

**NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA
CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II, 8 OTTOBRE 2008, IN
TEMA DI ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ CON
BENEFICIO D'INVENTARIO DA PARTE DELLA
FONDAZIONE ERETTA CON TESTAMENTO E DIVIETO
DI PATTI SUCCESSORI.**

*Romina Alberti **

**CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II CIV, 8 OTTOBRE 2008
N. 24813 ****

Pres. A. Vella – Rel. M. R. San Giorgio

**SUCCESSIONE IN GENERE – ACCETTAZIONE CON
BENEFICIO DI INVENTARIO – OBBLIGATORietà PER
LE PERSONE GIURIDICHE – FONDAZIONI**

**SUCCESSIONE IN GENERE – PATTI SUCCESSORI –
NULLITÀ EX ART. 458 C.C.**

A seguito dell'abrogazione dell'art. 17 c.c., per l'accettazione di eredità da parte di persone giuridiche non è necessaria l'autorizzazione amministrativa nemmeno nei casi in cui i termini per l'espletamento dell'iter autorizzativo erano già decorsi alla data di entrata in vigore della disciplina abrogatrice.

Nell'ipotesi di fondazione istituita per testamento, non si applicano le disposizioni sull'accettazione con beneficio di inventario delle eredità devolute alle persone giuridiche.

Non ricorre un patto successorio vietato, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c., quando tra le parti non sia intervenuta alcuna convenzione e la persona della cui eredità si tratta 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

* Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di Diritto Privato Generale, facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo.

legislativa. L'accordo vietato, pertanto, deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio "vinculum iuris", di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento.

SOMMARIO: 1. Il fatto – 2. Le questioni affrontate – 3. L'atto di dotazione patrimoniale quale *tertium genus* di attribuzione? – 4. *Segue*: La questione della perdurante attualità dell'art. 473 c.c. – 5. Il punto sul patto successorio – 6. Considerazioni conclusive.

1.- Due fratelli, ciascuno nel pieno e, per lo meno formalmente, libero esercizio della propria autonomia negoziale, programmano la rispettiva successione *mortis causa*, redigendo distinti testamenti olografi.

In astratto nulla di singolare o « sospetto»; non così però in concreto, per poco che entrambe le schede contengono una istituzione ereditaria a favore di una medesima fondazione, erigenda in base ad uno solo dei due testi negoziali. Alla morte dei due testatori, apertesì dunque le rispettive successioni in forza dei citati olografi, accade così che gli eredi legittimi di entrambi i defunti propongano azione di petizione dell'eredità innanzi al Tribunale di Gorizia, convenendo la istituita fondazione-erede universale.

Le censure sollevate in sede di giudizio erano sostanzialmente tre: nullità delle schede testamentarie per violazione degli artt. 458 e 589 c.c.; violazione dell'art. 17 c.c., oggi abrogato, ed infine decadenza dell'ente dal diritto di accettare l'eredità, alla stregua degli artt. 485 e 473 c.c.

Più in dettaglio, la nullità delle due distinte schede testamentarie veniva argomentata alla stregua della asserita esistenza di un sottostante patto successorio tra i loro due autori. La prova di siffatto accordo era desumibile – a giudizio degli attori - da un articolato insieme di elementi sia testuali che fattuali: l'identico contenuto degli atti, l'impiego di espressioni analoghe, la reciproca nomina dei disponenti quali amministratori l'uno del patrimonio dell'altro, il dato temporale della concomitanza delle schede ed infine le dichiarazioni di un teste.

L'assenza della «autorizzazione governativa», necessaria, stante il disposto del vecchio art. 17 c.c., all'accettazione delle eredità, al conseguimento dei legati, e più in generale ad ogni acquisto immobiliare o attribuzione di liberalità *inter vivos*, da parte di enti di cui al libro I del codice civile, muniti peraltro di riconoscimento, integrava il secondo motivo di censura mosso dagli eredi legittimi.

Infine, in merito alla intervenuta decadenza dell'ente dal diritto di accettare l'eredità, in forza degli artt. 485 e 473 c.c., si deduceva come, nonostante l'intervenuta immissione nel possesso dei beni costituenti la massa ereditaria, la fondazione non avesse provveduto ad eseguirne per tempo l'inventario – così come prescritto dalla prima delle norme invocate – così definitivamente perdendo anche il diritto di accettare puramente e semplicemente» (art. 473 c.c.).

Le articolate deduzioni degli eredi non trovavano, invero, alcun accoglimento da parte dei giudici di prime cure. Analogamente accadeva presso la Corte di Appello di Trieste, allorché veniva anzi rilevata l'insussistenza di qualsivoglia vantaggio patrimoniale «reciproco» per i testatori, come di qualunque patto giuridicamente vincolante, e sancita viepiù l'inapplicabilità delle norme sull'accettazione beneficiata alle fondazioni costituite con l'atto di ultima volontà.

Tale impianto argomentativo veniva infine confermato dalla II sezione civile della Suprema Corte di Cassazione con la pronuncia n. 24813 dell'08.10.2008.

2.- Nei commenti fin qui editi, la sentenza al nostro esame ha suscitato interesse soprattutto in relazione al profilo dell'applicabilità del combinato disposto degli articoli 473 e 485 del codice civile anche alle fondazioni create per via testamentaria.

Si è infatti sottolineato come la pronuncia del Supremo Collegio rappresenti una chiara presa di posizione dei giudici di legittimità sul controverso punto della natura giuridica del negozio di fondazione, nell'alternativa tra scindibilità o meno di tale atto in due diversi negozi, di costituzione e di dotazione patrimoniale dell'ente. Al problema dell'applicazione dell'articolo 473 e, soprattutto, al dibattito intorno alla opportunità di una sua abrogazione dedicheremo ampio spazio nel prosieguo.

Non particolare attenzione, da parte dei commentatori, è stata viceversa dedicata all'altra questione sostanziale trattata dalla Suprema Corte, concernente gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 458 del codice civile.

Da questo punto di vista, in effetti, la seconda sezione civile della Corte

di legittimità ha continuato a percorrere la via già tracciata dalle pronunce anteriori¹, affermando che la ricorrenza del patto vada dimostrata a partire dal riscontro dei suoi elementi essenziali, individuati nelle «*parti tra le quali questo è intercorso*» – ossia nella prova dell'esistenza di un promittente, che contratti per provvedere, in tutto o in parte, alla propria successione, e, simmetricamente, di un acquirente, il quale stipuli come avente diritto alla successione stessa - nella «*controprestazione costituente il corrispettivo della istituzione*» nonché nella «*idoneità giuridica del vincolo a determinare la volontà del testatore*»; e che, al contrario, non possa esserci convenzione obbligatoria là dove «*siano inserite locuzioni rivelatrici di impegni di carattere affettivo e morale*».

Nel caso di specie, poi, la questione è stata sviluppata a partire dalla (ed in funzione della) interpretazione di due distinte schede testamentarie, redatte da due autori diversi, il che mette peraltro capo all'ulteriore problema, dato dalla interferenza con il divieto di «testamento collettivo», di cui all'art. 589 del codice civile, parimenti esclusa però dalla Corte all'insegna del criterio della insussistenza del *vantaggio patrimoniale reciproco* per i testatori.

Se così è, però, ve n'è allora quanto basta per essere sollecitati a svolgere qualche riflessione circa l'attuale «stato dell'arte» in tema di divieto di patti successori nel nostro ordinamento, ed in specie per interrogarsi sulla sua perdurante ragion d'essere, sulla metamorfosi del suo raggio d'azione nonché soprattutto sulla portata attuale del principio di «libertà di testare», che quel divieto è storicamente deputato a presidiare.

Questa essendo la prospettiva di analisi prescelta, va da sé che un interesse minimo presenti la questione, pure affrontata dal Supremo Collegio, dell'applicabilità, alla fattispecie in esame, del previgente art. 17 del codice civile, inerente la necessità dell'*autorizzazione governativa*, ai fini dell'acquisto della persona giuridica².

¹ Per consultare il testo della sentenza v. Foro. It., 2008, 3519, Guida al Diritto, 2008, 43, 32. Precisamente: Cass. 24-7-1971, n. 2477, in Mass. Giust. civ., 1971, 1351, oltre alle già citate: Cass. 29-5-1972, n. 1702, in Giur. it., 1973, 1594, con nota di M.V. De Giorgi; Cass. 22-2-1974, n. 527, in Mass. Giust. civ., 1974, 249; ancora: Cass. 3-11-1979, n. 5693, in Mass. Giust. civ., 1979, 2502.

² Invero, in quanto acquisto a causa di morte. Si rammenta, infatti, che l'art. 17 c.c., successivamente abrogato con l. 15 maggio 1997, n. 127 (*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*) (art. 13), prevedeva

Ed invero, la narrativa in fatto riporta la data dell'8 aprile 1992 quale data dell'accettazione dell'eredità da parte dell'ente-fondazione, sicché è legittimo domandarsi se l'art. 13 della legge 15 maggio 1997, n. 127³, che ha, com'è noto, abrogato la suddetta norma codicistica e la cui efficacia è stata concepita, sin dal testo originario, come retroattiva⁴, dovesse o meno applicarsi anche a tale caso.

La questione è stata affrontata, tuttavia, nei due gradi di merito che hanno preceduto il giudizio di Cassazione, e condivisibilmente risolta nel senso per l'appunto della valenza retroattiva della norma abrogatrice della disposizione codiciale. In senso conforme, poi, la stessa Suprema Corte ha mostrato di avallare tale interpretazione, argomentandola anzitutto dalla lettera della norma del 1997, come novellata dalla l. n. 192/00, rilevando come «*la L. n. 127 del 1997, art. 13, comma 2*» preveda «*nel testo sostituito dalla L. 22 giugno 2000, n. 192, art. 1*» che le disposizioni di cui al comma 1 si applichino anche alle acquisizioni «*deliberate o verificatesi in data anteriore a quella di entrata in vigore della presente legge*».

3.- Prima di affrontare nello specifico la questione del divieto dei patti successori, qualche considerazione sia consentito svolgere in merito al nodo della pronunzia in esame che ha fin qui riscosso il maggiore interesse dei commentatori, costituito dalla sussistenza o meno dell'obbligo di

perentoriamente: «*La persona giuridica non può acquistare beni immobili, né accettare donazioni, o eredità, né conseguire legati senza l'autorizzazione governativa...Senza questa autorizzazione, l'acquisto e l'accettazione non hanno effetto*».

³ La norma dell'art. 13 della l. 127/97, nel più recente testo approvato con l. 22 giugno 2000, n. 192 (art. 1), prevede: «*L'articolo 17 del codice civile e la legge 21 giugno 1896, n. 218, sono abrogati. Sono altresì abrogati l'art. 600, il quarto comma dell'articolo 782 e l'articolo 786 del codice civile, nonché le altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, ovvero il riconoscimento o autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte delle associazioni, fondazioni e di ogni altro ente non riconosciuto. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche alle acquisizioni deliberate o verificatesi in data anteriore a quella di entrata in vigore della presente legge*».

⁴ L'art. 13 della l. 127/97 ha costituito più volte oggetto di modifica legislativa. Il testo originario, in vigore dal 18.05.1997 al 04.07.1998, già prevedeva, al secondo comma: «*Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche alle acquisizioni deliberate o verificatesi in data anteriore a quella di entrata in vigore della presente legge*». Così le successive modifiche, avvenute, dapprima, con l. 16 giugno 1998, n. 191 (art. 2), ed, infine, con l. 22 giugno 2000, n. 192 (art. 1) hanno mantenuto ferma la retroattività della norma.

accettazione «beneficiata» da parte delle fondazioni create *ex novo* con l'atto di ultima volontà o, per meglio dire, dell'applicabilità degli artt. 473 e 485 del codice civile anche a tale fattispecie. Quanto dire, in ultima analisi, della *vexata quaestio* circa la natura giuridica del negozio di fondazione.

L'interrogativo sorge dalla circostanza che l'ente istituito, compiuta l'accettazione dell'eredità, non eseguiva l'inventario del patrimonio nel termine prescritto dall'art. 485 c.c.⁵.

Nel ricostruire le fasi di svolgimento del processo, la Cassazione, parafrasando le motivazioni della Corte di Appello di Trieste, ascrive a questa l'osservazione per cui «*la fondazione costituita per testamento ... non può rinunciare, perché il patrimonio di cui essa consta è essenziale alla sua stessa nascita*».

La notazione è, in fondo, ambigua. In primo luogo, certamente essa richiama un dato ovvio, che è quello per cui non si può pensare che la fondazione, creata *ex novo* con testamento, possa sopravvivere senza una contestuale attribuzione patrimoniale *mortis causa*.

Nella realtà, però, questa evidenza sottende anche, secondo la Corte, che tale lascito non abbia né la natura dell'attribuzione ereditaria, né quella del legato, poiché non solo tale patrimonio «*viene acquistato automaticamente*» (e cioè senza accettazione), ma è, per giunta, irrinunciabile.

La spiegazione di tale meccanismo rivela l'adesione alla concezione per la quale il negozio di dotazione patrimoniale dell'ente sia un tutt'uno con il negozio di fondazione propriamente detto (o, anche, di costituzione della fondazione); per meglio dire, essa rivela che questa attribuzione presenta una *causa* autonoma, ossia la stessa causa «di pubblica utilità» che contraddistingue l'atto di fondazione.

Peraltro, come si diceva in premessa, proprio il sostegno a detta tesi «unitaria»⁶ spiega le ragioni dell'interesse dei commentatori verso tale pronuncia.

L'insegnamento dottrinario tradizionale, com'è noto, include nel *contenuto*

⁵ Sulla proposizione del medesimo problema per ciò che riguarda le fondazioni già erette ed istituite, successivamente, nel testamento, in giurisprudenza prevale per l'appunto l'orientamento restrittivo: si vedano, al riguardo, Cass. 8-5-1979, n. 2617, in *Giur. it.*, 1979, 1789 s. e Cass. 29-9-2004, n. 19598, in *Rin. not.*, 2005, 387 s.

⁶ la quale trova il suo ideatore in F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, sub artt. 11-35, Bologna-Roma, 1972, 164.

*atipico del testamento*⁷ l'atto di fondazione «in senso stretto», ossia la sola dichiarazione unilaterale della volontà di erigere l'ente⁸.

Ciò comporta che la sottostante dotazione patrimoniale, effettuata per mezzo del negozio testamentario, nulla abbia di diverso dall'attribuzione di eredità, di quota di eredità, ovvero di legato in favore della persona giuridica.

Ora, la Suprema Corte, non soltanto ripercorre in modo chiaro la contrapposizione storica tra la visione «bipartita» e quella della *reductio ad unum* dei due atti – di fondazione e di dotazione – ma, quasi di sfuggita, rileva come «l'atto di fondazione – che si compone attraverso una compenetrazione dei due momenti» possa dirsi «realizzare un contenuto atipico del testamento».

L'ulteriore passo, quindi – rispetto al quale tuttavia, per ammissione dello stesso giudice, la sentenza si inserisce sul sentiero già tracciato da Cassazione, n. 2958 del 1967 – sta nell'inquadramento dell'intero negozio all'interno di detto contenuto.

Sul piano degli effetti pratici, il riconoscimento o meno della natura della «attribuzione d'eredità» al lascito patrimoniale, si riflette sull'applicazione concreta dell'art. 473 c.c. ed è, quindi, questa, prima ancora che la *ratio legis* della norma, la causa del rigetto del motivo sollevato dai ricorrenti.

Giusto in merito all'applicazione dell'art. 473 c.c., è noto come parte della dottrina si sia espressa a favore di una abrogazione di tale disposizione⁹.

⁷ Mirabile l'opera di G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, passim.

⁸ Ciò, in particolare, deriva, secondo G. Giampiccolo, *Il contenuto*, cit., 3, dalla stessa definizione del testamento quale «atto di attribuzione patrimoniale a causa di morte, che opera attraverso l'istituzione di erede e/o di legatario»: ogni dichiarazione di volontà diversa, e che non sia riducibile ad una mera disposizione «accessoria» dell'istituzione di erede o dell'attribuzione di un legato, costituisce una dichiarazione *atipica*.

⁹ Ci riferiamo, in particolare, alla Proposta di disegno di legge per l'«Abrogazione delle disposizioni che prevedono la necessità dell'accettazione con beneficio di inventario per le eredità devolute a persone giuridiche (Abrogazione dell'art. 473 del codice civile)», formulata e avanzata da F. Padovini nel proprio intervento in seno al Convegno dal titolo *Verso la riforma del Libro I, Titolo XII, del Codice Civile*, tenutosi presso l'Università «L. Bocconi» di Milano, in data 10 marzo 2004, e di seguito pubblicata in *Riv. not.*, 2009, 737 s. (*Per l'abrogazione dell'art. 473 del codice civile: una proposta*). Del medesimo avviso, già: P. Carbone, *Dopo l'abrogazione dell'art. 17 c.c., le persone giuridiche devono accettare l'eredità con beneficio di inventario?*, in *Contr. e Imp.*, I, 1999, 61 s.; M.V. De Giorgi, *L'abrogazione degli artt. 600, 786 c.c. e la modifica dell'art. 473 c.c. (come rielaborare il codice attraverso la «Bassanini-bis»)*, in *Studium iuris*, 2000, 1190 s.

4.- La convinzione della necessità abrogativa deriva dal presunto legame con l'art. 17, argomentato dalla originaria lettera della norma sul beneficio coatto¹⁰, e dalla constatazione dell'espunzione progressiva, dal nostro sistema, di ogni altro articolo del codice relativo a qualsivoglia forma di controllo dello Stato sull'attività dei c.d. «corpi morali»¹¹. Una volta ricostruita la *ratio* del 473, anch'essa – al pari della norma di cui all'art. 17 – nella esigenza di contrasto del pericolo della «manomorta», larga parte della dottrina non ravvisa più alcuna valida ragione per la quale obbligare all'osservanza della norma, tantomeno per riscontrarvi qualsivoglia, residuale, funzione di tutela dell'ente dall'acquisto di *damnosae hereditates*.

La drastica conclusione viene ricavata da svariati argomenti.

In particolare – si afferma – la *ratio* di tutela dell'ente non si spiegherebbe se confrontata con l'altra fattispecie di accettazione beneficiata obbligatoria

¹⁰ Così recitava il testo della norma prima della novella della L. n. 192/00: «473. *Eredità devolute a persone giuridiche. - L'accettazione delle eredità devolute alle persone giuridiche non può farsi che col beneficio d'inventario, osservate le disposizioni della legge circa l'autorizzazione governativa. Questo articolo non si applica alle società.* ».

In tale ottica, la coartata redazione dell'inventario dei beni si inquadra nella stessa esigenza di controllo dell'accumulo di ricchezza da parte delle persone giuridiche e degli enti di fatto, agevolando, anzi, l'esito del procedimento autorizzatorio. Così, G. De Nova, *Novelle e diritto successorio: l'accettazione di eredità beneficiata degli enti non lucrativi*, in *Riv. not.*, 2009, 6, il quale parla di una funzione «ancillare» dell'inventario rispetto al rilascio del provvedimento dell'autorità, soprattutto in considerazione dell'impensabile conclusione, in tempi rapidi, dell'iter procedimentale (v. anche:... P. Carbone, *Dopo l'abrogazione*, cit., 63; M.V. De Giorgi, *L'abrogazione degli artt. 600, 786 c.c.*, cit., 1194; F. Padovini, *Per l'abrogazione*, cit., 738).

¹¹ Si rammenta in proposito che il primo intervento di riforma, prodotto dall'art. 13 della l. 127/97, comportava l'abrogazione dell'art. 17 c.c.; della l. del 21 giugno 1896, n. 218 («*Competenza dei Prefetti ad autorizzare le Province, i Comuni, e le Istituzioni pubbliche di beneficenza ad accettare lasciti e donazioni e ad acquistare beni stabili*»); nonché, genericamente, di tutte le altre disposizioni di controllo sugli acquisti delle persone giuridiche. Con il successivo art. 1 della l. 192/00, oltre alla modifica del predetto art. 13 della l. del 1997, l'ordinamento era altresì depurato dagli artt. 600 (che condizionava gli acquisti a causa di morte degli enti non riconosciuti all'intervenuto provvedimento di riconoscimento del medesimo entro il termine di un anno dalla data in cui il testamento era divenuto eseguibile), dall'art. 782, comma IV (che rendeva revocabile la proposta del donante fino a che non fosse stata notificata, a cura dell'ente donatario, la domanda volta a ricevere l'autorizzazione) e dall'art. 786 c.c. (con cui la donazione a favore di ente non riconosciuto era condizionata alla notificazione al donante dell'istanza per il riconoscimento, entro il termine di decadenza di un anno).

conosciuta dall'ordinamento, vale a dire con l'ipotesi relativa alla protezione dei soggetti legalmente incapaci (artt. 471 e 472): ci si interroga¹², così, su quale coerenza debba ravvisarsi nella scelta legislativa di non contemplare anche gli enti nella norma di favore (art. 489 c.c.) che, pur in presenza delle violazioni di cui agli artt. 485, 487, 488, 493, 494, 495, 505 e 527, accorda egualmente il beneficio della responsabilità limitata¹³. Tale critica sta, peraltro, alla base del suggerimento di quanti, in riscontro a codesta «disparità di trattamento», auspicherebbero, più che l'abrogazione della norma, un intervento della Consulta per la disapplicazione dell'art. 473¹⁴. Così come non permetterebbe di intravedere alcun barlume di ragionevolezza nella netta contrapposizione tra enti del libro primo e del libro quinto (art. 473, secondo comma), per ciò che una giustificabile *ratio* di protezione sarebbe da ravvisarsi anche con riferimento alle società che non godono del regime della responsabilità limitata¹⁵.

Ancora, l'interpretazione favorevole alla conservazione del 473 apparirebbe criticabile per una qual certa eccedenza del mezzo rispetto al fine, se, per cautelare l'ente contro il rischio di eredità in passivo, gli si precluda direttamente di acquistare, in alternativa alla redazione

¹² In particolare, v. G. Gabrielli, *L'accettazione di eredità da parte dei corpi morali*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 226.

¹³ La norma dell'art. 489 c.c. consente di salvaguardare l'incapace dal pericolo rappresentato dalla condotta negligente o di malafede del rappresentante legale. Recita la disposizione: «*I minori, gli interdetti e gli inabilitati non si intendono decaduti dal beneficio d'inventario, se non al compimento di un anno dalla maggiore età o dal cessare dello stato d'interdizione o d'inabilitazione, qualora entro tale termine non si siano conformati alle norme della presente sezione*».

¹⁴ Ancora G. Gabrielli, *L'accettazione di eredità*, cit., 226 e F. Padovini, op. cit., 738, secondo il quale: «*L'abrogazione consentirà, anzi, di evitare i dubbi di costituzionalità che la norma oggi suscita, là dove introduce una disparità di trattamento rispetto ai soggetti diversi dalle persone giuridiche, ormai senza più alcuna ragionevole giustificazione*».

¹⁵ Così E. Morelato, *Alle fondazioni costituite per testamento, dunque, non si applicano le disposizioni normative riguardanti l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 830 s. L'a. afferma (848): «*Il punto è che la ragione dell'imposizione dell'accettazione con beneficio d'inventario agli enti senza scopo di lucro è storica ed è da rinvenirsi nell'esigenza, antica ed ormai superata ... di controllo del patrimonio degli enti cosiddetti morali al fine di evitare l'eccessivo accumularsi di beni e proprietà in capo ad essi e quindi al fine di contrastare il noto fenomeno della «manomorta» (ecco perché vengono escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 473 c.c. le società, anche quelle che non godono del regime della responsabilità limitata)*».

dell'inventario¹⁶.

Infine, a voler insistere sulla indipendenza logica e funzionale della norma rispetto a tutti gli (abrogati) articoli del codice orientati ad imporre pesanti forme di controllo pubblicistico, non si comprenderebbe in quale altro modo interpretare l'affermazione contenuta nel n. 236 della Relazione al Codice Civile del 1942, che esplicitamente illustrava l'art. 473 c.c. in esclusiva relazione con l'art. 17¹⁷. A riprova ulteriore di codesto inscindibile nesso – si argomenta - a distanza di decenni la rubrica dell'art. 2 della legge del 2000 torna a collegare la modifica dell'art. 473 c.c. alla norma dell'art. 13 della L. n. 127/97¹⁸.

Tutte le suesposte argomentazioni legittimerebbero, in definitiva, la conclusione in favore della sopravvenuta inattualità della disposizione.

Gli autori che, viceversa, non condividono la tesi della abrogazione o della disapplicazione, hanno recuperato all'art. 473 una imprescindibile *ratio di tutela*, ora, dei creditori dell'eredità e dei legatari¹⁹, ora, dell'ente chiamato²⁰.

Ebbene, ci pare che, mentre condivisibile risulta questa ultima linea argomentativa, meno convincente sia invece quella che si rifà alla protezione dei creditori dell'eredità e/o legatari.

In particolare, il primo orientamento è stato motivato con l'osservazione per cui l'art. 490, secondo comma, n. 3, c.c. – che riconosce derivare, dal beneficio d'inventario, anche il vantaggio della preferenza dei creditori

¹⁶ Ragione che appare ancora più incomprensibile se accompagnata dalla considerazione per cui «*basso essendo il numero delle damnosae rispetto a quello complessivo delle eredità e singolare apparendo che di un'eredità verosimilmente dannosa taluno si sia preoccupato di disporre la devoluzione ad un corpo morale, si colpirebbero gli enti stessi con la sottrazione di un arricchimento che è assai più probabile del danno*» (G.Gabrielli, op. cit., 231).

¹⁷ Tale rilievo è, nuovamente, di V. Morelato, *Alle fondazioni costituite per testamento*, cit., 848, la quale (nota n. 33) riporta esattamente il passo della Relazione, ove si legge: «*posto nell'art. 17 il principio che le persone giuridiche non possono accettare né eredità né donazioni senza autorizzazione governativa, mi sono limitato in sede di coordinamento (art. 473) ad enunciare la norma che l'accettazione dell'eredità da parte di esse deve farsi col beneficio d'inventario*».

¹⁸ Precisamente, l'art. 2 l. 192/00 è intitolato: *Modifica dell'articolo 13 della legge 15 maggio 1997, n. 127, e dell'articolo 473 del codice civile*.

¹⁹ G. De Nova, *Novelle e diritto successorio*, cit., 6.

²⁰ E. Bilotti, *L'acquisto delle eredità devolute agli enti non lucrativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 689 s. ed E. Camilleri, *Gli acquisti degli enti diversi dalle società e la «gratuità in entrata»*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, 814 s..

ereditari sul patrimonio del *de cuius* – costituirebbe per questi una forma di tutela immediata benchè «*provisoria*», grazie alla quale ottenere quell'effetto di *separazione* dei patrimoni garantito, sebbene in modo più stabile, dall'istituto di cui all'art. 512 c.c.²¹.

In realtà, l'autorevole opinione menzionata, nel desiderio di restituire alla norma una sufficiente *ratio*, pare sovrapporre due strumenti di tutela che coincidenti non sembrano e che, pertanto, non possono differire semplicemente in relazione alla interinalità o definitività del medesimo effetto.

In primo luogo, per quanto il beneficio sia, in questo caso, imposto dalla legge (e, dunque, non rimesso alla facoltà del chiamato), la protezione del patrimonio del creditore rimane imperfetta: certamente la separazione dei patrimoni consente, infatti, ai creditori ereditari di mantenere un titolo di preferenza nell'esecuzione sulla massa ereditaria (rispetto ai creditori dell'erede), ma non gli permette di aggredire in alcun modo il patrimonio personale di questi. Il c.d. effetto di «separazione» è soltanto *unilaterale*, nel chiaro senso che, mentre sono le sostanze del beneficiato - l'unico, del resto, a venir qualificato come tale - ad essere salvate dall'avvento dei creditori dell'eredità e dei legatari, all'opposto il patrimonio di questi ultimi non rimane, necessariamente, indenne.

Soprattutto, la predetta *ratio* mal si attaglia con il secondo comma dello stesso articolo, il quale esclude l'obbligo dell'accettazione beneficiata proprio con riguardo alle società, e cioè a soggetti il cui patrimonio, a motivo dell'attività di impresa, presenta, paradossalmente, il maggiore rischio di incapacienza. Infatti, il beneficio coatto avrebbe ragione di essere previsto solo qualora, dalla esclusiva accettazione degli enti del libro primo piuttosto che da quella delle società e delle persone fisiche, discendesse un particolare pregiudizio per il credito vantato. L'inverosimiglianza di un tale fondamento espone, viceversa, la norma alla censura di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 cost..

²¹ Il chiamato all'eredità potrebbe, infatti, decadere dal beneficio o rinunziarvi. Così G. De Nova, op. cit., 6: «*Effetto legale della accettazione in tal forma .. è infatti l'immediata separazione dei patrimoni del chiamato accettante e del de cuius): si tratta tuttavia di situazione provvisoria, che non dispensa, come chiarito dalla stessa ultima parte dell'art. 490, n. 3 c.c., i creditori e i legatari dal promuovere la separazione dei beni per ottenere in modo stabile ciò che l'accettazione del beneficio assicura immediatamente solo in modo provvisorio*».

Dimostrata, quindi, l'impraticabilità della soluzione che scorge, nell'art. 473 c.c., una residua funzione di tutela dei creditori e dei legatari del *de cuius*, non resta che effettuare la disamina delle eccezioni che si contrappongono alla interpretazione abrogativa.

Con riferimento al nodo della disparità di trattamento fra organizzazioni non lucrative e soggetti incapaci, la dottrina citata trascura che l'applicazione del principio giuridico di eguaglianza (art. 3 Cost.), nella sua effettività, consegue esclusivamente al fatto di disciplinare in modo «uguale» fattispecie eguali. La norma di favore del 489 c.c. si spiega, in particolare, solo se calata nella realtà dell'incapace, che non ha la responsabilità diretta delle omissioni, dei ritardi o delle violazioni commesse da chi lo rappresenta. Acquisita o recuperata la piena capacità d'agire, la persona fisica si riappropria interamente, decorso un anno, della responsabilità per inosservanza delle norme in tema di inventario (art. 489), rimanendo, se la violazione è protratta, erede «puro e semplice». E' evidente che la stessa soluzione non può essere applicata agli enti, stante il fatto che della integrità del loro patrimonio questi non rispondono solo dinanzi a se stessi, ma dinanzi ai beneficiari dell'attività. La capacità di agire giuridicamente per il perseguimento dello scopo istituzionale è condizionata ai mezzi patrimoniali a disposizione della organizzazione, onde l'inaccettabilità di ogni soluzione che conduca alla acquisizione di patrimoni nell'alea conseguente al regime della responsabilità illimitata.

Del resto, tale *ratio* è, altresì, compatibile con la scelta di escludere le società dal precetto del beneficio coatto (art. 473, comma secondo), scelta, questa, non casuale ma di principio, perché motivata dalla precisa volontà del legislatore di sposare la causa degli enti del libro primo, preservandone il patrimonio e lasciando, invece, alla autonomia privata le decisioni relative alle modificazioni della ricchezza impiegata per fini di lucro²². L'interesse rappresentato dagli enti *no profit* è elevato ad un particolare rango di «meritevolezza», tanto da essere assicurato, con atteggiamento

²² In tal senso, v. E. Bilotti, *L'acquisto delle eredità*, cit., 702, ad avviso del quale: «non è infatti la stessa cosa investire risorse in vista di un profitto – e, dunque, alla realizzazione di uno scopo egoistico – ovvero destinarle a una qualche finalità ideale. Né può considerarsi irragionevole la scelta di riservare a quest'ultimo tipo di destinazione – certo non disinteressata, ma neppure orientata al profitto – una protezione più intensa e ulteriore rispetto al primo».

comprensibilmente paternalistico, dall'ordinamento. Non si tratta di disinteressarsi delle sorti dell'impresa societaria, esponendola ad acquisti, eventualmente, pericolosi: si tratta di garantire, in via sostanziale, il valore della *solidarietà sociale* (art. 2 cost.), attraverso gli strumenti posseduti dal legislatore.

Contro la riportata opinione che vede, poi, nella radicale negazione dell'accettazione «pura e semplice», uno strumento meno conveniente, per la consistenza del patrimonio, della eventualità di accedere sempre e comunque al lascito, si osserva che, appunto in quanto scelta «di principio», il legislatore ha impedito anche solamente l'astratta possibilità che, alla successione *mortis causa*, facesse seguito l'aggressione dei creditori ereditari o dei legatari sul patrimonio devoluto. Non si può, oltretutto, essere d'accordo sull'eccezione per cui, statisticamente, le *dammosae* costituirebbero una piccola percentuale in rapporto all'intero delle attribuzioni²³. L'atteggiamento di prudenza della legge è, anzi, più che giustificato dalla circostanza che la quantificazione esatta delle passività possa ben emergere ad un'analisi successiva dell'acquisto.

Ma vi sono ulteriori ragioni di ordine sistematico, interne ed esterne al codice, a conferma della volontà di mantenere l'integrità dei patrimoni destinati a «scopi di pubblica utilità».

Sin dalla disciplina generale delle associazioni, riconosciute e non, si apprende che gli associati, receduti o esclusi dall'associazione, non possono ripetere i contributi versati e non hanno alcun diritto sul patrimonio dell'ente (art. 24 c.c.), o che il fondo comune dell'associazione non riconosciuta non può essere diviso, finché questa dura (art. 37). La devoluzione dei beni si concretizza, infatti, solo nel momento in cui l'associazione perda interesse per lo scopo (il che avviene quando esso è già raggiunto o non è ulteriormente attuabile, ex art. 42 c.c.). Il soddisfacimento dei diritti patrimoniali degli associati viene, quindi, manifestamente postergato alla considerazione del fine perseguito.

Ancora, la recente introduzione dell'art. 2645-ter c.c. (legge 23.02.2006, n. 51) dimostra come, per la «realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma», la ricchezza a ciò deputata, attraverso la

²³ Manifestata, *ut supra* (v. nota n. 16), da G. Gabrielli, op. cit., 231.

trascrizione dell'atto di destinazione, venga consapevolmente «segregata» e, cioè, messa al riparo da ogni altra ragione di credito che non sia connessa con l'attuazione dello scopo altruistico. In questo modo non si fa altro che cercare di assicurare, il più stabilmente e seriamente possibile, l'interesse del beneficiario.

Ancora, dallo studio della normativa speciale sul c.d. *terzo settore*, è possibile evincere la preoccupazione costante del legislatore per la finalizzazione concreta dell'attività, e, funzionalmente, la conservazione dell'obbligo dell'accettazione con beneficio d'inventario (si vedano, a riguardo, la L. n. 266/91, «Legge Quadro sul Volontariato»; il D. lgs. n. 367/96 relativo alle *fondazioni musicali*²⁴ o la L. n. 383/00, sulle *associazioni di promozione sociale*)²⁵.

Il punto è, quindi, che la norma dell'art. 473 c.c. è indubitabilmente attuale, perché perfettamente inserita nell'ambito delle disposizioni che valgono a delineare quell'interesse relativo alla realizzazione degli scopi di pubblica utilità, che è immanente nell'ordinamento già a partire dalla lettura della nostra Carta Costituzionale, che viene oggi rilanciata in seno alla Carta di Nizza ed al Trattato di Lisbona.

Si può voler insistere sulla ricostruzione dell'originaria funzione dell'articolo 473, deputato principalmente, come si è detto, all'esercizio di un controllo statale sugli acquisti degli enti²⁶: ed invero, il metodo storico di analisi costituisce, sì, utile criterio per la comprensione della *ratio legis*, ma chiede anche di essere verificato in relazione all'evoluzione del sistema. Così,

²⁴ Secondo P. Carbone, op. cit., 67, «un'altra conferma è data dall'art. 15 d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367 relativo alla trasformazione dei teatri lirici in fondazioni di diritto privato. Ebbene detta norma esonera la fondazione-teatro lirico dall'autorizzazione ex art. 17 c.c. per l'accettazione di donazioni ed eredità, ma nulla dice in ordine alla accettazione beneficiata. Sembrerebbe pertanto che questi enti non siano stati esonerati da tale onere».

²⁵ In particolare, sulla sanzione della «cancellazione dal registro degli enti di volontariato», nell'ipotesi di inosservanza della norma che, in alternativa, impone l'impiego diretto dei beni allo scopo, ovvero la loro vendita, oltre che di tutte le agevolazioni fiscali ex D.lgs. n. 460/97, ci dà contezza M.V. De Giorgi, op. cit., 1196.

²⁶ V. Morelato, op. cit., 848; M.V. De Giorgi, op. cit., 1194; De Nova, op. cit., 3 s., il quale ricostruisce la storia dell'autorizzazione regia e governativa non soltanto come forma di controllo contro il pericolo di «manomorta», ma anche in relazione alla successiva esigenza di vigilanza sulla convenienza dell'acquisto (v. p. 4, ove l'a. si esprime in termini di «generalizzata funzione tutoria»).

se una particolare disposizione non risponde più alla sua funzione originaria, è il caso che l'interprete si domandi se essa non debba essere eliminata o se, piuttosto, non possa venire salvata assumendo, senza forzare il sistema, nuovi significati (metodo dell'interpretazione «evolutiva» o «adeguatrice»)²⁷.

Nel caso che si pone alla nostra attenzione, il legislatore ha addirittura agevolato questo difficile compito, manifestando chiaramente di non voler eliminare l'obbligo del beneficio di inventario, decretandone, anzi, la sopravvivenza sia al primo intervento riformatore, sia a seguito della L. n. 192/00 (oltre che nell'ambito di tutta la legislazione degli enti *no profit*). Nel d.d.l. n. 4334 del 1999 (poi trasformato nella legge del 2000) si legge, infatti: «*l'art. 473 del codice civile che condivisibilmente prescrive, in principalità, l'obbligo della persona giuridica di accettare le eredità con il beneficio dell'inventario e che solo a corollario aggiunge «osservate le disposizioni della legge circa l'autorizzazione governativa» rischia, infine, di fare un'ingiusta ed ingiustificata fine, ove si ritenesse che la portata abrogativa dell'articolo 13, nella sua parte residuale, anche ad esso debba applicarsi ... non si ritiene, per la verità, che tale debba essere la corretta interpretazione dell'art. 13»*²⁸.

La questione che, invece, più verosimilmente potrebbe porsi, una volta ritenuta la *ratio* di tutela dello scopo di pubblica utilità, è quella di come poter conciliare l'art. 473 c.c. con la nuova disciplina dell'*impresa sociale* (D.lgs. 24.03.2006, n. 155, in attuazione della legge di delega del 13.06.2005, n. 118), la quale, come noto – e alle condizioni indicate - non esclude gli enti del libro V dalla possibilità di svolgere la relativa attività²⁹. E' evidente,

²⁷ A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Quarantesimaterza edizione, Padova, 2007, 57.

²⁸ Ancora più chiaramente, tra le motivazioni del disegno di legge si osserva che «*il destro per la proposta di modifica ... viene proprio dall'osservazione dei primi spunti dottrinari che sono seguiti all'entrata in vigore dell'articolo 13 della legge, da cui appare la criticità nei confronti del relativo testo allora impiegato, oltre che la problematicità di una interpretazione corretta che .. non si spinga al contempo oltre limiti di decenza e di accettabilità, in sua ragionevole estensione analogica»* (su www.parlamento.it). La preoccupazione del legislatore è rivolta, come evidente, al pericolo di interpretazioni arbitrarie, affrontato attraverso una sorta di «interpretazione analogica autentica» dell'art. 13 della l. 127/97 (l'unica ritenuta possibile, proprio con esclusione di ulteriori interventi sull'art. 473 c.c.).

²⁹ V. A. Santuari, *Impresa Sociale*, in www.personaedanno.it, il quale giustamente nota (1) che «*l'obiettivo del legislatore è stato quello di fornire una disciplina «trasversale», applicabile agli enti del libro I e del libro V del codice civile»*.

infatti, che anche la società dovrebbe essere, in tale caso, obbligata ad accettare le eredità con il beneficio di inventario.

In realtà, il riferimento «*alle società*», contenuto nel secondo comma dell'art. 473, va inteso unicamente come rinvio di natura «sostanziale», vale a dire quale rinvio all'attività di impresa condotta esclusivamente o prevalentemente per scopo di lucro. Ciò significa che l'esigenza di tutela dell'ente societario non si pone, se non nel caso in cui questo operi principalmente come organizzazione *no profit*.

5.- Come già in premessa, il secondo profilo della sentenza in commento sul quale ci pare opportuno provare ad articolare una riflessione riguarda la possibilità o meno di intravedere un «patto successorio istitutivo» nell'accordo raggiunto dai due testatori, retrostante agli olografi dagli stessi redatti, e tale da astringerne in concreto la libertà negoziale. Deve tuttavia subito chiarirsi che le ragioni di attenzione a questo aspetto del decum del SC non risiedono nel fatto che si sia qui in presenza di un *revirement* giurisprudenziale; piuttosto negli snodi argomentativi che hanno condotto alla statuizione della Corte di legittimità, tra cui spicca quello della «sufficienza», o meno, degli elementi raccolti ai fini della prova dell'accordo vincolante.

L'accertamento della «*violazione e falsa applicazione dell'art. 458 c.c.*», da vestimento generico del mezzo di gravame diviene sintesi stessa dell'essenza giuridica della questione controversa.

La pronuncia in commento ha, inoltre, a che vedere con due questioni preliminari, che la Suprema Corte, a dire il vero, non tratta apertamente.

La prima fra queste, assolutamente implicita nella ricostruzione del fatto offerta dai ricorrenti, riguarda la sussistenza del cosiddetto patto istitutivo *obbligatorio* o *ad efficacia meramente obbligatoria*.

La dottrina prevalente³⁰ ritiene, com'è noto, che dell'art. 458 c.c. - nella

³⁰ Si vedano, in particolare, M. V. De Giorgi, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 66; della stessa a., *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 2004, 535; P. Schlesinger, *Successioni (diritto civile): Parte generale*, in *Noviss. Dig. it.* diretto da A. Azara-E. Eula, XVIII, Torino, 1957, 753; L. Balestra-M. Martino, *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, diretto da G. Bonilini, 1, 110; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, sub artt. 456-511, Bologna-Roma, 1997, 101; M. Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Il cod. civ. Comm.*, sub artt. 456-461, diretto da P. Schlesinger, continuato da F.

parte in cui questo fa riferimento alla nullità della «convenzione con cui taluno dispone della propria successione» - debba darsi un'interpretazione «estensiva», vale a dire riconducibile non solamente al patto attraverso il quale si istituisca direttamente un soggetto quale proprio erede o legatario, ma altresì all'accordo con cui l'ereditando si limiti ad assumersi l'obbligo di testare in una data maniera³¹.

Vi sarebbero, pertanto, due distinti modi per deviare dallo schema, almeno di primo acchito rigorosamente binario, che fissa nel testamento e nella legge gli unici possibili titoli di delazione ereditaria: *disporre della propria successione* direttamente, a mezzo di contratto, quale immediata fonte dell'attribuzione; oppure farlo mediatamente, cioè per il tramite di un successivo testamento, il quale, se pure riconduce il fenomeno successorio al rispetto formale dell'art. 457 c.c., costituisce però la trasposizione dell'accordo contrattuale e, perciò, di una volontà «condizionata».

Invero, le ragioni di quella «estensione» anche al patto che obbliga a disporre in via successoria in una determinata maniera sono facilmente comprensibili, atteso che il disponente si ritrova egualmente a non poter più revocare la manifestazione di volontà cui si è vincolato, o, perlomeno, così può fare ma a prezzo di conseguenze contrattuali.

Nella fattispecie esaminata dalla SC la questione interpretativa circa la ricorrenza del *patto* ha preso, anzitutto, le mosse proprio dalla ipotesi di un accordo «obbligatorio» retrostante rispetto ai due olografi e che per loro tramite sia stato adempiuto da entrambi i paciscenti.

Invero, detta ipotesi è stata esclusa dal giudice di legittimità sulla base di

D. Busnelli, Milano, 2006, 142. Tale interpretazione trova riscontro anche in giurisprudenza: Cass. 24-7-1971, n. 2477, cit.; Cass. 29-5-1972, n. 1702, cit. e Cass. 3-11-1979, n. 5693, cit..

³¹ La migliore definizione del concetto di *patto istitutivo* resta quella secondo la quale esso si identifica in «ogni convenzione volta a costituire, modificare, estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta, ed intesa a far sorgere un vincolo di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento o il presupposto (a seconda che si tratti della successione propria o di altri)» (in proposito: M.V. De Giorgi, op. cit., 535; della stessa a., nota a Cass. 29-5-1972, n. 1702, cit.). Così in giurisprudenza: secondo Cass. 22-2-1974, n. 527, «sono patti successori, da un lato, quelli aventi per oggetto una vera e propria istituzione di erede, rivestiti della forma contrattuale, e, dall'altro, quelli che abbiano per oggetto la costituzione, la trasmissione o l'estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, e facciano sorgere un vincolum iuris di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento o il presupposto, a seconda che si riferisca alla successione propria o di altri» (in Mass. Giust. civ., 1974, 249).

un'unica argomentazione, compendiata nell'affermazione per cui, con il «patto», i testatori avrebbero reciprocamente assunto un mero «*impegno morale a destinare il patrimonio familiare a scopi di pubblica utilità*», senza, pertanto, vincolarsi ad un «vero» rapporto obbligatorio. L'affermazione veniva accompagnata da tre, ulteriori, rilievi, rispettivamente riguardanti l'impossibile individuazione delle *parti*; la mancanza di una «*controprestazione quale corrispettivo della istituzione*», infine, la palese «*inidoneità giuridica*» del «vincolo a costituire un limite alla libertà di testare, stante l'incoercibilità della promessa istituzione ereditaria».

In realtà le precisazioni della Corte sottendono alcune valutazioni su cui occorre soffermarsi brevemente.

In primo luogo, sembra che la Cassazione abbia ritenuto dover essere «parte» del contratto solo l'erigenda fondazione. Ma una conclusione di questo tipo desta perplessità là dove pare presupporre necessariamente che, in ogni rapporto obbligatorio di fonte contrattuale, il promittente sia vincolato soltanto al suo diretto beneficiario. Ciò non collima, oltretutto, con la fattispecie all'esame della Corte, ove l'ente (destinatario del lascito) è ancora inesistente alla data del patto.

A ben vedere, in ogni caso, la concezione dei giudici limita inspiegabilmente le modalità di funzionamento del rapporto obbligatorio. La disciplina «del contratto in generale» annovera un istituto, quello del *contratto a favore di terzo* (art. 1411 c.c.), il quale costituisce un «vestimento» adattabile a qualunque specie o tipo di contratto, compreso quello ereditario. L'applicazione di tale schema al patto successorio consente di identificare, nella fondazione da costituire, il futuro beneficiario del lascito, e, soprattutto, il soggetto attivo del rapporto obbligatorio, senza che sia necessario che questa abbia anche la qualifica di «parte» dell'accordo.

Ancora, con l'ulteriore figura del *contratto con prestazione al terzo* – quest'ultima di pura creazione dottrinale³² - il soggetto beneficiario resta estraneo perfino alla struttura dell'obbligazione, ed è l'altro contraente ad

³² V. P. Rescigno, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1975, XXIX, 167, il quale spiega: «Una situazione diversa si verifica nei casi in cui si abbia non già la stipulazione a favore del terzo secondo lo schema dell'art. 1411 e diretta a creare un rapporto tra promittente (debitore) e terzo (creditore), sebbene un contratto in cui la prestazione è promessa allo stipulante che rimane pertanto creditore, ma è da eseguire ad un terzo che resta estraneo così all'atto di autonomia negoziale come al rapporto obbligatorio che ne deriva».

assumere la veste di creditore. Tale fattispecie rimane, comunque, perfettamente coerente con la norma di cui all'art. 1174 c.c., stante che l'interesse del soggetto attivo può essere di qualsiasi natura, e, quindi, anche non semplicemente patrimoniale.

Il patto successorio viene, però, escluso anche in virtù di una seconda ragione, ravvisata nella inesistenza di una «*controprestazione*» quale corrispettivo della istituzione di erede.

Anche tale secondo argomento non appare condivisibile, poiché le convenzioni vietate ex art. 458 non si caratterizzano esclusivamente per essere contratti *a titolo oneroso*. Una tale concezione si scontra con tre argomenti principali, legati, il primo, alla mera lettera della disposizione codicistica, secondo cui è vietato il patto «*con cui si dispone della propria successione*»; ancora, all'argomento logico secondo cui, pur se si volesse ritenere opportuna una interpretazione restrittiva, la prevista onerosità non sarebbe coerente con le finalità della norma, che sono quelle di tutelare in ogni caso la libertà di testare; infine, tale interpretazione non sarebbe coerente col sistema, e in specie con l'articolo che vieta la rinuncia alla facoltà di revoca del testamento (art. 679 c.c.), indipendentemente dalla prospettiva, o meno, di un ritorno economico.

La pretesa del corrispettivo sottende, piuttosto, l'adesione di questo giudice ad un'idea della *causa negoziale* quale *scambio* (rectius: quale «*vantaggio patrimoniale reciproco*»), quando non è possibile identificarla, all'estremo opposto, con lo *spirito di liberalità*, quanto dire della negazione di efficacia vincolante ad ogni altro accordo gratuito, cioè *non oneroso*³³.

Ed invero, una interpretazione di questo genere è destinata a scontrarsi con il pensiero (ormai) consolidato di quella dottrina, la quale giustamente

³³ Secondo E. Camilleri, *La formazione unilaterale*, cit., 97 s., «La nozione di gratuità che la dottrina più risalente ha messo a punto e di cui gli interpreti continuano a fare uso, talora quasi a mo' di assioma, in relazione alle più diverse fattispecie negoziali, vale a designare, in concorso con quella speculare di onerosità, le implicazioni di tipo economico prodotte da un dato negozio giuridico nelle sfere dei soggetti che ne siano coinvolti». L'a. prende atto, tuttavia, di come, alla luce dell'evoluzione del pensiero giuridico, debba essere colta una nuova accezione della «gratuità», questa volta non semplicisticamente identificata nella «non onerosità» del negozio, quanto nel disinteresse della parte, orientato all'attuazione di un fine superiore (v., in particolare, 97: «.. si è ritenuto di potere isolare un principio di gratuità pura (i.e. disinteressata), trasversale alle più diverse manifestazioni dell'autonomia privata, e fatalmente contrapposto alla nozione tradizionale di gratuità (c.d. «falsa gratuità»), concepita nei termini, comunque parziali, di «non onerosità»).

riporta la *causa* al perseguimento di ogni *interesse meritevole di tutela* (art. 1322, secondo comma, c.c.)³⁴. All'interno di tale ambito si pone, certamente, anche il perseguimento degli scopi «altruistici».

Ne consegue che le conclusioni della Corte, anche quanto al secondo punto, non possono essere condivise.

Ma, per concludere, è soprattutto il palesarsi dell'*interesse morale* del debitore ad essere ritenuto incompatibile con la vincolatività del legame e, tra le righe, ciò sembra tradursi in una risposta affermativa del SC quanto alla ricorrenza di una obbligazione naturale³⁵.

In realtà, proprio ciò che è stato accennato circa la reinterpretazione del concetto di «gratuità» aiuta a comprendere come l'autonomia negoziale delle parti si possa tradurre nella conclusione di contratti volti alla realizzazione di ogni interesse positivamente apprezzato dall'ordinamento, e come ciò significhi che non possa essere automaticamente dedotta, dalla ricorrenza di un *interesse morale*, l'incoercibilità dell'obbligo assunto (cioè l'inesistenza di una *obbligazione* in senso tecnico)³⁶.

³⁴ Ancora E. Camilleri, op. cit., 88 s., il quale, nell'ambito di un'indagine diretta a decostruire la tradizionale «tipicità» delle promesse unilaterali (art. 1987 c.c.), ha eletto queste a ideale terreno di studio della «colorazione», di volta in volta, assunta dall'interesse perseguito dal promittente ed «oggettivato» nella causa della promessa obbligatoria.

³⁵ Lo spostamento di ricchezza viene tradizionalmente giustificato in relazione alla *causa di scambio* ovvero al soddisfacimento dello *spirito di liberalità* (e allora, in ambo i casi, si ragiona in termini di vera e propria *obbligazione civilistica*), oppure con riferimento all'adempimento di *doveri morali e sociali* (ipotesi nella quale l'obbligazione, pur giustificata, non dà tuttavia luogo ad un rapporto rilevante secondo l'art. 1173 c.c., ma ad una *obbligazione naturale*). V. P. Rescigno, *Obbligazioni (diritto privato)*, cit., 137: «L'esistenza del dovere sociale o morale è dunque insufficiente a dar vita, di per sé, ad una obbligazione (...). Ma il dovere morale o sociale costituisce giusta causa di attribuzione patrimoniale, di guisa che si rendono inespugnabili, ad esecuzione avvenuta, il generale rimedio dell'azione di arricchimento (art. 2041 c.c.) e quello particolare della *condictio* (art. 2033)».

³⁶ V. ancora E. Camilleri, op. cit., 105, che così conclude: «...un dato pare comunque certo: l'interesse all'adempimento dei doveri morali e sociali rivela (sempre o dopo specifica verifica) la propria attitudine a fungere da valida causa obligationis di un negozio attributivo. Candidato naturale a questo ruolo (...) il contratto». Il vaglio di meritevolezza dell'interesse, alla luce del secondo comma dell'art. 1322 c.c., conduce, infatti, all'interessantissima questione del c.d. «adempimento indiretto dell'obbligazione naturale», vale a dire al nodo della possibilità che ci si serva di un «normale» rapporto obbligatorio (in senso *civilistico* ex art. 1173) per adempiere ad un dovere morale, e ciò attraverso lo strumento del *contratto* ovvero attraverso quello delle *promesse unilaterali* (v., nuovamente, E. Camilleri, op. cit., 102 s., il quale si riporta all'autorevolissima

Anche quest'ennesimo argomento non pare, in definitiva, convincere. Ma, tant'è, la Cassazione non si sofferma affatto sul problema della natura dell'interesse, limitandosi a riprendere l'opinione della giurisprudenza consolidata³⁷.

Nell'interpretazione che si ritiene poter suggerire, l'accordo concluso fra i testatori ha dato vita ad una obbligazione «in senso tecnico», completa di entrambi i presupposti richiesti dalla legge (l'*interesse* del creditore e la *patrimonialità* della prestazione).

Se, infatti, non fosse posto il divieto ex art. 458, la fondazione che scoprisse di non essere stata istituita, avrebbe azione contro l'erede legittimo o testamentario per il riconoscimento della sua qualità di erede *ex contractu* e per l'acquisto della universalità o della quota (esattamente prevista nel patto) dei beni ereditari (l'ente avrebbe, cioè, titolo per la *petitio hereditatis*).

6.- Le considerazioni che ci si è provati di svolgere sin qui ci pare sollecitino una lettura della sentenza in commento entro un più ampio contesto di riferimento che vede in realtà attenuarsi via via (se non ancora venir meno del tutto) una perdurante ratio sistematica del divieto di patti successori. E' del resto proprio in questa chiave che può leggersi l'interpretazione restrittiva dell'articolo 458 c.c., propiziata dalla Suprema Corte³⁸.

La tutela del principio della assoluta *libertà di testare* – ragione storica ed ufficiale per l'esclusione dal codice civile della delazione *ex contractu* – necessita oggi di essere armonizzata con la protezione di interessi ulteriori e diversificati³⁹. In particolare, la dottrina prevalente sottolinea da tempo

opinione di G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 352 s., M. Giorgianni, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, 136 s. e L. Nivarra, *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 12 s., oltre che alla giurisprudenza, invero, minoritaria: v. Cass. 29-7-1968, n. 2727, in *Foro pad.*, I, 1970, 47 s..

³⁷ V. *supra*, nota n. 1.

³⁸ La seconda sezione così si esprime: «...del resto, è innegabile, negli ultimi anni, una progressiva erosione, sul piano dottrinale e normativo, della portata del divieto dei patti successori. Si tratta di una tendenza che si è evidenziata in modo particolare – salvi i diritti dei legittimari – con il recepimento nella normativa nazionale dell'istituto di *common law* del trust, e di altri schemi contrattuali – massimamente con la disciplina delle gestioni fiduciarie da parte delle S.I.M. ed altri congegni con riguardo alla trasmissione di quote di partecipazione sociale»..

³⁹ Codesta è l'opinione di Balestra-Martino, *La Successione ereditaria*, cit., 66, che

come nel libro secondo del codice non si tenga in alcuna considerazione, quale titolo preferenziale dell'acquisto, l'eventuale bisogno economico di taluni successibili ovvero la destinazione funzionale dei beni produttivi, concependosi, al contrario, l'*asse* ereditario come «massa» indistinta⁴⁰. Ciò, a maggior ragione, ove si consideri che eventuali scelte mirate del testatore rischiano di essere vanificate in forza della prevalenza – stabilita *ope legis* attraverso l'individuazione della categoria dei *legittimari* – dell'esclusivo criterio della prossimità del grado di parentela.

L'individuazione delle vie interpretative (e - dei iure condendo - normative) più opportune per conseguire tali obiettivi rappresenta questione ancora aperta; d'altra parte, va aggiunto, non pare che il legislatore nostrano intenda mutuare, dal sistema tedesco, la figura dell'*Erbvertrag* (ossia, del *contratto ereditario*)⁴¹.

Sono noti quanto risalenti i tentativi della migliore dottrina di individuare analiticamente congegni e tecniche idonei a rappresentare valide alternative al negozio testamentario, ai fini della trasmissione mortis causa della ricchezza⁴². Come ha però ricordato lo stesso giudice di legittimità, per quanto non ancora esente da zone d'ombra ed incertezze interpretative, non è dubitabile che risulti allo stato il solo patto di famiglia, da poco introdotto

chiaramente spiegano: «*Gli equilibri familiari, il numero dei familiari successibili e l'età di costoro, il difficile gioco dei sentimenti, la variegata composizione del patrimonio, le vicende familiari contingenti sono tutti elementi che, intrecciandosi, possono palesare l'esigenza che la regolamentazione della successione sia il frutto di una condivisione e, dunque, di un accordo vincolante tra il titolare del patrimonio e coloro i quali gli succederanno*». Ma, ancor prima, A. Palazzo, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 3 (nonché, dello stesso a.: *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. cons. naz. not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 1 s. e *Testamento e istituti alternativi (Grandi questioni e pareri)*, in *Tratt. teor. prat. dir. priv.*, diretto da G. Alpa-S. Patti, Torino, 2008, 241 s.).

⁴⁰ A. Palazzo, *Autonomia contrattuale*, cit., passim; lo stesso a. vi ritorna in *Istituti alternativi*, cit., passim e *Testamento e istituti*, cit. passim; dello stesso avviso: M.V.De Giorgi, op. cit., 5, la quale constata: «*si è modificato, ed in modo profondo, il contenuto stesso dell'eredità, la cui parte preminente era un tempo costituita dai beni immobili, mentre ora risente del prevalere della ricchezza mobiliare...* » e, prima ancora: A. Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1975, 175 s., il quale auspica una revisione generale del regime successorio in funzione della rilevanza delle situazioni qualificate.

⁴¹ Disciplinata dai §§ 2274-2302 del BGB. V., per una completa ricostruzione della disciplina del contratto di diritto successorio nel diritto tedesco, M.V.De Giorgi, op. cit., 201 s..

⁴² V. per tutti A. Palazzo, *Autonomia contrattuale*, cit., passim.

nel corpo del codice civile (*al capo Vbis del libro II*)⁴³ l'istituto che assolve dichiaratamente e con maggiore compiutezza statutaria a questa finalità ; e che d'altra parte ha importato la parziale novella dell'art. 458 c.c.⁴⁴.

La necessità di anteporre alla indiscussa libertà di mutare destinazione alle proprie sostanze (*«usque ad supremum vitae exitum»*), le esigenze di preservazione dell'unità e della continuità gestionale dell'azienda, ha così determinato la preferenza per uno strumento che, contrariamente alle possibilità offerte dal testamento, permette di assicurare la partecipazione diretta del destinatario del lascito e di bloccare le iniziative contrarie dei legittimari⁴⁵.

⁴³ Con l. 14 febbraio 2006, n. 55, pubblicata sulla GURI dell'1 marzo 2006, n. 50.

⁴⁴ L'attuale norma recita: *«Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768bis e seguenti è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi»*.

⁴⁵ Precisamente, attraverso l'obbligatoria partecipazione al contratto di tutti coloro che sarebbero legittimari, *«ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore»* (art. 768quater, comma 1, c.c.) e, conseguentemente, attraverso lo specifico effetto legale per cui *«quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione»* (art. 768quater, ultimo comma), si assicura che il bene-azienda (ovvero le partecipazioni di controllo nella società) non subisca alcuno smembramento alla morte dell'imprenditore.