

Massime, tecniche e tassazione notarile

DISCIPLINARE NOTARILE

Disciplinare notarile: divieto di patto successorio e contratto a favore di terzo post mortem

mercoledì 17 gennaio 2018

di **Sicchiero Gianluca** Professore ordinario di diritto privato nell'Università Cà Foscari Venezia, avvocato

La Cassazione, con la sentenza 27624/2017, nega che un contratto diretto ad attribuire a qualcuno beni dello stipulante in caso di sua morte possa essere considerato un valido contratto a favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante: è e resta un patto successorio vietato e il notaio che lo stipula viola l'art. 28 della legge notarile.

Cassazione civile, Sez. II, sentenza 21 novembre 2017, n. 27624

Il caso e la decisione della Cassazione

Un notaio è stato sospeso in sede disciplinare per la violazione dell'**art. 28 l.n.** in quanto l'accordo che prevedeva, nel caso di morte "pressoché contemporanea" di due coniugi, gli utili derivanti dall'attività d'impresa del marito sarebbero stati devoluti in egual misura ai figli, disponendo che il contratto non fosse modificabile senza il consenso di entrambi. Senza ombra di dubbio per la cassazione – ma anche per i più - questo è un patto successorio nullo e non un valido contratto a favore di terzo. Al lettore, ignaro dei fatti, sfugge la funzione del patto: se la morte dei coniugi è pressoché contemporanea, solo il caso impedisce che i figli ricevano il patrimonio dei genitori in misura diseguale, giacché alla prima successione –in cui concorre il coniuge superstite se faccia in tempo ad accettare- subito segue, per fatal destino, quella a favore dei figli del per poco tempo coniuge sopravvissuto. Né quel patto poteva impedire ai coniugi di redigere un separato testamento che destinasse diversamente la quota disponibile del patrimonio. Quanto alla ragione del divieto di modificare il patto senza accordo di entrambi, probabilmente si è voluta consolidare la stipulazione a favore del terzo, come prevede l'art. 1412 c.c., producendo però proprio l'effetto vietato dall'art. 458 c.c.; e qui infatti che sorge il problema del **confine tra un valido contratto a favore di terzo, da eseguirsi dopo la morte dello stipulante ed un patto successorio istitutivo, vietato**. Confine che va desunto dalla **funzione del contratto** a favore di terzo il quale, se destinato all'attribuzione di una parte del patrimonio, deve ritenersi in frode alla legge, appunto perché diretto a realizzare uno scopo chiaramente vietato dal legislatore. Resta infine la considerazione che, nel caso, sembra si sia voluta calcare la mano sul notaio, dato che la sospensione di sei mesi inflitta è il massimo previsto dall'art. 138 l.n. per la violazione dell'art. 28 l.n., senza alcuna attenuante.

Alcune considerazioni

Costituisce nozione istituzionale che il **patto successorio vietato** sia rappresentato da qualsiasi accordo vincolante con il quale si dispone della propria successione o della successione che in futuro si possa ricevere (**art. 458 c.c.**); la Relazione al codice, al n. 225, è limpida: "ho considerato l'opportunità di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione, ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della cosiddetta successione pattizia o patto successorio" e la rinuncia, secondo la relazione, è stata inserita proprio perché mancava nel divieto contenuto nell'art. 1118 del codice previgente (ma in senso diverso, citando l'art. 954 di quel codice, FERRI, Disposizioni generali sulle successioni, nel Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 100). La ragione è duplice e sostiene il divieto sia perché la volontà attributiva è libera fino all'ultimo istante –infatti il testamento è sempre revocabile (artt. 587 e 679 c.c.)- laddove il contratto non lo è (art. 1372 c.c.) sia perché, dice la cassazione, il legislatore non ammette il *votum captandae mortis*, l'auspicio della morte del disponente, detto anche *votum corvinum* (ma che si trattasse

storicamente di “un pregiudizio che oggi non potrebbe essere preso sul serio” è detto da MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, I, Milano, 1962, p. 106). Resta fuori, a ben vedere, la rinuncia all'eredità che si possa ricevere, ma in realtà chi rinuncia accresce il patrimonio di altri e quindi quel votum vedrebbe mutare solo l'aspirante all'altrui eredità.

L'unica eccezione ammessa dal legislatore, oggi, **è quindi il patto di famiglia regolato dagli artt. 768 bis segg. c.c.**, almeno per chi ne sottolinei la causa successoria (SICCHIERO, La causa del patto di famiglia, in Contr. impr., 2006, p. 1261). Al momento dell'emanazione del primo libro del nuovo codice venne subito segnalato che la decisione del legislatore si era posta in continuità con la tradizione romana, in cui “il divieto era assoluto, categorico” ma in antitesi a quella germanica, “che era invece favorevole alla successione contrattuale” (BARASSI, Le successioni per causa di morte, Milano, 1941, p. 45, il quale proprio per ciò esprime quindi dubbi sul fatto che il vero fondamento sia l'immoralità del patto anziché la sua irrevocabilità; BIANCA, Diritto civile, Le successioni, Milano, 2015, p. 31).

Per il notaio che stipuli un patto successorio, di conseguenza, la violazione dell'art. 28 l.n. è automatica, come la letteratura ha notato da molto tempo (FERRI, cit., p. 102): non c'è infatti alcun dubbio che si tratti di nullità evidente e manifesta e forse per ciò non si trovano precedenti specifici.

Tuttavia poiché “il **concetto di negozio mortis causa**, come categoria generale, non è ancora stato delineato in modo convincente” (FERRI, cit., p. 105), si sono indicate possibili eccezioni: ad es. il mandato post mortem, ovvero il mandato da eseguire dopo l'evento (e non a causa di) morte, di cui si discute l'ammissibilità già sul rilievo che il mandato si estingue con la morte del mandante (art. 1722 c.c.). Il caso esaminato nei tempi più recenti è quello dell'incarico a costruire una cappella funeraria, che è stato ritenuto valido ed efficace nonostante la morte del mandante (Trib. Reggio Emilia, 12 settembre 2013, Foro it., 2013, I, c. 2994). In questi termini, a ben vedere, non si tratta di validare o meno un patto successorio perché non vi è un'attribuzione contrattuale mortis causa del patrimonio del defunto, ma l'esecuzione di un'opera che egli ebbe a chiedere in vita e per sé, che resta valida se si ritenga, come si può, che la disposizione sull'estinzione del mandato per morte del mandante sia a dispositiva e non imperativa: cfr. BIANCA, cit., p. 38.

In effetti la **sopravvivenza del mandato alla morte del mandante** è prevista testualmente nel mandato in rem propriam (art. 1723 c.c.) ed in effetti il S.C. ha detto che “il mandato post mortem, conferito anche nell'interesse del mandatario, pur contenendo l'autorizzazione del mandante a disporre senza limiti, non comporta successione del mandatario al mandante dopo la morte di costui, per i beni dei quali il mandatario non abbia previamente disposto”: Cass. civ., 25 marzo 1993, n. 3602, Foro it., 1995, I, c. 1613.

D'altronde, come si è detto, ben potrebbe raggiungersi un medesimo risultato con un onere apposto alla disposizione (art. 648 c.c.) o un legato obbligatorio ex artt. 651 segg. c.c. (FERRI, cit., p. 107), ma con la differenza che il legatario potrebbe rinunciare al legato, laddove il mandatario che abbia concluso il contratto può invece essere costretto dagli eredi del mandante ad eseguirlo. E' chiaro però che non è questo il problema che ci interessa, proprio perché non parliamo di attribuzione mediante contratto, anche solo parziale, del patrimonio ma di realizzazione di un bene come la cappella gentilizia mortuaria. Proprio per questo anche la Cassazione ebbe a confermare la validità del mandato post mortem inerente la propria sepoltura (Cass. civ., 23 maggio 2006, n. 12143, Riv. not., 2007, p. 689) o quello inerente la propria cremazione (Cass. civ., 29 aprile 2006, n. 10035, Giur. it., 2007, p. 334). Una posizione nettamente favorevole, che vedeva peraltro in questa ipotesi un atto unilaterale e non un mandato, era di MESSINEO, cit., p. 100-101.

Altre ipotesi di cui non si discute sono la clausola societaria di continuazione della società di persone con gli eredi del defunto (art. 2284 c.c.); l'assicurazione sulla vita a favore di terzi quando si rinuncia al potere di revoca della designazione del terzo (art. 1921 c.c.); la fideiussione con patto di efficacia verso gli eredi; il contratto a favore di terzo (art. 1412 c.c.); la previsione testamentaria di solidarietà degli eredi nel debito del defunto (art. 752 c.c.).

Di questi casi si può qui dire sommariamente che, laddove siano indicati dal codice, si tratta pur sempre di previsioni operate dal legislatore che valgono quindi come eccezioni al divieto generale e, come tali, sono inapplicabili in analogia (art. 14 disp. prel. c.c.), mentre d'altro canto non sempre l'erede ne è automaticamente coinvolto, giacché ad es. per la sua partecipazione alla società occorre pur sempre il suo consenso.

Il problema si pone semmai per la **clausola della fideiussione** che ne estende l'efficacia verso gli eredi, che il codice non contempla ma la giurisprudenza ritiene legittima.

In realtà il problema si supera rilevando che il debito da fideiussione è pur sempre un debito

del de cuius eredità al quale l'erede mantiene tutte le facoltà di accettazione o rifiuto dell'eredità (v. ad es. Cass. civ., 13 aprile 2000, n. 4801 o Trib. Milano, 15 maggio 1995, Giur. it., 1996, I, 1, 671), giammai ritenendo che egli sia vincolato a prescindere dalla propria volontà, posto che l'atto unilaterale di altri (la fideiussione appunto) non rientra tra le fonti dell'obbligazione (art. 1173 c.c.; art. 23 Cost.).

Altro è se nella fideiussione si possa imporre anche la **solidarietà tra gli eredi**, posto che l'art. 752 c.c. lo consente nel testamento, che è revocabile, mentre pur essendo anche la fideiussione revocabile, la revoca opera ex nunc e non ex tunc; senonché il codice ammette il patto contrario alla divisibilità del debito tra gli eredi (art. 1295 c.c.) e dunque il problema appare superato.

Resta invece problematico delimitare l'ambito di operatività del contratto a favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, sul cui contenuto il legislatore non ha dato indicazioni: evidentemente c'è stato un difetto di coordinamento tra le disposizioni del codice che deve essere risolto dall'interprete, tenendo presente che l'art. 1412 c.c. legittima appunto un accordo patrimoniale a favore di terzi la cui esecuzione avvenga dopo che una delle parti sia mancata e senza che il contratto perda i propri effetti.

Tale contrasto dovrà perciò essere risolto in concreto: ogni volta che dal patto emerga la volontà di attribuire in modo irrevocabile una parte del patrimonio dopo la morte, tale attribuzione si scontrerà con quel divieto; a tal fine sarà utilizzabile anche la disciplina del patto di famiglia, per dire che quanto rientri in quella fattispecie ma difetti ad es. dei requisiti soggettivi (il disponente imprenditore o titolare di partecipazioni societarie) od oggettivi (i beni consistenti nell'azienda o nelle partecipazioni), sarà da ricondurre allora al patto successorio vietato. Un caso è quello deciso da Cass. civ., 17 agosto 1990, n. 8335, Giust. civ., 1991, I, 953: "il contratto, con cui una parte deposita presso un'altra una determinata somma ed attribuisce ad un terzo, che prende parte all'atto, il diritto a pretendere la restituzione dopo la propria morte, non configura un contratto a favore di terzi, con esecuzione dopo la morte dello stipulante, a norma dell'art. 1412 c.c., avendo il terzo assunto la qualità di parte dell'atto e lo stipulante obbligandosi in suo diretto confronto a mantenere ferma la disposizione in suo favore, bensì rientra, nell'ambito di applicazione del divieto dei patti successori sancito dall'art. 458 c.c., ed è perciò nulla, giacché dà luogo ad una completa convenzione costituita da un deposito irregolare e da una vietata donazione mortis causa".

Quando invece il terzo sia titolare fin da subito del diritto oggetto del contratto a suo favore, "al momento della morte non può dirsi quindi che il diritto si trasmetta dal promittente al terzo" (BIANCA, cit., p. 40) perché se i beni sono già usciti dal compendio ereditario non c'è patto successorio (MESSINEO, cit., p. 106).

Di più non è possibile dire perché è il silenzio del legislatore ad impedire di configurare in modo netto il confine tra ciò che è sicuramente vietato dall'art. 458 c.c. e quanto è invece ammesso dall'art. 1412 c.c.

Nel caso di specie è risultato appunto che **la convenzione non poteva qualificarsi come contratto a favore di terzo**, costituendo invece un vero e proprio patto successorio addirittura congiuntivo e reciproco (quanto alla rinuncia alla quota di legittima sugli utili d'impresa), che avrebbe inficiato anche un testamento (art. 589 c.c.). Infatti nell'accordo non si prevedeva che il promittente eseguisse alcuna prestazione a favore di un terzo, ma solo che una parte del patrimonio si trasferisse direttamente ai figli senza attribuzione pro quota al coniuge superstite; mancava dunque la prestazione in capo al promittente dato che, da quel che si legge, entrambi i coniugi reciprocamente si impegnavano a non modificare il patto. Anzi, a ben vedere, qui si parlava della parte degli utili dell'attività d'impresa del marito e quindi ove fosse premorta la moglie il patto non avrebbe coinvolto l'eredità di lei.

Insomma quella convenzione non era salvabile in alcun modo; tuttavia la sanzione inflitta è la più grave prevista dall'art. 138 l.n. e se magari non era possibile concedere alcuna attenuante specifica, non è dato capire perché non siano state concesse nemmeno quelle generiche di cui all'art. 144 l.n.; ma questa è solo una considerazione a latere e senza nulla poter sapere del procedimento di merito.

I precedenti giurisprudenziali

Cass. civ., 19 novembre 2009, n. 24450 Configurano un patto successorio - per definizione non suscettibile di conversione in un testamento, ai sensi dell'art. 1424 c.c., in quanto in contrasto col principio del nostro ordinamento secondo cui il testatore è libero di disporre dei propri beni fino al momento della morte - sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad

una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un vinculum iuris di cui la disposizione ereditaria rappresenta l'adempimento.

Cass. civ., 9 maggio 2000, n. 5870 Ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c., nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o legatario; tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio vinculum iuris di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento.

Cass. civ., 16 febbraio 1995, n. 1683 Per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 c.c. occorre accertare: 1) se il vinculum iuris con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere comprese nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi così dello jus poenitendi; 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo mortis causa, cioè a titolo di eredità o di legato.

Copyright © - Riproduzione riservata