

## **Il trasferimento dell'azienda e delle partecipazioni societarie tramite patto di famiglia: problemi e questioni\***

di VINCENZO VERDICCHIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'oggetto del patto di famiglia: note introduttive e prospettazione dei principali problemi. – 3. Circolazione dell'azienda tramite patto di famiglia e applicabilità delle disposizioni generali sul trasferimento d'azienda. – 4. Patto di famiglia avente ad oggetto un'azienda e comunione legale dei beni (cenni). – 5. La qualifica di «imprenditore» apparentemente richiesta al disponente dall'art. 768-*bis* c.c. – 6. Ammissibilità del patto di famiglia avente ad oggetto la nuda proprietà o anche una quota di proprietà ovvero il semplice usufrutto dell'azienda. – 7. Inammissibilità del patto di famiglia avente ad oggetto un'azienda futura e incerta ammissibilità di quello avente ad oggetto un'azienda altrui. – 8. L'inciso «compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare»: analisi delle diverse soluzioni proposte. – 9. Il problema della individuazione delle partecipazioni societarie trasferibili mediante patto di famiglia: analisi del relativo dibattito dottrinale. – 10. *Segue*. Le possibili conclusioni e le non univoche indicazioni ricavabili dal successivo intervento del legislatore fiscale. – 11. Cenni ai principali profili di disciplina relativi al patto di famiglia avente ad oggetto partecipazioni societarie.

1. L'odierno seminario si propone di tracciare un bilancio del patto di famiglia a sette anni dalla sua introduzione nel codice civile, avvenuta ad opera della legge 14 febbraio 2006, n. 55, la quale ha inserito nel corpo del titolo IV («Della divisione») del libro II («Delle successioni») il capo *V-bis*<sup>1</sup>, espressamente intito-

\* Lo scritto – omesse le parole di circostanza e con l'aggiunta delle note – riproduce la relazione svolta al seminario «Il patto di famiglia. Un bilancio a sette anni dall'introduzione», tenutosi il 7 marzo 2013 presso l'Università Europea di Roma, per iniziativa del Prof. Alberto M. Gambino.

<sup>1</sup> La dottrina non ha mancato di rilevare la singolarità della scelta legislativa: dal momento che il titolo IV si componeva di cinque capi, nulla impediva che il nuovo capo, inserito in calce agli altri, fosse contrassegnato come VI anziché come *V-bis* (per tutti, E. MINERVINI, *Note introduttive*, in N. DI MAURO, E. MINERVINI e V. VERDICCHIO,

lato al nuovo istituto, modificando altresí l'art. 458 c.c. in tema di patti successori.

Si impone immediatamente, a tal riguardo, una preliminare considerazione d'ordine generale, che appare incontrovertibile ed è, infatti, unanimemente condivisa: la riforma del 2006, peraltro lungamente attesa e invocata, perché diretta – nelle intenzioni del legislatore – a dare soluzione al sentito e diffuso bisogno di assicurare una ordinata trasmissione intergenerazionale dei beni produttivi, gravemente ostacolata dalle ordinarie regole del nostro diritto successorio<sup>2</sup>, ha sostanzialmente fallito nel suo intento.

La novella figura contrattuale, infatti, pur essendo stata oggetto di ampia attenzione da parte della dottrina<sup>3</sup>, non ha incontrato il gradimento degli operatori «pratici», che soltanto assai di rado ne hanno fatto concreto impiego<sup>4</sup>, con l'inevitabile conseguenza che le rilevanti e assai numerose questioni problematiche implicate dalla nuova disciplina non hanno finora avuto occasione di emergere in modo significativo a livello giudiziale<sup>5</sup>, sí che può dirsi che agli sforzi ricostruttivi e ai tentativi di sistemazione della materia in esame non ha fornito alcun sostanziale contributo il formante giurisprudenziale.

*Il patto di famiglia. Commentario alla Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, a cura di E. Minervini, Milano, 2006, p. 1; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 889 s.).

<sup>2</sup> Sia consentito rinviare sul punto, anche per gli opportuni ragguagli di letteratura, a V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, Napoli, 2008, p. 14 ss.

<sup>3</sup> Definisce «sin troppo numerosi» gli interventi dottrinali dedicati al patto di famiglia G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 345.

<sup>4</sup> Sulle ragioni alla base di tale atteggiamento ci si permette di rimandare a V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., p. 8 ss.

<sup>5</sup> Per quanto è dato sapere, la consultazione dei repertori rivela l'esistenza di due soli precedenti giudiziali – peraltro di solo merito – relativi al patto di famiglia. Entrambe le pronunzie sono però scarsamente significative ai fini della ricostruzione civilistica dell'istituto, giacché vertono l'una su questioni di rilievo eminentemente tributario (Comm. trib. II grado Trentino Alto Adige Bolzano, 22 febbraio 2013, in *Notariato*, 2013, p. 474) e l'altra su un profilo – quello dell'autorizzazione dell'incapace a contrarre – per dir così «esterno» rispetto al contratto in questione (Trib. Reggio Emilia, 19 luglio 2012, in *Notariato*, 2012, p. 631 ss.; in *Fam. dir. succ.*, 2012, p. 844 ss., con nota di T. BONAMINI, *Sulla partecipazione di un incapace al patto di famiglia*; in *Corriere mer.*, 2013, p. 160 ss., con nota di F. VOLPE e A.G. ANNUNZIATA, *Patto di famiglia e partecipazione dell'incapace*; in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 365 ss., con nota di A. FERRARI, *Patto di famiglia, non assegnatario interdetto e conflitto d'interessi*).

Tanto chiarito, ci si soffermerà sulle principali questioni relative all'oggetto del patto di famiglia, che costituisce il tema specificamente riservato alla presente relazione.

2. L'art. 768-*bis* c.c. – che, come traspare dalla rubrica, ambirebbe a delinearne la nozione<sup>6</sup> – definisce il patto di famiglia come «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».

La figura contrattuale novellamente introdotta nel seno del codice civile dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55, si caratterizza pertanto (tra gli altri aspetti) per la specialità – nel senso di «specificità»<sup>7</sup> – del suo oggetto, dovendo essa necessariamente comportare il trasferimento, totale o parziale, di un'*azienda*<sup>8</sup> o di *partecipazioni societarie*.

È d'intuitiva evidenza che la prima ipotesi (trasferimento d'*azienda*) presuppone che il disponente eserciti in forma individuale l'attività d'impresa, sì da essere l'immediato titolare dei beni aziendali<sup>9</sup>, mentre la seconda (trasferimento di *partecipazioni societarie*)

<sup>6</sup> Il condizionale è d'obbligo, poiché da molti si dubita che la nozione espressa da tale disposizione sia, per così dire, «autosufficiente», ritenendosi che essa debba essere integrata col disposto degli artt. 768-*quater* e 768-*sexies* c.c.: in tal senso, per tutti, A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, II, p. 301; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, p. 292; L. BALESTRA, *Art. 768 bis c.c.*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia. Commentario*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2007, p. 25.

<sup>7</sup> In tal senso, per tutti, N. DI MAURO, *Commento all'art. 768-bis c.c.*, in N. DI MAURO, E. MINERVINI e V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 25 s.

<sup>8</sup> Può trattarsi di un'*azienda* sia commerciale che agricola: in tal senso, A. DE MARTINO, *Brevi note in tema di patti di famiglia*, in *www.personaedanno.it*, p. 7; A. DI SAPIO, *o.c.*, p. 305; L. RUSSO, *Patto di famiglia e azienda agricola*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 323 ss. Sulla questione se il patto di famiglia possa essere utilizzato anche ai fini della trasmissione degli studi professionali e delle quote di partecipazione ad associazioni professionali, v. per tutti: in senso affermativo, B. INZITARI, *Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del patto di famiglia*, relazione al convegno organizzato da Paradigma in Milano il 29 marzo 2006, p. 16 del dattiloscritto; in senso negativo, M.C. ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, I, p. 32; nonché, con ampie riflessioni, M. IMBRENDA, *Patto di famiglia, solidarietà familiare e family business*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 449 ss.

<sup>9</sup> Meglio sarebbe dire (anziché dei beni) dei diritti che gli danno titolo ad utilizzare i beni aziendali, essendo ormai affatto pacifico che la qualifica di bene aziendale compete non solo ai cespiti di proprietà dell'imprenditore, ma anche – a condizione,

postula che l'impresa sia esercitata in forma collettiva, attraverso una struttura societaria: è ovvio che il disponente, in quest'ultimo caso, non potrebbe alienare direttamente l'azienda (appartenendo essa esclusivamente alla società, distinto soggetto giuridico)<sup>10</sup>, ma soltanto la partecipazione in sua mano che (mediatamente e *pro quota*) la rappresenta.

Se è certo – il dettato legislativo è assolutamente inequivocabile – che il trasferimento programmato dal disponente (nel lessico impiegato dall'art. 768-*bis* c.c., «l'imprenditore» o «il titolare di partecipazioni societarie») deve necessariamente avere ad oggetto un'azienda o quote sociali, assai ampio tuttavia è lo spettro delle questioni problematiche che, in assenza di un'espressa soluzione legislativa, interpellano l'interprete.

Ci si interroga così, solo per proporre qualche esempio, se il diritto oggetto del trasferimento (avente a sua volta ad oggetto l'azienda o le partecipazioni sociali) debba necessariamente identificarsi con la piena proprietà o possa invece essere di diversa natura (es.: nuda proprietà, quota di comproprietà, usufrutto); se il disponente possa – e, in caso di risposta affermativa, in che misura e con quali modalità – riservarsi dei poteri di *governance* dell'azienda o della partecipazione ceduta; e così via seguitando.

beninteso, che siano concretamente impiegati nell'attività d'impresa – ai beni che, pur appartenendo a terzi, siano nondimeno nella disponibilità dell'imprenditore in base ad un diverso titolo giuridico, come, ad es., il diritto di usufrutto o un diritto personale di godimento (si pensi ai locali dell'impresa presi in affitto o alle attrezzature in *leasing*): cfr., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, 5<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, p. 141, secondo cui sul punto «vi è concordia di opinioni».

<sup>10</sup> Sebbene le discussioni non siano completamente placate, l'opinione ormai prevalente ritiene che anche gli enti collettivi sforniti della personalità giuridica – associazioni non riconosciute, comitati e (ciò che qui interessa) società di persone – siano autonomi centri di imputazione soggettiva e, perciò, distinti soggetti giuridici: nella vasta letteratura, ci si limita a rinviare a M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2003, p. 173 ss., che però opina diversamente (v. p. 193 ss.) con riferimento ai comitati, criticando l'opposta opinione fatta propria dalla Corte di cassazione in alcune sentenze ivi citate; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2002, p. 315 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, 1, *Norme soggetti e rapporto giuridico*, rist., Torino, 1989, p. 82 ss.; in giurisprudenza, per tutte, Cass., 16 giugno 2000, n. 8239, in *Vita not.*, 2000, p. 1423 ss.; con specifico riguardo alla questione della soggettività delle società di persone cfr., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, 7<sup>a</sup> ed., Torino, 2010, p. 45 ss., ove ampie indicazioni di letteratura e giurisprudenza.

I dubbi interpretativi, in particolare, si estendono fino a ricomprendere anche uno dei possibili oggetti del patto di famiglia, dibattendosi animatamente, nel silenzio della legge, su quali siano – se tutte o soltanto alcune – le partecipazioni societarie suscettibili di essere trasferite con tale contratto.

Ma, a ben vedere, la novella legislativa pone ardui problemi interpretativi non soltanto per la parte in cui tace, ma anche – a causa della sua prosa (quasi sempre) approssimativa e tecnicamente inappropriata – per ciò che dice<sup>11</sup>: occorre a tal riguardo domandarsi, tanto per continuare a proporre qualche esempio, se colui che dispone dell'azienda debba davvero necessariamente essere – come potrebbe indurre a credere una frettolosa lettura dell'art. 768-*bis* c.c. – un imprenditore in senso tecnico-giuridico, ossia ai sensi dell'art. 2082 c.c.; a causa della sua vaghezza, fonte di ulteriori incertezze è poi l'inciso – pure contenuto nel testo dell'articolo in esame – «compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie».

Sembra dunque doversi concludere – con riferimento all'oggetto del patto di famiglia – che l'unico punto non problematico della nozione contenuta nel novello art. 768-*bis* c.c. riguarda il concetto di trasferimento – totale o parziale – di azienda: non problematico, beninteso, non già in termini assoluti, bensì soltanto nel limitato senso che le questioni e i problemi ad esso relativi non sono autonomamente e specificamente generati dalla nuova disposizione, restando circoscritti a quelli, peraltro gravi e numerosi, solitamen-

<sup>11</sup> Secondo il giudizio pressoché unanime della dottrina, pessima è la fattura tecnica della legge n. 55 del 2006: cfr., per tutti, E. MINERVINI, *Note introduttive*, cit., p. 1 s., il quale si esprime icasticamente in questi termini: «la tecnica legislativa adoperata non è certamente di chiarezza adamantina, ed è spesso disarmonica rispetto al sistema successorio, sicché il patto di famiglia si mostra refrattario a svelare all'osservatore gli aspetti più significativi della sua natura. La disciplina della novella è inadeguata, lacunosa, criptica, abborracciata, e fa sorgere moltissimi interrogativi, strettamente connessi tra loro, sia per quel che dice sia soprattutto per quel che non dice». Della inadeguatezza del testo normativo è pienamente consapevole, per dir così, lo stesso legislatore, se è vero che, nella seduta n. 552 della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, il Sen. Semeraro, relatore al disegno di legge, giungeva paradossalmente ad invocare – per porre successivo rimedio, in sede di applicazione giudiziaria, alle gravi pecche del testo – «un'adeguata attività interpretativa in funzione supplementiva».

te studiati e dibattuti in sede di analisi delle disposizioni generali sull'azienda.

3. Non è possibile, naturalmente, approfondire in questa sede le tante questioni problematiche gravitanti intorno alle tematiche dell'azienda e della sua circolazione, neanche limitatamente all'individuazione – d'indubbia rilevanza ai fini dell'applicazione degli artt. 768-*bis* ss. c.c. – dei confini delle nozioni di azienda e di ramo d'azienda<sup>12</sup>, sembrando più opportuno addentrarsi immediatamente nell'analisi delle questioni interpretative – le principali delle quali sono state poc'anzi sommariamente tratteggiate – autonomamente generate dalla nuova disciplina.

Con riferimento alla disciplina generale sul trasferimento dell'azienda, ci si limita, dunque, soltanto ad osservare quanto segue.

In mancanza di espresse deroghe contenute nel novello capo V-*bis* del titolo IV del libro II del codice civile, non sembra possano sussistere dubbi circa la tendenziale applicabilità al patto di famiglia (avente ad oggetto un'azienda) di tutte le disposizioni – sia quelle inderogabili sia quelle meramente dispositive, ove non concretamente derogate da contrarie pattuizioni – che la legge ordinariamente ricollega alla circolazione dell'azienda, cioè l'art. 2112 c.c.<sup>13</sup> (unitamente ai collegati primi quattro commi dell'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, come novel-

<sup>12</sup> Sulle questioni relative alla perimetrazione delle nozioni di azienda e di ramo d'azienda ci si permette di rinviare, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., pp. 31 ss. e 42 ss.

<sup>13</sup> Per l'approfondimento delle tematiche connesse a tale articolo, riformulato dal legislatore in tre successive e assai ravvicinate riprese (rispettivamente, nel 1990, nel 2001 e nel 2003), cfr. P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Agg., Torino, 2000, p. 784 ss.; nonché, dopo le ultime modifiche legislative, la silloge di contributi dedicati al trasferimento d'azienda, raccolti nella sezione VII del volume collettaneo curato da R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 559 ss.; cui adde G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004 (anche in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 15, I, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, p. 735 ss., col titolo *Il trasferimento dell'azienda*); S. MAINARDI, *Il trasferimento di azienda nella riforma del mercato del lavoro*, in M. ESPOSITO (a cura di), *Il trasferimento di azienda nell'ordinamento nazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 23 ss.; per uno sguardo di sintesi v. A. PILATI, *sub art. 2112*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, 6<sup>a</sup> ed., Padova, 2002, p. 2146 ss.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, 2<sup>a</sup> ed., in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2005, p. 280 ss.

lato dall'art. 2 del D.lg. 2 febbraio 2001, n. 18)<sup>14</sup> e gli artt. 2556 ss. c.c.<sup>15</sup>.

Mentre con riguardo agli altri articoli testé citati non sembra si pongano problemi ulteriori rispetto a quelli comunemente ricorrenti in ogni ipotesi di trasferimento di azienda, con riferimento, invece, all'art. 2557 c.c. – sicuramente applicabile, ove non derogato dalle clausole del patto di famiglia<sup>16</sup>, nei rapporti tra ascendente disponente e discendente assegnatario<sup>17</sup> – si pone il proble-

<sup>14</sup> Tali norme impongono alle parti del negozio di trasferimento dell'azienda (cedente e cessionario) di seguire alcune regole procedurali di informazione e consultazione sindacale; pur trattandosi di questione dibattuta, non sembra peraltro che la violazione di tali regole possa incidere sulla validità del negozio di cessione (per l'analisi di siffatta questione sia consentito rinviare, anche per i necessari ragguagli dottrinali e giurisprudenziali, a V. VERDICCHIO, *Note minime sulle interrelazioni tra diritto privato comune e diritto del lavoro nella disciplina del trasferimento dell'azienda*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 780 ss.; ID., *Il trasferimento di azienda tra diritto privato comune e diritto del lavoro*, in M. ESPOSITO (a cura di), *o.c.*, p. 63 ss.

<sup>15</sup> La disciplina dettata dagli artt. 2556 ss. c.c. esprime, infatti, la scelta legislativa di frapporre «significativi ostacoli alla disgregazione dell'azienda da parte dell'autonomia privata», così tutelando, «sia pure in modo indiretto e riflesso, anche l'interesse generale alla circolazione dell'azienda come complesso unitario e quindi al mantenimento dell'efficienza e funzionalità dei complessi produttivi» (così, per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, cit., p. 140; per una generale analisi degli interessi tutelati dalla disciplina del trasferimento dell'azienda, v. D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, p. 111 ss.; G.E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. dell'econ.* Galgano, III, Padova, 1979, p. 61 ss.). Tale disciplina, dunque, armonizza pienamente con la *ratio* ispiratrice del nuovo istituto, volto proprio a garantire la continuazione nel tempo dell'attività d'impresa (sia consentito rinviare sul punto alle riflessioni svolte in V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., pp. 14 ss. e 19 ss.). Ciò che appunto conferma l'applicabilità delle regole generali sulla circolazione dell'azienda alla fattispecie traslativa originata dal patto di famiglia. Per la tendenziale applicabilità di tali regole anche alla donazione d'azienda, cfr. A. GENOVESE, *Il «passaggio generazionale» dell'impresa: la donazione d'azienda e di partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 737 ss.

<sup>16</sup> Sull'art. 2557 c.c. e i suoi limiti di derogabilità v., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *o.u.c.*, p. 150.

<sup>17</sup> Occorre peraltro considerare che, secondo autorevole dottrina (G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 31 s.), il divieto di concorrenza resta inoperante qualora l'alienante non ceda l'intera azienda, bensì soltanto un suo ramo: ne consegue la tendenziale inapplicabilità (salvo, naturalmente, diversi accordi) della citata disposizione all'ipotesi del patto di famiglia col quale il disponente assegni al discendente un ramo d'azienda, trattenendo per sé la restante parte del complesso produttivo (sulla fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda ci si permette di rimandare a V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., p. 42 ss.). Anche in tal caso sarebbero peraltro opportune specifiche pattuizioni volte a disciplinare con precisione gli aspetti relativi a siffatta questione.

ma di stabilire se il divieto di concorrenza, ivi previsto a carico dell'alienante e a favore dell'avente causa, possa estendersi anche ai discendenti non assegnatari dell'azienda, che non sono certo qualificabili come acquirenti di quest'ultima.

Tale problema sembra presentare qualche assonanza con la «classica» questione – solitamente dibattuta dai cultori della materia in esame – se anche in caso di divisione ereditaria sia configurabile il divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c., a favore di colui cui è stata assegnata l'intera azienda già appartenente al *de cuius*, e a carico di tutti gli altri coeredi.

A tal riguardo, è opportuno precisare immediatamente, a scanso di ogni possibile equivoco, che la rilevata somiglianza tra le due ipotesi prescinde dal riconoscimento di una pretesa funzione divisoria esplicita, secondo taluno<sup>18</sup>, dal patto di famiglia, e risiede piuttosto nella ragione giustificativa individuata da quanti ritengono di dover dare soluzione affermativa al caso della divisione ereditaria, sembrando tale *ratio* estensibile anche all'altra ipotesi ora in esame.

Riguardo al primo caso, si è, infatti, autorevolmente osservato che, pur non essendo configurabile un trasferimento di azienda da

<sup>18</sup> Sia pure con notevole varietà di accenti e sfumature, affermano la funzione divisionale o, piú latamente, distributiva del patto di famiglia, tra gli altri, i seguenti Autori: S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi*, cit., p. 898; G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 867 ss., il quale tuttavia sembra aver leggermente modificato l'originaria posizione, discorrendo di funzione non soltanto divisionale, ma complessa, nel successivo scritto *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit., p. 345 ss.; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, ne *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 159 ss., da cui si cita (lo scritto è pubblicato – col titolo *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari* – anche in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 808 ss.); G. DE NOVA, *Introduzione*, in G. DE NOVA, G. DELFINI, S. RAMPOLLA e A. VENDITTI, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 3; U. SALVESTRONI, *Brevi note in tema di «patto di famiglia»*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 1294 s.; per la critica di siffatta opinione e ulteriori indicazioni di letteratura v., per tutti, N. DI MAURO, *Commento all'art. 768-bis c.c.*, cit., p. 52 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, pp. 150 s. e 154 ss., da cui si cita (anche in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile*, ne *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2008, p. 122 ss., e in AA.VV., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 1159 ss.); L. DONEGANA, *Il patto di famiglia e la divisione: inconciliabilità*, in U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, Torino, 2007, p. 73 ss.

un erede all'altro, sicché farebbe difetto il necessario presupposto per l'applicazione diretta dell'art. 2557 c.c., è però indubbio «che in sede di divisione ereditaria [...] si tiene di regola conto anche del valore di avviamento dovuto alla clientela»: di talché si dovrebbe «applicare – sia pure per analogia – il divieto di concorrenza a favore dell'erede [...] che subentra nell'azienda ed a carico degli altri eredi»<sup>19</sup>.

Si potrebbe forse discutere – ma non è questo il luogo ove poter approfondire l'argomento – se tale condivisibile soluzione sia effettivamente ricollegabile, come ritiene la dottrina testé richiamata, all'applicazione in via analogica dell'art. 2557 c.c., o se il divieto di concorrenza a carico dei coeredi non assegnatari dell'azienda non possa, invece, essere autonomamente fondato – secondo i possibili punti di vista – sulla c.d. equità «integrativa»<sup>20</sup> ovvero sul principio di buona fede *ex* art. 1375 c.c. (anch'esso inteso quale fonte d'integrazione del regolamento contrattuale)<sup>21</sup>.

Quel che sembra certo, a sommosso avviso di chi scrive, è che questa soluzione merita di essere estesa anche ai legittimari non assegnatari partecipanti al patto di famiglia, giacché anche in tal caso è ragionevole credere che con la quota di liquidazione, prevista in loro favore ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 768-*quater* c.c., si sia tenuto conto anche del valore di avviamento incorporato nell'azienda ceduta: ciò che appunto impone di ritenere che gravi su di loro un obbligo di non concorrenza.

È però, di converso, altrettanto ragionevole ritenere che, venendo meno la *ratio* testé individuata, ad opposta soluzione debba giungersi con riguardo a quegli assegnatari che – facendo uso della facoltà loro espressamente concessa dall'art. 768-*quater*, comma 2, c.c. – abbiano rinunciato interamente alla loro quota di liquidazione: essi saranno dunque liberi di svolgere attività concorrenziali.

<sup>19</sup> Così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, cit., p. 151.

<sup>20</sup> Ritiene, da ultimo, che l'equità integrativa possa operare per colmare lacune dell'assetto contrattuale anche relative ad aspetti «regolativi» del rapporto, E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, in *Tratt. contr.* Roppo, III, Milano, 2006, p. 402 ss. e spec. p. 411 ss., cui si rinvia, in luogo di molti, per l'accuratezza dei riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>21</sup> Su cui v. ancora, per tutti, E. CAPOBIANCO, *o.c.*, p. 413 ss., ove copiosi riferimenti di letteratura e giurisprudenza.

Il problema si complica nell'ipotesi di rinuncia soltanto parziale (anch'essa espressamente contemplata dal comma 2 dell'art. 768-*quater* c.c.): in tal caso, infatti, diviene arduo stabilire se nella quota di liquidazione, seppur «ridotta» per effetto di tale rinuncia, si sia ugualmente tenuto conto del valore d'avviamento facente capo all'azienda ceduta, sì che possa dirsi sussistente un obbligo di non concorrenza in capo al legittimario non assegnatario, oppure se, nell'economia complessiva del contratto, tale rinuncia abbia rappresentato, per dir così, il prezzo da pagare per riservarsi mano libera al riguardo.

È perfino superfluo sottolineare quanto opportuno sarebbe, per prevenire *in limine* successive liti dovute a prevedibili disparità di vedute, che il patto di famiglia contenesse, in tutte le ipotesi dianzi esaminate, esplicite clausole volte a definire con precisione tutti gli aspetti relativi al divieto di concorrenza; inutile dire, inoltre, quanto importante sia che il pubblico ufficiale rogante (nella sua veste di consulente) rappresenti diligentemente alle parti questa necessità.

4. Qualora il disponente sia coniugato in regime di comunione legale, bisognerà distinguere le ipotesi nelle quali l'azienda rientri tra i beni in comunione immediata – nel qual caso per la stipula del patto di famiglia sarà necessario (ai sensi e per gli effetti degli artt. 180 e 184 c.c.) il consenso del coniuge –, dalle diverse ipotesi nelle quali l'azienda sia, alternativamente, destinata alla comunione *de residuo* o qualificabile come bene personale del disponente, nei quali casi si potrà prescindere da tale consenso<sup>22</sup>.

Guardando poi la questione dal lato dell'assegnatario (o degli assegnatari), il quesito se l'azienda ricevuta per patto di famiglia rientri o no in comunione legale (beninteso, nell'ipotesi in cui l'assegnatario sia coniugato e soggetto a tale regime) sembra dover

<sup>22</sup> Per un resoconto delle diverse ipotesi, ci si limita qui a rinviare – anche per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali – a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia*, 4ª ed., Milano, 2005, p. 104 ss. (citazione dall'estr. per i corsi universitari); T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 8ª ed., Torino, 2006, p. 144 ss.; A. GORASSINI, *Azienda coniugale (art. 177 lett. d e 2° comma)*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, III, Milano, 2002, p. 217 ss.; Con riferimento alla comunione (ordinaria o legale) di azienda tra coniugi, si veda, inoltre, quanto riferito nella successiva nota 102.

ricevere risposta negativa, per lo meno finché a tale contratto si riconosca natura donativa – pur se modale – o anche natura di liberalità non donativa<sup>23</sup>. Nel primo caso, l'editale previsione della lett. b) dell'art. 179 c.c. consentirebbe senz'altro di affermare la personalità dell'acquisto<sup>24</sup>. Alla medesima conclusione si deve peraltro pervenire anche nel secondo caso, alla luce del consolidato orientamento della Suprema Corte di cassazione, secondo il quale la disposizione testé richiamata troverebbe applicazione anche alle liberalità non donative<sup>25</sup>; e d'altronde, a ben vedere, lo stesso testo dell'art. 177, lett. b), c.c. legittima tale conclusione, giacché, se è vero che nella sua prima parte parla soltanto di «donazione», è altrettanto vero che nella seconda parte discorre – più ampiamente – di «atto di liberalità»<sup>26</sup>.

È del tutto ovvio, infine, che le questioni da ultimo analizzate si ripropongono esattamente negli stessi termini – meritando pertanto le medesime soluzioni – nel caso in cui il patto di famiglia abbia ad oggetto non l'azienda nella sua interezza, ma soltanto un suo ramo.

<sup>23</sup> Per la natura di donazione modale del patto di famiglia v., per tutti, C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia*, cit., p. 296 ss.; ID., *Contratto e successioni*, in V. ROPPO (a cura di), *Interferenze*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, Milano, 2006, p. 572 ss.; ID., *Le categorie dell'onerosità e della gratuità nei trasferimenti attuati nell'ambito del patto di famiglia: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 739 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 267 ss. Per la critica di tale opinione e per l'affermazione della natura di liberalità tipica non donativa del patto di famiglia, v., per tutti, anche per gli opportuni riferimenti di letteratura, N. DI MAURO, *Commento all'art. 768-bis c.c.*, cit., pp. 36 ss., 41 ss., 44 ss. e 54 s.; nonché G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., pp. 151 ss. e 156 ss.; spiega il complesso assetto di interessi regolato dal patto di famiglia con il ricorso allo schema della contrattazione a favore di terzi, U. LA PORTA, *Il patto di famiglia. Struttura e profili causali del nuovo istituto tra trasmissione dei beni di impresa e determinazione anticipata della successione*, in ID., *Il patto di famiglia*, cit., p. 7 ss.; ID., *La posizione dei legittimari sopravvenuti*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 299 ss.

<sup>24</sup> In tal senso, per tutti, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 421.

<sup>25</sup> Per un riepilogo della questione v., per tutti, G.A. BECCARA, *I beni personali*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 163 ss., cui si rinvia anche per le indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

<sup>26</sup> Per più ampie considerazioni relative alla fattispecie in esame, si veda, comunque, L. STUCCHI, *L'art. 769 bis c.c.: fattispecie e disciplina*, in U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, cit., p. 126 ss.

5. Sgombrato il terreno dalle questioni fin qui affrontate, ci si può finalmente volgere a considerare i molteplici problemi specificamente sollevati dalla nuova disciplina del patto di famiglia: con l'avvertenza che l'interprete, nella ricerca della soluzione preferibile alle singole questioni di volta in volta prese in esame, deve lasciarsi guidare dalla stella polare rappresentata dalla *ratio* sottesa al novello istituto<sup>27</sup>.

Per cominciare, non sembra revocabile in dubbio che, per poter costituire l'oggetto di un valido patto di famiglia, l'azienda ceduta debba essere al servizio di un'attività d'impresa effettivamente svolta e, quindi, già iniziata e non ancora cessata<sup>28</sup>: la suddetta *ratio* consiste infatti nell'«assicurare la continuità di imprese operanti, non certo ad assicurare il mero trasferimento di beni produttivi ma inutilizzati»<sup>29</sup>.

Ciò, peraltro, non significa che il disponente debba necessariamente essere un imprenditore in senso tecnico-giuridico, ossia ai sensi dell'art. 2082 c.c.<sup>30</sup>.

È bensì vero che in tali termini si esprime il testo dell'art. 768-bis c.c., ma è altrettanto vero che la *ratio* del nuovo istituto sembra pienamente realizzata anche nell'ipotesi in cui il cedente non fosse qualificabile come imprenditore, come avverrebbe, per esempio,

<sup>27</sup> Per l'individuazione della quale, sia consentito rimandare a V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., p. 19 ss.

<sup>28</sup> Non è certo questa la sede nella quale ripercorrere il dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'individuazione del momento in cui l'impresa può dirsi iniziata e di quello in cui può dirsi cessata: basta dunque rinviare, per il resoconto di tale questione e per le relative indicazioni di dottrina e giurisprudenza, a G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, cit., p. 99 ss.; per qualche considerazione relativa all'azienda neonata cfr., comunque, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006, p. 133 s.

<sup>29</sup> Così G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 418; nello stesso senso F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 220. Bisogna ricordare, a tal riguardo, che, secondo la dottrina commercialistica, «ci può essere azienda anche in mancanza di impresa (attività). Si parla, in tali casi, di azienda ferma o di azienda fermata, a seconda che l'attività d'impresa non sia ancora iniziata o sia cessata. In queste ipotesi c'è azienda se l'insieme dei beni considerati presenta un'obiettiva *attitudine* strumentale all'esercizio dell'impresa» (così A. GENOVESE, *Il «passaggio generazionale» dell'impresa*, cit., p. 715, corsivo originale).

<sup>30</sup> Sulla questione v. diffusamente, per tutti, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 96 ss.

qualora egli, pur essendo proprietario dell'azienda, l'avesse concessa in affitto (o in comodato) ad un terzo soggetto<sup>31</sup>.

Se è vero che la *ratio* del patto di famiglia consiste nell'assicurare la continuità dell'attività d'impresa svolta con l'azienda di cui trattasi; se è vero, insomma, che l'attribuzione all'assegnatario di un titolo giuridico che lo legittimi ad utilizzare l'azienda ricevuta è strettamente funzionale ad evitare che le vicende successorie riguardanti il complesso produttivo possano determinarne lo smembramento o, comunque, possano riflettersi negativamente sulla efficienza o addirittura sulla continuità della relativa attività d'impresa, non sembra possibile pervenire ad altra soluzione.

Se, infatti, nell'ipotesi che si sta considerando, fosse precluso al proprietario non imprenditore di disporre della sua azienda mediante patto di famiglia, si perverrebbe all'aberrante risultato – tanto più inaccettabile qualora essa fosse affittata (o concessa in comodato) al medesimo discendente cui si vorrebbe destinarla<sup>32</sup> – di non poterne evitare la caduta in comunione ereditaria (con i conseguenti rischi di paralisi operativa e di eventuale disgregazione) ogni qualvolta il suddetto proprietario morisse prima che fosse cessato l'affitto (o il comodato)<sup>33</sup>.

Non v'è chi non veda che si tratterebbe, però, di una conclusione in aperto e stridente contrasto con la *ratio* dell'istituto<sup>34</sup> e, quindi, potenzialmente incostituzionale perché «irragionevole» e, comunque, perché causa di «ingiustificate disparità di trattamento tra situazioni analoghe»<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> È evidente che in tale ipotesi la qualifica d'imprenditore spetterebbe esclusivamente all'affittuario (o al comodatario), l'unico che svolgerebbe attività d'impresa.

<sup>32</sup> Così G. FIETTA, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 89; e, sulle sue orme, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 419; nello stesso senso L. BALESTRA, *Art. 768 bis c.c.*, cit., p. 29, il quale però ritiene non estensibile tale soluzione anche al caso in cui l'azienda fosse affittata ad un terzo.

<sup>33</sup> Il problema rischierebbe di non trovare soluzione, almeno il più delle volte, neanche ricorrendo alla donazione – pur sempre possibile – giacché in tal caso (sussistendone i presupposti) non si sfuggirebbe né alla collazione né all'azione di riduzione, con tutti i conseguenti problemi posti in evidenza in V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., p. 19 ss.

<sup>34</sup> Per tutti, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 99 s., secondo cui «non si può pensare che a tali fattispecie il patto di famiglia non possa trovare applicazione a meno di non volere porsi in pieno contrasto con la *ratio legis*».

<sup>35</sup> In quest'ultimo senso G. PETRELLI, *o.l.c.*; B. INZITARI, *Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del patto di famiglia*, cit., p. 10; B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 102 s.

Deve quindi ritenersi che il legislatore abbia impiegato nell'art. 768-*bis* c.c. il termine «imprenditore» soltanto perché ha tenuto presente l'ipotesi statisticamente più ricorrente – quella, appunto, in cui il disponente sia anche colui che con l'azienda ceduta svolgeva l'attività d'impresa –, non già perché ha voluto impedire che possa fare ricorso al nuovo istituto anche chi (pur proprietario dei beni aziendali) imprenditore non sia.

In altre parole, il termine «imprenditore» va inteso non già in senso proprio, bensì quale mero sinonimo di «titolare dell'azienda»<sup>36</sup>: tale soluzione si impone<sup>37</sup> sia perché perfettamente conforme alla *ratio* dell'istituto, sia perché idonea a superare i dubbi di legittimità costituzionale poc'anzi messi in evidenza<sup>38</sup>.

6. Le medesime ragioni appena esposte consentono di ritenere che possa assumere la veste di disponente anche il proprietario che abbia concesso la propria azienda in usufrutto<sup>39</sup>: dal che au-

<sup>36</sup> Ciò in perfetta armonia, del resto, con l'espressione utilizzata dallo stesso testo dell'art. 768-*bis* c.c. con riferimento all'altro possibile oggetto del patto di famiglia – le quote societarie –: in tal caso, infatti, la predetta disposizione qualifica il disponente appunto come «il titolare [delle partecipazioni societarie]» (a tal riguardo, B. INZITARI, *Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del patto di famiglia*, cit., p. 10, afferma che, per evitare ogni problema, «sarebbe stato più opportuno da parte del legislatore utilizzare, per entrambi i casi, il termine “titolare”»; ugualmente, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 101). Concorda con la lettura proposta nel testo anche P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 558.

<sup>37</sup> E, d'altronde, tra i commentatori della nuova legge prevale nettamente l'opinione che il titolare dell'azienda possa assumere le vesti di disponente anche se non sia imprenditore: in tal senso, oltre a quelli già citati nelle note precedenti, si vedano i seguenti Autori: M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 14; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 220; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 79; A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 305; L. STUCCHI, *L'art. 768 bis c.c.: fattispecie e disciplina*, cit., p. 112; L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, p. 181.

<sup>38</sup> È noto che la giurisprudenza costituzionale è assolutamente monolitica nel ritenere che, in presenza di più interpretazioni possibili di un testo di legge, occorra seguire quella, compatibile con il testo e con il sistema normativo, più aderente ai principi costituzionali, escludendo, invece, l'interpretazione che, altrimenti, ne determinerebbe la violazione (così, per tutte, Corte cost., 16 luglio 2004, n. 235, consultata nel sito *web* della Corte).

<sup>39</sup> Oltre alla dottrina citata nelle precedenti note con riferimento all'ipotesi dell'azienda concessa in affitto o in comodato, v., per tutti, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 99 s.

tomaticamente si ricava che oggetto di disposizione del patto di famiglia può essere anche la sola *nuda* proprietà dell'azienda<sup>40</sup>.

Nessun dubbio poi che, nel caso di pluralità di assegnatari, il diritto trasferito a ciascuno di essi possa consistere in una *quota di comproprietà* dell'azienda<sup>41</sup>: il testo dell'art. 768-bis c.c. sembra apertamente autorizzare tale conclusione, quando afferma che l'azienda può essere trasferita «ad uno o più discendenti»<sup>42</sup>.

Si potrebbe discutere, invece, se al disponente sia consentito attribuire all'assegnatario (non già la proprietà – nuda o piena – dell'azienda, bensì soltanto) il diritto di *usufrutto*<sup>43</sup>.

Sembra pacifico, a tal riguardo, che il disponente possa contemporaneamente assegnare la nuda proprietà dell'azienda ad un discendente e il diritto di usufrutto ad altro discendente: così operando, egli perverrebbe, infatti, non solo a designare chi deve avere l'immediato controllo dell'attività produttiva (l'usufruttuario dell'azienda), ma pure ad assicurare «la continuità dell'impresa

<sup>40</sup> Tale conclusione consente di affermare che il disponente possa riservare l'usufrutto dell'azienda anche in favore di se stesso, così continuando a gestire e controllare il complesso imprenditoriale, nonché a beneficiare degli utili da esso eventualmente prodotti. Sul punto sia consentito rinviare a V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., p. 76 ss.

<sup>41</sup> In questi termini, per tutti, L. BALESTRA, *Art. 768 bis c.c.*, cit., p. 26; L. STUCCHI, *L'art. 768 bis c.c.*, cit., p. 112; da ultimo, F. VOLPE, *Patto di famiglia. Artt. 768-bis – 768-octies*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 2012, p. 58.

<sup>42</sup> Qualora i discendenti, divenuti comproprietari dell'azienda, gestissero in comune la relativa attività d'impresa, essi darebbero vita ad una società di fatto: per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., p. 37, ove riferimenti di dottrina e giurisprudenza; L. STUCCHI, *L'art. 768 bis c.c.*, cit., p. 112.

<sup>43</sup> Non può esservi, viceversa, dubbio alcuno circa l'impossibilità di attribuire, mediante patto di famiglia, diritti reali di godimento sull'azienda diversi dall'usufrutto: e ciò o perché si tratta di diritti (quali la superficie, l'enfiteusi, l'abitazione e le servitù prediali) che, avendo necessariamente natura immobiliare, non possono avere ad oggetto l'azienda in quanto tale, oppure perché si tratta di diritti (come il diritto d'uso) aventi connotazioni difficilmente compatibili con la natura produttiva del bene (in tal senso, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 420; alla cui tesi aderiscono B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *o.c.*, p. 126, testo e nota 2; e L. STUCCHI, *o.c.*, p. 121). Ciò peraltro non impedisce che – almeno in ipotesi – nel compendio aziendale possano essere ricompresi diritti reali di godimento su alcuni dei (o anche su tutti i) beni immobili appartenenti all'azienda (si pensi, per es., ad un diritto di superficie o di usufrutto su un terreno sul quale dovrà essere edificato un capannone industriale): in tal caso, com'è ovvio, il trasferimento dell'azienda comporterà anche il trasferimento di tali diritti.

anche per piú generazioni»<sup>44</sup>, pienamente realizzando, in tal modo, la *ratio* dell'istituto<sup>45</sup>.

Non è, però, pacifico se il disponente possa attribuire il solo usufrutto dell'azienda, riservandosi la nuda proprietà<sup>46</sup> (ipotesi, peraltro, che è verosimile credere di assai raro riscontro pratico).

Si potrebbe opporre, infatti, che tale operazione contrasta sia col testo dell'art. 768-*bis* c.c. sia con la *ratio* dell'istituto: sotto il primo profilo, si potrebbe osservare che il termine «trasferimento», ivi impiegato, rimandi *naturaliter* al diritto di proprietà e sia inidoneo ad abbracciare anche l'ipotesi della costituzione del diritto di usufrutto; sotto il secondo aspetto, si potrebbe rilevare che tale diritto – avendo necessariamente natura temporanea (art. 979 c.c.) – non consente una definitiva sistemazione delle vicende relative alla titolarità dell'azienda, non favorendo la stabilità nel tempo dell'attività d'impresa.

Entrambe le suddette obiezioni sembrano però superabili.

Quanto al profilo testuale, si può replicare che, nel linguaggio giuridico, il termine «trasferimento» rimanda istintivamente al concetto dogmatico di acquisto a titolo derivativo, il quale – per comune opinione – è idoneo ad abbracciare non soltanto l'ipotesi dell'acquisto derivativo-traslativo, ma anche quella dell'acquisto derivativo-costitutivo<sup>47</sup>: quel termine, pertanto, ben

<sup>44</sup> Così G. PETRELLI, *o.l.c.*

<sup>45</sup> Nello stesso senso, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *o.l.c.*; ammette l'ipotesi anche L. STUCCHI, *o.l.c.*

<sup>46</sup> Sembra negarlo – se ben s'intende il suo pensiero – G. PETRELLI, *o.l.c.*, il quale consente l'assegnazione dell'usufrutto al discendente solo «a determinate condizioni», ossia – come sembra di capire dallo sviluppo del discorso – solo qualora (come detto or ora nel testo) il disponente attribuisca contemporaneamente la nuda proprietà dell'azienda ad altro discendente. L'Autore non chiarisce, però, perché tale attribuzione non sarebbe possibile, ma dall'argomentazione utilizzata poco oltre per negare l'ammissibilità dell'assegnazione di un diritto personale di godimento, parrebbe potersi evincere che il motivo consista nella «natura temporanea del diritto di godimento [...], certo non compatibile con l'obiettivo di assicurare stabilità e durata all'attività d'impresa». Dubbioso è anche A. DE MARTINO, *Brevi note in tema di patto di famiglia*, cit., p. 8.

<sup>47</sup> Così, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, pp. 22 s. e 325: «La costituzione di diritti limitati è comunque una forma di disposizione del diritto principale avente carattere derivativo, nel senso che l'acquisto del nuovo titolare presuppone l'appartenenza del diritto principale in capo ad un precedente titolare. Sotto questo riguardo può ravvisarsi nella costituzione di diritti limitati una vicenda traslativa in senso lato o traslativo-costitutiva».

lungi dal precludere in via assoluta l'attribuzione del solo usufrutto sull'azienda, rappresenta semmai un possibile argomento in senso contrario.

Per quanto riguarda poi il preteso contrasto con la *ratio* dell'istituto, si deve rilevare che, se è vero che il fine avuto di mira dalla nuova legge – evitare lo stallo operativo conseguente alle vicende successorie riguardanti l'azienda e, dunque, la perdita di efficienza o, peggio ancora, lo smembramento del complesso produttivo, e così favorire la continuità della correlata attività di impresa – è pienamente realizzato soltanto con l'assegnazione della proprietà dell'azienda, ciò non toglie che esso sia soddisfatto *in qualche misura, seppure minima*, anche dall'attribuzione del solo diritto di usufrutto: questo, infatti, comunque garantirebbe al suo titolare un titolo giuridico idoneo ad utilizzare il compendio aziendale, così evitando – *per lo meno per tutta la sua durata*<sup>48</sup> – che la caduta in comunione ereditaria della nuda proprietà dell'azienda possa comportare la cessazione (o la perdita di efficienza) della correlata attività d'impresa.

Si consideri, inoltre, che il disponente potrebbe non volere o non essere in grado di spingersi oltre l'usufrutto, fino ad attribuire la proprietà dell'azienda: si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui egli fosse trattenuto da motivazioni d'ordine (*lato sensu*) morale, che lo dissuadano dal fare discriminazioni definitive tra i figli<sup>49</sup> (attribuendo ad uno soltanto la proprietà dell'azienda ed escluden-

<sup>48</sup> Né vale opporre che, in tal caso, la programmazione operata dal disponente col patto di famiglia potrebbe essere vanificata dalla premorienza dell'assegnatario, la quale farebbe in ogni caso estinguere (ai sensi del comma 1 dell'art. 979 c.c.) il diritto di usufrutto. Tale argomento, oltre a non essere in grado di contrastare le argomentazioni esposte di seguito nel testo, finirebbe per provare troppo: anche nel caso di assegnazione della piena proprietà dell'azienda, infatti, la premorienza dell'assegnatario (pur non facendo estinguere il diritto di proprietà, comunque) comporterebbe la vanificazione dell'assetto di interessi programmato dal disponente. Si consideri inoltre che, qualora l'assegnatario dell'usufrutto premorisse al disponente, quest'ultimo – ritornato pieno proprietario – potrebbe pur sempre porre in essere un nuovo patto di famiglia, che tenga conto della mutata composizione della compagine familiare.

<sup>49</sup> Che l'attribuzione dell'azienda ad uno solo (o soltanto ad alcuni) dei discendenti possa essere avvertita dagli esclusi come espressione di un trattamento ingiustamente discriminatorio nei loro confronti, è profilo icasticamente accentuato da M. ATELLI, *Prime note sul patto di famiglia*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 562, allorché afferma che le nuove norme costituiscono addirittura «un inno alla diseguaglianza in ambito familiare».

do tutti gli altri) e gli consentano di operare tutt'al più una discriminazione, per dir così, soltanto temporanea, appunto attribuendo l'usufrutto ad uno dei figli e lasciando che la nuda proprietà dell'azienda cada in successione ereditaria; oppure si pensi all'ipotesi in cui i legittimari non assegnatari non presterebbero il loro consenso alla stipula di un patto di famiglia che avesse ad oggetto la proprietà dell'azienda, mentre sarebbero disposti ad accettarne uno che si limitasse all'attribuzione dell'usufrutto<sup>50</sup>.

Ebbene, in queste (e altre consimili) ipotesi, l'alternativa che verrebbe concretamente a prospettarsi al disponente sarebbe non già quella tra attribuire la proprietà o l'usufrutto dell'azienda, sibbene quella tra stipulare un patto di famiglia (pur avente ad oggetto soltanto l'usufrutto dell'azienda) o non stipularne alcuno.

In tali casi, ritenere che l'attribuzione mediante patto di famiglia del solo usufrutto sia giuridicamente impossibile, condurrebbe, in definitiva, a rendere *del tutto irrealizzabile* la *ratio* sottesa al nuovo istituto; mentre ritenere ammissibile quella attribuzione ne consentirebbe, all'opposto, la realizzazione, *seppure soltanto in misura minima* (come poc'anzi messo in evidenza).

Ne consegue che deve propendersi per la *validità* di un patto di famiglia avente ad oggetto l'attribuzione del solo usufrutto dell'azienda, considerato anche che il termine «trasferimento», impiegato dall'art. 768-*bis* c.c., è pienamente compatibile con tale conclusione.

È ovvio poi, per chi ritenga di doverla condividere, che, all'apertura della successione del disponente, i legittimari non assegnatari saranno impossibilitati ad esercitare, quand'anche ne ricorrero astrattamente le condizioni, il rimedio di cui all'art. 550 c.c. (c.d. cautela sociniana)<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> A prescindere dalla soluzione che si intenda dare alla *vexata quaestio* se, per la validità del patto di famiglia, sia oppur no necessaria la partecipazione di tutti i legittimari, è evidente che, quand'anche si volesse propendere per la tesi negativa, una soluzione concordata tra *tutti* gli interessati sarebbe pur sempre preferibile, perché idonea ad evitare (o, almeno, a minimizzare) i problemi posti in risalto in V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., p. 23 ss. (testo e nota 49).

<sup>51</sup> Anche a voler ritenere che la cautela sociniana non sia configurabile – come pure qualcuno ha sostenuto – in termini di speciale azione di riduzione (sulla questione si rimanda, per tutti, a G. VILLA, *La cautela sociniana*, Milano, 1994, p. 72 ss., ove ampie indicazioni dottrinali; cui *adde* A. TULLIO, *La cautela sociniana*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 492 ss.), non v'è dubbio che essa rappresenti pur sempre un rimedio a tutela delle ragioni dei legittimari. Ai fini

Sembra, infine, pacifico che il patto di famiglia non possa avere ad oggetto l'attribuzione di un diritto personale di godimento (a titolo di affitto o di comodato) sull'azienda<sup>52</sup>, in quanto il concetto di trasferimento non può estendersi oltre l'area dell'acquisto derivativo-costitutivo, il cui perimetro non eccede la sfera (della costituzione) dei diritti reali «minori».

7. Quale che sia il diritto che si intende attribuire, non sembra in ogni caso possibile che il patto di famiglia abbia ad oggetto un'azienda *futura* (ossia non attualmente esistente e ancora da costituire)<sup>53</sup>.

Tale possibilità sarebbe senz'altro preclusa dal divieto di cui all'art. 771 c.c., sia se si qualificasse il patto di famiglia come donazione (modale), sia se – pur qualificandolo come liberalità non donativa – si ritenesse, nondimeno, che tale divieto costituisca una norma «materiale»<sup>54</sup>, in quanto tale applicabile ad ogni liberalità, anche se non donativa<sup>55</sup>. A ben vedere, inoltre, la fattispecie in esame – quand'anche si volesse prescindere, in ipotesi, dal

del patto di famiglia, non sembra dunque potersi dubitare che tale funzione rimediata attragga in ogni caso la cautela sociniana nell'ambito di applicazione dell'ultimo comma dell'art. 768-*quater* c.c., posto che ricorrerebbe quella stessa esigenza di «stabilità» dell'attribuzione operata dal disponente che è alla base di tale precetto normativo.

<sup>52</sup> In tal senso, per tutti, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 420; B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 126 s.; ma si tratta di opinione sostanzialmente unanime.

<sup>53</sup> In termini, G. PETRELLI, *o.c.*, p. 423.

<sup>54</sup> Secondo la nota definizione di J. KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jhering's Jahrb.*, 1878 (16), p. 144, per norme «materiali» devono intendersi quelle «la cui portata [...] non va ristretta alla singola fattispecie considerata, ma che prendono di mira un dato risultato economico»: così G. DE NOVA, «The Law which governs this Agreement is the Law of Republic of Italy»: *il contratto alieno*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, III, *Iniziativa economica e impresa*, Napoli, 2007, p. 18.

<sup>55</sup> A. ZOPPINI, *I profili di governance del "patto di famiglia": il ruolo del cedente dopo la stipula del patto*, relazione al convegno organizzato a Milano da Paradigma il 29 marzo 2006, p. 2, ritiene che, in ragione della causa liberale, «possono ritenersi applicabili al patto di famiglia *in via estensiva* le norme dettate in tema di donazione» (corsivo non originale); perviene, da ultimo, al medesimo risultato, ma nell'ambito di una proposta ricostruttiva volta a qualificare il patto di famiglia come liberalità diretta non donativa, S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, cit., p. 899 s. (cui sembra prestare adesione L. BALESTRA, *Art. 768 bis c.c.*, cit., p. 28).

suddetto divieto – sembra comunque eccedere la *ratio* dell'istituto, la quale, consistendo nell'esigenza di assicurare la continuazione di imprese in essere, presuppone l'esistenza attuale di un'azienda<sup>56</sup>.

Quanto, poi, alla possibilità che il patto di famiglia abbia ad oggetto un'azienda (già esistente ma) *altrui*, la risposta è necessariamente influenzata, anzitutto, dalla tormentata questione se il divieto di cui all'art. 771 c.c. si estenda o no fino a ricomprendere (oltre a quelle future) anche le cose altrui<sup>57</sup>. Se si propende per la soluzione affermativa, la possibilità in discussione sarebbe senz'altro da escludere, qualora si qualificasse il patto di famiglia in termini di donazione (modale), ovvero qualora, pur qualificandolo come liberalità non donativa, si ritenesse che il predetto divieto si estenda ad ogni liberalità.

Se però – per un motivo o per l'altro – si negasse l'applicabilità del divieto, si dovrebbe concludere per l'*ammissibilità* della fattispecie in esame, non sembrando condivisibile l'opinione di chi crede che, quando l'azienda è di proprietà di terzi e non del disponente, si fuoriuscirebbe dalla *ratio* dell'istituto, consistente nel realizzare il passaggio generazionale dei beni produttivi<sup>58</sup>.

Si deve infatti considerare, in senso contrario, che il risultato ultimo che il nuovo istituto intende realizzare è evitare che imprese operanti possano cessare o, comunque, perdere di efficienza, in séguito all'applicazione delle ordinarie regole di diritto successorio, la quale potrebbe addirittura determinare la disgregazione del complesso aziendale<sup>59</sup>. Ebbene, se non si consentisse di dedurre

<sup>56</sup> Sul punto concorda anche G. PETRELLI, *o.l.c.*

<sup>57</sup> In proposito cfr., per tutti, A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, *sub* art. 771, p. 100 ss.; A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, V, Torino, 2005, p. 81 s.; A. GENOVESE, *Il «passaggio generazionale» dell'impresa*, cit., p. 716 s.; A. TORRENTE, *La donazione*, 2<sup>a</sup> ed. aggiornata a cura di U. Carnevali e A. Mora, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2006, p. 497 ss. La giurisprudenza piú recente si è ormai assestata sulla posizione che ricomprende nell'ambito di estensione dell'art. 771 c.c. anche la donazione di beni altrui: per tutte e da ultimo, Cass., 23 maggio 2013 (ord.), in *www.leggiditalia.professionale.it*, secondo cui «[l]a donazione di cosa altrui, benché non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla stregua della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 cod. civ., poiché il divieto di donazione dei beni futuri riguarda tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante».

<sup>58</sup> Così, invece, G. PETRELLI, *o.c.*, p. 424.

<sup>59</sup> Non lontana da quella appena esposta nel testo è la posizione espressa da M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, cit., p. 14, il quale riconosce che la nuova

nel patto di famiglia un'azienda altrui, il soggetto che intendesse avviare un figlio (o, più ampiamente, un discendente) all'attività d'impresa acquistando da terzi un'azienda già operante, non potrebbe altrimenti raggiungere tale risultato che attraverso una donazione<sup>60</sup>, la quale però sarebbe soggetta (ricorrendone le condizioni) sia all'azione di riduzione che alla collazione: proprio ciò che il nuovo istituto intende evitare!

Né si potrebbe obiettare – almeno sul piano teorico – che si tratta di un falso problema, giacché (nell'esempio proposto) il disponente ben potrebbe prima acquistare l'azienda dal terzo proprietario e poi stipulare il patto di famiglia, così realizzando il suo obiettivo.

E infatti, pur non potendosi negare che questa soluzione sarebbe idonea, il più delle volte, a risolvere «empiricamente» il cennato problema, essa non sarebbe però concretamente fruibile qualora il disponente non fosse certo che gli altri legittimari si presterebbero alla stipula di un patto di famiglia: in questo caso, egli avrebbe sicuro interesse a far precedere da tale stipula l'acquisto dell'azienda dal terzo, onde vincolare previamente i legittimari non assegnatari e non correre il rischio di acquistare (inutilmente) l'azienda senza poi riuscire a trasmetterla mediante patto di famiglia al discendente prescelto<sup>61</sup>.

**8.** L'art. 768-*bis* c.c. richiede che il trasferimento dell'azienda debba avvenire «compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare».

Non sembra potersi attribuire a tale inciso – e, in particolare, all'avverbio «compatibilmente» – altro significato che quello di

normativa, «sebbene si leghi naturalmente all'istanza di passaggio generazionale nell'impresa, non esaurisce la propria utilità in tale apprezzabile ambito, ma trova una sua più pregnante ragion d'essere in un intento relativamente *più esteso*: ossia quello di evitare la frammentazione di beni ed entità, direttamente o indirettamente produttivi» (corsivo non originale).

<sup>60</sup> Si ricorda che si sta presupponendo che il divieto di cui all'art. 771 c.c. riguardi soltanto la donazione di cose future e non anche quella di cose altrui.

<sup>61</sup> Il problema si potrebbe porre anche nell'ipotesi in cui si ritenesse che, per la validità del patto di famiglia, non sia necessaria la partecipazione dei legittimari non assegnatari: anche in tal caso, infatti, il disponente potrebbe concretamente non voler stipulare tale contratto senza il consenso di tutti i legittimari (o anche soltanto di alcuni di essi: per es., i più «fastidiosi»), anche per evitare i problemi messi in risalto in V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia*, cit., p. 23 ss. (testo e nota 49).

stabilire una «gerarchia tra norme», nel senso che la disciplina dell'impresa familiare deve prevalere, se incompatibile, su quella del patto di famiglia<sup>62</sup>.

Tanto premesso, il problema principale che si pone al riguardo è se il diritto di prelazione di cui al comma 5 dell'art. 230-*bis* c.c. sia o no configurabile anche con riferimento al trasferimento di azienda programmato per mezzo di un patto di famiglia: è evidente, infatti, che, se si risponde affermativamente al predetto quesito, tale trasferimento non potrebbe avere luogo qualora il prelazionario *ex art. 230-bis* c.c. esercitasse il suo diritto, giacché – come visto – le regole sul patto di famiglia sono recessive rispetto a quelle dettate in materia di impresa familiare.

La soluzione di tale problema sembrerebbe strettamente dipendere, secondo buona parte dei commentatori della legge introduttiva del patto di famiglia, dalla posizione che si intenda assumere in ordine alla questione – in tal senso preliminare – se il diritto di prelazione discendente dall'esistenza di un'impresa familiare sussista soltanto riguardo ai trasferimenti a titolo oneroso (e *inter vivos*) ovvero anche con riferimento a quelli a titolo gratuito (inclusi, eventualmente, gli acquisti *mortis causa*)<sup>63</sup>.

Impostando in tali termini la questione, ne consegue che, se si propende per quest'ultima soluzione, l'esercizio della prelazione sarà possibile anche in presenza di un trasferimento di azienda programmato per mezzo di un patto di famiglia; se, viceversa, si presceglie la prima alternativa, non si porrà alcun problema di

<sup>62</sup> In tal senso, per tutti, A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 300; C. DI BITONTO, *Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni d'impresa*, in *Società*, 2006, p. 803; M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, cit., p. 17.

<sup>63</sup> La questione, com'è noto, è oggetto di approfondito dibattito in dottrina, dove prevale l'opinione restrittiva, che circoscrive l'operatività del diritto di prelazione *de quo* ai soli atti di trasferimento dell'azienda a titolo oneroso e *inter vivos*: in tal senso cfr., per tutti, L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 720 s., ove copiosi riferimenti di letteratura, il quale peraltro precisa che la prelazione in esame va ulteriormente limitata, nell'ambito di tali atti, a quelli «in relazione ai quali il mutamento della persona dell'altro contraente, quale si verifica in conseguenza dell'esercizio della prelazione, non pregiudichi il soddisfacimento dell'interesse che l'atto di trasferimento sottende» (ivi esemplificazioni). Sebbene sia minoritaria, significativamente rappresentata, però, è anche l'opposta tesi estensiva, la quale afferma che la prelazione *ex art. 230-bis* c.c. riguardi anche gli atti di trasferimento (dell'azienda) a titolo gratuito e gli acquisti *mortis causa*: per tutti, F. PROSPERI, *Impresa familiare. Art. 230-bis*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 2006, p. 289 ss.

interferenza – e, quindi, di incompatibilità e di prevalenza – tra l’acquisto dell’assegnatario e un (in tale prospettiva) inesistente diritto di prelazione *ex art. 230-bis* c.c. E proprio in quest’ultima direzione pare muoversi la maggior parte dei commentatori della nuova legge, i quali il piú delle volte sostengono che il patto di famiglia sfugga alla prelazione prevista in tema di impresa familiare, giacché questa non riguarderebbe i negozi a titolo gratuito (quale generalmente si ritiene essere il patto di famiglia, quand’anche gli si neghi natura donativa)<sup>64</sup>.

A quanti escludono la nascita del diritto di prelazione *ex art. 230-bis* c.c. con riferimento al patto di famiglia, non resta altra risorsa logica per spiegare l’espressione utilizzata dal legislatore («compatibilmente») che credere che essa si limiti semplicemente a fare salvi gli altri diritti (diversi dalla prelazione) previsti dall’art. 230-*bis* c.c.: ciò significherebbe, in altre parole, che le attribuzioni in favore dei legittimari non assegnatari, previste dai commi 2 e 3 dell’art. 768-*quater* c.c., non hanno nulla a che vedere con i diritti loro eventualmente spettanti – quali collaboratori dell’impresa familiare – ai sensi dei commi 1 e 4 dell’art. 230-*bis*, i quali, dunque, resterebbero in vita e dovrebbero ricevere autonoma e separata soddisfazione<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> In tal senso, pur senza pretese di completezza: L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 378; ID., *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 1042; A. MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l’impresa*, cit., p. 108 s.; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del “patto di famiglia”*, cit., p. 415; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 217; F. MONCALVO, *sub art. 768-bis*, in *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini e M. Confortini, Torino, 2007, p. 998; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 97; M. COGNOLATO, *La nuova disciplina dei “patti di famiglia”: tratti essenziali e principali problemi*, in *Studium iuris*, 2006, p. 777; L. RUSSO, *Patto di famiglia e azienda agricola*, cit., p. 327; P. ZANELLI, *La riserva «pretermissa» nei patti di famiglia*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 897; G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, III, *La successione legittima*, cit., p. 656; F. VOLPE, *Patto di famiglia*, cit., p. 69.

<sup>65</sup> Così A. MERLO, *o.l.c.*; C. DI BITONTO, *Patto di famiglia*, cit., p. 803; G. PETRELLI, *o.l.c.*; F. GAZZONI, *o.l.c.*; G. OBERTO, *o.c.*, p. 98; M. COGNOLATO, *o.l.c.*; B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., pp. 139 e 153; D. SCARPA, *Riflessioni sulla compatibilità tra patto di famiglia e impresa familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 9; F. ROSSI, *Il problema della compatibilità del patto di famiglia con la disciplina dell’impresa familiare*, in E. DEL PRATO, M. COSTANZA e P. MANES (a cura di), *Donazioni, Atti Gratuiti, Patti di famiglia e Trusts successori*, Bologna-Roma, 2010, p. 481.

Tale opinione ha però ricevuto una serrata e vigorosa critica – non priva, invero, di un certo grado di plausibilità – da parte di chi ha sostenuto che l'inciso che si sta commentando, così inteso, sarebbe privo di senso perché del tutto superfluo<sup>66</sup>, di talché non gli si potrebbe riconoscere altro significato che proprio quello di attribuire ai soggetti indicati dall'art. 230-*bis* c.c. il diritto di prelazione ivi previsto anche nell'ipotesi di trasferimento di azienda attuato per mezzo di un patto di famiglia<sup>67</sup>.

Occorre inoltre ricordare che al medesimo risultato taluno perviene reputando irrilevante la questione dell'estensione agli atti a titolo gratuito del diritto di prelazione, e osservando che questo diritto sorgerebbe in ogni caso, giacché l'art. 230-*bis*, comma 5, c.c. ne prevede la nascita non solo per l'ipotesi del trasferimento, ma anche per quella della divisione ereditaria: in tale prospettiva, se anche si dovesse opinare che la prelazione in questione non operi per gli atti a titolo gratuito, ciò non basterebbe ad escluderne la nascita relativamente al patto di famiglia, poiché questo – svolgendo una funzione (almeno *lato sensu*) divisoria e di anticipata successione – sarebbe equiparabile alla divisione ereditaria<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. G. RIZZI, *Il patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, in *Notariato*, 2006, p. 440 ss.; ID., *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento dell'azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, Padova, 2006, p. 58 ss., il quale osserva che il diritto al mantenimento e il diritto di partecipazione agli utili ed incrementi, previsti dall'art. 230-*bis* c.c., non pongono alcun problema di compatibilità con il patto di famiglia, giacché prescindono da eventi traslativi dell'azienda e preesistono alla stipula del patto, di talché «non potrebbero essere disconosciuti anche a prescindere dal richiamo espresso alla disciplina dell'impresa familiare operato dall'art. 768 *bis* c.c.»; *contra*, L. STUCCHI, *L'art. 768 bis c.c.*, cit., p. 139, nota 91.

<sup>67</sup> G. RIZZI, *Il patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, cit., p. 438 ss.; ID., *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento dell'azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, cit., p. 51 ss.; ID., *Compatibilità con le disposizioni in tema di impresa familiare e con le differenti tipologie societarie*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 244 ss., ove anche indicazioni sulle modalità di esercizio della prelazione. Ritengono applicabile il diritto di prelazione *ex art.* 230-*bis* c.c. al trasferimento d'azienda programmato con patto di famiglia pure G. OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 445 s., ove anche indicazioni sulle modalità di esercizio della prelazione; M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, cit., p. 17.

<sup>68</sup> In tal senso, A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 300; e, se ben si intende, C. DI BITONTO, *o.l.c.*, che peraltro attribuisce il diritto di prelazione soltanto a quei collaboratori familiari che siano anche legittimari virtuali (ossia tali se in quel momento si aprisse la successione del disponente). Si rammenta però che la

Resta, in conclusione, soltanto da aggiungere che, se e nella misura in cui si ritenga (in accordo con una parte della dottrina, seguita anche da una parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità) che il rapporto di impresa familiare possa configurarsi – a certe condizioni, variabili a seconda delle diverse opinioni – pure nel caso di prestazione lavorativa svolta in favore di una società composta da familiari<sup>69</sup>, ne deriverebbe che, dandosi questa ipotesi, anche il patto di famiglia avente ad oggetto partecipazioni societarie resterebbe subordinato (proprio come quello avente ad oggetto l'azienda) al disposto dell'art. 230-*bis* c.c.

In tal caso, insomma, l'assegnazione delle partecipazioni (relativamente alle quali fosse configurabile il rapporto di impresa familiare) dovrebbe avvenire non soltanto – come per ogni ipotesi di trasferimento di quote sociali – «nel rispetto delle differenti tipologie societarie», ma anche «compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare», con la conseguente riproposizione delle questioni poc'anzi passate in rassegna.

9. Uno dei problemi più dibattuti dell'intera novella legislativa concerne l'individuazione del tipo di partecipazioni societarie deducibili ad oggetto del patto di famiglia: l'art. 768-*bis* c.c. si limita infatti genericamente a disporre che col patto di famiglia «il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti».

Il testo della disposizione, come si vede, non pone alcun espresso limite al tipo di partecipazioni sociali trasferibili, ragion per cui – restando ad un'interpretazione strettamente letterale della legge – dovrebbe concludersi che qualsiasi tipo di partecipazione, nessuno escluso, possa essere dedotto ad oggetto di tale negozio.

Ciò nondimeno, non mancano interpretazioni restrittive della disposizione in esame.

natura divisoria del patto di famiglia è ampiamente controversa (per riferimenti di letteratura v. *retro* nota 18).

<sup>69</sup> Per l'approfondimento di tale complessa questione, non si può fare altro, in questa sede, che rimandare alla letteratura specifica: e si veda, per tutti, L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 405 ss., e *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, VII, *Aggiornamenti*, Milano, 2006, p. 447 s., ove ampi ragguagli di dottrina e giurisprudenza; cui *adde* P. BUTTURINI, *Sull'applicabilità dell'art. 230-bis nel caso di esercizio in forma societaria dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 51 ss., in commento alle opposte decisioni di Cass., 6 agosto 2003, n. 11881 (contraria), e Cass., 23 settembre 2004, n. 19116 (favorevole).

In tal senso, va anzitutto ricordata una isolata dottrina, la quale ha dubitato che l'espressione «quote» – adoperata, come visto, dal legislatore nel testo dell'art.768-*bis* c.c. – sia idonea ad includere anche le partecipazioni in forma azionaria<sup>70</sup>: ciò che escluderebbe dalla sfera d'impiego del patto di famiglia i pacchetti azionari di società per azioni, quotate e non quotate, e di società in accomandita per azioni.

Si è osservato, a confutazione di tale tesi, che il legislatore ha adoperato il termine «quote» come equivalente del sintagma «partecipazioni societarie» (non a caso impiegato nello stesso testo dell'art. 768-*bis*, oltre che nell'art. 768-*quater* c.c.): espressione, quest'ultima, sicuramente idonea ad abbracciare anche le azioni, che, appunto, «altro non sono che partecipazioni societarie incorporate in titoli di credito (c.d. *titoli di partecipazione*)»<sup>71</sup>.

La questione – ammesso e non concesso che tale sia mai realmente stata – è ora definitivamente risolta dal legislatore fiscale, il quale, col 78° comma dell'unico articolo della legge Finanziaria 2007 (l. 27 dicembre 2006, n. 296), è intervenuto a disciplinare una nuova fattispecie di esenzione dalle imposte di successione e donazione, all'uopo introducendo nell'art. 3 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al d.lg. 31 ottobre 1990, n. 346, e successive modificazioni, il comma 4-*ter*, secondo cui «I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-*bis* e seguenti del codice civile a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di *azioni* non sono soggetti all'imposta»<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> In tal senso, A. BUSANI, *Patti di famiglia*, in *www.romoloromani.it*, citato da B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 146, nota 35.

<sup>71</sup> Così B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *o.c.*, p. 147 (corsivo originale).

<sup>72</sup> Sui profili fiscali del patto di famiglia v., per tutti, S. FIORENTINO, *Profili fiscali del patto di famiglia*, in *La Voce del Foro*, Rivista dell'Ordine degli Avvocati di Benevento, 2-3/2007, p. 81 ss. (anche in *www.innovazionediritto.unina.it*); i documenti n. 62 del giugno 2006 – dal titolo *I profili fiscali del patto di famiglia* – e n. 73 del febbraio 2007 – dal titolo *Le novità nell'imposizione indiretta del patto di famiglia* – della Fondazione ARISTEIA, Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti; C. BAUCO e V. CAPOZZI, *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, cit., p. 87 ss.; L. FERRAJOLI, *Il «nuovo» patto di famiglia*, in *Forum fiscale Il Sole 24 ore*, n. 4, aprile 2006, p. 1 ss.; M. LEO, *Profili tributari dei patti di famiglia*, in *www.ordineavvocatorino.it*; M. PETRULLI, *Cenni sugli aspetti fiscali del patto di famiglia*, in *www.filodiritto.it*; U.

Dinanzi al chiaro tenore letterale di tale disposizione, non può più sussistere alcun dubbio circa la deducibilità ad oggetto del patto di famiglia di pacchetti azionari, tanto di s.p.a. che di s.a.p.a., di talché l'espressione «partecipazioni societarie» (ricorrente, come visto, negli artt. 768-*bis* e 768-*quater* c.c.) va senz'altro intesa come inclusiva di tale tipo di partecipazioni.

Tanto chiarito, occorre poi rammentare che una parte consistente – e forse maggioritaria – della dottrina è pervenuta ad interpretare restrittivamente l'art. 768-*bis* c.c., ritenendo di poter enucleare dalla *ratio* dell'istituto – quale risultante dai lavori preparatori – un limite, seppure inespresso, alla circolazione delle quote societarie mediante patto di famiglia<sup>73</sup>.

In tale prospettiva, si osserva che il nuovo istituto mira a realizzare una riallocazione consensuale del controllo dell'impresa, favorendone la continuità gestionale in previsione del trapasso generazionale. È pur vero che tale *ratio* è ravvisabile, nei lavori preparatori, essenzialmente con riferimento all'altro possibile oggetto del patto di famiglia – l'azienda –, ma essa, in assenza di altre diverse indicazioni, dovrebbe intendersi senz'altro estesa anche

FRIEDMANN, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Prime riflessioni sul trattamento del Patto di famiglia ai fini delle imposte indirette*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 185 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Le implicazioni del Patto di famiglia. Aspetti Sistemati*, *ivi*, p. 194 ss.; P. PURI, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Profili dell'imposizione diretta del Patto di famiglia*, *ivi*, p. 202 ss.; M. GREGGI, *Le conseguenze fiscali del c.d. "passaggio generazionale" dei beni*, in *Studium iuris*, 2006, p. 547 ss.; M. BEGHIN, *La disciplina fiscale del patto di famiglia*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia. Commentario*, cit., p. 107 ss.; G. CIPOLLINI, *Profili fiscali del patto di famiglia*, in U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, cit., p. 255 ss.

<sup>73</sup> Tra coloro che aderiscono a questa impostazione non manca chi (cfr., in tal senso, A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il Sole 24 ore* del 3 febbraio 2006, n. 33, p. 27) stigmatizza l'inopportunità dell'inclusione nel patto di famiglia anche delle partecipazioni societarie, e ciò essenzialmente per due ragioni: perché la recente riforma del diritto societario, disponendo (con gli artt. 2355-*bis* e 2469 c.c.) la validità delle clausole successorie, avrebbe risolto il problema della successione nelle quote o nelle azioni (ma per una critica v. L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 373 nota 26, che richiama a suo conforto il pensiero già espresso da M. IEVA, *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. not.*, 2005, I, p. 936 s.); e perché tale previsione si presterebbe agevolmente ad operazioni fraudolente, realizzate facendo confluire in società beni della più varia natura, sì che la successiva assegnazione delle quote verrebbe, nella sostanza, a realizzare un'anticipata successione su beni non produttivi, così eludendo la *ratio* avuta di mira dal legislatore (e con questa critica concorda L. BALESTRA, *o.l.u.c.*).

all'ipotesi qui in esame, nella quale l'impresa è esercitata (non individualmente, sibbene) collettivamente, mediante una struttura societaria.

Se ne deduce che il campo delle partecipazioni trasferibili *ex art. 768-bis* ss. c.c. andrebbe ristretto soltanto a quelle che, «per loro natura, assicurano un “potere di gestione” (in senso lato) in capo al relativo titolare», sí da risultare utili e strumentali al governo dell'impresa (collettiva) societaria, la cui continuazione si vuole assicurare<sup>74</sup>.

Conclusione, questa, corroborata dall'ulteriore considerazione, secondo cui, in mancanza di tale utilità o strumentalità, cesserebbe la stessa ragion d'essere della deroga alle regole di diritto comune, «risolvendosi la partecipazione sociale in un “investimento” ma non certo in un “bene produttivo”»; ragion per cui «una deroga estesa al di là della categoria dei beni qualificabili realmente come “produttivi” sarebbe certamente incostituzionale per disparità di trattamento» rispetto agli altri beni<sup>75</sup>.

Secondo siffatta ricostruzione, sarebbe allora possibile dedurre ad oggetto del patto di famiglia – nell'ambito delle società di persone – le quote di società semplici e di società in nome collettivo che attribuiscono al loro titolare il potere di amministrazione della società, con esclusione di quelle che tale potere non attribuiscono<sup>76</sup> (in quest'ultimo caso dovrebbe, peraltro, essere fatta salva la

<sup>74</sup> G. PETRELLI, *La nuova disciplina del “patto di famiglia”*, cit., p. 416, cui appartengono le parole riportate tra virgolette; nello stesso senso A. BOLANO, *I patti successori e l'impresa alla luce di una recente proposta di legge*, in *Contratti*, 2006, p. 94; A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 306; M.C. LUPETTI, *Patti di famiglia. Note a prima lettura*, in *www.fondazione-notariato.it*, p. 4; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 220 (secondo il quale la partecipazione deve «essere tale da garantire, di diritto o di fatto, il controllo societario»); (semberebbe) M. COGNOLATO, *La nuova disciplina dei “patti di famiglia”*, cit., p. 776; G. BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il Patto di famiglia: un delicato equilibrio fra “ragioni” dell'impresa e “ragioni” dei legittimari*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 224 ss.; in tal senso anche M. IMBRENDA, *Patto di famiglia*, cit., p. 453 ss.; G. RECINTO, *Il patto di famiglia*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, p. 622.

<sup>75</sup> Così G. PETRELLI, *o.l.c.*; nel senso della possibile incostituzionalità della disciplina (se interpretata estensivamente), anche F. GAZZONI, *o.c.*, p. 221; A. DI SAPIO, *o.l.c.*; A. ZOPPINI, *o.l.c.*; L. STUCCHI, *L'art. 768 bis c.c.*, cit., p. 113.

<sup>76</sup> Si ricorda che, secondo il modello legale delineato dall'art. 2257 c.c. (che deve intendersi richiamato, per la s.n.c., dall'art. 2293 c.c.), tutti i soci di società semplice

possibilità di modificare – contestualmente alla stipula del patto di famiglia – il contratto sociale, sí da attribuire all’assegnatario della quota il potere di amministrazione).

Inoltre, con riferimento alla società in accomandita semplice, nessun dubbio potrebbe sorgere in ordine alla deducibilità in patto di famiglia – giusta quanto poco sopra precisato – della partecipazione dell’accomandatario<sup>77</sup>, mentre tale possibilità dovrebbe essere esclusa per la quota dell’accomandante – essendo questi istituzionalmente privo del potere di amministrazione, riservato, ai sensi dell’art. 2318, comma 2, c.c., ai soli accomandatari –, salvo forse il caso previsto dall’art. 2320, comma 2, c.c., che ricorre allorché il contratto sociale consente agli accomandanti di dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni, se ed in quanto si ritenga che tale ingerenza sia sufficiente ad attribuire natura gestionale alla partecipazione sociale<sup>78</sup>.

e di s.n.c. hanno automaticamente il potere di amministrazione, salvo diversa pattuizione contenuta nell’atto costitutivo.

<sup>77</sup> E, peraltro, come già visto con riguardo ai soci illimitatamente responsabili della società semplice e della società in nome collettivo (cfr. la nota precedente), anche per la società in accomandita semplice si ritiene (v., per tutti, F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 5ª ed., Torino, 1995, p. 204), in virtù del doppio richiamo degli artt. 2315 e 2293 c.c. (in relazione all’art. 2257 c.c.), che il contratto sociale possa riservare il potere di amministrazione soltanto ad alcuni degli accomandatari, con esclusione degli altri. In tal caso, in coerenza con quanto precedentemente affermato, si dovrebbe concludere che oggetto del patto di famiglia possano essere soltanto le partecipazioni degli accomandatari amministratori, e non anche quelle degli accomandatari non amministratori, salvo, in quest’ultimo caso, che non si modifichi – contestualmente alla stipula del patto di famiglia – il contratto sociale, sí da attribuire all’assegnatario della quota il potere di amministrazione.

<sup>78</sup> Per tale conclusione cfr. G. PETRELLI, *o.c.*, p. 416 s. Ritiene, invece, liberamente trasferibili mediante patto di famiglia, senza distinzioni di sorta, «tutte le partecipazioni di società di persone» – quindi anche le quote degli accomandanti privi del potere di dare autorizzazioni e pareri ai sensi del comma 2 dell’art. 2320 c.c., nonché le quote dei soci di s.s., di s.n.c. e dei soci accomandatari di s.a.s., pur se sprovviste statutariamente del potere di amministrazione (secondo quanto poc’anzi rilevato nelle due note immediatamente precedenti) – L. STUCCHI, *L’art. 768 bis c.c.*, cit., p. 116, secondo cui andrebbero esclusi dalla fruizione del patto di famiglia solo i soci «risparmiatori», ossia «coloro le cui partecipazioni rappresentano esclusivamente un investimento finanziario privo di qualunque valore in ordine alla partecipazione all’attività della società». Tale fattispecie ricorrerebbe, secondo tale Autore, «solo ove esista un mercato dei capitali che consenta un’adeguata remunerazione dell’investimento finanziario realizzato», ossia solo nelle società di capitali, cosicché «ove tale mercato non esista, come per le società di persone, si deve ritenere che i soci siano tutti soci imprenditori», sebbene solo impropriamente, cioè nel senso «che sono piú interessati

Venendo alle società di capitali e restando sempre nell'ambito della prospettiva restrittiva qui in esame, si è ritenuto, in relazione alla società a responsabilità limitata, che le relative quote possano costituire idoneo oggetto di un patto di famiglia soltanto allorché si tratti di partecipazioni maggioritarie – in quanto tali automaticamente idonee ad attribuire *de iure* un potere di indirizzo sulla gestione sociale – o anche allorché si tratti di partecipazioni bensì minoritarie, ma che attribuiscono al socio, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., un diritto particolare di amministrazione, e sempre che il mantenimento di tale diritto sia assicurato anche al discendente assegnatario della quota<sup>79</sup>.

Per la società per azioni, si è altresì ritenuto che sia possibile il trasferimento, mediante patto di famiglia, delle sole partecipazioni di controllo o di riferimento<sup>80</sup>, fermo però restando che la ricorrenza di una situazione di controllo (non di diritto ma) di fatto non potrebbe essere accertata dal notaio rogante, e dovrebbe essere dichiarata dalle parti, sotto la loro personale responsabilità<sup>81</sup>.

Secondo la teoria restrittiva in esame, nessun dubbio, infine, dovrebbe porsi con riferimento alle società in accomandita per azioni, per le quali sembra in ogni caso possibile la cessione della quota del socio accomandatario, anche se minoritaria, considerato che egli sarebbe comunque titolare di indubbi poteri gestionali, ai sensi dell'art. 2455, comma 2, c.c.<sup>82</sup>.

a partecipare all'attività della società e a riscuotere gli utili prodotti dalla medesima, che a fidare nelle plusvalenze che l'investimento economico effettuato può generare, atteso che la partecipazione di cui sono titolari non è facilmente negoziabile». Applicando questo stesso criterio discrezionale – fondato, si ripete, sulla distinzione tra soci «imprenditori» e soci «risparmiatori» – alle società di capitali, l'A. perviene (*ivi*, p. 116 ss.) alla conclusione che, in linea di massima, sono sempre trasferibili mediante patto di famiglia le quote di s.r.l. e di s.p.a. nell'ipotesi in cui la società non faccia ricorso al mercato dei capitali, mentre, qualora ciò avvenga, tale possibilità andrebbe riconosciuta solo ai soci «imprenditori» e non anche a quelli «risparmiatori».

<sup>79</sup> Così G. PETRELLI, *o.c.*, p. 417.

<sup>80</sup> Per tutti, G. PETRELLI, *o.l.c.*; F. DELFINI, *Il patto di famiglia introdotto dalla Legge n. 55/2006*, in *Contratti*, 2006, p. 512.

<sup>81</sup> In tal senso, sempre G. PETRELLI, *o.l.c.*; nonché A. DE MARTINO, *Brevi note in tema di patto di famiglia*, cit., p. 8.

<sup>82</sup> Così, ancora, G. PETRELLI, *o.c.*, p. 418; sulla società in accomandita per azioni si vedano però anche le notazioni di B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 163 ss.

Diffusa, però, è anche la *contrapposta* opinione, che ritiene trasferibile ogni tipo di partecipazione sociale, quand'anche non attributiva di facoltà gestionali: e ciò o facendo leva sulla mera lettera dell'art. 768-*bis* c.c.<sup>83</sup>, che nessun espresso limite pone; o argomentando, in aggiunta, che l'apparente irrilevanza, ai fini della gestione dell'impresa sociale, di partecipazioni irrisorie rispetto al capitale sociale o istituzionalmente prive del potere di amministrazione «potrebbe essere smentita [...] da eventuali patti intercorrenti tra i soci ed afferenti sia pure indirettamente sulle sorti dell'azienda gestita in forma collettiva»<sup>84</sup>; oppure sostenendo che «l'avviamento, e gli interessi ad esso legati al valore e al funzionamento concreto dell'impresa, inerisce a tutte le partecipazioni» (comprese quelle che non diano facoltà gestionali)<sup>85</sup>; ovvero, ancora, ipotizzando che scopo della riforma sarebbe anche quello di favorire la capitalizzazione delle imprese, di guisa che andrebbe garantita la più ampia facoltà di disposizione di ogni tipo di partecipazione al capitale di rischio «al fine di accrescere il grado di appetibilità (anche) per proprio accentuare la forza dell'impresa di attrarre investimenti»<sup>86</sup>; oppure, infine, opinando che la *ratio* della disciplina sia quella di evitare la frammentazione (non solo dei beni direttamente produttivi, quali le aziende, ma) anche dei beni solo indirettamente produttivi, quali sarebbero (secondo tale tesi) tutte le partecipazioni societarie<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. G. FIETTA, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, cit., p. 89; B. INZITARI, *Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del patto di famiglia*, cit., p. 25; G. LOMBARDI e G. MAISTO, *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 720; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 98; A. MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., pp. 22 e 28; P. ZANELLI, *La riserva «pretermessa» nei patti di famiglia*, cit., p. 898.

<sup>84</sup> A. PISCHETOLA, *Prime considerazioni sul "patto di famiglia"*, in *Vita not.*, 2006, p. 470.

<sup>85</sup> D.U. SANTOSUOSSO, *Patto di famiglia: struttura ed effetti*, relazione al convegno (organizzato dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali presso l'Università di Roma «La Sapienza» e dalla Scuola di Notariato «Anselmo Anselmi») su «La disciplina del patto di famiglia», tenutosi a Roma il 19 giugno 2006, p. 2 s. del dattiloscritto.

<sup>86</sup> C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia*, cit., p. 294.

<sup>87</sup> M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, cit., p. 16; sostanzialmente nello stesso senso, se ben si intende, anche F. TASSINARI, *Il Patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali*, cit., p. 155 s.

10. L'evidente complessità della questione, esemplarmente testimoniata dall'ampio ventaglio delle opinioni espresse dalla dottrina<sup>88</sup>, testé rapidamente passate in rassegna, non consente di dire in questa sede piú di quanto segue.

La tesi piú liberale, la quale ammette, senza limiti di sorta, la deducibilità nel patto di famiglia di ogni tipo di partecipazione societaria, presenta il pregio di assicurare nel massimo grado il bene della certezza del diritto, giacché preclude *in radice* ogni questione (beninteso, limitatamente all'oggetto) di validità del patto di famiglia, cosí assicurando la stabilità dell'assetto di interessi con esso programmato.

La contrapposta opinione sembra però piú coerente con la *ratio* dell'istituto, quale messa a fuoco anche precedentemente, sebbene crei non irrilevanti problemi di incertezza, per lo meno qualora si volesse ritenere – peraltro, essenzialmente con riferimento alle società di capitali<sup>89</sup> – che la partecipazione possa essere trasferita ai sensi e per gli effetti degli artt. 768-*bis* ss. c.c. anche quando assicura un controllo (non necessariamente soltanto *de iure*, ma pure) semplicemente *de facto*.

In tal caso, infatti, non si potrebbe certo chiedere al notaio rogante – che, del resto, non ne avrebbe i poteri – di compiere complesse indagini volte ad accertare la concreta ricorrenza di una fattispecie di controllo di fatto, ragion per cui il pubblico ufficiale dovrebbe necessariamente affidarsi alle dichiarazioni delle parti: «con il rischio che tale enunciazione si risolva in niente piú che una clausola di stile»<sup>90</sup> e il conseguente, ulteriore rischio di pos-

<sup>88</sup> Un certo accordo tra gli interpreti si riscontra soltanto nel ritenere che dovrebbero essere escluse dal patto di famiglia le partecipazioni relative a società immobiliari di comodo (per tutti, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 421; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 220; L. STUCCHI, *L'art. 768 bis c.c.*, cit., p. 119 s.; *contra*, però, G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 98 s.), ferme restando le note difficoltà pratiche di repressione di tale fenomeno (sul punto, per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., p. 35).

<sup>89</sup> Riconosce che «il problema concerne essenzialmente le società di capitali» L. BALESTRA, *Art. 768 bis c.c.*, cit., p. 30, il quale, da parte sua, ritiene che il criterio discrezionale per risolverlo «non è di facile rinvenimento e, comunque, non può certamente identificarsi nella distinzione tra partecipazioni di maggioranza e di minoranza. Semmai, si deve far riferimento [...] all'inerenza alla partecipazione di un potere di incidere sulla gestione in ragione di quanto stabilito dalle concrete pattuizioni del contratto sociale».

<sup>90</sup> Cosí, per tutti, M. AVAGLIANO, *o.c.*, p. 16.

sibili impugnazioni giudiziali del patto di famiglia, volte a farne accertare l'invalidità per mancanza del necessario oggetto (una partecipazione di controllo).

Le predette incertezze potrebbero peraltro essere fugate, qualora – pur restando fedeli all'idea che sono trasferibili soltanto le quote che conferiscono un potere di gestione dell'impresa sociale – si ritenesse che oggetto del patto di famiglia possano essere esclusivamente quelle partecipazioni che un tale potere attribuiscono *istituzionalmente e de iure*, e cioè, per quanto detto precedentemente: le quote di società semplice, di società in nome collettivo e quelle dei soci accomandatari di s.a.s., che attribuiscono ai loro titolari il potere di amministrazione (con esclusione, quindi, di quelle che, per espressa previsione dell'atto costitutivo, non riconoscano tale potere, fatta salva la possibilità di modifica sul punto del contratto sociale, contestualmente alla stipula del patto di famiglia); le quote degli accomandanti di s.a.s. che, ai sensi dell'art. 2320, comma 2, c.c., consentono al loro titolare di dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni (se ed in quanto si ritenga che tale ingerenza sia sufficiente ad attribuire natura gestionale alla partecipazione); le partecipazioni maggioritarie in s.r.l., nonché quelle che, quantunque non maggioritarie, attribuiscono al socio diritti particolari di amministrazione ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c. (e sempre che il mantenimento di tali diritti sia assicurato anche all'assegnatario); le partecipazioni di maggioranza in s.p.a.; le quote dei soci accomandatari di s.a.p.a., anche se non maggioritarie.

È appena il caso di precisare, inoltre, che l'eventuale accoglimento del criterio testé enunciato non preclude in alcun modo che possano costituire oggetto del patto di famiglia anche quelle quote di s.r.l. o quelle partecipazioni in s.p.a. che – pur non essendo di per se stesse maggioritarie e, quindi, in grado di attribuire da sole il potere di controllo della società – tali diventino se sommate alle quote o alle partecipazioni azionarie già possedute dall'assegnatario.

Tale conclusione – già sostenuta in altra sede, nella quale si era ritenuto di poterla giustificare in virtù della sua piena rispondenza alla *ratio* dell'istituto, consentendo essa di assicurare all'assegnatario il pieno controllo dell'impresa societaria<sup>91</sup> –, sebbene non

<sup>91</sup> Sia consentito rinviare sul punto a V. VERDICCHIO, *Commento all'art. 768-bis c.c.*, in N. DI MAURO, E. MINERVINI e V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 82. (nel

condivisa da tutti<sup>92</sup>, sembra aver ormai ricevuto una esplicita conferma per via legislativa.

Il già mentovato comma 4-ter dell'art. 3 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al d.lg. 31 ottobre 1990, n. 346, e successive modificazioni, introdotto dal 78° comma dell'unico articolo della legge Finanziaria 2007 (l. 27 dicembre 2006, n. 296), ha infatti espressamente disposto che, nel caso in cui il patto di famiglia abbia ad oggetto quote sociali (di s.r.l.) o azioni (di s.p.a. o s.a.p.a.), il beneficio, ivi stabilito, di esenzione dall'imposta «spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è *acquisito* o *integrato* il controllo ai sensi dell'art. 2359, primo comma, numero 1), del codice civile».

Consistendo tale ipotesi di controllo nella disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, sembra evidente, se non ci si inganna, che il testo del suddetto comma 4-ter presupponga la piena ammissibilità (e, quindi, validità) *iure civili* di un patto di famiglia avente ad oggetto partecipazioni in società di capitali che, sebbene di per sé non maggioritarie o addirittura minime, siano però in grado di far *acquistare* all'assegnatario tale controllo, o anche semplicemente di *integrarlo* (ossia di accrescerlo), se già sussistente.

Il descritto intervento del legislatore fiscale non è però risolutivo, in via generale, del problema affrontato nel presente e nel precedente paragrafo, giacché non sembra offrire elementi univoci per chiarire se sia o non sia ammissibile – *iure civili* – un patto di famiglia avente ad oggetto quote non in grado di far acquistare o di integrare la fattispecie di controllo di cui all'art. 2359, comma 1, n. 1), c.c.

Tale problema resta pertanto aperto, sebbene esso sia «sdrammatizzato», sia pur solo in qualche misura e in via di mero fatto, dalla riferita disciplina fiscale, che, rendendo sconvenienti le attribuzioni di quote e azioni non in grado di far conseguire o di

medesimo senso si era espresso anche G. BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari*, cit., p. 225). In tale sede si era ritenuto, pertanto, di non poter condividere la critica mossa all'opinione restrittiva da G. LOMBARDI e G. MAISTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 720, per la parte in cui era fondata sull'argomento che essa avrebbe condotto ad escludere che potessero costituire oggetto del patto di famiglia quelle partecipazioni a s.r.l. e s.p.a. che – pur di per sé non maggioritarie – tali diventassero se sommate a quelle già nelle mani dell'assegnatario.

<sup>92</sup> In senso opposto M. IMBRENDA, *Patto di famiglia*, cit., p. 456.

integrare il suddetto controllo, ne disincentiverà verosimilmente il trasferimento tramite patto di famiglia, a prescindere da ogni questione di validità *iure civili* (così ridimensionando, quanto meno sotto il profilo puramente quantitativo, la rilevanza pratica di tale *vexata quaestio*).

**11.** L'art. 768-*bis* c.c. statuisce che il trasferimento delle partecipazioni sociali tramite patto di famiglia debba avvenire «nel rispetto delle differenti tipologie societarie».

Vi è un consenso sufficientemente ampio tra gli interpreti della nuova legge nel ritenere che tale formula sia posta a presidio di quell'insieme di regole – di derivazione tanto legale quanto statutaria – che subordinano il trasferimento delle partecipazioni societarie alla sussistenza di determinati presupposti<sup>93</sup>, nonché all'osservanza delle regole pubblicitarie che disciplinano l'opponibilità ai terzi di tale trasferimento<sup>94</sup>.

Per quanto concerne le società di persone, ciò significa che, costituendo la cessione delle quote una modifica del contratto sociale, sarà indispensabile – per poter opporre alla società e agli altri soci il trasferimento posto in essere col patto di famiglia – il consenso unanime di tutti i componenti della compagine societaria, necessario *ex art.* 2252 c.c. e superfluo solo allorquando sia

<sup>93</sup> Per tutti, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 415. Il discorso che segue dà per presupposto l'accoglimento dell'opinione nettamente dominante in dottrina (in tal senso, per tutti, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI e V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., pp. 63 ss.; M. IMBRENDA, *Patto di famiglia*, cit., p. 444 ss.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 460; G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 658; F. VOLPE, *Patto di famiglia*, cit., p. 21 e *passim*), secondo la quale il patto di famiglia sarebbe un negozio *inter vivos* e con immediati effetti traslativi: conseguentemente, i limiti societari alla circolazione delle quote e delle azioni, che vengono in rilievo, sono soltanto quelli relativi ai trasferimenti *inter vivos* e non anche quelli collegati alle successioni *mortis causa* (per l'opposta opinione cfr., per tutti, L. BALESTRA, *Art. 768 bis c.c.*, cit., p. 30 ss., ove attenta analisi dei possibili limiti alla circolazione *mortis causa*). Per una generale ricognizione delle c.dd. clausole statutarie di predisposizione successoria, in questa sede ci si limita a rinviare, in luogo di molti, alla accurata ricognizione di M. PALAZZO, *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 1375 ss., ove abbondanti riferimenti di dottrina e giurisprudenza; per le soluzioni oggi offerte dalla recente riforma del diritto societario all'imprenditore che intenda pianificare la propria successione, v., per tutti, F. GALGANO, *Gli strumenti offerti dal nuovo diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 227 ss.; P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 545 ss.

<sup>94</sup> Per tutti, M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, cit., p. 17 s.

stata pattuita nell'atto costitutivo la libera trasferibilità delle quote<sup>95</sup>, ovvero quando si tratti di cessione di quota del socio accomandante di s.a.s. (se si ritiene che essa possa costituire oggetto del patto di famiglia), per la quale è sufficiente, ai sensi dell'art. 2322 c.c., il consenso anche dei soli soci che rappresentano la maggioranza del capitale.

Con riferimento alle società di capitali, nelle quali la partecipazione è, in linea di massima, liberamente trasferibile, il suddetto inciso sta a significare che – a parte i ben noti limiti legali alla circolazione delle azioni<sup>96</sup> – il patto di famiglia sarà inopponibile alla società sia qualora lo statuto sociale vieti il trasferimento delle quote o delle azioni, come ora è divenuto generalmente possibile anche per le s.p.a., in séguito alla recente riforma del diritto delle società di capitali<sup>97</sup>, sia qualora non vengano rispettati i limiti discendenti da eventuali clausole di gradimento o di prelazione<sup>98</sup>.

Si deve, peraltro, ricordare che anche per le clausole di prelazione societaria si pone il problema se il diritto ad essere preferiti nell'acquisto delle azioni o delle quote possa o no estendersi anche agli atti liberali<sup>99</sup>. Se si propende per la soluzione negativa, è evidente che non si porrebbe alcun problema di interferenza col patto di famiglia, avendo esso natura liberale, seppure eventualmente non donativa. Non vengono invece in rilievo, quali limiti alla circolazione delle azioni mediante patto di famiglia, eventuali patti parasociali di blocco, i quali – essendo privi di rilevanza «reale» e avendo mera efficacia *inter partes* – non potrebbero in alcun modo né comprometterne la validità né comportarne l'inopponibilità alla società<sup>100</sup>.

Per quanto concerne, invece, il tipo di diritto sulle quote (o sulle azioni) assegnabile mediante patto di famiglia, basta qui fare riferimento a quanto già osservato precedentemente con riguardo all'azienda, con la sola precisazione che l'eventuale attribuzione di

<sup>95</sup> Così, per tutti, G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 101. Per la generale validità della clausola di libera trasferibilità delle quote, cfr., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., p. 103 s.

<sup>96</sup> Per l'elencazione dei quali v. sinteticamente, per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *o.u.c.*, p. 239.

<sup>97</sup> Per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *o.u.c.*, pp. 239 ss. e 565.

<sup>98</sup> Per tutti, G. OBERTO, *o.l.c.*

<sup>99</sup> La questione è dibattuta: cfr., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *o.u.c.*, p. 241.

<sup>100</sup> Cfr., per tutti, D.U. SANTOSUOSSO, *Patto di famiglia*, cit., p. 5.

partecipazioni sociali *pro indiviso* «creerà una comunione che seguirà le proprie regole, rapportate alla disciplina societaria»<sup>101</sup>.

Resta, per concludere, da ricordare che anche per le partecipazioni societarie si pone il problema della comunione legale dei beni. A ragione della sua ben nota complessità, il tema non può, in questa sede, essere affrontato *funditus*, dovendosi necessariamente fare rinvio alle trattazioni specifiche<sup>102</sup>. Basti qui dire che, secondo l'opinione prevalente, le quote di s.n.c. e quelle del socio accomandatario di s.a.s. cadrebbero in comunione *de residuo*, di talché il loro titolare (quand'anche fosse coniugato in regime di comunione legale) ben potrebbe disporne senza il consenso del coniuge; mentre, sempre secondo l'opinione prevalente, le partecipazioni a società di capitali cadrebbero in comunione immediata, di talché colui che ne fosse divenuto titolare in costanza del regime di comunione dovrebbe disporne solo col consenso del coniuge, fermo peraltro restando che, trattandosi di beni mobili, la mancanza di tale consenso comunque non influirebbe sulla validità dell'atto di disposizione, comportando soltanto, ai sensi dell'art. 184 c.c., l'obbligo di indennizzare la comunione<sup>103</sup>.

Dal lato dell'assegnatario, infine, non può esservi dubbio che le quote ricevute per patto di famiglia non cadano in comunione e restino di sua esclusiva spettanza: e ciò per gli stessi motivi messi in evidenza precedentemente, con riferimento all'acquisto dell'azienda.

<sup>101</sup> Così, per tutti, G. OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, cit., p. 443.

<sup>102</sup> Per un riepilogo della questione si vedano, per tutti, E. SPITALI, *L'oggetto*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 128 ss.; G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2010, p. 558 ss.

<sup>103</sup> V., per tutti, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 422. Secondo L. BALESTRA, *Art. 768 bis c.c.*, cit., p. 30, allorquando l'azienda o la quota societaria appartenga in comunione (legale o anche ordinaria) ai coniugi, sarebbe ipotizzabile «un patto di famiglia unico che attribuisca i "beni" ai discendenti comuni con contestuale partecipazione di tutti coloro i quali sarebbero legittimari dell'uno e dell'altro coniuge»; qualora vi siano, invece, discendenti non comuni, nel caso di comunione ordinaria, ciascun coniuge potrebbe attribuire ai rispettivi discendenti, con distinti patti di famiglia, solo la propria quota di comproprietà, mentre, in caso di comunione legale, dovrebbe previamente procedersi allo scioglimento di quest'ultima limitatamente all'azienda o alla partecipazione societaria.

*ABSTRACT:* Il saggio affronta le principali questioni relative all'oggetto del patto di famiglia, proponendo soluzioni improntate alla massima realizzazione della *ratio* ispiratrice di tale contratto, diretto a risolvere i problemi connessi alla successione nei beni produttivi (aziende e partecipazioni societarie).

*This essay examines the main problems concerning object of the «patto di famiglia» and suggests solutions aimed to the major fulfilment of the ratio which inspires this contract, related to succession rights regarding productive goods (business assets and shareholdings).*