**UNIVERSITA’ DEGLI STUDI DI PALERMO**

**Facolta’ di Giurisprudenza**

**Dipartimento di diritto privato generale**

**Scuola dottorale Tullio Ascarelli**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL’IMPRESA**

***XXI ciclo***

***Settore scientifico disciplinare di appartenenza: IUS/07***

**Tesi presentata dalla dott.ssa Laura ABBADESSA**

**Trasmissione generazionale dell’impresa**

**ed alternativa testamentaria.**

**Il Patto di Famiglia per l’impresa**

**Coordinatore: Relatore:**

**Chiar.mo Prof.A.Bellavista Chiar.mo Prof.A.Galasso**

**Correlatore**

**Chiar.ma Prof.ssa G.Palmeri**

**anno accademico 2010/2011**

**CAPITOLO I**

**DELIMITAZIONE DEL CAMPO DI INDAGINE**

**§.1 - Considerazioni introduttive**

Le teorie economiche hanno dimostrato che la morte dell’imprenditore individuale, del socio di riferimento o del socio *mercator*, può determinare un *vulnus* alla stabilità dell’impresa: la questione che si pone è se gli eredi saranno in grado, di concerto tra loro, di confermare e perseguire i progetti aziendali; se, in altre parole, vi sarà continuità nella capacità di gestione.

Passaggio generazionale, ricambio generazionale, successione, trasmissione d’impresa o continuità d’impresa sono alcuni dei termini utilizzati per indicare quel momento della vita dell’azienda familiare in cui l’imprenditore titolare inizia a pensare *“chi porterà avanti la mia azienda?*”. [[1]](#footnote-1)

Si tratta di un evento di importanza rilevante specie quando proprietà e *management* sono nelle mani delle stesse persone fisiche che desiderano mantenere tali poteri all’interno della loro famiglia trasmettendoli alla generazione successiva nel momento in cui cessano di occuparsi attivamente dell’attività imprenditoriale.

Il mancato ricambio generazionale viene percepito dall’imprenditore come un “rischio” alla sopravvivenza dell’impresa nonostante esistano soluzioni diverse che potrebbero assicurare la continuità e la crescita aziendale, come ad esempio, rinunciare al controllo mantenendo la proprietà e affidando la gestione ad un *management* esterno, oppure rinunciare alla stessa proprietà vendendola a persone già all’interno dell’impresa o a terzi soggetti.

Queste soluzioni, però, non soddisfano la volontà degli imprenditori di mantenere la proprietà e il controllo nelle mani della famiglia e creano al contempo timori per l’occupazione dei familiari all’interno dell’impresa stessa.

Si rinviene pertanto l’esigenza di individuare strumenti giuridici che possano efficacemente attuare una trasmissione generazionale dell’impresa rispondendo alle istanze dell’imprenditore che voglia assicurare la continuità familiare e gestionale della sua azienda.

A tali esigenze non risponde la peculiare disciplina in tema di trasferimento di azienda di cui agli artt.2555 c.c., la quale è dettata in tema di trasferimento *inter vivos* dell’azienda stessa.

L’azienda, *universitas iuris* costituita oltre che da beni mobili, immobili, mobili registrati, materiali e immateriali, anche da diritti ed obblighi, appartiene alla categoria dei beni produttivi in ragione del fatto che i suoi elementi sono funzionalmente organizzati dall’imprenditore, a prescindere dalla titolarità sugli stessi, in vista di un’attività d’impresa: questa sua peculiarità è la ragione dell’applicazione di una speciale disciplina che interessa il momento circolatorio e che, sottolineandone il carattere strumentale, introduce delle deroghe alla normativa comune al fine di favorire il mantenimento dell’organizzazione produttiva.

La peculiare funzione svolta dall’azienda nel sistema produttivo, non ha invece, di regola, alcuna rilevanza nel momento della sua trasmissione *mortis causa*: l’indifferenza nei confronti della natura dei beni che compongono l’asse ereditario, l’applicazione del principio dell’unità della successione e quello dell’intangibilità della legittima provocano lo smembramento del patrimonio aziendale con pregiudizio dell’interesse dell’impresa.

Servono dunque strumenti adeguati allo scopo della salvaguardia del *management* nonché ai fini della tutela dell’integrità aziendale e della continuità gestionale; e se non è in questo senso di aiuto la disciplina in tema di successione di azienda probabilmente ancor meno lo sono le norme in tema di successione *mortis causa*: il regime successorio nel nostro sistema, risponde, infatti,alla necessità di assicurare il mantenimento della ricchezza familiare all’interno del nucleo familiare stesso, garantendo quindi il passaggio generazionale della ricchezza.

Tuttavia non garantisce né la conservazione dell’unità del patrimonio, né tanto meno la destinazione economica dei beni che ne fanno parte: necessità, questa, rinvenibile invece in forme alternative al regime successorio costituito dal binomio legge-testamento.

L’esigenza dei consociati è infatti quella di anticipare con atti tra vivi la regolamentazione della successione, senza attendere la morte del disponente o la pubblicazione del testamento.

Ciò che preoccupa maggiormente un soggetto che deve decidere a chi affidare le proprie ricchezze, è dato dalla necessità di individuare dapprima cosa trasferire (semplici valori non patrimoniali, valori patrimoniali, l’impresa), in seguito a chi trasferire: garantire quindi un passaggio generazionale che non diventi strumento che possa portare addirittura, nelle ipotesi più estreme, al collasso della *governance* familiare, ma al contrario che possa condurre ad un approccio graduale e strutturato al nuovo assetto proprietario garantendo al contempo l’unità del complesso aziendale.

Tale esigenza necessita pertanto di un piano di successione, inteso come pianificazione del processo di transizione generazionale: suo scopo è quello di guidare la famiglia (intesa come proprietaria di una certa ricchezza) verso la nuova generazione, stabilendo un insieme di principi generali e di affermazioni comuni cui i membri della famiglia sono invitati a fare riferimento.

È di tutta evidenza che tali obiettivi, allo stato attuale del sistema ereditario, non possono essere raggiunti, da un lato per la presenza dell’istituto della successione necessaria, dall’altra a causa del divieto dei patti successori ex art 458 c.c.; senza contare inoltre il diritto potestativo riconosciuto agli eredi di chiedere la divisione dell’azienda caduta in successione che, oltre a scontrarsi con le legittime aspirazioni del *de cuius* che la propria azienda non subisca uno smembramento, urta inesorabilmente contro le ragioni obbiettive dell’economia[[2]](#footnote-2).

Sotto questo punto di vista, potrebbero essere di ausilio schemi alternativi al testamento; in particolar modo l’autonomia privata potrebbe garantire una maggiore elasticità e flessibilità della delazione ereditaria e una maggiore rispondenza alle necessità di trasmissione generazionale del singolo patrimonio, garantendo al contempo sia la sua unità (evitando che venga diviso tra gli eredi), sia la destinazione economica che di esso si era prefigurato il *de cuius*.

Assicurare la continuità dell’organismo imprenditoriale per garantirne la stabilità e l’efficienza è quindi uno dei compiti più rilevanti e delicati dell’alternativa testamentaria: alternativa che qui si pone con particolare forza, atteso che la realtà organizzativa dell’attività d’impresa esige la predisposizione di strumenti negoziali che alla morte dell’imprenditore non interrompano bruscamente quella linea di continuità, specie gestionale, che rappresenta per le aziende ben avviate un grande valore da difendere.

**§.2 - Istanze comunitarie in tema di trasmissione generazionale dell’impresa**

L’attenzione al passaggio generazionale dell’azienda e la ricerca di strumenti atti a salvaguardarne l’unità, soprattutto delle piccole imprese in cui il passaggio generazionale assume una valenza strategica, è molto cresciuta in Italia sotto la spinta di istanze comunitarie ed internazionali.

In Europa, infatti, il 90% del totale delle imprese è rappresentato da piccole realtà aziendali.

Anche in Italia le piccole imprese sono numerosissime: il 60% degli addetti all’industria, si legge in uno studio UniCredit, è impiegato in aziende con meno di 49 dipendenti.

Appare evidente che questo patrimonio di aziende costituisce una risorsa strategica di fondamentale importanza per il Paese.[[3]](#footnote-3)

Pensare che nascita e sviluppo di tali realtà siano le sole fasi a necessitare di particolare attenzione sarebbe riduttivo: la sopravvivenza dell’impresa è passaggio altrettanto importante, in relazione al quale, tuttavia, non sempre si riscontra un grado di preparazione sufficiente da parte degli attori coinvolti.

Già negli anni ’90 la Commissione europea aveva preso atto che *“ogni anno diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili inerenti alla successione”* e che *“le ripercussioni negative sul tessuto economico*” <…> erano da considerarsi particolarmente deplorevoli “*in quanto non dovute alle forze di mercato, ma ad un’insufficiente preparazione della successione e all’inadeguatezza di alcune parti della legislazione degli Stati membri, soprattutto in materia di diritto successorio, societario e fiscale*”, aveva altresì invitato gli Stati membri a *“sensibilizzare l’imprenditore ai problemi della successione e indurlo a preparare tale operazione finchè è ancora in vita*” nonché a *“provvedere <…> affinchè il diritto della famiglia e il diritto successorio non possano mettere in pericolo la continuità dell’impresa*”. [[4]](#footnote-4)

L’esigenza di introdurre istituti che impediscano il disgregarsi del potere dell’imprenditore varca in questo modo l’ambito strettamente individuale o, più correttamente, endofamiliare, tingendosi di implicazioni sociali: alla preoccupazione dell’imprenditore, che non vuole veder disperse le fortune familiari legate alle sue capacità ed ai suoi criteri di gestione, ed al coincidente interesse dei suoi stessi successori ad evitare la perdita della ricchezza familiare, si sovrappone un più generale bisogno di assicurare la sopravvivenza dell’impresa e, conseguentemente, di facilitarne la successione.[[5]](#footnote-5)

Viene, in altri termini, in considerazione che *“l’impresa non costituisce mai un fatto meramente individuale, ma comporta sempre implicazioni sociali: tecnologiche, culturali…*”[[6]](#footnote-6); senza contare che il perseguimento della continuazione dell’impresa è un fatto socialmente apprezzabile perché anche dove il movente soggettivo fosse quello di salvaguardare ciò che si è costruito in una vita di lavoro, il risultato è che la sua sopravvivenza, soprattutto ove raggiunga certe dimensioni, significa anche mantenimento dell’occupazione per coloro che vi lavorano.

Può pertanto affermarsi, senza tema di smentite, mutuando concetti propri delle discipline economiche, che il passaggio generazionale dell’impresa è un processo che interessa, a livello di micro economia le sorti dell’azienda, dell’imprenditore, della sua famiglia, dei dipendenti, degli amministratori, della comunità e in generale di tutti gli stakeholder d’impresa e a livello di macro economia le sorti dell’intero sistema economico locale e nazionale.

**§.3 - Carattere multidisciplinare della successione d’impresa**

Il problema della successione d’impresa è indubbiamente complesso ed è stato analizzato secondo una varietà di approcci, che vanno da quello aziendalista-economico a quello giuridico, da quello organizzativo a quello culturale-sociologico.

Di varia natura sono infatti gli interrogativi cui si è cercato di dare una risposta con riguardo al problema della successione imprenditoriale nell’ottica della continuità d’impresa: la successione del *management* deve avvenire nell’ambito della famiglia? La vecchia generazione deve mantenere un ruolo formale nell’impresa? I genitori dovrebbero passare il testimone quando i figli sono pronti a raccoglierlo? Quali sono le migliori modalità dell’ingresso dei figli nell’impresa? Cosa succede se il grado di conflittualità tra i membri dell’organizzazione tende ad aumentare?

È evidente che per dare una compiuta soluzione a tali interrogativi, il passaggio generazionale non può che essere analizzato, attesa l’eterogeneità dei problemi da affrontare e delle variabili in gioco, seguendo un approccio di tipo multidisciplinare, che non può non partire dallo studio di quelli che Keynes chiamava “*animal spirits*”, ossia dalle vicende umane, fisiche, psicologiche, affettive della famiglia e dei suoi componenti: sono questi, infatti, i fattori che determinano il modo di essere dell’impresa e la sua continuità.[[7]](#footnote-7)

Tutti gli studi in tale ambito, hanno tenuto conto della rilevanza di quattro fattori:l’impresa, le persone, il tempo e l’ambiente. Elemento cruciale è ovviamente l’impresa; nell’impresa gli uomini, ovvero tutte le persone che hanno un legame con essa e che svolgono un ruolo attivo o passivo nel processo successorio, si muovono nel tempo: la strategia consiste nel decidere oggi, con gli uomini di ieri, il futuro di domani. Tutto questo avviene in un contesto ambientale (economico, sociale e politico) che interagisce tumultuosamente con gli altri fattori, orientandoli e condizionandoli.

In questo lavoro ci si propone di focalizzare l’attenzione sugli aspetti giuridici che concorrono a definire la complessità del fenomeno, non tralasciando di considerare però che il problema della successione dell’impresa è un fenomeno multidisciplinare e come tale va affrontato.[[8]](#footnote-8)

**CAPITOLO II**

**LIMITI DEL DIRITTO SUCCESSORIO**

**NEL PASSAGGIO GENERAZIONALE DELL’IMPRESA**

**§.1 - Interessi dell’impresa nella vicenda successoria tra successione legittima e successione testamentaria**

Mentre la vicenda della successione dell’azienda *inter vivos* trova espressa regolamentazione negli artt. 2555 e ss. del codice civile, manca un’espressa disciplina che regoli la successione dell’azienda in caso di morte dell’imprenditore: in tale evenienza, l’articolata vicenda del trasferimento del complesso azienda - impresa è disciplinata dalle norme generali sulle successioni *mortis causa* di cui al libro secondo del codice civile.

Cosicchè l’imprenditore che volesse, per il periodo successivo alla sua morte, pianificare la propria successione e, segnatamente, la trasmissione della sua azienda e la prosecuzione della propria attività imprenditoriale, dovrà immaginare di regolamentarle, salvo quanto si darà a proposito dell’istituto del patto di famiglia, secondo i principi generali (art 457 c.c.) affidando la devoluzione dei beni ereditari alla legge (successione legittima, artt. 565 ss. cc) ovvero esplicando la propria autonomia dispositiva attraverso il testamento (artt. 587 ss. c.c.). In entrambi i casi, può certamente affermarsi che non vedrà soddisfatte appieno le sue aspettative di continuità gestionale e di tutela dell’integrità aziendale.

E’ ciò fondamentalmente perché la trama normativa in cui si articola il nostro ordinamento delle successioni *mortis causa* è sostanzialmente insensibile sia alla qualità dei soggetti che alla natura dei beni e, in modo particolare, a quelli che costituiscono il complesso dell’azienda[[9]](#footnote-9).

Nell’ipotesi di successione legittima sovviene la puntuale regolamentazione della legge che prevede che qualsiasi cespite di titolarità del *de cuius* - e, pertanto, nel silenzio, anche l’azienda - divenga oggetto di contitolarità tra gli eredi legittimi. E questi ultimi sono individuati a prescindere dalle loro inclinazioni imprenditoriali, assumendo rilievo soltanto il grado di parentela con il *de cuius* (art 565 c.c.).

Senza contare poi la possibilità per gli eredi di chiedere la divisione dei beni ereditari ed il conseguente diritto ad acquisire la relativa parte dei “beni in natura” di cui all’art. 718 c.c. che davvero male si concilia con l’esigenza di salvaguardia del complesso aziendale.[[10]](#footnote-10)

L’art. 566 c.c. e quelli successivi, e già prima l’art. 537 e s.s. c.c. in tema di successione necessaria, che verrà in seguito trattata, ripartiscono il patrimonio in parti o quote ideali. L’origine o la natura dei singoli beni non assume rilievo nemmeno nella disciplina della divisione ereditaria che è invece basata su principi e norme (cfr. artt. 713, 718, 720, 727, c.c.) che sono innervati da una *“logica rigorosamente individualistica e proprietaria*” [[11]](#footnote-11) che finisce per provocare lo smembramento dell’asse e, con esso, dei beni aziendali che vi fossero eventualmente ricompresi.

E’, pertanto, di tutta evidenza l’irrilevanza pressoché totale della destinazione produttiva dei beni oggetto del *relictum* nell’ambito delle disposizioni sulla successione *ex lege.*

Inoltre, essendo di natura familiare gli interessi tutelati nella successione *ex lege*, i chiamati sono conseguentemente individuati in base a *status* familiari con la possibilità che in determinati casi possano attivarsi meccanismi di moltiplicazione dei successibili del tutto confliggenti con le esigenze di unità aziendale e di continuità gestionale[[12]](#footnote-12).

A ciò si aggiunge come possono essere chiamati parenti anche lontani, probabilmente sconosciuti al *de cuius* (art. 572, co. 2, c.c.); e che, addirittura mancando anche questi, “l’eredità è devoluta allo Stato” (art. 586, c.c.).

Esula pertanto ogni altra valutazione, compresa quella sulla competenze imprenditoriali dei soggetti chiamati alla successione.

Un quadro dunque che, ancorchè in estrema sintesi, conferma l’inadeguatezza delle norme della successione legittima a dare continuità all’impresa.

Ad una valutazione non dissimile si perviene nell’analisi della successione testamentaria la quale, pur certamente mostrando maggiore flessibilità rispetto al suddetto fine[[13]](#footnote-13), tanto da spingere certa dottrina [[14]](#footnote-14) a sostenere che il testamento rappresenta lo strumento più consono per attuare un’efficace successione dell’azienda, finisce comunque con lo scontrarsi con gli evidenti limiti del diritto successorio quando, appunto, oggetto della successione sia il bene “impresa”. Non fosse altro perché sia nel caso di successione *ab intestato* che testamentaria, devono ritenersi cogenti le norme in tema di c.d. successione necessaria (art. 536 e ss. c.c.), istituto considerato uno degli ostacoli principali all’esigenza di pianificazione ereditaria come si vedrà meglio nel prosieguo.

Evidenti sono i limiti che emergono analizzando gli strumenti suggeriti dalla citata dottrina per attuare il trasferimento dell’azienda attraverso taluni istituti della successione testamentaria.

E’ stato, in primo luogo, sottolineata la possibilità del ricorso al legato, considerato tra gli strumenti più utili e versatili nel perseguire interessi diversi.

Nella disposizione a titolo particolare vengono infatti in evidenza beni (o rapporti) determinati e soggetti parimenti determinati; e tale determinatezza, si sostiene, è importante perché consente di tenere conto della destinazione economica dei beni oggetto del lascito.

In particolare, è stato rimarcato l’utilizzo dello strumento del legato sostitutivo (551 c.c.) che consente contestualmente al testatore di attribuire al beneficiario prescelto un bene determinato (l’azienda) senza chiamarlo all’eredità scongiurando pertanto la caduta in comunione ereditaria del suddetto bene.

Ma tale meccanismo soffre di un invalicabile limite: è rimesso alla futura condiscendenza del legittimario-legatario sicchè, nel caso in cui questi eserciti il diritto potestativo riconosciutogli dal codice di “rinunziare al legato chiedere la legittima” (551 1 comma c.c.), il progetto delineato dal *de cuius* non potrà essere attuato e l’impresa cadrà pertanto in comunione ereditaria con gli altri coeredi. E come un qualsiasi altro bene ereditario potrà essere assoggettato ad azione di riduzione o possibile oggetto di divisione.

Né tali ostacoli appaiono superabili, come è stato suggerito, allorquando il testatore faccia ricorso all’ istituto previsto dall’art. 550 c.c. della cautela sociniana, separando l’attribuzione della nuda proprietà dall’usufrutto. Poiché quando si tratta del bene “impresa” tale separazione si sostanzia nella separazione della mera titolarità dell’azienda dalla sua gestione, si finisce con il rimettere, ancora una volta, il potere di scelta al legittimario il quale potrà o eseguire la *voluntas testantis* oppure abbandonare la nuda proprietà della disponibile, in tal guisa vanificando quanto programmato dal *de cuius*.

Altre soluzioni optano per l’utilizzabilità di clausole testamentarie contenenti elementi accidentali, quali la condizione, utili allo scopo di incidere sulla prosecuzione dell’attività aziendale: un lascito, per esempio, potrebbe essere destinato a caducarsi al verificarsi della condizione di risultati negativi nella gestione dell’azienda da parte del successore prescelto dal testatore; così come una clausola di diseredazione[[15]](#footnote-15) potrebbe servire ad escludere un parente legittimo dalla comunione ereditaria sull’azienda.

Ma tutte queste disposizioni testamentarie, sia che abbiano la forma di legati, sia che contengano un’istituzione nell’eredità sotto condizione, devono armonizzarsi, è bene ribadirlo, con i principi di diritto successorio.

Dovrà perciò rispettarsi, anche al costo estremo della divisione dell’azienda ai fini del raggiungimento delle quote, il limite cogente della legittima, ed in tale ambito dell’ulteriore divieto di apporre pesi e condizioni posto dal 549 c.c.; senza contare, come sopra accennato trattando della possibilità di ricorrere agli artt 550 e 551 c.c. (legato eccedente la porzione disponibile e legato in sostituzione di legittima), come la volontà espressa dal testatore deve alla fine confrontarsi con le aspettative, i desideri e le inclinazioni degli eredi medesimi e non sempre le due sfere collimano. In tale contesto ricostruttivo si pone come un serio limite anche l’istituto della collazione, diretto ad assicurare un’equa distribuzione del *donatum* tra i coeredi indicati, cui sono tenuti il coniuge superstite ed i discendenti (art. 737 c.c.).

Secondo quando stabilito dalla Suprema Corte [[16]](#footnote-16) le norme sulla collazione regolano soltanto la collazione di immobili (art. 746 c.c.), di mobili (art. 750 c.c.) e di denaro (art. 751 c.c.) nulla disponendo invece in ordine alle modalità di effettuazione della collazione allorquando si tratti di donazioni aventi ad oggetto aziende o partecipazioni societarie. Pertanto, anche in tale caso, l’azienda verrà trattata alla stregua di un qualsiasi altro bene ereditario ed in quanto tale, come più volte sottolineato, soggetto alle incerte vicende di questa categoria.

Da quanto detto emerge che anche il testamento, anche a causa delle sue intrinseche caratteristiche (essenzialmente l’unilateralità e l’assoluta revocabilità) e della normativa cui deve soggiacere, non è lo strumento più inidoneo per corrispondere alla fondamentale esigenza dell’imprenditore di assicurare al meglio il momento strategico del passaggio generazionale dell’impresa e di soddisfare gli interessi concreti perseguiti per il tempo successivo alla sua morte.

Per converso, anche nella diversa prospettiva della tutela del valore sociale dell’attività d’impresa, di rilievo costituzionale, le norme in materia di successione testamentaria non pongono alcun limite interno alla libertà del testatore ritenuta dalla dottrina *“insuscettibile di verifica in termini di socialità dello scopo”* perchè*” essa incontra il solo limite della liceità dei motivi; il che vale a dire che un testamento contenente disposizioni bizzarre o capricciose prive di qualsiasi utilità sociale, è valido purchè esse non violino divieti di legge, espressi o virtuali*”[[17]](#footnote-17).

**§.2 - La successione necessaria tra realtà normativa e prospettive di riforma**

Come già anticipato in precedenza, la destinazione economica dei beni produttivi, sotto il profilo della salvaguardia dell’unità del patrimonio familiare e della sua efficienza e redditività, può venire seriamente compromessa dall’applicazione della normativa in tema di successione dei legittimari.

E se questo vale in generale, a prescindere dalla consistenza e dalla composizione del patrimonio ereditario, a maggior ragione vale quando in successione cada un’azienda o un ramo della stessa: in questo caso, i limiti della successione necessaria sono invero evidentissimi[[18]](#footnote-18).

L’istituto della successione necessaria previsto dagli artt. 536 e ss disciplina la situazione giuridica dei legittimari,[[19]](#footnote-19) cioè di quei soggetti ai quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione di una determinata persona fisica.[[20]](#footnote-20) La volontà del legislatore è infatti quella che il patrimonio del *de* *cuius* debba necessariamente essere, almeno in parte, riservato ai suoi più stretti familiari. La quota di riserva, tutelata mediante l’azione di riduzione, risulta essere intangibile dal *de cuius*, il quale, inoltre,non può sulla stessa apporre in alcun modo pesi e condizioni (art. 549 c.c.).

L’ordinamento giuridico dunque, pur riconoscendo il principio della libertà di disporre dei propri beni sia con atti fra vivi (tipicamente, il contratto) sia con atti *mortis causa* (tipicamente, il testamento)[[21]](#footnote-21), pone uno sbarramento costituito dal diritto dei parenti più stretti a ottenere necessariamente una determinata quota del patrimonio del *de cuius*.

Pertanto, il fondamento primario della successione necessaria risiede soprattutto sui vincoli di solidarietà familiare: il riconoscimento ai legittimari di un intangibile diritto sul patrimonio ereditario del loro parente o coniuge, risponde, infatti, all’esigenza di garantire solidarietà e assistenza familiare tra i congiunti.

Si deve però dare conto del profondo mutamento che ha interessato, dall’emanazione del codice civile ai giorni nostri, i rapporti tra i membri della famiglia oggi concepito come luogo naturale in cui tutti i suoi componenti possono sviluppare la propria personalità sulla base dei principi di pari dignità, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà.

L’evoluzione del concetto di famiglia è scandita da tutta una serie di disposizioni successive al codice[[22]](#footnote-22)*“nel segno della protezione della persona, che prevale sulle ragioni dell’unità del nucleo”*, come scrive acutamente Miche Sesta.[[23]](#footnote-23)

Eppure, l’eco di tali novità giunge molto smorzato in tema di successione *mortis causa*; ad un’evoluzione, anche normativa, del concetto di famiglia, non si è infatti accompagnata una uguale evoluzione dei profili di trasmissione *mortis causa* della ricchezza: voler infatti giustificare la successione necessaria come avente funzione assistenziale – solidale nei confronti dei membri della famiglia, significa restare ancorati al passato, a una società dove la libertà di scegliere a chi destinare dopo la morte i propri beni è fortemente vincolata da limiti tassativamente imposti dalla legge e non superabili nemmeno dall’autonomia privata e dove la ricchezza veniva tramandata da padre in figlio, onde si riteneva che chi gratuitamente aveva ricevuto dagli avi dovesse trasmettere ai figli [[24]](#footnote-24).

Inoltre, è innegabile come oggi i rapporti assistenziali e solidali tra membri della famiglia si realizzino soprattutto durante la vita del *de cuius,* attraverso gli obblighi di mantenimento, educazione, istruzione ecc…[[25]](#footnote-25)e non già dopo la sua morte; per cui l’esigenza di solidarietà di cui si tratta si concepisce oggi nel senso che non debbano rimanere deluse le aspettative dei congiunti a non vedersi esclusi o penalizzati in sede di successione del loro defunto.

Ma è questa una giustificazione sufficiente del limite imposto al *de cuius* di riservare sempre e comunque una parte del suo patrimonio ai propri congiunti?

Ad avviso di buona parte della più recente dottrina la risposta al quesito non può che essere negativa.

In ogni caso, l’affermazione secondo cui la successione necessaria si giustifica per la solidarietà familiare ha di per sé poca forza persuasiva Secondo il sistema vigente è riconosciuto un diritto di successione necessaria anche, per esempio, a quei congiunti che non si sono mai preoccupati del *de cuius*, o che hanno, al contrario, tenuto nei suoi confronti un comportamento ostile, o che non hanno mai contribuito a conservare e ad incrementare il patrimonio. Senza contare il fatto che i diritti successori dei membri della famiglia secondo il sistema vigente competono ai medesimi indipendentemente dal loro eventuale stato di bisogno, sicché non può più farsi leva soltanto sulla funzione assistenziale-solidale per giustificare i diritti dei legittimari.

Tali considerazioni inducono a ritenere che i tempi siano ormai maturi per una riforma della materia.

Nel senso della totale abrogazione dell’istituto, particolare rilevanza riveste il disegno di legge (n. 1043del 2006, a firma dei senatori Saro, Antonione, Mauro, Massidda e Sanciu), rubricato“*Modifiche al codice civile in materia successoria e abrogazione delle disposizioni relative alla successione necessaria”*che suggerisce, appunto, l’abolizione della successione necessaria e, più in generale, una ridefinizione del sistema codicistico del diritto successorio che appare conforme alle conclusioni cui è pervenuta parte della dottrina che considera l’istituto della successione necessaria non più attuale e non più giustificabile alla luce dei mutamenti sociali e familiari, ed, inoltre, quale ostacolo alla libera circolazione dei beni ed alla libertà testamentaria.

Il progetto prende come riferimento l’esperienza di alcuni dei maggiori paesi stranieri; esso si riferisce, in particolare, all’Inghilterra, dove non è previsto alcun tipo di diritto alla quota di legittima, ma soltanto la possibilità che i *dependents* (coloro cioè che dipendono dal *de cuius,* tipicamente i figli) chiedano giudizialmente un congruo importo tratto dal suo patrimonio; o agli Stati Uniti, in cui soltanto in uno Stato (la Louisiana) esiste il diritto di legittima, e per di più soltanto a favore dei figli minorenni e/o portatori di handicap; ancora*,* all’ordinamento spagnolo, che riconosce soltanto un terzo del patrimonio riservato ai discendenti in parti uguali, mentre gli altri due terzi restano nell’assoluta libertà di destinazione da parte del *de cuius.*

La proposta si prefigge inoltre, più in generale, una revisione del sistema della successione *mortis causa,* per porre fine alla questione dei limiti alla circolazione dei beni dovuti al sistema della successione necessaria.

A tale progetto non possono essere però risparmiate delle critiche.

In primo luogo, esso elimina senza una spiegazione le norme sull’opposizione dei legittimari alla donazione e sulla tutela dei terzi aventi causa della donazione stessa.

Inoltre, soprattutto, appare inspiegabile la necessità di abolire l’intera disciplina del patto di famiglia (art 1 comma 2): la giustificazione datane, cioè il fatto che tale istituto poggia sulla categoria dei legittimari, che si vuole appunto abolire, non appare sufficiente a giustificare l’eliminazione di un istituto che segna un punto a favore della “crociata” per garantire la continuità aziendale e quindi la libera circolazione dei beni anche a scapito della necessaria tutela della solidarietà familiare.

Ma soprattutto, ciò che desta perplessità è l’essenza stessa della proposta, ovvero l’abolizione dell’istituto della successione necessaria. Chi scrive concorda sul fatto che, sebbene tale riforma appaia indispensabile, l’istituto *de quo* debba essere mantenuto nel sistema e non totalmente espunto da esso.

Del resto, la sua abrogazione apparirebbe di dubbia legittimità costituzionale perché, se è vero che l’istituto non è stato espressamente costituzionalizzato, indirettamente la sua esistenza potrebbe invero desumersi dagli artt. 29 e 30 della stessa Costituzione inerenti ai rapporti familiari e ai diritti e doveri in materia di filiazione. [[26]](#footnote-26)

L’istituto, inoltre, andrebbe mantenuto perché svolge pur sempre un’importante funzione, ovvero serve a contrastare ciò che è stato definito l’abuso della libertà di testare: si immagini un testatore, che, sebbene padre di diversi figli minorenni o economicamente non autosufficienti lasci tutto il suo patrimonio ad un perfetto estraneo; detto testamento sarebbe inattaccabile se non esistesse l’istituto della quota di riserva.

D’altronde, non sono solo esigenze di ordine equitativo che militano verso il mantenimento della suddetta quota ma anche ragioni di coerenza sistematica. Se il rapporto di filiazione determina in capo al genitore l’obbligo di mantenimento, oltre che di istruzione ed educazione dei figli, non sarebbe coerente lasciar libero il genitore di nulla attribuire ai figli per il periodo successivo alla sua morte. E quanto detto per i figli ben può valere anche per il rapporto coniugale, che è permeato dal reciproco obbligo di assistenza non soltanto morale ma anche materiale.

Michel Grimaldi a tale proposito, nel suo manuale sulle successioni,[[27]](#footnote-27) scrive che la legittima si tradurrà sempre in un ostacolo alla circolazione dei beni. E tuttavia, continua, se l’economia ha la sua importanza, anche la famiglia ha la propria: non si può in toto sacrificare gli interessi familiari sull’altare della efficienza economica.

Ma, anche tra chi ritiene che l’istituto vada conservato, non c’è chi non veda la necessità di una riforma della materia allo scopo di adeguarla alle mutate esigenze della società e dei tempi.

Si è perciò proposto un aumento del numero dei legittimari ovvero, all’opposto, una riduzione della porzione indisponibile; o, ancora, l’attribuzione dei beni ereditari ai figli in misura differente a seconda che si tratti di figli minorenni o privi di autonomia per handicap etc., ovvero figli maggiorenni o autosufficienti economicamente.

Per quanto riguarda la posizione del coniuge, si è proposta una quota di legittima che vari in relazione agli anni di matrimonio.

Resta però il fatto che si tratta esclusivamente di proposte di riforma e che allo stato la successione necessaria con tutti i suoi limiti sopra descritti è ancora regolata all’interno del codice civile e continua ad essere un limite cogente con cui dover fare i conti in tema di successione ereditaria, testamentaria o legittima che sia.

Famiglia ed impresa sono infatti due realtà completamente differenti, difficili da far coesistere: nella famiglia imperano la solidarietà e la stabilità, nell’impresa la competizione ed il rischio.

Inoltre, il passaggio generazionale dell’azienda dovrebbe essere predisposto già durante la vita dell’imprenditore che dovrebbe liberamente scegliere quale dei suoi eredi reputi più adatto alla gestione futura dell’impresa. Si può pienamente affermare che nella trasmissione dell’azienda debba valere una concezione per così dire “meritocratica” che ritiene di redistribuire la ricchezza non per *status*,come previsto dagli artt. 536 ss. c.c., ma per effettivi compiti svolti o meriti acquisiti.

Pertanto, si può concludere, tanto più il diritto protegge gli interessi dei prossimi congiunti, come avviene in tema di successione necessaria, tanto più restringe l’autonomia testamentaria e la libera circolazione dei beni.

Dall’analisi delle considerazioni sin qui svolte, non si non può non avvertire la crisi della successione *mortis causa* quale fonte di attribuzioni patrimoniali in genere ma, soprattutto, quando oggetto della successione sia il bene impresa.

**§.3 - Il divieto dei patti successori**

Dall’analisi delle considerazioni sin qui svolte, non si non può non avvertire la crisi della successione *mortis causa* quale fonte di attribuzioni patrimoniali in genere specie quando oggetto della successione sia il bene impresa.

Sempre più la sistemazione degli interessi patrimoniali in previsione della morte avviene, infatti, attraverso procedimenti attuati in vita.Tale “crisi della successione *mortis causa”[[28]](#footnote-28)* investe sia la successione *mortis causa tout court* quale fenomeno attributivo in genere, sia la successione *mortis causa* attuata tramite lo strumento testamentario.

Da un lato, infatti, gli istituti di diritto successorio non hanno conosciuto quell’adeguamento necessario per conformarsi alle rapide e profonde trasformazioni sociali e al mutamento dell’organizzazione economico-produttiva; e ciò, nonostante l’intimo collegamento con gli istituti della proprietà e della famiglia che tale adeguamento hanno invece conosciuto.

Le caratteristiche dello strumento testamentario quali emergono dalla disciplina codicistica sembrano tutt’al più congeniali ad un imprenditore alla “vecchia maniera” spesso coincidente con il fondatore dell’impresa, che organizza da protagonista isolato e nella più assoluta segretezza, la sistemazione della sua azienda per il tempo in cui avrà cessato di vivere, creando, all’apertura della successione, tra i familiari, quasi una sorta di “effetto sorpresa”.

Ma, all’opposto, è sempre più avvertita l’esigenza che la sistemazione patrimoniale *post mortem* avvenga, come “raccomanda” la Commissione Europea[[29]](#footnote-29) durante la vita dell’imprenditore con il concorso di tutti i familiari successibili al fine di valutare istanze ed attitudini di ciascuno, e, conseguentemente, provvedere alla destinazione dell’azienda in funzione della sua efficienza nel rispetto dei doveri solidali-assistenziali nascenti dai vincoli familiari.

Ed eccoci al nodo cruciale della questione: la sistemazione *mortis causa* degli interessi familiari mediante contratto. E’ possibile in tale ambito l’esplicazione di una qualche forma di autonomia negoziale? E’ consentita la creazione di atti *mortis causa* diversi dal testamento? A tale interrogativo l’opinione tradizionale fornisce risposta negativa, adducendo il dettato della prescrizione di cui all’art. 458 c.c. contenente il divieto dei patti successori che funge da limite invalicabile all’esplicazione, appunto, dell’autonomia privata ed alla configurazione di una successione c.d. contrattuale; essa costituisce la logica conseguenza del principio sancito dall’art. 457 c.c. in base al quale esistono soltanto due forme di delazione ereditaria, quella legittima e quella testamentaria.

Secondo la dottrina che si è occupata della questione, il patto successorio va identificato con una convenzione, che assume la forma di contratto, avente ad oggetto un’istituzione di erede (patto istitutivo) o la costituzione, trasmissione od estinzione (patto dispositivo o rinunciativo) di diritti inerenti una successione non ancora aperta, che facciano sorgere un vincolo giuridico di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca adempimento.

Il tratto comune alle tre fattispecie è rappresentato dalla circostanze che tutte hanno per oggetto beni che si riferiscono ad una successione non ancora aperta.

I patti successori istitutivi sono convenzioni con le quali si istituisce un erede o si assume l’impegno di farlo tale in una futura scheda testamentaria (cd. patto istitutivo ad effetti obbligatori).Mediante i patti dispositivi e rinunciativi, invece, il soggetto rispettivamente dispone o rinuncia non con riferimento alla propria successione, bensì a quella di un altro soggetto.

Da tale diversità strutturale, che vale a connotare le tre figure rientranti nel divieto di cui al 458 c.c., si trae un’importante conseguenza in punto di natura (*mortis causa* o *inter vivos*) dei patti *de quibus*: mentre infatti è indubbia l’appartenenza dei patti istitutivi agli atti *mortis* *causa*, in quanto danno luogo ad una vera e propria istituzione di erede, sussistono perplessità con riferimento alla seconda categoria, in quanto si ritiene di doverli considerare come atti *inter* *vivos,* in conseguenza dell’assenza di tale istituzione.

Proprio in base a tale differenza, si ritiene, altresì, di poter collegare il divieto di cui al 458 c.c. ad una *ratio* non unitaria ma diversificata a seconda che si tratti di patto istitutivo o di patto rinunciativo o dispositivo.

L’evoluzione del pensiero giuridico con riguardo all’identificazione della *ratio* del divieto *de* *quo* ha condotto infatti al superamento della tesi tradizionale che ravvisava un fondamento unitario per le tre figure, inizialmente ravvisato nell’esigenza di scongiurare il *votum* *captandae mortis*, ossia l’augurio del destinatario del patto affinchè la persona della cui successione si trattava terminasse al più presto i suoi giorni ed il patto potesse avere la sua efficacia.

Tale opinione, per lungo tempo invalsa in dottrina e giurisprudenza, è stata ormai superata, a tacer d’altro, per il fatto che il nostro ordinamento conosce diverse altre fattispecie in cui uno dei soggetti potrebbe manifestare un augurio in tal senso, ma delle quali non è stata mai posta in dubbio la validità (la donazione con riserva di usufrutto a favore del disponente, l’assicurazione sulla vita, la donazione con patto di reversibilità, tra i tanti esempi).Secondo l’opinione oggi maggioritaria il fondamento non è unitario ma deve differenziarsi a seconda della natura del patto successorio.

Nel caso di accordi istitutivi si ritiene che la *ratio* vada identificata con l’inconciliabilità degli stessi con due dei principi fondamentali del nostro diritto successorio, ossia la tassatività dei tipi di vocazione successoria (legge o testamento) e l’assoluta revocabilità del testamento fino all’istante precedente la morte.

Tale ultimo principio sarebbe vulnerato se la vocazione trovasse fonte in un contratto, in quanto, per sciogliersi dal relativo vincolo giuridico, non sarebbe più sufficiente una manifestazione unilaterale di volontà occorrendo, per converso, un atto di mutuo consenso. [[30]](#footnote-30)

Diversamente, per i patti dispositivi o rinunciativi non si pone un problema di numero chiuso di vocazione, dato che, si ripete, non contengono un’istituzione di erede.

Pertanto, la giustificazione del loro divieto va ravvisata piuttosto nell’esigenza di evitare che soggetti inesperti o prodighi disperdano beni non ancora ereditati ma che solo si prevede di ereditare.

Per meglio delimitare l’ambito del divieto di cui al 458 c.c., è necessario analizzare l’orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte in materia, al fine di verificare se e in che limiti possa trovare spazio una qualche forma di autonomia privata in ambito successorio e, pertanto, anche nell’ambito della successione dell’impresa.[[31]](#footnote-31)

Va dato atto, in tal senso, della tendenza della giurisprudenza a limitare il più possibile l’ambito di operatività del suddetto divieto.

La tesi maggioritaria[[32]](#footnote-32) è propensa, infatti, ad attribuire validità a quelle convenzioni in cui l’evento morte non assume rilevanza causale dell’attribuzione, in cui la morte non è, quindi, “causa” della convenzione stessa, ma assurge solo ad evento al verificarsi del quale è subordinata l’efficacia della fattispecie negoziale. E nessuna norma, di certo, vieta che la morte possa essere elevata a termine di efficacia di una convenzione.

Pertanto, all’atto *mortis causa*, nel quale l’evento della morte costituisce la causa dell’attribuzione, si contrappone l’atto *post mortem* che è invece un atto *inter vivos* nel quale la morte si atteggia alla stregua di evento dedotto in condizione ovvero come un termine *certus an, incertus quando* fissato *per relationem* dalle parti.

L’attribuzione *mortis causa* è quella che trova la sua fonte in un atto volontario del soggetto, manifestato in funzione e previsione della propria morte.

Quest’atto volontario è nel nostro ordinamento giuridico il testamento, l’unico meccanismo attraverso il quale può realizzarsi una attribuzione patrimoniale *mortis causa. [[33]](#footnote-33)* In altri termini, dal punto di vista oggettivo, ciò che connota l’attribuzione *mortis causa* è l’essere un’attribuzione del residuo (*quod superest*), la cui entità è determinata solo al momento della morte; tutte le volte in cui l’attribuzione sia invece determinata già in vita, rinviandosi soltanto l’effetto traslativo dopo la morte del disponente, si è nel campo degli atti (con effetti) *post mortem*. Questo aspetto della distinzione è assai importante, perché consente di delineare la linea di confine tra contratti validi e invalidi, a seconda della considerazione dei beni oggetto del contratto quali attribuzioni, rispettivamente, determinate ovvero indeterminate al momento della stipulazione.

Ciò che rileva per la configurazione di un contratto successorio, attualmente vietato, è che un atto irrevocabile abbia la funzione di regolare la sorte dei beni rimasti nel patrimonio del disponente alla sua morte. [[34]](#footnote-34)

Di converso, affinchè il contratto successorio sia valido è necessario:

* che l’attribuzione *post mortem*, attuata dall’autonomia negoziale con forme alternative al testamento si svolga in modo che il bene esca dal patrimonio del beneficiante prima della morte;
* che al beneficiario si trasferisca definitivamente dopo la morte del disponente, salva una possibile e parziale anticipazione degli effetti;

- che il congegno negoziale possa essere reso inoperante dal soggetto beneficiante, con una decisione da assumere prima della morte.

Quest’ultimo aspetto, in particolare, testimonia come, tra i requisiti necessari perché i meccanismi convenzionali alternativi al testamento possano effettivamente assicurare la continuità dell’impresa, assuma un rilievo centrale la circostanza che al disponente sia consentito *“riservarsi un giudizio sulla meritevolezza delle persone, sulla finale destinazione dei beni, sulla idoneità del mezzo prescelto, sulla congruenza e sulla utilità e persistente attualità di strumenti ed obiettivi*” [[35]](#footnote-35)

Accertata la preliminare, essenziale distinzione tra atto attributivo a causa di morte (ambito esclusivo del testamento per la presenza nel nostro ordinamento del divieto dei patti successori) e *attribuzioni post mortem*, attraverso l’indagine sui possibili strumenti alternativi al testamento escogitati o escogitabili dall’autonomia negoziale, la dottrina ha dichiarato peraltro di volere con ciò soddisfare due distinte e fondamentali esigenze: da un lato, *“garantire l’organizzazione, il consolidarsi e la trasmissione dell’impresa (individuale o collettiva, in forma di società personale, ma anche mediante il trasferimento di azioni o di quote di società di capitali)”*; dall’altro, *“assicurare il mantenimento e la formazione, educativa, spirituale e professionale di determinate persone”* [[36]](#footnote-36). Merito dell’ indagine è stato, dunque, aver identificato i caratteri che un contratto dovrebbe soddisfare per corrispondere all’esigenza di rappresentare un utile strumento alternativo al testamento per disporre della propria successione.

E’ da guardare sicuramente con favore una tale interpretazione restrittiva del disposto di cui all’art 458 c.c. che costituisce l’espediente al fine di riconoscere una qualche forma di manifestazione all’autonomia negoziale in tema di successione *mortis causa*; in altri termini, la progressiva erosione dell’area del divieto in esame rappresenta la risposta che si è riusciti a fornire, a normativa invariata, all’esigenza sempre più avvertita di disporre di strumenti convenzionali alternativi al testamento in grado di soddisfare le molteplici necessità manifestatesi nella prassi dei traffici giuridici ed economici.

Tuttavia, nonostante quell’esigenza fosse molto avvertita, e lo studio circa i requisiti essenziali preciso e dettagliato, anticipando le conclusioni cui si perverrà nel capitolo III, si può affermare che nessuno degli strumenti individuati a quel fine è in grado di rispondere pienamente a quegli stessi criteri e può considerarsi, pertanto, idoneo a produrre una disposizione della propria successione davvero alternativa al testamento.

**CAPITOLO III**

**CONTINUITA’ DELL’IMPRESA E PASSAGGIO GENERAZIONALE: LE SOLUZIONI TRADIZIONALI**

**§.1- Introduzione agli strumenti alternativi**

Come si è detto, l’esigenza di pianificare la continuità generazionale dell’impresa ha trovato ostacoli di difficile superamento nella nostra normativa successoria oltremodo rigida ed indifferente alla natura dei beni compresi nell’asse ereditario.

Caratteristica peculiare della successione *mortis causa* come disciplinata dal libro secondo del codice civile, è la sua “unita’”; con tale concetto, in via di prima approssimazione, si intende l’unicità e l’unitarietà delle norme dettate in tema di successione che, appunto, non operano distinzioni all’interno né del compendio ereditario né del novero dei successibili.

Nell’ambito della nozione di “unità della successione” è però possibile rinvenire differenti sfumature.

Per l’aspetto che in questa sede interessa, il concetto di unicità della successione assume più una valenza di tipo economico che non strettamente giuridico: con esso si intende che le regole fondamentali della materia –l’uguaglianza delle quote ereditarie (successione legittima), la portata reale dell’azione di riduzione (successione necessaria), il diritto dei condividenti ad una quota in natura (divisione) – trovano applicazione a con riferimento a tutta la massa ereditaria, senza distinzione alcuna al suo interno.

Più in particolare, può dirsi, che dal punto di vista economico, la morte di una persona apre un processo destinato a concludersi con l’attribuzione del compendio ereditario a uno o più soggetti determinati. La vicenda successoria, sotto questo particolare profilo, si compone dunque di una serie di fatti giuridici tra essi collegati: la morte, l’individuazione dei successibili (vocazione), l’offerta dei beni relitti (delazione) e il loro acquisto, cui fanno seguito – quando vi sia una pluralità di eredi - lo stato di comunione ereditaria e la successiva divisione. Incidentalmente, si ricorda che, anche nel nostro ordinamento, lo stato di indivisione è guardato con sfavore da parte del legislatore; ciò spiega la *ratio*, ad esempio, della norma che attribuisce ai condividenti il diritto soggettivo di chiederne in ogni tempo lo scioglimento. [[37]](#footnote-37)

Ancora, la vicenda successoria, così intesa, comprende anche gli istituti della collazione e della riduzione (preceduta dalla riunione fittizia delle donazioni), i quali fanno sì che l’oggetto delle liberalità disposte in vita dal *de cuius* sia compreso nella regolazione del fenomeno successorio, al fine di evitare che egli, con la propria attività giuridica *inter vivos*, possa pregiudicare i diritti inderogabili dei propri familiari o, inconsapevolmente, avvantaggiare solo alcuni tra questi.

Così, unitarietà della vicenda successoria significa, in senso ampio, che la regolazione di tale processo investe uniformemente tutta la massa ereditaria, senza considerare né la natura o l’origine dei beni, né le qualità personali dei successibili, non solo nella vocazione e nella delazione, ma in tutti gli istituti coinvolti nella disciplina di cui al secondo libro del codice civile.

Il sistema della vicenda successoria sopra descritto, dal punto di vista della salvaguardia dell’attività d’impresa, presenta notevoli criticità.

Il rispetto del principio di unità e di uguaglianza, può condurre, infatti, ad una poco efficiente distribuzione del relitto sotto differenti aspetti, soprattutto quando l’asse ereditario comprenda al suo interno un bene produttivo quale l’azienda: a ciò consegue, infatti, da un lato, il necessario instaurarsi di uno stato di comunione e dall’altro, per chi aderisce all’impostazione dell’intangibilità non solo quantitativa ma anche qualitativa della legittima, l’attribuzione di una quota dei beni relitti a ciascun successibile[[38]](#footnote-38) che non permettono, secondo criteri di efficienza economica, la migliore sistemazione patrimoniale ai fini della produttività e redditività del complesso aziendale.

A ciò si aggiungano, inoltre, *“l’inarrestabile obsolescenza”* della successione per testamento ed il *“mantenimento di tecniche antiquate, legate alla tradizionale logica formalistica,* *divenute invece inutilizzabili là dove premono le nuove esigenze economiche*”[[39]](#footnote-39).

Attorno a questo rigido e ferreo sistema si agitano, pertanto, da tempo ansie di rinnovamento e desideri di modernità.

Da qui, la necessità di rinvenire degli strumenti di trasmissione della ricchezza d’impresa alternativi alle regole legali della successione *mortis causa*, dettate dal libro secondo del codice civile.

Appartiene all’inizio già degli anni Settanta il giudizio autorevole secondo cui nella società contemporanea la ricchezza si trasmette *“in forme assai diverse da quelle testamentarie”,* scegliendo il capitale industriale *“forme di organizzazione giuridica (…) tali da rendere praticamente irrilevante la disciplina successoria”*.[[40]](#footnote-40)

Dato tale punto di partenza, nella pratica, le soluzioni adottate sono state le più varie.

Si è infatti, in primo luogo, fatto ricorso a strumenti giuridici tradizionali cui si è piegata la causa al perseguimento dei fini sopra delineati, ricorso finalizzato ad eludere le limitazioni e i divieti cui si è fatto cenno, senza avventurarsi *ex professo* nella regolazione successoria[[41]](#footnote-41).

Si è rivolta poi l’attenzione all’esperienza di altri paesi, mutuando fenomeni ed istituti propri di tali ordinamenti e spesso difficili da trapiantare nella realtà giuridica italiana[[42]](#footnote-42).

Si è infine cercato di applicare ad alcune tipologie di beni ereditari in ragione della loro natura (azienda, partecipazioni societarie nella stessa), delle regole successorie differenti rispetto a quelle vigenti per gli altri beni, muovendosi al limite della liceità in quanto a compatibilità con la vigente normativa in tema di successione *mortis causa*.

Non a caso, è divenuto sempre più serrato il dibattito sulla attualità del divieto dei patti successori che, peraltro, come in precedenza chiarito, non appare essere l’unico ostacolo alla piena autonomia della devoluzione successoria.

In tale contesto, si inquadrano, ad esempio, quelle che la dottrina definisce successioni “anomale” e che racchiudono fattispecie che registrano una deviazione dalle regole ordinarie della delazione e/o dal principio di unità della successione.

Ad esempio, in ambito societario, hanno acquistato sempre più rilevanza quei fenomeni che la dottrina ha qualificato successioni "contrattuali anomale" ovvero successioni dagli effetti "parasuccessori", ossia strumenti negoziali o societari che intermediano la trasmissione dei patrimoni e attraverso cui si dispone della ricchezza mobiliare “aggirando” la vicenda ereditaria.

Come le successioni anomale disciplinate dalla legge, così pure quelle di matrice contrattuale delineano un sistema successorio "parallelo" e forme di delazione «triangolari» che revocano in dubbio il valore stesso della successione universale.

Si tratta del fenomeno reso possibile dalla figura generale del contratto a favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, fattispecie che il codice civile prevede in termini generali all'art. 1412 e che con certezza non ricade nell'ambito di applicazione del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.).

La teorizzazione di negozi giuridici con un effetto “parasuccessorio” ha, tuttavia, assolto un ruolo prettamente descrittivo, atteso che ci si limita a perimetrare l'area vietata alle convenzioni private: in sostanza, l'interprete, si trova di volta in volta a dovere verificare se, e a quali condizioni, gli accordi destinati a produrre i propri effetti dopo la morte dello stipulante siano leciti, in quanto non impingono nelle maglie del divieto dei patti successori ovvero nelle norme imperative che governano la successione ereditaria. [[43]](#footnote-43)

Pertanto, al fine di realizzare una successione nell’impresa coerente con gli intendimenti dei suoi “proprietari”, anziché utilizzare strumenti giuridici tipici, si fa ricorso a strumenti alternativi (la cui “tenuta” rispetto ai principi del nostro ordinamento è tutta da verificare) oppure si piegano i primi verso finalità diverse.

La scelta tra tali strumenti alternativi non è però basata su valutazioni meramente giuridiche ma è altresì fortemente condizionata dalla struttura della famiglia nonchè dai rapporti intercorrenti tra i suoi membri e dalle loro aspirazioni ed aspettative.

Nella reciproca contaminazione di due dimensioni, la famiglia e l’impresa, apparentemente così distanti tra loro, l’imprenditore non smetterà mai di essere genitore, coniuge, fratello anche in azienda.

Si tratta di una posizione che condiziona inevitabilmente i rapporti e, talvolta, impedisce di essere obiettivi, specialmente nei momenti in cui è necessario assumere con sicurezza decisioni strategiche importanti, come quella su chi dovrà condurre le sorti dell’impresa nel prossimo futuro.

Proprio perché condiziona radicalmente lo stesso ciclo di vita dell’impresa, la decodificazione del rapporto impresa-famiglia è uno degli iniziali obiettivi da imporsi prima di stilare qualsiasi progetto di pianificazione del passaggio generazionale**.**

Non è consigliabile trascurare tale rapporto, in quanto gli stessi strumenti della pianificazione risentono inevitabilmente dei modelli familiari, degli stili di vita ed educativi sui quali dovranno essere applicati.

Le probabilità di successo aumentano se il passaggio generazionale viene anticipato nel suo sviluppo da una serie di fasi preliminari e posto in essere come un improvviso momento di rottura della continuità aziendale.

La dottrina che si è occupata dell’argomento[[44]](#footnote-44) individua a tale scopo tre forme tipiche di nuclei familiari:

* la famiglia classica, che si compendia nella presenza del genitore-imprenditore e di uno o più figli. L’impegno dell’imprenditore si sostanzia nel graduale inserimento dei figli nell’impresa al fine di valutare al meglio le inclinazioni imprenditoriali di ciascuno, nella prospettiva di scegliere il possibile successore. In tale contesto, sarà di ausilio uno strumento flessibile che permetta all’imprenditore di ponderare le proprie scelte imprenditoriali.

All’atto della scelta definitiva, l’imprenditore dovrà, ovviamente, tenere conto in presenza di un coniuge, dei diritti successori ad esso spettanti, nonché di conguaglio economico agli altri figli, corrispondente, quantomeno, all’entità della quota di legittima[[45]](#footnote-45).

* La famiglia dinastia che si articola in diversi gruppi e si prospetta allorquando il nucleo iniziale si è ulteriormente suddiviso in altri sotto-nuclei. In tale fattispecie è evidente il maggior rischio di effetti disgregativi, dato l’elevato numero di componenti, ciascuno con aspettative ed istanze differenti. Nella fattispecie *de qua* è di frequente utilizzato lo strumento del patto di famiglia, che verrà trattato diffusamente nella seconda parte del presente studio. Spesso, in tali famiglie, la designazione del “successore” dell’azienda avviene *per saltum*, in quanto un discendente più lontano può essere preferito a quelli della prima generazione. In tale caso si prospetta in termini più pregnanti l’esigenza di remunerare, nel rispetto dei vincoli civilistici, gli altri eredi non designati.Di norma si verifica una diversa distribuzione dei diritti patrimoniali ed amministrativi tra i designati, ovvero una diversa partecipazione alla realtà aziendale; le possibilità vanno dalla attribuzione della semplice veste di socio alla copertura di incarichi di tipo dirigenziale.A differenza di quanto accade nella famiglia classica, il successore designato non subentra generalmente quale proprietario, bensì come gestore dell’impresa di famiglia, in quanto la molteplicità di soggetti e famiglia non consente di norma l’attribuzione in suo favore di tutta l’attività, a causa della impossibilità di soddisfare con il restante patrimonio gli altri familiari; in presenza di una siffatta situazione varia la tipologia di strumenti giuridici utilizzati dall’imprenditore in relazione al diverso contesto.
* La famiglia mononucleare, ovvero la famiglia formata dai coniugi senza discendenti. In siffatta situazione la scelta dell’imprenditore oscilla tra i due opposti della cessione e relativa monetizzazione dell’attività e la sua destinazione ad opere di beneficienza; in ogni caso, l’obiettivo finale è quello della sua liquidazione. Tale situazione rimane al di fuori del presente studio, incentrato sul passaggio generazionale dell’impresa.

Come si intuisce dai rapidi riferimenti contenuti in questo paragrafo e nelle pagine precedenti, pur con le peculiarità proprie di ciascun contesto familiare, l’obiettivo di una pianificazione del passaggio generazionale di un’impresa, in una fattispecie tipica, può essere sintetizzato nella volontà del *dominus* di realizzare in modo efficace la prosecuzione dell’impresa di famiglia, un’equilibrata distribuzione del patrimonio tra i familiari, futuri eredi, evitare dissidi tra loro.

L’attuazione del progetto, almeno in parte o nelle sue linee fondamentali, dovrà avvenire finché l’imprenditore è ancora in vita, rispettando le propensioni del successore designato e le legittime aspettative economiche di tutti familiari interessati.

Il nostro ordinamento non offre molte alternative all’imprenditore che desideri controllare in vita gli effetti che si avranno sulla gestione della sua impresa per il periodo successivo alla sua morte.

E, addirittura, prima di conoscere i “patti di famiglia” con l’entrata in vigore della Legge n. 55/2006, il diritto civile italiano rispondeva a tale esigenza con un imbarazzante silenzio.

Si ritiene pertanto utile esporre di seguito i principali strumenti, alternativi allo strumento testamentario, all’uopo utilizzati.

Tali istituti rispondono alle diverse esigenze correlate sia alla realtà familiare sia all’aspetto dimensionale dell’azienda da trasferire e prospettano ciascuno punti di forza e svantaggi da valutare in riferimento al contesto specifico.

**§. 2.1- Trust: generalità**

Nell’ambito degli strumenti alternativi per la trasmissione della ricchezza d’impresa, l’attenzione non può non essere rivolta in primo luogo all’istituto del *trust*.

Questo, infatti, per le sue intrinseche caratteristiche si presta ad essere utilizzato per i più disparati scopi.

Il *trust* è un istituto pressochè sconosciuto negli ordinamenti giuridici di *civil law*, essendo il prodotto della cultura giuridica anglosassone e, in particolare, della peculiare fonte del diritto inglese rappresentata dall’*equity.*

Non è certamente questa la sede per ripercorrere la storia del *trust* nè per approfondimenti di carattere teorico, trattandosi, evidentemente, di materia molto complessa sulla quale la letteratura giuridica, ormai anche italiana, è vastissima[[46]](#footnote-46).

Prima di addentrarci nell’esposizione delle modalità di utilizzo del *trust* ai fini del passaggio generazionale dell’impresa, è però necessario svolgere alcune considerazioni in merito alla disciplina dell’istituto nonché ad alcune delle obiezioni tradizionalmente avanzate sul piano strutturale circa la sua armonizzabilità con taluni fondamentali principi dell’ordinamento italiano.

Nel descriverne sinteticamente il funzionamento di base ci si attiene al supporto normativo offerto dall’art 2 della Convenzione dell’Aja del 1 luglio 1985 (ratificata dall’Italia con L. 16 ottobre 1989 n.364), che, nel fornire una definizione abbastanza succinta dell’istituto, così recita: *“per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente, con atto tra vivi o mortis causa, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell’interesse di un beneficiario o per un fine specifico”*.[[47]](#footnote-47)

L’articolo procede poi con l’elencazione delle caratteristiche essenziali che devono essere riscontrate affinchè un modello fiduciario possa essere riconosciuto come tale: i beni del *trust* devono costituire una massa distinta dal patrimonio del *trustee* ed essere a lui intestati ; il *trustee* deve avere il potere e l’obbligo di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* e delle norme di legge.

Per quanto espresso dall’art 2 Convenzione dell’Aja, il *trust* si configura giuridicamente come un negozio unitario che compendia un negozio con effetto reale (relativo al trasferimento della proprietà del bene) e un negozio di carattere obbligatorio (che vincola un soggetto all’utilizzazione del bene secondo le indicazioni di chi gli ha trasferito il bene stesso).

Soggetti della vicenda sono:

* il disponente o *settlor*, che attribuisce ad un fiduciario (*trustee)* la legittimazione a compiere determinati atti su beni e diritti (la *trus*t *property*) nell’interesse di un beneficiario;
* il fiduciario o *trustee*, che acquista la proprietà legale del bene (*legal estate*, ossia la proprietà tutelata dalla *common law*), con compiti di gestione del cespite e del patrimonio trasferito; la sua attività può essere controllata da un *protecto*reventualmente nominato dal *settlor*;
* il beneficiario o *cestui que trust*, che percepisce i frutti dei beni amministrati dal *trustee*, secondo quanto disposto dal *settlor*. Egli acquista la proprietà equitativa del bene stesso (*equitable estate*), ossia la proprietà tutelata dall’*equity*. I diritti del beneficiario nei confronti del *trustee* non hanno mera natura obbligatoria, essendo opponibili a qualunque terzo (con la sola eccezione dell’acquirente a titolo oneroso in buona fede).

Tali brevi note sulla struttura dell’istituto, rendono evidente la sua naturale capacità di adattamento alle innumerevoli condizioni poste dalle situazioni in cui lo si vuole applicare.

In particolare, nei paesi di origine esso permette di perseguire diverse finalità economiche e sociali, quali la mera intestazione di beni, l’affidamento dell’amministrazione e la gestione discrezionale di beni (*business trust* e *voting trust*), l’investimento di somme raccolte presso il pubblico (*investment trust*), l’affidamento per scopi successori o per attività no profit (*charitable trust*).

Come espressamente stabilito dall’art. 2 della citata Convenzione il patrimonio del trust è autonomo rispetto a quello del *trustee*; e ciò costituisce la peculiarità ed allo stesso tempo il punto di forza dell’istituto.

Per effetto di tale caratteristica i beni conferiti in *trust* sono “segregati”, sicché costituiscono una massa distinta che non fa parte del patrimonio del *trustee*, il quale deve gestirli secondo i termini del *trust* e nel rispetto di ciò che impone la legge e, se previsto, sotto il controllo del guardiano. Per tale motivo i beni in *trust,* mutuando l’espressione dal vocabolario dei civilisti anglosassoni, si definiscono *emarking*, cioè “marchiati”, affinché non si confondano con quelli degli altri soggetti della vicenda.

La segregazione è bidirezionale e opera sia rispetto al patrimonio del disponente che rispetto a quello del *trustee*, interrompendone la comunicazione. I beni segregati, infatti, non risentono delle vicende successorie del *trustee* o del disponente, né delle pretese dei loro creditori[[48]](#footnote-48).

È utile precisare che si preferisce parlare di “segregazione” piuttosto che di “separazione” per evidenziare in modo netto che si tratta di una condizione non transitoria, a differenza di quanto avviene in ordinamenti giuridici come il nostro che ammettono la costituzione di patrimoni separati attraverso fenomeni che possono avere, e normalmente hanno, carattere temporaneo.

Il termine “segregazione” sta invece ad indicare che non vi può mai essere confusione dei patrimoni personali con i beni conferiti, evidenziando così la caratterizzazione irreversibile della separazione, i cui effetti permangono anche al cessare del trust per cause diverse dalla revoca.[[49]](#footnote-49)

Giunti a tale punto dell’analisi, non si può tacere come il *trust*, istituto frutto di una diversa cultura giuridica, abbia posto non pochi problemi di compatibilità con la nostra disciplina interna.

Si ritiene infatti da alcune voci, in dottrina come in giurisprudenza, che questo non collimi con il nostro ordinamento, perché potenzialmente lesivo di alcuni suoi principi[[50]](#footnote-50).

Un primo problema si rinviene “ a monte” e attiene alla stessa possibilità di creare un trust tutto “all’italiana”, ossia privo di qualsiasi elemento di internazionalità. I dubbi che si sono posti in proposito riguardano la possibilità di creare i c.d. “*trust* domestici”, ossia stipulati tra cittadini italiani e caratterizzati da elementi tutti connessi con il nostro ordinamento.

La tesi negativa è ad oggi minoritaria[[51]](#footnote-51) ed i relativi argomenti vertono tutti sulla Convenzione dell’Aja.

Si prenda a tal fine come punto di riferimento un’importante pronuncia del giudice di merito bellunese[[52]](#footnote-52) che ha concluso, appunto, per l’inaccettabilità di un *trust* privo di collegamenti sostanziali con ordinamenti che conoscano in proprio l’istituto in questione.

Il primo argomento contrario è dato dalla natura e dallo scopo della Convenzione dell’Aja.

Innanzitutto, essa costituisce pur sempre un insieme di disposizioni concordate in sede internazionale per risolvere conflitti di legge; pertanto, affermano i giudici bellunesi, condividendo autorevole dottrina,[[53]](#footnote-53) essa non ha assunto carattere di normativa sostanziale.

Inoltre, un altro argomento contrario alla ammissibilità di un *trust* domestico è rappresentato dall’atipicità dell’istituto: per quanto si possa considerare negozio lecito e meritevole di tutela, tuttavia, si riscontrerebbe un’atipicità strutturale ed effettuale che osta con la congruenza del nostro sistema; basti pensare all’effetto dello sdoppiamento della proprietà, confortato dall’azione reipersecutoria riconosciuta al beneficiario ai sensi dell’art. 11, lett. d) comma 2 Conv., che ben può concepirsi in ordinamenti stranieri, ma che nel nostro porrebbe dei significativi problemi di conformità con il principio del numero chiuso dei diritti reali e dell’unicità del diritto di proprietà.

Un ulteriore argomento fa leva sulla presunta astrattezza del negozio con cui il *settlor* trasferisce il bene al *trustee* giacchè nel nostro ordinamento, come noto, non sono ammissibili contratti di trasferimento senza causa di diritti reali.

In verità, la dottrina più recente ritiene che non sussistano ostacoli all’ammissibilità di un trust domestico[[54]](#footnote-54).

In primo luogo, in quanto non è dubitabile che, aderendo alla Convenzione dell’Aja, l’Italia abbia inteso far proprie disposizioni comuni che risolvano i problemi più rilevanti concernenti il riconoscimento dell’istituto *de quo*: in tal modo ha dunque mostrato di ritenere il *trust* compatibile con le disposizioni interne.

Non si pone, inoltre, un problema di compatibilità con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali in quanto il *trust* rappresenta un diritto reale che è comunque disciplinato dalla legge.

Infine, non è condivisibile neanche l’affermazione che ritiene il *trust* quale negozio astratto in quanto la causa del trasferimento c’è ma è esterna in quanto rinvenibile nell’atto istitutivo, collegato al negozio di trasferimento.[[55]](#footnote-55)

**§. 2.2- Trust: Questioni di compatibilità con il diritto italiano**

Una volta ammessa la possibilità di creazione di trust domestici, si discute sulla compatibilità del meccanismo tipico del trust con alcuni dei principi fondamentali del nostro ordinamento.

Innanzitutto, dubbi sono stati avanzati in merito alla compatibilità dell’effetto della segregazione patrimoniale con il criterio generale di cui all’art 2740 c.c., che esprime, come noto, il principio della responsabilità patrimoniale generica del debitore e al cui capoverso prevede l’eccezionalità delle limitazioni di responsabilità, consentite solo nei casi previsti dalla legge.

Col riconoscimento del trust internazionale, alla luce della menzionata disposizione codicistica, si intaccherebbe la riserva di legge imposta per le limitazione di responsabilità patrimoniale.

La Convenzione dell’Aja, infatti, a detta dei sostenitori di tale orientamento[[56]](#footnote-56), avrebbe quale effetto l’assegnazione fiduciaria ad un soggetto di un patrimonio con un vincolo di destinazione a efficacia reale, e peraltro impedendo l’aggressione dei beni assegnati da parte dei creditori del fiduciario, violerebbe un principio per il quale, dalla lettera del codice e dalla legislazione speciale,[[57]](#footnote-57) risulta che il legislatore abbia inteso prevedere solo deroghe chiare ed esplicite.

Tuttavia, da altri si fa notare, e con questi si concorda, che così opinando si vanificherebbe il valore della Convenzione e della legge di ratifica, le quali autorizzerebbero una deroga al principio dell’art 2740 attraverso la previsione di un’ulteriore eccezione costituita appunto dal trust[[58]](#footnote-58).

Non si può inoltre sottacere, argomenta attenta dottrina,[[59]](#footnote-59) come in tempi recenti si assista ad un notevole ridimensionamento del citato principio della responsabilità patrimoniale e di quello simmetrico della *par condicio creditorum* enunciato al successivo art 2741 c.c..

E’ invero mutata l’ottica in cui si opera la lettura di tali disposizioni, la cui qualificazione in termini di norme di ordine pubblico non può più, senz’altro, essere accolta. Infatti, da un lato si riconosce che la parità di trattamento dei creditori non è un principio rigido, ma solo un principio direttivo, variamente applicato nelle singole disposizioni di legge alle quali soltanto deve farsi capo; dall’altro, si ammette che la stessa regola del concorso, basandosi sul binomio regola-deroga riconosce all’autonomia privata sia il potere di determinare il contenuto delle cause di prelazione legislativamente previste, secondo il principio sancito nell’art. 1322 cod. civ., sia quello di creare, come strumenti idonei a garantire il credito, le c.d. garanzie atipiche, come la cessione di credito a scopo di garanzia, il deposito a garanzia, il mandato irrevocabile all’incasso o il *trust* con funzione di garanzia. Figure tutte, che, se strutturalmente non si configurano come cause di prelazione in senso tecnico, funzionalmente svolgono un ruolo analogo di tutela del credito, rendendo ancora più chiara la funzione residuale della c.d. garanzia generica. Un aspetto da considerare strettamente connesso alla tematica *de qua* è, semmai, quello della possibilità da parte dei creditori del *settlor* di esperire l’azione revocatoria allorquando ritengano che il singolo *trust* costituisca atto di disposizione da parte del disponente- debitore, lesivo della garanzia patrimoniale del credito. Possibilità tutt’altro che teorica, indirettamente prevista anche dall’art. 15, lett.e) Convenzione il quale espressamente sancisce che tramite l’applicazione delle norme in essa contenute non si possa derogare alle disposizioni in tema di “protezione dei creditori in casi di insolvibilità”.[[60]](#footnote-60)

Come è ormai generalmente ammesso nella nostra esperienza giuridica, revocatoria ordinaria e revocatoria fallimentare hanno un’unica funzione ed un’eguale efficacia, anche se la loro disciplina risulta diversa ed è dettata in sedi differenti, in quanto consentono al creditore, al curatore fallimentare o al commissario, di ottenere, in presenza di determinati presupposti, una dichiarazione di inefficacia relativa nei propri confronti, degli atti di disposizione del patrimonio, che arrecano pregiudizio alla garanzia patrimoniale del singolo creditore o, nel caso delle procedure concorsuali, all’intera classe dei creditori.

Con riguardo all’effettiva operatività dell’azione revocatoria avente ad oggetto un atto istitutivo di *trust*, diventa però necessario affrontare una serie di problemi, poiché si deve in primo luogo chiarire come la sua complessa disciplina, prevista, per la revocatoria ordinaria, negli artt. 2901 cod. civ., e, per i rimedi in sede fallimentare, negli artt. 64 ss. l. fall., possa operare rispetto ad un istituto, che si manifesta con una notevole varietà di strutture e di funzioni e che è sorto peraltro in un contesto culturale completamente diverso dal nostro, caratterizzato da un’evoluzione storica del diritto dei contratti e del diritto di proprietà assolutamente eterogenea rispetto a quella che ci è familiare.

Una prima precisazione deve farsi riguardo all’individuazione dell’atto pregiudizievole che viene impugnato con l’azione revocatoria e che costituisce l’oggetto di tale azione. In proposito deve precisarsi che oggetto di quest’ultima non può essere l’atto istitutivo del *trust*[[61]](#footnote-61), che di per se stesso non ha effetti dispositivi, ma il conseguente atto di disposizione con cui i beni sono trasferiti al fiduciario o posti sotto il controllo dello stesso, oppure segregati nel patrimonio del disponente, nell’interesse di un beneficiario o per un fine specifico, come precisa l’art. 2, comma 2°, della Convenzione dell’Aja.[[62]](#footnote-62)

Una volta stabilito l’oggetto dell’azione revocatoria, particolari problemi si pongono per la qualificazione dell’atto revocando in termini di gratuità oppure di onerosità.

Come si evince dalla disciplina codicistica, in sede di revocatoria ordinaria ( art. 2901, comma 1°, n. 3), perché l’atto a titolo oneroso possa essere revocato, il terzo deve essere consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, deve essere partecipe della dolosa preordinazione, mentre in sede fallimentare, per gli atti a titolo oneroso, per i pagamenti e per le garanzie, alle quali non si estende la presunzione di onerosità sancita dall’ art. 2901, comma 2°, cod. civ. in sede di revocatoria ordinaria, i primi due commi dell’art. 67 l. fall. fanno riferimento alla gravità degli atti compiuti dal debitore ed al pregiudizio che da ciò consegue, collegandosi a tale gravità la facilitazione della prova a carico del curatore. [[63]](#footnote-63)

Per quanto concerne invece gli atti a titolo gratuito, purché compiuti nei due anni anteriori al fallimento, questi sono soggetti ad una speciale inefficacia oggettiva ed automatica, nella quale risulta irrilevante sia la condizione soggettiva delle parti sia lo stato di insolvenza al momento del compimento dell’atto.

Nel caso del *trust*, la complessità della vicenda, che richiede sempre un momento organizzativo, estraneo di per sé alla revocatoria, ed un momento dispositivo, che formalmente costituisce l’oggetto del rimedio in questione, rende più complessa l’identificazione del terzo.

E’ necessaria pertanto una considerazione unitaria delle due diverse fattispecie; ciò porta alla conclusione che in questo caso il terzo non è il fiduciario ma colui che riceve i benefici del *trust* attraverso il veicolo del patrimonio segregato e subisce nel suo patrimonio gli effetti negativi del vittorioso esito del giudizio revocatorio.

A quest’ultimo deve pertanto farsi riferimento per individuare la consapevolezza o la partecipazione alla dolosa preordinazione, richiesta dall’art. 2901, comma 1°, n. 2), cod. civ., in tema di revocatoria ordinaria, e la *inscientia decoctionis* o la *scientia decoctionis,* richieste, rispettivamente, nei due commi dell’art. 67, l.fall.

Dunque, ai fini del giudizio revocatorio, i singoli casi di *trusts* devono essere valutati nella loro varietà strutturale e nei loro effetti, poiché la Convenzione dell’Aja, così come ratificata dalla legge 364/1989, non ha tipizzato un contratto, ma ha stabilito, secondo ciò che prescrive l’art. 11, i requisiti minimi perché una determinata fattispecie possa essere qualificata come *trust,* ossia che “quanto meno” i beni del *trust* siano segregati in maniera netta e precisa nel patrimonio personale del fiduciario.

Pertanto, nel momento in cui si procede ad una valutazione della complessa fattispecie nell’ambito del giudizio revocatorio, per qualificarla in termini di gratuità o di onerosità, sarà necessario considerare l’intero assetto di interessi, quale risulta dal collegamento tra il momento di organizzazione del singolo trust ed il momento dispositivo e dal coinvolgimento sia del disponente ( *settlor)* sia del fiduciario ( *trustee)* sia del beneficiario o dei beneficiari, che, nella logica del *trust,* come risulta dall’art. 2, comma 1° della Convenzione, risultano titolari di pretese e di situazioni giuridiche protette.[[64]](#footnote-64) Su un diverso versante, altra questione che si è posta concerne la compatibilità del suddetto istituto con i principi del diritto successorio, come sanciti nel libro secondo del cod.civ..

A parere di chi scrive, non si pone alcun problema di compatibilità, come invece da molti paventato, nell’ipotesi in cui il trasferimento dei beni dal disponente al *trustee* leda potenziali diritti dei legittimari in quanto questi sono espressamente salvaguardati dall’art. 15 della Convenzione ove si fanno salvi, tra gli altri, i limiti posti dalla legge nazionale (ossia dello Stato in cui il trust deve essere riconosciuto) in materia di testamento, di devoluzione di beni ereditari e di diritti di legittimari; da ciò consegue che se un *trust* produce l’effetto di “diseredare” i più stretti congiunti del *settlor* non potrà essere precluso ai legittimari lesi o pretermessi l’esercizio delle azioni che l’ordinamento appresta in loro favore. [[65]](#footnote-65)

Analogamente a questo già detto in tema di azione revocatoria, giova sottolineare che non è la mera istituzione del trust a porsi in potenziale conflitto con i diritti dei legittimari, bensì l’atto di trasferimento dei beni o diritti dal disponente al *trustee*: naturale conseguenza non è pertanto la non riconoscibilità del *trust*, bensì la sua sottoposizione all’azione di riduzione.

Tale impostazione, peraltro, viene confermata dallo stesso art 15 della Convenzione che al capoverso prevede che *"qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obbiettivi del trust con altri mezzi giuridici"*. Tale comma costituirebbe una clausola di salvaguardia di fronte al timore che un’applicazione troppo rigida delle norme a tutela dei legittimari si possa risolvere in uno stravolgimento dello spirito della Convenzione permeata da uno spiccato *favor* per il *trust*: infatti, un ricorso eccessivamente rigido alle categorie concettuali tipiche degli ordinamenti di *civil law* si risolverebbe "*in un grosso pericolo per una reale circolazione del trust", paralizzando l’applicazione della Convenzione*”.[[66]](#footnote-66)

La compatibilità del meccanismo del *trust* con i principi del diritto italiano in tema di tutela dei legittimari induce, semmai, ad affrontare una serie di problemi a livello operativo cui in questa sede è possibile solo accennare brevemente.

Un primo punto problematico concerne il soggetto legittimato passivo all’azione di riduzione. Infatti, se si qualifica il *trust* per atto tra vivi alla stregua di una liberalità atipica ai sensi dell’art. 809 c.c., come da dottrina maggioritaria, e si tratta di *trust* che non si estingue per la morte del *settlor*, l’azione di riduzione dovrebbe essere esercitata direttamente nei confronti del *trustee,* che da un punto di vista formale si presenta come un donatario; ma tale soluzione urta contro l’obiezione insuperabile che il destinatario finale dell’attribuzione è un soggetto diverso dal *trustee*.

Non vi è dubbio che la soluzione non può essere trovata applicando formalisticamente i principi del diritto successorio. Infatti, il *trustee* non può essere considerato un erede o un legatario del *settlor*, nè tantomeno un potenziale donatario: solo se fosse erede o legatario o donatario, il *trustee* potrebbe essere direttamente il soggetto passivo dell’azione di riduzione. E’ vero che l’azione di riduzione può essere esercitata solo nei confronti del beneficiario di una disposizione testamentaria o del donatario e che i terzi acquirenti non sono tecnicamente soggetti passivi dell’azione (salvo il disposto dell’art. 563 c.c.), ma è altrettanto vero che, nell’ipotesi di un bene trasferito dall’erede o dal donatario a un terzo in adempimento di una disposizione fiduciaria, il soggetto passivo è da considerarsi il terzo indicato dal *de cuius* nonostante non sia un suo avente causa.

Anche nel *trust*, in quanto disposizione a carattere fiduciario, si ha un immediato collegamento causale tra l’acquisto da parte del beneficiario e la disposizione del *settlor*, la quale concorre a integrare la causa giustificativa del successivo negozio traslativotra il *trustee* e il beneficiario.

Un secondo ordine di problematiche inerenti la disciplina successoria, riguarda la compatibilità dell’istituto con il divieto dei patti successori di cui all’art. 458 c.c.

La dottrina maggioritaria ha escluso il contrasto rifacendosi alla nota classificazione operata da Giampiccolo, su cui si è avuto modo di soffermarsi in precedenza; il trasferimento dei diritti sui beni oggetto di trust non può dirsi infatti *mortis causa* in quanto non coincide con la morte del *settlor* ma si verifica immediatamente. Senza contare che il *trust* non è tecnicamente un contratto ma un atto unilaterale trovando la sua fonte in un testamento, ovvero in un atto unilaterale *inter vivos*.

E’ utile sottolineare, però, a parere di chi scrive, che il beneficiario è normalmente al corrente dell’attribuzione in suo favore e ciò potrebbe adombrare un patto in frode alla legge in quanto l’istituzione del *trust* potrebbe in tal caso costituire un modo per aggirare il divieto dei patti successori.

L'ipotesi può apparire paradossale per il contrasto fra la carica di innovatività attribuita al riconoscimento del *trust* e la vetustà, nonché le accuse di inattualità, cui è oggetto il divieto espresso dall'art. 458 c.c., ma, pur tuttavia, è possibile che si verifichi.[[67]](#footnote-67)

**§.2.3- Il trust come strumento di trasmissione della ricchezza d’impresa**

L’organizzazione del passaggio generazionale nelle famiglie imprenditoriali è, senza dubbio, uno dei più frequenti utilizzi del trust nel nostro ordinamento; quest’ultimo, per le sue peculiari caratteristiche già evidenziate, ben si presta infatti all’attuazione di una efficiente gestione del trasferimento dell’impresa e, se occorre, all’individuazione di colui o di coloro che sono reputati più adatti per assumerne il comando.

Concretamente, nell’istituzione di un trust finalizzato al perseguimento del citato scopo, viene affidata al *trustee* la proprietà dell’impresa o, meglio, la gestione della proprietà; ciò permette di mantenere l’unità degli assetti proprietari e, nel caso in cui oggetto del trust siano le sole partecipazioni societarie, di continuare ad affidare la gestione agli amministratori in carica senza incorrere in alcuna discontinuità nella politica aziendale.

Le rendite della gestione saranno a beneficio dello stesso imprenditore e dei suoi familiari fino al momento dell’attribuzione finale dei beni ai discendenti dell’imprenditore, secondo quanto disposto nell’atto istitutivo del trust.

Appare evidente come l’utilizzo di tale, semplice, schema sia in grado di soddisfare la maggior parte delle esigenze di un imprenditore che si trova a dovere affrontare il delicato momento del passaggio generazionale della sua impresa. Esso permette infatti di mantenere efficiente la gestione dell’azienda di famiglia, di regolamentare nell’atto istitutivo le modalità di gestione e il modo di esercizio dei diritti inerenti le partecipazioni sociali; di assicurare reddito o mantenimento anche agli altri membri della famiglia; e, soprattutto, di rendere indifferente il patrimonio oggetto del trust alle vicende economiche individuali.

Inoltre, il *trust* può essere di efficace ausilio per quell’imprenditore che desideri attuare un passaggio generazionale meno traumatico possibile, consentendo il progressivo inserimento della nuova generazione alla guida dell’impresa di famiglia, sotto il controllo di un soggetto imparziale e specializzato, qual è il *trustee*. A quest’ultimo, ad esempio, potrebbe essere attribuito il compito di selezionare gli interessi e le capacità dei familiari che costituiscono la platea di beneficiari, individuando tra questi quelli più capaci e più motivati ad essere i protagonisti del “passaggio di testimone” dell’azienda o delle partecipazioni di controllo, assicurando agli altri familiari la titolarità di beni caratterizzati da un’attività più statica che, da un lato, assicurano una posizione di rendita e, dall’altro, non richiedono un’attività gestionale vera e propria (ad esempio, immobili, obbligazioni della stessa società, azioni o quote con diritti patrimoniali particolari). [[68]](#footnote-68)

Il *trust*, inoltre, potrebbe essere utilmente impiegato per impostare non solo il primo passaggio generazionale, ma anche il successivo. In questo caso, nei limiti di durata previsti dalla legge regolatrice prescelta, il *trustee* potrebbe gestire le partecipazioni per un periodo di tempo anche molto lungo, prima di devolvere i beni costituenti il fondo ai beneficiari individuati tra soggetti della seconda o addirittura della terza generazione.

In siffatte ipotesi, durante la vigenza del *trust*, in base alle regole dell’atto istitutivo con cui gli sono state impartite istruzioni, il *trustee* provvede alla nomina dell’organo amministrativo ed eroga periodicamente una rendita per far godere ai familiari un adeguato tenore di vita. [[69]](#footnote-69)

La versatilità di tale strumento è idonea spiegazione del più frequente utilizzo del trust rispetto ai tradizionali strumenti offerti dal nostro ordinamento e “distorti” ai fini del passaggio generazionale dell’impresa quali ad esempio la fondazione di famiglia.

Oltre ad una “rigidità” della struttura che non consente l’adeguamento alle concrete esigenze che di volta in volta emergono, l’inadeguatezza degli strumenti di pianificazione tradizionali dipende anche dalla circostanza che, in larga parte, essi presuppongono la disponibilità (al momento in cui si pianifica) di tutti gli elementi necessari per impostare il progetto**.** E’ facile obiettare che tale situazione è, spesso, solo un ideale che non corrisponde quasi mai alla condizione in cui si trova l’imprenditore che voglia programmare la propria successione in azienda.

Da qui, l’attenzione verso strumenti più adatti a contenere schemi elastici di pianificazione, capaci di evolversi in corrispondenza dell’evoluzione dei presupposti di base su cui trovano applicazione.

D’altra parte, se è vero che una pianificazione di successo è quella impostata preventivamente, l’incertezza su alcuni elementi-chiave rappresenta un’ipotesi tutt’altro che atipica.

In altri termini, se è corretto il metodo di programmare tempestivamente, bisogna accettare la mancata definizione di alcuni o, addirittura, molti degli elementi di base.

Tale constatazione spinge ad incentivare strumenti di pianificazione dallo spiccato carattere progettuale (ad esempio,appunto, il *trust*), più adatti ad accogliere manifestazioni di volontà non ancora del tutto definite.

L’idoneità di uno strumento flessibile come il trust è in sintonia, d’altronde, con il dinamismo tipico di un’attività imprenditoriale. L’impresa, infatti, è un bene dinamico e ha bisogno di uno strumento di pianificazione altrettanto dinamico.

D’altra parte, sarebbe un paradosso per un’impresa che durante la normale attività gestionale fa costante ricorso ad una serie di atti dinamici, all’improvviso, proprio nel momento più cruciale della sua esistenza, dover cedere ad un complesso di atti statici.

Ad avviso di chi scrive, il maggior vantaggio di un *trust* nella pianificazione del passaggio generazionale si ravvisa nella possibilità di far esprimere appieno l’autonomia contrattuale del soggetto interessato alla pianificazione.

Stabilire in un negozio giuridico, in perfetta autonomia, quale dovrà essere il destino del più importante dei suoi beni, permette infatti all’imprenditore di rifuggire da quegli effetti automatici imposti dal diritto successorio e dal diritto di famiglia, che potrebbero non necessariamente coincidere con i propri intendimenti.

Con riguardo alle intrinseche caratteristiche del *trust*, ciò che costituisce un indubbio vantaggio del suo utilizzo nel campo che qui interessa, è senza dubbio l’effetto di segregazione patrimoniale che a questo consegue.

La segregazione, che è conseguenza “dell’impossessamento” da parte del *trustee*, consente, infatti, all’imprenditore di interrompere la comunicazione degli effetti patrimoniali delle proprie vicende personali sul patrimonio (l’azienda o le partecipazioni dell’impresa di famiglia) da conferire in *trust*.

Non v’è dubbio che in questo senso il trust presenta un’intuibile superiorità competitiva rispetto ad altri istituti a noi più familiari e ciò discende dalla garanzia offerta ai beneficiari e al disponente che le obbligazioni assunte dal *trustee* siano puntualmente eseguite, perché i beni trasferiti in trust non possono confondersi con il suo patrimonio personale ma debbono costituire una massa distinta avente una propria destinazione particolare, in modo da rendersi insensibili alle vicende personali del loro stesso titolare.

In verità, bisogna però ammettere che in taluni casi lo spossessamento del bene (o dei beni), che è presupposto della segregazione, può al tempo stesso costituire un disincentivo per l’imprenditore che si accinge a pianificare la propria successione; egli, infatti, per attuare appieno la trasmissione dell’impresa utilizzando lo strumento del *trust*, deve trovarsi nella disponibilità mentale di accettare tale effetto.

Si ribadisce che lo spossessamento deve essere non solo formale ma sostanziale ed effettivo. Non è ammessa alcuna riserva sul punto, a meno di non accettare il rischio di vedere riqualificato il *trust* come simulato, insieme ai risvolti civilistici e tributari che ne conseguono. Ovviamente, lo spossessamento si realizza al momento del conferimento dei beni in *trust* che potrebbe essere anche istituito con una minima dotazione patrimoniale, posto che in questa fase prevale l’interesse verso la predisposizione di un sistema che disciplini la successione nell’impresa familiare. [[70]](#footnote-70)

Non si può non sottolineare però che il dominus che voglia attuare la trasmissione dell’impresa con la pretesa di mantenerne il controllo fino all’ultimo istante della propria vita, non ha colto pienamente il valore della pianificazione.

L’effetto “spossessamento”, a parere di chi scrive, non va, infatti, riferito esclusivamente al trasferimento concreto della titolarità della azienda o delle partecipazioni deve concernere anche la loro concreta gestione giacchè, al fine di garantire un approccio graduale e strutturato del nuovo assetto proprietario per mantenere l’unità del complesso aziendale è necessario che il processo di transizione avvenga durante la vita del disponente-imprenditore.

Tale esigenza sta alla base della ricerca di strumenti convenzionali alternativi rispetto alla forma testamentaria diretti ad anticipare con atto tra vivi la regolazione della successione del complesso produttivo, senza attendere la morte del disponente.

E’ pur vero che un certo margine di controllo da parte del disponente sui beni trasferiti è pure contemplato dal disposto dell’ultimo comma dell’articolo 2 della Convenzione dell’Aja, che non reputa incompatibile con l’esistenza di un *trust* il fatto che l’istituente mantenga talune prerogative. E’ ciò che accade effettivamente nella prassi, nella quale, mediante la declinazione in modo specifico delle finalità da perseguire e l’inserimento di regole contenenti modalità comportamentali vincolanti per il *trustee*, il disponente esprime anche una volontà gestionale, esercitando un potere di indirizzo sull’utilizzo dei beni conferiti. [[71]](#footnote-71)

Ovviamente, il grado di penetrazione rimane al livello di semplici linee guida e in nessun caso il disponente potrà impartire ordini al *trustee*, né pretendere clausole che descrivano in modo analitico gli atti di gestione che questi deve compiere;[[72]](#footnote-72) *il trustee,* infatti, è libero di verificare la coerenza delle istruzioni ricevute con lo scopo del *trust* e l’interesse dei beneficiari. [[73]](#footnote-73) [[74]](#footnote-74) Al termine di tali considerazioni sull’utilizzo del *trust* nell’ambito del passaggio generazionale dell’impresa, in queste sede si concorda con chi ritiene che tramite l’utilizzo di tale strumento possano conseguirsi obiettivi “leciti” “con semplicità e linearità giuridica”[[75]](#footnote-75)senza la violazione di alcun principio dell’ordinamento ed, anzi, rendendo possibile una regolazione di interessi che il diritto italiano consente di realizzare solo in modo imperfetto.

Altrettanto vero è però, alla luce dell’ analisi sin qui effettuata, che il *trust* non è certamente uno strumento “perfetto”, in quanto, anche a voler considerare risolto ogni problema di compatibilità con il nostro ordinamento, esso non consente in alcun modo di superare alcune di quelle difficoltà la cui risoluzione costituisce *condicio* *sine qua non* per un passaggio generazionale dell’impresa veramente efficace.

Ci si riferisce, in particolare alla perdurante possibilità da parte dei familiari del disponente che si ritengano lesi o pretermessi di esperire l’azione di riduzione a tutela dei loro diritti di legittima; possibilità, tra l’altro, indirettamente contemplata dalla stessa Convenzione dell’Aja che, come si è detto, all’art. 15 fa salvi, tra gli altri, i limiti posti dalla legge nazionale *“in materia di testamento, di devoluzione di beni ereditari e di diritti dei legittimari”*.

Pertanto, ancora una volta, si è costretti a confrontarsi con le limitazioni che la disciplina successoria comporta nell’ambito di una trasmissione dell’impresa veramente efficace.

Senza contare, come analizzato nel precedente paragrafo, che esistono concrete possibilità che l’atto di conferimento di un bene in *trust* sia oggetto di azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, ciò costituendo un’ulteriore causa di precarietà e di instabilità dell’operazione.

**§. 3- La fondazione di famiglia**

Nell’analisi della vicenda del passaggio generazionale dell’impresa si colloca l’istituto della fondazione che insieme al *trust,* trattato nel precedente paragrafo, si pone anch’esso come utile strumento di trasmissione dell’impresa.

Sia il trust che la fondazione sono caratterizzati, normalmente, dalla presenza di un patrimonio, da una organizzazione di mezzi per il conseguimento di finalità superindividuali e dall’identità della fonte, che in entrambi i casi è un atto di autonomia privata.

La fondazione può essere definita come un complesso di beni destinati al perseguimento di uno specifico scopo ed è caratterizzata dall’essere una persona giuridica connotata da un riconoscimento formale.

La presenza di quest’ultimo elemento vale più di ogni altro a costituire elemento di differenziazione tra l’istituto *de quo* e quello del *trust*: l’acquisto della personalità giuridica comporta infatti evidenti conseguenze principalmente in punto di titolarità dei beni in quanto questi ultimi appartengono allo stesso ente e non a coloro che lo gestiscono né a coloro che beneficano delle sue attività.

L’autonomia patrimoniale perfetta, altra conseguenza del riconoscimento, non costituisce invece peculiarità esclusiva della fondazione rispetto al *trust* in quanto, anche in quest’ultimo, come visto, si verifica l’insensibilità delle vicende personali del *trustee* e del fondatore rispetto ai beni costituenti il *trust* e viceversa, e, pertanto, la costituzione di un patrimonio separato destinato ad uno specifico scopo.

Per l’aspetto che più da vicino concerne l’oggetto della presente analisi, tali istituti perseguono scopi comuni in quanto sono frequentemente utilizzati per fronteggiare problematiche successorie; come è stato efficacemente sottolineato in dottrina[[76]](#footnote-76), la fondazione ed il *trust* fungono da *“efficaci e solidi contenitori”* entro cui l’ imprenditore (disponente o fondatore) si propone di inserire il suo patrimonio (l’impresa di famiglia) per trasmetterlo in forma aggregata agli eredi e ai soggetti designati; in tal modo, lo scopo di garantire l’unitarietà del patrimonio e la destinazione economica dei beni viene realizzato mediante il passaggio generazionale del controllo dell’ente, e non tramite la successione *mortis causa.*

All’elasticità della struttura della fondazione, così delineata, consegue la naturale capacità di tale istituto nel rispondere alle più varie istanze giuridiche, psicologiche ed emotive dell’imprenditore che voglia tramandare ai posteri i suoi valori e il suo nome.

In molti casi, infatti, l’imprenditore non vuole farsi carico della divisione del patrimonio fra gli eredi e lo trasmette in forma aggregata affinchè gli stessi eredi, nel percepirne nel frattempo le rendite, possano accordarsi, se necessario, su eventuali divisioni.

Non è parimenti infrequente, inoltre, il caso in cui l’impresa non è divisibile e, dunque, non disaggregabile se non al prezzo estremo dell’uscita dal mercato. Senza contare poi i vantaggi di cui gode l’impresa aggregata rispetto a quella divisa tra i beneficiari, in termini di maggiore governabilità e accentramento decisionale, di maggior valore etc.

Nella fondazione che ha quale suo scopo quello di gestire e custodire un patrimonio (nel caso che qui interessa, l’impresa di famiglia) nell’ambito di una stirpe, generazione dopo generazione, rilevano due elementi essenziali: l’assunzione del ruolo di fondatore da parte dell’imprenditore e la prevalenza della volontà di quest’ultimo nella attività e nel divenire della fondazione stessa. Egli può comparirne, in vita, tra i beneficiari insieme agli altri che costituiscono i soggetti destinatari dei frutti o del patrimonio (i suoi eredi) .

Tale peculiare tipo di strumento giuridico assume il nome di fondazione di famiglia, prevista in maniera incidentale all’art. 28 ult. co. c.c. ove è stabilito che *“le disposizioni del primo comma di questo articolo e dell’art. 26 non si applicano alle fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate”*:lo scopo è sottrarle agli interventi dell’autorità amministrativa (previsti dai citati art.. 28 e 26 cod. civ.) in quanto sono considerate enti incompatibili con una destinazione diversa del vantaggio degli appartenenti al gruppo familiare.

All’atto di costituzione il fondatore può scegliere di non prevedere limiti di tempo (nel qual caso i beneficiari godranno dei frutti) ovvero stabilire, quale termine, la propria morte in modo che, fino a tale data, vi sarà distribuzione dei frutti ai beneficiari e poi devoluzione dei beni ai beneficiari residui.

La costituzione di una fondazione per assicurare la continuità dell’impresa, per quanto il suo utilizzo presenti dei vantaggi, pone però un problema di non poco momento, ovvero quello relativo alla possibilità per le fondazioni ed, in genere, per gli enti del primo libro del codice di svolgere attività imprenditoriale.

Le indicazioni della dottrina e della giurisprudenza in merito all’ammissibilità delle fondazioni di famiglia che non abbiano scopi di pubblica utilità sono tutt’altro che univoche; infatti, la dottrina maggioritaria ritiene che anche la fondazione di famiglia debba perseguire uno scopo di pubblica utilità, in modo che le attribuzioni patrimoniali ai discendenti siano giustificate solo se preordinate al conseguimento di uno scopo di utilità sociale. [[77]](#footnote-77)

L’opposta interpretazione, secondo tale impostazione, comporterebbe l’elusione dei limiti posti dal divieto di sostituzione fedecommissaria (art 692 cod.civ.) e di usufrutto successivo (art 698 c.c.), in quanto realizzerebbe, nella sostanza, quanto vietato dal legislatore, ossia la previsione di un obbligo di conservare e restituire alla morte beni ereditari al di fuori delle ipotesi eccezionalmente previste dal 692 c.c.

Se poi la fondazione è costituita per testamento, un ulteriore supporto normativo di siffatta ricostruzione sarebbe da rinvenirsi nell’art 699 c.c. il quale sancisce la validità della disposizione testamentaria avente per oggetto l’erogazione, anche in perpetuo, di somme determinate per premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l’avviamento ad un professione o arte, opere di assistenza, o per altri fini di pubblica utilità a favore di persone da scegliersi, tra l’altro, tra i discendenti di determinate famiglie.

Tale norma viene tradizionalmente considerata quale eccezione al generale divieto posto dal 698 c.c., (anche se, in realtà l’eccezione si realizza solo nelle ipotesi in cui la prestazione periodica debba realizzarsi a favore di più beneficiari in ordine successivo, a far tempo dalla morte di ciascuno di essi); la previsione di una espressa eccezione confermerebbe, pertanto, la natura generale della norma e la sua non derogabilità se non tramite espresse disposizioni quali, appunto, l’articolo in commento. [[78]](#footnote-78)

In realtà, a parere di chi scrive, per dare soluzione alla questione inerente lo svolgimento di attività d’impresa da parte di una fondazione, occorre preliminarmente distinguere tra oggetto e scopo della fondazione stessa.

A differenza delle società, alle quali è imposto, quale oggetto, l’esercizio di un’attività economica (art 2247 c.c.), per le fondazioni manca qualsiasi indicazione legislativa in merito alla specie di attività esercitabile.

Queste potranno pertanto esercitare qualsiasi attività idonea al raggiungimento dello scopo previsto: normalmente si tratterà di attività non economica, ma potrà anche trattarsi, come nel caso che riguarda l’oggetto della presente analisi, di attività economica, organizzata per la produzione o lo scambio di beni o di servizi, purchè preordinata al conseguimento dello scopo per il quale la fondazione è stata istituita.

Per quanto riguarda invece lo scopo, ci si interroga se lo strumento della fondazione possa essere utilizzato per qualsiasi scopo, anche di natura privata o se, all’opposto, tale scopo debba rivestire esclusivamente carattere di “pubblica utilità” con esclusione di ogni vantaggio personale, oltre che del fondatore, anche di altre persone determinate (i familiari).

E evidente come la soluzione scelta abbia ricadute di non poco momento, dato che aderire ad un’impostazione piuttosto che all’altra, significa, di fatto, stabilire se un imprenditore possa costituire una fondazione al solo scopo di trasmettere l’azienda agli eredi e permettere loro di continuare nell’attività d’impresa.

A sostegno del più ampio riconoscimento dell’autonomia privata si è addotta la sostanziale neutralità, per ciò che attiene allo scopo della fondazione, delle norme dettate in materia dal codice, nessuna delle quali espressamente esclude che l’imprenditore o i suoi familiari possano far propri i vantaggi conseguiti attraverso la fondazione.

In verità, è proprio dall’analisi di tali norme che si perviene all’opposta soluzione, cui ha aderito la tesi maggioritaria. Dalla disciplina delle fondazione prevista dal codice civile [[79]](#footnote-79) si evince, infatti, un certo disfavore nei confronti del suddetto istituto, che pur ammesso e disciplinato, è sottoposto ad un penetrante controllo pubblico, dal principio della sua esistenza sino alla estinzione. Sullo sfondo di tale disciplina si percepisce, infatti, ancora - anche dopo l’abrogazione dell’art. 17 cod. civ. che, come noto, richiedeva l’autorizzazione governativa per gli acquisti di immobili e per le accettazioni di eredità o donazioni da parte delle persone giuridiche - il timore della “manomorta”, ovvero dell’immobilizzazione di cospicui patrimoni con la sottrazione della ricchezza al commercio e agli scambi.[[80]](#footnote-80) Il vincolo di destinazione, come si ricava dalla disciplina codicistica, non può cessare infatti né per volontà del fondatore, né per decisione degli amministratori, né, fino a quando è possibile il perseguimento dello scopo, dell’autorità governativa.

D’altra parte, se non sono previsti limiti espressi all’autonomia privata in sede di costituzione di una fondazione,[[81]](#footnote-81) questi sono invece dettati dalle norme in materia di sostituzione fedecommissaria e di usufrutto successivo.

Si perviene così alla conclusione che non essendo il limite della natura ideale dello scopo incompatibile con l’esercizio di attività imprenditoriale, la fondazione ben potrà esercitare un’attività di tipo economico, ma in nessun caso travalicando il suddetto limite. Potrà pertanto porsi come strumentale allo scopo istituzionale perseguito. [[82]](#footnote-82)

Il carattere della strumentalità si ritiene sussistere sia nel caso in cui la fondazione abbia come oggetto esclusivo o principale lo svolgimento di attività commerciale (sempre nel perseguimento dello scopo di carattere sociale) [[83]](#footnote-83) sia nel caso in cui detta attività sia da considerarsi accessoria a quella principale. [[84]](#footnote-84)

Dunque se anche la pratica ha conosciuto casi in cui l’imprenditore ha utilizzato l’istituto della fondazione piegandolo ai fini del passaggio generazionale della propria azienda, dinanzi all’attuale stadio normativo sembra difficile immaginare un’utilizzazione generalizzata dell’istituto con funzioni di conservazione e trasmissione del patrimonio familiare, soprattutto se in questo è presente un’attività produttiva.

Ed infatti, se l’attribuzione patrimoniale compiuta attraverso la creazione di una persona giuridica è in grado di resistere al divieto dei patti successori, spettro di qualsiasi mezzo che persegua l’obiettivo di attuare una sistemazione in vita dei propri interessi *post mortem*, ed in tal senso risulta da preferire ad altri strumenti, è evidente la difficoltà dell’istituto della fondazione di prestarsi agevolmente ad assicurare la continuità della titolarità dell’impresa avendo, come visto, vocazione più netta e precisa volta al perseguimento di scopi di pubblica utilità.

La lettura combinata degli artt. 28 e 699 c.c. porta, pertanto, ad escludere la configurabilità nel nostro sistema di una fondazione il cui scopo non coincida con un interesse di carattere generale e si riduca alla somministrazione in perpetuo dei frutti di un patrimonio ereditario ai discendenti di un determinata persona.

In questo caso, infatti, la fondazione di famiglia si risolverebbe in un vincolo di indisponibilità sul patrimonio familiare che non trova giustificazione in un fine di pubblica utilità, con ciò ponendosi al di fuori del tipo “fondazione” ed in violazione del divieto di sostituzione fedecommissaria e di usufrutto successivo.

**§.4- Il family buy out**

Il *family buy out* è uno strumento utilizzato nella prassi per far fronte anch’esso al passaggio generazionale dell’impresa.

Si tratta di una variante “familiare” del *leveraged buy out*, letteralmente “acquisizione attraverso il debito”, figura nel cui ambito si riconducono tutte quelle manovre finanziarie, identificate come *merger and acquisitions* (fusioni ed acquisizioni), con le quali un soggetto procede all’acquisizione di un società (o di un’azienda) ricorrendo prevalentemente alla capacità di indebitamento della società da acquisire (società bersaglio) traslando il costo d’acquisto di quest’ultima sul suo stesso patrimonio e vincolando i suoi futuri flussi di cassa al pagamento del debito all’uopo contratto. [[85]](#footnote-85)

Si tratta di una tecnica controversa e sulla quale dottrina e giurisprudenza hanno in passato dibattuto circa l’ammissibilità, in quanto ritenuta contraria alla disposizione di cui all’ art. 2358 c.c. che vieta alla società di accordare prestiti o di fornire garanzie per la sottoscrizione o l’acquisizione di azioni proprie. [[86]](#footnote-86)

L’interrogativo principale verte sulla liceità della concessione di garanzie da parte della società bersaglio per l’acquisto delle proprie azioni.

Parte della dottrina[[87]](#footnote-87), nell’intento di non restringere ulteriormente la cerchia degli strumenti di trasmissione della ricchezza d’impresa, ha ritenuto tale operazione non contrastante con il dispositivo del 2358 c.c. in quanto nessuna fase del procedimento contrasterebbe con il divieto espresso da tale ultima norma.

Posto che nella fase anteriore all’acquisizione, quando la nuova società si indebita per finanziare l’acquisizione della società *target*, quest’ultima è del tutto estranea all’operazione di finanziamento. Nel momento successivo dell’acquisizione, la società *target* è parimenti estranea al contratto; l’unica attività da essa compiuta nell’intero procedimento è la fusione nella “*newco*”.

Tale operazione, tuttavia, non configura la costituzione di una garanzia da parte della società bersaglio trattandosi di è un’operazione di per sé neutra e, in quanto tipizzata dal legislatore, legittima, indipendentemente dalle motivazioni che la reggono.

Affinchè possa configurarsi la fattispecie prevista dal 2358 c.c. è infatti necessaria la concessione di un finanziamento o di una garanzia da parte di una società e la destinazione degli stessi all’acquisto di azioni proprie; nel caso, invece, di LBO, secondo la tesi che si riferisce, l’acquisizione di un società attuata ricorrendo a tale strumento comportando l’assunzione di un finanziamento da parte della società acquirente, l’acquisto delle azioni da parte della società bersaglio nonché la fusione per incorporazione della società bersaglio nella società acquirente, non darebbe luogo alla violazione della disposizione sopra citata.

Non mancano opinioni[[88]](#footnote-88) che al contrario ritengono che il *leveraged buy out* attuato mediante fusione rappresenti sostanzialmente un negozio in frode alla legge, assistendosi al compimento di una serie di atti. Infatti, si assiste al compimento di una serie di atti giuridici, tutti leciti se isolatamente considerati, ma che divengono illegittimi nel loro complesso, in quanto volti esclusivamente ad aggirare il divieto dell’art. 2358 c.c.; tali atti sono pertanto nulli ai sensi del 1344 cod.civ.[[89]](#footnote-89)

La soluzione favorevole alla ammissibilità dell’operazione di *levaraged buy out* e della sua non contrarietà ai divieti codicistici di acquisto e sottoscrizione di azioni proprie, è stata accolta di recente anche dal legislatore.

Con la riforma del diritto societario (Dlgs 6/2003, in vigore dal 01 gennaio 2004) la tesi a favore della legalità dell’operazione di *levaraged buy out* ha trovato infatti conferma nell’art. 2501-bis cod.civ. (fusione a seguito di acquisizione con indebitamento), che stabilisce espressamente che non comportano violazione del divieto di acquisto e sottoscrizione di azioni proprie *“le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquistare il controllo dell’altra”*. Lo stesso articolo subordina, però, la legittimità dell’operazione ad una serie di adempimenti che dimostrino il vantaggio economico, produttivo, imprenditoriale che con l’operazione s’intende raggiungere e l’esistenza di un congruo piano economico – finanziario. [[90]](#footnote-90)

Posta la liceità dell’operazione di *leveraged buy out*, la variante del *family buy out* ricorre in quelle ipotesi in cui, in una società a matrice familiare, il socio *mercator,* cioè il socio con qualità e vocazione imprenditoriale, si proponga l’obiettivo di acquisire il controllo della società e la relativa gestione, escludendo gli altri familiari non interessati o poco predisposti all’imprenditorialità, ma, non potendo impiegare mezzi propri per l’acquisto delle quote o azioni altrui, fa ricorso alla leva finanziaria propria del *leveraged buy out*.

A tal fine, il socio *mercator* costituisce una nuova società allo scopo di acquisire il controllo della società di famiglia.

A tale *new company* vengono trasferite tutte le azioni o quote della società di famiglia, e cioè sia quelle dei soci-familiari che ne continueranno la gestione, sia quelle degli altri soci destinati ad uscire dalla compagine sociale.

L’acquisizione da parte della *new company* può essere finanziata, secondo lo schema classico del *leveraged buy out* in precedenza analizzato, con il ricorso all’indebitamento. Sempre secondo questo schema, interviene la fusione per incorporazione della società di famiglia nella nuova società. Sarà la società derivante dalla fusione a pagare il debito finanziario, realizzando così un duplice vantaggio rispetto all’ipotesi di acquisto diretto: un vantaggio giuridico (e cioè la limitazione del rischio garantita dallo schermo del soggetto che si indebita, la *società new company*) e un vantaggio finanziario (posto che la società bersaglio, pagando il debito all’ente finanziatore con il proprio reddito, avrà anche un beneficio in termini fiscali).

In definitiva, tale complessa operazione consente al fondatore e agli eredi di acquistare le azioni o le quote degli altri familiari, rivolgendosi a soggetti terzi (la *newco)*per reperire le liquidità necessarie per effettuare tali operazioni.

Uno studioso che si è occupato ampiamente della materia, descrive efficacemente un possibile schema di applicazione dell’istituto da parte dell’imprenditore che voglia attuare il passaggio generazionale della propria impresa.[[91]](#footnote-91)

Questi, predispone la costituzione di una *new company* che veda come socio unico il familiare (o i familiari) candidati alla prosecuzione dell’impresa. Alla nuova società viene subito trasferita una partecipazione azionaria nella società di famiglia. Lo statuto di quest’ultima viene modificato con l’introduzione di una clausola che, in caso di morte di un socio, (e, cioè, di fatto, alla morte dell’imprenditore) attribuisca ai soci superstiti (cioè alla *new company*) un diritto di opzione per l’acquisto di partecipazioni azionarie già appartenenti al *de cuius* e trasmesse ai suoi eredi (cioè ai quei familiari che vuole estromettere dalla società).

Dunque, alla morte dell’imprenditore, per mezzo dell’esercizio dell’opzione, la *new*

*company* diverrà intestataria dell’intero capitale già posseduto dal dominus e caduto in successione, e, pertanto, attraverso la *new company*, la proprietà dell’impresa si concentrerà in capo al familiare scelto per assumere il controllo della società.

Gli altri familiari verranno liquidati non con mezzi propri di quest’ultimo, né con mezzi provenienti dall’asse ereditario, bensì con i mezzi del finanziamento concesso alla *new company*; il che permetterà in definitiva di far slittare sulla società bersaglio il costo dell’operazione.

Da queste considerazioni, è evidente come il *family buy out* costituisca uno strumento di indubbia utilità per l’imprenditore che abbia già deciso quale (o quali) dei suoi familiari siano maggiormente predisposti all’imprenditorialità e, pertanto, adatti a succedergli nel ruolo di dominus della società, tacitando nel contempo i diritti degli altri esclusi dalla gestione. Inoltre, l’utilizzo del *leveraged buy out* come modello per l’acquisizione dell’azienda può rappresentare un importante stimolo per la crescita economica, come dimostrato dai risultati finanziari realizzati dalle società oggetto di tali operazioni.

Tale strumento è però guardato con estremo disfavore da gran parte della dottrina tanto da essere definita *“una tecnica predatoria dei patrimoni societari”* e da alcuni additata come una delle cause della crisi finanziaria del 2008.[[92]](#footnote-92)

Da un punto di vista strettamente economico i maggiori oppositori di tale meccanismo imputano a questa tecnica di finanziamento la creazione di una pericolosa situazione di eccessivo indebitamento in cui si potrebbero trovare numerose aziende che pongono in essere operazioni di questo tipo, con il risultato di creare, soprattutto in periodi di recessione, un effetto moltiplicatore che può comportare un indebolimento del tessuto economico.

Sul versante giuridico è evidente che non esiste una fattispecie unitariamente disciplinata dal codice civile o da leggi speciali cui possa ricondursi una operazione di *buy-out*.

Una siffatta operazione si caratterizza, invece, proprio per il fatto di comporsi di numerose e differenti fattispecie aventi tra loro in comune l'indebitamento da parte del soggetto acquirente onde reperire i fondi necessari all'acquisto nonché il progetto di rimborsare il debito con i profitti generati dalla società acquisita.

Stante detta caratteristica comune, parte della dottrina sembra essere concorde nel ritenere che, onde pronunciarsi in merito alla liceità o meno di una operazione di *buy-out,* al fine di non incorrere nei divieti sanciti dalle norme che impediscono o comunque limitano la possibilità di trasferimento al socio della *holding* delle risorse patrimoniali della società *target* sotto forma di dividendi (artt. 2433 e 2621 c.c.), sia prima di tutto necessario valutare la liceità di ciascuna delle fattispecie in cui l'operazione si compone nonché la disciplina ad esse applicabile e poi analizzare se il loro collegamento economico abbia rilievo giuridico e possa condurre ad un diverso giudizio di liceità o all'applicazione di una diversa disciplina giuridica. Il che, in concreto risulta essere operazione tutt’altro che agevole, mancando coordinate normative cui attenersi.[[93]](#footnote-93)

Inoltre, dall’analisi del meccanismo di funzionamento di tale strumento emerge come esso non si attagli completamente alle esigenze della trasmissione generazionale dell’impresa, in quanto, se è vero che si presta a consentire scalate in società a carattere familiare, essendo finalizzato all’acquisizione delle quote degli altri componenti, di regola l’iniziativa parte direttamente dal familiare; invece, nel caso di passaggio generazionale propriamente inteso, l’iniziativa parte dall’imprenditore che intende selezionare quello (o quelli) tra i suoi familiari più adatti a proseguire la sua attività.

**§. 5- Conclusioni**

Come può evincersi dall’analisi fin qui condotta, il contesto in cui possono essere inquadrati i problemi di successione nell’impresa è particolarmente articolato.

Attesa la complessità del fenomeno, si è cercato di evidenziare un percorso di analisi di variegate soluzioni che, pur non eliminando il rischio connesso a questo particolare momento della vita della famiglia e dell’impresa, possa contribuire ad attenuarlo e quindi a consentire di affrontare la transizione non come evento critico, ma come un momento di discontinuità che se non opportunamente gestito, potrebbe minacciare seriamente il grado di vitalità dell’impresa familiare, nonché, nei casi più gravi, mettere a repentaglio la sua stessa esistenza.

Partendo dal presupposto della insufficienza del diritto successorio ad attuare il ricambio generazionale dell’impresa, in quanto ancorato ad origini storiche del tutto particolari e concepito per la tutela di interessi diversi da quelli afferenti i complessi produttivi, si è rivolta l’attenzione all’area degli atti tra vivi, nella ricerca degli strumenti giuridici più consoni al perseguimento di detta finalità; ciò peraltro nella consapevolezza che per affrontare una fase di mutamento imprenditoriale non è possibile ricorrere all’utilizzo di modalità standardizzate perché la soluzione ottimale non può che essere ricercata considerando attentamente una serie di fattori, non soltanto giuridici, quali lo stadio di sviluppo del ciclo di vita dell’azienda, le dimensioni della stessa, il numero dei familiari e il loro grado di interesse al governo e alla proprietà dell’impresa, il grado di conflittualità familiare, l’entità del patrimonio extra aziendale. La concorrenza tra gli strumenti di attuazione del passaggio generazionale alimenta da tempo il confronto tra gli strumenti più adatti a garantire la continuità gestionale, concentrandosi, da un lato, sulle soluzioni di diritto interno come fondazioni, clausole societarie, tipi di società, dall’altro su alternative provenienti da altri ordinamenti. Tuttavia, l’analisi di tali strumenti ha portato a concludere che nessuno di questi è in grado di soddisfare pienamente le esigenze sottese alla trasmissione dell’impresa.

Sotto questo profilo, si è dimostrato come è insufficiente a costituire una valida alternativa testamentaria per realizzare la trasmissione familiare della ricchezza d’impresa il ricorso all’istituto della fondazione, stante l’interesse di pubblica utilità che nel nostro ordinamento ne giustifica la creazione.

Ed egualmente problematico si è rivelato il ricorso ad operazioni di cosiddetta “finanza straordinaria”, nella forma del *family buy out,* attesi, prima della riforma del diritto societario, i dubbi di compatibilità con la disciplina in tema di acquisto e sottoscrizione di azioni proprie.

A seguito della riforma del diritto societario si ritiene ormai acquisita la validità di tale strumento che, però, continua a porre dubbi circa la sua adattabilità alla fattispecie del passaggio generazionale dell’impresa.

Probabilmente, lo strumento che grazie alla sua peculiare flessibilità può costituire, più di ogni altro, un valido ed efficace strumento di trasmissione della ricchezza familiare è rappresentato dal *trust*; ma il noto dibattito accesosi sulla ammissibilità di tale figura nel nostro ordinamento, così a lungo alimentato e sostanzialmente ancora in corso, ha certamente ostacolato l’utilizzazione dell’istituto anche in questo ambito. L’esigenza di soluzioni diverse rispetto a quelle testamentarie è emersa altresì sul diverso terreno del diritto societario, testimoniata in tale ambito dalla proliferazione di clausole societarie con finalità di predisposizione successoria.

Ma anche in questo campo l’analisi dottrinaria e giurisprudenziale ha messo in rilievo come spesso i meccanismi utilizzati per realizzare tali finalità hanno posto seri problemi di compatibilità sotto un duplice ordine di profili; relativamente alle clausole societarie concernenti la morte del socio, si richiede, infatti,una duplice valutazione di legittimità dovendosi previamente valutare la compatibilità di queste alla luce del diritto societario, se, cioè sia possibile derogare al suddetto regime legale, ed, in secondo luogo, alla luce del diritto successorio dovendosi verificare se essi non si sostanzino in patti successori vietati.

Pur nel condivisibile intento di ricercare strumenti alternativi nell’ambito di ciò che è stata definita la “fuga dal testamento”, si ritiene che quello appena descritto non sia il percorso più adatto per rispondere alle esigenze richieste dalla specificità della questione; e ciò perché a tale scopo vengono di fatto utilizzati strumenti negoziali che prescindono dalle finalità cui *naturaliter* li aveva destinati il legislatore.

Ed è stata probabilmente la constatata inadeguatezza di tali strumenti a suggerire, sia pure con un certo ritardo, la necessità di un intervento normativo non settoriale che potesse essere risolutore nella importante questione della trasmissione generazionale dell’impresa.[[94]](#footnote-94)

**CAPITOLO IV**

**IL PATTO DI FAMIGLIA PER L’IMPRESA**

**§.1- L’opzione per un intervento legislativo specifico concernente la successione nei beni produttivi**

Grazie agli esiti delle approfondite riflessioni che così a lungo si erano svolte intorno alla insufficienza degli strumenti tradizionali ad attuare un efficace passaggio generazionale dell’impresa, è risultata ben chiara l’esigenza di un congegno che, per assicurare la realizzazione dell’interesse dell’imprenditore alla continuazione dell’impresa dopo la morte, si sarebbe dovuto strutturare secondo particolari modalità, ovvero, accordandogli la facoltà di regolare la trasmissione dei beni produttivi in un momento antecedente a quello di apertura della successione ed attribuendogli, altresì, la possibilità di un ripensamento, producendo in tal modo, sotto tale profilo, un risultato analogo a quello realizzabile attraverso le disposizioni testamentarie, che, come noto, sono caratterizzate dalla assoluta revocabilità fino all’ultimo istante di vita.

Inoltre, al fine di non compromettere assetto e stabilità dell’unità produttiva, occorreva assicurare carattere di definitività alle attribuzioni, escludendo che le stesse potessero nuovamente venire in considerazione al momento della morte dell’imprenditore per effetto dell’esercizio dell’azione di riduzione o per effetto dell’operare del meccanismo della collazione.

Soddisfare tale ultima esigenza implicava da un lato, disattendere il principio di unità della successione come analizzato nella prima parte del presente lavoro, che, imponendo la riconsiderazione, al momento di apertura della successione, delle attribuzioni a titolo di liberalità fatte durante la vita del soggetto deceduto, pretenderebbe invece che i rapporti successori si definiscano solo dopo la morte del disponente; e, dall’altro, si sarebbe dovuto incidere sulla particolare tutela attribuita al legittimario, attuata nel nostro sistema successorio anche dalla retroattività dell’azione di riduzione.

Il coinvolgimento di principi così radicati nel nostro diritto successorio, ciò spiega perché la via di una riforma legislativa concernente la successione dei beni produttivi sia apparsa, alla fine, l’unica percorribile, trovando giustificazione nella particolare natura dei beni coinvolti, in base alla tesi per cui i “beni produttivi” sono beni che, per la loro destinazione particolare, reclamano una propria disciplina specifica.

Questa ultima considerazione è tale da fugare sul nascere ogni perplessità su un presunto contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza che, come noto, impone di trattare alla stessa maniera identiche situazioni.

È proprio la valorizzazione della natura e delle peculiarità del bene “impresa” a giustificare l’esigenza di un regime successorio diversificato rispetto alle altre tipologie di beni: cio’ dimostra l’evidente superamento di un’impostazione che ritiene neutre le regole della devoluzione *mortis causa* rispetto ai singoli beni che compongono l’asse ereditario.

D’altronde, tale concezione non risulta essere affatto nuova nel nostro ordinamento. Indicazioni precise nel senso della scelta di regimi derogatori rispetto alla regole della successione, giustificati dalla particolarità di beni di rilevante impiego economico, possono trarsi dal diritto agrario e dal sistema fondiario nei quali valore preminente è la conservazione dei beni produttivi: qui si privilegia la concentrazione del potere gestionale in capo ad un solo erede con corrispondente attribuzione di un credito pecuniario agli altri familiari o l’assegnazione preferenziale dell’”unico compendio” all’erede che non solo ne faccia richiesta ma si assuma l’obbligo di gestirlo professionalmente per un periodo minimo di tempo necessario ad assicurare la continuità produttiva. [[95]](#footnote-95)

L’attenzione, pertanto, andava posta sulla valorizzazione della natura e dell’identità dei beni dal punto di vista qualitativo e non solo quantitativo, secondo regole omogenee per valore ma disomogenee per tipologie, regole imprescindibili in presenza di beni produttivi.

È in tale contesto che si inserisce la legge 14 febbraio 2006 n. 55, che ha introdotto nel codice civile gli artt. da 768-*bis* a 768-*octies* con l’obiettivo di valorizzazione, appunto, delle peculiarità dei beni produttivi ai fini del passaggio generazionale degli stessi.

Dalle considerazioni svolte fino a questo punto del presente lavoro, emerge con evidenza come tale obiettivo poteva essere perseguito adottando due differenti soluzioni; una prima, consistente nell’attribuzione all’autonomia privata la possibilità di provvedere alla sistemazione *post mortem* delle proprie sostanze perseguendo in toto la via contrattuale (in pratica, abolire il divieto dei patti successori); ovvero, la seconda, nella riconfigurazione dei principi legali in tema di diritti dei legittimari, convertendo il principio della riserva come diritto ai beni in natura in riserva quale diritto ad un valore.

Nel nuovo strumento del patto di famiglia sono rinvenibili tratti caratteristici di entrambe le soluzioni.

La riforma segna, infatti, il principio del superamento della riserva in natura relativamente ai beni produttivi. Ma la conversione della riserva come diritto ad un valore, resta affidata comunque a una manifestazione d’autonomia dei soggetti interessati: diviene, in altri termini, conversione “concordata”.

Tale accordo avrà per oggetto la determinazione dei beni produttivi da trasmettere con il patto (l’azienda o le partecipazioni societarie) e la valutazione di questi ultimi, intesa come stima economica. E poiché il presupposto per la conversione della legittima in credito,è dato unicamente dalla determinazione e dalla stima dei beni, il consenso sull’individuazione e sul valore di questi segnerà il perfezionarsi dell’accordo liquidativo e ne esaurirà il contenuto minimo necessario.

Quest’ultima considerazione, anticipando le conclusioni cui si perverrà nei successivi paragrafi, è una delle ragioni che stanno a fondamento della tesi, che in questa sede si accoglie, della natura necessariamente plurilaterale del patto di famiglia: parti necessarie di questo sono, infatti, il disponente, il legittimario assegnatario dei beni produttivi ed, infine, i legittimari non assegnatari cui spetta la liquidazione della quota di riserva relativa a quel bene.

A ciò consegue che, in mancanza di accordo tra tali soggetti, il diritto alla riserva rimane immutato, così come immutati rimangono i mezzi giuridici per tutelarlo.

Il patto di famiglia si configura pertanto quale contratto avente per oggetto l’azienda o partecipazioni sociali, con cui si dispone a favore del discendente[[96]](#footnote-96) designato a succedere nell’impresa, mentre ai legittimari non assegnatari di beni aziendali è liquidata una cifra pari alla legittima loro spettante “come se in quel momento si aprisse la successione”. Una specie di finzione dunque; un meccanismo che anticipa il computo della legittima che, *de iure condito*, è invece riferito all’apertura della successione (art. 556 c.c.). A quel momento infatti si è in grado di stabilire con certezza se disposizioni testamentarie e donazioni abbiano recato pregiudizio alle ragioni dei legittimari, sicchè la legittima *ante mortem* configura null’altro che un’aspettativa di fatto.

Il patto di famiglia consente al contrario di liquidare *una tantum* i familiari partecipanti ad esso; i “non partecipanti” potranno richiedere invece la propria quota di legittima ai beneficiari del contratto all’apertura della successione, ma la determinazione del *quantum* è comunque riferita alla data del patto; del periodo intermedio si tiene conto solo ai fini degli interessi legali.

Il ventaglio delle soluzioni possibili si arricchisce, pertanto, oggi, di un nuovo strumento, che intende porsi quale alternativa efficace di gestione dell’avvicendamento generazionale della ricchezza di famiglia.

Si recepiscono, dunque, le istanze di quella dottrina che da tempo auspicava una regolamentazione pattizia del problema della successione nella titolarità e nel governo dell’azienda di famiglia, anche al fine di preservare il valore della stessa e di affidarne la gestione ai soli familiari con vocazione e competenze imprenditoriali.

**§.2 - Ricostruzione della natura giuridica del patto di famiglia e sue implicazioni in tema di requisiti soggettivi della fattispecie**

Benchè chiara nelle sue finalità ed aspirazioni, la disciplina normativa del nuovo istituto si presenta estremamente lacunosa, a causa anche del veloce iter parlamentare che l’ha contraddistinta e che non ha consentito una ponderazione adeguata delle nuove norme. Si è imposta, pertanto, già dai primi commenti successivi all’emanazione, una interpretazione con funzione suppletiva del testo di legge che, muovendo dal dato letterale, risalga alla *intentio legislatoris*. [[97]](#footnote-97)

La prima questione da sottoporre al vaglio delle presente indagine attiene alla natura giuridica dell’istituto in questione qualificato dal novellato art. 768-bis c.c. come un contratto.

Tale norma stabilisce infatti che *“è patto di famiglia il contratto con cui (…) l’imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l’azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti”.*

E’ la stessa legge, quindi, ad affermare la natura contrattuale del patto di famiglia nonostante la dizione “patto” sia normalmente riferita ad una singola clausola contenuta in un più ampio schema negoziale.

In realtà,come si avrà modo di argomentare nel prosieguo della trattazione, tale specifica denominazione è perfettamente in linea con la definizione del patto di famiglia quale figura di patto successorio eccezionalmente ammessa. [[98]](#footnote-98)

Per esplicita previsione legislativa il patto di famiglia è, pertanto, un contratto.

Ma a questo assioma sono seguite opinioni contrastanti circa la natura, bilaterale o plurilaterale di quest’ultimo; e ciò a causa, come già sottolineato, della formulazione letterale delle norme non sempre tecnicamente precisa.

In verità, da una lettura isolata del 768-bis non sembra porsi un siffatto problema, in quanto dalla lettera della norma sembra chiaramente evincersi la natura bilaterale del contratto *de quo* disponendo questa solo la presenza del disponente-imprenditore e del discendente-assegnatario (o discendenti-assegnatari).

Ma essa va letta in combinato disposto con la norma contenuta nel 768-quater c.c. la quale dispone, attraverso l’utilizzo della locuzione “devono partecipare” la presenza al contratto oltre che dei soggetti indicati nel 768-bis, anche della categoria dei soggetti “non assegnatari”, cioè il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari se in quel momento si aprisse la successione dell’imprenditore. E ciò al fine della liquidazione a favore di questi ultimi di una somma corrispondente al valore delle quote di legittima ex art. 536 c.c. calcolata sul valore dei beni produttivi oggetto dell’assegnazione.

Ci si interroga sulla natura della partecipazione, necessaria o facoltativa, di questi ultimi, conseguendo alla tesi che si assume preferibile, la natura plurilaterale ovvero bilaterale del patto di famiglia.

La soluzione al quesito non può che fondarsi su argomenti di carattere sistematico in mancanza di dati testuali univoci.

Una parte della dottrina che si è occupata della questione,[[99]](#footnote-99) ha ipotizzato che la partecipazione richiesta dall’art. 768-quater c.c. di tutti i legittimari attuali sia una mera condizione per rendere vincolante anche nei loro confronti il patto di famiglia. Per cui, l’espressione “devono”, utilizzata nel contesto nella norma, assumerebbe un significato che evoca la figura dell’onere più che dell’obbligo.

A ciò consegue che la regola del 768-quater 1 comma c.c. nel richiedere la presenza in atto di tutti i legittimari, vada interpretata nel senso di *“vincolare a quel patto ( e pertanto di precludere collazione e riduzione) solo i legittimari che vi hanno partecipato (..); con la conseguenza che in caso di rifiuto o di indisponibilità di un legittimario sarà comunque possibile stipulare il patto di famiglia (…)*”; quel legittimario non sarà pertanto vincolato al patto e *“potrà valersi della riduzione e della collazione anche riguardo ai beni aziendali”.[[100]](#footnote-100)*

D’altronde, si argomenta, la stessa locuzione “devono partecipare” evoca un’adesione ad un qualcosa in sé compiuto in quanto già posto in essere da altri e, pertanto, non un “essere parte” del negozio, quanto piuttosto un esserne “partecipe”; in tal caso, attribuendo ad essi la qualifica di “parti”, si verrebbe a creare l’insolita situazione di dover considerare quali contraenti dei soggetti la cui volontà è chiamata ad esprimersi non sull’intero programma negoziale, come di regola avviene, ma esclusivamente su una singola porzione di questo.

Ciò sta a significare, pertanto, che la definizione normativa del patto di famiglia si esaurisce all’interno della norma di apertura, il 768- bis c.c., che da sola indica i soggetti considerati come parti necessarie affinchè il patto possa venire ad esistenza.

Tale impostazione, che sicuramente permette di estendere l’operatività del patto di famiglia rendendolo praticabile anche qualora manchino dei legittimari, senza che possa ipotizzarsi né una sua invalidità né una responsabilità disciplinare del notaio per violazione dell’art. 28 L.N., viene giustificata con l’esigenza di evitare che tali soggetti possano assumere comportamenti ostruzionistici e ricattatori, considerando sicuramente prevalente l’interesse dell’imprenditore ad effettuare un efficace passaggio generazionale dei suoi beni produttivi, nella considerazione che la partecipazione necessaria di tutti i legittimari si ponga come un ostacolo eccessivo al superamento dei problemi di trapasso generazionale delle imprese.

In verità, l’opinione di gran lunga maggioritaria risulta concorde nell’affermare la natura necessaria della partecipazione dei legittimari non assegnatari e, pertanto, la natura plurilaterale del patto di famiglia.

Infatti, lo stesso utilizzo del termine “contraenti” presente nell’ultimo comma del 768-quater c.c. sottointende la volontà della legge di considerare la “partecipazione” di questi ultimi quale elemento essenziale e non già meramente eventuale dell’accordo.

D’altronde, diversamente opinando, conseguirebbe una situazione di assoluta incertezza che la legge intende evitare, giacchè il legittimario assegnatario si vedrebbe esposto all’obbligo di liquidare i legittimari non assegnatari presenti all’atto ma non avrebbe la sicurezza della definitività dell’acquisto conseguito in quanto quest’ultimo sarebbe inopponibile ai legittimari non partecipanti.

Sembra plausibile riconoscere che il legislatore, nello stabilire che al patto “devono partecipare” anche il coniuge e gli altri legittimari non assegnatari, abbia inteso ritenere come indefettibile tale presenza, considerandola, pertanto, quale elemento costitutivo della fattispecie.[[101]](#footnote-101)

Né, d’altronde, deve trarre in inganno, per il profilo che qui interessa, la rubrica “rapporti con i terzi”del 768- sexies poiché esso fa riferimento ad una diversa categoria di legittimari non assegnatari, ovvero quelli c.d. “sopravvenuti” in quanto non esistenti al momento del perfezionamento dell’accordo.[[102]](#footnote-102)

Proprio perché si tratta di soggetti ulteriori rispetto a quelli indicati nel 768-quater c.c., il legislatore ha voluto prevederne l’assoggettamento ad un trattamento differente, prefigurando la possibilità per i soli legittimari non partecipanti (perché sopravvenuti) la possibilità al momento di apertura della successione di domandare ai beneficiari la liquidazione del valore della propria quota, aumentata degli interessi legali, sui beni assegnati mediante l’attribuzione preferenziale .

Può, invero, aggiungersi un’ulteriore considerazione che conduce alla necessità di considerare il patto di famiglia quale contratto plurilaterale e, pertanto, ritenere essenziale la presenza dei legittimari non assegnatari.

La convinzione dell’imprenditore quale dominus assoluto dell’intera operazione di gestione della trasmissione generazionale e, dall’altro, degli eredi non assegnatari quali personaggi “scomodi” da dovere in fretta tacitare non è convincente.

Soprattutto perché non è condivisibile la concezione che sta alla base: ossia quella dell’imprenditore quale arbitrio della successione della propria impresa perché imparziale e “disinteressato” (nel senso che dovrebbe essere motivato dalla sola esigenza di rendere possibile la migliore sopravvivenza dell’impresa) poichè nella realtà non è più così o, almeno, non sempre; la scelta del legittimario assegnatario (o dei legittimari assegnatari) non sempre è effettuata secondo criteri razionali di assicurare all’impresa una gestione efficiente, ma potrebbe, in ipotesi, venire influenzata anche da altri fattori sicuramente più impulsivi quali, per esempio, il privilegiare il primo discendente di sesso maschile, o quello verso cui si nutre più simpatia.

Ma queste ragioni, ovviamente, non possono considerarsi di rilevanza tale a giustificare una deroga a norme, quelle di diritto successorio, che per quanto criticate per la loro vetustà e la loro inadeguatezza nel disciplinare il trapasso generazionale di beni produttivi, comunque, mantengono nel nostro ordinamento una loro funzione e una loro ragion d’essere.

La deroga a tali disposizioni, si è detto, è giustificata dalla considerazione di garantire una trasmissione dell’impresa senza che ne sia alterata l’efficienza; ma non è detto che una scelta rimessa all’arbitrio dell’imprenditore sia in grado di assicurare la realizzazione di tale obiettivo.

In questa prospettiva può svolgere un ruolo non secondario la posizione dei legittimari non assegnatari; la legge ha previsto la loro adesione al contratto al fine di ottenere la liquidazione dei loro diritti di legittima commisurata ai beni oggetto del patto; ma, a parere di chi scrive, tale disposizione può venire letta anche al rovescio: ovvero, i legittimari non assegnatari hanno anche la facoltà di non partecipare, con ciò conservando nell’azienda i propri diritti di legittimari (sempre che all’apertura della successione quest’ultima faccia ancora parte del compendio ereditario): ciò, con molta probabilità potrebbe avvenire perché, ad esempio, non convinti della scelta dell’imprenditore in merito al suo successore.[[103]](#footnote-103)

E come impedire la formazione del patto? Semplicemente, appunto, con la loro mancata presenza.

In questa sede si accede, infatti, alla impostazione in base alla quale la vera funzione del patto di famiglia è quella di realizzare simultaneamente la composizione di una pluralità di interessi e che, quindi, assume rilievo anche l’interesse dei legittimari non assegnatari: ciò comporta considerare questi ultimi come parte necessaria e non eventuale del rapporto.[[104]](#footnote-104)

L’assegnazione dell’impresa al discendente e la liquidazione della quota al legittimario sono, pertanto, elementi che concorrono simultaneamente ad integrare il patto di famiglia; la liquidazione è quindi un elemento che non può essere valutato isolatamente ma, al contrario, che contribuisce a connotare la fattispecie.

L’opposta opinione minoritaria parte dall’affermazione che parti del contratto sarebbero soltanto il disponente e l’assegnatario, poiché l’oggetto del patto è principalmente la trasmissione del bene-impresa [[105]](#footnote-105); tuttavia tale opinione mostra di non ritenere essenziale la liquidazione dei legittimari – cui, infatti, tenta di dare uyn inquadramento dal punto di vista teorico – e di non tenere in debito conto il profilo funzionale dell’istituto, che viene a “disattivare” tutti i meccanismi di tutela predisposti dall’ordinamento a protezione dei legittimari.

Il patto di famiglia può, allora, essere inteso come un regime facoltativo non solo nel senso che non si sostituisce imperativamente al diverso regime ordinario, ma anche perché preserva l’autonomia dei soggetti potenzialmente interessati in ordine alla scelta di attivarlo

Le considerazioni fin qui effettuate inducono a ritenere che, in mancanza dell’intervento anche di uno solo dei legittimari esistenti, il patto di famiglia dovrà giudicarsi nullo per difetto di un suo elemento essenziale.

Ciò, sia sulla base della argomentazione formale, per cui i casi di annullabilità o di mera inefficacia sono tassativi, mentre la violazione di norme imperative conduce per regola generale alla nullità, sia sulla base della argomentazione sostanziale che la deroga apportata dall’istituto in esame alla disciplina della vicenda successoria è accettabile solo ove sia il frutto dell’accordo di tutti i soggetti coinvolti.

In verità, applicandosi la disciplina in tema di contratto plurilaterale e, segnatamente, l’art. 1446 c.c. potrebbe *prima facie* concludersi per l’annullabilità, qualora il vincolo mancante fosse da considerarsi non essenziale. Ma in tal modo, la stabilità del patto verrebbe eccessivamente compromessa, essendo l’azione di nullità imprescrittibile e potendo essere valere da chiunque vi abbia interesse. Sulla scorta di ciò, è stato affermato che l’art 1446 c.c. non trova applicazione nel suddetto ambito o, meglio, che ogni partecipazione debba considerarsi essenziale secondo il disposto dell’art. 1420 c.c.

In definitiva, il patto di famiglia introduce un regime speciale che protegge l’interesse collettivo ad evitare che i passaggi generazionali di beni produttivi possono comportare lo smembramento del complesso produttivo, ma la scelta legislativa è nel senso che il regime speciale non operare se non quando vi sia l’accordo di tutti i soggetti coinvolti.

**§.3 - Patto di famiglia e patti successori; il patto di famiglia come successione anticipata**

I commentatori della legge si sono posti il problema del rapporto sussistente tra la nuova fattispecie normativa ed il divieto in esame. Si sottolinea, infatti, come la presenza dell’inciso “fatto salvo quanto disposto dagli articoli 468-bis e seguenti (…)” premesso al primo periodo dell’art. 458 c.c. dall’art. 1 della novella nonché la collocazione sistematica del nuovo istituto nel libro secondo delle successioni, indurrebbero a considerare il negozio in esame come una deroga al divieto della successione contrattuale consacrato dall’art 458 c.c.

La questione che va preliminarmente trattata per stabilire se vi sia o meno una tale deroga è quella relativa alla natura del patto di famiglia: esso può essere qualificato come patto successorio?

In verità, nel patto di famiglia, non sono rinvenibili, a parere di chi scrive, quei caratteri che, come visto, concorrono, secondo giurisprudenza consolidata, ad integrare le varie figure di patti successori: “la prospettiva di leggere l’intero istituto come una deroga al divieto dei patti successori appare, nonostante la formulazione dell’art 1 della L 55/2006, fuori luogo per quanto concerne il divieto sia dei patti istitutivi, sia dei patti rinunciativi, e sostenibile solo a costo di alcune forzature per quanto riguarda il divieto dei patti successori dispostivi”. [[106]](#footnote-106)

Con riferimento, in particolare, ai patti istitutivi, si è sottolineato che questi non hanno alcuna attinenza con il patto di famiglia, avendo gli uni natura di atto *mortis causa* in quanto contenenti una vera e propria istituzione contrattuale di erede o di legatario e l’altro natura di atto *inter vivos.*

Infatti, secondo la qualificazione di atto *mortis causa* ereditata dal Giampiccolo di cui si è riferito in precedenza, il patto di famiglia dovrebbe avere efficacia, per essere considerato atto *mortis causa*, solo alla morte del disponente; esso invece disciplina rapporti destinati a produrre effetti giuridici immediati: l’essenza del patto di famiglia sta, infatti, nell’assicurare all’imprenditore la possibilità di disporre fin d’ora della propria azienda a favore di quel discendente che egli reputa più adatto, con effetti stabilizzanti in ordine alla propria successione ; inoltre, il suo oggetto è determinato in rifermento al momento della stipulazione (e non già a quello dell’apertura della successione, come in un patto successorio istitutivo).

Parimenti divisa è la dottrina in merito alla ravvisabilità o meno degli estremi dei patti dispositivi e rinunciativi.

Infatti, mentre una prima impostazione ritiene che la liquidazione dei legittimari non assegnatari ovvero la rinuncia degli stessi alla liquidazione, ai sensi dell’art. 768-quater, comporta disposizione o rinuncia ai diritti di legittima e, dunque, si configura quale patto successorio, l’opposta tesi muove dalla considerazione che, essendo oggetto del patto successorio dispositivo o rinunciativo il diritto che può spettare su una successione non ancora aperta, il patto di famiglia non violerebbe il disposto del 458 c.c. in quanto oggetto di quest’ultimo è un diritto attuale alla liquidazione.

In questa sede si concorda con quella parte della dottrina che considera la disciplina del patto di famiglia come derogatoria rispetto al disposto dell’art. 458 c.c.

E ciò in base ad una ipotesi ricostruttiva che ha importanti ricadute in tema di qualificazione causale dello stesso.

Infatti, la riflessione qui condivisa secondo cui con il patto di famiglia si è “aperta la strada per una pianificazione successoria preconcordata con i successibili, quale alternativa al testamento”[[107]](#footnote-107) induce a considerare il patto stesso quale “accordo successorio familiare anticipato” al quale partecipano tutti i potenziali legittimari, accordo eccezionalmente consentito dall’inciso di apertura della norma in tema di divieto dei patti successori.

Aderendo a tale impostazione viene attribuito alla disposizione di cui al 458 c.c. un significato più ampio.

Infatti, benché si sia abituati a pensare al patto successorio (istitutivo) come ad una disposizione convenzionale della propria successione futura, ci si ritrova ad ammettere che è, invero, patto successorio anche la disposizione convenzionale con la quale si anticipa la propria successione.

In altri termini, benché sia generalmente ritenuto che il disposto del 458 c.c. concerna rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla morte traggono la loro validità, tuttavia, potrebbe altresì ritenersi che detta norma vieti *tout court* qualsiasi convenzione con cui si dispone della propria successione.

Nell’alveo della espressione utilizzata dalla norma “convenzione con cui taluno dispone della propria successione” è, pertanto, possibile ricomprendere entrambe le ipotesi: sia un contratto *mortis causa* [[108]](#footnote-108) con il quale si designi un erede o un legatario; sia il contratto *inter vivos* [[109]](#footnote-109) (quale il patto di famiglia) con il quale si intenda realizzare la propria successione.

Nell’un caso si dispone della propria successione semplicemente “predefinendola”, nell’altro, più incisivamente, “predisponendola”.

Se così è, ovvero se si considera vietata anche la disposizione anticipata della propria successione, allora la disciplina del patto di famiglia ben può essere considerata una deroga al disposto di cui all’art. 458 c.c.

Se nel primo caso la stessa redazione al codice civile ravvisa il fondamento giuridico del divieto nella inammissibilità di una causa di delazione ulteriore a quella legale e testamentaria ai fini di assicurare la libertà di disporre della propria successione fino all’istante estremo di vita, nel secondo caso la *ratio* va individuata nell’esigenza, più volte citata, di unità del principio successorio e nella inammissibilità che l’autonomia privata possa disporre dei diritti dei legittimari finchè vive l’ereditando.

E, come sottolineato nel paragrafo precedente, tale deroga non viola il principio fondamentale della parità di trattamento ex art. 3 Cost. in quanto essa trova ulteriore giustificazione in funzione delle peculiarità del bene azienda, oggetto del patto eccezionalmente valido.

Volendo descrivere ancora più efficacemente il fenomeno, potrebbe dirsi che la stipulazione del patto di famiglia permette all’imprenditore di morire rispetto all’impresa in un momento antecedente rispetto a quello in cui, realmente, cesserà di vivere; ciò, del resto, è perfettamente compatibile con la già accennata esigenza di anticipare la successione dei beni produttivi allo scopo di garantirne una trasmissione che non presenti caratteri di discontinuità.

Ciò comporta, pertanto, come per ogni patto successorio, la definitività dell’attribuzione, nel senso che rispetto ai beni oggetto della convenzione esso esaurisce il fenomeno successorio.

Il patto costituisce, pertanto, in questa ricostruzione una specifica ipotesi di patto successorio, a carattere anticipatorio, poiché con esso, si ripete, sia pure con esclusivo riguardo ai beni produttivi, si dispone anticipatamente della propria successione “anticipandola”.

In base alla prospettiva da ultimo accennata, il ricorso al patto di famiglia determinerebbe, rispetto al compendio rappresentato dai beni d’impresa, l’apertura di una “successione anticipata” *ex lege* mediante l’attribuzione dei suddetti beni all’assegnatario. Caratteristiche precipue di questa vanno identificate nella anticipazione, ai tempi del negozio (che ha, si ripete, natura *inter vivos*), della rilevanza e della disponibilità di interessi che, normalmente, acquistano rilevanza solo in sede successoria e nella sottrazione della vicenda acquisitiva di detti beni non solo agli strumenti ordinari di tutela di quegli interessi ( riduzione e collazione), ma più radicalmente allo stesso fenomeno successorio.

Le ragioni dei legittimari, normalmente tutelate *post mortem* tramite riduzione e collazione, trovano anch’esse una tutela anticipata; e ciò per mezzo dello strumento della tacitazione ai non assegnatari dei diritti di legittima loro spettanti sui predetti beni.

Tutto ciò costituisce una assoluta novità per il nostro ordinamento. [[110]](#footnote-110)

In perfetta coerenza con dette conclusioni, la legge espressamente stabilisce che il bene impresa (o la partecipazione societaria) a differenza di tutte le attribuzioni liberali, donative o attuate mediante atti diversi, non è mai soggetto a collazione e riduzione, poiché in relazione ad esso si è già svolta, per così dire, anteriormente all’apertura della successione, ed in via separata dalla restante massa, una correlata fase di liquidazione delle ragioni dei legittimari.

**§ 4.- Problematiche rilevanti in materia di requisiti soggettivi ed oggettivi**

**§4.1- l’imprenditore disponente e l’oggetto delle disposizioni**

Il patto di famiglia risulta connotato sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo; è, cioè, prevista, sia con riferimento alle parti che lo stipulano, quanto al bene (o ai beni) oggetto del trasferimento, la necessaria sussistenza di particolari caratteri in assenza dei quali la fattispecie non si configura e non sarà quindi possibile invocarne la relativa disciplina.

Ai fini di delimitare l’ambito di applicazione del suddetto istituto è necessario, pertanto, procedere all’analisi di tali requisiti che, però, sin da una superficiale lettura delle norme che li riguardano, evidenzia l’improprietà e, spesso, la atecnicità delle qualificazioni utilizzate dal legislatore. [[111]](#footnote-111)

In tale sede l’analisi si concentrerà su alcune problematiche inerenti ai requisiti soggettivi *de quibus*; analisi che, inevitabilmente, soprattutto nella questione circa la individuazione del soggetto disponente, coinvolgerà anche gli aspetti di tipo oggettivo.

Iniziando la trattazione proprio dai requisiti che deve possedere il soggetto che si accinge a porre in essere un patto di famiglia, si prenda come punto di partenza, ancora una volta, l’art. 768-bis c.c. che, al suo interno, precisa che riveste detta qualifica *“l’imprenditore che trasferisce, in tutto o in parte, l’azienda”* e *“il titolare di partecipazioni societarie” che “trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.”*

Nella prima ipotesi, si tratta del soggetto ‘imprenditore’ rispetto all’azienda o ad un ramo della stessa, nella seconda ipotesi si tratta, invece, del soggetto ‘titolare di partecipazioni societarie’ in relazione ad una quota sociale’.

Già dalla lettura di tale prima disposizione emergono con evidenza le incertezze interpretative cui va incontro l’interprete, ma, soprattutto, il soggetto che si presta ad attuare un’operazione, il passaggio generazionale, tanto importante per la vita della sua impresa.

Tanto più che, se la disposizione contenuta nell’articolo in commento qualifica imprenditore il trasferente dell’azienda, in relazione alle partecipazioni societarie essa si limita a richiedere in capo al trasferente la sola titolarità, mentre nel successivo art. 768-quater c.c. qualifica semplicemente come “imprenditore” il partecipante al patto di famiglia, analogamente alla norma contenuta nell’art 768-sexies che disciplina la morte dell’imprenditore *tout court*.

Il loro utilizzo non proprio dimostra il carattere atecnico con cui vengono utilizzati i termine “imprenditore” nonché quello di “titolare di partecipazioni societarie” e porterebbe, pertanto, a svalutarne l’importanza se la delimitazione non avesse un così grande rilievo nel perimetrare l’ambito di applicazione della fattispecie del patto di famiglia.

Come per qualsiasi analisi di fattispecie giuridica, deve necessariamente assumersi, quale dato di partenza, la disciplina normativa relativa alla fattispecie che ci si presta ad analizzare.

Come è noto, la nozione di “imprenditore” è contenuta nella disposizione di cui all’art 2082 c.c. che definisce imprenditore *“chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o della scambio di beni o di servizi”*.

Ebbene, attribuendo all’imprenditore-disponente nell’ambito della disciplina del patto di famiglia, la qualifica che gli è propria in ambito giuridico, si finirebbe per escludere alcune ipotesi che in base alla *ratio* della legge dovrebbero invece esservi ricomprese, come quella, ad esempio, in cui il titolare abbia concesso l’azienda in usufrutto (mancando in tale ipotesi il requisito dell’attualità dello svolgimento di attività imprenditoriale richiesto dall’art. 2082 c.c.); mentre, all’opposto, intendendo letteralmente il requisito della titolarità delle partecipazioni societarie si finirebbe per ampliare a dismisura l’oggetto della disciplina del patto di famiglia.

Conseguentemente, è necessaria l’individuazione di un criterio che sia in grado di delimitare l’ambito soggettivo della figura dell’ “imprenditore” e del “titolare di partecipazioni societarie”.

Ad avviso di chi scrive, l’unico criterio soddisfacente a tali fini è quello della *ratio* che ha sta a base della legge regolatrice del patto di famiglia che, come noto, va ravvisata nell’esigenza di realizzare una efficace trasmissione generazionale dell’impresa e delle partecipazioni societarie preservando con l’anticipazione in vita del trasferimento l’unità del bene produttivo.

Questa sola è in grado, pertanto, di giustificare l’esenzione dalle regole successorie poste a presidio dei diritti dei legittimari, altrimenti inderogabili.

Questa sola deve essere la stella polare che possa condurre alla risoluzione di ogni questione interpretativa nella materia *de qua*.[[112]](#footnote-112)

In proposito, si osserva che la qualifica di imprenditore, rilevante ai fini dell’applicazione della normativa del patto di famiglia, rispecchia maggiormente una concezione di tipo economico, piuttosto che giuridica della stessa.

Infatti, la qualifica di cui si tratta è rivelata dall’effettivo esercizio del potere di direzione dell’impresa, per cui, conseguentemente, è da considerarsi imprenditore chi può esserne qualificato il “dominus”.

Tale accezione, oltre al caso di impresa individuale, rileva anche nella titolarità di partecipazioni societarie.[[113]](#footnote-113)

In tali casi, nell’individuazione del soggetto a cui compete la qualifica di imprenditore nel senso appena descritto, è necessario distinguere tra società a responsabilità illimitata e società a responsabilità limitata.

Più analiticamente, poiché nelle società di persone ciascun socio illimitatamente responsabile concorre nella direzione dell’impresa sociale e, quindi, esercita le prerogative di imprenditore, si può trarre la conclusione che ciascuno di questi assume la qualifica in senso economico di imprenditore e, conseguentemente, da quanto si è detto, può giovarsi della normativa in tema di patto di famiglia.

Alla luce di tale criterio, si giunge, evidentemente, ad opposte conclusioni nel caso di cessione di quota di accomandante di accomandita semplice (che non consente la gestione della società); si dovrebbe, invece, ricomprendere la cessione della quota da parte di uno dei soci amministratori di s.n.c., in quanto si può ritenere che anche la “cogestione” rientri nell’ambito della nuova figura giuridica.

Analoghe coordinate sono da applicarsi in materia di trasmissione di partecipazioni societarie afferenti a società di capitali.

Con la sola precisazione che in queste ultime la qualifica di “dominus” dell’impresa è da riferirsi non ad una singola persona fisica quanto, piuttosto, al c.d. “gruppo di controllo” che detiene la maggioranza del capitale: ciò porta ad escludere che rientri nell’ambito del patto di famiglia la cessione di un’esigua partecipazione; infatti, i soci che siano titolari di siffatte partecipazioni non svolgono all’interno della compagine societaria cui fanno parte funzioni di direzione dell’impresa e non si configura quindi con riferimento a queste ipotesi quel rischio di provocare un cambiamento nella gestione dell’impresa che giustifica l’uso della speciale disciplina introdotta con la novella.[[114]](#footnote-114)

Diversamente, come si è sottolineato,[[115]](#footnote-115) non sarebbe facile sottrarre tale normativa ad una censura di incostituzionalità, avendo difficoltà a rinvenire un motivo valido per giustificare la posizione di privilegio in cui verrebbero a trovarsi i titolari di partecipazioni sociali di puro investimento, rispetto alla condizione di chi voglia trasmettere la propria impresa, frutto, nella, maggior parte dei casi, di una vita di lavoro.

**§ 4.2.- La liquidazione dei diritti dei legittimari: la tesi della causa distributiva del patto di famiglia**

Ai sensi dell'art. 768-*quater*, comma 2, c.c., l'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni societarie deve liquidare i legittimari - ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte - con il pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore delle quote di legittima; in alternativa, i contraenti possono pattuire che la liquidazione avvenga, in tutto o in parte, in natura. Si tratta, quindi, di un peculiare congegno diretto alla tacitazione dei legittimari, mediante attribuzione agli stessi di valori patrimoniali corrispondenti alle rispettive quote di legittima.

Dalla *ratio* della norma si ricava come tale obbligo dei legittimari prescelti dal disponente di liquidare agli altri legittimari potenziali la quota di legittima loro spettante sui beni d’impresa si configura come un effetto legale della fattispecie. Tale osservazione assume un certo rilievo, in quanto, anticipando ciò che verrà detto in seguito, la circostanza che il sorgere del credito dei partecipanti non assegnatari nei confronti dei discendenti cui sono destinati i beni d’impresa costituisca una conseguenza legale del perfezionamento del patto di famiglia, potrebbe far dubitare che l’acquisto dei primi sia fondato su una causa liberale.

Dal tenore letterale e dal contesto in cui la disposizione è inserita emerge, quindi, che è necessario effettuare una valutazione finalizzata alla determinazione del "valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti". Il riferimento temporaledi tale valorizzazionenon può che essere quello relativo al momento della stipula del patto.

E’ di immediata evidenza la deroga rispetto ai principi del diritto successorio, come disciplinati dalle norme del codice civile, che impongono che ogni valutazione concernente il calcolo della legittima sia effettuata solo al momento di apertura della successione: sia quella in ordine alla qualità di legittimario, sia la determinazione del valore dei beni rilevanti ai fini del calcolo della quota riservata ai legittimari.

Tale deroga sta a base della impostazione, cui si è in precedenza aderito, in base alla quale il patto di famiglia assume una connotazione giuridica di “successione anticipata” con riferimento ai beni oggetto del patto stesso. [[116]](#footnote-116)

Il legislatore del 2006 ha disposto che tale effetto derogatorio possa discendere da una atto di autonomia privata, quale è il patto di famiglia, al quale, secondo l’impostazione accolta in questa sede, devono essere partecipi tutti i legittimari.

Secondo autorevole dottrina,[[117]](#footnote-117)però, la libertà contrattuale in tale campo che, si ripete, costituisce di per se stessa deroga al principio dei patti successori (come d’altronde rivela l’inciso di apertura del 458 c.c.) non può spingersi fino alla fissazione discrezionale del valore dei beni oggetto del patto che, invece, deve avvenire in base alla loro stima economica. Ciò, evidentemente, per esigenze di tutela del legittimario non assegnatario che, non solo si trova nella condizione di dovere subire il mutamento della legittima in natura in legittima in valore, ma verrebbe in tal modo a trovarsi nella condizione di dovere sottostare ad una quantificazione arbitraria di quest’ultima.

In questa sede deve altresì darsi conto della tesi di autorevole dottrina che ha sostenuto che l’effetto di cui all’art. 768-quater 2 co. cod.civ., ovvero, la liquidazione della quota ai soggetti di cui si è detto, si traduce per tali soggetti in un arricchimento inteso quale acquisto di un nuovo diritto a titolo gratuito, valendo a con ciò a connotare del carattere di liberalità la causa delle attribuzione a favore dei non assegnatari.[[118]](#footnote-118)

Secondo tale ricostruzione non sarebbe, infatti, il dato strutturale a porsi come elemento qualificante della divisione bensì il suo effetto che è, come noto, quello della distribuzione di una data massa patrimoniale secondo determinate quote: fenomeno definito dalla dottrina in commento quale “apporzionamento”.

Tale effetto ricorrerebbe anche nel patto di famiglia, mettendone in evidenza la funzione distributiva quale connotato tipico, appunto, dei fenomeni divisionali. Anche in questo si avrebbe, pertanto, una distribuzione di una determinata massa patrimoniale a determinate persone in ragione di un determinato criterio, che è quello della quota di riserva.

Tale impostazione permetterebbe agevolmente di superare la critica ad essa mossa secondo la quale una divisione presupporrebbe logicamente un precedente stato di comunione.

Tale concezione concepisce, infatti, la divisione non come scioglimento della comunione ma come apporzionamento della quota. E ciò sarebbe coerente con la norma in tema di divisione fatta dal testatore (art. 734 c.c.) che è perfettamente sovrapponibile, si dice, alla divisione in sede di patto di famiglia.

Viene, inoltre, agevolmente superato l’ostacolo che potrebbe essere ravvisato nel fatto che la compensazione ai non assegnatari proviene dal patrimonio dell'assegnatario, anziché dalla massa dividenda. Infatti, la presenza di una norma come quella contenuta nell'art. 720 c.c. rende difficile escludere la funzione divisoria solo perché il bene è attribuito ad uno solo, il quale compensa con denaro proprio gli altri condividenti.

La tesi pur essendo persuasiva, si espone a diversi rilievi.

In primo luogo, all’eventuale accoglimento della predetta impostazione, deve necessariamente conseguire la necessità della presenza al patto di tutti i soggetti contemplati dalle relative disposizioni. E fino a qui si concorda. Salvo poi dissentire in merito alle ricadute sul piano rimediale.

La tesi in commento, infatti, si interroga sulla opportunità che alla nullità (conseguenza tipica della mancata partecipazione di tutti i condividenti al riparto) si sostituisca la semplice inopponibilità degli effetti del patto, atteso che, a differenza che nella divisione ordinaria, lo strumento protettivo del diritto all’apporzionamento in natura sarebbe rappresentato dall’esperibilità dell’azione di riduzione da parte dell’escluso.

In tale sede, come già visto, tale soluzione è assolutamente da escludere per le ragioni in precedenza svolte. La mancata presenza di taluno dei soggetti contemplati dal combinato disposto dagli artt. 768-bis e 768-quater c.c., comporta, pertanto, la nullità del contratto, pur con tutte le conseguenze che vi conseguono.

Il patto di famiglia inoltre non può essere accostato, *tout court*, ad una divisione per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, perché, nonostante gli argomenti addotti dalla tesi in commento, in tale sede si ritiene necessario che un atto di divisione venga logicamente preceduto da uno stato di comunione, che difetta nella fattispecie *de qua*.

Né vale invocare in senso contrario la previsione legislativa della divisione fatta dal testatore (art. 734 c.c.). Essa, pur costituendo una ipotesi di divisone in difetto di una situazione di comunione, trova giustificazione in una particolare circostanza non assimilabile al patto di famiglia, poiché viene in rilievo e produce ogni suo effetto al momento dell'apertura della successione e per il tempo in cui il testatore avrà cessato di vivere. Dunque, ha una natura tipicamente unilaterale e, soprattutto, di negozio *mortis causa* e di ultima volontà.

Esso è, infatti, un negozio che non soltanto incide sull'assetto successorio-patrimoniale dei beneficiandi dopo la morte dell'autore del negozio, ma è revocabile (art. 734 c.c.): il che non giustifica l'accostamento al patto di famiglia, il quale, al contrario, è un contratto *inter vivos* irrevocabile. La possibilità riconosciuta al testatore di dividere, pur in assenza di comunione, i suoi beni fra gli eredi, trova quindi giustificazione in una specifica norma (art. 734 c.c.) orientata a preservare non soltanto la *causa mortis*, ma l'ultima volontà del *de cuius* e la sua irripetibilità (*favor testamenti*). Tra l'altro il patto di famiglia si caratterizza, a differenza della divisione (anche del testatore), per l'attribuzione di una serie di "beni in natura o in danaro" facenti parte di patrimoni differenti (quello del disponente e quello dell'assegnatario).

Tra l’altro, mentre il profilo liberale è sempre presente, anche senza assorbire o caratterizzare la funzione (alla stregua di una donazione); quello distributivo può anche essere assente.

La funzione distributiva, infatti, si configura non già con la costituzione *ex lege* dell'obbligo di liquidazione (il quale si costituisce anche nei confronti dei legittimari sopravvenuti), ma soltanto con la effettiva liquidazione. L'effettiva liquidazione, oltre a poter essere differita, ben può mancare o perché il legittimario-non assegnatario può essere inesistente o irreperibile, o perché lo stesso può rinunziare o rifiutare la liquidazione

Nonostante si ritenga di non potere condividere la tesi esposta che, come detto, ravvisa nel patto di famiglia una funzione distributiva tipica del fenomeno divisionale, nondimeno, potrebbe nello stesso potersi ravvisare una funzione solo latamente assimilabile a quella divisoria tipica.

Infatti, ponendo l’attenzione sull’effetto attributivo ex art. 768-quater 2 co cod.civ. questo appare connotato, appunto, da uno scopo distributivo che si svolge in due direzioni. Da un lato, esso si traduce nello scopo, proprio del disponente, volto a che l’azienda e le partecipazioni vengano acquisite in via definitiva dall’assegnatario; dall’altro, mette in evidenza l’interesse al riparto dell’utilità economica del bene impresa ai legittimari, secondo le quote di legittima ad esse spettanti.

Pertanto, può ritenersi che, sebbene né l’azienda o le partecipazioni societarie, né la quota attribuita ai legittimari non assegnatari possano venire in considerazione quale oggetto di una divisione in senso tecnico, nondimeno non può escludersi che al patto possa essere riconosciuta l’attitudine a realizzare una funzione *latu sensu* divisionale.

Infatti, dall’analisi del meccanismo del patto di famiglia, è innegabile la presenza anche di un interesse genericamente distributivo; il riconoscimento di questo ulteriore profilo causale, così come accade in rapporto al riconoscimento di un suo eventuale riflesso causale, che sarà oggetto di analisi nel prosieguo, non sottrae la detta fattispecie alla condizione di autonomo tipo contrattuale in quanto si ritiene che l’effetto anticipatorio nel senso sopra definito ben possa coesistere con un effetto di tipo divisorio, benché quest’ultimo scaturisca da un fenomeno che si discosta dal meccanismo consueto in tema di divisione; in tal modo, nel’ambito del patto di famiglia entrambi i profili, liberale e distributivo (o divisionale), sfumano in una funzione più ampia e complessa (*latu sensu* liberale, produttiva, solutoria, remissoria, divisionale), senza potersi concepire un criterio di tipo “quantitativo” che possa fungere da parametro nella scelta della relativa normativa.

**§.4.3- La tesi della causa donativa del patto di famiglia**

La qualificazione del patto di famiglia come nuovo schema contrattuale caratterizzato da una causa che può essere definita di “successione anticipata”, porta in tale sede ad escludere che tale fattispecie possa essere ricondotta nell’ambito di altre figure contrattuali già conosciute dal nostro ordinamento, con la precisazione effettuata nel paragrafo precedente circa la possibile rilevanza di una funzione latamente assimilabile a quella divisoria.

Invero, la dottrina che propende per la tesi della natura bilaterale del patto opina nel senso della riconduzione dell’istituto nell’ambito dello schema della donazione e, più precisamente, di una donazione modale ex art. 793 c.c. ravvisandosi il modus nell’obbligo di liquidazione che, ai sensi del 768-quater c.c., grava sull’assegnatario del bene. [[119]](#footnote-119)

Tale impostazione argomenta dall’assenza di ogni riferimento ad un corrispettivo della cessione nonché dal disposto dell’art. 768-quater ult. co. c.c. che sottrae alla collazione ed all’azione di riduzione l’oggetto del patto di famiglia.

La peculiarità di tale schema donativo consisterebbe nella circostanza che l’onere viene adempiuto dal donatario contestualmente alla conclusione del contratto, situazione quest’ultima giustificata dalla presenza in atto degli stessi beneficiari del modus.

L’impostazione *de qua* è, però, contraddetta da una serie di fattori; in primo luogo, l’accoglimento della tesi della struttura plurilaterale, come si è visto, vale a connotare la causa nel senso di una maggiore complessità rispetto a quella della donazione; il disponente, infatti, non intende semplicemente gratificare, attraverso l’assegnazione dell’azienda o delle partecipazioni societarie, alcuni dei suoi familiari, ma persegue altresì l’obiettivo di distribuire in modo stabile una parte almeno delle proprie sostanze in via anticipata rispetto all’apertura della propria successione.

In secondo luogo, si argomenta dalla non riconducibilità dell'intento di sistemazione anticipata dell'azienda all'*animus donandi* ed*,* inoltre, dalla assenza di un'attribuzione patrimoniale diretta disponente-non assegnatari, assenza che non permette di spiegare in relazione a questi ultimi l'imputabilità nella loro quota di legittima di quanto essi ricevono dall'assegnatario. Senza contare, poi, che dalla definizione di donazione modale di cui all’art. 793 c.c. è previsto che la donazione “può” essere gravata da un onere, con ciò indicando che il modus rappresenta un elemento accidentale del contratto cui inerisce.

Diversamente, l’obbligo di liquidazione dei legittimari imposto all’assegnatario e previsto *ex lege* nell’ambito del contratto dell’art. 768-bis c.c., non è rimesso alla discrezionalità del disponente ma rappresenta un elemento essenziale della fattispecie.

In realtà, pur non accogliendosi la tesi che ravvisa nel patto di famiglia la causa donativa, è, però, possibile compiere un’ulteriore riflessione in merito alla distinzione tra donazioni, realizzate mediante il contratto di cui agli artt.. 769 c.c., e atti di liberalità atipici previsti dall’art. 809 c.c. “che risultano da atti diversi previsti dall’art. 769 c.c.” che estende, come noto, a questi ultimi le norme previste in tema di donazioni dirette.

Ebbene, questa sistemazione, secondo alcuni autori, sembra vada ripensata proprio alla luce del nuovo patto di famiglia, in quanto esso si presenta senza dubbio quale contratto fonte di attribuzioni traslative, connotato da una certa finalità liberale. [[120]](#footnote-120)

La dottrina in commento giunge persino a propugnare, in luogo del sistema bifasico liberalità dirette – liberalità atipiche, un sistema triadico all’interno del quale si individua oggi anche la categoria delle “liberalità dirette non donative”, nelle quali è ricompreso, appunto, il patto di famiglia.

Con riferimento alla disciplina a queste ultime applicabile, si continua, esse dovranno essere assoggettate alle disposizioni in tema di donazioni, per quanto compatibili con la particolare disciplina prevista in materia di patto di famiglia.

Secondo tale tesi, pertanto, la connotazione liberale della causa del patto di famiglia ne imporrebbe l’attrazione nell’ambito della disciplina della donazione che non risulti derogata dalla specifica regolamentazione per esso formulata. Queste considerazioni porterebbero a concludere per la necessaria presenza dei testimoni nella formazione dell’atto pubblico ex art. 768-ter c.c. Ed inoltre, non pare dubbia, secondo tale tesi, l’applicabilità degli artt. 775 (in tema di annullamento della donazione fatta dall’incapace), 778 ( nullità del mandato a donare), 779 (nullità della donazione fatta dal tutore o dal protutore prima che si astato approvato il conto di gestione o sia estinta l’azione per il rendimento del conto medesimo), 787 (impugnazione della donazione per errore sul motivo), e così via; così come non vi sarebbe motivo per escludere la riserva di usufrutto ex art. 796 c.c. per mezzo della quale, analogamente a ciò che si verifica qualora il trasferimento dei beni d’impresa si sottoposto alla condizione *si paemoriar* o al termine iniziale *cum moriar*, il disponente potrebbe assicurarsi fino al termine della propria vita l’esercizio dei poteri amministrativi sull’azienda o di concorso nella gestione dell’impresa collettiva. Con un risultato, quindi, che da un punto di vista concreto, non si discosta da quello che si raggiungerebbe riconoscendo al patto natura di donazione.

Tale impostazione, invero, non può essere accolta.

In primo luogo, poiché si è condivisa l’impostazione della qualificazione causale del patto di famiglia come “successione anticipata”, rendendo ciò incompatibile con la contemporanea presenza dell’*animus donandi.*

In secondo luogo, l’avere considerato il patto di famiglia quale contratto a struttura plurilaterale e non meramente bilaterale, vale a rendere la causa più complessa rispetto a quella che ricorre in una donazione; e ciò perché il disponente non intende semplicemente gratificare l’assegnatario dell’azienda ma persegue il più ambizioso obiettivo di distribuire almeno una parte delle proprie sostanze in via anticipata rispetto all’apertura della successione.

Senza contare poi che, per quanti esercizi di ginnastica giuridica possano farsi, appare una forzatura la enucleazione di un’ulteriore categoria di liberalità, quella delle “liberalità non donative dirette” che non trova cittadinanza alcuna all’interno del nostro codice.

**§.5- Considerazioni finali in merito alla nuova fattispecie del patto di famiglia**

Secondo quanto analizzato nei precedenti paragrafi, l’obiettivo precipuo che l’intervento legislativo si proponeva di raggiungere con l’introduzione del patto di famiglia era quello di realizzare un sistema di successione nel bene impresa tale da essere programmata e realizzata in vita dall’imprenditore attraverso un meccanismo che potesse al contempo preservare il valore produttivo dell’azienda familiare e contemperare e comporre in modo stabile e definitivo gli interessi degli eredi.

La normativa sul patto di famiglia, in realtà, sembra rispondere soltanto in parte a tali finalità.

Essa appare, infatti, come un timido contributo alla realizzazione degli originali scopi, non rivestendo quella portata eversiva che ad un primo approccio sembrava potesse avere.

Il legislatore, non certo insensibile alle istanze degli operatori del diritto, pur avendo preso coscienza della necessità di un intervento riformatore nella materia *de qua*, ha tuttavia, optato per una soluzione di compromesso.

Il patto di famiglia è stato qualificato quale fattispecie di successione anticipata: anticipare la propria successione, si è detto, vuole significare garantire quella stabilità dell’attribuzione patrimoniale descritta nei paragrafi precedenti dando rilevanza e disponibilità immediata ad interessi che, normalmente, sono destinati ad acquistare rilievo solo in sede successoria.

In tal guisa, da una parte si sottrae la vicenda acquisitiva di detti beni al fenomeno successorio, dall’altra si definiscono le ragioni dei legittimari, normalmente tutelate *post mortem* tramite riduzione e collazione, che vengono ad essere realizzate immediatamente attraverso lo strumento della tacitazione ai non assegnatari dei diritti di legittima loro spettanti sui predetti beni.

Una siffatta impostazione, senza dubbio, è da considerarsi una novità assoluta per il nostro ordinamento e per i suoi principi in tema di successione.

Ma la considerazione che qui vuole farsi è che tali, dirompenti, novità, sarebbero potute conseguire ad un generale ripensamento della materia successoria, come da più parti e da molto tempo auspicato e che, invece, il legislatore del 2006 ha ritenuto di non dover effettuare.

Infatti, benché da più parti se ne propugnasse l’abrogazione, è rimasto fermo il divieto della vocazione contrattuale sancito dall’art. 458 c.c., con la sola, limitata, deroga contenuta nell’inciso iniziale della norma che ha consentito nei paragrafi precedenti di considerare il patto di famiglia alla stregua di “patto successorio anticipato”.

Si evidenzia, peraltro, che già prima dell’espressa breccia attuata alla rigidità del divieto dei patti successori dalla legge in commento, talune dichiarazioni di volontà, ove opportunamente congegnate quali negozi con effetti *post mortem*, potevano attuare *“sistemazioni contrattuali in funzione successoria”*. [[121]](#footnote-121)

Rimane fermo anche il principio di irrinunciabilità preventiva all’esercizio dell’azione di riduzione espresso dall’art. 557 c.c: invero, una scelta coraggiosa sarebbe stata quella di prevedere un’efficacia solo obbligatoria dell’azione, incapace quindi di incidere sull’attribuzione dei beni, garantendo in tal modo efficienza e certezza nella loro circolazione.

Viene altresì mantenuta l’intera normativa in materia di liberalità *inter vivos*, risultando derogate, coerentemente, solo le regole in tema di riduzione e collazione per quanto concerne la sopravvenienza di figli.

Le circoscritte deroghe apportate dalla l. n. 55 del 2006 alla normativa successoria di diritto comune in tema di vocazioni contrattuali e dei meccanismi di riduzione e di collazione, comportano, inoltre, un’ulteriore causa di ridimensionamento dell’area di operatività della novella, in quanto attribuiscono a quest’ultima il carattere di disciplina eccezionale.

A ciò consegue, alla stregua di qualsiasi normativa o singola disposizione che possieda tale carattere, la impossibilità della sua applicazione oltre i casi da essa espressamente previsti. Pertanto, la sua applicazione è rigidamente condizionata dalla rigorosa ricorrenza degli elementi oggettivi e soggettivi in essa indicati, costituendo ciò un evidente limite al principio di autonomia negoziale dell’art. 1322 c.c.

Una rivisitazione delle regole di trasmissione della ricchezza d’impresa non avrebbe dotuto trascurare inoltre esigenze e aspettative di altra natura: il diritto non può considerarsi un universo chiuso e autosufficiente ma deve aprirsi alla realtà.

Si è detto in precedenza come il tema della successione imprenditoriale, attesa l’eterogeneità dei problemi da affrontare e degli interessi da tutelare, possa essere efficacemente affrontato a condizione di seguire un percorso di tipo multidisciplinare che possa dare soluzioni sostenibili e congrue per l’imprenditore che si accinge a compiere questo passaggio così delicato per la sopravvivenza della sua azienda.

E ciò che l’imprenditore auspica per la propria azienda non è, esclusivamente, l’utilizzo di uno strumento giuridico che garantisca speditezza nell’avvicendamento generazionale ma la possibilità di potere disporre di un mezzo versatile con il quale esercitare la sua “ autonomia imprenditoriale” per regolare altri aspetti assai rilevanti che coinvolgono familiari attuali e futuri soci dell’azienda, come i profili della comunicazione tra i soci, della trasferibilità delle quote, delle regole di nomina e di funzionamento della società, dei sistemi di governo e di controllo, dei criteri di ingresso dei familiari in azienda e dei sistemi di selezione per i ruoli di vertice.

Altro è infatti la successione nell’azienda, sulla quale si esercitano diritti di proprietà e di godimento che possono essere trasferiti indipendentemente da qualità e competenze soggettive, altro è la successione nell’attività economica d’impresa in cui entrano in gioco i valori propri dell’imprenditore quali la capacità e l’ abilità organizzatoria, lo spirito d’inizitiva, le competenze etc..

Bene avrebbe fatto, pertanto, il legislatore a prevedere per il nuovo patto di famiglia oltre alle regole di trasferimento dei beni d’impresa, anche un contenuto atipico idoneo a disciplinare, secondo gli intendimenti del disponente o secondo quanto concordato con i familiari tutti quegli aspetti di governo dell’azienda che, pur non necessariamente legati alla sua titolarità o alla titolarità del capitale, comunque incidano nella sua gestione.

Nella fattispecie in esame ci si è limitati a “cancellare” i più vistosi fattori d’intralcio alla circolazione della ricchezza familiare, senza però prendere in considerazione tutti questi altri interessi, parimenti rilevanti.

L’effetto è risultato solo quello di trasmettere un patrimonio, non di adottare soluzioni relativamente al sistema di amministrazione dell’impresa.

In tal senso, il patto di famiglia è da considerarsi solo il punto di partenza verso il traguardo di una gestione del passaggio generazionale dell’impresa che possa realmente soddisfare ogni aspettativa dell’imprenditore.

**BIBLIOGRAFIA**

AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*,in *Riv. not*.,2006;

BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. Civ. comm.* 2006

BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001

BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contratto ed impresa*, 2007

BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario* in Riv.not. 2000

BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2003

Bontempi, *Acquisizione societaria mediante procedimento di fusione e liceità dei cd. Leveraged buy-out nell'ordinamento giuridico italiano* (nota a Tribunale Milano, 14 maggio 1992), in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1993, I

BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano* in *Jus*,1997

BUCELLI – GALLI, *Impresa e mutamento generazionale. Il passaggio generazionale nell’impresa*, Torino, 2005.

CACCAVALE *Contratto e successioni*, in *Tratt. contr.*, a cura di Roppo, Milano, 2006, VI

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002

CAPRIOLI, *La successione mortis causa nei crediti aziendali: brevi riflessioni sui rapporti tra comunione incidentale d’azienda ed esercizio di attività d’impresa.*

CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita not*., 1998,

CASULLI, voce *Successione necessaria*, in Noviss.Dig. it., Appendice, VII, Torino, 1987

CATTANEO, La vocazione *necessaria e la vocazione legittima*, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno

CAVALLUCCI, VANNINI, *La successione dei legittimari*, Torino, 2006.

CORSINI, *Trust e diritti dei legittimari e dell’erario in Italia*, in *Riv. not.*, 1998

COTTINO, *L’imprenditore. Diritto commerciale,* I, Padova, 2000

DE NOVA in De Nova-Delfini-Rampolla-Venditti, Il patto di famiglia, Milano, 2006.

DE ROSA, RUSSO, *Passaggio generazionale e successione in azienda* in *Guida pratica fiscale*, 2007

DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, Milano, 2007

FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958

GABRIELLI, *rapporti familiari e libertà di testare* in Familia, I

GALGANO in *Fondazione*, in *Enc.Giur.Treccani* , Roma, 1989, XIV

GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione, degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV* *Convenzione dell’Aja,* in *Riv. dir. civ*., 2002, II

GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patti di famiglia*, in *Giust. Civ*., 2006;

GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria,* in *www.judicium.it*

GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*

GRIMALDI, *Droit civil*. Successions,Paris, 2001.

GROSSO, BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, XII, I, Torino, 1977

IEVA, Il profilo giuridico della trasmissione dell’attività imprenditoriale in funzione successoria in Riv. not., 2000

IEVA, Il trasferimento dei beni *produttivi in funzione successoria:patto di famiglia e patto di impresa.profili generali di revisione del divieto dei patti successori,*in *Riv. not*.,1997

IUDICA, *Il family buy out come strumento di preservazione del valore dell’impresa nella successione mortis causa* in *Atti del Convegno in onore di FALZEA,* Messina, giugno 2002

LUPETTI, *Il finanziamento dell’operazione:family buy out*. Milano, 2006.

LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore del trust*, in *Riv. not.*, 2001, I,

MANES in *Contr. e Impr.,* 2004,

MARTINELLI, *Introduzione*, in BOLDIZZONI, *L’impresa familiare,* il sole 24 ore, Milano, 1988

MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L’ordinamento successorio italiano dopo la legge n.55 del 2006* in AA.VV., *Patti di famiglia per l’impresa*

MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu e F. Messineo 4ª ed., Milano, 2000;

MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, Milano, 2006.

MONTALENTI, Il *leveraged buy out* in *Enc. Giur. Treccani.*

MOSCATI, *Associazioni e fondazioni, finalità fiduciaria e loro rilevanza*, in *N.Giur.Comm,* 1996, II,

OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006.

P. JOVENITTI, *Strategie mobiliari per la continuità e la successione d’impresa*, Egea, Milano, 1998.

PALAZZO , *Le successioni* Giuffrè, Milano, 1996

PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)* in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998, Milano

PESERI, *L’applicazione* *dei trusts in Italia*, in *Rass. dir. civ*., 1997

PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia* in *Riv. Not*., 2006

PFNISTER, *La clausola di diseredazione,* in Riv. Not., 2000

R. NICOLO’, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in Vita not. 1971

RESCIGNO in AA.VV. *La trasmissione familiare della ricchezza,* Padova,1995

RESCIGNO Presentazione al volume di PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983

RESCIGNO, in voce *Contratt*o in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988

RODOTA’ *Ipotesi sul diritto privato* in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971

S.BARTOLI, *Il trust ed il divieto dei patti successori*, Trust, 2002

SALARIA in *Il leveraged buy out nella riforma societaria* in *Le società* n. 7/2004

SCALISI , “*Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*”, in *La civilistica italiana* *dagli anni ’50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991

SESTA, *Diritto di famiglia,* Padova, 2005

SHLESINGER, *Interessi dell’impresa ed interessi familiari nella vicenda successoria*, in Aa. Vv., La trasmissione familiare della ricchezza, Padova, 1995

TASSINARI, *Il patto di famiglia* in AA.VV. *Il patto di famiglia per l’impresa, Quaderni della* *fondazione italiana per il Notariato*, 2006

TUCCI, “*Trasmissione dell’impresa e strumenti alternativi*”, Roma

TUCCI, *Concorso dei creditori, cause di prelazione e revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.,* 2000.

VITUCCI (2006), *Ipotesi sul patto di famiglia*, *Rivista di diritto civile,* n. 4

1. Nel fare riferimento alla locuzione “successione d’impresa” è evidente l’improprietà terminologica nella quale è peraltro incappato anche il legislatore fiscale (art 4 lett.e D.P.R. 26 aprile 1986n.131). Infatti impresa altro non è se non l’esercizio professionale di “un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi” (art 2082c.c.). L’esercizio di una tale attività può essere imputabile ad un soggetto persona fisica o ad un soggetto collettivo (cioè una società, non ritenendosi in base all’orientamento dominante che possa esservi esercizio collettivo di un’impresa al di fuori della società).Ora è chiaro che sul piano giuridico non può esserci continuazione dell’impresa se l’imprenditore individuale cessa o muore, così come non ha senso sul piano strettamente giuridico porsi problemi di continuazione dell’impresa nel caso in cui l’impresa si esercitata in forma societaria e si verifichino, anche a causa di morte, mutamenti nella compagine sociale o avvicendamenti nell’organo amministrativo.

   A livello terminologico, pertanto, in caso di morte dell’imprenditore non si ha successione nell’impresa bensì nell’azienda. La morte dell’imprenditore implica che i chiamati subentrino nella proprietà dell’azienda. Non necessariamente nella conduzione della impresa. Così potrà darsi che l’impresa sia condotta da uno solo dei chiamati all’eredità permanendo la comunione d’azienda; potrà pure darsi che l’azienda sia assegnata in sede di divisione ereditaria ad un solo erede che continuerà nell’esercizio dell’impresa a titolo individuale; potrà darsi ancora che i comunisti decidano di esercitare l’attività in forma collettiva dando vita ad una società. La morte dell’imprenditore apre dunque una fase di incertezza in ordine alla conduzione dell’impresa. Azienda ed attività, sotto il profilo giuridico, sopravvivono alla morte dell’imprenditore. Tuttavia, il riferimento è a situazioni di fatto e non di diritto e sia pertanto consentita la licenza terminologica e concettuale di considerare sullo stesso piano l’imprenditore individuale, l’unico azionista, il socio tiranno o comunque il socio detentore del pacchetto di controllo della società, al limitato fine di evidenziare le esigenze che emergono nella successione d’impresa. Sulla inadeguatezza dell’espressione “successione nell’impresa”, pur utilissima per semplificare il discorso volendo riferirsi agli “strumenti giuridici idonei alla continuazione alla continuazione dell’attività imprenditoriale per successione di determinati sopravviventi” PALAZZO, *Autonomia contrattuale* *e successioni anomale*, cit.,p.160 nota 2, richiama l’insegnamento di COTTINO, *L’imprenditore. Diritto commerciale,* I, Padova, 2000, p.237, che la definisce non appropriata *“dato che l’impresa è attività economica in cui non si succede, ma che si esercita divenendo imprenditori”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Anticipando quanto sarà oggetto di apposita trattazione, tali esigenze saranno in parte soddisfatte dalla legge n. 55 del 2006 in tema di patto di famiglia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Analogamente al fenomeno della cd *family economy* negli Stati Uniti d’America ove le aziende controllate dalle stesse famiglie che le hanno fondate hanno più successo delle concorrenti non familiari e costituiscono il vero punto di forza dell’economia americana. [↑](#footnote-ref-3)
4. Raccomandazione della Commissione 94/1069/CE sulla successione delle piccole e medie imprese. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sottolinea che la finalità della proficua continuazione dell’attività produttività è interesse proprio dell’imprenditore (per ragioni di ordine economico-familiare ed anche per quel fenomeno di identificazione, sotto il profilo psicologico, dell’imprenditore con la propria impresa) ed al tempo stesso interesse generale, IEVA, Il profilo giuridico della trasmissione dell’attività imprenditoriale in funzione successoria in Riv. not., 2000, I, p.1344. [↑](#footnote-ref-5)
6. Così, SHLESINGER, *Interessi dell’impresa ed interessi familiari nella vicenda successoria*, in Aa. Vv., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, p. 137. [↑](#footnote-ref-6)
7. C’è chi, come I.S.Lansberg (1983), ha evidenziato la centralità delle risorse umane nell’ambito delle imprese familiari, caratterizzate, secondo l’autore, da una sovrapposizione istituzionale (*institutional overlap*) tra norme che regolano l’impresa da un lato e quelle familiari dall’altro. Mentre ai suoi albori l’impresa trae vantaggio da questa sovrapposizione, con il consolidarsi del business essa genera molti conflitti perchè emergono contraddizioni tra i principi familiari e le esigenze dell’impresa. [↑](#footnote-ref-7)
8. Incidentalmente, può rivestire interesse accennare agli studi condotti da Martinelli, nell’ambito dell’approccio sociologico alla trasmissione dell’impresa; approccio rivolto a riconoscere la forza e la validità dell’imprenditorialità familiare e l’indissolubile legame che unisce il destino della famiglia e le sorti dell’impresa. L’autore, in proposito, individua i fattori più rilevanti che contribuiscono alla persistente importanza dell’impresa familiare e del legame tra impresa e famiglia; i principali benefici e difficoltà che derivano dalla gestione e dal controllo familiare dell’impresa;: il problema della successione con riferimento al ciclo di vita dell’azienda. Lo studio individua tre fattori che rendono importante l’impresa familiare: la famiglia costituisce la principale base motivazionale per l’investimento e il lavoro; nell’impresa familiare operano congiuntamente i principali tipi di motivazione: economici, di appartenenza e di realizzazione; la famiglia rappresenta una struttura di protezione e una fonte primaria di solidarietà e sostegno nei momenti difficili. Grande importanza rivestono per lo studioso la congiuntura economica e sociale e la particolare fase del ciclo di vita che essa sta attraversando. Infatti, i rischi aumentano se la successione si verifica in una fase recessiva o in momenti delicati per la vita dell’impresa. Cfr. MARTINELLI, *Introduzione*, in BOLDIZZONI, *L’impresa familiare,* il sole 24 ore, Milano, 1988, p.11 e segg. [↑](#footnote-ref-8)
9. L’insensibilità dell’ordinamento alla qualità dei soggetti e alla natura dei beni è anche al centro dei rilievi di V. Scalisi, “*Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*”, in *La civilistica italiana* *dagli anni ’50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, pagg.155, 159, 161, 164; [↑](#footnote-ref-9)
10. Un esempio giurisprudenziale può essere di ausilio nella comprensione della questione in Cass. 2 marzo 2005, n. 4442, in Giustizia civile, 2006, I, p. 1273 ss., con nota di A. Caprioli, *La successione mortis causa nei crediti aziendali: brevi riflessioni sui rapporti tra comunione incidentale d’azienda ed esercizio di attività d’impresa.* Alla morte del padre, imprenditore, deceduto senza aver fatto testamento, subentrano i due figli di cui uno avviato dal padre all’attività dell’impresa e l’altro estraneo. Il figlio imprenditore contesta al fratello la contitolarità di un credito sorto in ragione della gestione dell’azienda paterna. Sul punto la cassazione reputa *«giuridicamente erronea la prospettiva in cui si colloca il ricorrente, quando sembra postulare una sorta di autonomia patrimoniale dell’impresa paterna rispetto alla restante parte del patrimonio caduto in successione”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. La citazione è tratta da G. Tucci, “*Trasmissione dell’impresa e strumenti alternativi*”, Roma., pag. 519. [↑](#footnote-ref-11)
12. Si consideri l’ipotesi di concorso a larga partecipazione di familiari, soprattutto figli numerosi che succedono “in parti uguali”, e lo stesso istituto della rappresentazione (artt. 468, 536, co. 3, c.c.) [↑](#footnote-ref-12)
13. La devoluzione dell'azienda avviene per testamento allorché l'imprenditore eserciti la facoltà di stabilire le modalità di trasmissione del proprio patrimonio ed in particolare di:

    -nominare gli eredi;

    -determinare le rispettive quote di partecipazione alla comunione ereditaria;

    -dividere direttamente tutti o alcuni beni , e dunque anche l'azienda , tra i singoli coeredi.

    L'imprenditore può, sempre mediante testamento, trasferire l'azienda ad un beneficiario senza per questo nominarlo erede e ciò tramite una disposizione testamentaria a titolo particolare. In questo caso il beneficiario subentra automaticamente ,e dunque senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunziare, nella titolarità dell'azienda, sebbene debba chiedere agli eredi di essere immesso nel possesso dei beni che la compongono. Secondo i principi generali, la distinzione tra istituzione di erede e legato rileva essenzialmente ai fini della responsabilità per i debiti ereditari: l'erede subentra infatti nella generalità del patrimonio del defunto o in una sua quota e, conseguentemente, risponde dei debiti ereditari per intero o, in caso di pluralità di eredi, in proporzione della propria quota ereditaria; il legatario è tenuto all'adempimento dei soli oneri previsti dal testatore ed in ogni caso entro i limiti del valore della cosa legata. [↑](#footnote-ref-13)
14. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario* in Riv.not. 2000, I, pp 795 ss.; Antonio PALAZZO , *Le successioni* Giuffrè, Milano, 1996, parla di *“funzione centrale del testamento in seno al diritto successorio” e sostiene che “la piena realizzazione degli interessi riguardanti le qualità delle persone beneficiate, e quelle dei beni caduti in successione, può avvenire soltanto con la rivitalizzazione del testamento*” [↑](#footnote-ref-14)
15. La clausola di diseredazione può essere esclusivamente rivolta ad escludere dalla successione legittima gli eredi legittimi non legittimari. Vds inoltre PFNISTER, *La clausola di diseredazione,* in Riv. Not., 2000, p.913 ss [↑](#footnote-ref-15)
16. Cass 15 gennaio 2003 n.502 in *Vita notarile*, 2003 p.269. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cosi Pietro RESCIGNO in AA.VV. *La trasmissione familiare della ricchezza,* Padova,1995 [↑](#footnote-ref-17)
18. Si pensi alle disastrose conseguenze che potrebbe subire un’azienda oggetto di azione di riduzione da parte di un coerede che si ritenga leso nella sua quota di legittima. [↑](#footnote-ref-18)
19. In particolare si tratta dei prossimi congiunti del *de cuius:* coniuge, discendenti (legittimi,naturali, adottivi) e ascendenti [↑](#footnote-ref-19)
20. Sulla successione necessaria, in generale, GROSSO, BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, XII, I, Torino, 1977, p. 85; CASULLI, voce *Successione necessaria*, in Noviss.Dig. it., Appendice, VII, Torino, 1987, p. 631;BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 587;BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2003, p. 117; CATTANEO, La vocazione *necessaria e la vocazione legittima*, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, 5, I,. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, 4ª ed., Milano, 2000;CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002; CAVALLUCCI, VANNINI, *La successione dei legittimari*, Torino, 2006. [↑](#footnote-ref-20)
21. Tale libertà negoziale dei privati a disporre del loro patrimonio è sottolineata dalla Costituzione stessa, laddove si riconosce la funzione sociale della proprietà (art 42). [↑](#footnote-ref-21)
22. Prima tra tutte, la legge di riforma del diritto di famiglia 151/1975 [↑](#footnote-ref-22)
23. M. SESTA, *Diritto di famiglia,* Padova, 2005. Pag 27. [↑](#footnote-ref-23)
24. Si veda la pesante critica di GAZZONI, in GAZZONI, *Competitività e dannosità dellas uccessione necessaria,* in *www.judicium.it,* il quale sottolinea come “*….l’Italia..nella sua arretratezza e inciviltà (anche) giuridica, è rimasta…all’epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. Di regola l’età a cui i figli lasciano i genitori si è notevolmente alzata rispetto a 20-30 anni fa,con la conseguenza che i figli godono maggiormente dei benefici traibili dal patrimonio del *de cuius* [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. GABRIELLI, *rapporti familiari e libertà di testare* in Familia, I, p.11 [↑](#footnote-ref-26)
27. GRIMALDI, *Droit civil*. Successions,Paris, 2001. [↑](#footnote-ref-27)
28. Così, RODOTA’ *Ipotesi sul diritto privato* in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971 [↑](#footnote-ref-28)
29. Art 1 Raccomandazione della Commissione Europea 7 dicembre 1994 sulla trasmissione delle piccole e medie imprese cit. [↑](#footnote-ref-29)
30. Peraltro, il fatto che un generale divieto di patti successori risulti introdotto solo nell’ambito del sistema successorio feudale (che rifiuta la concezione secondo la quale il potere di disporre dei propri beni a causa di morte discende direttamente dal diritto di proprietà) – sistema caratterizzato dal principio di frazionamento della proprietà per impedire la trasmissione integrale di grandi patrimoni e la conseguente conservazione dei privilegi tipici dell’ordinamento feudale – consente di accedere ad un suo diverso fondamento (contrapposto rispetto alla salvaguardia della libertà di testare, propria di una concezione “individualista” dalla successione a causa di morte) che può riassumersi nell’esigenza di evitare da parte del *de cuius* abusi a danno dell’uguaglianza tra gli eredi ovvero elusione dei suoi doveri di assistenza familiare. Per un più generale approfondimento sul fondamento storico dell’art. 458, MENGONI; *Successioni a causa di morte, Successione* *necessaria, Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano,2000 [↑](#footnote-ref-30)
31. Nozione e fondamento di ciascuno dei diversi tipi di patto successorio risultano particolarmente analizzati in Cass., 9 maggio 2000 n. 5870 (nota in Rivista del notariato 2001, 227 ss) che, adeguandosi ai rilievi dottrinali volti a ridurre lo spazio del divieto previsto dal 458 c.c. ne ha fornito la seguente ricostruzione: “il tema dei patti successori e del divieto, sancito dal 458c.c., si intreccia con l’analisi di una puntuale nozione di simili patti e della rilevanza di quegli strumenti propri dell’autonomia contrattuale che, adattati secondo opportuni schemi, consentono la devoluzione di beni in vista e in conseguenza della propria morte al di fuori del testamento, senza, peraltro, incorrere nel suddetto divieto”. A tal fine, la Suprema Corte ha individuato gli elementi tramite i quali ravvisare la sussistenza di un patto successorio nullo; per poter stabilire se una data convenzione cada o meno sotto la scure della nullità ex 458 c.c. occorre verificare: 1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi dello *jus poenitendi*; 4) se l’acquirente abbia contrattato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto avere luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato. Tale sentenza ricalca quella più antica (Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, I, p. 700, ed in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1536) ritenuta la pietra miliare nel percorso sull’individuazione degli elementi dei patti successori ed oggi confermata anche da Cass. 19 novembre 2009, n. 24450.Da quanto precisato, la Suprema Corte nella fattispecie rimessa al suo giudizio, conclude nella non ricorrenza di un patto successorio vietato qualora, pur ricorrendo un atto giuridicamente vincolante, il successivo accordo contenuto nel testamento sia stato posto in essere dal testatore non nell’ottica di adempiere al precedente impegno, bensì in piena libertà, scevro da ogni condizionamento. [↑](#footnote-ref-31)
32. GIAMPICCOLO Il Contenuto atipico del testamento, cit. [↑](#footnote-ref-32)
33. R. NICOLO’, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in Vita not. 1971, p.148., che esclude l’attribuzione patrimoniale *mortis causa* mediante negozi diversi dal testamento. Attribuzioni *mortis causa* sono allora “quelle disposizioni che sul piano degli effetti si risolvono in uno spostamento patrimoniale da una sfera giuridica ad un’altra, escludendo quindi quegli atti (che possono anche essere atti non negoziali) che hanno natura di atti *mortis causa*, ma che non hanno la forma del testamento o possono non averla (per esempio atto con cui si stabiliscono delle donazioni alla madre per l’esercizio della patria potestà, o quello in cui si nomina l’amministratore del patrimonio familiare, ecc.). Sono atti questi che secondo la legge possono essere fatti sia con atto formalmente non testamentario sia con testamento. E sono tuttavia atti *mortis causa* perché sono diretti a regolare una situazione che trova origine soltanto nella morte. Però questi atti, pur qualificandosi *mortis causa*, non sono atti attributivi, dimodoché può essere accettata come vera la premessa dalla quale partivo, che nel nostro sistema giuridico, le attribuzioni patrimoniali *mortis causa* in senso tecnico trovano la loro fonte unicamente nel testamento.”

    Altra parte della dottrina ritiene, invece, che fra i c.d. negozi a causa di morte attributivi debbano annoverarsi anche la dispensa da collazione (737 c.c.) e la dispensa dalla imputazione per esercizio dell’azione di riduzione (art 564, comma 2, c.c.) qualora non siano contenute in un testamento ma in un atto di donazione o- come pure si ritiene ammissibile- in un atto *inter vivos* posteriore alla donazione; queste dispense, infatti, pur avendo struttura *inter vivos* (ed essendo quindi irrevocabili), sarebbero veri e propri autonomi negozi a causa di morte eccezionalmente validi che incidono solo dopo la morte del de cuius nell’assetto successorio-patrimoniale dei coeredi: rispetto ad esse l’evento morte non sarebbe solo l’occasione di produzione degli effetti, ma costituirebbe presupposto esclusivo e determinante, poiché la dispensa per sua natura non può mai essere concepita avulsa dall’aventualità di una successione apertasi a favore di più coeredi. Così, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p.245 ss; così anche CAPOZZI, *Successioni e donazioni*,Milano, 1983, p. 325. [↑](#footnote-ref-33)
34. D’altra parte, un atto con effetti *post mortem*, ma revocabile *ad nutum* ed *usque ad mortem* trova già spazio nella previsione della legge, come nel caso delcontratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi alla morte dello stipulante (art. 1412,1° comma, c.c.) [↑](#footnote-ref-34)
35. Così, RESCIGNO Presentazione al volume di PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983 p.62. [↑](#footnote-ref-35)
36. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983. [↑](#footnote-ref-36)
37. La dottrina ha inoltre elaborato due altre diverse accezioni del concetto di unità della successione: in primo luogo, un significato più ristretto che individua, appunto, come unico il complesso delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo al *de cuius*; tale caratteristica emerge anche a livello linguistico: nessuno penserebbe di sostituire all’espressione “massa ereditaria” quella di “masse ereditarie”. È stato, infine, elaborato un più ampio concetto, definendo unitarietà della successione *mortis causa* il fenomeno per cui la successione nella somma delle posizioni giuridiche spettanti al defunto riceve una unica regolazione legislativa. [↑](#footnote-ref-37)
38. A seconda che il legittimario abbia diritto di percepire un valore pari a quello della quota di patrimonio spettante gli ovvero a conseguire quella stessa quota in natura, composta di una frazione proporzionale di ciascun bene esistente nell’asse. [↑](#footnote-ref-38)
39. RODOTA’, Ipotesi sul diritto privato, in Il diritto privato nella società moderna, Bologna, 1971, p.13. [↑](#footnote-ref-39)
40. RODOTA’, op. ult. cit., p.14. [↑](#footnote-ref-40)
41. Si fa riferimento ad esempio all’istituto della fondazione oggetto di trattazione in altra parte della ricerca [↑](#footnote-ref-41)
42. Si prende in considerazione essenzialmente l’istituto del trust che trova ampia applicazione nei paesi di *common law* [↑](#footnote-ref-42)
43. In questo senso, hanno costituito un essenziale riferimento gli studi di GIAMPICCOLO ed in particolare, la ormai nota bipartizione tra atti *mortis causa* (vietati) e atti *post mortem* (ammessi). Sul punto si rinvia al capitolo II, paragrafo 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. DE ROSA, RUSSO, *Passaggio generazionale e successione in azienda* in *Guida pratica fiscale*, 2007. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ciò è evidentemente possibile solo a condizione che ci si muova nell’ambito della teoria della intangibilità quantitativa della quota di riserva. [↑](#footnote-ref-45)
46. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita not*., 1998, 1327 ss; F.V. PESERI, *L’applicazione* *dei trusts in Italia*, in *Rass. dir. civ*., 1997, 455 ss.;); M. LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore del trust*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 1161 ss.; L. CORSINI, *Trust e diritti dei legittimari e dell’erario in Italia*, in *Riv. not.*, 1998, p. 74. [↑](#footnote-ref-46)
47. Il modello di trust delineato dalla disciplina convenzionale è stato definito “amorfo” in quanto essa, non contenendo disposizioni sostanziali uniformi, si limita a definirne i requisiti minimi, rifacendosi essenzialmente a quanto previsto dall’ordinamento anglosassone. Sul punto LUPOI, *Trusts,* Milano, 2001. [↑](#footnote-ref-47)
48. I quali però, come si dirà nel prosieguo della trattazione, potrebbero esperire l’azione revocatoria qualora la loro pretesa fosse anteriore alla costituzione dei beni in trust ovvero, se posteriore, dimostrandone la preordinazione. [↑](#footnote-ref-48)
49. Secondo Lupoi, *I trusts*, cit. guardare al trust come un patrimonio separato “è riduttivo”. [↑](#footnote-ref-49)
50. Tra gli altri, LUPOI op.ul.cit [↑](#footnote-ref-50)
51. Tra gli altri, G. BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano* in *Jus*,1997,11. [↑](#footnote-ref-51)
52. Trib.Belluno, 25 settembre 2002 in *Nuova giur. Civ. comm*., 2003, I, 329. [↑](#footnote-ref-52)
53. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione, degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV* *Convenzione dell’Aja,* in *Riv. dir. civ*., 2002, II, 257 [↑](#footnote-ref-53)
54. Si veda G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)* in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998, Milano, 339 ss.). [↑](#footnote-ref-54)
55. Senza contare che, secondo certa dottrina, la configurabilità di negozi traslativi atipici trova fondamento nel principio di autonomia cfr. G. PALERMO,op.ul.cit. [↑](#footnote-ref-55)
56. CASTRONOVO, op.ul.cit.,; F.V. PESERI,op.ul.cit. [↑](#footnote-ref-56)
57. Nell’ambito del c.c. si veda ad esempio il fondo patrimoniale di cui agli artt. 167ss.; nell’ambito delle deroghe introdotte dalla legislazione speciale, si vedano l’art 22 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 in materia di intermediazione finanziaria e l’art 2 comma 2 della legge 23 novembre 2001 n. 410, in tema di società di cartolarizzazione. [↑](#footnote-ref-57)
58. S.BARTOLI, *Il trust ed il divieto dei patti successori*, Trust, 2002.. [↑](#footnote-ref-58)
59. TUCCI, *Concorso dei creditori, cause di prelazione e revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.,* 2000. [↑](#footnote-ref-59)
60. Possibilità riconosciuta anche dalla giurisprudenza: *“Il creditore che abbia esperito vittoriosamente l'azione revocatoria dell'atto di conferimento di beni in trust da parte del proprio debitore, e nei cui confronti detto atto sia stato dichiarato inefficace dal giudice, può legittimamente sottoporre a pignoramento i beni che siano nella titolarità del trustee facendo ricorso alle forme dell'espropriazione presso il terzo proprietario, atteso il venir meno del vincolo segregativo nascente dall'atto istitutivo del trust”* Trib. Torino, 5 maggio 2009; [↑](#footnote-ref-60)
61. L’atto istitutivo di un *trust* è distinto rispetto all’atto di conferimento dei beni al *trustee*: il primo è un atto unilaterale del disponente che contiene il programma, nomina il soggetto che dovrà porlo in essere (il *trustee*), determina la durata, individua i beneficiari o lo scopo del *trust* e la legge regolatrice del rapporto; il secondo è il negozio di dotazione dei beni al *trustee* per costituire il fondo in *trust*, la cui causa non è una liberalità ma, appunto, il *trust.* [↑](#footnote-ref-61)
62. Come del resto è stato sempre riconosciuto nella nostra dottrina e giurisprudenza, sviluppatesi in particolare con riferimento al contratto preliminare, oggetto dell’azione revocatoria non può mai essere un negozio che non incida in maniera negativa sul patrimonio di chi lo pone in essere, tanto è vero che la revocatoria del preliminare viene ammessa da una parte della dottrina solo in base all’attuale e nuova disciplina dello stesso ( artt. 2645- *bis,* 2775-*bis* cod. civ.); e ciò in quanto quest’ultima, innovando la precedente disciplina, prevede, come effetto collaterale del contratto ed in conseguenza della sua trascrizione, il sorgere del privilegio immobiliare sul bene oggetto del contratto; effetto che senza dubbio scompensa la posizione dei creditori. [↑](#footnote-ref-62)
63. Infatti, nel primo comma si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre nel secondo comma sono considerati atti di minore gravità, che si ritengono conciliabili con il normale regime dell’onere della prova. [↑](#footnote-ref-63)
64. cfr. Trib Cassino 8 gennaio 2009 “Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione de L'Aja è possibile negare il riconoscimento di un trust "interno" nel caso in cui il ricorso all'istituto e alla disciplina straniera appaia fraudolento, volto, cioè, a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare. In tal caso, il giudice dovrà valutare se l'atto istitutivo del trust sia o meno portatore di interessi meritevoli di tutela senza limitarsi alla semplice definizione dello scopo, ma estendendo l'analisi al "programma" che si è prefissato il disponente nel momento in cui ha deciso di dar vita al trust.” [↑](#footnote-ref-64)
65. Così, Trib. Lucca, 23-9-1997, in *FI*, 1998, I, 2007 e 3391 che ha dichiarato *"ammissibili, ma ... soggette a riduzione, le disposizioni testamentarie redatte all’estero che istituiscono un trust di ultima volontà in violazione delle norme sulla successione necessaria"*. [↑](#footnote-ref-65)
66. così, Trib.Lucca, cit. [↑](#footnote-ref-66)
67. Una parte della dottrina ritiene che solo laddove il trust abbia i caratteri della gratuità e della irrevocabilità sia avvicinabile alla figura del patto successorio (M. LUPOI, op. cit., p.664); non sembra però certa l’indispensabilità di detti requisiti. È stato notato, infatti, che la natura di patto successorio *“non è esclusa dalla circostanza che in esso sia eventualmente prevista una clausola attributiva del diritto di recesso al disponente*” (S.BARTOLI, op.ul.cit). Nello stesso senso C.Castronovo, in *Il trust e “sostiene Lupoi”,* *Europa e dir. priv*., 1998, afferma che *“non è la revocabilità o la non revocabilità la ratio del divieto dei patti successori, ma la personalità dell’atto di disposizione mortis causa. Quando allora il trust, revocabile o meno che sia, si atteggia concretamente a patto con il quale si dispone della propria successione, viene a confliggere con la norma imperativa che dichiara nulli i patti successori”.* [↑](#footnote-ref-67)
68. Il *trustee*, individuato in relazione alle specifiche competenze in materia, avrebbe l'obbligo di gestire l’impresa con criteri manageriali, di devolvere la parte di utili non reinvestiti in azienda in favore dei figli e/o del coniuge del disponente ed infine di trasferire, al termine della durata del trust (che, per la maggior parte delle leggi straniere, non può essere a tempo indeterminato, essendovi limiti di durata massima), l'azienda stessa ai discendenti del disponente. [↑](#footnote-ref-68)
69. Il *trust* può ulteriormente essere utilizzato anche al di fuori della trasmissione generazionale, ovvero al di fuori della cerchia dei familiari dell’imprenditore. In tale evenienza quest’ultimo può costituire una valida alternativa all’istituto del patto di famiglia, di cui si tratterà nella seconda parte del presente lavoro. Si pensi al caso dell'imprenditore che desidera che la propria azienda non venga smembrata nel momento in cui egli dovrà lasciarne la gestione, o in occasione del proprio decesso, e ritenga, inoltre, che nessuno dei propri più stretti congiunti abbia maturato quelle capacità manageriali necessarie per subentrargli nel ruolo direttivo. In tale ipotesi, non è utilizzabile il nuovo istituto del patto di famiglia per carenza dei presupposti soggettivi e pertanto la predisposizione di un trust interno che preveda il trasferimento dell'azienda ad uno o più *trustee* potrebbe costituire una soluzione adeguata. [↑](#footnote-ref-69)
70. Non è detto, infatti, che le partecipazioni vengano trasferite fin dal momento dell’istituzione del trust. Ci si può impegnare a farlo entro un determinato periodo di tempo o, addirittura, con il testamento, come atto di ultima volontà e, intanto, mantenere il controllo sulle partecipazioni che si vogliono conferire in trust. [↑](#footnote-ref-70)
71. Ciò attraverso l’utilizzo dello strumento nella c.d. *lettera di auspici* (*letter of wishes*) che accompagna l’istituzione del trust (ma non è necessariamente contestuale ad essa) e contiene i desiderata del disponente. Tale documento contiene i “desideri” del disponente in merito ad alcune situazioni che potrebbero occorrere durante la vigenza del trust, che si traducono in indicazioni di comportamento, non vincolanti, per il trustee. [↑](#footnote-ref-71)
72. In trust impiegati per il passaggio generazionale, le *lettere di auspici* normalmente contengono indicazioni sulla selezione e designazione dei beneficiari, sui comportamenti da assumere quando l’impresa si trovi di fronte a situazioni critiche o scelte strategiche decisive, sulla nomina degli amministratori, nonché precisazioni e interpretazioni di regole dell’atto istitutivo. Tale documento ha anche il compito di svolgere una sorta di “tagliando di controllo”, aggiornando il contenuto dell’atto trust in base a nuovi eventi d’interesse economico e familiare e attualizzando le linee guida indicate al trustee. [↑](#footnote-ref-72)
73. Per mitigare ulteriormente la rigidità dell’effetto dello spossessamento nell’eventualità in cui oggetto del trust siano partecipazioni sociali, è diffusa la prassi che vede il disponente conferire in trust la nuda proprietà delle partecipazioni, riservando per sé l’usufrutto. Com’è noto, l’usufrutto è un diritto reale di godimento che attribuisce al titolare il diritto di godere della cosa, traendo da essa ogni utilità economica, nei limiti della legge e dell’atto costitutivo, rispettando la sua destinazione economica (art. 981 e ss. c.c.). Indubbiamente, il mantenimento dell’usufrutto in capo al *dominus* non lascia a questi soltanto la sensazione del controllo sull’impresa, ma un effettivo potere di gestione. Salvo patto contrario, infatti, il diritto di voto spetta all’usufruttuario (art. 2352 c.c. in materia di Spa, ma applicabile anche alle Srl in forza del rinvio esplicito ai sensi dell’articolo 2471-*bis* c.c.) insieme al diritto di beneficiare degli utili.La soluzione, benché diffusa, presta il fianco ad alcuni dubbi. Su tutti si segnali un aspetto che l’inciso dell’articolo 981 c.c. non manca di sottolineare in modo piuttosto perentorio quando afferma che il diritto dell’usufruttuario di godere della cosa (in questo caso: le partecipazioni) è limitato dal rispetto della sua destinazione economica. Ciò significa che il nudo proprietario ha il diritto di pretendere che la sua partecipazione venga amministrata in modo diligente, in caso contrario l’usufruttuario potrebbe incorrere nel risarcimento del danno,oltre ad aversi la cessazione dell’usufrutto (art. 1015 c.c.). Il *trustee* nella qualità di nudo proprietario, quindi, ha paradossalmente il diritto di pretendere che mai alcuna deliberazione venga assunta dall’usufruttuario contro gli interessi del *trust* e dei beneficiari, che nella gestione di una partecipazione può voler dire rendere conto di delibere assembleari assunte o atti amministrativi compiuti che possono portare, nei casi più conflittuali, fino alla richiesta da parte del *trustee* di ricostituzione della piena proprietà in favore del *trust.*Non si vuole qui negare la validità dello schema che si fonda sulla scissione tra proprietà nuda e usufrutto, ma si vuole soltanto sottolineare che la particolarità del bene, oggetto di tale scissione, incide su alcuni meccanismi di un istituto giuridico, l’usufrutto, pensato per trovare applicazione in materia di proprietà fondiaria. E’ per questa ragione che, ad avviso di chi scrive, eventuali temperamenti dell’effetto di spossessamento devono essere ricercati all’interno del meccanismo di funzionamento del trust, che a tal fine prevede alcune naturali modulazioni che di fatto alleggeriscono la radicalità del trasferimento. [↑](#footnote-ref-73)
74. Nella ricerca di temperamenti dell’effetto di spossessamento non bisogna trascurare infine la figura del Guardiano. La sua funzione è quella di sorvegliare l’operato del *trustee* e di verificare l’osservanza delle regole dedotte nell’atto istitutivo. Scelto tra soggetti che godono della fiducia dell’imprenditore istituente (professionisti, familiari, o altri soggetti di specchiata moralità), il Guardiano può essere effettivamente considerato la proiezione all’interno del *trust* della volontà dell’imprenditore. La sua attività non può peraltro mai sconfinare in vere e proprie funzioni gestorie assimilabili all’attività del *trustee*. L’atto di *trust* può riservare al Guardiano poteri di veto in relazioneall’adozione di certi comportamenti o l’obbligo per il *trustee* di sentire il parere del Guardiano prima di compiere certe operazioni. Talvolta la sua attività oltre che controllare, può condizionare preventivamente le azioni del *trustee* e, persino, promuoverle.Tramite alcuni accorgimenti, quindi, l’attività tipica del guardiano rappresenta l’espediente giuridico più adatto per l’esercizio da parte del disponente di un’influenza sui beni conferiti in *trust*, sia pure mediatamente**.** Si tenga presente che non è escluso che la funzione del Guardiano possa essere riservata anche al disponente, per quanto si ritenga non del tutto conveniente a causa della sovrapposizione di posizioni giuridiche che si avrebbe all’interno del *trust.* [↑](#footnote-ref-74)
75. M.LUPOI, *Trust*, cit. p. 35. [↑](#footnote-ref-75)
76. P. JOVENITTI, *Strategie mobiliari per la continuità e la successione d’impresa*, Egea, Milano, 1998. [↑](#footnote-ref-76)
77. Così Galgano in *Fondazione*, in *Enc.Giur.Treccani* , Roma, 1989, XIV p.5. Si veda inoltre, Tribunale di Genova (9.7.1971) che ha asserito che “*le fondazioni di famiglia il cui fine esclusivo sia il lucro di una determinata discendenza, al di fuori di ogni scopo di pubblica utilità, sono in contrasto con l’ordinamento giuridico”*. Cfr. anche MOSCATI, *Associazioni e fondazioni, finalità fiduciaria e loro rilevanza*, in *N.Giur.Comm,* 1996, II, pag 25. [↑](#footnote-ref-77)
78. La necessaria presenza dello scopo dell’utilità sociale anche nelle fondazioni di famiglia è stata sancita anche da Cass. 10 luglio 1979 n.3960 in *Giur.it*., 1980, I, 881, che ha espressamente stabilito che *“l’imporre su beni vincoli di disponibilità tendenzialmente perpetui, come nel caso della fondazione, si giustifica unicamente con la sussistenza di un fine di utilità pubblica”.* [↑](#footnote-ref-78)
79. La disciplina civilistica in materia di fondazioni (artt. 14-35 C.C.) prevede che:

    * la costituzione avvenga per atto pubblico, revocabile da parte del fondatore prima del riconoscimento dell’autorità governativa (che conferisce personalità giuridica all’ente) o prima dell’inizio dell’attività
    * l’estinzione della fondazione si verifichi a seguito del raggiungimento del termine stabilito nello statuto o del conseguimento dello scopo ovvero dell’intervenuta impossibilità dello stesso.

    In nessun caso l’atto di fondazione può essere revocato dagli eredi (beneficiari);

    * durante il periodo di attività, la gestione del patrimonio trasferito dal fondatore alla fondazione sia affidata ad uno o più amministratori, mandatari del fondatore, che non possono operare discrezionalmente ma solo nell’ambito del mandato ricevuto che riflette la volontà del fondatore
    * la vigilanza sull’attività dell’amministratore sia esercitata dall’autorità governativa, che può provvedere alla sostituzione di uno o più amministratori se gli atti compiuti da questi non risultano in linea con le leggi o con lo statuto della fondazione; si può giungere allo scioglimento dell’organo amministrativo della fondazione per sostituirlo con un commissario.

    [↑](#footnote-ref-79)
80. Le limitazioni previste da tale normativa abrogata trovavano il loro precedente storico nella legge delle Stato Piemontese del 5 giugno 1850 n. 1037, meglio nota come Legge Sicciardi nei cui lavori preparatori si legge che l’obiettivo fu quello *“di impedire l’accumulazione della manomorta e di mantenere la commerciabilità e la divisibilità dei beni, poiché non vi è dubbio che, quanto concerne agli stabili, il loro soverchio e progressivo concentramento nelle manomorte nuoce al commercio, nuoce alle libere contrattazioni, nuoce all’industria”*. [↑](#footnote-ref-80)
81. In verità, potrebbe richiamarsi in proposito l’art 28 1 comma c.c. che indirettamente postula la pubblica utilità dello scopo della fondazione considerando quale causa di estinzione o di trasformazione il fatto che lo scopo dell’ente si addivenuto di scarsa utilità. [↑](#footnote-ref-81)
82. In realtà c’è chi, ai fini di rendere lecito e possibile l’utilizzo di tale strumento al fine di garantire la trasmissione dell’azienda, attua una interpretazione lata del fine sociale rinvenendo della stessa *“un orientamento etico spontaneo, endogeno, autonomo in quanto l’affidamento della gestione o l’amministrazione della proprietà delle azioni non sono legati a meccanismi esclusivamente economici o patrimoniali, ma all’identificazione con i valori fondanti del gruppo familiari e da questo condivisi. Tali imprese (…) sono idonee a generare e trasmettere un diverso potenziale non meno importante (…), segnatamente i valori più pregnanti dell’etica dell’impresa…”* (P. MANES in *Contr. e Impr.,* 2004, 1, p.265). [↑](#footnote-ref-82)
83. Si tratta delle c.d. fondazioni di impresa, non espressamente disciplinate dal legislatore il quale, agli articoli 14 e seguenti del cod.civ. si è limitato a regolare la fondazione cd. erogatrice la quale destina le proprie rendite esclusivamente per il perseguimento delle proprie finalità. [↑](#footnote-ref-83)
84. Se l’impresa della fondazione costituisce l’oggetto esclusivo o quantomeno principale dell’ente, si sarà in presenza di un imprenditore commerciale con applicazione del relativo statuto (analogia con la disciplina dettata in tema di enti pubblici economici, art. 2201 c.c.). Se invece l’esercizio dell’impresa costituisce oggetto secondario dell’associazione o fondazione, si è comunque in presenza di imprenditore ma non commerciale (si applicano le norme sullo statuto generale dell’imprenditore: azienda, segni distintivi, concorrenza, consorzi). [↑](#footnote-ref-84)
85. V. SALARIA in *Il leveraged buy out nella riforma societaria* in *Le società* n. 7/2004 lo definisce “*una istituzione economica-finanziaria… che consiste nell’indebitamento che un soggetto contrae per acquisire la proprietà di un’azienda, con lo scopo di migliorarne e accrescerne la produttività ed impiegare il maggior valore prodotto per pagare il debito contratto”.* [↑](#footnote-ref-85)
86. L’art 2358 c.c. persegue le stesse finalità dell’art 2357 cod.civ., nel senso che entrambe le disposizioni svolgono la funzione di tutelare l’integrità del capitale sociale, di impedire agli amministratori di effettuare manovre speculative sui titoli della società e di preservare la stabilità dei mercati dei capitali. [↑](#footnote-ref-86)
87. Cfr. SALARIA op.ul.cit. [↑](#footnote-ref-87)
88. MONTALENTI op.ul.cit. [↑](#footnote-ref-88)
89. Si avrebbe frode alla legge in tutte quelle ipotesi in cui non vi sia un concreto interesse aziendale poiché in tal caso l'operazione nel suo complesso avrebbe l'intento di eludere le disposizioni poste nel nostro ordinamento a tutela dell'integrità del capitale sociale. [↑](#footnote-ref-89)
90. Sono infatti richieste: a) l'indicazione nel progetto di fusione delle *“risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione”*; b) la spiegazione nella relazione degli amministratori delle *“ragioni che giustificano l'operazione”* e del *“piano economico e finanziario con indicazione delle risorse e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere”*. Le ragioni giustificatrici dell'operazione dovranno essere individuate con riferimento non alla semplice operazione di fusione ma all’intera operazione di L.B.O.; c) che la relazione degli esperti attesti e confermi la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione; d) che, qualora sia coinvolta una società quotata, venga allegata al progetto di fusione la relazione della società incaricata della revisione contabile obbligatoria (della società bersaglio o della società veicolo), la quale dovrà attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione, con particolare riferimento alle modalità di rimborso del finanziamento. Cfr. Bontempi, *Acquisizione societaria mediante procedimento di fusione e liceità dei cd. Leveraged buy-out nell'ordinamento giuridico italiano* (nota a Tribunale Milano, 14 maggio 1992), in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1993, I, p. 119. In conclusione, per effetto della normativa civilistica indicata, l’operazione di L.B.O. può essere considerata legittima se basata su un programma imprenditoriale concreto finalizzato a realizzare una riorganizzazione societaria e solo se l’operazione viene posta in essere nel rispetto di specifici adempimenti a tutela dei soci e dei creditori previsti dal legislatore per salvaguardare l’equilibrio finanziario della società. [↑](#footnote-ref-90)
91. IUDICA, *Il family buy out come strumento di preservazione del valore dell’impresa nella successione mortis causa* in *Atti del Convegno in onore di A.Falzea,* Messina, giugno 2002 [↑](#footnote-ref-91)
92. Bontempi, *Acquisizione societaria mediante procedimento di fusione e liceità dei cd. Leveraged buy-out nell'ordinamento giuridico italiano* (nota a Tribunale Milano, 14 maggio 1992), in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1993, I, p. 119; MONTALENTI, Il *leveraged buy out* in *Enc. Giur. Treccani.*  [↑](#footnote-ref-92)
93. Da tale punto di vista, de iure condendo, si auspica che il legislatore, possa a livello civilistico e fiscale, disciplinare più dettagliatamente questa tipologia di operazione al fine di consentire alle imprese sfruttarne a pieno le potenzialità, ponendo in essere al contempo una disciplina che possa garantire la stabilità dei mercati finanziari. [↑](#footnote-ref-93)
94. L’esigenza di riforma era confermata anche dalla difformità che il nostro ordinamento presenta rispetto ad esperienze di ordinamenti affini, quali Germania, Francia e Svizzera dove il contratto successorio, “*l’institution contractuelle*” e la legittimità della “*clause commerciale*” stipulata tra l’imprenditore e il suo coniuge, attuano forme di devoluzione convenzionale del patrimonio ereditario orientate alla valorizzazione della vocazione produttiva di singoli beni in funzione anticipatoria della successione (come nel caso della trasmissione *inter vivos* dell’azienda agricola in Germania) o alla continuità imprenditoriale come nel caso dell’azienda gestita anche dal coniuge dell’imprenditore in Francia. [↑](#footnote-ref-94)
95. Il d.lgs. 29 marzo 2004 n. 7 rubricato “Conservazione fondiaria” è, tra l’altro, l’ultimo in ordine di tempo di una vasta serie di interventi legislativi che in diritto agrario tendono a tutelare l’unità del bene produttivo. Ne costituiscono altri esempi: la legge sul maso chiuso alteoatesino (art 16 l. prov. Trento e Bolzano n.32 del 1978 e art 11 l. prov. 28 novembre 2001 n.17); la legge che tutela l’integrità dell’azienda agraria in zone montane favorendo ne l’acquisto da parte degli eredi affittuari (art. 49, l. n.203 del 1992); ed, infine, la l. 31 gennaio 1997 n. 97 che attribuisce al coltivatore diretto di area montana il diritto di consolidare la quota degli eredi non conduttori corrispondendo il valore agricolo del bene calcolato secondo criteri automatici. Su tali interventi, v. BUCELLI – GALLI, *Impresa e mutamento generazionale. Il passaggio generazionale nell’impresa*, Torino, 2005. [↑](#footnote-ref-95)
96. Si noti che solo i discendenti possono essere beneficiari del patto di famiglia, sicchè il disponente potrà esercitare la scelta del continuatore dell’impresa soltanto tra i suoi figli. [↑](#footnote-ref-96)
97. Era pressante, peraltro, l’esigenza di consentire, per le ragioni dell’economia (ed, in particolare, per l’esigenza di assicurare una continuità all’impresa), che le nuove norme entrassero subito in vigore, rinviando il riempimento delle lacune ad “*un’adeguata attività interpretativa in funzione suppletiva*” (così relazione al Senato nella seduta n. 552 del 26 gennaio 2006). [↑](#footnote-ref-97)
98. Lo stesso RESCIGNO, in voce *Contratt*o in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, osserva che pur intendendosi generalmente con il termine “patto” una clausola che accede ad un contratto, vi sono esempi di patti che invece esauriscono la materia della stipulazione. Tra gli esempi, l’autore apporta proprio quello dei patti successori, cioè quello del “contratto ereditario” come strumento di disposizione delle proprie sostanze a causa di morte. [↑](#footnote-ref-98)
99. PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia* in *Riv. Not*., 2006, p. 432. [↑](#footnote-ref-99)
100. PETRELLI, op. ult. cit [↑](#footnote-ref-100)
101. Potrà anche parlarsi, come sosteneva la tesi precedente di “onere”, inteso però non nel senso di eventualità della partecipazione dei non assegnatari ma nel senso che questi, la cui partecipazione, si ripete, è essenziale, hanno un proprio interesse di partecipare all’atto se vogliono che gli effetti di quest’ultimo si producano anche nei loro confronti. [↑](#footnote-ref-101)
102. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. Civ. comm.* 2006, p.376. [↑](#footnote-ref-102)
103. Si sottolinea che, da un punto di vista strettamente egoistico, i familiari non assegnatari avrebbero più interesse ad avere liquidata immediatamente la propria quota di legittima relativa ai beni oggetto del patto, poiché, si ripete, questi ultimi potrebbero non essere più di proprietà dell’imprenditore al momento della sua morte ovvero possano avere avuto un diminuzione di valore. [↑](#footnote-ref-103)
104. Per la necessità della partecipazione di tutti i legittimari esistenti, tra gli altri, DE NOVA in De Nova-Delfini-Rampolla-Venditti, Il patto di famiglia, Milano, 2006. [↑](#footnote-ref-104)
105. Ad esempio, Caccavale, *Contratto e successioni*, in *Tratt. contr.*, a cura di Roppo, Milano, 2006, VI, 563. [↑](#footnote-ref-105)
106. TASSINARI, *Il patto di famiglia* in AA.VV. *Il patto di famiglia per l’impresa, Quaderni della* *fondazione italiana per il Notariato*, 2006, p.152. [↑](#footnote-ref-106)
107. MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L’ordinamento successorio italiano dopo la legge n.55 del 2006* in AA.VV., *Patti di famiglia per l’impresa* cit., p.22. [↑](#footnote-ref-107)
108. Nel senso già chiarito, secondo l’insegnamento del GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento* cit., di contratto che regola una situazione che viene a crearsi in via originaria in seguito alla morte del disponente. [↑](#footnote-ref-108)
109. Nel senso di contratto ad efficacia immediata. [↑](#footnote-ref-109)
110. La fattispecie si connota, altresì, secondo una parte della dottrina, per essere una “successione separata” rispetto alla successione *mortis causa* che si aprirà, secondo le regole generali, solo al momento della morte dell’imprenditore. Ciò comporta che la successione dei beni produttivi è vicenda indipendente e conclusa rispetto alla seconda. [↑](#footnote-ref-110)
111. Così, BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contratto ed impresa*, 2007, p. 1219 ss. [↑](#footnote-ref-111)
112. Applicando tali coordinate, si giunge agevolmente ad escludere dall’alveo di applicazione della disciplina un disponente-imprenditore che assuma la veste di persona giuridica, benché, senza dubbio, queste siano ricomprese nell’art. 2082 c.c; la normativa del patto di famiglia è, infatti, riferibile esclusivamente alle persone fisiche poiché coinvolgi ambiti, quelli del diritto di famiglia e del diritto delle successioni, non riferibili ad altri, se non a queste ultime. [↑](#footnote-ref-112)
113. Sulla base di una siffatta nozione di imprenditore rilevante ai fini dell’applicazione della normativa del patto di famiglia, risulta possibile, che il ruolo di disponente sia assunto anche da chi ha concesso in usufrutto o in affitto la propria azienda e non rivesta, pertanto, la qualifica giuridica di imprenditore. Sebbene, infatti, il complesso aziendale sia utilizzato per l’esercizio dell’impresa dall’usufruttuario o dall’affittuario, i soli che possono qualificarsi imprenditori in quel senso, tuttavia esso è stato organizzato per l’esercizio dell’impresa da un diverso soggetto, attuale nudo proprietario o locatore, rispetto al quale l’utilizzatore ha gli specifici obblighi di esercitare l’azienda sotto la ditta chela contraddistingue e di gestirla senza modificarne la destinazione ed in modo da conservare l’efficienza dell’organizzazione (artt. 2561 e 2562 c.c.). Ciò sta a significare che, se pure l’azienda è stata concesso in usufrutto o in affitto, “dominus” di questa potrà pur sempre considerarsi l’imprenditore che ha concesso l’usufrutto o ha proceduto all’affitto. Nello stesso senso, GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patti di famiglia*, in *Giust. Civ*., 2006; OBERTO, op. ult.cit. [↑](#footnote-ref-113)
114. Opta, invece, per l’opposta tesi secondo cui la normativa può trovare applicazione anche per il socio di minoranza”, dal momento che nessun requisito in capo al trasferente partecipazioni societarie viene richiesto dalla normativa, OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006. [↑](#footnote-ref-114)
115. GAZZONI, op. ult. cit.,. [↑](#footnote-ref-115)
116. Parte della dottrina ritiene altresì, spingendosi oltre, che l’idea che l’azienda e le partecipazioni societarie oggetto del patto debbano essere considerate una sorta di patrimonio separato, attribuito ai discendenti al di fuori delle regole ordinarie in tema di successione e prescindendo da esse. DELFINI, *Articolo 2* ,cit. [↑](#footnote-ref-116)
117. AMADIO, op.ult.cit [↑](#footnote-ref-117)
118. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*,in *Riv. not*.,2006; IEVA, Il trasferimento dei beni *produttivi in funzione successoria:patto di famiglia e patto di impresa.profili generali di revisione del divieto dei patti successori,*in *Riv. not*.,1997 [↑](#footnote-ref-118)
119. MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, Milano, 2006. [↑](#footnote-ref-119)
120. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, Milano, 2007; c’è anche chi vi ravvisa degli atti a titolo gratuito accostando il patto di famiglia alle cessioni gratuite di aree al Comune in sede di lottizzazione, finalizzate all’ottenimento delle concessioni edilizie e quindi esecutive di un obbligo posto dalla legge: LUPETTI, *Il finanziamento dell’operazione:family buy out*. Milano, 2006. [↑](#footnote-ref-120)
121. Così P. Vitucci (2006), *Ipotesi sul patto di famiglia*, *Rivista di diritto civile,* n. 4, p. 462. [↑](#footnote-ref-121)