

NUMERO 2 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Andrea Fusaro

LINEE EVOLUTIVE DEL DIRITTO SUCCESSORIO EUROPEO



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

GUIDO ALPA

I “principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia . p.325

FABRIZIO DI MARZIO

Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali p.339

ENRICO DEL PRATO

Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato p.381

GIOVANNI DORIA

Pluralismo e verità della legge p.393

MARIO LIBERTINI

Contratto di rete e concorrenza p.405

MICHELE PERRINO

La “crisi” delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti) p.435

ANTONIO JANNARELLI

La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali “deboli” ed interessi privati “forti” p.469

FABIO PADOVINI

Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita p.495

ANDREA FUSARO

Linee evolutive del diritto successorio europeo p.509

FEDERICO ROSELLI

La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi p.565

ANDREA PANZAROLA

L'interruzione della prescrizione nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa irrogata da Autorità amministrative indipendenti p.589

Gli Autori di questo fascicolo p.322

Linee evolutive del diritto successorio europeo

Il saggio considera alcuni segmenti rilevanti del diritto successorio negli ordinamenti francese, tedesco e inglese, alla luce delle recenti riforme, confrontandoli con le soluzioni italiane: emergono differenze talora rimarchevoli a margine dei criteri della chiamata ereditaria, dell'atteggiamento nei confronti di patti successori e testamenti congiuntivi, della successione necessaria. È, peraltro, individuabile una certa convergenza verso l'espansione dell'autonomia privata nel comparto successorio, che risulta assecondata dal Regolamento UE 650/2012.

This essay considers some relevant segments of inheritance law in French, German and English legal systems, in the light of the latest amendments, comparing them to the Italian solutions: remarkable differences concern the criteria of inheritance, Inheritance Agreements mutual wills and compulsory succession. A clear convergence comes out in relation with the favour of the expansion of freedom of will in the succession area, acknowledged by the European Regulation No 650/2012.

Sommario: 1. Premessa. – A. LA DELAZIONE DEI DIRITTI EREDITARI. 1. L'allargamento dei confini del diritto privato europeo. – 2. La circolazione dei beni a titolo ereditario. – 3. La disciplina legislativa dell'atto di notorietà nella riforma francese del diritto successorio. – 4. Prospettive di importazione del modello. – 5. Il Regolamento 4 luglio 2012, n. 650. – B. I PATTI SUCCESSORI. 1. I differenti atteggiamenti degli ordinamenti nazionali nei confronti dei patti successori. – 2. La previsione dei patti successori nel BGB. – 2.1. *Vor- und Nacherbschaft*: il fedecommesso. – 2.2. La trasmissione dell'impresa di famiglia. – 3. Il divieto dei patti successori nel diritto successorio francese. – 3.1. La legge 23 giugno 2006, n. 2006-728. – 3.1.1. Il mandato *post mortem*. – 3.1.2. L'ampliamento dei margini dell'autonomia privata. – 3.1.3. La rinuncia all'azione di riduzione. – 3.1.4. I patti successori. – 3.1.5. La "clause commerciale". – 3.1.6. L'ampliamento dell'ambito della "donation-partage". – 3.1.7. Le "libéralités graduelles" e le "libéralités résiduelles". – 3.2. Riepilogo del sistema francese vigente. – 4. La disciplina dei patti successori nel Regolamento 4 luglio 2012, n. 650. – C. REGOLE DELLA CHIAMATA CONTRO LA VOLONTÀ DEL TESTATORE. 1. Le *Family Provisions*. – 1.1. I soggetti tutelati. – 1.2. I criteri applicativi. – 1.3. L'attivo considerato. – 1.4. La tutela con effetti recuperatori ed il coordinamento col trust. – 2. La legittima tedesca. – 3. La legittima in Francia. – D. CONVERGENZE E TRAPIANTI.

1. - Premessa.

510

Il radicamento delle discipline territoriali delle successioni ereditarie nelle culture locali sembra aver scoraggiato addirittura la comparazione: colpisce la reperibilità da parte del lettore italiano di una sola opera di carattere trattatistico¹, e l'assenza del volume della *International Encyclopedia of Comparative Law*². A propria volta il nesso con gli obiettivi e le competenze comunitari appare circoscritto ai profili della circolazione delle persone e al trasferimento dei diritti. L'analisi dei principali modelli mette in luce le profonde divergenze che connotano la regolamentazione delle successioni a carattere transnazionale³.

Le differenze tra gli ordinamenti sono rimarchevoli, basti pensare ai di-

¹ Il volume di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, apparso in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2002.

² A.L. VERBEKE-Y.H. LELEU, *Harmonization of the Law of Succession in Europe*, in *Toward a European civil code*, 4^a ed., 2010, 459 ss., hanno esplorato le possibilità di armonizzare il diritto successorio europeo: « (...) some typical solutions for problems of succession law are analyzed: transfer of the estate, intestate rights, position of surviving spouse, wills, forced heirship (...) different approaches such as convergence of laws or unification (...)».

³ Si rinvia ad opere classiche in materia: F. BOULANGER, *Droit international des successions*, Parigi, 2004, 10 ss.; A. DUTTA, *Succession Law (International)*, in J. BASEDOW-K.L. HOPT-R. ZIMMERMAN (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, 10

versi criteri che presiedono alla chiamata ereditaria, all'apertura o chiusura nei confronti di patti successori e testamenti congiuntivi, alle forme e volti della successione necessaria, addirittura alla sua stessa menzione⁴. La sua presenza nel diritto inglese in termini irriducibili a quelli a noi familiari è, invero, sottolineata per simboleggiare il solco tra modelli di *common law* e di *civil law*, quella «contrapposizione sacra»⁵, forse riducibile⁶, ma non spianabile.

A. - LA DELAZIONE DEI DIRITTI EREDITARI.

Solo la delazione dei diritti ereditari ha sollecitato l'auspicio di un ravvicinamento delle discipline nazionali⁷, sfociata nell'adozione del Regolamento 4 luglio 2012, n. 650. Invero il panorama europeo esibisce uno spettro di soluzioni riconducibili all'alternativa trasmissione indiretta oppure diretta, a seconda che il lascito transiti attraverso un amministratore, o sia attribuito immediatamente ai destinatari. La prima via è quella inglese, che contempla l'intervento di un gestore, eventualmente scelto tra i beneficiari, ma investito di tale ufficio, il quale opera ciò che inquadremmo nei termini della liquidazione, ossia l'estinzione delle passività preventivamente all'assegnazione delle attività (residue). Il secondo modello investe direttamente i destinatari, in taluni ordinamenti richiesti di accettare, altrove esonerati da tale formalità. L'alternativa è stata sottoposta ad attenta analisi sul piano dell'efficienza, comparando la minore

ss.; W. BURANDT-A. DUTTA (a cura di), *International Law of Succession*, Beck-Hart-Nomos, London, 2014.

⁴ Efficaci sintesi sono offerte dalle voci di enciclopedie: P. GALLO, *Successioni in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 187 ss.; G. BONILINI-U. CARNEVALI, *Successione. IX) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; nonché da M.D. PANFORTI, *Le forme di trasmissione della ricchezza familiare. Regimi vincolati e regimi partecipativi e regimi pianificati in un confronto civil law-common law*, Torino, 1999.

⁵ U. MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore. Radici profane di una contrapposizione sacra fra "common law" e diritti romanisti*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, t. I, Milano, 1994, 764 ss.

⁶ Attraverso un impiego esasperato dell'approccio funzionalista nell'analisi dell'intreccio della disciplina successoria con quella dei profili economici della crisi coniugale, sullo sfondo – proprio dell'era dell'accesso – della mobilitazione della ricchezza e della conversione dei capitali in rendite.

⁷ Y.H. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Antwerpen-Bruxelles, 1996.

speditezza del primo controbilanciata dalla superiore sicurezza, con l'opposto assetto del secondo ⁸.

Si segnala, poi, l'ulteriore distinzione interna al secondo comparto, tra i paesi – di tradizione germanica – ove vige il certificato di eredità emesso dal tribunale, e quelli romanistica ove domina l'atto di notorietà. Strumenti cui è affidata la sicurezza dell'acquisto del terzo avente causa dall'erede o legatario, attraverso un gioco di presunzioni, oppure la teoria dell'erede apparente.

1. - L'allargamento dei confini del diritto privato europeo.

Il comparatista si compiace di constatare nei diversi ordinamenti soluzioni omologhe funzione dell'operare di regole di matrice ora legale ora giurisprudenziale. L'indole dei criteri rivolti a presiedere al trasferimento di diritti rende percepibile la connessione con il diritto privato riguardante il mercato comune; perciò non stupisce apprendere che la Commissione ⁹ a suo tempo affidò all'Istituto del Notariato tedesco uno studio in proposito, dichiarando di agire nell'ambito della creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza, giustizia" all'interno dell'unione. L'iniziativa mosse dalla constatazione, nell'ambito dei paesi europei, di una pluralità di discipline sostanziali della devoluzione successoria, difformi criteri di risoluzione dei conflitti tra leggi, regole divaricate circa l'individuazione del foro.

Il lavoro fu portato a termine nel 2002 ¹⁰, e gli esiti – illustrati nella relazione di sintesi ¹¹ – si possono compendiare nel suggerimento di rinunciare ad uniformare le discipline sostanziali, perseguendo piuttosto l'armonizzazione delle regole di conflitto. Oltre a ciò figura tratteggiata l'introduzione di un "certificato europeo uniforme" ¹² di erede o di amministratore, emesso dal giudice o da un notaio dello stato dell'ultima residenza del defunto, idoneo per le trascrizioni e le vulture presso ogni ufficio

⁸ A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 47 ss.

⁹ *Etude de droit comparé sur les règles de conflits de Jurisdictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, 2002.

¹⁰ Da parte dell'Istituto del Notariato tedesco, con la collaborazione dei professori Heinrich Doerner e Paul Lagard.

¹¹ Del professor Wolfgang Rierig, *Rapport Final: Synthèse et Conclusions*.

¹² Effettivamente introdotto con il Regolamento UE 2012.

pubblico, assistito da una presunzione di esattezza e dotato di forza probatoria, atta a fondare la buona fede dei terzi (e quindi a proteggerli): sia i depositari dei beni del defunto, sia gli aventi causa dall'erede o legatario.

2. - La circolazione dei beni a titolo ereditario.

La tematica dell'acquisto effettuato da chi pur non essendo erede si comporta come tale, ossia in modo idoneo ad ingenerare nei terzi l'opinione di essere di fronte all'erede vero¹³, appartiene ai sistemi – tra cui figurano la maggior parte di quelli continentali – in cui vige il modello della c.d. delazione diretta, ove la trasmissione del patrimonio ereditario è una vicenda privata¹⁴ che vede gli aventi causa subentrare al loro autore, senza mediazioni. Esempio della delazione mediata è, invece, il diritto inglese, ove tra il defunto e gli eredi è interposto il “personal representative”, che amministra l'asse e poi ne trasferisce il saldo ai chiamati¹⁵.

Le regole che ricevono sistemazione nella teoria dell'erede apparente trovano in Italia ed in Francia una ragione ulteriore di radicamento, consistente nell'assenza di alcuna verifica giudiziaria del titolo dell'acquisto, invece presente in Austria¹⁶, come pure della certificazione della qualità di erede prevista in Germania¹⁷. Questa teoria, come è stato pun-

¹³ La bibliografia italiana essenziale consiste nelle voci di F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 198 ss.; E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2002, 401 ss.; M. COLOMBATTO, *Erede apparente*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, 508.

¹⁴ Secondo la distinzione offerta al lettore italiano da A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 24.

¹⁵ Doveroso il rinvio ad A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995.

¹⁶ È riprodotto nelle regioni italiane che conservano il regime tavolare: ai sensi dell'art. 13 r.d. 28 marzo 1929, n. 499 «chiunque vanta diritti ereditari può, mediante ricorso con sottoscrizione autenticata, chiedere al tribunale (...) un certificato dal quale risultino la sua qualità di erede e la quota ereditaria»; la disposizione è da collegare all'art. 3 secondo cui «chi acquista a titolo di successione ereditaria o di legato (...) non può far iscrivere (...) se non previa presentazione del certificato di eredità o di legato rilasciato dalla competente autorità giudiziaria».

¹⁷ Il certificato di erede (“Erbschein”) previsto dai parr. 2353-2370 BGB è reso dal giudice delle successioni sulla base delle prove fornite dall'interessato, la cui correttezza deve essere supportata attraverso la produzione di atti pubblici, e solo in via sussidiaria mediante altri mezzi (par. 2356). L'Erbschein è assistito da una presunzione di correttezza, sia quanto al soggetto individuato come chiamato, sia in ordine al diritto attribuito. Il terzo acquirente da chi risulta chiamato nell'Erbschein è tutelato, salvo non si provi la sua conoscenza dell'ine-

tualmente osservato¹⁸, si pone al centro del conflitto tra le esigenze della celerità della trasmissione e quelle riferibili alla certezza del traffico, arbitrando a favore della seconda. Riguardata sullo sfondo della circolazione giuridica, quale ipotesi di “acquisto *a non domino*”, essa integra una congiuntura in cui l’ordinamento fa prevalere l’interesse dell’avente causa su quello del titolare effettivo del diritto¹⁹.

3. - La disciplina legislativa dell’atto di notorietà nella riforma francese del diritto successorio.

L’indagine comparatistica segnala la riforma francese del diritto successorio che nel 2001 non solo recepisce a livello legislativo l’atto di notorietà – per l’innanzi oggetto di attenzione esclusivamente giurisprudenziale – e colloca questa disciplina all’interno del *Code Civil*, ma – innovando rispetto alla prassi consolidata – ne detta una regolamentazione chiaramente ispirata dal modello del certificato ereditario tedesco, senza peraltro clonarlo.

514

Il confronto con la Francia offre spunti degni di nota, in ragione della somiglianza del quadro, della comunanza dei problemi e dell’interesse rivestito dalle soluzioni approntate. Per la prova della qualità di erede non è seguito il modello (tedesco) della formazione giudiziale di un certificato di eredità, ma quello – a noi familiare – dell’atto di notorietà²⁰; l’acquisto da chi appare erede senza esserlo è salvato secondo costruzioni che – ancorché non necessariamente, e da parte di non tutti i formanti dell’ordinamento, intitolate all’apparenza – sortiscono il medesimo risultato²¹. Il diritto francese non prevede, invero, alcun mezzo legale per individuare la qualità di erede, non assolvendo tale ruolo il «certificat d’heritier»²², e

sattezza del certificato, o della pendenza di un procedimento giudiziario diretto alla sua revoca per falsità (par. 2366).

¹⁸ A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 48.

¹⁹ Secondo l’impostazione a suo tempo offerta da R. SACCO, *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 4 ss.

²⁰ M. GRIMALDI, *Droit Civil. Succession*, Parigi, 2001, 462 ss.

²¹ A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 49; Y.H. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, cit., 90 ss.

²² P. DRAKIDIS, *Des problèmes nés de l’application du certificat d’heritier*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1966, 609.

neppure altre certificazioni dotate della più circoscritta finalità di consentire l'apprensione o la volturazione²³ di singoli beni. Lo strumento ordinariamente impiegato allo scopo è l'atto notorio, che sino al 2001 è consistito in una dichiarazione resa davanti ad un notaio da parte di (solitamente due) attestanti secondo la formula rituale essere quei fatti «de notoriété publique et à leur connaissance personnelle»²⁴.

I soggetti indicati nell'atto notorio come eredi o legatari si vedono conferire i poteri riservati all'erede a titolo di "saesine"²⁵, e sono legittimati a comportarsi come tali nei confronti dei terzi, i quali trovano protezione secondo regole che – non la legge, ma la dottrina – riporta all'"heritier apparent". La forza probante dell'atto di notorietà è stata oggetto di un notevole travaglio dottrinale e giurisprudenziale, in ragione della gravità degli effetti accordati ad una attestazione resa da soggetti privi di alcuna investitura, selezionati liberamente, prescindendo da alcuna procedura idonea ad assicurarne l'affidabilità. La *Cour de Cassation* a suo tempo ha addossato ai notai il compito di verificare, per quanto in loro possibilità, le dichiarazioni ed i documenti prodotti²⁶; e successivamente²⁷ si è diffusa sui presupposti della forza probante, insistendo sulla qualità dei testimoni e la credibilità delle loro dichiarazioni.

Con la legge 3 dicembre 2001²⁸ il *Code Civil* è stato novellato introducendo – all'art. 730 – una disciplina legale dell'atto di notorietà, parzialmente innovativa quanto ai criteri della sua formazione, che ora non è più incentrata sulla deposizione degli attestanti, ma sulle produzioni documentali degli interessati, accompagnate da una loro dichiarazione di veridicità, mentre l'intervento di testimoni è divenuto facoltativo²⁹. Merita di essere sottolineata la somiglianza con l'"Erbschein" tedesco almeno quanto al-

²³ L'"attestation immobilière" concerne le formalità di pubblicità immobiliare.

²⁴ L.C. HENRY, *Le régime de l'acte de notoriété selon la jurisprudence récente*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, 11.

²⁵ Secondo H. VIALLETON, *La place de la saisine dans le système dévolutif français*, in *Mélanges Roubier*, t. II, 1961, 283, la *saisine* è «une investiture légale conférant inconditionnellement à celui qui en bénéficie la situation et les prérogatives du possesseur». Molto chiara l'illustrazione che ne fornisce A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 28.

²⁶ Cass. 18 febbraio 1964, in *Dalloz*, 1964, J. 411.

²⁷ Cass. 24 ottobre 1984, in *Bull. civ.*, I, n. 279-281.

²⁸ N. 2001-1135, pubblicata sul *Journal Officiel* del 3 dicembre 2001.

²⁹ J. PICARD, *L'acte de notoriété preuve de la qualité d'héritier. L. 3 décembre 2001*, in *La Semaine Juridique Notar.*, 2002, 793.

l'elenco delle produzioni documentali, ed all'asseverazione dei richiedenti (colà, peraltro, sotto giuramento), al contempo segnalando la differenza consistente nella confezione del certificato, che in Germania è affidata al giudice delle successioni, mentre in Francia rimane atto ricevuto dal notaio oppure dal cancelliere.

La novella ha confermato la forza probante da sempre accordata all'atto notorio, disponendo all'art. 730-3 che esso «fait foi jusqu'à preuve contraire». Inoltre – la regola dell'acquisto dall'erede apparente dopo essere stata a lungo professata in ambito dottrinale e giurisprudenziale – ha finalmente ricevuto ospitalità legislativa, nell'art. 730-4; ivi è garantita la salvezza dell'acquisto del terzo la cui buona fede riposa appunto sulle risultanze di tale documento affermando, che i terzi possono presumere la libera disponibilità dei beni in capo a chi risulta erede dall'atto di notorietà. La riforma ha, peraltro, rimarcato le responsabilità cui va incontro chi si avvalga di un atto notorio infedele.

Quindi la Francia, se non ha recepito la soluzione tedesca del filtro giudiziario, ne ha tuttavia ripreso il modello quanto al fondamento probatorio, documentale piuttosto che testimoniale, consistente nella produzione delle risultanze dello stato civile, e di ogni altra pertinente³⁰. La scelta è assolutamente condivisibile atteso che è in gioco l'individuazione dei soggetti chiamati in forza della successione legittima la quale – come qualcuno ha osservato – rappresenta il risvolto patrimoniale della parentela³¹. La prassi registra la consultazione – almeno nelle ipotesi più complesse – di “genealogisti”, ossia esperti incaricati di svolgere ricerche apposite, avvalendosi degli strumenti consigliati dalla professionalità loro propria³², i quali vengono poi fatti comparire nell'atto di notorietà, le cui risultanze vengono così a confermare.

³⁰ Tra cui, in particolare, della visura di quello che rappresenta l'omologo del nostro Registro Generale Testamenti.

³¹ L'intervento di testimoni è ora rimesso alla discrezionalità del pubblico ufficiale ascoltare chi gli paia opportuno, quindi demandando al notaio stesso un ruolo attivo, che certamente lo coinvolge e lo responsabilizza.

³² Una descrizione della figura professionale e dei servizi resi è offerta da J.C. ROEHRIG, *Enquête d'héritiers. Le généalogiste, la fortune et le destin*, Parigi, 1998.

4. - Prospettive di importazione del modello.

La novella francese contiene indicazioni non trascurabili da parte del sistema italiano, intanto sotto il profilo dell'opzione per un modello di atto di notorietà di matrice documentale anziché testimoniale. Inoltre essa, per un verso, presenta il merito di controbilanciare lo spazio riconosciuto all'iniziativa dell'interessato con la previsione di sanzioni severe; per l'altro, coinvolge il notaio, od il cancelliere, nella valutazione della sufficienza e congruità delle prove offerte ³³.

Infine, l'applicazione che ne è fatta nella prassi notarile, laddove si segnala il frequente impiego del genealogista, ottiene non solo una superiore affidabilità degli atti notori relativi a devoluzioni a favore di parenti remoti, ma aggiunge la responsabilità di un soggetto che, in quanto operatore abituale, è in grado di assicurare il proprio rischio professionale: ciò rappresenta una garanzia per il soggetto debole, in quanto sacrificato dal meccanismo di acquisto "a non domino", ossia l'erede vero, ben più di quella offerta dagli attestanti che compaiono di consueto negli atti di notorietà, non sempre davvero competenti, e comunque assai spesso poco o nulla solvibili.

I maggiori costi indotti dall'intervento del genealogista sembrano sostenibili non solo in ragione dei descritti vantaggi da cui sono controbilanciati, ma pure in considerazione del carattere eventuale piuttosto che sistematico del loro intervento, sollecitato proprio nelle ipotesi in cui è più lontano il grado di parentela, quindi laddove maggiormente accettabile appare una qualche decurtazione dell'arricchimento procurato dalla chiamata ereditaria (logica non estranea neppure al nostro sistema, basti considerare la gradualità delle aliquote dell'imposta di successione).

5. - Il Regolamento 4 luglio 2012, n. 650.

Il Regolamento UE 650/2012 ³⁴ ha introdotto un regime internazionalpri-

³³ Per maggiori approfondimenti rinvio al mio saggio *La circolazione dei beni ereditari ed il diritto privato europeo*, in *Famiglia*, 2005, I, 360 ss.

³⁴ Pubblicato in GUUE n. L 201 del 27 luglio 2012, entrato in vigore il 16 agosto 2012, applicabile a partire dal 17 agosto 2015, ai sensi dell'art. 84: la pratica notarile avrà, così, modo di assimilarne le disposizioni (P. LAGARDE, *Présentation du règlement sur les successions*, in *Droit*

vatico uniforme per gli Stati membri³⁵, senza armonizzare il diritto materiale³⁶. Per assecondare il transito delle persone all'interno dell'Unione e, parimenti, semplificare la libera circolazione dei beni per causa di morte, il Regolamento ha previsto la creazione di un certificato successorio europeo³⁷. Esso persegue tali obiettivi, trascurando altri profili, pur rilevanti³⁸, da tempo all'attenzione dei giuristi³⁹ e già posti a fondamento della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973⁴⁰, la quale prevedeva l'istituzione di un "certificato internazionale" volto ad identificare gli amministratori dei beni mobili caduti in successione ed a specificarne i relativi poteri (art. 1). È, peraltro, risaputo che la Convenzione non ha avuto fortuna⁴¹: la ragione dell'insuccesso è stata imputata alla scelta di creare un semplice certificato sull'amministrazione della successione, anziché un

européen des successions internationales. Le Règlement du 4 juillet 2012, a cura di G. Khairallah e M. Revillard, Parigi, 2013, 7). Il Consiglio Nazionale del Notariato aveva presentato un progetto preliminare di regolamento: *Reponses au questionnaire en matière de successions et testaments. Livre vert de la Commission Européenne [COM (2005) 65 final du 1er mars 2005] avec un avant-projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois et de juridictions, et l'institution du certificat successor européen*, a cura di D. Damascelli, Milano, 2005. Tra le analisi più recenti si segnala anche D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013.

³⁵ Ad eccezione di Danimarca, Irlanda, Regno Unito.

³⁶ Sin dai primi "considerando" è esplicitato l'obiettivo di consentire ai cittadini di organizzare in anticipo la propria successione (numero sette); esso è ripreso oltre, aggiungendo la connessione con la scelta della legge applicabile, ma puntualizzando che essa «dovrebbe essere limitata alla legge di uno Stato di cui abbiano la cittadinanza (...) al fine di assicurare un collegamento tra il defunto e la legge scelta e di evitare che una legge sia scelta nell'intento di frustrare le aspettative legittime di persone aventi diritto ad una quota di legittima»: considerando numero trentanove.

³⁷ In tema si rinvia a F. PADOVINI, *Il certificato di eredità europeo*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, vol. I, Milano, 2009, 1623 ss.; ID., *Il certificato successorio europeo*, in *Famiglia e successioni. Liber amicorum per Dieter Henrich*, II, Torino, 2012, 215 ss.; ID., *Il certificato successorio europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2013, 274 ss.; T. BALLARINO, *Il nuovo Regolamento europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 380 ss.; L. SARTORI, *Successioni transfrontaliere: il nuovo Regolamento europeo di diritto internazionale privato*, in *Riv. not.*, 2013, 168 ss.; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2013, 717; A. FÖTSCHL, *The Relationship of the European Certificate of Succession to National certificates*, in *Successions internationales*, in *Eur. Private Law*, 2010, 1259 ss.

³⁸ Come la tutela per i creditori dell'erede e del legatario: si rinvia a F. PADOVINI, *Il certificato di eredità europeo*, cit., 1625.

³⁹ R. CRONE, *Le certificat successor européen Droit Européen des Successions internationales*, a cura di G. Khairallah-M. Revillard, Parigi, 2013, 169 ss.

⁴⁰ M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé*, Parigi, 1994.

⁴¹ Essa è entrata in vigore solo vent'anni dopo e vi hanno aderito pochissimi paesi, fra i quali non rientra l'Italia.

vero e proprio “certificato di eredità”⁴²; la soluzione avrebbe privilegiato i sistemi angloamericani e trascurato quelli continentali, dimostrandosi così incapace di appianare le differenze tra questi, ascrivibile alla adozione alternativa del certificato d’eredità o dell’atto di notorietà. Essa è risultata, insomma, inidonea a coniugarsi con diversi sistemi di diritto internazionale.

Su questo sfondo si colloca il Libro Verde su Successioni e Testamenti, presentato dalla Commissione Europea il 1° marzo 2005, le cui indicazioni generali possono così riassumersi: il certificato di eredità europeo deve individuare in modo preciso l’erede; deve essere unico per ogni erede, a prescindere dalla dislocazione dei beni; deve consentire al titolare di rivendicare i beni del defunto in ogni Stato membro; deve presentare un contenuto minimo inderogabile. All’esito delle risposte ricevute dalla Commissione e dell’apprezzamento manifestato dal Parlamento Europeo, il 23 maggio 2012 è stato adottato il Regolamento in materia di successioni n. 650 del 2012, che contempla detto certificato. Esso attribuisce a ciascun ordinamento la scelta del soggetto cui assegnare questa funzione, cosicché in Italia, accertata la competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria, il compito potrebbe essere attribuito anche ai notai⁴³.

Il certificato successorio europeo è il frutto di un’indagine anzitutto documentale, dunque sarà necessario fornire la prova scritta del legame di parentela laddove si tratti di vocazione legittima, mentre occorrerà presentare copia del testamento o del patto successorio nel caso di vocazione testamentaria o pattizia. Ai sensi dell’art. 66, le indagini potranno essere svolte anche d’ufficio⁴⁴. Inoltre, l’art. 68 dispone che il certificato indichi l’autorità emittente, i fatti considerati, i dati relativi al defunto e all’istante, la legge applicabile alla successione, l’indicazione dell’erede o del legatario e dell’eventuale nomina di amministratori od esecutori, il titolo della

⁴² F. PADOVINI, *Il certificato di eredità europeo*, cit., 1627.

⁴³ Invero, si è concluso nella prima metà del giugno 2014 l’esame della Camera sul disegno di legge europea 2013-*bis* (AC1864-A) che ha approvato, in particolare, una proposta emendativa presentata dal Governo, attribuendo al notaio la competenza a rilasciare il certificato di successione europeo su richiesta dei soggetti di cui all’articolo 63 del Regolamento: la *ratio* della previsione va ricercata nel tentativo di deflazionare il carico giudiziario dei tribunali, coinvolgendo gli altri operatori del diritto.

⁴⁴ E potranno svolgersi attraverso l’audizione dei parenti legittimi e dei legittimari o mediante la pubblicazione di avvisi, anche su quotidiani, o con l’accesso a registri pubblici.

vocazione (legittima, testamentaria, contrattuale), l'individuazione della quota attribuita all'erede; nel caso di vocazione testamentaria, la presenza di condizioni, oneri, cauzioni o legati a peso dell'erede così istituito, la descrizione, ancora, dei poteri spettanti ad amministratori/esecutori. Nella prospettiva di una agevole circolazione, anzi, il regolamento prevede che la domanda ed il certificato siano confezionati nel rispetto di modelli ⁴⁵.

Gli effetti del certificato (art. 69) sono, sostanzialmente, due: da un lato, chi è indicato quale erede, legatario, esecutore testamentario o amministratore dei beni ereditari può contare sulla presunzione secondo cui l'esibizione del certificato stesso consente di far valere i diritti fondati sulla qualità che vanta; dall'altro lato, i terzi che concludono negozi con il soggetto così individuato possono invocare, a prova della loro buona fede, quanto risulta dal certificato. Tale presunzione è, evidentemente, relativa, posto che qualunque interessato può contestare l'efficacia del certificato fornendo la prova contraria per ottenerne l'annullamento (art. 71). Lo stesso art. 69, all'ultimo comma, prevede che il certificato costituisca titolo idoneo a richiedere la trascrizione o l'iscrizione dell'acquisto per causa di morte nei registri pubblici tenuti dallo stato dove si trovano i beni, secondo le modalità stabilite dalla legge dello stato in cui essa viene eseguita e dispiega gli effetti previsti dalla medesima legge. Questa soluzione rappresenta, per molteplici profili, una novità nel nostro ordinamento, se si considera che l'acquisto per causa di morte si perfeziona attraverso la presentazione di uno dei titoli indicati all'art. 2648 c.c., tutti in forma autentica, e della nota di trascrizione di cui all'art. 2660 c.c. ⁴⁶.

Alla luce delle due regole poste dall'art. 69, comma 5, pare doversi ritenere che il certificato successorio sostituisca l'accettazione di eredità ed il certificato di morte, nonché l'estratto del testamento; rimane, tuttavia, l'onere di predisporre la nota di trascrizione, fatta avvertenza che essa dovrà fare menzione anzitutto del certificato ⁴⁷.

Esso, peraltro, non è obbligatorio e non determina l'abrogazione delle procedure nazionali; i suoi effetti si esplicano, oltretutto all'estero, anche

⁴⁵ A. FÖTSCHL, *The Relationship of the European Certificate*, cit., 1263.

⁴⁶ F. PADOVINI, *Il certificato di eredità europeo*, cit., 1630.

⁴⁷ F. PADOVINI, *Il certificato di eredità europeo*, cit., 1630.

nello stato dove è stato emesso (art. 69). Poiché il certificato d'eredità italiano potrà essere sostituito, dove emesso, dal certificato successorio europeo, (e ciò avrà ricadute sulla disciplina nostrana del libro fondiario, nonché sulla ricostruzione dei confini che l'ordinamento nazionale può assegnare alla nozione di "giurisdizione"), si è ravvisata l'opportunità di una novella anche per il diritto interno: essa dovrebbe prevedere l'introduzione in Italia di un certificato nazionale, allo scopo di garantire la sicurezza nella circolazione dei beni ereditari, adeguata all'intensità dei traffici.

B. - I PATTI SUCCESSORI.

1. - I differenti atteggiamenti degli ordinamenti nazionali nei confronti dei patti successori.

Con riguardo ai patti successori, nel panorama giuridico europeo si stagliano due modelli polarizzati: rispettivamente tedesco – laddove essi sono accolti – e francese, che li osteggia⁴⁸. Tra le ragioni delle differenti posizioni è stata indicata, da un lato, la diffidenza motivata dalla ritenuta loro incompatibilità con la libertà del testatore di decidere in ogni tempo la sorte del proprio patrimonio, nonché dal timore che essi agevolino l'elusione delle disposizioni imperative poste a tutela dei legittimari; all'opposto, la pianificazione della successione è altrove favorita valorizzando altri interessi ritenuti parimenti meritevoli di tutela, facenti capo ai superstiti, oppure alle imprese, alla stabilità e continuità dell'attività⁴⁹.

A margine del testamento congiuntivo si riproduce la tendenziale spacca-

⁴⁸ Per una più approfondita analisi mi permetto di rinviare al mio *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, n. 3, 391-410.

⁴⁹ Attraverso i tempi la dottrina civilistica ha offerto numerose analisi raffinate, attente anche alla comparazione; tra le monografie classiche è doveroso segnalare l'opera monografica di M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976. Il tema è stato coltivato anche nella prospettiva del diritto internazionale privato, da ultimo da parte di B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, in P. FRANZINA-A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, *Collana di Studi del Consiglio nazionale del Notariato*, Milano, 2013, 107.

tura, registrata circa i patti successori, tra “mondo” germanico – dove è ammesso –, e “mondo” latino – dove è vietato –.

2. - La previsione dei patti successori nel BGB.

È risaputo che in Germania i patti successori sono ammessi e trovano disciplina nel codice civile (parr. 1941 e 2274 ss. BGB), a fianco del testamento⁵⁰. Il par. 1941 BGB consente al disponente di ricorrere al contratto (*l'Erbvertrag*) per istituire eredi, disporre legati, imporre oneri; il secondo comma precisa che in tal modo è consentito designare erede o legatario sia la controparte sia un terzo. Pertanto in Germania, onde disporre dei propri beni successivamente alla morte, accanto al testamento sussiste l'alternativa del contratto ed entrambi rientrano nella categoria dei negozi *mortis causa*⁵¹. Spesso *l'Erbvertrag* viene collegato con altri contratti, in particolare con *l'Ehevertrag* oppure, per esempio, con un accordo mediante il quale la controparte si impegna a provvedere al mantenimento del testatore fino alla di lui morte.

Oltre al testamento semplice, il diritto tedesco conosce quello congiuntivo (parr. 2265 ss. BGB), consentito esclusivamente a coniugi ed a conviventi registrati (ai sensi del *Lebenspartnerschaftsgesetz*), mentre il contratto successorio è a disposizione di tutti. Inoltre per il testamento congiuntivo sono previste forme semplificate, tra cui quella olografa; al contrario, la conclusione di un patto postula l'atto notarile (par. 2276). Diverge, invero, la stessa natura dei due istituti: da un lato sussiste un puro negozio *mortis causa* come il testamento, dall'altro lato vi è un istituto ibrido. Invero la dottrina tedesca⁵² individua la peculiarità dell'*Erbvertrag* precisamente nella sua natura ambivalente: esso è un negozio *mortis causa*, ma allo stesso tempo è anche un contratto⁵³. Le coppie sposate hanno inoltre a dispo-

⁵⁰ Si rinvia a C. REITHMANN-A. ALBRECHT, *Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung*, München, 2001; H. NIEDER, *Handbuch Testamentsgestaltung*, Beck, 2000.

⁵¹ Si rinvia agli scritti di B. ECCHER, *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980; D. OIZEN, *Die Vorweggenommene Erbfolge*, Berlin, 1984; H. KOLLHOSSER, *Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge*, in *Archiv für civ. Praxis*, 194 (1994), 231 ss.

⁵² H. BROX, *Erbrecht*, Köln, 2003, 91.

⁵³ Tale ambivalenza si riflette sugli effetti, giuridici di negozio *mortis causa*. Infatti, come avviene nel testamento, il disponente (Erblasser) non dispone del proprio patrimonio nell'immediato e non assume un'obbligazione in senso tecnico (*er verpflichtet sich nicht schul-*

sizione il *Berliner Testament*⁵⁴, una forma speciale di testamento congiuntivo contenente la destinazione dell'asse del coniuge superstite, il quale risulta perciò vincolato, dal momento che dopo la morte del primo, non è più revocabile, salvo rinuncia all'eredità (par. 2271, II, 1, BGB).

Attraverso il patto successorio sono dunque adottabili disposizioni *mortis causa* (par. 2278), reciproche oppure comuni rivolte a terzi. L'istituto in parola è un contratto vero e proprio, produttivo di effetti vincolanti per il disponente che vede limitata la sua libertà testamentaria (par. 2289). È questa la maggiore differenza tra il patto successorio ed il testamento: solo nel primo ci si impegna nei confronti della controparte e si perde la possibilità di revocare le disposizioni *mortis causa*⁵⁵. Peraltro anche il testamento congiuntivo (par. 2256) è tendenzialmente revocabile solo da entrambi (par. 2271). Inoltre, atteso che il patto successorio rientra nella categoria del contratto, per la sua conclusione non è sufficiente la capacità testamentaria, ma occorre (par. 2275) la piena capacità negoziale⁵⁶.

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

⁵⁴ A. FRIESER, in *Handbuch des Fachanwalts für Erbrecht*, cap. 1, Monaco, 2005, 543.

⁵⁵ Ai sensi del par. 2289 la stipula di un patto successorio (*Erbvertrag*) supera un testamento precedente in ordine alle disposizioni incompatibili. Un patto successorio è superabile da altro contratto concluso tra i medesimi soggetti (par. 2290), non tra uno di loro e gli eredi dell'altro. Le disposizioni aventi natura contrattuale (*vertragsmässige Verfügungen*) contenute in un patto successorio con le quali è attribuito un onere o un legato sono revocabili tramite un testamento successivo, purché vi sia l'approvazione dell'altro contraente (par. 2291). Inoltre (par. 2292) il patto successorio concluso tra coniugi o conviventi è revocabile tramite testamento congiuntivo. Peraltro nel patto successorio è permesso riservarsi la facoltà di revoca (par. 2293); la revoca è, inoltre, consentita in ipotesi di indegnità del beneficiario della disposizione (par. 2294). Qualora la disposizione testamentaria sia stata effettuata in considerazione di debiti, può essere disposta la revoca ove sia intervenuta la loro estinzione (par. 2295). Laddove consentita, la revoca può intervenire anche per testamento (par. 2297).

⁵⁶ Viene fatta eccezione per l'ipotesi che il contratto sia concluso tra coniugi o nubendi, con l'approvazione del rappresentante legale o, talvolta, del giudice (*Familiengericht*). La ratio della norma muove dalla consapevolezza che nella prassi sono proprio i coniugi a ricorrere al patto successorio (*Erbvertrag*), cosicché esso è frequentemente collegato ad una convenzione matrimoniale (*Ehevertrag*). D'altra parte, come il testamento, l'*Erbvertrag* deve essere concluso personalmente ed è richiesta la contestuale presenza delle parti davanti al notaio.

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

È tuttavia importante osservare che l'istituzione di erede e l'attribuzione di legati e oneri non rivestono natura necessariamente contrattuale, potendo essere pure unilaterali, con la conseguente libera revocabilità⁵⁷. Certamente per la ricorrenza di un patto successorio (*Erbvertrag*) occorre almeno una disposizione di natura contrattuale, diversamente il negozio produce gli effetti di un testamento, nonostante l'etichetta.

524

La coesistenza di testamento congiuntivo e patti successori è da tempo oggetto di critiche e proposte di riforma: ad esempio si è suggerito di abolire il privilegio della forma olografa per il testamento congiuntivo ed estendervi la prescrizione dell'atto notarile⁵⁸.

2.1. - *Vor- und Nacherbschaft*: il fedecommesso.

Il diritto tedesco vieta il fedecommesso, non la sostituzione fedecommissaria. Invero tale preclusione – oggi piuttosto restrizione – non figura nel BGB e neppure nella legislazione speciale, ove è reperibile una disposizione risalente alla prima metà del secolo scorso, proibitiva di una diversa forma di fedecommesso, consistente nella conservazione del patrimonio

⁵⁷ Peraltro in dottrina si osserva come non ci sia una presunzione generale della natura contrattuale di queste disposizioni: per capire se vi sia o meno l'assunzione di un impegno si deve infatti guardare al complessivo regolamento negoziale e alla natura dei rapporti tra le parti (H. BROX, *Erbrecht*, cit., 94).

⁵⁸ A. ROETHEL, *Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany*, in M. ANDERSON-E.A.I. AMAYUELAS, *The Law of Succession. Testamentary Freedom*, Groningen, 2011, 165 ss.

indiviso. Il termine *Nacherbe* indica colui che diventa erede del *de cuius* solo dopo il venir meno di un altro (*Vorerbe*), come nel caso in cui un soggetto istituisca erede la moglie e, dopo la di lei morte, il figlio.

Nacherbe e *Vorerbe* sono entrambi eredi dell'*Erblasser*, ma in via successiva, cosicché non si crea alcuna comunione ereditaria, come invece avviene tra i coeredi (*Miterben*). Ovviamente è possibile nominare eredi più persone⁵⁹, sia *Vor-* che *Nacherben* ed in tal caso si configurerà una comunione ereditaria tra costoro⁶⁰. Si consente anche che un *Vorerbe* diventi coerede successivo o *Mitnacherbe*: si pensi all'istituzione della moglie come unica erede laddove il testatore abbia stabilito che, a seguito di nuove nozze del coniuge, parte della sua eredità sia devoluta ad altri. In tale evenienza la moglie e l'altra persona saranno coeredi successivi (*Mitnacherben*).

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

2.2. - La trasmissione dell'impresa di famiglia.

Per la trasmissione dell'impresa di famiglia in Germania sono impiegati diversi strumenti. Risulta assai diffuso il mandato *post mortem*, dal momento che ove formato per atto notarile non si estingue a seguito della morte del mandante (par. 672 BGB). Si può dare vita ad una semplice procura *post mortem*, destinata a produrre effetto solo dopo il decesso del rappresentato, che vale quale precauzione, affiancandosi a misure specifiche ed è utilizzata per transazioni che riescono difficoltose se perfezio-

⁵⁹ A. ROETHEL, *Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany*, cit., 165 ss., ricorda come il diritto tedesco riconosca al testatore poteri considerevoli, consentendogli di imporre all'erede restrizioni durature. I limiti sono di ordine temporale: in linea di principio, la sostituzione fedecommissaria perde effetto dopo trent'anni dall'apertura della successione (parr. 2109, comma 1, parte 1 e 2210, parte 1, BGB), salvo eccezioni (par. 2210, 2, BGB). L'A. conclude escludendo l'operatività nel diritto tedesco di una regola omologa rispetto alla *rule against perpetuities*, dal momento che trovano cittadinanza le fondazioni di famiglia (*Privat-Familienstiftung*).

⁶⁰ In ipotesi l'*Erblasser* istituisce eredi i suoi figli fino ad un certo termine e dispone che successivamente l'eredità passi ai suoi nipoti.

nate dopo il decesso, quali la cessione di azioni oppure operazioni bancarie. In un contesto internazionale l'impiego di questo strumento non è raccomandabile, dal momento che in molti paesi la morte invariabilmente estingue ogni procura ⁶¹.

Lo strumento classico per mantenere l'impresa all'interno della famiglia a beneficio delle future generazioni è la nomina testamentaria di eredi successivi, attraverso la designazione dei soggetti destinati a subentrare al primo chiamato, al verificarsi di un certo evento (par. 2100 BGB). Di regola, l'abitazione e l'azienda sono attribuiti ad un soggetto per una durata vitalizia ed alla sua morte ad un altro, realizzando un assetto accostabile al "settlement" inglese ⁶². La particolarità risiede nella circostanza per cui i chiamati in ordine successivo sono tutti eredi per un certo tempo, ma soggetti a limiti circa la facoltà di disposizione dei cespiti (parr. 2112-2115 BGB), in ragione dell'obbligo di conservare e trasmettere l'asse ai chiamati in subordine (par. 2130 BGB).

Questa costruzione autorizza l'esclusione di certe persone dall'asse (essenzialmente il nuovo coniuge del superstite) e protegge contro le pretese dei legittimari. Inoltre è utile per giovani imprenditori che non abbiano ancora individuato il loro successore.

Quale *holding* di famiglia è utilizzata la *GmbH & Co. KG*, scelta anche per ragioni fiscali, laddove gestore è una società a responsabilità limitata (*GmbH*), e gli altri soci sono privati. L'accomandita (*KG*) presenta bensì ampi vantaggi fiscali, ma richiede la presenza di soci a responsabilità illimitata, a fianco di quelli a responsabilità limitata (*Kommanditist*). La pianificazione della successione nell'impresa è perseguita anche tramite la fondazione di famiglia (*Familienstiftung*: parr. 80 BGB ss.), la quale non presenta vantaggi fiscali, ma il conferimento in essa di partecipazioni sociali è immune dalle pretese dei legittimari dopo il decorso di un decennio ⁶³.

⁶¹ R. KRAUSE, *Planning Succession in International Family Business-Recent Developments in Germany*, in B. VERSCHRAEGEN (a cura di), *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, 2008, 777 ss.; ID., *Family Business Succession Planning in Germany - Strategies for Intergenerational transfer in a Globalized World*, in I. STAMM-P. BREITSCHEID-M. KOHLI (ed.), *Doing Succession in Europe, Generational transfert in Family Business in Comparative Perspective*, Schulthess, 2011, 299 ss.

⁶² D. FISHER, *The German Legal System*, 2008, 3^a ed., 89.

⁶³ R. KRAUSE, *Planning Succession*, cit., 784 ss.

3. - Il divieto dei patti successori nel diritto successorio francese.

Nel *Code Civil* sono state depositate le regole sulla legittima (artt. 913 ss.)⁶⁴, nonché quelle espressione del c.d. divieto dei patti sulle successioni future (artt. 722, 1130, comma 2, 791, 943, 1389, 1600, 1837), come pure dei testamenti congiuntivi e reciproci (art. 968)⁶⁵.

Si è puntualmente posto in luce come la nozione di patto successorio⁶⁶ abbracci una fenomenologia ampia, ove rientrano atti strutturalmente e causalmente eterogenei: insieme negozi tra vivi ed a causa di morte, contratti ed atti unilaterali, nonché il divieto dei testamenti congiuntivi e reciproci⁶⁷. La genericità del dato legislativo francese ha legittimato un'applicazione estesa del divieto da parte della giurisprudenza⁶⁸, che l'ha inteso quale principio di ordine pubblico⁶⁹, salvo evolvere con il tempo verso una maggiore attenzione alla meritevolezza del contenuto⁷⁰. Tale applicazione larga fu osteggiata dalla dottrina maggioritaria – sulla scorta del temperamento al divieto contenuto nell'art. 722 e nell'art. 1130,

⁶⁴ Riferisce L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4^a ed. rielab., in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritti civile e commerciale*, Milano, 2000, 36, che nel progetto del *Code* questo sistema era chiamato “*legitime*”, mentre nella redazione definitiva si preferì la formula “*reserve*”, che si distingue sia dalla “*reserve coutumière*” sia dalla “*legitime de droit*”, configurandosi come «il risultato di un'opera originale che ha fuso i due istituti adottando la struttura della riserva allo scopo della legittima». La crisi tra “*reserve*” e “*legitime*” produsse un effetto originale, perché essa come la legittima riguarda tutti beni, inclusi quelli donati, è attribuita soltanto a discendenti ed ascendenti, ma l'impronta dell'organizzazione riproduce la riserva consuetudinaria.

⁶⁵ Si rinvia all'elegante illustrazione di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 71 ss., nonché 155 ss.

⁶⁶ Art. 722: «Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendent ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la Loi».

⁶⁷ A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 156.

⁶⁸ L'evoluzione è stata ripercorsa a suo tempo da A. PONSARD, *La loi du 3 juillet 1971 sur le rapport à succession, la réduction pour atteinte à la réserve et les partages d'ascendants*, in *Recueil Dalloz*, 1973, *Chron.*, 37 ss.

⁶⁹ Cass. 11 gennaio 1933, in *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*, 1933, 1, 10, con nota di CAPITANT.

⁷⁰ Come emblematica del nuovo corso si può segnalare Cass. 30 maggio 1985, in *Dalloz*, 1986, J, 63, secondo cui «une promesse de vente déterminée dans son objet et dans son prix, engageant le promettant immédiatement et de façon irrévocable et faisant naître au profit du bénéficiaire un droit actuel pur et simple et dont seule l'exécution est différée jusqu'au décès du promettant, constitue non un pacte sur succession future, mais une promesse post mortem valable comme n'ayant suspendu que l'exécution d'un droit déjà né».

comma 2, realizzato dal primo comma dell'art. 1130⁷¹ – la quale ha portato dalla sua il legislatore a ridosso della successione nelle imprese, nel diritto societario – ammettendo la clausola di continuazione con gli eredi⁷² –, e poi rispetto ai “*fonds de commerce*”⁷³.

Notevole è stata altresì l'innovazione introdotta nel 1971⁷⁴ alla disciplina dell'azione di riduzione, in base alla quale l'alienazione perfezionata con il consenso di tutti i successori necessari proteggeva l'avente causa dalla pretesa restitutoria⁷⁵, pur mantenendo il divieto di rinuncia anteriormente all'apertura della successione⁷⁶ (preclusione che verrà meno nel 2006).

La “*donation-partage*”, a fianco del “*testament-partage*”, sono figure contemplate dal *Code Civil* nel capitolo settimo del titolo secondo del libro

⁷¹ Art. 1130: «On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit». Accurata ricognizione ne è stata offerta da A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 4 ss., nonché da M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

⁷² L. 24 luglio 1966, n. 66-38, nonché l. 4 gennaio 1978, n. 78-9. Secondo l'art. 21 della l. 66/537 la società in nome collettivo «prend fin par le décès de l'un des associés, sous réserve des dispositions ci-après: S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants, ces dispositions seront suivies, sauf à prévoir que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société. Il ne sera de même s'il a été stipulé que la société continuerait soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute personne désignée par les status ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires». È poi intervenuta la l. 78/704 precisando che laddove la società continua con i soli soci superstiti l'erede è creditore del valore della quota del socio defunto.

⁷³ L. 13 luglio 1965, n. 65-570, portante riforma della disciplina del regime patrimoniale della famiglia, ha consentito la conclusione di una convenzione matrimoniale prevedendo che il coniuge superstite collaboratore nell'attività commerciale può conservare l'immobile e liquidare gli altri: «Ils peuvent, toutefois, stipuler qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'une d'eux, le survivant aura la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prémourant, à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils auront au jour où cette faculté sera exercée». La norma è stata poi modificata dalla legge 2006-728.

⁷⁴ Art. 10 l. 3 luglio 1971, n. 71-523.

⁷⁵ Art. 930, comma 2, vecchio testo: «Lorsque le donateur aura consenti à l'alienation avec l'accord de tous les réservataires nés et vivants au moment de celle-ci, l'action ne pourra plus être exercée contre les tiers détenteurs». M. GRIMALDI, *Clause stipulée dans une donation-partage pour protéger les ayants cause des donataires contre les effets de la réduction pour atteinte à la vente d'un bien donné*, in *Defrenois*, 1996, 3.

⁷⁶ TGI Parigi, 12 maggio 1993, in *JCP*, 1994, II, 301, nonché Cass. 18 maggio 1994, in *Defrenois*, 1995, 175, con nota di M. GRIMALDI, che ha tuttavia escluso ricadesse nel divieto l'atto con cui gli eredi avevano convenuto, prima dell'apertura della successione, che le donazioni manuali ricevute «seraient rapportés à la succession affectés d'un indice à déterminer lors du partage».

terzo intitolato ai “partages faites par les ascendants”, nel testo originario dell’art. 1075⁷⁷. La legge 88-15 del 5 gennaio 1988 ha poi aggiunto un terzo comma dedicato alle imprese⁷⁸. Si tratta di istituti con radici antiche, che gli storici hanno rintracciato, per un verso, nel diritto romano, poi rielaborate nel “partage d’ascendants” dall’antico diritto francese, e, per altro, nella “démision de biens” dei paesi di tradizione consuetudinaria⁷⁹. A seguito della riforma del 2006 troviamo queste disposizioni modificate e raccolte sotto l’etichetta comprensiva di “liberalités-partages”.

3.1. - La legge 23 giugno 2006, n. 2006-728.

La legge 2006-728⁸⁰ è intitolata alla “réforme des successions et des libéralité”, una riforma ormai percepita come urgente posto che «les successions ne remplissent plus leur rôle traditionnel d’établissement dans la vie»⁸¹, in ragione dell’inadeguatezza rispetto alla trasmissione delle imprese, alla modificazione della composizione delle famiglie, alla presenza di figli deboli. In questa ottica, la risposta legislativa è stata nei termini dell’ampliamento dell’autonomia privata, dello snellimento della gestione del patrimonio, dell’accelerazione della liquidazione della successione⁸², senza tuttavia scardinare l’impianto tradizionale⁸³, in particolare senza rimuovere il divieto dei patti successori e la riserva.

⁷⁷ Prevedendosi che: «Les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et des testaments dans le second, sous réserve de l’application des dispositions qui suivent».

⁷⁸ «Si leurs biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral, les père et mère et autres ascendants peuvent, dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets, en faire sous forme de donation-partage, la distribution et le partage entre leurs enfants et descendants et d’autres personnes, sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l’exploitation de l’entreprise entrent dans cette distribution et ce partage et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n’attribuer à ces autres personnes que la propriété de tout ou partie de ces biens ou leur jouissance».

⁷⁹ Al lettore italiano si offre l’analisi di G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, 18 ss.

⁸⁰ Pubblicata in JO 24 giugno 2006, 9513.

⁸¹ Rapporto al Senato n. 343 del 10 maggio 2006.

⁸² Esposé des motifs, projet de loi n. 2427 du 29 juin 2005.

⁸³ Ph. MALAURIE, *Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, in *Defrenois*, 2005, 38298; D. VIGNEAU, *Le règlement de la succession. Observation sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, in *JCP N*, 2006, I, 1144.

Novità di maggior momento è l'introduzione della possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione; punto altresì fondamentale la traduzione in valore delle liberalità lesive della riserva; altresì degna di nota è la liquidazione notarile della successione; vera e propria rivoluzione le "libéralités-partages"; ugualmente significativa la previsione della "donation-partage transgenerazionale"; rimarcabile innovazione è il «mandat a effet postume»⁸⁴.

Tra le direttrici principali della riforma è stato identificato il potenziamento della volontà del disponente⁸⁵, realizzato secondo la consueta tecnica che risparmia regole di principio e definizioni, ma scava loro il terreno intorno⁸⁶. La legge 2006-728 è incentrata sui discendenti, come attestano le innovazioni introdotte in tema di rappresentazione, rinuncia, *donation-partage* e donazione transgenerazionale, le quali assecondano la logica di solidarietà familiare discendente, confidando nell'adozione spontanea di altre misure a favore degli anziani – quali le assicurazioni sulla vita – nonché nell'intervento statale tramite la previdenza e l'assistenza⁸⁷.

3.1.1. - Il mandato *post mortem*.

L'art. 812 ha previsto la facoltà di attribuire a qualsiasi persona fisica o giuridica – non escluso un erede – mandato ad amministrare o gestire tutto o parte dell'asse ereditario, per conto e nell'interesse di uno o più eredi individuati, subordinatamente alla sussistenza di un «interet serieux et legitime»⁸⁸ relativo all'erede od al patrimonio. Dev'essere conferito per atto notarile e la sua durata non può eccedere il biennio od il quinquennio, a seconda delle circostanze.

⁸⁴ PH. MALAURIE, *Préface*, in M.C. FORGERARD-R. CRONE-B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules*, in *Defrénois*, Parigi, 2007; ID., *Les successions. Les libéralités*, in *Defrénois*, 2006, 97; ID., *La réforme des successions et des libéralités*, in *Defrénois*, 2006, 1319 ss.

⁸⁵ A.M. LEROYER, *Reforme des successions et des libéralités. Loi n. 2006-728 du 23 juin 2006*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, 613.

⁸⁶ Consueta al legislatore francese, sin dall'elaborazione del Code Civil, come a suo tempo segnalato da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992; A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, 2002, 287 ss.

⁸⁷ A.M. LEROYER, *Reforme des successions et des libéralités. Loi n 2006-728 du 23 juin 2006*, cit., 623.

⁸⁸ Art. 812-1-1, co. 1, code civil.

Nelle intenzioni del legislatore tale strumento dovrebbe ovviare ad alcune emergenze tipiche, quali in particolare la trasmissione di un'impresa⁸⁹ ad eredi minorenni o incompetenti⁹⁰, nonché a quelle altrove risolte attraverso la fiducia, che peraltro nel frattempo è stata introdotta in Francia con la legge 2007-211 del 19 febbraio 2007⁹¹. I poteri del mandatario sono circoscritti alla gestione, e difettano per l'alienazione, conservati dall'erede il quale è pertanto in grado di trasferire i beni, determinando l'estinzione del mandato: per questa ragione, la dottrina notarile suggerisce di introdurre meccanismi rivolti ad impedire tale iniziativa da parte del titolare dei beni amministrati⁹².

3.1.2. - L'ampliamento dei margini dell'autonomia privata.

Il legislatore francese, proseguendo nella tendenza all'ampliamento dei margini dell'autonomia privata manifestata già dalle riforme anteriori⁹³, è inoltre intervenuto sulla riserva e sui patti successori, oltre che sulle incapacità a disporre ed a ricevere⁹⁴, nonché sul ruolo del giudice in particolare in materia di divisione⁹⁵. Lo scenario risulta, poi, arricchito dalla comparsa dei PACS, destinatari di previsioni apposite, ed al con-

⁸⁹ La dottrina francese ha osservato che il legislatore del 2006 ha ideato l'istituto del mandato *post mortem* proprio allo scopo (certo, ancorché non esplicito) di favorire la gestione dell'impresa, poiché attraverso il mandato il *de cuius* può conferire i poteri di amministrazione necessari alla sola gestione di quella (d'altra parte, la continuità di un'impresa dipende direttamente da quella della sua gestione e del controllo, mentre la trasmissione della proprietà interferisce in misura relativa). La portata del mandato differisce a seconda che si tratti di una "entreprise individuelle" o "sociétaire": nel primo caso, il mandatario può occuparsi direttamente della gestione; nel secondo, gli è riconosciuto il solo diritto di voto in assemblea.

⁹⁰ Rapp. AN n. 2850 dell'8 febbraio 2006.

⁹¹ L. n. 2007-211 "instituant la fiducie" pubblicata sul JO n. 44 del 21 febbraio 2007, 3052, la quale ha introdotto nel libro terzo del codice un titolo XIV.

⁹² M.C. FORGERARD-R. CRONE-B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules*, Parigi, 2007.

⁹³ M. DAGOT, *L'esprit des réformes du droit successoral*, in *Mélanges G. Marty*, Univ. des sciences sociales de Toulouse, 1978, 305 ss.

⁹⁴ Il maggiorenne sotto tutela, debitamente autorizzato e assistito, è stato ammesso a testare (art. 504), mentre non può provvedervi il tutore in suo luogo. Inoltre nell'art. 911 è stata resa relativa la presunzione d'interposizione dei genitori dell'incapace a ricevere.

⁹⁵ Rendendo eccezionale quella giudiziale e quella volontaria la regola (art. 835).

tempo avamposti cui rapportare proiezioni applicative delle nuove norme ⁹⁶.

Muovendo dalla prospettiva attenta ai tre valori tra i quali la disciplina successoria si trova a mediare – l’uguaglianza tra gli eredi, la sicurezza del beneficiario, l’autonomia del disponente ⁹⁷ – si è dato atto della perdita da parte della riserva delle funzioni individuale e familiare, a seguito della sua conversione in valore, a beneficio della sicurezza della circolazione giuridica dei beni provenienti da liberalità. Del resto in Francia il movimento verso la contrattualizzazione del diritto successorio, è stato registrato non solo rispetto all’ampliamento dei margini di ammissibilità dei patti sulle eredità future, ma pure in ordine all’impiego di strumenti negoziali per aggirare la riserva ⁹⁸.

3.1.3. - La rinuncia all’azione di riduzione.

È stata salutata quale frutto di una riforma epocale la previsione circa la possibilità di rinuncia anticipata all’azione di riduzione, introdotta dai novellati artt. 929 ss., da formularsi tramite atto notarile (art. 930), a vantaggio di soggetti determinati. Essa ha suggerito ai commentatori la notazione che la riserva non presenta più un carattere assoluto «d’ordre public» ⁹⁹.

In queste innovazioni la dottrina ha letto l’intento di incoraggiare gli accordi tra gli eredi: del resto, tra gli impieghi prefigurati dal legislatore si segnalano la trasmissione di un’impresa, l’aiuto ad un figlio handicappato, o semplicemente più debole economicamente ¹⁰⁰. È stato, peraltro, anche segnalato il rischio di alimentare conflitti insiti nell’offerta di operare il salto di una generazione. Colpisce, in ogni caso, l’imposizione della presenza di due notai per ricevere la rinuncia (art. 930).

⁹⁶ Efficace la sintesi offerta da A.M. LEROYER, *Reforme des successions et des libéralités. Loi n 2006-728 du 23 juin 2006*, cit., 616 ss.

⁹⁷ P. CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, Parigi, 1982, 21.

⁹⁸ Tra questi l’assicurazione sulla vita: M. GRIMALDI, *Succession et contrat*, in D. FENOUILLET-P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Parigi, 2001, 197.

⁹⁹ F. GUERCHOUN-S. PIEDELIEVRE, *La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006*, in *Gazette du Palais*, 23-24 agosto 2006, n. 235, 2.

¹⁰⁰ Rapp. AN, cit., 255.

3.1.4. - I patti successori.

L'art. 722 subordina all'espressa previsione legislativa l'efficacia delle convenzioni sulle successioni future, mentre in chiusura del secondo comma dell'art. 1130 dopo la formulazione del divieto dei patti successori dispositivo e rinunciativo, la riforma ha aggiunto la salvezza per le ipotesi previste dalla legge.

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

3.1.5. - La "clause commerciale".

L'art. 1390 *code civil* stabilisce che, al momento della redazione del *contrat de mariage*, i coniugi possono assegnare al superstite «la facoltà di acquistare o, in ogni caso, farsi attribuire – al momento della divisione dell'asse – determinati beni personali del defunto». La prassi dimostra come questa disposizione sia spesso utilizzata per consentire al superstite di subentrare nell'impresa (commerciale od agricola) che costituiva bene personale dell'altro, corrispondendo un indennizzo agli altri eredi¹⁰¹: la clausola è detta "commerciale" proprio in ragione della circostanza spesso ha ad oggetto un *fond de commerce* e persegue lo scopo di evitare interruzioni brusche e repentine nella gestione degli affari del defunto¹⁰². L'inserimento di un bene nel *contrat de mariage* non ne preclude, peraltro, la disponibilità attraverso atti *inter vivos*.

La clausola apparve agli inizi del ventesimo secolo ma, poiché era percepita quale patto sulla successione futura, la giurisprudenza di merito ne

¹⁰¹ La determinazione dell'ammontare dell'indennizzo è, generalmente, affidata ad un esperto (F. XAVIER TESTU, *Pactes sur succession future exceptionnellement autorisés*, in M. GRIMALDI (a cura di), *Droit patrimonial de la famille*, in *Dalloz*, 2009, 395 ss.).

¹⁰² Beninteso, purché sia consentito agli altri eredi di ottenere l'equivalente dalla successione.

sancì spesso la illiceità¹⁰³, finché la Cassazione ne dichiarò la nullità per contrasto con le norme di ordine pubblico¹⁰⁴. Le esigenze pratiche ed i diversi interventi della dottrina sfociarono in una legge del 1965¹⁰⁵, con cui furono introdotti tre nuovi articoli¹⁰⁶ che riconoscono al coniuge superstite la possibilità di prelevare determinati beni dall'asse ereditario, indennizzando gli altri eredi. Il *contrat de mariage* contenente una simile clausola non cade, dunque, sotto la scure del divieto di patti successori per espressa previsione legislativa: mentre l'art. 1398 *code civil* vieta ai coniugi la stipula di alcuna convenzione o rinuncia per modificare la propria successione, il successivo art. 1390 stabilisce che essi possono "tuttavia" prevedere che alla morte di uno l'altro ne acquisti determinati beni, prelevandoli dall'asse ereditario. L'avverbio "tuttavia" – con cui si apre la norma – limita la portata del divieto cosicché, pur riconoscendo nella fattispecie un patto successorio¹⁰⁷, ne costituisce un'eccezione legale.

3.1.6. - L'ampliamento dell'ambito della "donation-partage".

534

La *donation partage* riguarda tutto il patrimonio e assicura la tutela dei legittimari; è dotata di efficacia reale immediata e come tale è irrevocabile¹⁰⁸. La legge del 2006 ne ha novellato la disciplina, tra l'altro prevedendo espressamente l'evenienza che coinvolga figli non comuni (art. 1076-1 c.c.) ed abbia ad oggetto beni sia propri sia in contitolarità¹⁰⁹. Essa è stata estesa a discendenti di grado diverso. Si è, inoltre, previsto che i

¹⁰³ Trib. Ruen, 5 aprile 1921; App. Ruen 15 dicembre 1922, in *DP* 1923, 2, 1, con nota di CAPITANT; Trib. Seine, 24 dicembre 1928, in *DP*, 1929, 2, 105, con nota di CAPITANT.

¹⁰⁴ Cass. 11 gennaio 1933, n. 35.

¹⁰⁵ L. 13 luglio 1965, n. 65-570.

¹⁰⁶ Artt. 1390, 1391, 1392 *code civ.*: il primo stabilisce il principio, gli altri ne fissano i limiti e le modalità di esecuzione.

¹⁰⁷ Si tratta, infatti, di una promessa (condizionata) di vendita di un bene facente parte dell'asse ereditario.

¹⁰⁸ Essa fu recepita nel Codice civile italiano del 1865, ma più non compare in quello del 1942. Sotto il vigore del precedente codice, la dottrina (V. POLACCO, *Della divisione operata da ascendenti fra discendenti*, Verona-Padova, 1884, 252 ss.; G. TEDESCHI, *La divisione d'ascendente*, Padova, 1936, 1 ss.) poneva in luce l'assenza di comunione nella divisione dell'ascendente ed osservava che se fosse stata una comunione avrebbe operato l'accrescimento.

¹⁰⁹ «Tout personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différent, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs» (art. 1075-1 *code civ.*).

figli rinuncino ¹¹⁰ alla loro riserva a vantaggio dei rispettivi discendenti ¹¹¹, in questo modo assecondando l'attuazione di donazioni transgenerazionali ¹¹².

La *donation partage* può essere utilizzata quale strumento di trasmissione dell'impresa ¹¹³ e la consacrazione della versione *transgénérationnelle* (operata dalla legge del 2006) consente di trasmettere l'impresa anche ai discendenti di un erede presuntivo.

3.1.7. - Le “libéralités graduelles” e le “libéralités résiduelles”.

È quasi una nemesi storica quella che vede la Francia riabilitare progressivamente il fedecommesso, a suo tempo fieramente osteggiato. Se ne scorge, invero, il profilo dietro la previsione delle “liberalites graduelles” ¹¹⁴, secondo cui al donatario od al legatario può imporsi l'obbligo della conservazione in vista della trasmissione alla propria morte ad un beneficiario ulteriore, preventivamente indicato. La riforma del 2006 è intervenuta ad ampliare considerevolmente la portata della norma, che nella versione previgente circoscriveva l'impiego della clausola ai trasferimenti gratuiti che intervenissero tra genitori e figli, ed avessero ad oggetto la porzione disponibile ¹¹⁵. Nel testo innovato la dottrina ha sottolineato, per un verso, l'assenza di limiti quanto al novero dei beneficiari finali e, per

¹¹⁰ Con il nuovo testo dell'art. 805, comma 2, la rappresentazione dell'erede rinunciante è allargata.

¹¹¹ «Lorsque l'ascendant procède à une donation-partage, ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres descendants y soient allotés en lieu et place, en tout ou partie. Les descendants d'un degré subséquent peuvent, dans le partage anticipé, être allotés séparément ou conjointement entre eux» (art. 1078-4 *code civ.*).

¹¹² Art. 1078-4 *code civ.*

¹¹³ G. WICKER, *Successions et sociétés en France*, in *Les successions. Journées roumaine. Travaux de l'Association H. Capitant des Amis de la culture juridique française*, t. LX, 2010, Bruylant, 2012, 516 ss.

¹¹⁴ L'attuale articolo 1048 *code civ.* (modificato dall'art. 20 della legge del 2006) stabilisce che: «Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte».

¹¹⁵ La versione precedente dell'art. 1048 (in vigore fino al 1° gennaio 2007) recitava: «Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires».

altro, il vincolo alla preservazione del bene, senza accedere alla sua conversione in valore.

Si registra, poi, la replica del fedecommesso de residuo nella disposizione (art. 1057) sulle “libéralités résiduelles”¹¹⁶ rivolta a legittimare la previsione che un terzo riceva quanto rimarrà della donazione o del legato effettuati a favore di un primo beneficiario.

3.2. - Riepilogo del sistema francese vigente.

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

536

Assai articolata è la riforma del 2006, sia dal punto di vista categorico, sia da quello delle regole. Da un lato, si coglie l’apporto del gruppo di lavoro capitanato da Carbonnier, dal cui progetto di legge è stata raccolta la macro categoria della liberalità, comprensiva di donazioni e testamenti. Dall’altro, si interviene su molteplici aspetti, praticamente su tutti e tre i fronti considerati della riserva, dei patti successori, nonché della circolazione dei beni, anche se questa volta rispetto a quelli la cui provenienza è una donazione. Quali ragioni dell’intervento legislativo sono state enunciate la perdita di funzionalità del diritto successorio in generale ed in particolare rispetto alla modificazione delle famiglie (con chiaro riferimento a quelle ricomposte), alla presenza di figli deboli, nonché in ordine alla trasmissione delle imprese (nonostante una legge del 1988 avesse

¹¹⁶ L’attuale articolo 1057 *code civ.* (modificato dalla legge del 2006) stabilisce che: «Il peut être prévu dans une libéralité qu’une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci, s’ils sont mineurs ou majeurs en tutelle, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou majeurs en tutelle, ou même d’office, à la diligence du procureur de la République près le tribunal de grande instance du lieu où la succession est ouverte».

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

La risposta del legislatore è stata resa sul fronte dell'ampliamento dell'autonomia privata, pur senza rimuovere il divieto di patti successori e la riserva. Su quest'ultima si riflette la possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione, consentita rispetto alla donazione quando il donante è ancora in vita. L'obiettivo di adattare la riserva in ragione dei meriti e dei bisogni non è, dunque, stato attuato in Francia assecondando l'autonomia unilaterale del disponente, dal momento che gli interventi hanno coinvolto categorie complessive di successibili (coniuge prima, ascendenti poi). Il fine di modulare la riserva è stato perseguito attraverso l'introduzione di strumenti nuovi, od il potenziamento di altri preesistenti, tutti bilaterali, quindi allargando la breccia nel divieto dei patti successori, che pure è mantenuto fermo con la salvezza delle eccezioni.

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

4. - La disciplina dei patti successori nel Regolamento 4 luglio 2012, n. 650.

Nel Regolamento UE 650/2012 con riguardo ai patti successori¹¹⁷ è indicato l'obiettivo di agevolare negli Stati membri il riconoscimento dei diritti acquisiti per effetto di un patto successorio ammesso dalla legge applicabile, senza pregiudizio per i diritti di legittima. All'art. 3, lettera *b*), è stata introdotta una definizione nei termini di «accordo, anche derivante da

¹¹⁷ Definiti nel “considerando” numero quarantanove.

testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo»¹¹⁸. Si è per questa via ristretto il campo di applicazione delle norme di conflitto ai soli patti istitutivi. Se, per un verso, la nozione è, come detto, riferita ai soli patti istitutivi, per altro all'interno di tale tipologia essa risulta assai larga – più di quella presente nel codice civile italiano –, dal momento che ha attitudine a ricomprendere testamenti congiuntivi, *Berliner Testament*, donazioni tra coniugi di beni futuri, *donations-partages*.

L'art. 1, par. 2, lett. g), del Regolamento esclude dal suo campo di applicazione i «diritti e beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, quali le donazioni, la comproprietà con reversibilità a favore del comproprietario superstite, i piani pensione, i contratti di assicurazione e accordi analoghi». Si tratta di strumenti assai eterogenei tra loro, accomunati dalla attitudine all'impiego per determinare la creazione di diritti (o il trasferimento di beni) in dipendenza della morte di una persona, ancorché al di fuori della vicenda successoria vera e propria. Poiché hanno natura contrattuale, essi risultano attratti sotto la disciplina introdotta dal Regolamento Roma I¹¹⁹. Sembra, quindi, emarginato dall'ambito applicativo del Regolamento 650/2012 il patto di famiglia, disciplinato dagli artt. 768-*bis* ss. c.c., poiché trasferisce direttamente beni e diritti¹²⁰.

Non è fornita alcuna definizione di testamenti reciproci, mentre sono descritti quelli congiuntivi – all'art. 3, par. 1, lett. c) – come redatti in un unico documento da più persone¹²¹. In considerazione della sottolineata

¹¹⁸ Definizione che, si è osservato, si ispira a quella contenuta nella Convenzione dell'Aja del 1989 (P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, 61).

¹¹⁹ In questo senso, G. BIAGIONI, *Art. 1, II*), in F. SALERNO-P. FRANZINA (a cura di), *Commentario al Regolamento n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 568.

¹²⁰ La tacitazione delle pretese dei legittimari rispetto a future successioni ne evidenzia l'affinità col patto successorio rinunciativo (D. DAMASCELLI, *Il patto di famiglia nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 626 ha, tuttavia, espresso parere contrario, sulla base dell'assunto che il patto di famiglia non possa essere considerato un negozio *mortis causa*).

¹²¹ La nozione appare divergente da quella italiana, posto che da noi il testamento reciproco è *species* del testamento congiuntivo: Cass. 5 aprile 2012, n. 5508, in *Giust. civ.*, 2012, 1197.

compressione della libertà del testatore¹²², pure quei testamenti dovrebbero essere assimilati ai patti successori. Poiché il Regolamento considera soltanto gli accordi di cui sia parte il soggetto alla cui successione si riferiscono i diritti, sembrerebbero esclusi i patti dispositivi ed i rinunciativi con i quali «taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi»: l'emarginazione di questo tipo di accordi dalla nozione europea (e, quindi, dall'ambito di applicazione del Regolamento) ne lascia impregiudicata la qualificazione in termini di liceità, cosicché essa seguirà la disciplina delle fonti normative applicabili in ciascuno stato membro¹²³.

Il Regolamento distingue tra ammissibilità, validità sostanziale ed effetti vincolanti tra le parti, da un lato, disciplinati all'art. 25; e validità formale, dall'altro, considerata all'art. 27. È riservato alla *lex successionis* determinare «la quota disponibile, le quote di legittima e altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte nonché gli eventuali diritti che le persone vicine al defunto possono vantare nei confronti dell'eredità o degli eredi» [art. 23, par. 2, lett. h)]¹²⁴. La disciplina di conflitto varia a seconda che il patto abbia ad oggetto la successione di una sola o più persone.

Nella prima ipotesi tutti gli aspetti menzionati sono affidati esclusivamente alla *lex successionis* riferita al momento della conclusione del patto, come se il soggetto fosse deceduto in quell'istante (art. 25, par. 1), cosicché non rilevano eventuali successivi spostamenti della residenza. Taluno ha escluso trovi applicazione l'art. 21, par. 2, Reg., in base al quale prevale la legge dello Stato con cui il defunto aveva il collegamento più stretto¹²⁵. Per l'ipotesi in cui gli accordi abbiano ad oggetto la successione di due o più persone il secondo paragrafo dell'art. 25 ha introdotto due regimi. Il primo accetta il patto solo se ammissibile in base a ciascuna delle leggi che

¹²² In tema, A. DUTTA, *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *FamRZ*, 2013, 9.

¹²³ A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2010, vol. 350, 268.

¹²⁴ La disposizione ha creato notevoli dubbi interpretativi relativi alla vincolatività del patto: ci si è chiesti se essa valga rispetto anche legittimari che ne siano stati parte (B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 123).

¹²⁵ A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 902.

avrebbero regolato la successione di tutti i soggetti, se fossero deceduti il giorno della conclusione; il secondo collega l'efficacia del patto alla sua validità secondo almeno una legge dei defunti, selezionata secondo il criterio del collegamento più stretto.

Alle parti è consentito indicare la legge regolatrice del patto, conformemente all'articolo ventidue, che circoscrive la scelta alla legge dello Stato di cui la persona ha la cittadinanza al momento della scelta oppure al momento della morte, e consentendo il riferimento alla condizione di una sola delle persone coinvolte nel patto (art. 25, comma 3). Il rigore che sembra caratterizzare il criterio ordinario è, dunque, temperato dalla facoltà di selezionare una soltanto delle leggi applicabili ai soggetti, seppur nell'ambito delle opzioni consentite ai sensi dell'art. 22¹²⁶. Pertanto attraverso la scelta di una legge che ammetta i patti successori viene neutralizzato l'eventuale divieto sancito da quella applicabile ad altro soggetto¹²⁷. L'art. 35 del Regolamento consente di opporre il limite dell'ordine pubblico all'applicazione di leggi straniere in presenza di una manifesta incompatibilità, ma deve escludersi che ciò valga con riferimento ai patti successori, poiché si impedirebbe l'applicazione dell'art. 25 Reg., cui è invece riservata particolare attenzione in sede comunitaria. D'altra parte, il già citato considerando 49 indica che attraverso di esso si è voluto agevolare il riconoscimento dei diritti successori acquisiti attraverso un patto successorio in ogni stato membro dell'Unione; inoltre, diversamente ne deriverebbe un ostacolo alla libera circolazione delle persone nel territorio europeo, posto che la validità di un patto potrebbe dipendere proprio dallo spostamento della residenza abituale¹²⁸.

Il Regolamento fa chiarezza almeno nell'escludere radicalmente dall'or-

¹²⁶ Quindi la scelta è circoscritta ad una legge nazionale, rimanendo preclusa la scelta di una delle leggi dei Paesi in cui i soggetti coinvolti avessero la residenza abituale al tempo del patto.

¹²⁷ Relativamente alle successioni aperte dopo il 17 agosto 2015 assumeranno rilevanza i patti successori perfezionati anteriormente, purché risultino ammissibili e validi secondo una delle leggi indicate dall'art. 83, contenente la disciplina transitoria. Saranno tali gli accordi conformi agli artt. 25, 26 e 27 Reg. e quelli conformi alle leggi indicate dalle norme di conflitto vigenti al tempo del patto nello Stato di residenza abituale o di cittadinanza del defunto, oppure dell'autorità che si occupa della successione, o, ancora, le leggi che i disponenti avrebbero potuto scegliere ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 25 se – all'epoca – fosse già entrato in vigore.

¹²⁸ B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 136.

dine pubblico internazionale il divieto dei patti successori; esso rimarrebbe, invece, impregiudicato sul piano interno. Pertanto, il divieto anche sulla scorta della disciplina europea non potrà esser ritenuto espressione di un principio di ordine pubblico internazionale¹²⁹. Inoltre si è osservato come, in assenza di una specifica disposizione, debba ritenersi che il limite dell'ordine pubblico sarebbe destinato ad attenuarsi (se non addirittura a scomparire), non solo per la tendenziale (ancorché non assoluta) coincidenza tra *forum e jus* cui il regolamento è espressamente ispirato, ma anche per una serie di spunti ricavabili, ad esempio, dai considerando n. 38 e n. 58, nonché dall'art. 35 dello stesso; argomento ulteriore deriverebbe dall'art. 27 della proposta la quale, in una versione poi non accolta, precisava che «non può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal presente regolamento per il solo fatto che le modalità da quella previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro»¹³⁰.

In ogni caso il divieto sancito dalla norma nazionale sarà superabile non soltanto attraverso il trasferimento stabile della residenza in un paese il cui ordinamento sia permissivo, ma pure tramite la conclusione di un patto con una controparte soggetta ad una legislazione ugualmente liberale.

In assenza di apposito intervento legislativo¹³¹, rimarrà, invece, la preclusione nei confronti dei patti dispositivo e di quelli rinunciativi, con il perdurante intralcio alla circolazione giuridica rappresentato dalla indisponibilità dell'azione di riduzione anteriormente all'apertura della successione; inconveniente, quest'ultimo, assente nel diritto tedesco¹³² e attenuato in quello francese tramite l'introduzione dell'opposta regola che

¹²⁹ A. MIGLIAZZA, *Successione - VII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 6 ss.; Trib. Bolzano, 8 marzo 1968.

¹³⁰ L. SCHIANO DI PEPE, nella relazione presentata alla Tavola rotonda *Passaggio generazionale nell'impresa e successione transfrontaliera. Problemi e prospettive alla luce del Regolamento (UE) n. 650/2012*, svoltesi l'8 novembre 2013 presso l'Università di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹³¹ Si segnala in proposito il disegno di legge n. 1251 del 2014 che, sulla scorta dell'argomento comparatistico, propone la modifica delle norme dettate in materia di patti successori: la sua portata è, invero, limitata, risultando abrogati solo i patti abdicativi. Esso dispone che la forma della rinuncia sia solenne e che l'azione di annullamento del contratto si prescriva in un anno. L'art. 2 del disegno di legge prevede l'abrogazione del secondo comma dell'art. 557 c.c.

¹³² Quale conseguenza del carattere essenzialmente obbligatorio della riserva tedesca, l'azione a tutela del legittimario non è assistita da quella restitutoria.

ha fatto spazio al dispiegamento dell'autonomia privata. Questo scenario sembrerebbe dar ragione dello spostamento di attenzione verso il certificato successorio che contrasta l'altro ostacolo alla circolazione giuridica dei beni di provenienza successoria, integrato dall'incertezza circa l'identità dei chiamati e la consistenza dell'asse ¹³³.

C. - REGOLE DELLA CHIAMATA CONTRO LA VOLONTÀ DEL TESTATORE.

Anche nell'esperienza giuridica inglese ¹³⁴ è notoriamente molto radicata la rivendicazione della libertà testamentaria ¹³⁵. Nondimeno consta che una percentuale compresa tra la metà e i due terzi della popolazione dell'Inghilterra e Galles muoia intestata ¹³⁶; in particolare, omettono di fare testamento i soggetti titolari di minori patrimoni ¹³⁷. Si registra, d'altra parte, una notevole incidenza delle nullità formali sancite per i testamenti dal *Wills Act* 1837. Non sorprende, pertanto, l'esistenza di una disciplina corrispondente alla nostra successione legittima, contenuta nell'*Administration of Estates Act 1925*, nota quale "Intestacy Provisions" ¹³⁸, parimenti destinata a regolare la devoluzione ereditaria in assenza di testamento, quindi in via suppletiva ¹³⁹, rivolta ad assegnare l'asse secondo le aspettative dei superstiti e la probabile volontà ¹⁴⁰ del defunto ¹⁴¹.

¹³³ Rinvio a quanto ho considerato in *La circolazione dei beni ereditari ed il diritto privato europeo*, in *Familia*, 2005, 361 ss.

¹³⁴ Il lessico inglese impiega "succession" con riferimento al trasferimento dei diritti alla morte, mentre "inheritance" è l'oggetto: R. KERRIDGE-D.H. PARRY, *The Law of Succession*, 12^a ed., London, 2009, 1-01; M.J. DE WAAL, *Comparative Succession Law*, in M. REIMANN-R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, 1084 ss.

¹³⁵ Sebbene sia stato sottolineato che una completa libertà fosse esistita soltanto tra il 1891 ed il 1938: S. CRETNEY, *Reform of intestacy: the best we can do?* (1995), in 111 *Law Quarterly Review*, 77, 83 e 84, e nota 50, riprendendo M. ALBERY, *The Inheritance (Family Provision Act) 1938* (1950), 1 e 2.

¹³⁶ National Consumer Council, *Finding the will: a report on will writing behaviour in England and Wales*, 2007, 3; K. ROWLINGSON-S. MCKAY, *Attitudes to Inheritance in Britain*, 2005, 71.

¹³⁷ Fonte di informazioni sono i "grant of representation", i documenti che autorizzano la distribuzione dell'asse ereditario. K. ROWLINGSON-S. MCKAY, *Attitudes to Inheritance in Britain*, cit., 69-76. Nella letteratura statunitense A. HIRSCH, *Default Rules in Inheritance Law: A Problem in Search of its Context* (2004- 2005), in 73 *Fordham Law Review*, 1031, 1047.

¹³⁸ Come ho illustrato in *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Not.*, 2010, 559-565.

¹³⁹ A. HIRSCH, *Default Rules in Inheritance Law*, cit., 1032.

¹⁴⁰ «Presumed wishes of the deceased», come rilevato da *Family Law: Distribution on Intestacy (1989) Law Com No 187*, par. 24.

¹⁴¹ Peraltro, per l'idea per cui le regole sulla successione legittima rappresentano un tentativo del legislatore di sostituirsi nella redazione del testamento, C. SHERRIN-R. BONEHILL, *The*

È, invece, presentata quale realizzazione della libertà testamentaria l'assenza della successione necessaria, secondo una sfasatura tradizionalmente annoverata per rimarcare le differenze tra il diritto europeo continentale e quello inglese¹⁴²; sono, peraltro, presenti regole in cui riconosciamo un meccanismo accostabile negli esiti, attualmente contenute nell'*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*¹⁴³, indicate quale "Family Provisions"¹⁴⁴.

Del resto, alle riflessioni recentemente avanzate intorno all'opportunità di un aggiornamento del diritto successorio nei sistemi di *Civil Law*, fanno riscontro indagini rivolte ad esplorare opportunità e termini di una riforma del settore in Scozia¹⁴⁵, in alcune giurisdizioni di *Common Law*¹⁴⁶, in particolare in Inghilterra¹⁴⁷, dove si segnala il report della *Law Commission* del 2005 in tema di indegnità (*forfeiture rule*), da cui è derivata legge [*The Estates of Deceased Persons (Forfeiture Rule and Law of Succession) Act 2011*]¹⁴⁸. Occorre ancora ricordare il rapporto sulle conseguenze econo-

Law and Practice of Intestate Succession (3^a ed. 2004), par. 1-024, riprendendo in *Cooper v. Cooper* (1874) LR 7 HL 53, 56, le affermazioni di Lord Cairns. Si è obiettato, in particolare, l'arbitrio consistente nell'assegnare alla metà della popolazione che fa testamento il potere di decidere anche per l'altra metà: *Distribution on Intestacy (1988) Law Commission Working Paper No 108*, par. 4.2.

¹⁴² U. MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore: radici profane di una contrapposizione sacra fra common law e sistemi romanisti*, cit., 765 ss.; A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, cit., 5 ss.

¹⁴³ Al lettore italiano si offrono le pagine di M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, 327 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 74 ss.

¹⁴⁴ Difettano dati attendibili circa il numero di azioni intentate a titolo di *Family Provisions*, ma esso sembra ridotto. Cfr. Ministry of Justice, *Judicial and Court Statistics* (2007), Cm 7467, 37; Lord Chancellor's Department, *Judicial Statistics: England, Wales and Northern Ireland* (1980), Cmnd 8436, 42.

¹⁴⁵ Discussion Paper on Succession (2007) Scottish Law Commission Discussion Paper No 136; Report on Succession (2009) Scot Law Com No 215.

¹⁴⁶ NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *Uniform succession laws: family provision* (2005) Report 110; *Uniform succession laws: intestacy* (2005) Issues Paper 26; *Uniform succession laws: intestacy* (2007) Report 116; QUEENSLAND LAW REFORM COMMISSION, *Report to the Standing Committee of Attorneys General on Family Provision* (1997) Miscellaneous Paper 29; *Family Provision: Supplementary Report to the Standing Committee of Attorneys General* (2004) Report 58; ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Reform of the Intestate Succession Act (1996) Report for Discussion No 16; Reform of the Intestate Succession Act (1999) Report No 78*.

¹⁴⁷ Si segnala l'approfondita ricerca offerta da *The Law Commission Consultation Paper n. 191. Intestacy and Family Provisions claims on death. A consultation paper*.

¹⁴⁸ *The Forfeiture Rule and the Law of Succession* (2005) Law Com No 295.

niche della cessazione della convivenza ¹⁴⁹, nelle cui conclusioni si raccomanda la revisione della disciplina dei profili economici della separazione.

1. - Le *Family Provisions*.

L'*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* rappresenta l'importante risultato del lavoro della *Law Commission* ¹⁵⁰; modificato nel 1995 ¹⁵¹, esso è stato ancora rivisto nel 2004 per includere i conviventi registrati ¹⁵².

Una prima differenza delle *Family Provisions* rispetto alla nostra successione necessaria si può riscontrare nella estensione della loro operatività alla successione legittima per correggerne gli esiti laddove nei fatti si rivelino iniqui, diversamente da quanto avviene da noi dove si interviene piuttosto sugli atti di disposizione gratuiti compiuti in vita. L'origine di tale scelta è rintracciata proprio nell'intento di interferire sulle regole di devoluzione della successione intestata, a partire dall'*Inheritance Family Provision Act 1938*, il quale aveva esteso la legittimazione ad agire, per l'incremento dei propri diritti ereditari, al coniuge superstite, alla figlia nubile o disabile, al figlio disabile o di età inferiore ai diciotto anni, autorizzando i giudici ad ordinare pagamenti periodici e la garanzia del mantenimento ed anche, più avanti, il versamento di una somma definitiva ¹⁵³.

La disciplina è stata radicalmente riformata con il già ricordato *Act* del 1975 ¹⁵⁴, che ha ampliato la gamma dei provvedimenti adottabili dalla corte ed ha incrementato il novero dei soggetti considerati, includendovi i figli di ogni età, quelli trattati come tali, nonché i "dependants" dal defunto. Nel 1995 è stato aggiunto il convivente *more uxorio*, purché la

¹⁴⁹ *Cohabitation: the Financial Consequences of Relationship Breakdown (2007) Law Com No 307.*

¹⁵⁰ *Second Report on Family Property: Family Provision on Death (1974) Law Com No 61.*

¹⁵¹ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 1(1A), inserito dal *Law Reform (Succession) Act 1995*, s 2, in linea con la *Law Commission's recommendation* formulata in *Family Law: Distribution on Intestacy (1989) Law Com No 187.*

¹⁵² *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, ss 1(1)(a), 1(1)(b) and 1(1B), modificato dal *Civil Partnership Act 2004*, s 71 e sch 4.

¹⁵³ *Family Provision Act 1966.*

¹⁵⁴ Preparato dal *Second Report on Family Property: Family Provision on Death (1974) Law Com No 61.*

coabitazione risalga ad oltre un biennio rispetto al decesso¹⁵⁵; mentre nel 2004 è comparso il partner omosessuale registrato¹⁵⁶.

Presupposto per l'applicazione della disciplina in questione è la residenza inglese del defunto. L'istanza, che va presentata entro l'anno dall'apertura della successione, ha come fondamento il rilievo per il quale la distribuzione dell'asse prefigurata dal testamento oppure dalle regole della successione legittima non realizzerebbe una «reasonable financial provision»¹⁵⁷, nel significato fatto proprio dalla legge medesima, da tenersi distinto dalla revisione dell'intero assetto successorio, che è invece preclusa¹⁵⁸.

1.1. - I soggetti tutelati.

La platea dei legittimati ad agire è molto ampia¹⁵⁹, includendo: il coniuge attuale nonché il precedente, in quanto non risposato; i conviventi *more uxorio* da almeno due anni; i figli; chiunque fosse trattato come tale; quanti venissero mantenuti dalla persona della cui successione si tratta.

I giudici considerano se l'assetto sottoposto al loro esame privi effettiva-

¹⁵⁵ *Law Reform (Succession) Act 1995*, s 2.

¹⁵⁶ *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, ss 1(1)(a), 1(1)(b), (1B), sostituito dalla section 71 and schedule 4 del *Civil Partnership Act 2004*.

¹⁵⁷ *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, sect. 1 (“Application for financial provision from deceased’s estate”): «1. Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons: (...) that person may apply to the court for an order under section 2 of this Act on the ground that the disposition of the deceased’s estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant».

¹⁵⁸ Non si tratta quindi di parametrare l'intervento giudiziario con riferimento: « (...) to accord with what the court itself might have thought would be sensible if it had been in the deceased’s position» (*Re Coventry* [1980] Ch 461, 475, Oliver J.).

¹⁵⁹ *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, ss 1(1) (a), 1(1)(b) and 1(1B), sostituito dalla section 71 and schedule 4 del *Civil Partnership Act 2004* (“Application for financial provision from deceased’s estate”): «1. Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons: – (a) the wife or husband of the deceased; – (b) a former wife or former husband of the deceased who has not remarried; – (ba) any person (not being a person included in paragraph (a) or (b) above) to whom subsection (1A) below applies; – (c) a child of the deceased; – (d) any person (not being a child of the deceased) who, in the case of any marriage to which the deceased was at any time a party, was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage; – (e) any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased (...)».

mente di “financial provision”¹⁶⁰ l’istante, al fine di decidere di intervenire per disporre una determinata nell’esercizio della loro discrezionalità. L’espressione – “financial provision” – è peraltro riempita di contenuto variabile a seconda che l’istanza provenga dal coniuge superstite oppure da altro soggetto, atteso che soltanto nella prima ipotesi si prescinde dalla finalità di mantenimento¹⁶¹; per gli altri eredi infatti, sulla base dell’indicazione legislativa¹⁶², viene fatto riferimento al fabbisogno quotidiano¹⁶³. Allo scopo le corti dispongono pagamenti periodici¹⁶⁴, oppure il versamento di somme *una tantum*¹⁶⁵; talora stabiliscono il pagamento di debiti, purché ne possano conseguire prospettive di introiti, come accade per il ripianamento delle passività di un’attività commerciale¹⁶⁶; spesso ordinano la messa a disposizione di un alloggio oppure il contributo all’acquisto¹⁶⁷.

Le circostanze di cui i giudici devono tenere conto nell’esercizio di tale discrezionalità sono molteplici, comprendendo: le risorse e le necessità del ricorrente, non meno che degli altri soggetti tutelati, nonché dei beneficiari delle risorse del defunto; le obbligazioni e le fonti di respon-

¹⁶⁰ «2. In this Act “reasonable financial provision”: – (a) in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the husband or wife of the deceased (except where the marriage with the deceased was the subject of a decree of judicial separation and at the date of death the decree was in force and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a husband or wife to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance; – (b) in the case of any other application made by virtue of subsection (1) above, means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for the applicant to receive for his maintenance. — 3. For the purposes of subsection (1)(e) above, a person shall be treated as being maintained by the deceased, either wholly or partly, as the case may be, if the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money’s worth towards the reasonable needs of that person».

¹⁶¹ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, ss 1(2) (a), (aa).

¹⁶² *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 1(2) (b).

¹⁶³ In *Re Dennis* [1981] 2 All ER 140, 145, da parte di BROWNE-WILKINSON J. si è affermato che il mantenimento «connotes only payments which, directly or indirectly, enable the applicant in the future to discharge the cost of his daily living at whatever standard of living is appropriate to him». In *Re Coventry* [1980] Ch 461, 485, da Goff LJ, «On the one hand (...) one must not put too limited a meaning on it; it does not mean just enough to enable a person to get by; on the other hand, it does not mean anything which may be regarded as reasonably desirable for his general benefit or welfare».

¹⁶⁴ *Re Hancock* [1998] 2 FLR 346.

¹⁶⁵ In *Negus v. Bahouse* [2008] EWCA Civ 1002, l’una tantum fu ottenuta sulla base della somma annuale richiesta di trentottomila sterline.

¹⁶⁶ *Espinosa v. Bourke* [1999] 1 FLR 747.

¹⁶⁷ *Re Watson* [1999] 1 FLR 878.

sabilità maturate nei loro confronti; la consistenza e composizione dell'asse; eventuali disabilità fisiche o psichiche; qualsiasi altra circostanza che possa riuscire rilevante, inclusa la condotta del ricorrente e degli altri soggetti considerati ¹⁶⁸, anche se il comportamento del ricorrente non riveste autonomo rilievo, salvo nei casi di negatività estrema.

1.2. - I criteri applicativi.

Diversi sono gli elementi di cui tener conto laddove a ricorrere sia il coniuge, venendo in gioco l'età, la durata del matrimonio o della convivenza registrata, il contributo fornito al benessere del nucleo, incluse l'attenzione verso i componenti e la cura della casa ¹⁶⁹. Il coniuge divor-

¹⁶⁸ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 3(1) «Where an application is made for an order under section 2 of this Act, the court shall, in determining whether the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is such as to make reasonable financial provision for the applicant and, if the court considers that reasonable financial provision has not been made, in determining whether and in what manner it shall exercise its powers under that section, have regard to the following matters, that is to say: (a) the financial resources and financial needs which the applicant has or is likely to have in the foreseeable future; (b) the financial resources and financial needs which any other applicant for an order under section 2 of this Act has or is likely to have in the foreseeable future; (c) the financial resources and financial needs which any beneficiary of the estate of the deceased has or is likely to have in the foreseeable future; (d) any obligations and responsibilities which the deceased had towards any applicant for an order under the said section 2 or towards any beneficiary of the estate of the deceased; (e) the size and nature of the net estate of the deceased; (f) any physical or mental disability of any applicant for an order under the said section 2 or any beneficiary of the estate of the deceased; (g) any other matter, including the conduct of the applicant or any other person, which in the circumstances of the case the court may consider relevant».

¹⁶⁹ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 3(2): «Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(a) or 1(1)(b) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to: (a) the age of the applicant and the duration of the marriage; (b) the contribution made by the applicant to the welfare of the family of the deceased, including any contribution made by looking after the home or caring for the family; and, in the case of an application by the wife or husband of the deceased, the court shall also, unless at the date of death a decree of judicial separation was in force and the separation was continuing, have regard to the provision which the applicant might reasonably have expected to receive if on the day on which the deceased died the marriage, instead of being terminated by death, had been terminated by a decree of divorce. (2A) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(ba) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to: (a) the age of the applicant and the length of the period during which the applicant lived as the husband or wife of the deceased and in the same household as the deceased; (b) the contribution made by

ziato mantiene i medesimi diritti, sempreché nell'ambito della crisi coniugale non siano stati emessi provvedimenti per garantire il suo mantenimento¹⁷⁰ e purché non si sia risposato, né abbia avviata una convivenza registrata¹⁷¹. A favore del coniuge constano liquidazioni ingenti, pur in presenza di figli che vengono quindi sacrificati anche rispetto al godimento della casa familiare¹⁷².

Il criterio del “notional divorce”, con tale intendendo l'applicazione del medesimo trattamento operante in ipotesi di cessazione del matrimonio per altra causa, in particolare per divorzio, è degno di attenzione, poiché getta un ponte tra i due contesti¹⁷³. L'origine della regola è rintracciabile in un'epoca in cui nell'ambito della crisi coniugale veniva assicurato al coniuge bisognoso lo stretto necessario per le esigenze quotidiane¹⁷⁴, ma lo scenario è stato però profondamente inciso dall'ormai celebre sentenza pronunciata a margine del famoso caso *White v. White*, con cui la *House of Lords*¹⁷⁵ ha introdotto la presunzione di suddivisione paritetica del patrimonio accumulato dai coniugi, prescindendo dall'entità e dall'indole dei contributi rispettivamente forniti¹⁷⁶, inaugurando così un orientamento poi esteso anche in ambito successorio¹⁷⁷, ancorché le corti non lo considerino un criterio assorbente¹⁷⁸, ma concorrente con altri parametri, rimarcando la differenza tra i due contesti¹⁷⁹.

the applicant to the welfare of the family of the deceased, including any contribution made by looking after the home or caring for the family».

¹⁷⁰ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, ss 14, 14A. I provvedimenti adottabili nell'ambito del divorzio nonché della cessazione di una convivenza registrata sono gli “Ancillary relief”: *Matrimonial Causes Act 1973*, section 25 e 72, nonché *Civil Partnership Act 2004*, schedule 5.

¹⁷¹ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 1(1)(b).

¹⁷² *Adams v. Lewis* [2001] WTLR 493; *Singer v. Isaac* [2001] WTLR 1045; *Baker v. Baker* [2008] EWHC 977 (Ch), [2008] 2 FLR 1956; *McNulty v. McNulty* [2002] EWHC 123 (Ch), [2002] WTLR 737.

¹⁷³ Test del “notional divorce” applicato in *Re Hancock* [1998] 2 FLR 346.

¹⁷⁴ *O'D v. O'D* [1976] Fam 83; *Gojkovic v. Gojkovic* [1990] 1 FLR 140.

¹⁷⁵ *White v. White* [2001] 1 AC 596. La sentenza è stata tradotta in italiano e pubblicata anche in *Familia*, 2002, II, 827; House of Lords, *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment 26 ottobre 2000*, con nota di F. RONCHESI, *Regno Unito: una nuova regola sulla divisione dei beni dopo il divorzio*.

¹⁷⁶ N. LOWE-G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, 10ª ed., 2007, 1018 ss.

¹⁷⁷ S. ROSS, *The Implications of White v White for Inheritance Act Claims*, Part 1 [2001] *Family Law* 547; Id., *The Implications of White v White*, Part 2 [2001] *Family Law* 619.

¹⁷⁸ In *Re Besterman* [1984] Ch 458, 469, da J. Oliver: «The figure resulting from the [notional divorce] exercise is merely one of the factors to which the court is to ‘have regard’ and the overriding consideration is what is ‘reasonable’ in all the circumstances. It is, however,

I conviventi sono legittimati ad agire in quanto possano dimostrare il reciproco atteggiamento “more uxorio” – senza necessità di provare la relazione sessuale¹⁸⁰; non occorre, d’altra parte, allegare l’indisponibilità rispettiva di altro alloggio¹⁸¹ –, almeno nel biennio antecedente il decesso¹⁸². Rispetto ai conviventi non è applicato il criterio del “notional divorce”, cosicché nei loro confronti è liquidato soltanto quanto necessario per il mantenimento, ancorché con notevole generosità¹⁸³.

I figli sono considerati a prescindere dall’età: ai più giovani viene riconosciuto quanto occorre per completare l’educazione e la formazione¹⁸⁴, assecondando le aspettative connesse alla loro condizione sociale; l’accoglimento dell’istanza presentata dai figli adulti è, invece, subordinata dal riscontro della sussistenza di circostanze speciali, oppure di uno specifico obbligo morale¹⁸⁵ del quale viene accreditata un’accezione non meramente riproduttiva dei doveri legali¹⁸⁶.

La categoria dei “dependants” comprende chiunque all’apertura della successione fosse mantenuto dal soggetto poi deceduto, del tutto od in

obviously a very important consideration and one which the statute goes out of its way to bring to the court’s attention»; la *Court of Appeal* ha ripreso questa decisione in *Re Krubert* [1997] Ch 97.

¹⁷⁹ Come rimarcato dalla *Court of Appeal* in *Cunliffe v. Fielden* [2005] EWCA Civ 1508, [2006] Ch 361: «Divorce involves two living spouses, to each of whom the [ancillary relief provisions] apply. In cases under the 1975 Act a deceased spouse who leaves a widow is entitled to bequeath his estate to whomsoever he pleases: his only statutory obligation is to make reasonable financial provision for his widow. In such a case, depending on the value of the estate, the concept of equality may bear little relation to such provision».

¹⁸⁰ *Re Watson* [1999] 1 FLR 878, 883.

¹⁸¹ *Churchill v. Roach* [2002] EWHC 3230, [2004] 3 FCR 744, 761.

¹⁸² *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, ss 1 (1A) and (1B).

¹⁸³ In *Negus v. Bahouse* [2008] EWCA Civ 1002 a [12] L J Mummery: «Regard [may] be had in awards under the 1975 Act to the fact that some people have a much more expensive or extravagant way of life than others. Having regard to what standard of living is appropriate to him means that one does not apply some objective standard of what is reasonable for everybody; it is a standard which has to be flexible to suit the circumstances of the case. It is what is appropriate to that case, and that means looking at what style of life the claimant was accustomed to live with the deceased during his lifetime».

¹⁸⁴ A. FRANCIS, *Inheritance Act Claims: Law, Practice and Procedure*, 11^a ed., London, 2009, par. 8.

¹⁸⁵ Nella decisione della *Court of Appeal Re Hancock* [1998] 2 FLR 346, 351, LJ Butler-Sloss ritenne inappropriato accogliere l’istanza di un figlio adulto ed in grado di provvedere a se stesso «without some special circumstance such as a moral obligation».

¹⁸⁶ *Garland v. Morris* [2007] EWHC 2 (Ch), [2007] 2 FLR 528.

parte¹⁸⁷, in difetto di “valuable consideration”¹⁸⁸ ovvero di assenza di proporzionalità tra le reciproche prestazioni, in modo da accogliere l’istanza anche di chi semplicemente si occupasse del governo della casa a fronte dell’ospitalità e del completo mantenimento¹⁸⁹ ed invece respingerla se presentata da chi dividesse pariteticamente le spese. Il riferimento alle “reasonable needs” è inteso nel contesto del livello di vita del ricorrente in vita del defunto¹⁹⁰.

1.3. - L’attivo considerato.

Nel mettere a punto il provvedimento i giudici considerano le complessive sostanze del defunto, annoverando non solo quelle soggette a devoluzione *iure proprio*¹⁹¹, ma pure le donazioni – e persino le alienazioni perfezionate a fronte di corrispettivo vile (mancanza di “full valuable consideration”) – effettuate negli ultimi sei anni di vita, laddove emerga l’intenzione di aggirare le Family Provisions¹⁹². I diritti in trust non sono, invece, annoverati nel contesto patrimoniale, fatta eccezione per quelli suscettibili di essere incisi da un provvedimento emesso ai sensi dell’Act del 1975, in sostanza gli *ante-nuptial* ed i *post-nuptial settlement*, in quanto strettamente connessi al matrimonio od alla convivenza, allestiti a beneficio della coppia; sono modificabili soltanto a vantaggio del coniuge o partner superstiti, oppure dei figli.

¹⁸⁷ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 1(1)(e): «(...) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased».

¹⁸⁸ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 1(3): «(...) the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money’s worth towards the reasonable needs of that person».

¹⁸⁹ *Churchill v. Roach* [2004] 2 FLR 989.

¹⁹⁰ *Harrington v. Gill* [1983] 4 FLR 265.

¹⁹¹ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 9.

¹⁹² Art. 10 *Inheritance Act 1975* Dispositions intended to defeat applications for financial provision: «(...) 2. Where on an application under subsection (1) above the court is satisfied: – (a) that, less than six years before the date of the death of the deceased, the deceased with the intention of defeating an application for financial provision under this Act made a disposition, and – (b) that full valuable consideration for that disposition was not given by the person to whom or for the benefit of whom the disposition was made (in this section referred to as “the donee”) or by any other person, and – (c) that the exercise of the powers conferred by this section would facilitate the making of financial provision for the applicant under this Act (...)».

1.4. - La tutela con effetti recuperatori ed il coordinamento col trust.

Emerge così nel diritto inglese un'ipotesi di portata recuperatoria delle Family Provisions, in relazione alle donazioni nonché alle alienazioni effettuate per corrispettivi vili, laddove risultino connotate da scopo elusivo dei diritti accordati ai soggetti appartenenti alle categorie protette¹⁹³. Colpisce, allora, la resistenza opposta dal Regno Unito all'adesione al citato regolamento comunitario in tema di successioni internazionali, giustificata con il timore di subire l'esecutività di provvedimenti stranieri recuperatori – ossia comportanti *clawback* – di trasferimenti gratuiti aventi ad oggetto beni situati sul proprio territorio, sulla scorta della convinzione dell'estraneità di un tale effetto ai rimedi presenti nel proprio ordinamento¹⁹⁴. Tale atteggiamento se è forse anche causato dalla poca conoscenza che i giuristi locali hanno del proprio diritto¹⁹⁵, più probabilmente deve essere ricondotto alla particolare prospettiva in cui è percepita la portata pratica di queste misure reipersecutorie, nell'esperienza giuridica inglese collegate all'individuazione dell'intento fraudolento, laddove nei

¹⁹³ Art. 10 *Inheritance Act 1975* “Dispositions intended to defeat applications for financial provision”: «(...) 5. Where an application (in this subsection referred to as “the original application”) is made for an order under subsection (2) above in relation to any disposition, then, if on an application under this subsection by the donee or by any applicant for an order under section 2 of this Act the court is satisfied: – (a) that, less than six years before the date of the death of the deceased, the deceased with the intention of defeating an application for financial provision under this Act made a disposition other than the disposition which is the subject of the original application, and – (b) that full valuable consideration for that other disposition was not given by the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made or by any other person, the court may exercise in relation to the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made the powers which the court would have had under subsection (2) above if the original application had been made in respect of that other disposition and the court had been satisfied as to the matters set out in paragraphs (a), (b) and (c) of that subsection; and where any application is made under this subsection, any reference in this section [except in subsection (2)(b)] to the donee shall include a reference to the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made. — 6. In determining whether and in what manner to exercise its powers under this section, the court shall have regard to the circumstances in which any disposition was made and any valuable consideration which was given therefor, the relationship, if any, of the donee to the deceased, the conduct and financial resources of the donee and all the other circumstances of the case (...)».

¹⁹⁴ MINISTRY OF JUSTICE, EUROPEAN COMMISSION PROPOSAL ON SUCCESSIONS AND WILLS, *A public Consultation, Consultation Paper* CP 41 09, pubblicato il 21 ottobre 2009.

¹⁹⁵ Confermando la fondatezza dell'affermazione secondo cui il giurista interno è il peggior conoscitore del suo diritto, annoverata tra le notazioni maggiormente icastiche di R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 5^a ed., 1992.

sistemi di *Civil law* che le contemplano sono caratterizzate da mero automatismo ¹⁹⁶.

Si comprende, allora, l'insistenza con cui in ambito ministeriale si denuncia l'effetto potenzialmente devastante per le *Charity*, ma pure rispetto ai trust, dell'accoglienza eventualmente concessa ai provvedimenti stranieri recuperatori dei cespiti oggetto di liberalità ¹⁹⁷. Preoccupazioni che sembrano condivise negli ordinamenti di *Civil law* disposti all'importazione e riproduzione di trust ¹⁹⁸, laddove la loro esposizione alle pretese dei legittimari sia stata da tempo segnalata ¹⁹⁹.

Nella registrazione di tale attitudine reipersecutoria dell'azione a tutela della riserva, senza ravvisarla incompatibile con la creazione di trust libe-

¹⁹⁶ La convinzione che la riserva italiana sia in natura poggia essenzialmente sull'art. 561, comma 1, c.c. che impedisce al beneficiario della liberalità di sgravarsi per equivalente, sebbene l'art. 560 c.c., al ricorrere di determinati presupposti, consenta al legatario ed al donatario di trattenere il bene. La concezione quantitativa della riserva impedisce di agire per recuperare il singolo bene prediletto, cosicché essa sembra rivestire attitudine piuttosto alla tutela del credito ed in tale ottica andrebbe inquadrata l'azione recuperatoria prevista dall'art. 563 c.c. Per una ricognizione critica si rinvia a G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, I, 803. In Francia la riforma ha introdotto la legittima in valore in quanto per l'art. 924 *Code civil* riformato il legittimario deve accontentarsi del controvalore, quand'anche il beneficiari della liberalità abbia conservato la titolarità del bene; peraltro il 924.4 prevede l'aggregabilità dell'avente causa in ipotesi di infruttuosa escussione del beneficiario della disposizione, in maniera non diversa dal nostro art. 563, comma 1, c.c. In Germania, laddove il *Pflichtteilsrecht* ha notoriamente indole creditoria, ma si registra una portata recuperatoria nei confronti dei terzi nell'ipotesi contemplata dal par. 2329, laddove l'erede testamentario non sia obbligato all'integrazione della quota di legittima; peraltro il donatario può evitare la restituzione mediante il pagamento dell'ammontare mancante.

¹⁹⁷ EUROPEAN COMMISSION PROPOSAL ON SUCCESSIONS AND WILLS, *A public Consultation*: «16. Under Article 19 (2)(f) of the proposed Regulation clawback claims would be brought within the scope of the applicable law of succession (“any obligation to restore or account for gifts and the taking of them into account when determining the shares of heirs”). On this basis they would for the first time become enforceable within the UK. – 17. The Government's preliminary assessment is that the importation of such claims could have a significant adverse impact on the legal certainty of lifetime gifts completed within the UK. This could cause problems for all kinds of transactions. Two are of particular note: first, gifts to charities based in this country, and second, assets deposited in trusts where the introduction of clawback could harm the operation of the trust industry in the UK (...)».

¹⁹⁸ Come emerge dall'art. 15 della Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento firmata a L'Aja il 1° luglio 1985 (resa esecutiva in Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992).

¹⁹⁹ M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 335: «(...) Se il trust è invece preordinato a frustrare l'applicazione della legge, esso cade al pari di ogni altra disposizione che abbia la medesima finalità».

rali laddove non si realizzi una lesione della legittima²⁰⁰, affiora una manifestazione di quella mutevolezza di mentalità che si incontra attraversando diversi sistemi giuridici.

Altra ancora è la scelta francese²⁰¹ che ha introdotto la “fiducie”, ma ne ha vietato l’impiego a fini liberali, evidentemente reputandoli già soddisfatti dalle innovazioni introdotte dalla riforma²⁰² – rilassando la preclusione verso i fedecommessi – in tema di liberalità gradualità e residuali, nonché attraverso la previsione del mandato ad effetto postumo.

2. - La legittima tedesca.

La legittima tedesca (Pflichtteilsrecht) notoriamente non ha natura reale – ossia non comporta la pretesa a ricevere un cespite ricompreso nell’asse –, ma creditoria e consiste nel diritto al pagamento di una somma; la sua misura corrisponde alla metà della quota prevista dalle regole sulla successione legittima; attualmente essa è azionabile entro tre anni (solari) dalla notizia della morte o della disposizione lesiva (§§ 195, 199 par. 1er BGB).

In Germania la riserva è diretta in primo luogo ai discendenti²⁰³, nel cui ambito il grado prossimo esclude il remoto (§ 2309 BGB); essa compete inoltre agli ascendenti, al coniuge (§ 2303 BGB), nonché al partner super-

²⁰⁰ M. LUPOI, *Trusts*, 2ª ed., Milano, 2001, 667.

²⁰¹ Con la *Loi 211-211* del 27 febbraio 2007, poi estesa alle persone fisiche dalla *Loi de modernisation de l'économie* 4 agosto 2008, cui ha fatto seguito l'*Ordonnance* n. 2009-112 del 30 gennaio 2009, commentata da P. CROCCO, *La nouvelles fiducie-sureté: une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France?*, in *Dalloz*, 2009, 716; M. GRIMALDI-R. DAMMAN, *La fiducie sur ordonnances*, in *Dalloz*, 2009, 670; A.M. LEROYER, *Ordonnance 2009- 112 du 30.1. 2009*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, 2, 381.

²⁰² L'ho illustrata in *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. impr. EU*, 2009, 1, 427 ss.

²⁰³ In mancanza di questi, ai genitori e rispettivi discendenti; in difetto di costoro, agli altri membri della famiglia. In assenza di coniuge e discendenti, l'eredità spetta ai genitori in parti uguali; in assenza del coniuge, l'eredità spetta a questi ultimi in parti uguali. Il coniuge superstite concorre con i figli, ma l'entità della sua quota è influenzata dal regime matrimoniale: secondo l'art. 1371, comma 1, BGB la quota del coniuge indicata dall'articolo 1931 si aumenta di un quarto se il regime era quello della partecipazione agli acquisti (“Zugewinn-gemeinschaft”) cosicché, in presenza di figli, al coniuge superstite spetta metà dell'eredità (un quarto a titolo di successione legittima, ed un altro quarto in quale prestazione compensativa), mentre i figli ripartiscono il residuo tra loro in parti uguali. Con riferimento a coniugi in separazione dei beni l'art. 1931 attribuisce al superstite un terzo, in presenza di uno o due figli.

stite di una unione registrata (§ 10, par. 6, L PartG). La normativa tedesca vigente²⁰⁴ assegna ai parenti più stretti non meno di metà del patrimonio²⁰⁵. Alcune innovazioni sono state introdotte dalla riforma del 2009²⁰⁶, entrata in vigore il primo gennaio 2010²⁰⁷: sono state variate le cause di indegnità a succedere²⁰⁸; il termine di prescrizione in materia successoria è stato abbreviato da trenta anni a tre. Soprattutto, rileva l'innovazione per cui le cure prestate a favore del *de cuius* da parte di un erede legittimo (non solo figli e nipoti) vengono imputate indipendentemente dalla circostanza che la persona abbia rinunciato alla propria attività lavorativa, mentre prima si consideravano esclusivamente quelle prestate da parte dei discendenti diretti e solo in presenza di rinuncia alla attività lavorativa. Attualmente, dunque, rileva la cura comunque prestata ai genitori, nel senso che il figlio in tal caso matura il diritto ad una quota più ampia; poiché la legge non ne specifica la misura, la quantificazione dell'incidenza del "lavoro per la cura degli genitori" è affidata al giudice²⁰⁹. Inoltre per il calcolo della legittima prima si teneva conto dell'intero valore

²⁰⁴ Nella ex Repubblica democratica tedesca soltanto il coniuge del *de cuius* aveva un diritto illimitato alla quota di legittima. Ai discendenti e ai genitori del *de cuius* spettava una pretesa alla quota di legittima solo se al momento dell'apertura della successione avevano diritto agli alimenti nei confronti del *de cuius*.

²⁰⁵ Al riguardo, si rinvia a A. RÖTHEL, *Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany*, in M. ANDERSON-E. ARROYO I AMAYUELAS (a cura di), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Groningen, 2011, 162.

²⁰⁶ In tema si rinvia a R. KRAUSE, *The planning of Succession in International Family Business. Recent Developments in Germany*, in BEA VERSCHRAEGEN (a cura di), *Family Finances (13th World Conference of the International Society of Family Law. Vienna 16-20 September 2008)*, Vienna, 2009, 777 ss.

²⁰⁷ Approvata il 2 luglio 2009 dal *Bundestag*, il 18 settembre 2009 dal *Bundesrat*; è entrata in vigore l'1 gennaio 2010. Al lettore italiano si offre la sintesi di A. KAPPELLER, *La riforma del diritto ereditario in Germania*, pubblicata il 6 febbraio 2010 sul sito <http://www.filodiritto.com>.

²⁰⁸ La causa 4) di esclusione dalla successione – consistente in «una condotta di vita disonorevole o contra bonos mores» – è stata sostituita con la condanna alla pena detentiva di almeno un anno senza concessione della sospensione condizionale.

²⁰⁹ Secondo l'art. 2057a BGB il discendente che attraverso una occupazione protratta nella casa o nel luogo di lavoro del defunto, oppure considerevoli contributi finanziari, o in altro modo, ha contribuito in maniera considerevole alla conservazione od all'incremento del patrimonio del defunto medesimo, in sede di divisione può domandare conguagli ai discendenti con cui concorre come coerede. Altrettanto vale per il discendente che si sia preso cura del defunto per un lungo periodo. La pretesa non è ammessa se il lavoro sia stato adeguatamente compensato, o l'autore sia altrimenti indennizzato. Tale apporto deve essere valutato in via equitativa, tenendo conto della durata e qualità del lavoro, nonché del valore del patrimonio. In sede divisoria l'ammontare riconosciuto viene sommato all'entità della quota del convivente e sottratto dal valore dell'asse.

delle donazioni effettuate nell'ultimo decennio, mentre ora si considerano le donazioni effettuate negli ultimi dieci anni sotto forma di "pro-rata", nel senso che si imputa il dieci per cento del valore per anno ²¹⁰.

3. - La legittima in Francia.

Gli interpreti francesi riconoscono un omaggio alle prerogative proprietarie in ogni allentamento dei vincoli alla libertà di disporre in ambito e prospettiva successoria ²¹¹. Tale visione muove, invero, da un contesto che sacralizza la proprietà, ma non la successione ereditaria e che ha perciò soppesato le ragioni della compressione della autonomia testamentaria implicata dalla riserva ²¹².

Non sono quindi mancate le obiezioni alle istanze rivolte ad auspicare una maggiorazione dei diritti successori del coniuge, rimasti confinati all'usufrutto fino al nuovo millennio, nella condizione che in Italia abbiamo conosciuto anteriormente alla riforma del "settantacinque". Anche la stessa opportunità di mantenere la riserva a favore del coniuge è stata oggetto di dibattito: se infatti per molti l'attribuzione di una percentuale del patrimonio a favore del superstite si giustificava in considerazione del contributo fornito al suo accumulo ²¹³, altri revocavano in dubbio la fondatezza della conservazione di una quota di proprietà, piuttosto che la

²¹⁰ Secondo l'art. 2325 BGB qualora il *de cuius* abbia effettuato donazioni a terzi, ogni legittimario può pretendere che il relativo valore sia sommato alla sua quota. Per i beni consumabili è assunto il valore all'epoca della donazione. Per tutti gli altri è fatto riferimento all'apertura della successione; se inferiore a quello storico, si assume quest'ultimo. Il valore è assunto per intero soltanto se il decesso è avvenuto entro l'anno dalla donazione, diversamente ne viene conteggiato un decimo per ciascun anno trascorso. A seguito del decorso di un decennio, della donazione non si tiene più conto. Per le donazioni effettuate al coniuge, il periodo decorre solo dallo scioglimento del matrimonio. A titolo esemplificativo si ipotizza una donazione di un milione di euro effettuata nel 2012: se il donante muore nel 2013, trascorso un anno, si imputa l'intero valore di un milione; se invece la morte del donante interviene nel 2015, quindi tre anni dopo la donazione, per il calcolo del *Pflichtteil* si assume il 70% del valore della donazione, quindi settecentomila euro. Secondo l'art. 2327 BGB la donazione effettuata ad un legittimario deve essere sommata all'asse secondo gli stessi criteri di quelle effettuate a terzi, e parimenti conteggiate in aumento della quota riservata. Il valore della donazione è calcolato secondo i criteri dell'art. 2315 BGB. Se il legittimario è un discendente si applica l'art. 2051, comma 1, BGB con le necessarie modificazioni.

²¹¹ F. TERRÉ-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, in *Dalloz*, 3^a ed., 1997, n. 8.

²¹² J. CARBONNIER, *Le droit de la famille, état d'urgence*, in *JCP*, 1998, I, 184, 2152.

²¹³ E.L. BACH, *Contribution à l'étude de la condition juridique du conjoint survivant*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, 575 ss.

garanzia del solo mantenimento, specie se all'eventuale tramonto dell'affetto coniugale si accompagnava il contemporaneo desiderio di avvantaggiare una terza persona od un figlio naturale ²¹⁴.

Ancora, è stato sottolineato come l'ampliamento della tutela del coniuge avrebbe comportato il sacrificio di quella dei fratelli e delle sorelle, nonché degli ascendenti. L'affievolimento dei diritti dei fratelli e delle sorelle è stato, peraltro, auspicato ponendolo in correlazione, per un verso, con la consapevolezza della loro presumibile minor situazione di bisogno e, per altro, con la percezione del restringersi dell'ambito soggettivo della solidarietà stessa ²¹⁵, almeno sul versante patrimoniale, sopravvivendo su altri fronti, quale – ad esempio – quello “bioetico”, in materia di consenso al trapianto di organi, salvo intuirne il potenziale antagonismo con le aspettative dei conviventi.

Si è suggerito altresì che gli ascendenti fossero compensati con la previsione di un credito alimentare in caso di bisogno, in attuazione della solidarietà familiare; soluzione maturata sullo sfondo di un ripensamento dello stesso ruolo dei genitori, collegato al mantenimento, educazione e formazione dei figli, piuttosto che alla trasmissione di un patrimonio ²¹⁶. Il fenomeno è da tempo registrato e rielaborato dalla letteratura sociologica di matrice nordamericana in tema di relazioni intergenerazionali ²¹⁷, la quale, muovendo dalla constatazione della sovrabbondanza di misure pubbliche a favore degli anziani a discapito di quelle per i giovani, auspica l'orientamento della solidarietà familiare in senso discendente piuttosto che ascendente.

Emerge, anzitutto, la modifica della rosa dei successori legittimi e, in particolare, di quelli necessari: l'intervento cronologicamente anteriore ha emancipato il coniuge da una situazione per molti versi analoga a quella italiana anteriore al 1975; quello più recente ha espulso gli ascendenti dal novero dei legittimari ed ha rafforzato la posizione dei figli naturali. Il confronto con il nostro ordinamento conduce a registrare il recupero di

²¹⁴ P. CATALA, *Libres propos sur une réforme successorale annoncé*, in *Dalloz*, 2001, *Actual*, 2900. In precedenza M. DAGOT, *Le conjoint survivant, héritier réservataire?*, in *Dalloz*, 2001, *Chron*, 39.

²¹⁵ P. CATALA, *Libres propos sur une réforme successorale annoncé*, cit.

²¹⁶ L. ROUSSEL, *La famille après le mariage des enfants*, Parigi, 1976, 73.

²¹⁷ Cfr. i contributi raccolti nel volume curato da V. BERGSTON-A. ACHENBAUM, *The Changing Contract across Generations*, New York, 1993.

quello che potrebbe definirsi un ritardo culturale, anche se si tratta di un adeguamento tardivo poiché sfasato rispetto al mutato quadro sociale, dal momento che si giunge a riconoscere una percentuale di proprietà al coniuge in un'epoca in cui è deflagrato il numero delle crisi coniugali; non diversamente da come fu tardiva l'introduzione della comunione legale – arrivata in Francia un decennio prima che in Italia –, adottata per proteggere le mogli casalinghe quando ormai il lavoro femminile era ormai pratica diffusa. Non si tratta peraltro di scelte isolate, essendo la previsione della legittima a favore del solo coniuge frequente anche negli ordinamenti statali americani.

La legge n. 1135 del 3 dicembre 2001 ha inteso rimuovere le discriminazioni nei confronti dei figli naturali ²¹⁸ e modificare la regola che riconosceva al coniuge superstite ²¹⁹, laddove concorresse con due o più figli, soltanto un quarto di usufrutto, soluzione ormai percepita come iniqua, in ragione del presumibile contributo fornito dallo stesso all'accumulo del patrimonio, e quindi da rimediare, a prescindere dalla diffusa prassi di ricorrere a strumenti alternativi di protezione, quale in particolare l'assicurazione sulla vita favore del coniuge. Con tale riforma, che rispecchia quella italiana del 1975, al coniuge viene assegnata una quota in proprietà; si consente peraltro l'opzione a favore dell'usufrutto universale (art. 757), od ancora della rendita (art. 766), in presenza di figli comuni, condizione quest'ultima introdotta per evitare il concorso tra il figlio di precedente letto ed un coniuge suo coetaneo ²²⁰.

A somiglianza del quanto sancito dal nostro art. 540 c.c., al coniuge superstite è, inoltre, riconosciuto il diritto di utilizzo gratuito dell'alloggio adibito a residenza coniugale e dei mobili che lo arredano (artt. 763 ss.), il cui valore è tuttavia da sottrarre alla sua quota, sino a concorrenza della medesima; il tutto in assenza di una contraria disposizione testamentaria. Ancora, al coniuge in stato di bisogno è attribuito il diritto ad un credito

²¹⁸ Una puntuale illustrazione è offerta da F. BELLIVER-J. ROCHFELD, *Droit successoral. Conjoint survivant. Enfant adulterin. Loi 2001-1135 del 3 décembre 2001*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, *Chron.*, 156 ss.

²¹⁹ Secondo le statistiche in netta maggioranza vedove ultrasessantenni.

²²⁰ In assenza di figli la legge del 2001 assegnava al coniuge la metà e l'altra ai genitori, oppure tre quarti in presenza di uno solo; la totalità qualora concorresse soltanto con fratelli e sorelle, ma con la devoluzione a loro favore della metà a seguito del suo decesso.

alimentare gravante sull'asse ²²¹. L'alternativa offerta tra usufrutto e piena proprietà ha fatto seguito ad un bilanciamento delle caratteristiche rispettive: il primo soddisfa l'esigenza di sostentamento, ma prelude ad una gestione meno efficiente, inoltre intralcia la libera circolazione degli immobili e può dar luogo a conflitti tra i titolari di diritti sul medesimo bene; la seconda promuove la condizione del superstite, produce un'ultrattività del matrimonio, ma male si concilia con la ricostituzione dei nuclei e comunque introduce una situazione di comunione ²²².

Da segnalare la modifica apportata all'art. 301 per consentire la rinuncia ai diritti ereditari reciproci in sede di separazione consensuale ²²³. La disposizione è stata poi incisa anche dalla riforma del divorzio del 2004 ²²⁴, che ha confermato i diritti successori del coniuge separato ²²⁵.

Nella riforma del 2001 il diritto all'eredità è tutelato a discapito dell'auto-determinazione del proprietario, in nome della tutela del "ménage" piuttosto che del lignaggio; tale logica è stata da taluni percepita come estensibile alle convivenze, laddove il fondamento degli ampliati diritti successori del coniuge. La legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 ²²⁶ è di portata maggiore ed è stata preceduta da una preparazione più ampia, in termini sia di elaborazione dottrinale, sia di progetti ²²⁷. Essa legge è intitolata alla "*Reforme des successions et des libéralité*", una riforma ormai percepita come urgente posto che «le successions ne remplissent plus leur rôle traditionnel d'établissement dans la vie» ²²⁸, in ragione dell'inadeguatezza rispetto alla trasmissione delle imprese, alla modificazione della composizione delle famiglie, alla presenza di figli deboli. In questa ottica,

²²¹ Art. 767: «La succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin».

²²² P. CATALA, *Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant*, in *Dalloz*, 2001, *Actual*, 862; J. CARBONNIER, *Le droit de la famille, état d'urgence*, in *JCP*, 1998, I, 184, p. 2152.

²²³ «Lorsque la séparation de corps est prononcée sur demande conjointe, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 765 à 767».

²²⁴ Art. 22-XII l. n. 2004-439 del 26 maggio 2004.

²²⁵ «En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant. Il en est toutefois privé si la séparation de corps est prononcée contre lui suivant les distinctions faites à l'article 265».

²²⁶ Pubblicata in *Journal Officiel* 24 giugno 2006, 9513.

²²⁷ Un elenco è fornito da V.M. NICOD, *L'anticipation de la succession*, in *JCP N*, 2006, I, 1136.

²²⁸ Rapporto al Senato n. 343 del 10 maggio 2006.

la risposta legislativa è stata nei termini dell'ampliamento dell'autonomia privata, dello snellimento della gestione del patrimonio, dell'accelerazione della liquidazione della successione²²⁹, senza tuttavia scardinare l'impianto tradizionale²³⁰, in particolare senza rimuovere il divieto dei patti successori e la riserva.

Insomma, mentre la legge del 2001 ha avuto di mira la protezione del coniuge, quella del 2006 si è incentrata piuttosto sui discendenti, come attestano le innovazioni introdotte in tema di rappresentazione, rinuncia, *donation-partage* e donazione transgenerazionale, le quali assecondano la logica di solidarietà familiare discendente, confidando nell'adozione spontanea di altre misure a favore degli anziani – quali le assicurazioni sulla vita – nonché nell'intervento statale tramite la previdenza e l'assistenza²³¹.

In tale scenario, risalta l'abolizione della riserva a favore degli ascendenti, scelta che appare frutto di quel dibattito di cui si è dato conto a margine della legge del 2001. Occorre nondimeno segnalare che, a termini del nuovo testo dell'art. 738-1, i genitori superstiti succedono al figlio premorto senza discendenti né fratelli o sorelle, mentre per l'art. 738-2 gli stessi recuperano – secondo la quota della successione legittima – il valore delle donazioni effettuate al figlio premorto in assenza di discendenti né di fratelli o sorelle; il tutto però senza cumularli.

Il quadro si è, in questo modo, composto intorno al transito dall'idea della successione a quella della solidarietà, inclusiva della gratitudine filiale verso i genitori, che le statistiche riferiscono attenta alle esigenze della vecchiaia²³². La condizione del coniuge è stata nel frattempo incisa dalla riforma del divorzio: la legge n. 2004-439 del 26 maggio 2004 ha, invero, modificato l'art. 301 confermando la titolarità dei diritti successori da parte del coniuge separato, purché non vi abbia rinunciato, ciò che – come

²²⁹ Esposé des motifs, projet de loi n. 2427 du 29 juin 2005.

²³⁰ PH. MALAURIE, *Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, in *Defrenois*, 2005, 38298; D. VIGNEAU, *Le règlement de la succession. Observation sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, in *JCP N*, 2006, I, 1144.

²³¹ A.M. LEROYER, *Réforme des successions et des libéralités. Loi n.2006-728 du 23 juin 2006*, cit., 623.

²³² La giurisprudenza francese ha preso atto di tali prassi ammettendo l'indennizzo attraverso l'azione di arricchimento delle prestazioni che abbiano travalicato "les exigences de la pitié filiale": Cass., 12 luglio 1994, in *JCP*, 1995, ed. Not., II, 1658, con nota di SERIAUX.

segnalato – è stato consentito in ipotesi di separazione consensuale; essa ha, inoltre, sancito l'irrevocabilità delle donazioni effettuate. È stata, invece, confermata l'inammissibilità del cumulo tra la vocazione legale e quella testamentaria, con la regola che le liberalità ricevute dal coniuge superstite si imputano alla sua quota (art. 758-6)²³³.

D. - CONVERGENZE E TRAPIANTI.

L'analisi dei regimi successori vigenti negli ordinamenti europei tradizionalmente ritenuti notevoli, assegna la palma di laboratorio più operoso alla Francia, dove negli ultimi anni sono state adottate riforme legislative di peso, nel 2001 ed ancor più nel 2006, frutto del dibattito maturato nei decenni precedenti²³⁴.

La circolazione dei beni ereditari in Francia risultava doppiamente intralciata, sia dall'incombenza dell'azione di riduzione rispetto alle successioni testamentarie – ed alle donazioni –, sia dalla incertezza che nelle successioni legittime era indotta dal meccanismo dell'atto notorio, esattamente come quello italiano formato da qualche malcapitato che per amicizia si prestava ad attestare l'identità di chiamati alla successione di un defunto mai conosciuto; con l'aggravante che in Francia manca l'omologo dell'art. 534 c.c. italiano, norma che attraverso gli adempimenti pubblicitari mette in salvo gli acquirenti di immobili dall'erede apparente.

Circa la riserva si è discusso in ordine all'inclusione o esclusione di determinate categorie, e del trattamento da assegnare loro. Sono state soppesate le ragioni a favore della conservazione della legittima al coniuge, cui veniva attribuito solo un diritto di usufrutto, e sono state considerate le alternative polarizzate, consistenti nel riconoscergli una quota di proprietà, o all'opposto negargli la riserva. È stata poi messa sotto accusa la legittima degli ascendenti, dubitandosi della sua fondatezza in ragione dell'età normalmente avanzata di tali soggetti, della realizzazione della solidarietà familiare attraverso forme alternative – quale l'assicurazione

²³³ Soluzione anticipata dalla Risposta Ministeriale del 3 marzo 2003.

²³⁴ Per maggiori approfondimenti segnalo il mio saggio *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. impr. EU*, 2009, 427-464.

sulla vita –, infine della presenza di interventi dello Stato (in particolare la previdenza).

La riforma attuata nel 2001 interviene a rafforzare la posizione ereditaria del coniuge, ed a proteggere la circolazione di beni provenienti da un'eredità, specie legittima. Il coniuge riceve – se lo ritiene – una quota di comproprietà ed inoltre i diritti corrispondenti a quelli del nostro art. 540 c.c. L'atto notorio viene ibridato con l'"erbschein" tedesco facendone uno strumento assai più attendibile, molto apprezzato anche in sede comunitaria dove è stato recepito nell'elaborazione del Regolamento.

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

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

La risposta del legislatore è stata resa sul fronte dell'ampliamento dell'autonomia privata, pur senza rimuovere il divieto di patti successori e la riserva. La riserva è stata incisa ancora una volta intervenendo su una categoria di successori e cioè gli ascendenti, che vengono espulsi dai legittimari. Altro intervento rimarchevole sulla riserva è la riduzione in valore, per cui il beneficiario aggredito dal legittimario leso oggi può liberarsi versando l'equivalente, evitando così la perdita del bene; innovazione che ha messo da parte il principio della legittima in natura. Ancora sulla riserva si riflette la possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione, consentita rispetto alla donazione quando il donante è ancora in vita.

È evidente che la rinunciabilità anticipata alla azione di riduzione è efficiente rispetto alla circolazione giuridica dei beni oggetto di donazione.

Da notare la risalente sensibilità francese su questo versante, che già nel 1971 aveva introdotto la vendita del bene donato concordata con gli altri legittimari, atta a proteggere l'acquirente dalle loro pretese successorie. L'obiettivo di adattare la riserva in ragione dei meriti e dei bisogni non è, dunque, stato attuato in Francia assecondando l'autonomia unilaterale del disponente, dal momento che gli interventi hanno coinvolto categorie complessive di successibili (coniuge prima, ascendenti poi). Il fine di modulare la riserva è stato perseguito attraverso l'introduzione di strumenti nuovi, od il potenziamento di altri preesistenti, tutti bilaterali, quindi allargando la breccia nel divieto dei patti successori, che pure è mantenuto fermo con la salvezza delle eccezioni.

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

562

Il ridimensionamento della portata recuperatoria dell'azione di riduzione, attuato ad opera dell'intervento legislativo italiano, esibisce una chiara convergenza con la riforma francese, ed altrettanto può notarsi a margine del favore verso l'espansione dell'autonomia privata nel comparto successorio insito nella previsione dei patti di famiglia. Ancora meritevole di sottolineatura è come anche in Italia abbia guadagnato attualità lo sforzo ricostruttivo rivolto all'individuazione della categoria delle liberalità²³⁵, ulteriormente sollecitato dal ripristino del tributo successorio.

Invero il francese e l'italiano sono sistemi a quota fissa piuttosto che variabile, coerentemente con il primato della legge e la tendenza a non fare totale affidamento sul giudice, considerazione che vale a prendere le distanze dalle proposte rivolte ad importare il modello inglese, imperniato sulla discrezionalità giudiziaria che là è connaturata.

²³⁵ L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002.

La fissità inevitabilmente scontenta e l'unico modo per ovviarvi è l'apertura alla derogabilità; se la deviazione è perpetrata ad opera del solo disponente è inevitabile il rischio di reazione da parte dei soggetti sacrificati, mentre se le deroghe devono essere concordate si scontano bensì costi transattivi, ma si riduce il rischio di contenzioso. Ponendosi in quest'ultima prospettiva la fissità della legittima è temperata dallo sbocco verso la contrattualizzazione ²³⁶, come si è cercato di realizzare da noi con il patto di famiglia, ma pure con l'opposizione alla donazione, che può essere rinunciata.

Anche la Francia ha – chiaramente – privilegiato la strada dell'accordo, attraverso l'ampliamento della *libéralité-partage*, nonché la previsione di donazioni transgenerazionali – le liberalità successive e quelle residuali – che presuppongono l'adesione degli interessati. È probabile che entrambi gli ordinamenti proseguano sulla via della contrattualizzazione per ragioni di sistema, salvo infoltire gli interventi legislativi rivolti a soddisfare bisogni specifici (la casa in locazione o in assegnazione, la pensione ²³⁷), esigenze a loro volta raggiungibili anche attraverso lo strumento contrattuale ²³⁸.

²³⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007, 317, suggerisce una rilettura del diritto ereditario alla luce dei principi di maggior libertà testamentaria e maggior autonomia negoziale; quindi la revisione dell'impostazione che attribuisce preminenza al coniuge (p. 319), assegnando maggior rilievo al principio di contribuzione.

²³⁷ In termini, F. PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato*, cit., 104.

²³⁸ Come dimostrano il caso delle clausole societarie di liquidazione della quota del defunto e quelle di subentro nella società dei suoi eredi.