

Divieto dei Patti Successori e Trust Familiari.

Nelle occasioni di confronto con altri professionisti, che normalmente preludono all'ipotesi istitutiva di un trust familiare, sovente la prima perplessità sollevata sul tema, tra le tante che ancora sono animate dalla poca conoscenza dell'istituto, è quella relativa alla compatibilità di tale strumento con il divieto dei patti successori contenuto nell'art.458 del codice civile. Immediatamente il trust familiare viene visto come un'ipotesi riconducibile a tale divieto. Non si può escludere in modo aprioristico che un trust venga strutturato in modo tale da commettere l'errore di entrare in conflitto con detta norma, è tuttavia da escludere che ciò possa accadere per un automatismo dovuto allo schema giuridico del trust, come se questo integrasse naturalmente la fattispecie prevista dal divieto; vale la pena, quindi, di analizzare le ragioni che ne rendono comunque difficile la realizzazione.

L'art. 458 c.c., dopo la modifica apportata dall'introduzione nell'ordinamento del "Patto di Famiglia", dispone *"Fatto salvo quanto disposto dagli art. 768 bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi"*. La citata disposizione contiene, quindi, tre diverse fattispecie: il c.d. patto istitutivo, ossia la "convenzione con cui taluno dispone della propria successione"; il c.d. patto dispositivo, cioè "l'atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta"; ed infine, il

c.d. patto rinunciativo, ovvero ogni atto con il quale taluno rinuncia ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta¹. Le tre figure condividono tra loro soltanto l'aver ad oggetto beni che si riferiscono ad una successione non ancora aperta, e così come diverse tra loro sono le fattispecie che si possono realizzare per contravvenire al divieto di patti successori, diverse sono le ragioni che sottostanno alla previsione del divieto stesso per ciascuna fattispecie. Mentre la prima è qualificabile come atto *mortis causa*, le altre due sono riconducibili alla categoria degli atti *inter vivos*². Già da quanto sin qui detto è immediatamente evidente che, dati i soggetti normalmente interessati e le rispettive funzioni all'interno dello "schema" del trust, l'unica ipotesi di patto successorio utile all'esame qui svolto non può essere che quella riferita al patto istitutivo, non potendosi in concreto realizzare né il patto dispositivo né quello rinunciativo poiché i soggetti che possono dare vita a questi patti non

1 M. CALOGERO. *Disposizioni generali sulle successioni*. In *Codice Civile – Commentario* fondato da P. Schlesinger – diretto da F.D. Busnelli. 94 - Salvo il profilo della tecnica legislativa, in particolare, il legislatore del 1942 ha racchiuso il divieto dei diversi tipi di patti successori in un unico articolo; lo stesso divieto, vigente il precedente codice, era enunciato in termini generali dall'art. 1118 ("Le cose future possono formare oggetto di contratto. Non si può rinunciare ad una successione non ancora aperta, né fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta sia con terzi, quantunque intervenisse il consenso di esso"), ma ripreso da altre disposizioni (quali gli artt. 954, 1380, 1460) relative ad ipotesi specifiche.

2 Per patti successori istitutivi si intendono quelle convenzioni con le quali si istituisce un erede o un legato, o ci si impegna a farlo in un successivo testamento; per contro patti dispositivi e rinunciativi sono quelli con i quali un soggetto dispone, non della propria successione, ma dei diritti che gli possono derivare dalla successione dell'altra parte contraente o di un terzo (patti dispositivi), ovvero rinuncia ad essi (patti rinunciativi). Con i patti istitutivi queste due ultime figure condividono soltanto l'aver ad oggetto beni che si riferiscono ad una successione non ancora aperta. E mentre il fondamento del divieto dei patti successori istitutivi è generalmente ravvisato nell'esigenza di tutelare ed assicurare la libertà di disporre della propria successione col testamento, cioè con l'atto tipico di ultima volontà, assolutamente revocabile (dove l'incompatibilità con la struttura della istituzione pattizia di erede o di legato), la ragione del divieto dei patti dispositivi e rinunciativi è individuata in varie esigenze - come quelle di impedire a giovani inesperti e prodighi di dilapidare tutte le loro sostanze prima ancora di venire in possesso, ovvero di evitare convenzioni immorali e socialmente pericolose (*votum captandae mortis*), oppure di rendere certo e operativo il traffico giuridico - dubitandosi finanche della loro natura di atti *mortis causa*, in quanto non incidono direttamente sul fenomeno successorio. Invero solo l'istituzione contrattuale di erede e il legato attribuito mediante contratto (patti successori istitutivi) si configurano come vere e proprie disposizioni *mortis causa*. (Cass.Civ. Sez.II, 09.05.2000, n.5870)

intervengono mai in un atto istitutivo di trust potendo, al più, essere i destinatari delle disposizioni in esso contenute.

Oggetto, quindi, della nostra attenzione è la fattispecie del patto istitutivo. Si sostiene, anche se ritenuto ormai del tutto inattuale e diversi sono stati i tentativi di modifica dell'art.458 attraverso successivi disegni di legge³, che il divieto dei patti successori realizza la necessaria conseguenza della scelta del legislatore che ha previsto il testamento, quale unico mezzo per orientare la propria successione *mortis causa*⁴. Il dibattito, intorno ai motivi che hanno portato il legislatore ad una simile scelta, origina sin dalla codificazione del 1865 ma il motivo primario accreditato da dottrina e giurisprudenza risiede nell'esigenza di tutelare ed assicurare la "libertà di disporre" della propria successione con un atto di ultima volontà, ed il divieto di patti successori (fattispecie istitutiva) rappresenta la garanzia della revocabilità e modificabilità delle disposizioni testamentarie, fino al momento ultimo della propria vita⁵. Considerando,

3 M.A. IANNICELLI *Il divieto dei patti successori: prospettive di revisione legislativa* Fam.Pers.Succ., 2008, 04, 361. Da tempo gli interpreti manifestano insoddisfazione e insofferenza nei confronti di un divieto che molti reputano un "relietto storico", se non addirittura un freno alla nostra economia. Ove si consideri che, oltre all'Italia, gli unici Paesi europei in cui sia ancora contemplato il divieto dei patti successori sono Francia, Spagna, Portogallo, Belgio e Lussemburgo, appare evidente la posizione di isolamento rispetto alla quasi totalità degli ordinamenti europei, e anacronistico il limite all'esplicazione dell'autonomia privata in materia successoria.

Modifiche al codice civile in materia di patti successori. Proposta di Legge n. 1512 del 1996 d'iniziativa dei Deputati Becchetti più altri. *Nuove norme in materia di patti successori relativi all'impresa.* Disegno di Legge n. 2799 del 1997 e n. 1353 del 2002 del Senatore Pastore più altri.

4 RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Padova 1994. 10 – L'indicazione del testamento, e solamente di tale atto, come fonte regolatrice della vocazione per volontà del privato (art.457) si traduce nella negazione degli altri strumenti dell'autonomia negoziale in astratto possibili, ed in primo luogo del contratto.

M. CALOGERO. *Disposizioni generali sulle successioni.* In *Codice Civile – Commentario* fondato da P. Schlesinger – diretto da F.D. Busnelli. 106 – Non sembra che vi siano ostacoli di ordine pratico o dogmatico per il riconoscimento legislativo, anche nell'ambito del nostro sistema, della validità di negozi diversi dal testamento attraverso i quali disporre dei propri beni per il tempo successivo alla morte. In tal senso depongono, tra l'altro, il fatto che per lungo tempo, a partire dal XII secolo fino alla codificazione del 1865, negli ordinamenti allora esistenti nel territorio italiano, la successione contrattuale è coesistita con quella testamentaria e con quella legittima, rappresentando sostanzialmente la terza forma di attribuzione dei beni ereditari.

5 Non manca chi in tale assunto rinviene una aporia. Secondo LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto*

quindi, la libertà di testare un principio fondamentale del nostro ordinamento la violazione di tale principio si pone in contrasto con l'ordine pubblico. Per evitare di incorrere nel divieto a nulla rileva la circostanza che solo una parte dei beni possa essere oggetto di un patto successorio lasciandone esclusa la gran parte di essi, incuranti di una ipotetica distinzione tra successione a titolo universale e successione a titolo particolare. Se così non fosse, sarebbe sufficiente effettuare singole disposizioni per il tempo successivo alla morte relative a ciascun bene, evitando il divieto della disposizione sull'intero patrimonio. Il patto successorio istitutivo è, dunque, quella convenzione con la quale si istituisce un erede o un legato, o ci si obbliga a farlo in un momento successivo per mezzo del testamento; l'oggetto è rappresentato dai beni che formano il patrimonio, potendovi comprendere in questo anche quelli che entreranno a farne parte fino al momento di apertura della successione. Delinearne esattamente i contorni è, comunque, compito particolarmente difficile, essendo completamente sprovvisti di riferimenti normativi, per farlo la dottrina si è aiutata analizzando le discipline straniere – soprattutto quella tedesca – che invece non risentono di tale divieto e conoscono la figura dell'istituzione contrattuale di erede o legatario. Con l'istituzione contrattuale di erede o di legatario, quindi, il disponente attribuisce a determinati beneficiari, per il tempo successivo alla morte, il proprio patrimonio o beni individuati. Tale attribuzione non è immodificabile, né, salvo si tratti di beni

vigente e prospettive di riforma in Rivista Notariato 1988, 1221 - “Impedire al disponente di limitare volontariamente la propria autonomia, attraverso la volontaria sottrazione del potere di revoca, ... in funzione di interessi non futili e socialmente apprezzabili, che egli intende perseguire, vuol dire di fatto imporre limiti a tale autonomia”.

individuati, risulta quantificabile al momento della stipulazione del contratto; il disponente conserva, in linea di principio, il potere di disporre durante la vita dei propri beni, ed al beneficiario perverranno non solo i beni presenti al momento del contratto, ma anche quelli che verranno successivamente acquisiti al patrimonio del disponente. Utile, a questo punto, per circoscrivere l'ambito di applicazione del divieto dei patti istitutivi è la riflessione circa la distinzione esistente tra un'attribuzione patrimoniale *mortis causa* ed un'attribuzione patrimoniale *post mortem*⁶; nei primi l'atto è preparato con il fine preciso di trovare nella morte la causa dell'attribuzione – la morte costituisce in questo caso l'elemento causale –; nei secondi “la morte è evento dedotto in condizione o è termine fissato dalle parti in un negozio *inter vivos* per la produzione di effetti giuridici finali del negozio”. Dal riconoscere a un atto la natura di negozio *mortis causa* contrattuale dipende non solo un diverso atteggiarsi degli effetti, ma, in via di principio, la stessa validità. Il divieto dei patti successori pone il problema del confine fra contratti *inter vivos* con effetti *post mortem* (dove la morte di uno dei contraenti figura soltanto come termine o condizione, ovvero come evento per la piena attribuzione patrimoniale) e contratti in cui la morte assume rilevanza causale. È evidente che soltanto questi ultimi, cadendo nel divieto, sono da ritenere nulli; poiché non tutti i contratti i cui effetti siano in qualche modo collegati con la morte di uno dei contraenti, assumono necessariamente carattere di disposizione a

6 M. CALOGERO. *Disposizioni generali sulle successioni*. In *Codice Civile – Commentario* fondato da P. Schlesinger – diretto da F.D. Busnelli. 115 – La distinzione si può far risalire alla indagine sul contenuto atipico del testamento di Giorgio Giampiccolo, secondo il quale gli atti che producono o possono produrre i propri effetti finali dopo la morte del loro autore vanno distinti in tre gruppi: a) atti *mortis causa*, b) atti *post mortem*, e, infine, c) “atti sotto modalità di morte, qualificati dal semplice effetto (finale) *post mortem*”.

causa di morte. L'autonomia privata in sede testamentaria conosce limiti molto rigidi, riacquista però tutta la propria valenza quando la struttura contrattuale prescelta determina l'immediato trasferimento del bene attraverso un atto *inter vivos*, pur subordinandone la definitività alla morte. In tali casi si è al di fuori dell'ipotesi del patto successorio, trattandosi dell'utilizzazione di determinati schemi negoziali caratterizzati dall'efficacia post mortem, la cui validità è stata generalmente ammessa⁷.

Non si qualifica *mortis causa* ogni atto (trasferimento di diritto) che acquista (piena) efficacia con la morte del disponente, ma solo quell'atto col quale una persona dispone dei suoi diritti patrimoniali non attualmente, bensì per il tempo in cui, avendo cessato di vivere, non potrà più conservarne la titolarità. Pertanto se la morte del titolare del diritto impone che si disponga sulla sorte del diritto stesso, l'atto di disposizione è *mortis causa*; mentre se l'atto si perfeziona e diviene vincolante indipendentemente dalla morte, vien meno qualsiasi legame fra morte e atto di disposizione e si dà sempre luogo a un negozio *inter vivos*, nonostante il differimento della sua efficacia al momento della morte di una delle parti.

Benchè non si possano creare equivoci nella distinzione tra atti *mortis causa* e atti con effetti *post mortem*⁸, la giurisprudenza ha dimostrato di non accogliere sempre tale

7 È stata ritenuta valida la donazione con cui il disponente si riserva, vita natural durante, l'usufrutto dei beni donati, stante l'attualità e immediatezza dell'acquisto della nuda proprietà, essendo successivo alla morte del donante solo l'immissione nel possesso. (Cass., 13 ottobre 1958, n. 3240; 27 settembre 1954, n. 3136); è stata riconosciuta valida la donazione sotto condizione della morte (*si moriar*) o della premorienza (*si praemoriar*) del donante (Cass., 9 luglio 1976, n. 2619; 16 giugno 1966, n. 1547); parimenti è stato riconosciuto valido il mandato *post mortem* e il contratto a favore di terzo con effetti *post mortem* (Cass., 4 ottobre 1962, n. 2804; 25 marzo 1993, n. 3602).

8 ANTONIO PALAZZO – *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali* –. Mentre nell'atto *mortis causa* la morte assurge ad elemento causale e determina il costituirsi di un rapporto

distinzione, non sempre chiara e ben delineata, dando prova nelle proprie decisioni di analizzare le fattispecie prospettate non solo sotto il profilo formale quanto piuttosto guardando agli effetti reali che venivano a determinarsi⁹. Anche per queste ragioni la dottrina ha avvertito la necessità di elaborare un'ulteriore categoria di atti in aggiunta a questi, individuandola in quella degli atti *trans mortem*. Le caratteristiche che

prima inesistente, nell'atto post mortem il rapporto si è già costituito e la morte ha la funzione di determinare lo svolgimento effettuale del rapporto. L'attribuzione mortis causa è quella che trova la sua fonte in un atto volontario del soggetto, manifestato in funzione e previsione della propria morte. Quest'atto volontario è nel nostro ordinamento giuridico il testamento, l'unico meccanismo attraverso il quale può realizzarsi una attribuzione patrimoniale mortis causa. In altri termini, dal punto di vista oggettivo, ciò che connota l'attribuzione mortis causa è l'essere un'attribuzione del residuo (*quod superest*), la cui entità è determinata solo al momento della morte; tutte le volte in cui l'attribuzione sia invece determinata già in vita, rinviandosi soltanto l'effetto traslativo dopo la morte del disponente, si è nel campo degli atti (con effetti) post mortem. Questo aspetto della distinzione è assai importante, perché ci consente di delineare la linea di confine tra contratti validi e invalidi, a seconda della considerazione dei beni oggetto del contratto quali attribuzioni, rispettivamente, determinate ovvero indeterminate al momento della stipula dell'atto.

9 Cass., 9 maggio 2000, n. 5870 – “Ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art. 458 cod. civ. nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o legatario. Tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio "vinculum iuris" di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento. Conseguentemente deve essere esclusa la sussistenza di un patto successorio quando tra le parti non sia intervenuta alcuna convenzione e la persona della cui eredità trattasi abbia solo manifestato verbalmente all'interessato o a terzi l'intenzione di disporre dei suoi beni in un determinato modo, atteso che tale promessa verbale non crea alcun vincolo giuridico e non è quindi idonea a limitare la piena libertà del testatore che è oggetto di tutela legislativa.”.

Cass., 16 febbraio 1996, n. 1683 – “In tema di patti successori, per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 cod. civ. occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello "jus poenitendi"; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, debba aver luogo "mortis causa", ossia a titolo di eredità o di legato.”.

Cass., 22 luglio 1971, n. 2404 – “Per effetto del divieto dei patti successori, sancito dall'art 458 cod civ, non costituiscono valida fonte di obbligazione le convenzioni con cui una delle parti abbia inteso provvedere, in tutto o parzialmente, alla propria successione e l'altra acquistare, ad anticipato titolo di erede o di legatario, diritti su beni del futuro patrimonio ereditario del disponente. Per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui al citato art 458 cod civ occorre accertare 1) se il vinculum juris con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi così dello jus poenitendi 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo mortis causa e, cioè, a titolo di eredità o di legato.”.

delineano questa *species* sono: 1) l'uscita del bene dal patrimonio del disponente (inteso in questo caso non con riferimento ad un atto di trust, bensì nell'accezione generica di colui che dispone) deve avvenire prima dell'evento morte; 2) l'attribuzione del bene al beneficiario (anche in tal caso nell'accezione generica) diviene definitiva solo dopo l'evento morte del disponente; 3) il disponente ha riservato fino alla sua morte il potere (*ius poenitendi*) di modificare l'assetto patrimoniale rendendo inoperante il congegno negoziale posto in essere (diritto di recesso o revoca). L'elemento aggiuntivo rispetto alla categoria degli atti *inter vivos* con effetto *post mortem* è rappresentato dal punto 3) la cui presenza o assenza determina, quindi, l'appartenenza dell'atto all'una o all'altra specie¹⁰.

Dato, così, uno sguardo d'insieme ai contenuti del divieto dei patti istitutivi ed alle categorie concettuali ad essi riconducibili, è evidente che lo schema negoziale che ricorre nel caso dell'istituzione di un trust non è qualificabile come atto *mortis causa*, esso è inequivocabilmente un atto *inter vivos* con disposizioni che al più lo collocheranno tra quelli con efficacia *post mortem* o tra quelli *trans mortem*; tale

10 Tale elemento può essere espresso in diversi modi, alcuni assolutamente compatibili altri, invece, che possono entrare in contrasto, questa volta non con il divieto dei patti successori, ma con i principi che regolano il diritto dei trust e di cui si dà un breve cenno. Detta espressione del diritto di recesso o revoca non può mai concretizzarsi in una riserva mentale del disponente che possa configurare il principio contenuto nella massima "donner et retenir ne vaut". Si tratta di un principio di diritto consuetudinario normanno risalente alla metà del XVI secolo "*C'est quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée entre vifs, ou qu'il demeure en la possession d'icelle*". Tale principio in un precedente giurisprudenziale del 1991 è stato dichiarato vivo e vitale (E.Barla De Guglielmi, P.Panico, F.Pighi – *La legge di Jersey sul trust* – IPSOA, 42). In questo modo si darebbe vita ad un trust sham, questo termine inglese nel linguaggio comune ha il significato di finzione, inganno, simulazione; nel corso del secolo scorso il termine è stato impiegato nel campo giuridico al fine di invalidare negozi ed operazioni finanziarie o fiscali in cui non vi era una corrispondenza tra volontà dichiarata e quella effettiva. Va sottolineato che la nozione di sham rappresenta una delle tante nozioni di cui gli inglesi si sono avvalsi nel trattare fatti che noi siamo soliti considerare sotto la voce "simulazione" (E.Barla De Guglielmi – *Trust: opinioni a confronto* – IPSOA, 332)

impostazione indiscutibilmente fa sì che il trust, in astratto, non possa essere considerato come atto contrario al divieto dei patti successori.

I c.d. trust di famiglia si rivelano, quindi, come strumento particolarmente efficace per attuare una pianificazione patrimoniale ed una trasmissione di ricchezza fra vivi con effetto *post mortem* garantendo, eventualmente anche dopo la morte del disponente, l'unità del patrimonio familiare utile a soddisfare i bisogni dei singoli componenti.

Giuseppe Corti