

Successioni mortis causa in generale

Il **fondamento** delle successioni è costituito da particolari esigenze economico-sociali consistenti nella necessità che i rapporti giuridici facenti capo al defunto non si estinguano altrimenti i beni del de cuius diventerebbero res nullius, le obbligazioni si estinguerebbero, il possesso cesserebbe e quindi verrebbe compromesso l'ordine sociale (ogni soggetto pretenderebbe di acquisire i beni lasciati dal defunto);

- per quanto riguarda le fonti della successione il primo comma dell'art. 457 dispone che l'eredità si devolve per legge o per testamento e quindi nel ns. ordinamento esistono solo due fonti della successione, in quanto quella dei legittimari non è un tertium genus ma rientra comunque nelle ipotesi in cui l'eredità si devolve per legge;
- quindi nell'ambito di queste ipotesi dobbiamo ricondurre sia la successione legittima sia la successione dei legittimari, laddove la differenza tra le due sta nel fatto che mentre nella prima l'eredità si devolve subito a favore dei chiamati (quando manca in tutto o in parte il testamento), invece in favore dei legittimari pretermessi o lesi la delazione si avrà solo a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

Per quanto riguarda il **procedimento** successorio esso consta di tre momenti:

- l'apertura della successione che indica solo un fenomeno spaziale e temporale (la successione si apre al momento della morte e nel luogo della morte del de cuius);
- la vocazione indica l'aspetto soggettivo, ed indica la designazione dei successori, cioè coloro che per testamento o per legge sono chiamati all'eredità (e qui abbiamo le due grandi fonti della successione che sono il testamento e la legge che però ha natura suppletiva perchè la successione legittima si apre solo se manca in tutto o in parte la successione testamentaria);
- la delazione che è il fenomeno più importante ed indica l'aspetto oggettivo, cioè la concreta offerta del patrimonio ereditario a favore del chiamato che viene posto in condizioni di accettare o meno l'eredità e che gli consente nel frattempo anche di compiere gli atti conservativi a tutela della propria quota;
 - normalmente la vocazione e la delazione coincidono, ma vi sono anche dei casi di discrasia (pensiamo all'ipotesi di istituzione sotto condizione sospensiva, all'istituzione di nascituri) nei quali si verifica una fase di aspettativa di delazione in cui il chiamato non può esercitare alcuni poteri tipici che derivano solo dalla successiva delazione (accettazione di eredità o compimento di atti conservativi): in tali casi il chiamato può esercitare solo alcuni poteri minori come la richiesta di apposizione dei sigilli o la richiesta di nomina del curatore dell'eredità giacente.

La successione testamentaria in generale

Il testamento viene **definito dall'art. 587** come l'atto con cui taluno dispone delle proprie sostanze o parte di esse per il tempo in cui avrà cessato di vivere e quindi possiamo dire che a livello causale si tratta del negozio con il quale si realizza tipicamente lo scopo della successione m.c.

La prima grande caratteristica del testamento è che si tratta di un **negozio unilaterale** e quindi noi dobbiamo cercare di dare un senso a quella manifestazione di volontà che viene espressa dal successore attraverso la c.d. accettazione di eredità:

- circa la natura giuridica dell'accettazione dell'eredità va specificato che questa accettazione è ben diversa dall'accettazione della proposta contrattuale, in quanto il chiamato è chiamato ad esprimere un sì o un no su un programma testamentario che anche in mancanza di accettazione

troverà attuazione verso altri soggetti (nella successione testamentaria, infatti, se il chiamato rinuncia in primo luogo il testatore può avere disposto una sostituzione; in mancanza opera la rappresentazione; infine se la rappresentazione non può operare si verifica l'accrescimento delle quote dei coeredi; se neppure questa può operare l'eredità si devolve a favore degli eredi legittimi; se mancano l'eredità si devolve allo Stato);

- un meccanismo differente è previsto in tema di legato che, a differenza dell'eredità, si acquista automaticamente al momento dell'apertura della successione e che può essere risolto dal legatario solo mediante una rinuncia ai sensi dell'art. 649 c.c.;
 - l'unico problema posto dal legato riguarda l'art. 551 in tema di legato in sostituzione di legittima, dove la norma testualmente sembrerebbe fare riferimento alla necessità per il legatario di accettare il legato: se al legittimario è lasciato un legato in sostituzione della legittima il legatario può scegliere se rinunciare al legato e chiedere la legittima ovvero se "conseguire" il legato;
 - le SU hanno però chiarito con sentenza n. 7098 del 2011 che la sfumatura terminologica è irrilevante, nel senso che se al legittimario è lasciato un legato in sostituzione della legittima anche in tal caso il legato entra automaticamente nel patrimonio del legatario, salva la sua facoltà di rinunciare, ed il fatto che la norma gli consenta la possibilità di conseguire il legato non fa riferimento alla possibilità di un'accettazione ma semplicemente ad un comportamento tacito che denota la volontà del legittimario di lasciare le cose come stanno (cioè tenersi il legato al posto della legittima).

La seconda grande caratteristica del testamento è che si tratta di un **negozio formale** e che quindi richiede la forma scritta ad substantiam, sicché il testamento orale va considerato del tutto inesistente:

- quanto alle forme che si possono seguire abbiamo il testamento olografo (scritto di pugno dal testatore), il testamento pubblico (scritto interamente dal notaio), il testamento segreto (che è una forma mista perchè viene scritto dal testatore ma la scheda è consegnata sigillata al notaio);
 - qui però va precisato che nelle ipotesi in cui una delle suddette forme risulti in qualche modo viziata, perchè manca qualche requisito previsto dalla legge, la sanzione è quella della nullità che consente però un'ampia possibilità di applicare il principio di conservazione (favor testamenti): in primo luogo attraverso l'operazione di conversione (il testamento segreto privo di qualche requisito si converte in olografo se ne ha i requisiti di sostanza e di forma, c.d. conversione formale) ed in secondo luogo attraverso la possibile sanatoria dell'art. 590 (le disposizioni nulle per difetto di forma sono sanate da chi, conoscendo la causa di invalidità, ne ha dato volontaria esecuzione, venendo in rilievo un'ipotesi simile alla convalida del negozio annullabile);
 - quanto alla natura giuridica del testamento olografo è chiaro che si tratta di una scrittura privata ma va sottolineato che in via eccezionale, come precisato dalle SU n. 12307 del 2015, nel caso in cui si contesti la falsa apposizione della firma non si può adoperare il meccanismo previsto dall'art. 214 c.p.c. nè si può applicare il meccanismo della querela di falso: la querela di falso è fuori gioco perchè, anche se il testamento ha un'elevata rilevanza sostanziale, non è un atto pubblico; non il disconoscimento della scrittura perchè questo meccanismo opera nel caso in cui viene prodotto in giudizio un documento allo scopo di farlo valere nei confronti dell'autore della sottoscrizione o nei confronti degli eredi nella loro qualità di successori del de cuius nel diritto di credito che viene fatto valere verso il de cuius, laddove nel nostro caso gli eredi non stanno in giudizio quali successori del de cuius in un certo rapporto negoziale ma stanno in giudizio semplicemente quali soggetti che intendono accertare la paternità di una determinata sottoscrizione; sicché scartate queste due strade, la via indicata dalle SU è quella

di una comune azione di accertamento negativo, nel quale chi agisce ha l'onere di dimostrare la falsità del testamento olografo.

La terza caratteristica del testamento è che si tratta di un **negozio dispositivo**, cioè un negozio con il quale si dispone delle proprie sostanze in favore dell'erede o del legatario;

- e questo carattere dispositivo ha posto il problema della validità di un testamento che, anziché contenere delle disposizioni cioè delle attribuzioni patrimoniali, contenga la previsione della diseredazione di un certo erede (problema della validità delle clausole di diseredazione);
- ovviamente il problema non si pone mai quando l'erede diseredato è un legittimario, perché vi sono certe categorie di soggetti (coniuge, figli ed in mancanza dei figli gli ascendenti) verso i quali la successione è necessaria in quanto dispongono di un diritto intangibile che limita l'autonomia negoziale del testatore e si ispira alla tutela della famiglia (tanto è vero che in caso di pretermissione, i legittimari dispongono dell'azione di riduzione);
- altro problema è quando il testamento venga fatto al solo scopo di diseredare taluno: in questo caso il testatore ha in realtà intenzione di sfruttare una successione legittima e non testamentaria e quindi vuole che il patrimonio venga distribuito secondo l'ordine fissato dalla legge e però attraverso il testamento vuole derogare rispetto a questo ordine ed eliminare uno dei successori legittimi (ad esempio, il testatore ha solo tre fratelli ma vuole escluderne uno): in tal caso ci si domanda se possa fare testamento al solo scopo di escludere un figlio dalla successione e se in tal caso la successione sia testamentaria oppure legittima;
- la risposta è stata fornita dall'importante sentenza n. 8352 del 2012 secondo la quale la ragione che spingeva la giurispr. tradizionale a negare la validità della clausola era fondata su una lettura restrittiva dell'art. 587 (laddove si riferisce alle disposizioni patrimoniali) si pensava che la parola *disporre* implicasse che il testamento dovesse contenere solo clausole di tipo attributivo;
 - al contrario la Cass. ritiene che la stessa diseredazione consiste in un atto dispositivo delle sostanze del de cuius, proprio perché l'effetto tipico che ne discende è che qualcuno degli eredi legittimi viene escluso ed il patrimonio viene indirizzato per legge agli altri eredi legittimi: insomma disporre non significa necessariamente attribuire in via diretta, ma può anche esprimere una volontà ablativa o destitutiva (laddove comunque un effetto attributivo si verifica indirettamente a favore degli altri eredi legittimi),
 - per altro tale orientamento si presenta anche particolarmente ragionevole, laddove si rifletta sul dato che se il testatore ha la possibilità, facendo testamento, di escludere tutti gli eredi legittimi, non si vede perché non possa fare testamento escludendone uno solo (e quindi automaticamente l'eredità verrà attribuita ai restanti successori 'ex lege').

Ma le caratteristiche più salienti che connotano il testamento riguardano quello che storicamente costituisce il suo **dogma** cioè l'impossibilità da parte dell'autonomia negoziale di operare liberamente;

- innanzitutto nel senso che non vi sono strumenti alternativi al testamento per realizzare il programma negoziale della successione m.c. (e dunque non sembrano esservi delle alternative al testamento da ricondurre ad esempio all'area dei negozi atipici di cui all'art. 1322 c.c.), sicché possiamo dire che il testamento si atteggia quale vero e proprio signore che regna incontrastato nell'arido deserto dell'oltretomba (e questo, come vedremo, è l'effetto del divieto dei patti successori);
- in secondo luogo nel senso che a livello di contenuto il testamento può contenere soltanto determinate disposizioni e cioè o l'istituzione di erede o l'attribuzione di legati o disposizioni non patrimoniali ma solo nei casi consentiti dalla legge (come si ricava sia dall'art. 587 che dall'art. 588 c.c.);

- senonchè, come vedremo, nei tempi più recenti questo dogma dell'assoluta tipizzazione del testamento, come unico negozio abilitato a disporre m.c. e come negozio il cui contenuto può spaziare solo nei limiti predeterminati dal legislatore, è un pò in via di superamento, in quanto l'autonomia negoziale è riuscita attraverso i negozi post e trans morte e con i legati atipici, rispettivamente, ad affievolire il dogma tradizionale.

Ora il vero problema è quello di capire le **vere ragioni poste a fondamento del dogma tradizionale** e di individuare quali sono le vere ragioni di fondo che stanno alla base di queste aspirazioni al cambiamento:

- il primo rilievo tradizionale dal quale occorre partire riguarda un pò la filosofia di fondo delle successioni m.c. che viene incentrata sul principio della preminenza della vocatio ab intestato rispetto al testamento, nel senso che se lo scopo delle successioni mortis causa è quello di dare una destinazione alle sostanze del de cuius per il tempo in cui avrà cessato di vivere, è chiaro che in primo luogo la legge si deve occupare della tutela della famiglia superstite, per cui se è vero che l'art. 457 comma 2 prevede che non si dà luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto o in parte un testamento, è chiaro che questa norma veniva letta un pò al contrario nel senso cioè che la regola è quella della successione legittima, salvo che vi sia un valido testamento (e quindi una lettura formata su una sorta di pregiudizio antitestamentario, nel senso che è la legge in primo luogo a prevedere la destinazione dei beni, salvo che il testatore non abbia validamente esplicitato la propria autonomia testamentaria);
- il secondo rilievo tradizionale discende un pò dal primo e deriva proprio da quello che abbiamo chiamato pregiudizio antitestamentario, dal quale si fa derivare il rilievo che se il testatore abbia deciso di esercitare la propria autonomia negoziale, deve comunque rispettare un altro principio che è quello della tipicità delle disposizioni testamentarie, sicchè l'autonomia negoziale è fortemente conformata in quanto può essere espressa solo attraverso il testamento che a sua volta è uno strumento che deve avere un contenuto preciso ed insuperabile (nomina di erede o assegnazione di legati).

Con il **passare degli anni** si assiste ad una rivisitazione di tale impostazione e la rivisitazione comincia proprio dal presupposto di fondo dal quale parte l'impostazione tradizionale:

- si dice che il rapporto tra la successione legittima e quella testamentaria deve essere capovolto perchè non è affatto vero che il legislatore ha voluto dare la preminenza alla prima e questo per una serie di ragioni;
- innanzitutto se il legislatore avesse veramente voluto dare la preminenza alle regole legali in quanto dirette a salvaguardare i valori della famiglia, non avrebbe certamente dato rilevanza addirittura ad una parentela lontana come quella del sesto grado che addirittura riguarda soggetti che spesso il de cuius non conosce nemmeno;
- in secondo luogo se veramente il legislatore avesse voluto dare rilevanza alle ragioni della famiglia avrebbe certamente guardato alla nozione derivante dall'art. 29 Cost. secondo cui la famiglia è fondata sul matrimonio (e quindi avrebbe preso in considerazione solo i membri della famiglia nucleare in senso stretto, cosa che non è affatto vera andando a guardare le diverse categorie di successibili previste dal legislatore all'art. 565 c.c., es. gli ascendenti o i collaterali);
- ed allora proprio guardando a tali considerazioni la dottrina più moderna ha cominciato a ravvisare il fondamento della successione legittima non già nella tutela della famiglia ma semplicemente nell'esigenza di evitare che quando manca il testamento alla morte della persona vi siano "res derelictae" e quindi lo scopo è quello fondato sulla necessità sociale che alla morte di un soggetto una successione vi sia comunque e ad ogni costo, nelle ipotesi in cui manchi un testamento;

- in questo modo si va praticamente a sostituire la ratio della successione legittima nel senso che non è più la tutela della famiglia ma una concezione di tipo sociale e cioè che vi sia una successione quando il legislatore non ha ritenuto di provvedere e questo ha chiaramente scardinato il dogma della prevalenza della successione legittima su quella testamentaria e ha messo al centro del fenomeno delle successioni m.c. il testamento quale mezzo prioritario per disporre delle proprie sostanze (e quindi in via prioritaria bisogna salvaguardare l'autonomia negoziale del de cuius e solo ove essa non si sia espressa si applicheranno le regole legali);
- questa operazione ha portato delle conseguenze veramente dirompenti perchè la centralità del principio dell'autonomia negoziale del testatore si è propagata in due direzioni fondamentali che sono quelle dell'affievolimento del principio del monopolio del testamento come unico strumento idoneo a disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si cesserà di vivere e dell'affievolimento del principio di tipicità del contenuto testamentario e;
- e tuttavia entrambe queste strade hanno dovuto superare alcuni ostacoli, atteso che il principio del monopolio del testamento ha dovuto superare l'ostacolo del divieto dei patti successori (che chiaramente preclude la possibilità di stipulare contratti mortis causa); il principio di tipicità del contenuto trova il suo apparente ostacolo negli artt. 587 e 588 (che affermano che il testamento deve avere un contenuto dispositivo e che questo contenuto può operare solo in due direzioni).

I patti successori e le alternative convenzionali al testamento

Il tema del p.s. concernente i rapporti tra l'autonomia negoziale ed il fenomeno delle successioni m.c. e riguarda la possibilità da parte del testatore di disporre dei suoi beni con negozi differenti rispetto al testamento, laddove la rigidità del tradizionale monopolio del testamento (quale unico strumento deputato alla gestione dei beni mortis causa) appare sempre più messo in crisi dalle c.d. alternative convenzionali al testamento che, attraverso i negozi trans o post mortem, integrano dei fenomeni parasuccessori di cui è fortemente discussa la validità.

Il problema dei fenomeni parasuccessori si pone a causa **dell'attualità del divieto dei patti successori** che è un divieto che testimonia come vi sia un rapporto tendenzialmente antinomico tra contratto e successioni m.c., atteso che lo scopo dell'art. 458 c.c. è proprio quello di rendere il fenomeno successorio tendenzialmente impermeabile rispetto al contratto, sicchè al limite la logica contrattuale può espandersi solo una volta che la successione si è aperta (pensiamo alla vendita dell'eredità ex art. 1542 o all'accordo sulla divisione ereditaria);

- ovviamente la ratio del divieto dei patti successori va correttamente destrutturata a seconda del concreto patto che il legislatore ha voluto impedire, atteso che la norma fa riferimento ai patti istitutivi, a quelli dispositivi ed a quelli rinunciativi;
 - i patti dispositivi e rinunciativi non hanno nulla a che fare con i negozi mortis causa perchè sono negozi inter vivos e limitano l'autonomia negoziale di un soggetto che ha l'unica particolarità di trovarsi nelle condizioni di futuro erede e qui la norma gli vieta accordi aventi ad oggetto i diritti che possono derivare a quel soggetto da una successione non ancora aperta, laddove si tratta di contratti contrari all'ordine pubblico (da un lato si vuole impedire a giovani inesperti di dilapidare in anticipo le sostanze future e dall'altro si vuole impedire il *votum captandae mortis*);
 - invece con il divieto dei patti istitutivi il legislatore ha impedito la stipula di accordi mortis causa cioè diretti a regolare la propria successione (cioè vi è un vero e proprio divieto per

il contratto mortis causa) e la ratio va ravvisata nei principi fondamentali che regolano le successioni (la revocabilità del testamento, la tipicità delle cause di delazione individuate dall'art. 457 nella legge e nel testamento, il principio della libertà testamentaria secondo il quale il de cuius deve essere l'unico arbitro della determinazione contenutistica del testamento);

- ora mentre i patti dispositivi e rinunciativi non pongono grossi problemi, posto che si tratta di negozi inter vivos semplicemente vietati per ragioni di ordine pubblico, il divieto più importante riguarda i patti istitutivi, perchè è proprio guardando a questo divieto che si capisce come lo spazio per alternative convenzionali al testamento è praticamente annullato (il divieto è talmente ingombrante da non lasciare praticamente nessuno spazio alle alternative al testamento).

I patti successori di cui stiamo parlando sono patti con **efficacia traslativa** nel senso che essi hanno ad oggetto un diritto di acquisto che automaticamente si concretizzerà al momento della morte (secondo lo schema del diritto al diritto: ho un diritto di acquisto ma l'acquisto lo realizzo al momento della morte in via automatica);

- bisogna interrogarsi, invece, sulla sorte dei patti successori obbligatori, cioè quei patti con i quali ci si obbliga ad emettere una nuova manifestazione di volontà:
 - nei patti obbligatori istitutivi ci si obbliga a fare testamento in favore di qualcuno;
 - nei patti obbligatori dispositivi o rinunciativi ci si obbliga a disporre dell'eredità altrui ovvero a rinunciare ad una eredità altrui;
 - quindi i patti successori obbligatori constano di due distinte fasi: nella prima fase si stipula un patto obbligatorio (istitutivo, dispositivo o rinunciativo) con cui ci si assume un certo obbligo al quale sarà data attuazione, nella seconda fase, con un atto esecutivo.

La **criticità** di tali patti risiede in ciò: che l'atto esecutivo, in sé considerato, potrebbe essere erroneamente scambiato:

- per un testamento, nel caso in cui a monte sia posto un patto istitutivo, rispetto al quale l'atto a valle attribuisce i beni ereditari ad un soggetto designato dal de cuius, proprio come avviene con le disposizioni testamentarie;
- di una vendita di eredità, nel caso in cui a monte sia posto un patto dispositivo, rispetto al quale l'atto a valle trasferisce i beni da un soggetto ad un altro contro corrispettivo;
- di una rinuncia all'eredità, nel caso in cui a monte sia posto un patto rinunciativo, rispetto al quale l'atto a valle sortisce proprio l'effetto della rinuncia di cui all'art. 519.

In realtà per risolvere il quesito occorre attentamente interpretare la **volontà del soggetto** che pone in essere l'atto esecutivo: ad esempio, immaginiamo che Tizio e Caio abbiano stipulato un patto dispositivo, con il quale Tizio si obbliga a cedere a Caio un prezioso bene che certamente suo padre gli lascerà in eredità.

- Ebbene: una volta aperta la successione, se Tizio cede il bene a Caio poiché intende dare esecuzione al precedente patto, allora l'atto di trasferimento è certamente invalido.
- Diversamente, se Tizio, consapevole della nullità del precedente patto dispositivo, o comunque prescindendo dal patto stesso, decide liberamente di cedere quello stesso bene a Caio, in questo caso l'atto è valido, poiché è l'espressione della libera autodeterminazione negoziale di Tizio.

Quando ci accorgiamo che **l'atto è in realtà esecutivo** (il soggetto vuole disporre in qual modo perchè si sente vincolato dal patto a monte), occorre distinguere due eventualità:

- se Tizio intende eseguire il patto perchè non ne conosceva la nullità, allora si verte in un'ipotesi di errore di diritto con conseguente annullabilità dell'atto esecutivo;
- se Tizio intende eseguire il patto ben consapevole della nullità, ebbene si verte in un caso di scopo illecito e per tale motivo l'atto esecutivo dovrebbe considerarsi invalido (unitamente all'atto a monte, s'indende).

Le alternative convenzionali al testamento

Nel corso del tempo la progressiva **evoluzione dei traffici giuridici** ha intercettato delle grandi criticità alla base del fenomeno successorio classico e questo perchè tutto il sistema ruota intorno al negozio testamentario che presenta delle indubbe rigidità (c.d. crisi del negozio testamentario):

- il testamento rinvia l'esecuzione dell'intero programma successorio e quindi da un lato lo stesso erede potrebbe subire un effetto traumatico connesso all'acquisto dell'eredità a sorpresa e dall'altro i beni vengono considerati non nella loro attuale esistenza ma nella consistenza che avranno al momento della morte;
 - la conseguenza è che nella prassi è emersa l'esigenza di attribuire al futuro erede più poteri, da un lato per metterlo a conoscenza di tale situazione e dall'altro per consentirgli di compiere più attività di carattere preparatorio e conservativo sui beni;
- il testamento provoca come effetto l'istituzione di erede per cui, a meno che non si ricorra al legato, si corre il rischio di ripartire l'intero patrimonio per quote;
 - nella prassi, pensiamo ad un grosso complesso aziendale, si prospetta l'esigenza di attribuire mortis causa un'intera porzione patrimoniale senza doverla poi ripartire per quote;
- il testamento difficilmente opera in alcuni settori (pensiamo alle coppie di fatto o alle coppie omosessuali) laddove le relative previsioni potrebbero essere attaccate attraverso l'azione di riduzione da parte dei legittimari.

Ecco perchè nella prassi gli operatori sono andati alla **ricerca di negozi più elastici e flessibili** rispetto al testamento (*best practices di stampo notarile*), negozi che riescano in qualche modo ad anticipare il programma successorio ad un momento anteriore rispetto alla morte, facendo leva sullo strumento contrattuale che è certamente più flessibile ed elastico rispetto al testamento:

- a parte il tema dei patti di famiglia (v. oltre), si parla in proposito di negozi trans-mortem o post-mortem proprio per indicare queste alternative convenzionali, accomunate dal fatto che tali negozi vengono comunque fatti in previsione della morte del disponente (si parla cioè di fenomeni parasuccessori per indicare che comunque la morte è un evento che in qualche modo condiziona l'intero programma negoziale);
- e quindi tutto sta a valutare il reale discrimine tra il negozio post o trans mortem ed un accordo successorio che sarebbe vietato, laddove la dottrina si è un pò divisa su quale debba essere la reale linea di confine tra i fenomeni parasuccessori e quelli successori in senso tecnico:
 - in realtà la linea di confine, nonostante i dibattiti della dottrina sul punto, dovrebbe essere ravvisata in un duplice presupposto e cioè che innanzitutto i beni vengano considerati dalle parti nella loro attuale consistenza ed in secondo luogo che si attribuisca all'avente causa un vero e proprio diritto di proprietà sul bene, un diritto di proprietà che però non si è ancora stabilizzato e consolidato perchè l'attribuzione è sempre modificabile o revocabile dallo stipulante fino a che non interviene il momento della morte; dopo quel momento il beneficio si consolida in quanto viene meno una possibilità di una revoca o modifica del beneficio;

- in questo modo è chiaro che il contratto assume una fisionomia autonoma dal patto successorio: innanzitutto perchè lo spoglio è immediato (cioè l'efficacia traslativa si verifica *inter vivos*); e poi perchè la causa dell'attribuzione non è la morte del disponente, ma la morte funziona semmai come condizione dalla quale dipende la stabilizzazione del beneficio.

Tra i fenomeni di tipo parasuccessorio si richiama tradizionalmente la **donazione mortis causa**;

- secondo la tesi prevalente nel nostro ordinamento la donazione mortis causa è nulla perchè fa tutto quello che dovrebbe fare il testamento (cioè si dispone della propria successione con un atto diverso dal testamento) anche se questa tesi non considera bene quello che è il tratto definitorio della donazione in questione;
- in realtà molto dipende dalla corretta interpretazione del contenuto del contratto perchè occorre esaminare bene il contenuto del contratto che può essere, in realtà, di varie tipologie: la donazione *cum moriar* (cioè sottoposta ad un termine iniziale di efficacia costituito dalla morte del soggetto); la donazione *si moriar* (cioè sottoposta alla condizione sospensiva della morte del donante in certe circostanze); la donazione *si praemoriar* (cioè sottoposta alla condizione sospensiva della premorienza del donante);
- ora per verificare bene la validità di questi contratti dobbiamo vedere se si ravvisano le stesse caratteristiche che abbiamo visto essere proprie dei fenomeni parasuccessori e quindi è decisivo verificare il momento in cui si verifica l'effetto traslativo: per quanto riguarda le donazioni sottoposte alla condizione della morte, poichè la condizione è dotata del meccanismo della retroattività reale, dovrebbe, sebbene in base a questa *fictione*, considerarsi che i beni sono entrati nel patrimonio del donatario fin dal momento dell'atto dispositivo, per cui possiamo sostenerne la validità; non così nel caso di donazione sottoposta a termine iniziale, laddove l'effetto traslativo si verifica proprio in conseguenza dell'evento della morte e quindi siamo al cospetto di un patto successorio istitutivo vietato.

Altra figura un pò particolare è il **mandato post mortem** ed anche qui distinguiamo tre ipotesi:

- il mandato *mortis causa*, nel quale il mandatario si obbliga a trasmettere al terzo i beni dopo la morte del mandante, e qui dovremmo affermare la nullità per contrasto con il divieto dei patti successorii proprio perchè l'effettivo trasferimento dei beni al terzo avviene al momento della morte del mandante;
- il mandato *post mortem exequendum*, nel quale invece il mandatario si obbliga a compiere una certa attività per conto del mandante alla morte di costui, e qui, trattandosi di mere attività materiali (e non del trasferimento di beni a favore di terzi) il mandato sarebbe pienamente valido;
- il mandato *post mortem* unilaterale, che non pone nessun problema perchè si tratta di un mandato contenuto nel testamento col quale incarica il mandatario di compiere una certa attività dopo la morte (vi rientra ad esempio il caso dell'esecutore testamentario ex art. 700).

Figura abbastanza importante è il **contratto di mantenimento vitalizio**, che coinvolge maggiormente le persone anziane, ed è il contratto con il quale il vitaliziato trasferisce o promette di trasferire un bene al vitalizante che si impegna a corrispondergli una somma periodica a titolo di mantenimento (quanto occorre per vitto, alloggio ed assistenza materiale): questo contratto atipico, che condivide con la rendita vitalizia il carattere aleatorio, è molto utile specie quando la persona è molto avanti con l'età, in quanto le consente di liberarsi delle incombenze relative alla gestione dell'immobile e nel contempo assicura all'anziano quanto ha bisogno per le esigenze della vita quotidiana;

- anche qui non siamo certamente all'ospetto di un patto successorio, in quanto se è vero che il negozio è fatto in previsione della morte del vitaliziato, è chiaro che la morte non è assolutamente causa del rapporto ma al limite è solo il motivo (il motivo è la previsione della propria morte), laddove la causa del contratto è ovviamente di tipo assistenziale anche nel caso in cui il trasferimento della proprietà debba avvenire al momento della morte: in questo caso, infatti, il trasferimento di proprietà trova un valido corrispettivo e sostegno causale nelle prestazioni assistenziali effettuate a favore del vitaliziato e quindi la morte è soltanto un'occasione dell'attribuzione patrimoniale.

Il caso più importante di fenomeno parasuccessorio (che per espressa previsione normativa non incorre nel divieto dei patti successori) è poi il **patto di famiglia** che però merita una trattazione separata.

I patti di famiglia

Il codice civile (768 bis introdotto dalla legge **55/2006**) definisce il patto di famiglia “il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti”;

- dal punto di vista della legittimazione attiva, l'attribuzione patrimoniale, che ha ad oggetto un'azienda o delle partecipazioni societarie, va fatta da un soggetto che la legge qualifica come imprenditore (anche se questa qualifica in realtà non riguarda il cedente le partecipazioni societarie che può essere benissimo un non imprenditore) e dal punto di vista del destinatario essa spetta ai discendenti, per cui in questa categoria vanno ricompresi non solo i figli ma anche i nipoti del disponente (e chiaro che in questa cerchia il disponente tenderà a privilegiare quello che tra i figli o i nipoti ha mostrato una maggiore capacità gestionale o una migliore propensione all'esercizio dell'impresa);
- dal punto di vista delle formalità, il patto di famiglia va stipulato per atto pubblico a pena di nullità, e vi devono partecipare il coniuge e i discendenti diversi da quelli assegnatari (cioè coloro che sono legittimari al momento della stipulazione), per cui se l'attribuzione patrimoniale con il patto di famiglia viene fatto dall'imprenditore saltando una generazione (e quindi ad esempio in favore dei nipoti), al patto dovranno comunque partecipare, oltre al coniuge, anche i figli dell'imprenditore, in qualità di legittimari;
- ovviamente l'istituto è pienamente compatibile con le unioni civili, regolate dalla legge 76 del 2016, nel senso che poiché l'art. 1 comma 20 equipara a tutti gli effetti il componente delle unioni civili al coniuge, è chiaro che se il patto di famiglia assegna i beni ad un soggetto diverso dall'unito civilmente, questi sarà un partecipante necessario in quanto legittimario;
- perchè il legislatore ha insistito sulla partecipazione di questi soggetti diversi dagli assegnatari: perchè gli assegnatari devono tacitarli attraverso una somma di denaro (o in natura) corrispondente al valore della loro quota di legittima, allo scopo di stabilizzare il patto di famiglia e renderlo inattuabile con l'azione di riduzione;
- insomma un istituto che ha una chiara finalità, quello di consentire la continuità generazionale di un complesso produttivo nelle mani di un discendente ma senza però ledere i diritti dei legittimari stante l'obbligo a carico dell'erede di soddisfare in denaro o in natura i legittimari con una somma pari al valore della quota che quei soggetti vanterebbero se si aprisse in quel momento la successione: ecco perchè si favorisce il passaggio generazionale dell'azienda, proprio perchè l'azienda può passare solo nelle mani dei figli o dei nipoti, anche se poi attraverso il meccanismo

compensativo e perequativo si vanno a soddisfare comunque in modo diverso i diritti dei legittimari.

Quanto alla **ratio di tale istituto**, si tratta di un patto che è stato disciplinato dal legislatore sulla scia di alcuni interventi della Commissione Europea in ordine alla questione della conservazione generazionale delle aziende;

- ebbene, secondo la Raccomandazione della Commissione del 7.12.1994, si prevede espressamente che uno degli obiettivi da raggiungere da parte degli Stati membri è quello di consentire all'imprenditore di disporre di strumenti adeguati al fine di preparare efficacemente la propria successione, onde evitare che per effetto della morte si verifichi un effetto sorpresa per l'erede che magari si trova del tutto impreparato a gestire il complesso aziendale (e quindi se non si prepara per tempo è costretto o a disgregare l'azienda ovvero ad alienarla);
- quindi come ha notato la dottrina, il patto di famiglia è un patto che serve a valorizzare molteplici interessi a rilevanza effettuale post mortem (nel caso di specie la conservazione familiare di un complesso aziendale o di partecipazioni societarie).

Per quanto riguarda la **collocazione dell'istituto** è chiaro che si tratta di un istituto che si colloca a mezza strada tra le successioni mortis causa e le donazioni (ed in tal senso depone la stessa collocazione sistematica dell'istituto, collocato tra le norme sullo scioglimento della divisione ereditaria e le norme sulle donazioni);

- sicuramente c'è un profilo affine al contratto di donazione, non solo e non tanto per la necessità dell'atto pubblico, ma soprattutto perchè non è previsto che l'avente causa debba pagare una somma di denaro al dante causa e quindi almeno in apparenza tra costoro c'è una liberalità;
- quanto al profilo concernente l'aspetto successorio è chiaro che la norma parla di attribuzione dell'azienda o delle quote societarie ai discendenti e quindi si tratta chiaramente di un negozio che potremmo collocare tra i negozi inter vivos ma trans o post mortem, cioè quei negozi che non sono mortis causa (perchè non dispongono del patrimonio per il tempo della morte, atteso che qui l'effetto traslativo è immediato) ma comunque vengono realizzati per sistemare i propri affari in vista della morte del dante causa.

Ovviamente proponendo questo istituto come **una valida alternativa al negozio testamentario** (proprio perchè si tratta di un negozio effettuato in vista della morte, dove se la morte non è causa è comunque l'occasione che il disponente sfrutta anticipatamente per disporre di determinati beni), è chiaro che qui il legislatore ha dovuto garantire quei soggetti che però potrebbero essere pregiudicati da questo patto e cioè il legittimari, i quali, in caso di apertura della successione, potrebbero teoricamente esercitare l'azione di riduzione qualora il valore del lascito dovesse eccedere la porzione disponibile:

- proprio allo scopo di coordinare questo trasferimento immediato di risorse con i principi della successione necessaria (e quindi con la tutela dei legittimari) il legislatore ha fatto ricorso ad una vera e propria fictio disciplinata dall'art. 768 quater, dicendo in primo luogo che al patto devono partecipare, oltre agli assegnatari, anche coloro che sarebbero legittimari se in quel momento si aprisse la successione dell'imprenditore (quindi coniuge e figli) e poi che gli assegnatari devono liquidare agli altri partecipanti (cioè ai legittimari, salvo che questi non vi rinunzino) il valore corrispondente alla quota di cui agli artt. 526 ss. -cioè alla quota di legittima- o in denaro oppure in natura;
- la grande conseguenza di questo meccanismo è che in questo modo scatta un meccanismo di stabilizzazione di tutte le attribuzioni patrimoniali operate mediante il patto, disapplicando quegli istituti di natura successoria che perseguono lo scopo della precarizzazione delle attribuzioni

patrimoniali precedenti, e quindi vengono disapplicati l'istituto della collazione (di cui al 737 che prevede che i discendenti che concorrono alla successione debbono conferire ai coeredi le donazioni ricevute), sia l'istituto della azione di riduzione (cioè quell'azione che il legittimari possono esercitare nei confronti di quelle donazioni che sono lesive della loro quota di legittima, per ottenere la declaratoria di inefficacia di quelle donazioni nella misura in cui esse eccedono la quota disponibile e dunque intaccano la quota di riserva);

- insomma il fatto che gli assegnatari ricevano un'attribuzione patrimoniale e però debbano soddisfare nel contempo i diritti dei legittimari, opera un bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore ad operare un trasferimento anticipato di beni e l'interesse dei legittimari a che quel trasferimento non leda i propri diritti.

{parte facoltativa un pò complicata} Sempre a proposito della natura giuridica del patto di famiglia, le principali discussioni hanno però riguardato i **rapporti tra il patto di famiglia ed i patti successori**, e la questione è risultata ancora più pressante alla luce dell'inciso che il legislatore ha ritenuto di anteporre al vecchio art. 458 c.c., alla luce della quale i patti successori restano nulli salvo appunto quanto previsto dagli artt. 768 bis e ss. facendo pensare, dunque, che ci si trovi al cospetto di un contratto che ha sì la natura giuridica di un patto successorio e però il legislatore lo abbia eccezionalmente consentito (quindi un patto successorio eccezionalmente valido);

- una prima tesi ha perentoriamente negato che ci si trovi al cospetto di un patto successorio e questo perchè il patto di famiglia difetta radicalmente dei caratteri degli atti mortis causa e questo perchè mentre negli atti mortis causa il soggetto dispone delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere, qui vi si trova al cospetto di un atto inter vivos che ha solo una rilevanza post mortem (cioè è fatto solo in vista della morte) ma possiede effetti traslativi immediati, e quindi seguendo questo discorso la precisazione che il legislatore ha ritenuto di fare nell'art. 458 c.c. non sarebbe altro che il frutto di una mera suggestione provocata dall'esistenza di un dibattito sulla opportunità della permanenza o meno di questo divieto nel nostro ordinamento (cioè il legislatore avrebbe solo messo le mani avanti per dire che il divieto dei patti successori in realtà rimane fermo);
- accanto a questa tesi vi è poi chi ha affermato che ci si troverebbe al cospetto di un patto istitutivo ed in questo senso si è detto che tale configurazione risulterebbe nell'ipotesi in cui nel patto di famiglia venisse apposto il termine iniziale cum moriar o la condizione sospensiva si praemoriar, perchè in tal caso il disponente ci sta dicendo che l'effetto traslativo è rinviato o al momento della morte oppure al verificarsi della condizione della sua premorienza rispetto all'assegnatario: ed allora se il disponente effettivamente inserisse questo termine o questa condizione si sarebbe effettivamente in presenza di un patto istitutivo reso valido in via eccezionale);
 - questa tesi però non è una tesi che consente di pervenire ad una soluzione certa perchè in questo caso il patto di famiglia contenente un'attribuzione si moriar o praemoriar potrebbe essere visto anzicchè quale patto successorio istitutivo anche come una donazione cum moriar o si praemoriar la cui validità è attualmente discussa (qualcuno dice che in realtà si tratta di patti dispositivo perchè rinviando comunque il momento attributivo al momento della morte analogamente al testamento; altri invece ne affermano la validità, sul rilievo che non è vero che tutti gli effetti sono rinviati al momento della morte, atteso che qui il beneficiario acquista immediatamente qualcosa e cioè acquista la stessa posizione di aspettativa giuridicamente rilevante dell'acquirente a termine o sotto condizione sospensiva, per cui non essendovi il rinvio di tutti gli effetti al momento della morte ma un'anticipazione di alcuni effetti già al momento dell'atto dispositivo, queste donazioni non sono mortis causa ma inter vivos e quindi non integrano un patto istitutivo);
- secondo altri si tratterebbe di un patto dispositivo (cioè un patto con il quale si dispone dei diritti che possono derivare da una successione non ancora aperta, laddove questo patto dispositivo sarebbe ravvisabile nel comportamento dei legittimari i quali accettando una somma a tacitazione della loro quota di legittima stanno appunto "disponendo" dei diritti che deriverebbero da una successione non ancora aperta);
 - anche questa tesi però presenta qualche aspetto di criticità e questo perchè se è vero che in apparenza il legittimario sta disponendo della propria quota di legittima (accettando un valore idoneo a soddisfarla), è anche vero che anche in questo caso dobbiamo andare a vedere se ricorre la caratteristica centrale che connota il divieto dei patti successori (cioè la presenza di un patto che rinvia tutti gli effetti a dopo la morte del soggetto), laddove nel nostro caso questa circostanza appare smentita dal fatto che il valore della quota di legittima si determina non già con riferimento al futuro momento della morte ma si determina attualmente, cioè al momento del patto, calcolandosi la quota su quello che è l'attuale valore del bene che viene trasferito agli assegnatari (e quindi i valori sono quelli attuali, circostanza che conferma che l'atto dispositivo in quanto ha ad oggetto valori attuali non mantiene alcun aggancio con il momento della morte);
- secondo altri ancora un patto rinunciativo (laddove l'ultimo comma dell'art. 768 quater prevede che quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto all'azione di riduzione; e quindi si dice che i legittimari accettando la somma a tacitazione della quota di legittima stanno in effetti rinunciando all'azione di riduzione, rinuncia che è stata sempre tradizionalmente intesa come integrante un patto rinunciativo);
 - anche questa tesi è stata criticata dicendosi che l'art. 768 quater all'ultimo comma non prevede una vera e propria rinuncia all'azione di riduzione ma prevede semplicemente che quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a riduzione (per cui non si tratterebbe di vera rinuncia ma si tratterebbe di un effetto legale che deriva dall'accettazione della somma offerta dal beneficiario), anche se per la verità questa critica è un pò

debole perchè non considera che la rinuncia all'azione di riduzione (anche se effetto legale dell'accettazione) avviene pur sempre consapevolmente da parte del legittimario (cioè il legittimario sa bene che al momento dell'accettazione sta rinunciando all'azione di riduzione e quindi effettivamente si potrebbe intravedere nella fattispecie un patto rinunciativo);

- proprio sulla scia di tutti questi dibattiti, in realtà sta prendendo sempre più piede in dottrina l'idea che non si tratti in effetti di un patto successorio (o se lo è lo è solo dal punto di vista dei legittimari rispetto all'azione di riduzione), ma si tratti di un istituto di diversa natura e cioè di un contratto che non va tanto agganciato al momento dell'apertura della successione (anticipandone gli effetti) ma va agganciato a quella situazione che si verifica tra i coeredi dopo l'apertura della successione e cioè la comunione ereditaria e che cessa al momento in cui i coeredi domandano la divisione secondo le norme contenute negli artt. 713 ss. (che prevede che i coeredi possono sempre chiedere la divisione e che la divisione può essere anche fatta in sede di testamento dal testatore ex art. 734 c.c.), laddove però lo stesso art. 764 c.c. prevede in tema di azione di rescissione che essa può riguardare anche ogni altro atto che abbia come effetto quello di far cessare tra i coeredi la comunione ereditaria (e quindi il patto di famiglia non sarebbe altro che un atto con il quale si fa cessare la comunione ereditaria, con l'unica particolarità che questo contratto interviene in via anticipata rispetto alla instaurazione della comunione ereditaria) -nel senso che si tratti di un contratto divisorio anticipato depono anche la circostanza della collocazione sistematica dell'istituto del patto di famiglia che è stato collocato dal legislatore proprio dopo le norme sulla divisione ereditaria-;
 - il fatto che una comunione di fatto ancora non c'è è comunque superabile proprio in base al 768 quater che si basa su una finzione (cioè si fa riferimento alla stessa situazione che vi sarebbe se in quel momento si aprisse la successione), e quindi anche se una comunione ereditaria manca si fa finta che è come se ci fosse;
 - ed allora se il contratto in oggetto non è altro che un contratto di divisione anticipata della comunione ereditaria, si possono trarre anche delle implicazioni sulla natura giuridica onerosa o gratuita del patto, nel senso che in primo luogo va scartata la tesi che ci si trovi al cospetto di una donazione modale (non si tratta di una donazione modale perchè la causa non va ravvisata nello spirito di liberalità e cioè nell'esistenza di un interesse non patrimoniale);
 - escluso quindi che si tratti di una donazione, residua allora il problema se ci si trovi al cospetto di un negozio a titolo gratuito diverso dalla donazione o di un negozio a titolo oneroso e qui le posizioni della dottrina si diversificano, perchè alcuni dicono che trattandosi di un contratto plurilaterale occorre andare ad operare una distinzione nei rapporti tra le varie parti (è gratuito nei rapporti tra l'imprenditore -che persegue l'interesse patrimoniale di disporre dei propri beni- e l'assegnatario; è oneroso nei rapporti tra l'assegnatario ed i legittimari), mentre altri ritengono che in effetti è tutta la struttura del contratto a deporre nel senso dell'onerosità con l'unica particolarità che qui la prestazione a carico dell'assegnatario non va a beneficio del dante causa ma a beneficio di un'altra parte del contratto e quindi siamo al cospetto di un negozio oneroso non corrispettivo dove la controprestazione va a favore di un soggetto diverso da quello che ha operato la prestazione).

Altri problemi rilevanti hanno riguardato la **struttura del patto di famiglia** quanto all'aspetto soggettivo, nel senso che ci dobbiamo domandare quali sono le parti necessarie nel patto di famiglia (cioè che cosa succede in caso di *legittimari pretermessi*) e la questione in effetti si pone andando a confrontare le due norme rilevanti sul tema e cioè l'art. 768 quater (che prevede che al contratto devono partecipare coloro che sarebbero legittimari se in quel momento si aprisse la successione) e l'art. 768 sexies (il quale prevede che all'apertura della successione i legittimari che non abbiano partecipato al contratto, possono chiedere al beneficiario il pagamento della stessa somma prevista dal 768 quater aumentata dagli interessi legali e precisa che l'inosservanza di questa disposizione costituisce motivo di impugnazione ai sensi dell'art. 768 quinquies che espressamente rinvia al 1427 in tema di annullabilità del contratto e con il ridotto termine di prescrizione di un anno);

- il combinato disposto da queste due norme fa sorgere certamente un problema di coordinamento, perchè da un lato si dice che i legittimari devono partecipare e dall'altro si dice che quelli che non hanno partecipato possono chiedere il pagamento della somma spettante ed in caso di inosservanza di tale disposizione possono domandare l'annullamento del patto di famiglia: ed allora è chiaro che si deve stabilire se le due norme stanno dando possibilità alternative ai legittimari (che cioè devono partecipare ma se non partecipano devono comunque avere una somma ed in mancanza possono domandare l'annullamento), oppure se le due norme stanno facendo riferimento a legittimari diversi, distinguendo tra quelli esistenti al momento del patto (che devono per forza partecipare) e quelli sopravvenuti e cioè nati dopo la stipulazione del patto (che invece non devono ovviamente partecipare ma hanno diritto di ottenere una somma di denaro a pena di annullabilità).

Secondo **la tesi prevalente**, dobbiamo partire dal presupposto fondamentale nel nostro ordinamento che è il principio di intangibilità delle sfere giuridiche patrimoniali dei terzi ex art. 1372 co. 1 c.c. per cui ogni volta che il contratto è diretto a realizzare degli effetti nella sfera giuridica di un terzo quel terzo deve necessariamente partecipare al contratto, laddove le deroghe previste dal secondo comma della norma devono essere delle deroghe esplicite e chiare;

- ora dalla lettura dell'intera normativa prevista in tema di patto di famiglia, confrontando le due norme (quater e sexies) non può dirsi rimarcata con certezza la possibile estraneità di tutti i legittimari al patto di famiglia, tanto più che la norma più chiara sembra proprio il 768 quater che dice che i legittimari debbono necessariamente partecipare al patto;
- ed allora l'unica conclusione possibile è che le due norme riguardino due diverse categorie di legittimari, e cioè il quater riguarda i legittimari esistenti al momento del patto (la norma infatti prevede la partecipazione solo di quelli che secondo la *fictio* sarebbero legittimari in quel momento; costoro quindi debbono necessariamente partecipare a pena di nullità) e il sexies riguarda i legittimari sopravvenuti, cioè quei legittimari che nascono dopo la stipulazione del patto (ed allora in questo caso è chiaro che non esistendo al momento del patto non dovevano partecipare, sicchè il sexies gli concede una tutela successiva consistente nell'azione di annullamento che però scatta solo in caso di mancato pagamento della somma di denaro);
 - seguendo questa tesi, dunque, occorre verificare le conseguenze delle inosservanze che si possono verificare: per quanto riguarda i legittimari sopravvenuti la norma prevede giustamente che non abbiano alcuna voce in capitolo in ordine al patto e quindi l'unica cosa che possono fare è accontentarsi del pagamento ed in caso di mancato pagamento possono agire per l'annullamento;
 - anche se è chiaro che aderendo a questa tesi, si crea un problema abbastanza imbarazzante per il discendente assegnatario: se sono discendente assegnatario nell'ambito di un patto dove non ci sono legittimari da soddisfare, è chiaro che non posso mai stare tranquillo, perchè dopo il patto può nascere un nuovo legittimario (pensiamo all'imprenditore che stipula il patto e poi genera un altro figlio) e quindi dovrò necessariamente disporre di una somma di denaro per tacitare quel legittimario in quanto, in caso di mancato pagamento, quel legittimario può esercitare l'azione di annullamento;
 - inoltre si noti l'altra enorme stranezza e cioè che il 768 sexies quando parla del mancato pagamento rinvia al 768 quinquies che disciplina l'annullamento: in pratica il legislatore sta dicendo che in caso di inadempimento, l'azione che protegge il legittimario sopravvenuto è l'azione di annullabilità e quindi in pratica sta dando luogo a quella che qualcuno ha chiamato una vera mostruosità giuridica, in quanto l'inadempimento di un'obbligo viene praticamente convertito in una causa di annullabilità del contratto (laddove lo strumento sarebbe stato quello della risoluzione): ma questa scelta viene difesa da altri che dicono che il legislatore non aveva molte alternative, atteso che l'azione di risoluzione pure avrebbe presentato grosse criticità in quanto i legittimari sopravvenuti non sono parti del contratto e quindi non avrebbero alcun titolo per domandare la risoluzione;
 - la posizione dei legittimari esistenti al momento del patto è invece certamente più vantaggiosa: la loro mancata partecipazione (ipotesi alla quale è parificabile il loro dissenso) costituirebbe causa di nullità per contrasto con norma imperativa (il quater dice che debbono partecipare e non prevede alcuna possibilità in contrario), e quindi se non vengono convocati possono agire con la più conveniente azione di nullità.

Un'ultima serie di questioni ha riguardato la questione della partecipazione di un **incapace** al patto di famiglia e qui la questione ha riguardato essenzialmente i minori ed i beneficiari dell'amministrazione di sostegno:

- in primo luogo viene in rilievo la posizione del minore, laddove nel caso in cui il minore sia beneficiario diretto dell'azienda, i genitori dovranno domandare l'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio dell'impresa al giudice tutelare ex art. 320 co. 5, mentre se il minore partecipa al patto semplicemente come legittimario, i genitori dovranno domandare l'autorizzazione al giudice tutelare ex art. 320 co. 3 (che è subordinata al riscontro dei caratteri della necessità o utilità evidente per il minore);
- quanto alla partecipazione da parte del soggetto sottoposto all'amministrazione di sostegno, qui occorre partire dal presupposto che l'amministrato conserva la capacità per tutti gli atti che non siano stati specificamente indicati nel decreto (art. 409 c.c.), per cui solo se dal decreto di nomina si evince espressamente la necessità dell'assistenza dell'amministrato, allora occorrerà l'assistenza del curatore il quale tuttavia dovrà essere al momento dell'atto specificamente autorizzato dal giudice tutelare: infatti l'art. 411 rinvia tra l'altro all'art. 375, per cui deve trovare applicazione il n. 3 previsto da questa norma (che in tema di tutore prevede che il tutore non può senza autorizzazione del tribunale procedere a divisioni);
 - ed allora siccome abbiamo detto che il patto di famiglia è in sostanza un contratto divisorio, deve ritenersi che se il decreto abbia preso in considerazione tale ipotesi, l'amministrato può partecipare al patto di famiglia ma deve ottenere la specifica autorizzazione del giudice tutelare.

A livello di prassi applicativa una delle principali questioni ha riguardato la compatibilità con la struttura tipica di alcune **clausole convenzionali** che pur non essendo previste dal legislatore le parti potrebbero inserire nel contratto imponendo all'interprete il compito di dover verificare di volta in volta la compatibilità di tali clausole con la struttura e la funzione tipica prevista dal legislatore in tema di patti di famiglia (e quindi l'interprete deve effettuare unitamente al vaglio di compatibilità anche il vaglio concernente la meritevolezza dell'interesse divisato dai contraenti);

- una prima clausola particolarmente usata è quella che condiziona l'effetto traslativo al momento in cui il beneficiario effettivamente liquiderà i legittimari pur partecipanti al patto (quindi un rinvio dell'effetto traslativo al momento in cui si verificherà l'adempimento, una vera e propria condizione sospensiva) e qui probabilmente non vi è nulla di illegittimo ed anzi viene in rilievo una clausola con la quale si intende maggiormente responsabilizzare la posizione del beneficiario e prevenire suoi comportamenti opportunistici e quindi possiamo dire che questa clausola è perfettamente in linea con il profilo causale della figura;
- una seconda clausola particolarmente usata è la previsione di una condizione risolutiva in caso di mala gestione da parte dell'assegnatario, nel senso che in caso di cattiva gestione il patto si risolve con conseguente restituzione dell'azienda in favore dell'imprenditore;
 - ora un po' tutti sono d'accordo sull'utilizzabilità di questa condizione risolutiva anche se diversi sono i percorsi seguiti, perchè qualcuno ha ritenuto di applicare analogicamente l'art. 791 in tema di donazione (si tratta della c.d. condizione di reversibilità, con la quale il donante pattuisce la restituzione delle cose donate in caso di premorienza del donatario ed allora è come se il donante stesse dicendo che nel momento in cui il donatario muore prima del donante, quei beni non devono passare ai discendenti del donatario ma devono ritornare al donante), mentre altri, negando l'applicabilità di questa norma (vuoi perchè il patto di famiglia non è una donazione, vuoi perchè lo scopo del patto di reversibilità è diverso da questo caso nel quale si fa questione di mala gestione) preferiscono andare a verificare la compatibilità di questa condizione risolutiva con gli scopi del patto di

famiglia (e la soluzione è positiva perchè se lo scopo voluto dall'imprenditore è quello di garantire stabilità e continuità nella gestione del processo produttivo, è chiaro che il comportamento del beneficiario sta mettendo in pericolo questo scopo e dunque si tratta di una clausola che garantisce particolarmente il disponente circa l'idoneità del beneficiario a raggiungere lo scopo finale cui l'istituto è tipicamente preordinato);

- altra clausola che pone qualche problema è la clausola risolutiva per l'ipotesi di sopravvenienza di un nuovo legittimario, e qui il problema è abbastanza delicato perchè il punto del dibattito è incentrato proprio sull'art. 768 sexies (che prevede che in caso di legittimario sopravvenuto, c'è l'obbligo di effettuare il pagamento della relativa quota), sicchè alcuni dicono che questa norma impedisce di prevedere anticipatamente una condizione risolutiva (cioè la norma si pone come disposizione che si candida a regolare in esclusiva questa ipotesi, precludendo ogni spazio all'autonomia negoziale), mentre altri più giustamente ritengono che la clausola deve intendersi come clausola comunque meritevole di tutela proprio perchè la nascita di un nuovo legittimario potrebbe certamente rimettere in discussione tutto l'assetto di interessi diviso dalle parti originarie;
- l'ultimo problema ha riguardato la previsione del divieto di alienazione (cioè una clausola con la quale il disponente obbliga il beneficiario a non cedere l'azienda) e questa clausola è assolutamente in linea con gli scopi del patto di famiglia (se lo scopo è favorire il passaggio generazionale ed intra familiare dell'azienda è chiaro che il disponente può avere tutto l'interesse a che quell'azienda resti in famiglia), anche se ovviamente dovrà trovare applicazione la norma di contenimento contenuta nell'art. 1379 c.c. che prevede che il divieto di alienazione è valido se è contenuto in convenienti limiti di tempo e soddisfa l'apprezzabile interesse di una delle parti.

{parte facoltativa un pò complicata} L'ultimo aspetto che va sottolineato riguarda le modalità attraverso le quali il contratto originario può essere **sciolto o modificato** e qui la norma centrale è costituita dall'art. 768 septies che prevede che la modifica o lo scioglimento possono avvenire secondo due distinte modalità e cioè o attraverso un diverso contratto (avente le medesime caratteristiche e i medesimi presupposti di cui al presente capo) oppure mediante recesso (se espressamente previsto nel contratto "e necessariamente attraverso dichiarazione agli altri contraenti certificata da un notaio");

- ora le due previsioni trovano il loro punto di coordinamento nel senso che per quanto riguarda la prima modalità (cioè il contratto) è chiaro che qui tutte le parti devono essere d'accordo nel senso di modificare o sciogliere il contratto (e quindi siamo al cospetto di un contratto modificativo o solutorio che va fatto nella stessa forma del patto di famiglia);
- per quanto riguarda il recesso, qui la norma chiarisce innanzitutto che non si tratta di un'ipotesi di recesso legale ma convenzionale (cioè occorre un'apposita clausola) e poi che la dichiarazione di recesso è un atto a veicolazione necessaria, nel senso che si pone come atto recettizio nel senso che il notaio deve essere garante (appunto certificare) che la dichiarazione di recesso venga conosciuta dalle altre parti del contratto;
- ovviamente qui il profilo più incerto riguarda le sorti dell'intero contratto a seguito della dichiarazione di recesso e questo perchè è chiaro che se dicessimo che il recesso determina l'inefficacia dell'intero contratto si rischia in qualche modo di appendere le sorti di quell'intero contratto alle bizzarrie della volizione individuale di un solo contraente e quindi la soluzione migliore è quella di ritenere che il recesso abbia come unico effetto quello di stralciare il singolo soggetto dall'intero rapporto contrattuale che però resta perfettamente valido ed efficace tra le altre parti; anche questa soluzione però presenta qualche problema;
 - ed infatti nell'ipotesi in cui a recedere sia il legittimario non assegnatario del bene (e che cioè ha ricevuto solo una quota), non dovrebbe esservi nessun problema, nel senso che quel recesso ha come unico effetto quello di obbligare il legittimario a restituire quanto ricevuto;
 - tuttavia il profilo più discusso è se si riespanda o meno la possibilità di esercitare l'azione di riduzione e questo perchè mentre alcuni dicono che il legittimario che ha partecipato al patto e che recede riacquista automaticamente questa possibilità, invece altri affermano che quel legittimario dovrebbe rifluire nella categoria di cui all'art. 768 sexies (cioè la categoria dei legittimari sopravvenuti) in ordine ai quali quanto previsto dalla norma nemmeno può applicarsi (quella norma infatti si limita a prevedere che i legittimari sopravvenuti hanno un diritto di credito al pagamento della quota ed in caso di mancato pagamento possono agire per l'annullamento, cosa ovviamente impraticabile qui perchè questi legittimari hanno comunque deciso di recedere e quindi hanno deciso di non volere il pagamento della quota) con la conseguenza che in

questo caso i legittimari che recedono devono restituire la somma e comunque non possono esercitare l'azione di riduzione.