



# Mandato *post mortem* e divieto dei patti successori

Vincenzo Putortì

Professore associato di Diritto privato

## » SOMMARIO

1. Mandato *post mortem* e mandato *post mortem exequendum*: precisazioni concettuali e individuazione delle fattispecie – 2. Il mandato *post mortem*: derogabilità della regola *mandatum mortem finitur* – 3. Il mandato *post mortem mandatarii* – 4. Mandato *post mortem* e patti successori – 5. I criteri fondanti la dicotomia negozi a causa di morte-negozi *post mortem* – 6. I limiti di validità del mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante – 7. Mandato *post mortem* e *pactum fiduciae*

## 1. Mandato *post mortem* e mandato *post mortem exequendum*: precisazioni concettuali e individuazione delle fattispecie

Particolarmente vivo, ancora oggi, è il dibattito sulla validità del mandato *post mortem* e sulla sua attitudine a fungere da strumento di trasmissione della ricchezza alternativo al testamento.

È opportuno rilevare subito, però, che la predetta definizione, nel lessico dottrinale e giurisprudenziale corrente, non sempre assume il medesimo significato, dovendosi distinguere il contratto stipulato tra mandante e mandatario, *inter vivos*, avente ad oggetto un trasferimento di beni da attuarsi dopo la morte del *dominus*, dagli incarichi gestori a contenuto non patrimoniale, conferiti dal *de cuius* ad un terzo, mediante un testamento o un contratto di mandato<sup>(1)</sup>.

Tali figure, sebbene trovino un minimo comune denominatore sotto il profilo dell'intento negoziale, dal momento che è possibile che il mandante tenda a realizzare una tipica finalità successoria, pongono però problemi differenti.

In particolare, per quel che concerne il mandato *post mortem*, ciò che viene in considerazione è l'interferenza con le norme che regolano l'estinzione del contratto e con i principi che stanno alla base del divieto dei patti successori; mentre in ordine agli incarichi a contenuto non patrimoniale *ex testamento* o *ex mandato* i profili problematici riguardano essenzialmente

la compatibilità con i principi che disciplinano le disposizioni testamentarie ed i rapporti esistenti tra essi e il contenuto atipico del testamento<sup>(2)</sup>.

Per tale ragione, in questa sede, l'attenzione sarà rivolta esclusivamente al mandato *post mortem* a contenuto patrimoniale, precisando subito che l'aggiunta del termine *exequendum*, spesso ricorrente nel lessico dottrinale e giurisprudenziale, vale soltanto a individuare il negozio bilaterale la cui esecuzione, differita alla morte del mandante, si estrinsechi in un'attività materiale o in uno o più atti meramente esecutivi rispetto ad un'attribuzione patrimoniale già realizzata, *inter vivos*, dal *dominus*. In tal modo caratterizzando tale figura e distinguendola dal mandato a causa di morte che ha per oggetto, invece, un'attività dispositiva di beni compresi nell'asse ereditario<sup>(3)</sup>.

Tale conclusione, ormai da tempo recepita dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, incentra il criterio distintivo tra le diverse fattispecie riconducibili allo schema del mandato sulla natura dell'affare che forma oggetto dell'incarico e dà luogo ad una soluzione che può definirsi intermedia tra la tesi più restrittiva, che considera il mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante sempre e comunque nullo, ancor prima che per il divieto dei patti successori, per l'inderogabilità della regola *mandatum mortem finitur* (art. 1722, n. 4, c.c.), e l'opinione di coloro i quali, traendo argomento dalla libera revocabilità del contratto, escludono ogni interferenza con la *ratio* del divieto posto dall'art. 458 c.c.<sup>(4)</sup>. Indirizzi, questi, ai quali verrà rivolta una specifica attenzione nelle pagine seguenti, in modo da individuare con esattezza i limiti entro i quali è possibile riconoscere validità ad un siffatto schema contrattuale.

<sup>(1)</sup> DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, 453 ss.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, 19 ss.; ID., *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, 1102; DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 688; MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, *ivi*, 2010, 56 ss.; A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, 57, ss.; R. CALVO, *Il divieto dei patti successori*, in *Diritto delle successioni*, a cura di Calvo e Perlingieri, Napoli, 2008, 21; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 304; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 122 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1978, 137 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1984, 360 ss.; G. MI-

NERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, 201 ss.; DOMINÈDÒ, *Mandato*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1964, 134; GIORDANO, IANNELLI, SANTORO, *Mandato. Commissione. Spedizione*, in *Giur. sist. Bigliani*, Torino, 1969, 470; U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato «post mortem»*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694; GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contratto e impresa*, 1990, 825 ss.

<sup>(2)</sup> A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita notarile*, 1993, 1249; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 368.

<sup>(3)</sup> Sul tema si rinvia al lavoro monografico PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, 202 ss.

<sup>(4)</sup> Sul tema vedi ampiamente PUTORTÌ, *op. cit.*, 221.

## 2. Il mandato *post mortem*: derogabilità della regola *mandatum mortem finitur*

La prima questione da esaminare, ai fini dell'eventuale validità del mandato *post mortem*, riguarda la natura della regola, derivante dalla trattazione di Gaio, *mandatum mortem finitur* che fissa il principio dell'intrasmissibilità del rapporto agli eredi *ex art.* 1722, n. 4, c.c. Norma, questa, alla quale la prevalente giurisprudenza riconosce da tempo carattere dispositivo<sup>(5)</sup>, nonostante numerosi autori ritengano che essa non possa in alcun modo essere derogata dalle parti, visto l'inevitabile contrasto che l'ultrattività del mandato determinerebbe con il divieto dei patti successori<sup>(6)</sup> ed il rilievo centrale rivestito dal mandante durante l'intero *iter* attuativo del rapporto<sup>(7)</sup>.

Quest'ultimo indirizzo, in particolare, fonda la propria conclusione sull'equiparazione che ritiene sussistere tra le diverse ipotesi contemplate dall'art. 1722, n. 4, c.c. Si è osservato, infatti, che se il legislatore ha inderogabilmente previsto l'estinzione del mandato nel caso di inabilitazione o sopravvenuta incapacità del *dominus*, non può – *a fortiori* – non aver sancito in maniera cogente anche lo scioglimento del vincolo contrattuale per la morte del mandante, visto che in tal caso vi è l'assoluta impossibilità di riferire al *dominus* l'attività gestoria svolta dal mandatario<sup>(8)</sup>.

Tale ordine di considerazioni appare oggi, però, non del tutto esaustivo, sia perché la morte rientra nell'ordine naturale e normale delle vicende umane, mentre l'interdizione e l'inabilitazione si pongono come situazioni che hanno ad oggetto eventi il cui verificarsi non sempre è ragionevolmente prevedibile al momento in cui il contratto viene concluso, sia perché la *ratio* che giustifica tali previsioni legali è del tutto differente<sup>(9)</sup>. Basta pensare che il mandato la cui esecuzione sia subordinata alla interdizione o inabilitazione del *dominus* non solo potrebbe non trovare esecuzione, ma anche che, là dove si verificano i suddetti eventi, si verrebbe a creare un'ineludibile interferenza tra l'attività gestoria che il mandatario deve svolgere e le funzioni affidate a coloro che sono investiti dell'esercizio tutelare. Si determinerebbe, cioè, una – seppur parziale – sovrapposizione di ruoli e di funzioni che limiterebbe i poteri-doveri spettanti al tutore o al curatore nell'amministrare e gestire il patrimonio dell'incapace nel suo personale interesse. Sovrapposizione che il legislatore ha invece inteso evitare, avendo fissato, con disposizioni di ordine pubblico, i criteri e le proce-

ture da osservarsi nell'esercizio delle funzioni tutelari, al fine di assicurare la realizzazione degli interessi del soggetto interdetto o inabilitato<sup>(10)</sup>.

Diversa, per contro, è la vicenda che si determina in seguito alla morte del mandante, poiché la previsione pattizia diretta a consentire la prosecuzione del rapporto con gli eredi del *dominus* nessun contrasto determina con eventuali interessi di natura superindividuale, visto che in tal caso ciò che viene in considerazione è non tanto il venir meno del carattere fiduciario del rapporto<sup>(11)</sup>, bensì la mera opportunità di evitare che i successori universali, nell'amministrare nel loro personale interesse il patrimonio ereditario, risultino vincolati dalle scelte operate dal mandante<sup>(12)</sup>. Opportunità questa che, dovendosi ritenere disponibile da parte del *de cuius*, dato che il contratto, normalmente, realizza soltanto gli specifici interessi del *dominus*, spiega la natura dispositiva della massima *mandatum mortem finitur*<sup>(13)</sup>.

In realtà, richiamando i risultati cui sono pervenuti gli autori che hanno approfondito la relazione esistente tra l'*intuitus personae* e la determinazione dei caratteri qualificanti i singoli tipi negoziali, si può fondatamente dubitare che l'estinzione del mandato possa collegarsi alla sola presenza dell'elemento fiduciario<sup>(14)</sup>. Da tali studi emerge quale dato costante un sostanziale ridimensionamento del concetto di *intuitus* e delle categorie negoziali su di esso incentrate, in quanto si è dimostrato come detto carattere rappresenti un fattore che viene in evidenza essenzialmente nella concreta attuazione del singolo e specifico rapporto e solo in pochi casi giustifica la disciplina normativa dettata per il tipo negoziale astratto.

Conseguentemente, anche nei contratti tradizionalmente caratterizzati dall'*intuitus personae*, non sempre l'elemento fiduciario svolge un ruolo essenziale e qualificante, potendo taluni degli effetti ad esso riconducibili esser derogati dall'autonomia privata.

Di qui

la necessità per l'interprete di non limitare l'indagine alla sola presenza di siffatto carattere, ma di ricercare le ragioni che si pongono a fondamento della regola di intrasmissibilità sulla base di una valutazione che tenga conto di tutti gli interessi coinvolti nella singola fattispecie.

Questo perché è solo in seguito a tale complesso e articolato

<sup>(5)</sup> Cass., 25.3.1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, 1613; Cass., 24.4.1965, n. 719, *ivi*, 1965, I, 1001; Cass., 10.8.1963, n. 2278, *ivi*, 1964, I, 329; Cass., 4.10.1962, n. 2804, *cit.*

<sup>(6)</sup> G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, 556 ss., che, da un lato, sottolinea come il carattere imperativo di tale previsione si ricavi proprio dalla combinazione con l'art. 458 c.c., dall'altro, osserva che la finalità *mortis causa* costituirebbe un dato imprescindibile ed immanente al mandato *post mortem*, essendo tale contratto diretto a disciplinare una «situazione che trova la ragione della sua autonomia considerazione nella morte del mandante», la quale costituirebbe la ragione della creazione del negozio.

<sup>(7)</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, Torino, 1960, 320; NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, 240 ss.; DE RUGGIERO, MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano Messina, 1965, 396.

<sup>(8)</sup> NAVARRA, *op. cit.*, 240; G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 560.

<sup>(9)</sup> L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, sub artt. 1722-1730, 1994, 23.

<sup>(10)</sup> BILE, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Roma, 1961, 231; L. NANNI, *op. cit.*, 354; LUMINOSO, *op. cit.*, 451.

<sup>(11)</sup> G. CAPOZZI, *op. cit.*, 37 ss.; LUMINOSO, *op. cit.*, 451 ss., che individuano il fondamento della regola legale nel carattere personale (della scelta e)

dell'interesse alla conclusione dell'affare (dedotto nel mandato) da parte del mandante. DI STASO, *op. cit.*, 686, che sottolinea come il predetto elemento giustifichi la deroga al principio generale vigente in materia successoria secondo il quale le posizioni giuridiche soggettive che trovano fonte in un accordo si trasmettono in favore e a carico degli eredi delle parti contraenti.

<sup>(12)</sup> PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, 122.

<sup>(13)</sup> G. MINERVINI, *op. cit.*, 205 ss., che ricollega l'estinzione del contratto alla «gestione del patrimonio che un dato soggetto svolge in base a determinati personali criteri direttivi d'insieme»; di qui la presunzione che il mandante intenda «far cessare il mandato, allorché cessi nella complessiva gestione del suo patrimonio».

<sup>(14)</sup> Il riferimento è ai lavori di A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, 649; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 113 e 256; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, i quali, pur partendo da angoli visuali diversi, nel sottolineare la eterogeneità di significati della nozione di *intuitus personae*, precisano che la personalità della prestazione non sempre è idonea a spiegare la intrasmissibilità del rapporto a causa di morte.

procedimento che è possibile stabilire se la *ratio* sottesa alla singola norma abbia carattere generale o si riconduca alla tutela dell'interesse dei terzi che subentrano nel rapporto, oppure, ancora, sia riferibile a specifiche esigenze dei contraenti<sup>(15)</sup>. Così, ad esempio, proprio in tema di mandato, è dato ritenere che le regole poste dall'art. 1722, n. 4, che sanciscono l'estinzione del contratto sia per la morte del *dominus* che del mandatario, siano ispirate da due diverse razionalità: la prima – si è detto – tende a tutelare l'interesse dei successori di poter scegliere liberamente i criteri e le modalità di amministrazione del patrimonio ereditario<sup>(16)</sup>; la seconda è dettata, oltre che dall'esigenza di salvaguardare l'interesse del *dominus*, anche dalla necessità di tutelare la libertà degli eredi di scegliere le attività da svolgere. Cosicché tale ultima regola – si vedrà – ha, di massima, carattere cogente, mentre l'altra ha natura dispositiva, dal momento che affida al mandante, quale titolare di ogni potere di controllo in ordine alla complessiva attività di gestione del proprio patrimonio, la possibilità di decidere quale debba essere la sorte dell'incarico affidato al mandatario dopo la sua morte<sup>(17)</sup>.

Del resto, la stessa disciplina normativa dimostra come la regola dell'intrasmissibilità del rapporto per la morte del *dominus* non sia assoluta, avendo il legislatore, in talune ipotesi, espressamente sancito la ultrattività del vincolo, salva la possibilità riconosciuta ai successori universali di sciogliere il rapporto obbligatorio<sup>(18)</sup>. Si pensi, ad esempio, all'incarico conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi (art. 1723 c.c.), al mandato collettivo ex art. 1726, oppure a quello avente ad oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa (art. 1722, n. 4, c.c.)<sup>(19)</sup>.

Questo articolato e complesso dato normativo, integrando la funzione originaria propria del mandato, determina una differenziazione nel regime della successione *mortis causa* del rapporto ed aiuta a comprendere la natura ed i limiti entro i quali opera la regola dell'intrasmissibilità<sup>(20)</sup>. In particolare, mentre il testo normativo di cui all'art. 1723 c.c. dimostra come la regola dell'estinzione del rapporto per la morte del mandante

possa essere derogata allorché l'assetto di interessi che il contratto è destinato a realizzare sia riconducibile anche agli interessi del mandatario o di un terzo, dovendosi in tali casi operare un temperamento tra tali interessi e quelli del mandante, la previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 1722, n. 4, c.c. chiarisce che, ove vi sia una stretta inerente tra il regolamento contrattuale e l'attività di impresa, il rapporto rimane insensibile alle vicende che colpiscono il *dominus*<sup>(21)</sup>. Ne segue che l'esigenza dei successori universali di essere liberi nell'amministrare il patrimonio ereditario riveste non già carattere necessitato e insopprimibile, ma si atteggia, piuttosto, come mera opportunità rimessa alle scelte effettuate dal mandante, che rimane libero di considerare lo svolgimento dell'attività gestoria, anche per conto dei suoi eredi, come rispondente agli interessi del suo patrimonio<sup>(22)</sup>.

È noto, del resto, che in questi casi gli eredi rimangono liberi di revocare l'incarico<sup>(23)</sup>, salvo che il contratto non sia stato espressamente pattuito come irrevocabile o sia diretto a realizzare anche un interesse del mandatario o del terzo beneficiario finale della disposizione. Non solo, ma se in quest'ultima ipotesi l'effetto estintivo è subordinato all'esistenza di una giusta causa – la quale, ponendosi come elemento costitutivo della fattispecie risolutiva del rapporto, esclude che, in sua assenza, l'eventuale revoca degli eredi possa produrre gli effetti ad essa conseguenti – nell'altro caso, invece, la presenza della clausola di irrevocabilità non impedisce ai successori universali di sciogliere comunque il vincolo contrattuale e neutralizzare così l'esecuzione dell'incarico. Questo perché, nonostante il mandante tenda spesso a pattuire l'irrevocabilità del contratto, in modo da evitare che gli eredi possano vanificare la realizzazione dell'assetto di interessi da lui programmato, è dato rilevare che detta clausola, essendo assistita da una tutela obbligatoria, se violata, non preclude il prodursi dell'effetto estintivo, ma, in mancanza di una giusta causa, obbliga gli eredi esclusivamente a tenere indenne il mandatario dei danni subiti in seguito all'avvenuto scioglimento del rapporto<sup>(24)</sup>.

<sup>(15)</sup> PADOVINI, *op. cit.*, 124 ss. che riporta quali esempi lo scioglimento del contratto di lavoro per morte del lavoratore – il quale si ricollega alla normativa sul collocamento obbligatorio e, dunque, al principio di uguaglianza nell'accesso al mercato del lavoro – e l'estinzione di determinati rapporti d'opera professionale, ad iniziare da quello tra cliente e avvocato patrocinante in un processo civile.

<sup>(16)</sup> G. MINERVINI, *op. cit.*, 205.

<sup>(17)</sup> BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 15; DI STASO, *op. cit.*, 688; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori*, cit., 1253; R. CALVO, *op. cit.*, 15; MONCALVO, *op. cit.*, 60.

<sup>(18)</sup> Utili indicazioni possono trarsi anche dalla norma che prevede la libera revocabilità del mandato da parte del *dominus*, la quale sembra trovare la sua giustificazione non tanto nella natura fiduciaria del rapporto, quanto piuttosto nella circostanza che il negozio, normalmente, è diretto a soddisfare un assetto di interessi che fa capo unicamente al mandante, non avendo il mandatario altro interesse se non quello ad ottenere il compenso. Dal testo normativo di cui all'art. 1725 c.c., che impone un obbligo di "indennizzo" per la revoca del mandato oneroso e non anche per quello gratuito, implicitamente si desume, infatti, che l'eventuale interesse del mandatario all'esecuzione dell'incarico sia privo di giuridica rilevanza. In quest'ottica, non solo si comprende perché il legislatore abbia rimesso al mandante la scelta se revocare l'atto o consentire la prosecuzione del programma negoziale, ma si spiega, altresì, perché, ove sia stata pattuita l'irrevocabilità, l'eventuale revoca sia comunque efficace e faccia residuare soltanto, in assenza di una giusta causa, un obbligo risarcitorio [L. NANNI, *La revoca del mandato*, Padova, 1992, 198, 167; BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, 370].

<sup>(19)</sup> La dottrina, tuttavia, è concorde nel ritenere che tale previsione non si applichi al piccolo imprenditore BIGIARI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, 15 ss.; G. MINERVINI, *op. cit.*, 207; PADOVINI, *op. cit.*, 129.

<sup>(20)</sup> A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori*, cit., 1248 ss.

<sup>(21)</sup> LUMINOSO, *op. cit.*, 95 ss.

<sup>(22)</sup> A. AMATUCCI, *op. cit.*, 292; PADOVINI, *op. cit.*, 130; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 137.

<sup>(23)</sup> Nonostante il testo normativo parli di revoca (per il mandante) e di rinuncia (per il mandatario), la prevalente dottrina ritiene che si tratti di due ipotesi di recesso unilaterale dal contratto, mancando, nell'un caso, il presupposto primario della revoca, ossia l'eliminazione, con efficacia retroattiva, di un precedente negozio e, nell'altra ipotesi, l'effetto abdicativo in ordine ad un singolo diritto (GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 81; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 75 ss.; ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, 115).

<sup>(24)</sup> In questi casi sugli eredi graverebbe, dunque, un obbligo non già risarcitorio, ma di "indennizzo", che l'ordinamento, per ragioni equeitative, porrebbe a loro carico al fine di reintegrare il patrimonio del mandatario. Si tratterebbe, in altri termini, di un atto lecito dannoso che determinerebbe in capo al mandatario il diritto ad ottenere – oltre al compenso proporzionale all'opera prestata fino a quel momento e al rimborso delle spese sostenute – un indennizzo commisurato al lucro cessante sofferto per la anticipata estinzione del rapporto ed agli utili che egli avrebbe potuto percepire dall'esecuzione dell'incarico, detratti gli eventuali guadagni conseguiti in tale periodo a seguito delle esercitazioni di altre attività che non avrebbe potuto svolgere in mancanza della revoca. (G. MINERVINI, *op. cit.*, 181; A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 645). Diversamente, LUMINOSO, *op. cit.*, 468, che sostiene che, ove sia stata pattuita l'irrevocabilità, l'eventuale revoca costituirebbe un illecito contrattuale in quanto violerebbe l'obbligo di non recedere (se non per giusta causa) nascente dall'accordo. Cosicché il mandatario avrebbe diritto al risarcimento del danno da commisurarsi «alla lesione dell'interesse... alla permanenza del rapporto e non soltanto alla lesione dell'interesse al compenso, che potrà costituire semmai (nel mandato oneroso) una delle componenti».

### 3. Il mandato *post mortem mandatarii*

**I**l quadro interpretativo sopra tracciato sembra idoneo ad orientare la soluzione anche nella diversa ipotesi di mandato *post mortem mandatarii*. In tal caso, la norma che prevede l'estinzione del contratto per la morte del mandatario è diretta – si è detto – a salvaguardare anche interessi di natura superindividuale. Essa, in particolare, oltre a proteggere l'interesse del mandante all'esecuzione dell'incarico, visto che gli eredi del mandatario potrebbero non essere disponibili ad adempierlo o non avere le capacità richieste per la sua attuazione<sup>(25)</sup>, pare altresì ispirata dalla necessità (e non già dalla semplice opportunità) di tutelare la libertà dei successori universali di scegliere in maniera autonoma le attività da svolgere<sup>(26)</sup>.

Del resto, se può essere ragionevole attribuire a taluno un incarico da eseguirsi dopo la propria morte per soddisfare un interesse (anche di natura non patrimoniale) oggettivamente ritenuto meritevole di tutela, potrebbe mancare, per contro, una valida ragione sostanziale in grado di giustificare la conclusione di un contratto con un soggetto diverso da colui che è tenuto ad eseguire l'attività gestoria, imponendo a quest'ultimo il compimento di atti che non sempre potrebbe essere disposto a svolgere o che richiedono comunque specifiche conoscenze e capacità da lui non possedute. Il che spiega perché, in questi casi, alla bidirezionale rilevanza assunta dall'elemento fiduciario, che si traduce nella centralità della persona del mandante e del mandatario, si aggiunga un'esigenza di carattere generale, tesa ad evitare che il mandante, avvalendosi dei principi che disciplinano la trasmissione dei rapporti contrattuali a causa di morte, addossi ai suoi successori un'obbligazione che non vuole (o forse non può) far assumere da essi direttamente<sup>(27)</sup>.

Così, pure, per sostenere la derogabilità della regola che sancisce l'estinzione del contratto per la morte del mandatario, non pare che si possa utilmente invocare la norma che in tema di mandato in *rem propriam* prevede la trasmissibilità del rapporto in capo agli eredi del mandante. La formulazione letterale del testo normativo di cui all'art. 1723 c.c. e l'assenza di fondate ragioni sostanziali volte ad ampliare la portata applicativa dello stesso anche a soggetti diversi da quelli in esso contemplati inducono a ritenere, infatti, che essa disciplini esclusivamente le conseguenze che scaturiscono dalla morte del *dominus*, senza interferire con la posizione rivestita dal mandatario.

Conseguentemente, in presenza di un mandato *post mortem mandatarii* è necessario procedere

ad un'attenta valutazione della singola e concreta fattispecie per stabilire, volta per volta, in concreto, se ricorrano valide ragioni sostanziali idonee a giustificare la trasmissione del rapporto agli eredi.

Trasmissione che sembra potersi ammettere solo là dove il contratto preveda che il compimento dell'affare, ove non ultimato dal mandatario, sia proseguito dai suoi successori universali. Il che può accadere, ad esempio, nelle ipotesi in cui l'attività gestoria rientri nell'ambito dell'esercizio dell'attività di impresa ed abbia una tale complessità da richiedere che lo svolgimento dell'incarico rimanga insensibile alla morte di colui che originariamente si era assunto l'obbligo di eseguirlo.

In tal caso, infatti, operando la disposizione normativa di cui all'art. 1722, n. 4 (ultima parte) e fatta salva la facoltà degli eredi del mandatario di esercitare il potere di rinuncia (recesso) loro attribuito dall'art. 1727 c.c., dovrebbe riconoscersi la validità della clausola derogativa della regola legale, proprio perché l'oggettivazione dell'interesse soddisfatto dal contratto con l'attività di impresa attenua sensibilmente l'interferenza della previsione pattizia con l'esigenza dei successori universali di svolgere le sole attività da loro prescelte. Né, sotto tale profilo, potrebbe richiamarsi il principio *obligatio ab heredis incidere non potest*, poiché esso nessuna incidenza esplica né sul mandato *post mortem exequendum*, né sulle fattispecie in esame<sup>(28)</sup>. In entrambi i casi, infatti, essendo il contratto già perfetto ed efficace, sono i contraenti che acquistano la titolarità dei diritti e degli obblighi derivanti dall'atto di autonomia, i quali si trasmettono ai successori universali *iure hereditatis* sulla base delle specifiche regole fissate dal legislatore<sup>(29)</sup>.

La mancata coincidenza delle parti tra le quali è intercorso l'atto creativo dell'obbligazione ed i soggetti chiamati a dare esecuzione al rapporto non incide, di per sé, sulla validità del contratto, visto che il predetto principio mira ad escludere soltanto che l'obbligazione possa sorgere, *ex novo*, in capo all'*heres debitoris* o all'*heres creditoris*<sup>(30)</sup>. Mentre nelle ipotesi in esame nessun dubbio sussiste sulla vincolatività del mandato e sull'immediata esistenza dell'obbligazione gestoria, avendo la dottrina da tempo chiarito che il rapporto obbligatorio, *pendente die*, è presente e attuale, in quanto espressione di un assetto di interessi già identificato che ha un immediato rilievo giuridico<sup>(31)</sup>.

<sup>(25)</sup> Ricollega la *ratio* della disposizione al contenuto dell'obbligazione assunta dal mandatario LUMINOSO, *op. cit.*, 467, secondo il quale, trattandosi di un obbligo di fare, al pari di ciò che accade nei rapporti di lavoro, non può che essere intrasmissibile agli eredi.

<sup>(26)</sup> Che l'esigenza di proteggere la libertà degli eredi si attinga come necessità e non quale semplice opportunità – come avviene, invece, nell'ipotesi di morte del mandante – si evince dal fatto che i successori potrebbero essere tenuti a svolgere un'attività per conto di soggetti non graditi, ovvero di associazioni politiche, sindacali o religiose contrarie ai propri ideali (PADOVINI, *op. cit.*, 132). Il che, secondo l'A., sarebbe in contrasto con la libertà costituzionalmente garantita (art. 4 Cost.) di svolgere le attività o le funzioni in base alle proprie scelte personali. Per tale motivo, la regola che stabilisce lo scioglimento del rapporto per morte del mandatario ha, in linea di massima, carattere inderogabile.

<sup>(27)</sup> PUTORTI, *op. cit.*, 215.

<sup>(28)</sup> Si ritiene peraltro che tale principio sia stato formalmente abolito da Giustiniano (VOCI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1967, 263) ed in epoca classica si presenti come un "fossile", essendo stata svuotata la sua funzione sostanziale [TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 23].

<sup>(29)</sup> Il carattere di esigibilità della prestazione – inteso quale fattore che

consente al titolare del diritto di credito di pretendere l'immediato adempimento della prestazione – fuoriesce infatti dal contenuto minimo essenziale del rapporto obbligatorio, in quanto costituisce un elemento che influisce soltanto sulla disciplina applicabile all'obbligazione e non anche sulla sua qualificazione giuridica. Esso, in particolare, benché precluda al creditore la possibilità di richiedere immediatamente l'adempimento, non incide affatto sull'attualità del rapporto obbligatorio, e dunque sull'immediata rilevanza degli interessi sottesi all'esatto svolgimento dello stesso e sulla tutela che ad essi è dato accordare *ante diem* [A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, sub artt. 1173-1176, 1988, 116].

<sup>(30)</sup> TALAMANCA, *op. cit.*, 23.

<sup>(31)</sup> Da tempo, si è sottolineato come, inquadrando il rapporto obbligatorio in un'ottica di tipo dinamico-funzionale che superi l'impostazione metodologica di tipo essenzialmente strutturalistico e formale – secondo la quale sarebbe solo l'obbligazione contrattuale tipica ad esprimere gli interessi autonomamente rilevanti nell'economia dell'affare – sia possibile mettere nella giusta luce ed attribuire rilievo ai concreti interessi dei contraenti che al rapporto si ricollegano e che possono strutturarsi anche in posizioni soggettive di carattere non definitivo (P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja e*

#### 4. Mandato *post mortem* e patti successori

Chiarita la natura dispositiva della regola posta dall'art. 1722, n. 4, c.c., l'ulteriore problema che si pone riguarda la relazione esistente tra il mandato *post mortem* e il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. Norma, quest'ultima, che – è noto – trova le sue radici nella tradizione romanistica e sancisce la nullità di ogni convenzione che ha per oggetto beni facenti parte di una successione non ancora aperta<sup>(32)</sup>.

Muovendo dai risultati cui sono pervenuti la dottrina e la giurisprudenza più recenti, è dato tuttavia rilevare come soltanto attraverso una lettura destrutturata del predetto testo normativo, orientata a distinguere le diverse categorie di patti (istitutivi, dispositivi e rinunciativi), si riesca a cogliere le specifiche e autonome ragioni che stanno alla base della proibizione<sup>(33)</sup>. Solo in tal modo si possono superare definitivamente le opinioni<sup>(34)</sup> che ravvisano nell'appartenenza dei beni ad una futura successione il denominatore comune e unificante di tutte le tipologie di patti ed individuano nel *votum corvinum o captandae mortis*, o nel rischio che il futuro erede possa compiere atti di prodigalità, l'unica ragione della proibizione<sup>(35)</sup>.

Branca, Bologna-Roma, 1975; ID., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita notarile*, 1976, II, 103 ss.; ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 83 ss.).

<sup>(32)</sup> Per un'analisi storica dell'istituto e degli scopi che il legislatore del '42 e quello del 1865 hanno inteso perseguire tramite tale divieto, vedi: A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 6 ss.; ID., *Le successioni*, I, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1996, 45 ss.; M.V. DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 533; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 146 ss.; A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, Milano, 1998, 919 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Napoli, 1994, 48; LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemior al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 303 ss.; PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. notariato*, 2008, 1007 ss.; MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*, in *Dir. famiglia*, 2010, 1158 ss.; F. PARENTE, *Le disposizioni in "forma indiretta" connesse alla morte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 107 ss.; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. notariato*, 1988, 1216; GIAMPICCOLO, *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1960, 233; M. IEVA, *I fenomeni c.d. para-successori*, in *Riv. notariato*, 1988, 1139 ss. e ora in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Napoli, 1994, I, 53 ss.; ID., *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero dei tentativi di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e riduzione*, in *Riv. notariato*, 2009, 1081 ss.).

<sup>(33)</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, 453 ss.; R. CALVO, *op. cit.*, 60.

<sup>(34)</sup> LISERRE, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Tratt. Rescigno*, 5, Torino, 1982, 40. Un richiamo, sia pure generico, a ragioni di ordine morale viene effettuato da N. COVIELLO e L. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1932, 78. Altra dottrina, invece, individua in tale esigenza la *ratio* del divieto dei soli patti successori dispositivi (GIAMPICCOLO, *Atto mortis causa*, cit., 233); ovvero di questi e di quelli rinunciativi (R. LENZI, *op. cit.*, 1216).

<sup>(35)</sup> È stato osservato che sia il testamento che gli accordi *post mortem*, espressamente previsti dal legislatore, ben possono esporre il disponente al rischio del *votum captandae mortis* da parte di coloro che siano stati istituiti eredi o legatari o che risultino essere i beneficiari delle attribuzioni convenzionalmente predisposte (BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 19; G. RISPOLI, *Riflessioni in tema di patti successori*, in *Giur. it.*, 2010, 1554; MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. notariato*, 1992, 1411 ss.).

<sup>(36)</sup> In particolare, la *ratio* della proibizione dei patti dispositivi e rinunciativi va ravvisata nell'esigenza di garantire stabilità ai traffici giuridici. Di qui il divieto di tali convenzioni, visto la duplice incertezza che le caratterizza: soggettiva, da un lato (il disponente, infatti, dovrebbe essere istituito erede), e oggettiva, dall'altro (in quanto presuppone che i beni alienati dal presunto erede rimangano nel patrimonio del *de cuius* fino alla sua morte). Motivazioni, queste, che, seppur maggiormente fondate rispetto a quelle in precedenza citate, potrebbero anch'esse ritenersi superabili per il fatto che i patti dispositivi, se posti in essere a titolo oneroso, potrebbero ricondursi alle previsioni normative dettate per la vendita di cosa altrui;

Da tempo, infatti, si è messo in luce come i patti dispositivi e rinunciativi appartengano alla categoria degli atti *inter vivos* e siano vietati in virtù di una scelta normativa che ha riguardo al fenomeno degli atti di disposizione di beni futuri e altrui<sup>(36)</sup>; mentre le convenzioni istitutive non solo hanno natura *mortis causa*, ma trovano la ragione della loro proibizione in motivazioni che hanno un'intrinseca valenza sistematica, attinente alle forme di vocazione ereditaria. Anche se non può sottacersi come tale divieto non solo risulti estraneo ai paesi di common law e neppure sia stato recepito da tutti i paesi di civil law<sup>(37)</sup>, ma sia stato altresì oggetto di valutazione critica da parte degli organi comunitari, i quali, in più occasioni, hanno sottolineato come esso contrasti con le esigenze economiche dei processi produttivi, sensibili al mantenimento dei livelli occupazionali, ed ostacoli la continuità dell'attività di impresa e il ricambio generazionale nella titolarità della ricchezza, che si pongono come valori certamente da tutelare e promuovere<sup>(38)</sup>.

E, tuttavia, a fronte di tali esigenze vi è la valenza di un divieto ispirato da un principio che orienta l'intero sistema successorio<sup>(39)</sup> e che – diversamente da quanto comunemente si ritiene<sup>(40)</sup> – non si identifica esclusivamente con la *libertas testandi*;

mentre, ove assumano i caratteri delle liberalità donative non necessariamente urterebbero con il divieto posto dall'art. 771 c.c., visto che la sfera di incidenza di tale norma appare oggi limitata ai soli negozi che hanno per oggetto beni futuri. Così R. LENZI, *op. cit.*, 1211; F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, 225 ss., i quali, superando una concezione soggettiva di bene futuro ed adottando una visione oggettiva di siffatta categoria concettuale, tendono a differenziare la donazione di beni futuri da quella di beni altrui, riconducendo quest'ultima tra le donazioni obbligatorie di cui all'art. 769 c.c. e spiegando, in tal modo, le ragioni che giustificano l'applicazione delle previsioni in tema di garanzia per evizione e del possibile possesso *ad usucapionem* da parte di colui che ha acquistato *a non domino*. Diversamente, tra gli autori che estendono la portata del divieto posto dall'art. 771 c.c. alla donazione di cose altrui, ritenendo che l'espressione beni futuri si riferisca non solo alle entità che vengano ad esistere in *rerum natura* successivamente alla conclusione del negozio, ma ai beni che non sono presenti nel patrimonio del donante (B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1956, 172; TORRENTE, *La Donazione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1956, 412; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 6, *Successioni*, II, Torino, 1982, 469).

<sup>(37)</sup> I contratti successori sono ammessi dal codice civile tedesco che disciplina l'Erbvertrag; dal codice civile svizzero che prevede la possibilità di disporre dei propri beni *post mortem* per testamento e per contratto «nei limiti della porzione disponibile» (art. 481) e dalla legislazione francese che prevede numerose eccezioni al generale divieto sancito dall'art. 1130 code Napoleon, così come modificato dalla l. n. 728/2006.

<sup>(38)</sup> Il riferimento è alla comunicazione della Commissione europea del 7.12.1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese ed alla comunicazione della Commissione 98/C 93/02 (in *Gazz. Uff. CE* 28.3.1998, n. C 093) che ha individuato nei patti d'impresa e negli accordi di famiglia uno dei modi per aumentare la continuità nell'attività di gestione aziendale e per mantenere «talune regole gestionali da una generazione all'altra», attenuando le conseguenze della proibizione dei patti sulla successione futura, poiché tale proibizione complica una sana gestione patrimoniale (art. 4 lett. d, comunicazione).

<sup>(39)</sup> V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, cit., 9, rileva come prima di ogni ipotesi di riforma del divieto dei patti successori si dovrà procedere ad identificare «con precisione, e attentamente valutare nel loro pregio rispettivo, i diversi interessi» per poi stabilire quali fra essi potranno non essere più sacrificati «e quindi costruire le formule più idonee a tradurre normativamente questa selezione di interessi». Formule che implicheranno notevoli problemi di tecnica legislativa – ed in primo luogo – i rapporti gerarchici che si vorranno stabilire tra libertà e divieto. Si potrà infatti prevedere che «i patti successori sono in linea di principio ammessi, tranne alcune figure che rimangono ancora vietate o, all'inverso, potrà dirsi che i patti successori sono in linea di principio vietati, tranne alcune figure che in via di deroga si ammettono».

<sup>(40)</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, 455; MONCALVO, *op. cit.*, 58; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., 31 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, 414; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. comm.*, 1991, II, 91 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, 28; M. V. DE GIORGI, *Patto successorio*, cit., 533; Cass., 16.2.1995, n. 1683, in *Riv. notariato*, 1995, 559, con nota di C. CACCAVALE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*.

ossia con l'esigenza di garantire all'ereditando il potere di revocare liberamente le disposizioni a causa di morte, ma è strettamente e funzionalmente collegato con tutto il sistema di circolazione della ricchezza *post mortem*. Basta pensare, infatti, che se il legislatore avesse voluto vietare esclusivamente l'istituzione contrattuale di erede o legatario irrevocabile, ritenendo che soltanto essa, nella misura in cui crea un vincolo giuridico immodificabile tra disponente ed erede si ponga in contrasto con il suddetto principio, non avrebbe avuto motivo di sancire un divieto così perentorio e di così ampia portata come quello posto dall'art. 458 c.c., risultando a tal fine sufficiente l'attribuzione al disponente del potere di revocare *ad libitum suum* la convenzione<sup>(41)</sup>. Né, sotto questo profilo, si sarebbe potuto sostenere che siffatta previsione avrebbe determinato un inconciliabile contrasto con la natura contrattuale della disposizione, in quanto l'irrevocabilità del vincolo rappresenta una normale conseguenza della struttura bilaterale dell'atto di privata autonomia e, come tale, è modificabile sia dall'autonomia privata (art. 1373 c.c.), sia – *a fortiori* – da specifiche disposizioni di legge.

Per tali ragioni è dato ritenere che l'individuazione del fondamento teorico del divieto debba basarsi su un'indagine articolata e complessa, orientata a leggere tale proibizione con tutto il sistema delle fonti di vocazione ereditaria, il quale esclude che atti di privata autonomia diversi dal testamento, seppur revocabili, possano porsi come valida fonte di circolazione della ricchezza a causa di morte.

In tal modo, infatti, non solo si spiega perché non possano condividersi le opinioni di coloro che tendono a riconoscere

validità anche al mandato a causa di morte ove esso sia liberamente revocabile dal *dominus*, ma si coglie, altresì, la complessità della *ratio* che sta alla base del predetto divieto<sup>(42)</sup>. Quest'ultima, in particolare, si ricollega a due distinte, complementari, esigenze: la libertà di testare, da un lato, e l'assenza di posizioni giuridicamente rilevanti in capo ai beneficiari, dall'altro, in quanto è solo escludendo l'operatività delle regole dirette a tutelare l'altrui affidamento che si assicura al *de cuius* la possibilità di disporre secondo il suo libero, effettivo e reale volere<sup>(43)</sup>. Effetto, questo, che non sarebbe raggiungibile, invece, attraverso la sola revocabilità *ad nutum*, dato che essa non escluderebbe comunque l'applicazione delle regole di buona fede e correttezza che governano tutto l'*iter* contrattuale e valgono a fondare e salvaguardare le aspettative dell'altro contraente e dei terzi beneficiari dell'atto dispositivo<sup>(44)</sup>, generando, per ciò stesso, nel momento in cui vengano violate, una responsabilità in capo al disponente.

Viceversa – è noto – che siffatta responsabilità è del tutto assente in capo al testatore, dal momento che la disciplina dettata per l'atto di ultima volontà è diretta ad attribuire assoluta prevalenza alla effettiva e spontanea volontà del *de cuius*<sup>(45)</sup>, la quale, pur dovendosi conformare ad alcuni principi fondamentali<sup>(46)</sup> ed incontrando il limite «della compatibilità» del contenuto della dichiarazione con «l'interno volere», nessuna aspettativa giuridicamente rilevante produce in capo ai beneficiari dell'atto<sup>(47)</sup>. Da ciò – e non già dalla natura gratuita e liberale del testamento – deriva il peculiare modo di atteggiarsi dell'atto di ultima volontà sotto il profilo dinamico-funzionale e la sua idoneità a far sì che il *de cuius* possa disporre dei beni secondo il suo libero, reale ed effettivo volere, senza incontrare alcun limite nella tutela dell'altrui affidamento e senza che l'eventuale revoca delle disposizioni generi alcuna forma di responsabilità a suo carico<sup>(48)</sup>.

(41) Nella Relazione del Guardasigilli al Re Imperatore (n. 225) si legge: «Affermato nell'art. 2 [art. 457 c.c.] il principio fondamentale del nostro diritto successorio, secondo il quale due sono le forme di successione: la legale e la testamentaria, ho considerato di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della così detta successione pattizia o patto successorio». Sul tema vedi NICOLÒ, *Disposizione di beni in forma indiretta*, in *Riv. notariato*, 1967, 644; ID., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, 195 ss. e già in *Vita notarile*, 1971, 147; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 222; BIGLIAZZI GERI, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1218 ss.

(42) V. ROPPO, op. cit., 6, il quale osserva come sia difficile non leggere il divieto dei patti successori alla luce della norma fondante che lo precede e «più precisamente quale necessario presidio dello spazio e del ruolo da essa attribuiti al testamento, a sua volta eretto ad architrave dell'intero edificio delle successioni *mortis causa*». Riconoscendo all'art. 458 c.c. carattere integrativo rispetto alla norma precedente (art. 457 c.c.), che individua le fonti di devoluzione dell'eredità e non anche dei legati, si potrebbe essere indotti peraltro ad affermare che non rientrino nel divieto dei patti successori istitutivi le attribuzioni a titolo particolare. È, questa, tuttavia, una interpretazione che non può essere accolta perché l'art. 457 c.c., indicando quale fonte di vocazione dell'eredità il testamento, chiaramente si riferisce non solo all'istituzione di erede, ma anche ai legati, per cui è fondato ritenere che nell'ambito del divieto dei patti successori istitutivi rientrino tutti gli acquisti *mortis causa* siano essi a titolo universale o particolare.

(43) C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 25 ss.; MAGLIULO, op. cit., 1411 ss.

(44) La dottrina (G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, 147-148) ha rilevato come gli obblighi derivanti dalla regola di buona fede non soltanto prescindano dalla volontà delle parti, ma interessino altresì l'intero arco della vicenda contrattuale: dalla sua genesi alla sua attuazione, assumendo rilievi diversi che riguardano sia il piano dell'atto che quello del rapporto.

(45) La prevalenza della volontà sulla dichiarazione in materia testamentaria costituisce un dato acquisito che si desume da una pluralità di nor-

me, quali, ad esempio, quelle poste dagli artt. 679 ss c.c. in tema di revoca, le disposizioni che disciplinano la rilevanza della violenza, del dolo e dell'errore (art. 624 c.c.) o del motivo illecito (art. 626 c.c.), le previsioni che sanciscono la nullità del testamento congiuntivo o reciproco o della condizione di reciprocità (artt. 589, 635 c.c.) e le regole formali previste per i vari tipi di testamento, le quali ultime contribuiscono ad una maggiore «ponderatezza e libertà della volizione» nello stabilire il contenuto ed i beneficiari dell'atto. V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 429 ss.; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, 277, il quale invita a rimeditare sulla forma olografa del testamento in quanto, vista la tarda età in cui il l'atto viene redatto, non sempre il suo contenuto corrisponde all'intento effettivo del testatore.

(46) Il riferimento è alle norme poste dagli artt. 637 e 692 c.c., che sanciscono, rispettivamente, il divieto di apporre limiti temporali alla istituzione di erede e alla sostituzione fidecommissaria, per evitare che vengano frazionati nel tempo i diritti ereditari, ed alle norme sulla quota di riserva spettante ai legittimari in virtù del principio di solidarietà familiare (V. SCALISI, op. cit., 101 ss.).

(47) BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 67 ss., che sottolinea come il ruolo determinante della volontà si desuma agevolmente dalla particolare disciplina dettata in tema di errore, dolo o violenza (art. 624 c.c.) e dai criteri con cui si ricostruisce la volontà testamentaria, i quali si basano su un'interpretazione «soggettiva» e «personale» e non già «oggettiva», essendo diretti a ricercare l'intento effettivo del testatore. Diversamente, in presenza di un valido contratto a causa di morte anche il beneficiario dell'attribuzione avrebbe avuto una posizione giuridicamente rilevante e, avendo egli concorso alla determinazione del contenuto negoziale, ai fini dell'individuazione dell'effettivo significato dell'atto, si sarebbe dovuto indagare anche sulla sua volontà.

(48) La dottrina (F. SANTORO PASSARELLI, op. cit., 234) nell'evidenziare il diverso rilievo che assume la volontà nell'atto a causa di morte rispetto ai negozi *inter vivos*, aveva da tempo osservato come la *ratio* di tale diversità non fosse da ricollegare alla natura gratuita e non recettizia del testamento, bensì al fatto che «la disposizione a causa di morte... è un atto unilaterale di volontà col quale il testatore mira soprattutto a sistemare i suoi interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere...». Tant'è vero che la disciplina dei negozi unilaterali *inter vivos* non può dirsi diretta a ga-

## 5. I criteri fondanti la dicotomia negozi a causa di morte-negozi *post mortem*

Sulla scia di tali sintetiche indicazioni, emerge, allora, come il criterio distintivo tra validità e invalidità dei contratti destinati ad essere eseguiti dopo la morte del *dominus* debba incentrarsi non sulla revocabilità dell'atto, bensì su un diverso criterio; e precisamente sulla diversa funzione svolta dall'evento morte nell'ambito della complessiva operazione negoziale, valutando se esso si ponga come causa dell'attribuzione o come semplice elemento di ordine temporale volto a differire nel tempo l'effetto negoziale tipico<sup>(49)</sup>.

Proprio questa, d'altronde, è la logica che pare ispirare le decisioni della Suprema Corte, la quale, nel noto pentalogo elaborato nel 1971 e di recente ribadito, ha affermato che ai fini della invalidità del patto, oltre alla irrevocabilità della disposizione, è necessario tener presente se il «convenuto trasferimento dal promittente al promissario, abbia luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato»<sup>(50)</sup>; e cioè – riprendendo una terminologia consolidata in dottrina – se il contratto sia funzionalmente caratterizzato dall'essere stipulato in vista del-

rantire unicamente la volontà dell'autore del negozio, così come avviene, invece, negli atti a causa di morte, in cui le eventuali aspettative dei terzi che al testamento si ricollegano possono venire in considerazione e «mutare tutela solo subordinatamente al fatto che l'atto si riconosca puntuale alla determinazione e all'intento effettivo dell'ereditando» (GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 168).

<sup>(49)</sup> La Suprema Corte ha chiarito che non realizza un patto successorio vietato, ma un valido negozio *inter vivos*, la convenzione con la quale il disponente si riconosce, sin dal giorno della stipulazione, debitore della controparte e differisce, dopo la sua morte, l'estinzione del debito riconosciuto, poiché, in questi casi, il decesso costituisce un termine di adempimento (Cass., 3.3.2009, n. 5119, in *www.dejure.it*). Mentre ai fini dell'operatività del divieto di cui all'art. 458 c.c. è necessario un atto dispositivo della propria successione, di guisa che la morte del disponente non si traduca in una mera modalità dell'attribuzione (Cass., 1.10.2003, n. 14590, in *www.dejure.it*).

<sup>(50)</sup> Cass., 29.7.1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1536; Cass., 16.2.1995, n. 1683, *ivi*, I, 1501; Cass., 9.5.2000, n. 5870, in *Riv. notariato*, 2001, 227, con nota di Gazzoni; Cass., 1.10.2003, n. 14590 cit.; Cass., 3.3.2009, n. 5119, cit.; Cass., 19.11.2009, n. 24450, in *www.dejure.it*; Cass., 12.2.2010, n. 3345, in *Dir. e giustizia*, 2010, le quali hanno chiarito che per stabilire se una determinata convenzione rientri nell'ambito del divieto di cui all'art. 458 c.c. occorre accertare se: 1) il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione; 3) il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi, così, dello *jus poenitendi*; 4) l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato. Al riguardo è dato osservare, però, che se l'ultimo requisito è riferibile esclusivamente ai patti successorii istitutivi, che sono i soli ad avere natura di atti a causa di morte, il primo, invece, non può che riguardare i patti dispositivi o rinunziativi, poiché l'istituzione contrattuale di erede o legatario è certamente anteriore all'apertura della successione. Il terzo requisito, invece, altro non rappresenta se non il riflesso della natura contrattuale del negozio; mentre il secondo ed il quarto sono tra loro speculari, giacché la circostanza che taluno disponga dei propri beni considerandoli parte di una successione non ancora aperta non può che presupporre la consapevolezza della sua futura qualità di erede.

<sup>(51)</sup> GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 168; NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., 1195.

<sup>(52)</sup> L'art. 1398 c.c. del 1865 stabiliva: «Nel contratto di matrimonio possono gli sposi pattuire un lucro sull'importare della dote in favore del coniuge sopravvissuto. Il lucro si devolve in proprietà al coniuge superstite se non vi sono discendenti del coniuge premorto e nel caso contrario in

la morte ed abbia come unico scopo quello di fissare la sorte dei beni relitti, in quanto è solo in questi casi che il predetto evento costituisce il fattore in forza del quale l'effetto giuridico si produce e senza il quale, invece, non potrebbe realizzarsi. Mentre deve qualificarsi come valido negozio *post mortem* l'atto che, fin dal momento della sua conclusione, determina una modificazione immediata e stabile nelle sfere giuridiche delle parti contraenti o dei terzi destinatari dei suoi effetti diretti, attribuendo loro la titolarità di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti<sup>(51)</sup>.

Tale criterio, seppur netto e chiaro da un punto di vista logico-concettuale, necessita però di alcune precisazioni sul piano pratico-applicativo. Ai fini dell'eventuale dichiarazione di invalidità dei contratti collegati alla morte del disponente è necessario accertare se essi presentino taluni indici propri delle attribuzioni *mortis causa*, che è dato trarre dagli ormai aboliti istituti del lucro dotale e della comunione *de residuo*<sup>(52)</sup> e dalle esperienze europee che ammettono i patti successorii in termini generali o in via di eccezione<sup>(53)</sup>. Più precisamente, da tale indagine emerge che il contratto successorio è caratterizzato sia dalla sopravvivenza del beneficiario al disponente e dall'avere ad oggetto beni che si individuano nella loro esistenza e consistenza quantitativa e qualitativa al momento dell'apertura della successione (c.d. attribuzioni *de residuo*), sia dall'intrasmissibilità a terzi della situazione soggettiva di cui il beneficiario è divenuto titolare<sup>(54)</sup> e dalla revocabilità dell'atto, poi-

semplice usufrutto, salvo che gli sposi abbiano diversamente pattuito. Il lucro dotale non può convenirsi sulla dote che viene da altri costituita od aumentata durante il matrimonio e non reca mai pregiudizio agli eredi aventi diritto a porzione legittima». In tale fattispecie duplice era l'incertezza. Essa riguardava, da un lato, la sopravvivenza del beneficiario al tempo dell'apertura della successione e, dall'altro, il valore assunto in tale momento dal bene oggetto del negozio. (NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., 1198; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 114 ss.).

<sup>(53)</sup> In Francia, ad esempio, si ritiene che ai fini dell'esistenza di un patto successorio sia necessario: a) l'esistenza una convenzione che abbia ad oggetto beni suscettibili di far parte della successione di uno dei contraenti (patti istitutivi) o che si pensa di acquistare dalla successione di un terzo; b) che l'oggetto del negozio rientri in una successione non ancora aperta; c) che si realizzi una modificazione delle regole di diritto successorio concernenti le quote spettanti agli eredi necessari. (VERDIER, *Le droit éventuel, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Paris, 1953; CAPITANT, *La prohibition des pactes sur succession non ouverts*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1933, 86; VOIEN, *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, Paris, 1967, 15 ss.; BOULANGER, *Pacte sur succession future*, in *Encyclopédie juridique Dalloz*, Paris, 1965, 17; SERIAUX, *Les successions. Les libéralités*, Paris, 1986, 49 ss.; in giurisprudenza, vedi: Cass., 30.5.1985, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1986, 65). Parzialmente diversa è la disciplina dettata dal codice svizzero, che prevede la possibilità di disporre dei propri beni *post mortem* per testamento e per contratto «nei limiti della porzione disponibile» (art. 481) e dal sistema giuridico tedesco che considera l'Erbvertrag idoneo a far nascere in capo al beneficiario dell'attribuzione una situazione di «aspettativa» la quale, pur essendo intrasmissibile ai suoi eredi in caso di premorienza del disponente, dato il carattere personalissimo della disposizione, è assistita da una garanzia legale. Pertanto, se il bene oggetto dell'attribuzione viene distrutto, alienato a terzi o gravato di oneri, con l'intento di incidere negativamente sul futuro acquisto della controparte, quest'ultima (solo dopo la morte del promittente) ha il potere di agire per ottenere la surrogazione del valore al bene distrutto o far sì che gli eredi, in esecuzione dell'obbligazione su di loro incombente, gli procurino la proprietà della cosa alienata o liberata da pesi. A. ZOPPINI, *op. cit.*, 928 ss.; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 224 ss., secondo la quale i suddetti poteri, almeno in linea di principio, sarebbero da considerarsi eccezionali proprio perché il disponente «conserva integra la libertà di mutare, con negozi *inter vivos*, la consistenza del suo patrimonio (par. 2286) ed il vincolo assunto riguarda solo il potere di disporre a causa di morte».

<sup>(54)</sup> La dottrina (N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 25 ss.) ha evidenziato come le disposizioni a causa di morte debbano avere carattere strettamente personale non solo per il disponente ma anche per il beneficiario, che è il solo legittimato a ricevere il bene. Questo perché se così non fosse si attribuirebbe a quest'ultimo il potere di scegliere la persona chiamata a succedere e ciò sarebbe in con-

ché proprio tale elemento, contribuendo ad attenuare sensibilmente l'attualità dell'attribuzione, rende il negozio assai simile ad un contratto a causa di morte<sup>(55)</sup>.

È noto, invero, che in presenza di una disposizione liberamente revocabile il disponente rimane libero di neutralizzare gli effetti del negozio alienando a terzi i beni negoziati, cosicché l'attribuzione, in sostanza, diviene stabile e definitiva nei suoi elementi soggettivi e oggettivi solo dopo la morte. Il che, da un lato, contribuisce ad immobilizzare la ricchezza, visto che i privati, sapendo di non poter contare sulla realizzazione del programmato assetto di interessi, difficilmente ricorrono a siffatte convenzioni; dall'altro dimostra come la revocabilità, pur costituendo un fattore estrinseco rispetto alla sostanza dell'atto e non un dato caratterizzante una determinata categoria concettuale, mitighi sensibilmente, sul piano pratico, l'attualità dell'attribuzione e faccia sì che il negozio, in concreto, possa svolgere una tipica funzione successoria<sup>(56)</sup>.

Per tale ragione, ai fini della validità dei contratti *post mortem* – e dunque dello stesso mandato destinato ad essere eseguito dopo la morte del *dominus* – è necessario tener conto del complessivo e concreto assetto di interessi realizzato dall'atto di autonomia, valutando sia la struttura che la funzione che il negozio è destinato a realizzare.

Infatti, se è vero che le parti, apponendo al contratto un termine (iniziale) coincidente con la morte del disponente (mandante), possono dare rilievo ad interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli riconducibili alla causa tipica dell'atto, è altresì indubbio che sono proprio questi interessi che consentono un'adeguata comprensione della funzione complessiva dell'operazione negoziale, inducendo l'interprete ad accertare se essa, pur non ricadendo direttamente sotto il divieto posto dall'art. 458 c.c., tenda comunque ad eluderlo<sup>(57)</sup>. Di qui la necessità di esami-

nare in concreto le singole fattispecie e, avvalendosi delle regole dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., valutare se tali operazioni, benché in sé lecite, non siano dirette a realizzare un risultato vietato, analogo a quello che si sarebbe raggiunto se il *de cuius* avesse contrattualmente disposto, in tutto o in parte, della sua eredità.

## 6. I limiti di validità del mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante

Dopo aver individuato i limiti operativi del divieto dei patti successori istitutivi possono adesso delinearsi, con maggiore precisione, i confini entro i quali è possibile riconoscere validità al mandato *post mortem*.

Sotto questo profilo, un particolare rilievo assume – come si è detto – l'oggetto dell'incarico, visto che secondo un diffuso orientamento il contratto è valido se *inter vivos* si è già perfezionato il trasferimento del diritto dal mandante al mandatario, per cui l'attività che quest'ultimo è tenuto a compiere dopo la morte del *dominus* consiste nella mera consegna dei beni all'acquirente<sup>(58)</sup>. Più precisamente, la giurisprudenza e la prevalente dottrina, riconoscendo al mandato efficacia obbligatoria<sup>(59)</sup>, evidenziano come nel caso di mandato a vendere, ad esempio, in assenza di apposite clausole tese a trasferire alla controparte, *inter vivos*, la proprietà dei beni da alienare ai terzi, il mandante conservi la titolarità del rapporto sostanziale. Cosicché l'atto di alienazione che il mandatario si è obbligato a compiere dopo la morte del *dominus* non può che avere ad oggetto beni acquistati *iure successionis* dagli eredi del mandante e, come tali, idonei a determinare l'invalidità dell'intera operazione gestoria ex art. 458 c.c.<sup>(60)</sup>.

È questa, tuttavia, una soluzione che, nella misura in cui limita sensibilmente il ricorso al mandato *post mortem*, ha suscitato forti perplessità, essendosi da più autori osservato come il contratto, pur nelle ipotesi in cui realizzi una tipica finalità successoria, non debba perciò stesso considerarsi nullo, in quanto, là

trasto con il carattere personalissimo dell'attribuzione *mortis causa*, quale esso risulta dall'art. 631 c.c. che, pur riferendosi al solo testamento, è ritenuto estensibile a tutti gli atti a causa di morte.

<sup>(55)</sup> Affinità che non significa però identità di effetti, sia perché in presenza di un'attribuzione contrattualmente predisposta, benché revocabile, gli interessi di coloro che della stessa ne sono i destinatari acquistano comunque giuridica rilevanza, sia perché il potere pattiziamente concesso al disponente di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale, con conseguente possibilità di esercitare il potere di disposizione in ordine agli stessi bei oggetto della precedente attribuzione, proprio per il motivo anzidetto, non esclude che un siffatto comportamento, a differenza di ciò che accade per la revoca del testamento, venga comunque valutato alla stregua della regola di buona fede (PUTORTI, *op. cit.*, 116-117).

<sup>(56)</sup> Proprio con riguardo allo schema del contratto in favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, che meglio si presta a realizzare uno spostamento di ricchezza *post mortem*, non si è mancato di osservare che se è indubbio che la facoltà di revoca, benché non escluda che il contratto i cui effetti tipici siano destinati a realizzarsi dopo la morte dello stipulante produca comunque un'alterazione immediata delle sfere giuridiche delle parti, rendendo rilevante la loro volontà anche nei confronti del terzo beneficiario, è altresì vero che lo stipulante, in virtù di un siffatto potere, potrebbe pur sempre neutralizzare gli effetti del negozio e disporre degli stessi beni oggetto della precedente alienazione, con il risultato che l'attribuzione, in sostanza, diviene stabile e definitiva nei suoi elementi soggettivi e oggettivi solo dopo la sua morte. Anche se la prevalente dottrina esclude ogni interferenza tra la fattispecie prevista dall'art. 1412 c.c. e l'art. 458 c.c. in quanto, qualificando il contratto a favore di terzi come un negozio *inter vivos* immediatamente produttivo di effetti, ritiene che il diritto sia acquistato dal terzo *iure proprio* per effetto della stipulazione e non già *successionis causa*. [M. TAMPIERI, *Contratto a favore di terzi e patti successori alcuni orientamenti conferti*, in *Vita notarile*, 2011 1796; E. ANGELONI, *Contratto a favore di terzi*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, *sub art.* 1412, 2004, 348 ss.; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimo-*

*niali tra vivi e assetti successori*, cit., 1254; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 303, il quale rileva come la natura *mortis causa* dell'acquisto che si realizza in capo al terzo debba ritenersi esclusa in virtù della mancanza di uno dei requisiti che caratterizzano le attribuzioni a causa di morte, ossia la condizione di sopravvivenza del beneficiario allo stipulante. Diversamente E. BETTI, *op. cit.*, 311 e 320, nt. 3, che trae spunto dall'art. 1412 c.c. per evidenziare come esso contempli un'attribuzione a causa di morte poiché lo stipulante «può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, revocabilità che non sarebbe consentita se si trattasse di un'attribuzione *inter vivos*». In questo senso vedi L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, *sub art.* 1412, 156].

<sup>(57)</sup> NICOLÒ, *Disposizione di beni in forma indiretta*, cit., 645 ss.

<sup>(58)</sup> Cass., 3.3.2009, n. 5119; Cass., 23.4.2001, n. 5981 entrambe in *www.dejure.it*; Cass 25.3.1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, 1613; Cass., 4.10.1962, n. 2804, cit.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 22 ss.; ANSALDO, *In tema di contratto post mortem*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, 497 ss.; R. CALVO, *op. cit.*, 21; PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, cit., 126 ss.

<sup>(59)</sup> *Ex multis*, vedi Cass., 31.3.2011, n. 7510, in *www.dejure.it*; Cass 25.3.1993, n. 3602, *ivi*; DOLMETTA, *op. cit.*, 460; MONCALVO, *op. cit.*, 63 ss.

<sup>(60)</sup> Cass 25.3.1993, n. 3602, cit. che ha precisato come il mandato, pur là dove attribuisca al mandatario ampi poteri dispositivi, non comporti una successione del mandatario al mandante dopo la morte di quest'ultimo, per cui i beni dei quali il mandatario avrebbe dovuto disporre *post mortem* entrano a far parte della successione del *dominus*. Cass., 23.4.2001, n. 5981, cit. che ha ribadito come il mancato espletamento dell'incarico a vendere un bene sia in sé sufficiente a determinare l'inclusione dello stesso nell'attivo ereditario, di guisa che l'eventuale compimento dell'atto gestorio dopo la morte del mandante avrebbe per oggetto «un cespite ormai acquistato dagli eredi e si tradurrebbe in una vendita eseguita per conto degli eredi medesimi».

dove non sia preclusa al mandante la possibilità di revocare liberamente l'atto, nessun conflitto si determina con la *ratio* del divieto dei patti successori. Secondo questo indirizzo, pertanto, un'interferenza con il predetto divieto potrebbe riscontrarsi unicamente là dove si verifichi una limitazione della *libertas testandi*, ossia nelle ipotesi di mandato oneroso o irrevocabile, oppure conferito anche nell'interesse del mandatario o di un terzo<sup>(61)</sup>.

Si è già chiarito, però, che la *ratio* del divieto dei patti successori non può ritenersi soddisfatta dalla sola revocabilità dell'atto, in quanto essa è più complessa e articolata e si ricollega al principio di tipicità delle fonti di delazione ereditaria, che individuano nel testamento l'unico strumento con cui i privati possono disporre dei loro beni per il tempo successivo alla morte ed in funzione di essa (art. 587 c.c.). L'esclusività assegnata dal legislatore al negozio di ultima volontà – come si è visto – concerne proprio la funzione che esso è destinato a svolgere; funzione che si differenzia nettamente da quella dei negozi *inter vivos* (anche a struttura unilaterale), poiché mentre questi ultimi sono destinati a regolare un conflitto di interessi tra il disponente e coloro ai quali la dichiarazione è diretta, il testamento, invece, non creando alcun vincolo giuridico tra l'ereditando ed i terzi, assicura l'effettività e spontaneità dell'intento dispositivo, evitando che lo stesso possa risultare distorto dalla volontà di terzi o dall'esigenza di tutelare l'altrui affidamento<sup>(62)</sup>.

Di conseguenza, perplessità suscita anche l'opinione di coloro i quali, sempre nell'ambito del medesimo indirizzo, per dimostrare la validità del mandato *mortis causa* revocabile, hanno messo in dubbio che il testamento rappresenti l'unico strumento per realizzare un assetto di interessi successorio ed hanno affermato che ciò che è dato desumere dalla disciplina dettata per l'atto *mortis causa* è solo il principio della essenzialità della forma «quale particolare strumento di garanzia di certezza e serietà della volontà testamentaria» e non anche quello della esclusività del tipo. Sicché ben può riconoscersi validità al mandato a causa di morte ove questo sia stato stipulato per atto pubblico o con l'osservanza delle formalità prescritte per il testamento olografo<sup>(63)</sup>.

In quest'ottica, però, non solo non si attribuisce la dovuta rilevanza al peculiare modo di atteggiarsi del testamento sotto il profilo dinamico funzionale ed a tutti gli altri caratteri ad esso connaturati, ma riesce altresì difficile comprendere perché il legislatore abbia espressamente posto un divieto così perentorio come quello desumibile dagli artt. 457 e 458 c.c., quando, ai fini della validità dei contratti a causa di morte, sarebbe stato sufficiente imporre ai contraenti l'adozione di una determinata

forma<sup>(64)</sup>. Conseguente, da ciò, da un lato, la nullità del mandato che, sebbene revocabile e stipulato con le formalità previste per l'atto di ultima volontà, comporti la devoluzione al terzo di beni entrati a far parte dell'eredità del mandante, giacché è evidente che in tal caso si viene a realizzare un assetto di interessi tipicamente successorio; dall'altro,

la validità del contratto avente ad oggetto un incarico che si concretizza in un'attività esecutiva relativa ad un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi durante la vita del mandante.

Il che accade, ad esempio, allorché il *dominus* conferisca al mandatario l'incarico di consegnare a terzi determinati beni il cui diritto di proprietà il mandante, mediante appositi atti di alienazione, abbia già trasferito ai beneficiari, di guisa che l'attività del mandatario si rivela essere meramente esecutiva rispetto ad un trasferimento di diritti già attuatosi *inter vivos*<sup>(65)</sup>.

## 7. Mandato *post mortem* e *pactum fiduciae*

Altrettanto complessa e articolata si rivela la soluzione prospettabile nelle ipotesi in cui il mandato sia caratterizzato da un trasferimento di beni e dalla stipulazione di un patto aggiunto con il quale il mandatario si assume l'obbligo, dopo la morte del *dominus*, di alienare le *res* ad un terzo (*pactum fiduciae*)<sup>(66)</sup>. Fattispecie, queste, che alcuni autori tendono a considerare nulle, ritenendo che anche il primo trasferimento, dal fiduciante al fiduciario, trovi la sua causa nella morte del mandante, dato il peso determinate che, ai fini della collazione e dell'azione di riduzione, assume il «piano economico effettuale dell'operazione complessiva». Piano che dimostrerebbe il carattere strumentale del primo atto di alienazione rispetto alle reali finalità perseguite dalle parti, che sarebbero dirette essenzialmente ad arricchire il beneficiario finale dell'attribuzione<sup>(67)</sup>, attraverso il descritto, articolato, procedimento negoziale.

Altra parte della dottrina, per contro, sottolinea come dette operazioni non possano in alcun modo essere ricomprese nell'ambito del divieto posto dall'art. 458 c.c., sia perché i beni vengono acquistati immediatamente, *inter vivos*, dal fiduciario e da quest'ultimo trasferiti, dopo la morte del mandante, al terzo, sia perché il contratto di mandato è liberamente revocabile dal *dominus* il quale, rimanendo libero di disporre dei beni negoziati in favore di terzi, non subisce alcuna lesione alla *libertas testandi*<sup>(68)</sup>.

<sup>(61)</sup> A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori*, cit., 1195; A. AMATUCCI, *op. cit.*, 304; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 144.

<sup>(62)</sup> Del resto, alle già prospettate differenze esistenti tra un'attribuzione patrimoniale realizzata attraverso un contratto, benché revocabile, e un'attribuzione predisposta con un testamento può aggiungersi la circostanza che la revoca, in tali fattispecie, atteggiandosi come atto di recesso, opererebbe con efficacia *ex nunc*, facendo salvi, così, gli effetti derivanti dall'eventuale esecuzione di quelle prestazioni, seppur strumentali, poste in essere prima che la manifestazione di volontà diretta a provocare lo scioglimento del rapporto sia giunta a conoscenza del mandatario.

<sup>(63)</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, 420.

<sup>(64)</sup> PUTORTI, *op. cit.*, 112 ss.

<sup>(65)</sup> Sulla liceità di tale fattispecie vedi Cass., 4.10.1962, n. 2804, cit.

<sup>(66)</sup> Le conclusioni cui pervengono dottrina e giurisprudenza sul tema sembrano ispirate proprio dalla diversa concezione espressa in ordine alla qualificazione del negozio fiduciario. Infatti, mentre alcuni costruiscono tale contratto in termini di collegamento negoziale (Cass., 8.5.2009, n.

10590, in *Guida dir.*, 2009, 50,57; Cass., 1.4.2003, n. 4886, in *Arch. civ.*, 2003, 869; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1988, 427; E. BETTI, *op. cit.*, 324; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso e Santoro Passarelli*, Milano, 1980, 163) altro indirizzo, invece, lo considera come un autonomo negozio, contraddistinto da un'autonomia causa *fiduciae*, giuridicamente ammissibile perché diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela (C. GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 625; Cass., 21.11.1988, n. 6263, in *Foro it.*, 1991, 2496, con nota di G. VETTORI, *La prova del pactum fiduciae*).

<sup>(67)</sup> LUMINOSO, *Intestazione di quota societaria, negozio fiduciario e mandato a confronto*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, 518; DOLMETTA, *op. cit.*, 459-460.

<sup>(68)</sup> G. CESARO, *Patrimoni destinati nell'interesse della famiglia tra diritto positivo e prospettive di disciplina del trust*, in *Destinazione di beni allo scopo, Studi raccolti dal Consiglio nazionale del Notariato*, Milano, 2003, 101 ss.; VALAS, *Mandato fiduciario, trust e negozio di affidamento fiduciario*, in *Trust*, 2012, 139 ss.; SANTARSIERE, *Patto fiduciario e obblighi del fiduciante per l'adempimento gestorio, rapporto di mandato*, in *Giur. di Merito*, 2006, 613 ss.; REALMONTE, *Rapporti fiduciari nei trasferimenti mortis causa e post*

A tal riguardo, è dato ribadire peraltro che la liceità di tali operazioni non può essere affermata in via assoluta e astratta, in quanto è pur sempre necessario aver riguardo all'atteggiarsi della singola fattispecie, in modo da accertare se le parti abbiano posto in essere un'attribuzione tesa, in concreto, ad eludere il divieto di cui all'art. 458 c.c.<sup>(69)</sup>.

Infatti, se si valuta la sola struttura formale dell'operazione è evidente che nessuna interferenza si determina con la predetta proibizione, né con il principio di tipicità delle fonti di delazione ereditaria, visto che il trasferimento dei beni dal mandante al mandatario (fiduciario) avviene, *inter vivos*, in virtù di un contratto che è distinto e distinguibile, sia formalmente che cronologicamente, da quello diretto ad alienare al terzo le *res* negoziate, di guisa che la morte del *dominus*, rispetto a tale ultimo atto, funge da semplice termine per l'adempimento di un obbligo già assunto in vita dal fiduciario.

E, tuttavia, se si ha riguardo al profilo funzionale dell'atto ed al suo concreto atteggiarsi occorre essere molto cauti nell'affermare la validità di tali attribuzioni, in quanto esse, diffuse soprattutto in ambito finanziario, sembrano spesso fondarsi sullo schema della fiducia non romanistica, ma germanistica, incentrata – come è noto – sulla dissociazione tra titolarità sostanziale del diritto, che rimane al fiduciante, e legittimazione formale all'esercizio dello stesso che viene attribuita al fiduciario<sup>(70)</sup>. Il riferimento è, ad esempio, a tutte le operazioni, spesso utilizzate nel settore dei valori mobiliari<sup>(71)</sup>, che determinano il mantenimento della proprietà sostanziale dei beni in capo al fiduciante e impongono al fiduciario l'obbligo di gestirli nell'interesse del *dominus*, secondo le sue istruzioni, trasferendoli a terzi su semplice sua richiesta.

In questi casi, è evidente che l'operazione negoziale, sebbene in astratto lecita, può, in concreto, risultare invalida sotto il profilo della frode alla legge, soprattutto là dove il mandante, oltre a conservare sostanzialmente integra la disponibilità dei

beni conferiti al fiduciario, si sia riservato la facoltà di modificare i beneficiari finali dell'attribuzione o di nominarli successivamente in un atto di ultima volontà, di sostituire il fiduciario o di assegnare a quest'ultimo la facoltà di attribuire beni diversi da quelli originariamente acquistati dal *dominus*<sup>(72)</sup>. In presenza di tali caratteri, infatti, sia le *res* che gli effettivi destinatari delle stesse si individuano solo al momento della morte del mandante-fiduciante, rendendo così l'atto partecipe di taluni caratteri che – si è detto – sono tipici delle attribuzioni a causa di morte.

Le considerazioni esposte non implicano, peraltro, una valutazione predeterminata e assoluta circa la invalidità delle predette operazioni gestorie, ma tendono soltanto a sottolineare l'importanza di un giudizio che vada oltre il dato formale e guardi anche agli scopi che in concreto il negozio è destinato a realizzare, in modo da evitare che risultino elusi i principi che stanno alla base della tipizzazione legale di cui agli artt. 457 e 458 c.c.<sup>(73)</sup>.

Tant'è vero che anche gli autori che riconoscono validità al mandato *post mortem* in termini più ampi di quelli sopra delineati, ritenendo sufficiente che la consegna dei beni al mandatario rientri nella somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione e che al *dominus* ed ai suoi eredi sia garantita la possibilità di revocare liberamente l'incarico, non hanno mancato di avvertire che a fronte di «una trasmissione fiduciaria con conseguente titolarità formale e conseguente potere di abuso» ogni «lesione o contaminazione» del divieto dei patti successori non può ritenersi esclusa<sup>(74)</sup>.

L'intestazione al fiduciario (mandatario) di determinati beni, infatti, non sempre è in grado di determinare un'effettiva perdita della titolarità del diritto su tali entità da parte del fiduciante (mandante). Cosicché, ove quest'ultimo rimanga libero di recedere dal vincolo e di disporre liberamente dei beni negoziati, l'atto perde i tipici caratteri di stabilità e immediatezza che contraddistinguono le attribuzioni *inter vivos* e viene a realizzare, in concreto, una funzione sostanzialmente analoga a quella di un contratto *mortis causa*. ■

mortem: un vecchio problema rivisitato, in AA.VV., *Fiducia, Trust, Mandato e Agency*, Milano, 1998, 230 ss.; U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato «post mortem»*, cit., 700 ss.

<sup>(69)</sup> NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., 1194; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 24.

<sup>(70)</sup> Per il riferimento alla dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, vedi A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 35 ss.

<sup>(71)</sup> Sulla nozione di valore mobiliare vedi: FERRO LUZZI, *Attività e prodotti finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 133 ss.; LOBUONO, *I "nuovi beni" del mercato finanziario*, in *Riv. dir. privato*, 2002, 49 ss.; RABITTI BEDOGNI, *Valori mobiliari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, che considerano il valore mobiliare come un patrimonio costituito da strumenti finanziari di diverso tipo e da danaro.

<sup>(72)</sup> G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 785; ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite*, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, *ivi*, 2008, 104; GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1 ss.; F. GRECO, *Intermediazione finanziaria autoqualificazione del cliente e profilo rimediario*, in *Nuova giur. comm.*, 2012, 38 ss.; ID., *Illecito del promotore e responsabilità della S.I.M.: una storia senza fine*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 219. La dottrina ha infatti rilevato (A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori*, cit., 1254-1255) come dalla normativa riguardante le S.I.M. – visti i poteri riconosciuti al cliente di impartire istruzioni vincolanti sulle operazioni e di esercitare il voto relativo ai valori affidati in gestione e l'obbligo incombente sulla società di svolgere la gestione per conto terzi – emerga uno schema contrattuale che sembra rientrare nell'ambito della fiducia di tipo germanistico proprio perché il

bene non può considerarsi uscito dal patrimonio del cliente (fiduciante). Per tale ragione, si è affermato che il titolare dei valori mobiliari per disporre validamente degli stessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere, dovrebbe, al momento della costituzione del rapporto, far ricorso alla tipologia contrattuale della gestione rappresentativa, che rende meno incisivo il potere di controllo del cliente.

<sup>(73)</sup> Si noti che gli autori che hanno studiato tali schemi negoziali in chiave di alternativa convenzionale al testamento hanno rilevato che essi presentano due difficoltà, e precisamente: a) l'operazione negoziale è gravata dalle spese fiscali sul doppio trasferimento che rende assai costoso il congegno; b) l'inadempimento del fiduciante non è sanzionabile specificamente in quanto può dar luogo solo al risarcimento del danno. Nel mandato, invece, all'inconveniente sub a, si aggiungono la libera revocabilità del contratto da parte degli eredi, che potrebbe ostacolare il ritrasferimento del bene al beneficiario, e la possibile permanenza del bene per un periodo di tempo indefinibile (fino alla morte del mandante) nel patrimonio del mandatario (A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., 64; M.R. MARELLA, *op. cit.*, 97 ss.; MARULLO DI CONDOJANNI, *Trust e passaggio generazionale della ricchezza*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 487; M.L. GAMBINI, *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 965).

<sup>(74)</sup> M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 145; M. COSTANZA, *Negozi mortis causa o post mortem*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 957, la quale, in relazione al contratto a favore di terzi, rileva come esso costituisca uno strumento «di legittimazione di operazioni negoziali di tipo fiduciario che potrebbero essere considerate invalide proprio perché in contrasto con il divieto dei patti successori».