in dottrina e in giurisprudenza, relativo alla qualificazione dell'istituto della diseredazione, presenta notevole interesse per l'operatore pratico del diritto, poiché dall'inquadramento giuridico dell'istituto scaturisce un diversificato modo di operare degli effetti giuridici».

(6) Tale sentenza è stata oggetto di annotazione da parte di: LEO, *La Cassazione cambia opinione sulla clausola di diseredazione meramente negative*, in *Stud. C.N.N. sulla sentenza della Cassazione del 2012 n. 8352*; PACIA, *Principio di autonomia e validità del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*, in <http://www.dircomp.unipd.it/download/ngcc/2012/Pacia-NGCC11-12.pdf>. Nonché, per quanto concerne la sentenza della Corte d'Appello di Genova, da parte di BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 715 ss.

2. Origine e evoluzione storica della diseredazione

La diseredazione affonda le sue origini nel diritto romano⁽⁷⁾ ed è stata oggetto di studi anche da parte di Giustiniano⁽⁸⁾. L'istituto, tuttavia, è scomparso nel Codice Napoleonico, poiché in palese contrasto con l'idea che disciplinava le successioni in quel periodo: la morale del dovere familiare verso i prossimi congiunti. Successivamente, è riapparso nel Codice Albertino, che distingueva tra violazioni più gravi, causanti l'indegnità *ipso iure*, e altre che ammettevano la diseredazione ad opera del *de cuius*⁽⁹⁾.

Al contrario, né nel Codice del 1865, né in quello attuale, si rinvie alcuna disposizione al riguardo⁽¹⁰⁾. La *ratio* di tale scelta sarebbe da ricondurre a valutazioni di ordine etico-morale, ma soprattutto alla circostanza per la quale, com'è noto, nel nostro sistema positivo vige il principio per cui non è possibile, *ex art. 457, co. 3, c.c.*, escludere dalla successione chi ha diritto per legge ad una quota di riserva (legittimari *ex art. 536 c.c.*).

Proprio in ragione di ciò è opportuno evidenziare fin da subito la netta differenza tra "diseredazione" e "pretermissione", poiché, capita spesso ed erroneamente, che i due termini vengano utilizzati, nel linguaggio comune, quali sinonimi. ⁽¹¹⁾In realtà, la pretermissione consiste

(7) Nel diritto romano la *Exhereditatio* costituisce, insieme all'indegnità, un sanzione civile di fonte privata che il *Pater familias* può infliggere ai *heredes sui* (ovvero le persone sottoposte alla sua potestà al momento della morte e che per l'effetto di questa sarebbe divenute *sui iuris*). L'istituto prevede però l'obbligo per il *de cuius*, che vuole devolvere i propri beni a soggetti diversi dai propri figli e discendenti, di far espressa menzione nel proprio testamento di questi ultimi, seppur al solo fine di escluderli. Cfr. BURDESE, *Diseredazione* (voce), in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1113 ss.

(8) Novella 115 del 524 d.C.

(9) Per sinteticità, ma puntuale ricostruzione storica dell'istituto, si veda: PORRELLO, *La clausola di diseredazione*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 980.

(10) Cfr. TORRENTE, *Diseredazione* (voce), in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 103 ss.

(11) Cfr. M., L. GENGHINI, *Ammissibilità della mera diseredazione testamentaria*, in *Riv. not.*, 2013, p. 4 ss., secondo cui «La diseredazione, per definizione, elimina la designazione *ex legge*. La preterizione, ove il testatore abbia disposto di tutti i suoi beni, non ha la stessa efficacia giacché è sufficiente che uno dei designati non accetti l'eredità, che su quella quota (in mancanza di sostituzione, rappresentazione o accrescimento), si aprirà la successione legittima, alla quale avrà delazione *ex legge* anche il preterito. Non così per la diseredazione (se ritenuta valida): la quota non accettata o i beni sopravvenuti si accresceranno agli eredi designati, o chiamati *ex legge*, con esclusione del diseredato. Inoltre nella preterizione l'esclusione è solo indiretta, in quanto consegue all'attribuzione di tutti i beni dell'asse ereditario ad altri soggetti, nella diseredazione, invece, l'esclusione dalla successione discende direttamente dall'esplicita volontà del testatore. Infine, secondo una

nell'omessa menzione da parte del *de cuius* di uno o più legittimari nel proprio testamento, contenente l'istituzione positiva ereditaria⁽¹²⁾. Se poi, per qualsiasi sopravvenienza, si dovesse aprire in tutto o in parte la successione *ab intestato*, il soggetto preterito concorrerà anch'egli quale erede legittimo. In sostanza, la preterizione non esclude la chiamata *tout court* alla successione legittima⁽¹³⁾.

La diseredazione, al contrario, ha la funzione esclusiva di eliminare completamente la chiamata ereditaria, anche nel caso di una futura successione disciplinata *ex lege*. Altra differenza, non trascurabile, è poi l'assenza di disposizioni normative per la diseredazione rispetto alla pretermissione, oggetto invece di puntuale disciplina *ex art. 735 c.c.*

Ciò posto, vi è da dire che secondo autorevole dottrina, a cui si aderisce, la "diseredazione" sarebbe una sorta di pretermissione con effetti più ampi, poiché include anche le future e potenziali chiamate ereditarie *ex lege*⁽¹⁴⁾.

tesi la diseredazione ha carattere assoluto e vale anche per eventuali precedenti disposizioni testamentarie e per i legati «si esclude tutto, ogni possibilità derivante, vuoi dal titolo legale, vuoi da altro titolo testamentario e in quest'ultimo caso si cancella anche quanto fosse già stato previsto a titolo di legato».

(12) Cfr. Cass., 12 marzo 1975, n. 926, secondo cui «Nel caso in cui invece il soggetto pretermesso sia un legittimario, non essendo un chiamato alla successione e perciò non partecipante alla comunione per il solo fatto della morte del *de cuius*, può acquistare i suoi diritti, solo dopo l'esperienza delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento, ovvero dopo il riconoscimento dei suoi diritti da parte dell'istituito». Questa sentenza è il primo richiamo al controverso tema della pretermissione e della diseredazione del legittimario. Ma non solo, ormai è opinione consolidata che «l'erede legittimario che sia stato pretermesso acquista la qualità di erede soltanto dopo il positivo esercizio dell'azione di riduzione; ne consegue che, prima di questo momento, egli non può chiedere la divisione ereditaria né la collazione dei beni, poiché entrambi questi diritti presuppongono l'assunzione della qualità di erede e l'attribuzione congiunta di un asse ereditari». Cfr. Cass., 13 gennaio 2010, n. 368. Si rammenti invece che «a norma dell'art. 564 c.c., il legittimario che abbia la qualità di erede non può esperire l'azione di riduzione delle donazioni e dei legati lesivi della sua quota di legittima ove non abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario, non potendo tale condizione valere, invece, per il legittimario totalmente pretermesso, il quale può acquistare i suoi diritti solo dopo l'esperienza delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento»: così Cass., 23 dicembre 2011, n. 28632.

(13) Cfr. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28632. Vi è altresì preterizione nel caso in cui il testatore *ex art. 734 c.c.* abbia provveduto lui stesso ad apporzionare il proprio patrimonio, omettendo però alcuni legittimari o gli eventuali ed ulteriori eredi già istituiti. *Ex art. 735 c.c.* la divisione così effettuata è però nulla. È poi possibile che vi sia pretermissione del legittimario anche relativamente alla successione *ab intestato*: qualora il *de cuius* si sia spogliato in vita del suo patrimonio con atti di donazione

(14) Cfr. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 232; UNGARI-TRASATTI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di diseredazione*, in *Riv. not.*, 2003, p. 1061 ss.

Ebbene, alla luce del breve *excursus* storico riportato, oggi per “diseredazione” si intende: la clausola testamentaria a carattere patrimoniale e a contenuto negativo, mediante cui si esclude dalla propria successione un successibile *ex lege*, che non sia legittimario⁽¹⁵⁾, pur non impedendo però l’apertura della successione per i soggetti non esclusi.

3. La diseredazione secondo la dottrina

In dottrina si sono prospettati due diversi orientamenti.

La prima tesi⁽¹⁶⁾, negativa e fino ad oggi prevalente, si esprime per la non ammissibilità della diseredazione adducendo le seguenti motivazioni: prima fra tutte l’interpretazione restrittiva e letterale del combinato disposto degli artt. 587 e 588 c.c. Più nello specifico, il verbo “disporre”, di cui al primo comma dell’art. 587 c.c., andrebbe inteso nel senso che il testamento può avere un significato esclusivamente attributivo, non anche privativo, e comunque a carattere tipico, in considerazione poi di quanto disposto dal successivo art. 588 c.c., che declina le possibili manifestazioni del contenuto tipico del testamento: istituzione ereditaria e legato. La *ratio* andrebbe ricercata nell’idea della ritenuta prevalenza della successione legittima rispetto alla testamentaria in quanto: la prima sarebbe stata disposta dal Legislatore al fine di tutelare la famiglia, mentre la seconda avrebbe solo una funzione vicaria. In tale contesto quindi il testamento rappresenterebbe una deroga al regime generale della successione *ab intestato*, e in quanto tale dovrebbe necessariamente rientrare in parametri e canoni ben precisi e stabiliti, quelli appunto definiti dall’art. 588 c.c. Per l’effetto, non si ritiene possibile ammettere una clausola non tipizzata e a carattere negativo, quale appunto la diseredazione.

Ulteriore argomentazione risiederebbe nel timore che la mera diseredazione possa essere intesa come una causa non tipizzata di indegnità.

(15) Cfr. MORETTI, *La successione testamentaria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 264; LEVA, *Circolazione e successione mortis causa*, in *Riv. not.*, 2012, p. 51 ss.

(16) Cfr. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, p. 156 ss.; CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1956, p. 385 ss.; FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di diseredazione*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, p. 750 ss.; CRISCUOLI, *Testamento* (voce), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 19 ss.; MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1961, p. 15 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*⁶, Milano, 1962, p. 9; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 196 ss.; TORRENTE, *op. cit.*, p. 103 ss.

In sostanza si afferma che, ammettendo tale istituto, si autorizzerebbe il privato-testatore a derogare alle cause legittime di esclusione dalla successione poste dalla legge con carattere tassativo, in tema di indegnità ex art. 463 c.c.⁽¹⁷⁾.

E ancora, secondo alcuni tale clausola sarebbe inammissibile per l'illiceità della causa sottesa (escludere un soggetto dalla successione penalizzandolo), o meglio ancora, per l'intento negativo posto alla base della stessa che, in quanto tale non sarebbe meritevole di tutela.⁽¹⁸⁾

Al contrario, il preferibile orientamento positivo, influenzato della dottrina francese secondo cui "*excluere c'est insituer*", è in realtà il più risalente⁽¹⁹⁾ ma, a causa anche dell'influsso negativo della giurisprudenza quasi secolare contraria, è stato per lungo tempo criticato e solo recentemente è tornato alla ribalta⁽²⁰⁾.

Le argomentazioni addotte sono essenzialmente tre.

In primo luogo, criticando la lettura restrittiva e letterale degli artt. 587 c.c. e 588 c.c., si ritiene che il verbo "disporre" non andrebbe inteso solo nel senso di "attribuire" quanto piuttosto di "regolare". Il testamento sarebbe quindi capace di accogliere qualsiasi clausola diretta a definire la sorte del compendio ereditario. A supporto di tale affermazione, la dottrina evidenzia come il Legislatore abbia già provveduto in tal senso: si pensi, infatti, all'art. 587, co. 2, c.c., secondo cui è possibile che un

(17) Cfr. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 200.

(18) Cfr. BIANCA, *Diritto civile. II. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 654; MORETTI, *op. cit.*, p. 267.

(19) V. GANGL, *L'istituzione di erede in quote del patrimonio ereditario*, in *Rendiconto del reale istituto lombardo di scienze e lettere, 1939-1940*, p. 233 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 200 ss.

(20) Cfr. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 49; BERGAMO, *Legato in conto ed in sostituzione di legittima, concorso della successione legittima con la testamentaria ed interpretazione della volontà del de cuius*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1174 ss.; BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.* 1994, p. 1503 ss.; BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1996, p. 254 ss.; GALGANO, *La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, p. 181; GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1977, 83; GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Padova, 2012, p. 444; JEMOLO, *Occhiali del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 505; LEO, *op. cit.*, p. 1 ss.; RESCIGNO, *Recensione a Bin, La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 95; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 240; MONOSI, *op. cit.*, p. 730; MORETTI, *op. cit.*, p. 267; PORCELLI, *Autonomia testamentaria ed esclusione degli eredi*, in *Not.*, 2002, p. 49; PORRELLI, *op. cit.*, p. 980; SCHLESINGER, *Successioni* (voce), in *Noviss. dig. it. XVIII*, Torino, 1971, p. 755 ss.; TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 39 ss.; UNGARI-TRASATTI, *op. cit.*, p. 1061 ss.

testamento contenga « *disposizioni di carattere non patrimoniale* », anche in assenza di disposizioni di patrimoniali⁽²¹⁾. Pertanto, l'art. 588 c.c. avrebbe il diverso scopo di distinguere tra eredità e legato, e non anche di indicare gli unici schemi tipici di disposizioni ammissibili. Per l'effetto, la diseredazione andrebbe qualificata come: "tipica", in quanto idonea ad assolvere la tipica funzione del testamento (disporre delle sostanze appartenenti al *de cuius* per il tempo che verrà dopo la sua morte); ed "innominata", non essendo espressamente contemplata dal Legislatore.

Da queste prime considerazioni emerge quindi come la rigida tipicità formale del testamento, propugnata dalla dottrina contraria, venga qui criticata aspramente in favore di una maggiore "autonomia testamentaria", principio rinvenibile per analogia dall'art. 1322 c.c.⁽²²⁾. Da ciò ne deriverebbero le seguenti conseguenze: in primo luogo il testatore (giustamente) dovrebbe ritenersi libero di determinare il contenuto del proprio testamento. In secondo luogo, per analogia con l'art. 1322 c.c., co. 2, c.c. il *de cuius* potrebbe regolare il proprio testamento anche con disposizioni non appartenenti ai tipi disciplinati normativamente, purché dirette, sempre e comunque, a realizzare interessi meritevoli di tutela e lecite. Secondo tale ricostruzione quindi il silenzio normativo non dovrebbe essere valutato negativamente, come sostenuto dalla dottrina contraria: infatti, pur non sussistendo un'esplicita disposizione, è altrettanto vero che non ne esiste alcuna in senso opposto e in forza del citato principio di "autonomia testamentaria" il *de cuius* deve essere libero di decidere come disciplinare la propria successione.

Riguardo poi al fatto che, ammettere la validità della diseredazione

(21) Molteplici sono infatti le norme che prevedono disposizioni testamentarie diverse dall'istituzione ereditaria/legato e non aventi necessariamente carattere attributivo. Sono sicuramente disposizioni accessorie e contenenti modalità di esecuzione della disposizione principale attributiva i seguenti articoli: art. 558, co. 2, c.c., riduzione delle disposizioni testamentarie; art. 713, co. 2 e 3, c.c. limiti alla divisione; art. 733 c.c. disposizioni per la divisione; art. 737 c.c. dispensa dalla collazione; art. 752 c.c. ripartizione dei debiti ereditari; art. 965 c.c. disposizione del diritto dell'enfiteuta; art. 1260 c.c. disposizione testamentaria di un credito; art. 1881 c.c., disposizione che esclude dal sequestro o dal pignoramento la rendita vitalizia. Non sono invece attributive e/o accessorie ad altre disposizioni attributive o comunque non possono esserlo: art. 254 c.c. riconoscimento di figlio naturale; art. 348 c.c., 355 c.c. e 424 c.c. designazione del tutore o del protutore; art. 466 c.c. riabilitazione dell'indegno; art. 629 c.c. disposizioni a favore dell'anima; art. 647 c.c. onere testamentario (v. artt. 629, 676, 677); artt. 679 c.c. e 681 c.c. revocazione del testamento e della revocazione; art. 700 c.c. nomina di esecutore testamentario; art. 1062 c.c. servitù per destinazione del padre di famiglia; art. 1412 revoca del beneficio al terzo; artt. 1920 e 1921 assicurazione a favore del terzo e revoca; art. 2565, co. 3, c.c. trasferimento della ditta; art. 2735 confessione stragiudiziale; art. 115 della l. 22 aprile 1941 n.633 disposizioni sull' utilizzazione dell'opera (diritto d'autore).

(22) Cfr. BIN, *op. cit.*, p. 254.

equivarrebbe ad ampliare le cause di indegnità, la teoria positiva ha osservato come tale affermazione sia viziata e priva di fondamento in quanto: indegnità e diseredazione sono concetti tra loro diametralmente opposti. Più nel dettaglio, l'indegnità, oltre ad essere oggetto di puntuale disciplina ex art. 463 c.c., è una causa di esclusione dalla successione, che si concretizza solo a seguito di una pronuncia giudiziale-costitutiva. Al contrario, la diseredazione è manifestazione di una volontà esplicita del *de cuius* e deve essere qualificata come una causa d'incapacità a succedere⁽²³⁾.

Quanto poi alla sottesa volontà di privare qualcuno di diritti successori, ritenuta non meritevole di tutela, la dottrina positiva evidenzia come: è pur vero che l'intento perseguito sia permeato da "ragioni di antipatia", ma è anche vero che il fine ultimo è di rendere più consistente l'acquisto per i soggetti non diseredati. In questo modo, la diseredazione viene intesa come uno strumento volto ad ampliare i diritti successori per i non diseredati e in ragione di ciò deve essere ritenuta meritevole di tutela, diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina negativa.

4. La diseredazione in giurisprudenza

Fino al 1967, nonostante la copiosa dottrina sul punto, la giurisprudenza di legittimità non ha mai approfondito la questione, limitandosi ad analizzare i rapporti tra esclusione testamentaria di eredi legittimi ed altri istituti, quale ad esempio la rappresentazione⁽²⁴⁾, contrariamente ai giudici di merito⁽²⁵⁾.

Nel 1967⁽²⁶⁾ però, la Suprema Corte affronta la questione, anche se, diversamente dalle aspettative, si limita ad elaborare una soluzione di compromesso: la c.d. "diseredazione indiretta", poi riconfermata nel 1994⁽²⁷⁾.

(23) Cfr. PORRELLO, *op. cit.*, p. 980 ss.

(24) Cfr. Cass., 17 giugno 1947, n. 947, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, p. 269; Cass., 14 ottobre 1955, n. 3158, in *Foro it.*, 1955, I, c. 1451.

(25) Sono contrari: App. Firenze, 9 settembre 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, p. 47 ss.; App. Napoli, 21 maggio 1961, in *Foro pad.*, 1962, I, p. 939 ss.; Trib. Parma, 3 maggio 1977, in *Riv. not.*, 1977, p. 689 ss.; Trib. Nuoro, 15 settembre 1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 389. Sono favorevoli: App. Torino, 19 gennaio 1961, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, p. 133; App. Cagliari, sez. distacc. Sassari, 12 gennaio 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1998, p. 1 ss.; App. Catania, 28 maggio 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 15 ss.; Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000, in *Not.*, 2002, p. 47 ss.

(26) Cfr. Cass., 20 giugno 1967, n.1458, in *Riv. not.* 1968, 2, p. 138 ss. Tale sentenza peraltro è quella su cui si basa la Corte di Appello di Genova nel caso *de quo*.

(27) Cfr. Cass., 18 giugno 1994, n. 5895, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1498 ss., e in *Giur. it.*,

Con tale arresto la Cassazione afferma che: «*Ai sensi dell'art. 587, co. 1, c.c., il testatore può validamente escludere dall'eredità, in modo implicito o esplicito, un erede legittimo, purché non legittimario, a condizione, però, che la scheda testamentaria contenga anche disposizioni positive e cioè rivolte ad attribuire beni ereditari ad altri soggetti, nella forma dell'istituzione di erede o del legato. È, quindi, nullo il testamento con il quale, senza altre disposizioni, si escluda il detto erede dalla successione, diseredandolo. Peraltro, qualora dall'interpretazione della scheda testamentaria risulti che il de cuius, nel manifestare espressamente la volontà di diseredare un successibile, abbia implicitamente inteso attribuire, nel contempo, le proprie sostanze ad altri soggetti, il testamento deve essere ritenuto valido nella sua totalità, contenendo una vera e propria valida disposizione positiva dei beni ereditari, la quale è sufficiente ad attribuire efficacia anche alla disposizione negativa della diseredazione*».

La *ratio* di tale interpretazione va ricercata nella ritenuta “natura superindividuale” degli interessi protetti con la successione *ab intestato* (tutela della famiglia), che costringe così in limiti ben definiti l'operatività dell'autonomia testamentaria. Evidente quindi è la condivisione della ritenuta prevalenza della successione *ab intestato* rispetto a quella testamentaria, come propugnato dalla citata dottrina contraria alla diseredazione. Pertanto, proprio in ragione di detta prevalenza, anche la giurisprudenza ritiene che l'autonomia testamentaria possa esplicarsi solo in base alla rigida tipicità del combinato disposto degli artt. 587 e 588 c.c.

In secondo luogo, sempre in conformità a quanto sostenuto dalla richiamata dottrina negazionista, si ritiene che l'art. 587 c.c. con il verbo «*disporre*», manifesterebbe in modo inequivoco la volontà del Legislatore di caratterizzare il contenuto del testamento come necessariamente attributivo e secondo quanto poi disposto dall'art. 588 cc. In sostanza, il testamento non potrebbe contenere una regolamentazione patrimoniale negativa ma solo un «*atto positivo*». Pertanto, la clausola di diseredazione, quale disposizione testamentaria patrimoniale negativa, sarebbe nulla.

Sulla base di tali considerazioni, la previgente giurisprudenza ha quindi ritenuto che: in linea generale la mera diseredazione sarebbe nulla,

1995, I,1, p. 1563 ss., con nota di CECERE, *Brevi note sulla diseredazione*, secondo cui: «*La volontà di diseredazione di alcuni successibili può valere a fare riconoscere una contestuale volontà di istituzione di tutti gli altri successibili non diseredati, solo quando, dallo stesso tenore della manifestazione di volontà o dal tenore complessivo dell'atto che la contiene, risulti la effettiva esistenza della anzidetta autonoma positiva volontà del dichiarante, con la conseguenza che solo in tal caso è consentito ricercare, anche attraverso elementi esterni e diversi dallo scritto contenente la dichiarazione di diseredazione, l'effettivo contenuto della volontà di istituzione*» .

per i motivi indicati. Sarebbe però possibile diseredare, sia implicitamente che esplicitamente, un successibile a condizione che il testamento preveda l'istituzione o il legato a favore di altre persone.

Ciò posto, è evidente come questa interpretazione presti il fianco a molteplici obiezioni, «*la prima delle quali fondata sullo stesso ricorso alla finzione, di fronte all'infondatezza e all'artificiosità della presunzione di volontà positiva in rapporto all'atteggiamento psicologico concreto del testatore*»⁽²⁸⁾. Ma, soprattutto, sembra essere quanto mai contraddittorio: da un lato affermare la non validità della clausola di diseredazione, ma dall'altro condizionare tale validità, seppur in modo indiretto o implicito, all'esistenza di una volontà attributiva verso un determinato beneficiario.

Ed infatti, la sentenza in epigrafe ha colto tale questione, stravolgendo i termini del discorso, nel senso che: se si afferma l'invalidità *tout court* della clausola di mera diseredazione, non è possibile poi, in via interpretativa, giungere ad affermarne la salvezza, solo perché dalla stessa è possibile ricavare un'implicita istituzione di erede «*in favore di soggetti non contemplati ma comunque implicitamente individuabili*».

L'argomentazione principale del ragionamento proposto dalla Suprema Corte, conformemente a quanto sostenuto dalla dottrina positiva, è la diversa interpretazione degli art. 587 e 588 c.c. Il verbo «*disporre*» non dovrebbe essere qualificato solo nel senso di «*attribuire*» o «*istituire*», ma anche come volontà ablativa, e più esattamente «*destitutiva*». In ossequio al principio di autonomia testamentaria, il *de cuius* può quindi validamente disporre del suo patrimonio, anche mediante forme ulteriori rispetto all'istituzione ereditaria e il legato *ex art.* 588 c.c. Si argomenta tale affermazione evidenziando come in realtà non sussista «*alcun dogma della tipicità del contenuto dispositivo-attributivo del testamento, pertanto la questione della validità della clausola diseredativa meramente negativa, non avrebbe neppure ragione di porsi*».⁽²⁹⁾

A supporto di tale rilettura, la Cassazione ricorda poi che la diseredazione, così come delineata, non rappresenterebbe la prima disposizione a contenuto patrimoniale non attributivo in senso tecnico, si pensi infatti:

(28) CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, in *Riv. not.* 1996, p. 1103 ss.

(29) Cfr. LEO, *op. cit.*, p. 1 ss.; Trib. Parma, 3 maggio 1977, in *Riv. not.*, 1977, p.689 ss., secondo cui si parla di un «falso problema»; BALDASSARI, CENDON, *art. 587 c.c.*, in *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2012, p. 653 ss., secondo cui «*Considerata la natura del testamento quale atto di disposizione in senso ampio, è valido il testamento a contenuto meramente negativo con il quale il "de cuius" si limita ad escludere dalla successione tutti indistintamente gli eredi legittimi, senza dettare alcuna disposizione sulla sorte dei beni dopo la morte*».

all'ipotesi descritta dall'art. 448 *bis*, rubricato «Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla potestà sui figli»; alla dispensa da collazione (737 c.c.); ai divieti testamentari di divisione (art. 713, co. 2 e 3, c.c.); all'onere testamentario (art. 647 c.c.); all'assegno divisionale semplice (art. 733 c.c.); alla ripartizione dei debiti ereditari (art. 752 c.c.); alla disposizione contraria alla costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia (art. 1062 c.c.); alle disposizioni a favore dell'anima (art. 629 c.c.)⁽³⁰⁾.

Pertanto, continuare a negarne validità, sulla base della presunta necessità di una "tipicità" della disposizioni testamentarie, non ha alcun fondamento logico-normativo.

Ed ancora, da tale nuova interpretazione scaturisce anche una diversa qualificazione⁽³¹⁾ del rapporto successione legittima-successione testamentaria. Infatti, diversamente dalla precedente giurisprudenza e dottrina, si ritiene che tra le due non sussista un rapporto di gerarchia in favore della successione legittima, quanto piuttosto un rapporto di pari grado e convivenza, in quanto l'articolato sistema delineato dal Legislatore permette che il fenomeno devolutivo dei beni e l'individuazione degli eredi e dei legatari possano trovare indistintamente fondamento sia nella legge che nella volontà del testatore. Tale rapporto di "convivenza", e non quindi di subordinazione, è confermato dall'art. 457 c.c., che riconosce la possibilità di farsi luogo alla successione legittima, quando manchi in tutto o in parte quella testamentaria, smentendosi dunque una gerarchia di valore tra le due forme del regolamento successorio, e dovendosi invece ricondurre il concorso tra le due vocazioni ad un rapporto di reciproca integrazione.

Sulla base quindi di tali considerazioni, la Suprema Corte afferma che: «*La clausola di diseredazione integra un atto dispositivo delle sostanze del testatore, costituendo espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, che può includersi nel contenuto tipico del testamento: il testatore sottraendo dal quadro dei successibili ex lege il diseredato e restringendo la successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione post mortem del proprio patrimonio*».

Aderendo quindi alla citata dottrina secondo cui il termine «*disporre*» ex art. 587 c.c. deve essere inteso non quale sinonimo di "attribuire" bensì di "regolare", la pronuncia in commento amplia il contenuto dell'atto di ultima volontà, non più destinato ad accogliere solo una

(30) L'opinione contraria all'ammissibilità della clausola in esame ha osservato che le ipotesi ora menzionate sono accessorie rispetto ad una principale disposizione testamentaria attributiva che è presupposta.

(31) La dottrina negativa sostiene la prevalenza della successione legittima rispetto a quella testamentaria.

volontà attributiva ed istitutiva, ma «*anche una volontà ablativa e, più esattamente, destituiva*». Ne discende quindi che ora, ogni disposizione patrimoniale di ultima volontà, quale può essere la diseredazione, pur non essendo propriamente attributiva e non legalmente tipizzata, potrà costituire un valido contenuto del negozio testamentario, purché sia: lecito, meritevole di tutela e rispettoso dei diritti dei legittimari.

5. Le questioni non affrontate dal pronunciamento de quo

Come anticipato, la sentenza in commento non affronta un'altra serie di questioni connesse alla diseredazione: rimangono perciò aperti una serie di problemi, che in questa sede si cercheranno di risolvere.

5.a. Il primo riguarda l'ammissibilità della rappresentazione a favore degli eredi del diseredato. Secondo un primo orientamento⁽³²⁾, la diseredazione eliminerebbe la delazione del potenziale rappresentato e, conseguentemente, non vi sarebbe rappresentazione, in quanto non si ritiene ammissibile, considerate le finalità analoghe, che la diseredazione produca effetti meno gravi rispetto alla preterizione. Per l'effetto si produrrebbero gli stessi effetti della preterizione, per cui non opera l'art. 467 c.c.

Secondo altri, invece, opererebbe la rappresentazione poiché non si dovrebbe distinguere tra designazione e concreta vocazione, sul presupposto che il presupposto della rappresentazione è la designazione potenziale del rappresentato, non la sua concreta vocazione, «*com'è dimostrato dall'operatività della rappresentazione in caso di premorienza, evento che impedisce alla persona designata dalla legge non di accettare, ma addirittura di essere vocata alla successione*»⁽³³⁾. Nel concetto di "impossibilità" ex art. 467 c.c. si dovrebbe perciò far rientrare anche la diseredazione che, pur impedendo la vocazione concreta dell'escluso, non sarebbe comunque in grado di eliminare l'astratta designazione legale⁽³⁴⁾.

Secondo l'orientamento oggi prevalente, e a cui si aderisce, l'istituto

(32) Cfr. BURDESE, art. 467, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1977, V, p. 23 ss.; TRABUCCHI, *Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione*, in *Giur. It.*, 1955, 1, 2, p. 749 ss.; AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, cit., p. 1182 ss., secondo cui «*Manca il presupposto della rappresentazione e cioè la devoluzione testamentaria dell'ascendente, che non esiste non per una sola preterizione del soggetto interessato, ma anche per un'espressa esclusione testamentaria dalla devoluzione, che elimina anche la possibilità di una devoluzione ex lege*»; GROSSO, BURDESE, *op. cit.*, p. 83 ss.

(33) Cfr. IEVA, *op. cit.*, p. 51 ss.

(34) Cass., 23 novembre 1982, n. 6339.

ex art. 467 c.c. si applicherebbe invece anche a favore degli eredi del diseredato⁽³⁵⁾ in quanto, in caso contrario, si determinerebbe un *discrimen* ingiustificato del diseredato rispetto all'indegno. Si deve infatti considerare che, mentre l'indegnità viene ricondotta alla commissione di un fatto grave e accertato giudizialmente, la diseredazione dipende da cause soggettive e strettamente personali del *de cuius* (es. ti diseredo perché mi sei antipatico). Non sarebbe perciò corretto per il diseredato ricevere una tutela minore rispetto all'indegno, responsabile di qualcosa che è ritenuto oggettivamente grave⁽³⁶⁾.

Svolte tali osservazioni, vi è da evidenziare però come, secondo la dottrina prevalente, sia comunque possibile per il testatore escludere validamente dalla successione per rappresentazione anche gli eredi del diseredato, sempre in applicazione del più volte citato principio di "autonomia testamentaria"⁽³⁷⁾.

5.b. Altra questione da affrontare è la potenziale ammissibilità della diseredazione dei legittimari⁽³⁸⁾.

Secondo la dottrina più tradizionale, stante il radicato principio dell'intangibilità della legittima ex art. 457, co. 3, c.c., la diseredazione di un legittimario sarebbe ontologicamente impossibile, giacché in palese contrasto con lo stesso.

Più nel dettaglio, secondo alcuni una simile disposizione sarebbe giuridicamente irrilevante e di conseguenza sarebbe possibile eliminarla senza inficiare la validità dell'intera scheda testamentaria⁽³⁹⁾. Si tratterebbe

(35) Cass., 14 ottobre 1955, n. 3158, in *Foro it.* 1955, I, p. 1451 ss., secondo cui: «*Salva una diversa volontà del de cuius, il discendente legittimo di chi sia stato diseredato dal testatore, può succedere a costui per rappresentazione*». Dalla lettura della motivazione, tuttavia, si evince, che l'ammissibilità della rappresentazione del diseredato e l'estensione degli effetti della diseredazione, per volontà del testatore, anche agli eredi di questi, non era stato oggetto del giudizio; Cass., 23 novembre 1982, n. 6339, in *Foro it.* 1983, I, p. 1653 ss., con nota di DI LALLA, *La diseredazione*, secondo cui: «*La diseredazione ha effetti solo rispetto al soggetto nei cui confronti è effettuata e, pertanto, non esclude che il discendente legittimo di chi sia stato diseredato dal testatore possa succedere a quest'ultimo per rappresentazione*»; Cass., 14 dicembre 1996, n. 11195. In dottrina: BONILINI, *op. cit.*, p. 715 ss.; BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 1503 ss.; CICU, *op. cit.*, p. 385 ss.; BIN, *op. cit.*, p. 254 ss.

(36) Cfr. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, p. 253; BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 1503 ss.; CICU, *op. cit.*, p. 385 ss.; BIN, *op. cit.*, p. 254 ss.

(37) Cfr. FERRI, *La esclusione testamentaria di erede*, cit., p. 229 ss.; BIN, *op. cit.*, p. 254 ss.; UNGARI-TRASATTI, *op. cit.*, p. 1061 ss.; TRABUCCHI, *op. ult. cit.*, p. 749 ss.

(38) Cfr. GAZZONI, *È forse ammessa la diseredazione dei legittimari?* in *Giust. civ.* 1993, I, p. 2522 ss.

(39) Cfr. CORSINI, *op. cit.*, 1120; MARINI, *op. cit.*, p. 189.

perciò di una clausola ridicibile come tutte le disposizioni testamentarie che integrano una pretermissione o una lesione di legittima⁽⁴⁰⁾.

Secondo altra dottrina, ove si disponesse in tal senso, si incorrerebbe nella nullità ex art. 1418, co. 1, c.c. (c.d. nullità virtuale) per violazione di un principio interno di ordine pubblico, ovvero “l’intangibilità” delle quote riservate per legge ai legittimari⁽⁴¹⁾. E ancora, secondo altri vi sarebbe nullità per violazione del disposto di cui all’art. 549 c.c., rubricato «*Divieto di pesi o condizioni sulla quota di legittima*»⁽⁴²⁾.

Ragionando su tali argomentazioni, nessuna di queste però sembra convincere.

Rispetto alla ritenuta irrilevanza giuridica della disposizione, ci sembra che tale affermazione non abbia alcun appiglio logico e sia quanto mai abnorme, soprattutto alla luce della recente giurisprudenza e dottrina che comunque riconoscono la validità di tale istituto, anche se non con espresso riferimento ai legittimari.

Invece, l’orientamento che propugna la nullità virtuale parte da un assunto non del tutto pacifico: la cogenza delle norme relative alla successione necessaria⁽⁴³⁾. Ma non solo, come peraltro evidenziato già da autorevole dottrina, nel caso di diseredazione dei legittimari non vi sarebbe nullità, quanto una potenziale invalidità della disposizione, in quanto, come è noto, l’art. 1418, co.1, c.c. commina la nullità, salvo che la legge non disponga diversamente. Nel caso di specie, “la diversa previsione legislativa” sarebbe rinvenibile nell’inciso contenuto dall’art. 457, co. 2, c.c., secondo cui «*non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria*». Ne discende quindi che invece della nullità si sostanzierebbe, al più, la sanzione minore di una semplice impugnativa negoziale. Sintetizzando: non vi sarebbe nullità, ma validità, fintanto che la clausola non venga ridotta ex art. 554 c.c.⁽⁴⁴⁾.

Anche rispetto alla propugnata nullità per violazione del divieto di imporre pesi e/o condizioni, con conseguente identificazione della di-

(40) Cfr. BIN, *op. cit.*, p. 257, secondo cui «*per la disposizione di esclusione dalla legittima, i dubbi sono a prima vista autorizzati dal fatto che il nostro legislatore sembra individuare nella riducibilità, e non nella nullità, la sanzione tipica contro le disposizioni testamentarie lesive della porzione di legittima*».

(41) Cfr. BIGLIAZZIGERI, *op. cit.*, p. 1503 ss.; CECERE, *op. cit.*, p. 1563 ss.; e più recentemente GENGHINI, CARBONE, *op. cit.*, p. 444 ss.

(42) MENGONI, *op. cit.*, p. 94; MIRIELLO, *In margine alla clausola di diseredazione; la tematica della c.d. volontà meramente negativa*, in *Riv. not.*, 1981, p. 746 ss.

(43) Cfr. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 28.

(44) Cfr. UNGARI-TRASATTI, *op. cit.*, p. 1061; PORRELLO, *op. cit.*, p. 980 ss.

seredazione alla stregua appunto di un peso, si esprimono non poche perplessità: si deve tenere a mente che la finalità della diseredazione non è quella di aggravare la quota spettante ai legittimari, quanto di escludere proprio la designazione ereditaria.

Ebbene, svolte tali osservazioni, vi è da dire come le diverse qualificazioni prospettate non abbiano un valore puramente teorico, ma soprattutto pratico, rispetto alla concreta tutela del legittimario diseredato⁽⁴⁵⁾.

Infatti, qualora si propendesse per la nullità (per contrarietà a norme imperative o per violazione del divieto di pesi o condizioni) si giungerebbe all'«*assurda conseguenza che il legittimario preterito potrebbe solo agire in riduzione ed ottenere la quota di riserva nella successione necessaria, mentre il legittimario totalmente diseredato potrebbe ottenere la declaratoria di nullità della clausola, limitatamente alla riserva, nullità come tale imprescrittibile e rilevabile anche d'ufficio dal giudice*»⁽⁴⁶⁾. Ma non solo, stante l'imprescrittibilità di tale azione ex art. 1244 c.c., si avrebbe una notevole incertezza nei rapporti giuridici successivi.

Mentre, qualora si aderisse alla tesi più condivisibile della riducibilità, si riterrebbe la clausola diseredativa di per sé valida ed efficace almeno fino all'intervenuta impugnazione dal legittimario con l'azione di riduzione; nonché fino a quando non venga pronunciata la sentenza costitutiva. In questo modo sarebbero anche maggiormente garantiti tutti i conseguenti rapporti sui beni di quella successione che diverrebbero inattaccabili, poiché troverebbe applicazione l'azione di cui all'art. 554 c.c., e quindi il termine prescrizione decennale⁽⁴⁷⁾.

Ebbene, svolte tali osservazioni, degna di nota è invece una diversa interpretazione avanguardista, e a cui si aderisce, secondo cui anche la diseredazione del legittimario sarebbe pienamente valida⁽⁴⁸⁾.

La principale argomentazione si basa su una questione qualificatoria: il legato in sostituzione è per definizione ritenuto tacitativo e privativo

(45) Vista la parziale analogia tra pretermissione e diseredazione, si ritiene che l'erede legittimario che sia stato pretermesso (*rectius* diseredato) acquisti la qualità di erede soltanto dopo il positivo esercizio dell'azione di riduzione. Cfr. Cass., 13 gennaio 2010, n. 368; Cass., 20 novembre 2008, n. 27556.

(46) Cfr. PASTORE, *Riflessioni sulla diseredazione*, in *Vita not.*, 2011, p. 1192 ss.

(47) Si rammenti che il termine decennale per il legittimario pretermesso, che non può accettare chiaramente alcunché con beneficio di inventario, decorre dall'apertura della successione. (cfr. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28632) Mentre, per l'erede testamentario il termine decennale decorre invece dall'accettazione con beneficio d'inventario (cfr. Cass. S.U., 25 ottobre 2004, n. 20644).

(48) Cfr. BERGAMO, *op. cit.*, p. 1174 ss.; DI FABIO, *In tema di diseredazione (anche) del legittimario*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1228 ss.

dei diritti spettanti ai/al legittimari/o⁽⁴⁹⁾. Pertanto, in considerazione degli effetti prodotti, detto legato costituirebbe in realtà una diseredazione anomala implicita del legittimario espressamente disciplinata⁽⁵⁰⁾.

In secondo luogo, da un punto di vista pratico, è ben vero che il legato potrebbe essere quantitativamente uguale alla legittima ma è anche vero che potrebbe essere minimo, irrisorio, meramente formale, con il risultato che, qualora il designato non rinunciasse a quel legato, non potrebbe agire in riduzione⁽⁵¹⁾.

In conclusione, detta dottrina, a cui si aderisce, ritiene che: essendo possibile diseredare implicitamente, non si comprende per quale motivo non sia possibile fare altrettanto in via esplicita, in ossequio anche, al più volte citato, principio di Autonomia testamentaria.

5.c. Terzo argomento non trattato è la possibile identità di effetti tra l'apposizione di una clausola risolutiva espressa e la diseredazione. Secondo alcuni vi sarebbe affinità, in quanto al verificarsi della condizione si precluderebbe all'istituto di partecipare all'eventuale apertura della successione esattamente come nel caso della diseredazione. Secondo altra ricostruzione, a cui si aderisce, non si ritiene che una clausola così strutturata possa valere come diseredazione, atteso che la verifica della condizione, non dovrebbe impedire all'erede legittimo di partecipare *ab intestato* nella minor quota che gli spetta per legge. Ma non solo, sarebbe altresì necessario un'ulteriore specifica in tale senso⁽⁵²⁾.

(49) Cfr. Cass., 10 giugno 2011, n. 12854 secondo cui «*Ai fini della configurabilità del legato in sostituzione di legittima, è necessario che risulti l'intenzione del testatore di soddisfare il legittimario con l'attribuzione di beni determinati senza chiamarlo all'eredità. Tale intenzione non richiede formule sacramentali, ma può desumersi dal complessivo contenuto dell'atto, in forza di un apprezzamento compiuto dal giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se correttamente motivato.*»

(50) Cfr. BERGAMO, *Brevi cenni sulla diseredazione anomala implicita*, in *Giurit.*, 2000, p. 1801 ss. Invece, sono per la invalidità: AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 49; TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., p. 39 ss., se fatta valere con l'azione di riduzione. Sono per la nullità: BIN, *op. cit.*, p. 254 ss. È stata anche prospettata la nullità successiva: MIRIELLO, *op. cit.*, p. 744 ss., categoria criticata da SANTORO-PASSARELLI, *Legato privativo di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 259.

(51) Cfr. Cass., SS.UU., 29 marzo 2011, n. 7098 in *Nuova giur. civ.*, 2011, 9, 1, p. 917 e secondo cui: «*Il legittimario in favore del quale il testatore abbia disposto ai sensi dell'art. 551 c.c. un legato avente ad oggetto beni immobili in sostituzione di legittima, qualora intenda conseguire la legittima, deve rinunciare al legato stesso in forma scritta ex art. 1350, n. 5, c.c. (...) La mancata rinuncia al legato in sostituzione di legittima (da effettuarsi nella forma scritta qualora abbia ad oggetto beni immobili) comporta la preclusione del diritto di chiedere sia la legittima, sia un suo supplemento nel caso che il valore del legato sia inferiore ad essa.*»

(52) Cfr. UNGARI-TRASATTI, *op. cit.*, p. 1061 ss.

6. Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto osservato, si ritiene più che logica e condivisibile la soluzione adottata dalla Cassazione, sia perché ha risolto il contrasto interpretativo, sia perché ha riconosciuto un diverso e più ampio potere al *de cuius*: pare infatti assurdo che il testatore non possa decidere di disporre liberamente delle proprie sostanze per il tempo che verrà dopo la sua morte. Se così non fosse, si avrebbe una coartazione dell'autonomia privata che non avrebbe alcuna ragion d'essere, soprattutto considerata la *ratio* che spinge un soggetto a redigere una scheda testamentaria.

Gli unici aspetti che si criticano, rispetto alle argomentazioni addotte dalla Suprema Corte, riguardano il rapporto tra successione legittima e testamentaria e il mancato riconoscimento della possibilità, *de facto*, di diseredare anche il legittimario.

Con riferimento alla prima critica, considerato anche l'ipotesi di operatività della successione *ab intestato*, non è possibile affermare né che vi sia un rapporto gerarchico a favore della successione legittima, né tantomeno di uguaglianza. Sembrerebbe più corretto ritenere che il rapporto di gerarchia vi sia, ma in senso inverso, ovvero: la successione testamentaria prevale su quella legittima. Tale diversa qualificazione si basa sulle seguenti considerazioni: in primo luogo si deve riconoscere al testatore, quale principio fondamentale, la più ampia autonomia di disporre delle proprie sostanze, salvi i limiti inderogabili disposti per legge (tutela dei legittimari), pur tenendo a mente la possibilità di pretermettere e la dottrina che ammette la diseredazione dei legittimari. In secondo luogo, si deve considerare anche un dato testuale, precisamente l'art. 457, co. 2, c.c. alla luce del quale « *non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte quella testamentaria* ». Rileggendo la disposizione al contrario, si comprende che la successione, ove vi sia il testamento, viene da questo disciplinato; mentre, solo nel caso in cui manchi in tutto o in parte la successione testamentaria, può operare la successione legittima.

Ebbene, alla luce di tali considerazioni sembra innegabile come la successione testamentaria, ove esistente e valida, prevalga su quella *ab intestato*. Pertanto si auspica che in successive pronunce la Cassazione prenda contezza di ciò, ridefinendo i termini della questione.

Rispetto alla seconda osservazione, si ritiene che perseverare nell'idea dell'ammissibilità della sola diseredazione dei successibili, e non anche dei legittimari, sia indice di un atteggiamento negazionista, che non ha alcuna ragione d'essere. Infatti, pur essendo vero che nel nostro ordinamento vige il principio dell'intangibilità della quota di legittima,

ex art. 457, co. 3, c.c. e ex art. 549 c.c., è anche vero però che vi sono già delle deroghe espresse⁽⁵³⁾. Il legato in sostituzione di legittima, ex art. 551 c.c. è sicuramente una di queste: il testatore in tal modo priva della qualità di erede il legittimario. In sostanza, lo disereda.

Orbene, se è possibile diseredare in forma implicita un legittimario, per quale motivo non sarebbe possibile farlo anche in forma esplicita?

Pertanto, non ravvisando alcun elemento ostativo, si ritiene che debba essere considerata ammissibile anche la diseredazione esplicita di un legittimario, fermi restando ovviamente i limiti di riducibilità e di liceità. Infatti, l'unico elemento che effettivamente distingue la diseredazione del successibile rispetto a quella del legittimario è il seguente: il primo, una volta diseredato, non ha più alcuno strumento per potersi tutelare; il secondo, invece, può chiedere la nullità (nella divisione), può agire in riduzione etc. Questo però non cambia i termini del discorso: il testatore, di fatto, può comunque già diseredare un legittimario, in via indiretta. Pertanto dovrà essere ritenuta possibile anche la via diretta.

A ben vedere però, recentemente il Legislatore ha dimostrato di aver colto (in parte) i termini della questione, ammettendo un'ipotesi eccezionale di diseredazione di legittimario e più nello specifico del genitore (ascendente). Ci si riferisce alla modifica apportata all'art. 448-bis c.c., tramite la l. n. 219/2012, art. 1, co. 9, intitolata "*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*", che consente al figlio di escludere dalla propria successione (quindi di diseredare) il genitore che si sia reso responsabile di fatti che non integrino casi di indegnità ex art. 463 c.c.⁽⁵⁴⁾.

(53) Cfr. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 480, secondo cui le eccezioni al principio d'intangibilità della legittima sono: ex art. 713, co. 2, c.c. il testatore può disporre che la divisione di tutta l'eredità (compresa quindi anche la legittima) non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un termine non eccedente i cinque anni; ex artt. 733 e 734 c.c. è consentito al testatore, rispettivamente di dettare regole per la divisione o di dividere egli stesso i suoi beni tra gli eredi; la c.d. cautela sociniana ex art. 550 c.c.; il legato ex art. 551 c.c.; il prelegato ex lege del diritto di abitazione a favore del coniuge superstite, che grava sulla porzione disponibile e qualora non sia sufficiente, per il rimanente, sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli; la sostituzione federcommissaria, ex art. 692 c.c., che può avere ad oggetto anche beni che costituiscono la legittima dell'istituto; l'*istituto ex re certa* ex art. 588, co. 2, c.c. secondo cui è possibile istituire il legittimario erede di beni determinati.

(54) Cfr. SENIGAGLIA, *Profili funzionali della nuova disciplina della filiazione nel sistema del diritto di famiglia*, in Riv. *Ephemerides iuris canonici*, 2013, secondo cui « Il profilo di sicura novità introdotto dalla riforma della filiazione sta nel fatto che mentre la diseredazione ammessa dalla Cassazione è quella relativa agli eredi legittimi, escludendo taluno dall'ordine dei chiamati per legge, quella consentita dall'art. 448 bis c.c. opera anche nei riguardi della successione necessaria: il genitore viene escluso non soltanto dalla successione relativa alla quota disponibile, ma pure da quella della quota di riserva. L'esaltazione dell'interesse del figlio trapela dal fatto che il potere di diseredazione per condotte pregiudizievoli tenute nei

Ebbene, alla luce quindi di tali osservazioni, e conformemente a quanto già sostenuto da autorevole dottrina⁽⁵⁵⁾, si auspica un'integrale revisione del nostro impianto successorio volto a riconoscere un'effettiva autonomia testamentaria, anche mediante la previsione normativa espressa della desiderazione, non limitando tale istituto a circoscritti casi limite.

riguardi del de cuius è riconosciuto dalla legge soltanto al figlio nei confronti del genitore e non viceversa. Il potere di diseredare il genitore resosi responsabile di comportamenti pregiudizievoli si atteggia, quindi, come dicevamo, non soltanto in termini di strumento punitivo di cui dispone il figlio per poter reagire alle condotte del genitore, ma anche come strumento per prevenire la consumazione di fatti pregiudizievoli. Ebbene, ragionando in termini funzionali, il punto debole della previsione di cui all'art. 448 bis c.c., a nostro parere, sta nel fatto che il livello di effettività della funzione punitiva/preventiva rischia di rivelarsi "proporzionale" alla rilevanza del patrimonio del figlio. In altri termini, in presenza di un figlio "povero", vittima di condotte pregiudizievoli dei genitori, non è ravvisabile in capo agli stessi alcun interesse patrimoniale che possa essere sacrificato con un atto di diseredazione del figlio. Esso, in sostanza, non esplicherà alcuna funzione, né punitiva né preventiva. Viceversa, la previsione normativa funzionerà rispetto al "figlio ricco", ferma restando la considerazione del dato statistico di morte dei figli prima dei genitori. L'esito è sorprendentemente paradossale giacché la tutela accordata dalla norma diviene in tal modo effettiva in contesti familiari in cui solitamente vige una situazione di agio e non di disagio. Essa rischia, pertanto, di conoscere pochi momenti di applicazione. In ogni caso, nonostante l'evidente intento del legislatore di voler perseguire la tutela effettiva dell'interesse del figlio, in un'ottica relazionale di giusto bilanciamento degli interessi in gioco riteniamo, de iure condendo, che sarebbe ragionevole consentire anche al genitore che dovesse risultare vittima di comportamenti pregiudizievoli da parte del figlio, di escluderlo dalla propria successione anche relativamente alla quota necessaria».

(55) Cfr. fra tutti: BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, cit., p. 715 ss.

Quaderni semestrali

del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università
Ca'Foscari
Venezia

