

Studio n. 416-2012/C

**La circolazione *mortis causa* dei “rapporti giuridici in via di formazione” e dei “rapporti preliminari a parziale indeterminatezza soggettiva”**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 17 gennaio 2013*

**Lo studio in sintesi (*abstract*)**

*Il presente studio mira ad inquadrare l'incidenza della morte di uno dei contraenti sul procedimento di formazione del vincolo contrattuale, distinguendo a seconda che tale evento sopravvenga quando non sono ancora insorti effetti giuridici preliminari; quando la fattispecie negoziale è ancora «incompleta» e ciò nonostante si sono comunque prodotti effetti provvisori; quando esiste già un rapporto giuridico preliminare del quale l'ereditando è parte e residua soltanto concludere il rapporto definitivo.*

*Altro è stabilire, nell'ambito dei rapporti giuridici in corso di formazione, la caduta in successione della proposta “semplice” e della relativa “accettazione”; altro è verificare, nell'ambito dei medesimi rapporti, la sorte della proposta “irrevocabile” e di quella “fatta dall'imprenditore”, nonché, rispetto ad entrambe, la trasmissione agli eredi dell'oblato del potere di accettare ciascuna di esse; altro è, infine, indagare la circolazione *mortis causa* dei rapporti giuridici preliminari in atto, specie se corredati dalla clausola “per sé o per persona da nominare” (cd. contratti preliminari a parziale indeterminatezza soggettiva).*

*Una volta chiarito ciò, l'analisi degli effetti prodotti dal fenomeno successorio nella fase precedente la formazione del vincolo contrattuale permette, in medias res, di raggiungere le seguenti conclusioni.*

*Innanzitutto, essa consente di cogliere la esistenza di un principio generale di trasmissibilità a causa di morte dei rapporti giuridici patrimoniali, a meno che si tratti di rapporti *intuitus personae*. Quando, poi, la morte di uno dei contraenti interviene prima della conclusione del contratto, bisogna distinguere a seconda che la vicenda successoria investa la proposta contrattuale “semplice”, quella “irrevocabile”, e quella “fatta dall'imprenditore”.*

*Nel primo caso, per le ragioni ampiamente descritte, la proposta contrattuale diventa inefficace. Mentre nel secondo caso cadono in successione, trasmettendosi agli eredi, la proposta ferma, a meno che risulti diversamente dalla natura dell'affare o da altre circostanze, e quella fatta dall'imprenditore, salvo si tratti di piccolo imprenditore o che lo escludono la natura dell'affare o le altre circostanze.*

*In queste ultime ipotesi, se la successione è un fenomeno, oltre che naturale, anche necessario, ragioni di coerenza logica dovrebbero condurre a ritenere che l'ereditando possa scegliere a chi fra erede e legatario debba essere trasmessa la situazione giuridica soggettiva di cui era titolare in vita.*

*Secondo parte della dottrina il ragionamento sviluppato con riferimento alla caducità post mortem della proposta contrattuale è riproducibile anche con riferimento alla dichiarazione di accettazione. Secondo un diverso orientamento, invece, il diritto di accettare la proposta contrattuale è generalmente trasmissibile. Rispetto a questi orientamenti sarebbe forse prospettabile anche una terza via ermeneutica che tenga conto, in medias res, delle specificità del singolo caso concreto, distinguendo a seconda che il diritto di accettazione non sia stato proprio esercitato dall'oblato, prima della sua morte, oppure che la dichiarazione di accettazione sia stata emessa, vivente l'oblato, ma sia giunta al proponente soltanto dopo la morte del primo.*

*Ebbene nel primo caso, parte della dottrina ritiene che la proposta di A non resta efficace, ma diventa inefficace. Mentre secondo altra autorevole dottrina il diritto di accettazione sarebbe trasmissibile agli eredi.*

*Quanto poi al secondo caso, salvo non ritenere applicabile anche all'accettazione la regola iuris prevista per la proposta dall'art. 1330, residuerebbe stabilire se la dichiarazione di accettazione, manifestata dall'oblato quando era ancora in vita, non possa comunque considerarsi saldata alla proposta contrattuale, con conseguente trasmissibilità agli eredi delle sorti del rapporto contrattuale.*

*Se condivisa, tale interpretazione comporterebbe che la morte dell'oblato non sempre impedisce il perfezionamento del contratto, qualora la stessa sia avvenuta dopo l'esercizio del diritto di accettazione e prima che il proponente abbia avuto conoscenza della dichiarazione di accettazione medesima.*

*Convergenza di vedute si riscontra invece in dottrina con riferimento alla caduta in successione del potere di accettare la dichiarazione contrattuale ferma e quella fatta dall'imprenditore.*

*Le considerazioni contenute nel presente studio hanno anche permesso di evidenziare i profili circolatori del contratto di opzione e del patto di prelazione.*

*Quanto al primo si sono, soprattutto, esaminati gli strumenti a disposizione dell'ereditando per ottenere la trasmissione dopo la sua morte del diritto di opzione: patto di opzione post mortem; legato di contratto di opzione; legato del diritto di opzione.*

*Rispetto al secondo si è esaminata la differenza fra il legato del diritto di prelazione ed il legato di contratto di prelazione.*

*Infine, in ragione della grande diffusione nella prassi contrattuale preliminare della clausola "per sé o per persona da nominare", si è valutato, da un lato, la compatibilità con il sistema successorio della clausola testamentaria con la quale l'ereditando scioglie direttamente nel testamento la riserva di nomina dell'eletto; dall'altro, la possibilità che lo stesso potere di nomina divenga, a sua volta, oggetto di lascito testamentario, a mezzo di legato.*

*Con riferimento a quest'ultimo profilo, in particolare modo, le riflessioni svolte nella presente trattazione, hanno fatto emergere come parte della dottrina, diversamente dall'orientamento vigente sotto il diritto comune, ritenga ammissibile la clausola testamentaria in questione. Il problema è che trattandosi di un diritto di potestativo, si ripropongono le stesse problematiche esistenti con riferimento alla circolazione testamentaria del diritto di opzione.*

*In conclusione, ogni volta che nella fase delle trattative muore uno dei paciscenti si pone un problema generale di oggetto della successione ereditaria, il quale si sostanzia nella qualificazione della "situazione" nella quale l'erede può subentrare alla morte dell'ereditando.*

*Il limite negativo alla successione nei singoli rapporti in corso di formazione è dato dalla mancata produzione di effetti giuridici provvisori, e per quelle ipotesi a formazione progressiva, nelle quali cioè si sono prodotte situazioni giuridiche preliminari, esso è costituito dal carattere *intuitus personae* del rapporto giuridico al quale si collega.*

\*\*\*

**Sommario:** Introduzione. 1. Il concetto di successione e di rapporto giuridico: definizione ed interazioni. 2. La generale trasmissibilità agli eredi dei rapporti giuridici patrimoniali già facenti capo al defunto e la sorte dei rapporti *intuitus personae*. 3. La caduta in successione dei "rapporti giuridici in via di formazione". 3.1. Segue. La proposta "semplice". 3.2. Segue. L'accettazione della proposta "semplice". 3.3. Segue. La proposta "irrevocabile" e la proposta fatta dall'imprenditore. 3.4. Segue. L'accettazione della proposta "irrevocabile" e della proposta fatta dall'imprenditore. 3.5. L'estensione della disciplina della proposta irrevocabile al contratto di opzione. 3.6. Segue. La trasmissione testamentaria del diritto d'opzione. 3.7. La trasmissione testamentaria del diritto di prelazione. 4. La circolazione *mortis causa* dei "rapporti preliminari a parziale indeterminazione soggettiva": introduzione della *quaestio iuris*. 5. La funzione della clausola "per sé o per persona da nominare": il contratto per persona da nominare. Il contratto a favore di terzo eventualmente da determinare. La cessione del contratto preventivamente autorizzata. 6. L'*electio amici* testamentaria. 7. La trasmissione testamentaria della *facultas amicum eligendi*. Conclusioni.

## **Introduzione.**

Lo studio delle interazioni fra vicenda successoria e contratto costituisce un argomento ampio e risalente nel tempo.

La trattazione qui si limita ad inquadrare, nei termini generali della ricostruzione istituzionale e dal punto di vista operativo, l'incidenza della morte di uno dei contraenti sul procedimento di formazione del vincolo contrattuale <sup>(1)</sup>, distinguendo a seconda che tale evento sopravvenga quando non sono ancora insorti effetti giuridici preliminari; quando la fattispecie negoziale è ancora «incompleta <sup>(2)</sup> » e ciò nonostante si sono comunque prodotti effetti provvisori; quando esiste già un rapporto giuridico preliminare del quale l'ereditando è parte e residua soltanto concludere il rapporto definitivo.

Altro è stabilire, nell'ambito dei rapporti giuridici in corso di formazione, la caduta in successione della proposta "semplice" e della relativa "accettazione"; altro è verificare, nell'ambito dei medesimi rapporti, la sorte della proposta "irrevocabile" e di quella "fatta dall'imprenditore", nonché, rispetto ad entrambe, la trasmissione agli eredi dell'oblato del potere di accettare ciascuna di esse; altro è, infine, indagare la circolazione *mortis causa* dei rapporti giuridici preliminari in atto, specie se corredati dalla clausola "per sé o per persona da nominare" (cd. contratti preliminari a parziale indeterminatezza soggettiva).

Il tema si allinea al più generale problema - avvertito come «grave <sup>(3)</sup> », «essenziale e centrale per l'ordinamento giuridico <sup>(4)</sup> », «di grande importanza sociale <sup>(5)</sup> » - «degli effetti che la morte di un uomo determina su quel complesso vario di rapporti, di diritti, di obblighi, di situazioni giuridiche in cui quell'uomo era inserito come soggetto (attivo o passivo) <sup>(6)</sup> ».

Rispetto a tale questione una possibile scelta legislativa sarebbe potuta essere quella di collegare alla apertura della successione la estinzione di tutti i rapporti diritti, obblighi, situazioni giuridiche, facenti capo al defunto, e il ritorno degli stessi alla collettività.

Ma una soluzione siffatta è stata ritenuta <sup>(7)</sup> estranea all'esperienza concreta di quegli ordinamenti, che, riconoscendo l'istituto della proprietà e della famiglia, ammettono, quale principio generale, la successione a causa di morte nel rapporto contrattuale del quale era parte, in vita, l'ereditando, salvo l'ipotesi in cui il rapporto sia strettamente legato alla persona del contraente (cd. rapporti *intuitus personae*).

Quest'ultima notazione, il cui chiarimento è pregiudiziale rispetto ad ogni possibile sviluppo della presente trattazione, vale a lumeggiare l'alternativa che, in via astratta, si presenta

all'apertura di ogni successione a causa di morte fra l'estinzione dei rapporti strettamente inerenti alla persona del contraente, ed il passaggio dei rapporti privi di tale carattere all'erede che prende il posto del defunto.

Chiarito ciò, resta da fornire una adeguata sistemazione teorica agli effetti della vicenda successoria nella fase precedente la conclusione del contratto, quando il rapporto giuridico è ancora in via di formazione.

L'obiettivo è quello di stabilire "quale" diritto sia concretamente trasmissibile agli eredi del *de cuius* e "quale", invece, si estingua con la morte del suo titolare; e, una volta individuati i diritti trasmissibili, quali sono i «criteri che soprintendono alla trasmissione stessa<sup>(8)</sup>».

Parallelamente a questo tipo di acquisizioni teoriche, una analoga esigenza costruttiva riguarda le alterne vicende successorie dei rapporti preliminari a parziale indeterminata soggettiva.

### **1. Il concetto di successione e di rapporto giuridico: definizione ed interazioni.**

Con l'espressione "successione<sup>(9)</sup> a causa di morte" si intende «il subentrare, alla morte di un individuo, di altra persona nella situazione giuridico-patrimoniale che aveva il defunto<sup>(10)</sup>».

Attraverso tale meccanismo di sostituzione soggettiva il legislatore mira a soddisfare una pluralità di interessi<sup>(11)</sup>, quale, nello specifico, l'interesse del defunto alla destinazione *post mortem* del suo patrimonio<sup>(12)</sup>; dei prossimi congiunti alla trasmissione familiare della ricchezza<sup>(13)</sup> (artt. 42 e 29 Cost.)<sup>(14)</sup>; di carattere economico, politico, e sociale<sup>(15)</sup> alla tutela delle attività produttive<sup>(16)</sup>, impedendo che i beni del defunto diventino *res nullius*<sup>(17)</sup> o dello Stato, con conseguente ridimensionamento della propensione al risparmio (art. 47 Cost.)<sup>(18)</sup> e alla stessa proprietà (42 Cost.)<sup>(19)</sup>; della collettività alla libera circolazione di beni<sup>(20)</sup>; dei creditori a non vedere risolte le garanzie a protezione del proprio credito<sup>(21)</sup>; di solidarietà verso i terzi che potrebbero subire pregiudizi dalla successione (artt. 2 e 3 Cost.)<sup>(22)</sup>.

Gli interessi sullo sfondo costituiscono il substrato assiologico alla base del generale principio alla trasmissione dei rapporti giuridici già facenti capo del defunto ai suoi successori<sup>(23)</sup>, fatta eccezione per quelli caratterizzati dall'*intuitus personae*<sup>(24)</sup>.

Essi giustificano, in particolare modo, la ragione per la quale l'erede, all'atto dell'apertura della successione, subentra nella situazione economica del *de cuius*, a seguito dell'accettazione, la quale, dispiegando effetti retroattivi, consente all'erede la continuazione della personalità del defunto<sup>(25)</sup>.

Un meccanismo quest'ultimo che, seppure considerato alla stregua di un fenomeno avente «contenuto eminentemente patrimoniale, canonizzato nella risalente e ripetuta espressione del

subentro “*in universum ius*” <sup>(26)</sup> », involge fatalmente anche i rapporti privi del requisito della patrimonialità, che pure si trasmettono a causa di morte <sup>(27)</sup>, mentre si estinguono le situazioni giuridiche, caratterizzate dall’*intuitus personae*.

L’idea della continuazione della personalità dell’ereditando da parte del proprio erede <sup>(28)</sup> evidenzia in massimo grado, quanto il concetto di successione, sin dalle origini della sua elaborazione, risulti essere in stretta connessione ed in varia guisa collegato a quello di rapporto giuridico <sup>(29)</sup>.

## **2. La generale trasmissibilità agli eredi dei rapporti giuridici patrimoniali già facenti capo al defunto e la sorte dei rapporti *intuitus personae*.**

Il codice civile del 1865 dedicava espressamente alla sorte dei rapporti contrattuali, nel caso di morte di uno dei contraenti, due disposizioni normative: l’art. 1127 c.c., in base al quale «si presume che ciascuno abbia contrattato per sé e per i suoi eredi ed aventi causa quando non sia espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto»; e l’art. 1057, che limitava alla vita del donante la possibilità di accettazione della donazione.

Anche il codice commerciale del tempo, sotto l’art. 36, prevedeva la caducazione delle proposte contrattuali per morte dell’offerente <sup>(30)</sup>.

Delle tre disposizioni appena citate, sicuramente, la più importante era l’art. 1127, per lo meno nel senso di aver maggiormente influito sull’affermazione del principio generale in base alla quale cadono in successione i rapporti contrattuali facenti capo al defunto, eccettuate le ipotesi nelle quali la trasmissibilità fosse impedita ora dalla natura del contratto ora da un patto espresso delle parti <sup>(31)</sup>.

Tale norma non è stata riprodotta nel codice civile del 1942, né la Relazione ministeriale ha ritenuto di motivare siffatta scelta legislativa.

Ciò è dipeso presumibilmente dal fatto che la mancata riproposizione della norma non ha determinato un vuoto normativo se si considera che il principio della trasmissibilità agli eredi dei rapporti giuridici patrimoniali già facenti capo al defunto costituiva oramai una regola immanente all’interno dello stesso sistema normativo <sup>(32)</sup>, come confermano una serie di norme, variamente collocate nell’ambito delle successioni e della disciplina sui contratti <sup>(33)</sup>, le quali regolano specificatamente le conseguenze che la morte di una delle parti determina sul vincolo contrattuale <sup>(34)</sup>.

Al riguardo è sufficiente richiamare, in ambito successorio, le norme, sui poteri del chiamato all’eredità, *ex art. 460 c.c.*, e quella sugli effetti dell’accettazione con beneficio di inventario, *ex art. 490 c.c.*

Con riferimento poi alla disciplina dei contratti assumono particolare rilevanza, *ex multis*, le norme che escludono la caduta in successione del contratto nel caso di morte dell'appaltatore, *ex art. 1674 c.c.*, e di morte del mandante o del mandatario, *ex art. 1722 n. 4 c.c.* <sup>(35)</sup>; quelle che riconoscono agli eredi o al contraente superstite il potere di recedere dal contratto, nel caso di morte del conduttore, *ex art. 1614 c.c.*, di morte dell'affittuario, *ex art. 1627 c.c.*, di decesso del comodatario, *ex art. 1811 c.c.*; quelle che disciplinano le conseguenze della successione, nel caso di alienazione della cosa tenuta in custodia da parte dell'erede del depositario, *ex art. 1776 c.c.*; quelle che stabiliscono la ultrattività, in capo agli eredi, delle situazioni soggettive attive o passive, di cui già era titolare il deceduto, come avviene per la trasmissione e ripartizione dei debiti ereditari, *ex artt. 752-754 c.c.*, per la successione nel possesso, *ex art. 1146, comma 1, c.c.*, per l'effetto della sentenza passata in giudicato, che fa stato anche fra gli eredi delle parti, *ex art. 2909 c.c.*

L'insieme di queste regole conferma la circostanza secondo la quale la circolazione *mortis causa* dei rapporti giuridici può ritenersi ancor oggi una regola generalmente riconosciuta <sup>(36)</sup>, espressione di un principio generale, comunemente condiviso, al quale già la storia e la comparazione <sup>(37)</sup> concorrono a dare un solido fondamento <sup>(38)</sup>.

Ma questa regola, pur generale, incontra numerose deroghe <sup>(39)</sup> con riferimento ai rapporti *cd. intuitus personae* <sup>(40)</sup>, nei quali assumono assoluta pregnanza, nella considerazione delle parti, le qualità personali, anche morali, le particolari attitudini, le capacità tecniche, di uno di essi (o di entrambi) <sup>(41)</sup>.

Tali rapporti hanno ricevuto in dottrina diversi tentativi definitivi <sup>(42)</sup> e di classificazione <sup>(43)</sup>.

Qui si intende aderire all'autorevole opzione ricostruttiva <sup>(44)</sup> che, definendo il rapporto giuridico come "relazione fra situazioni giuridiche soggettive" <sup>(45)</sup>, e la titolarità quale relazione fra soggetto e situazione giuridica soggettiva, distingue rispetto a quest'ultima fra titolarità occasionale e titolarità istituzionale.

Alla prima categoria corrispondono quelle situazioni giuridiche ad appartenenza plurima variabile, nel senso di essere riferibili ad un qualsiasi soggetto, attesa la fungibilità di quest'ultimo. Alla seconda sono riferibili, invece, quelle situazioni giuridiche per la realizzazione delle quali è necessario un determinato titolare.

I caratteri della fungibilità e dell'infungibilità dispiegano le più prossime conseguenze proprio con riferimento alla circolazione *mortis causa* delle situazioni giuridiche soggettive.

Infatti, diversamente dalle situazioni giuridiche ad appartenenza plurima variabile, le situazioni organicamente avvinte ad un determinato titolare (*cd. situazioni intuitus personae*) non

possono formare oggetto di vicenda successoria, in quanto, originandosi nell'interesse esclusivo di un soggetto, si estinguono al venir meno dello stesso.

Per converso accade che la trasmissione a causa di morte delle posizioni contrattuali non *intuitus personae* sia un fenomeno naturale, al contempo necessario, laddove si consideri che, in assenza di un meccanismo di subentro - *ope legis-ope voluntatis* - dell'erede al defunto, i rapporti giuridici facenti capo a quest'ultimo sarebbero destinati a rimanere senza titolare, con inevitabili incertezze sui traffici giuridici.

Un sicuro indice sistematico capace di suffragare tale conclusione può essere tratto dall'attento orientamento <sup>(46)</sup> che ha compiuto, nel prisma di una interpretazione sistematico-assiologica, un'opera di sistemazione delle singole prescrizioni che sanciscono la intrasmissibilità agli eredi della posizione contrattuale del defunto.

Attraverso la leva metodologica dell'assiologia, si è distinto a seconda che la intrasmissibilità a causa di morte dipenda da un interesse "inerente <sup>(47)</sup>" ora alla persona del titolare, ora a una o ad entrambe le parti, ora agli eredi o alla parte contraente superstite, ora a una dimensione di portata più generale.

In primo luogo, l'inerenza dell'interesse alla persona del titolare esclude la successione nella posizione attiva dei diritti di personalità, delle potestà e dei diritti familiari, nonché, nell'ambito dei diritti patrimoniali, del diritto agli alimenti <sup>(48)</sup>, della rendita vitalizia; dei diritti d'uso, di abitazione, che come non si possono cedere, *ex art. 1024 codice civile* <sup>(49)</sup>, così sono intrasmissibili *ex artt. 1026, 979, 1024 codice civile*; del diritto di usufrutto <sup>(50)</sup>, il quale non può eccedere la vita dell'usufruttuario a favore del quale è stato costituito, *ex art. 979 c.c.*, mentre in caso di cessione, può trasmettersi all'erede del cessionario, nei limiti di durata della vita del primo usufruttuario; per morte del mezzadro, del colono e del soccidario, *ex art. 2158, 2168, 2179 codice civile* <sup>(51)</sup>. Nella stessa ottica si giustifica anche la intrasmissibilità delle obbligazioni che hanno per oggetto un fare che sia strettamente legato alla persona <sup>(52)</sup> - <sup>(53)</sup>, nonché per l' "inerenza" alla persona del socio, le disposizioni sulla qualità di socio nella società semplice e nella società in nome collettivo (art. 2284 codice civile) e per i soci accomandatari nella società in accomandita semplice (art. 2318 codice civile).

In secondo luogo, l'*intuitus personae* giustifica la sottrazione alla regola generale della trasmissione *mortis causa* dei rapporti conclusi nell'interesse di una o di entrambe le parti, come confermano le previsioni normative per il caso di morte: del donante nella donazione di prestazioni periodiche, *ex art. 772 c.c.* <sup>(54)</sup>; dell'appaltatore, quando la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto, *ex art. 1674 c.c.*; del mandante o del mandatario, *ex art. 1722, n. 4, c.c.*; dell'agente, *ex art. 1751, comma 7, c.c.*; del beneficiario nella



rendita vitalizia costituita per la durata della sua vita, ex art. 1873 c.c.; del prestatore d'opera manuale, ex art. 2228 c.c.; del prestatore d'opera intellettuale, ex art. 2232 c.c. <sup>(55)</sup>.

In queste ultime ipotesi l'esclusione normativa della caduta in successione delle posizioni contrattuali trae origine dall'esigenza, legalmente tutelata, di salvaguardare l'interesse di una o di entrambe le parti <sup>(56)</sup>.

Devono, poi, essere considerate nella prospettiva di tutelare gli interessi degli eredi o della parte sopravvissuta le ipotesi nelle quali la morte non costituisce, tecnicamente, causa di estinzione del vincolo giuridico, bensì titolo di recesso facoltativo.

In tal senso depongono l'art. 24 c.c. per morte dell'associato <sup>(57)</sup>; l'art. 1614 c.c. per il caso di morte del conduttore di fondi urbani; l'art. 1627 c.c. per l'ipotesi di morte dell'affittuario; l'art. 1674 c.c. che prevede lo scioglimento del contratto di appalto a seguito della morte dell'appaltatore, qualora la sua persona sia stata determinante <sup>(58)</sup>; l'art. 1722, n. 4, ult. parte, c.c. per la morte di una delle parti del contratto di mandato avente ad oggetto l'esercizio di impresa, dipendono dalla natura fiduciaria dell'incarico <sup>(59)</sup>; l'art. 1751, ultimo comma, per l'ipotesi di morte dell'agente <sup>(60)</sup>; l'art. 1811 c.c. per la morte del comodatario; l'art. 1833, comma 2, c.c. per il caso di morte di una delle parti del contratto di conto corrente; l'art. 2284 c.c. che disciplina le conseguenze giuridiche della morte di un socio <sup>(61)</sup>.

Infine, vi sono quelle ipotesi nelle quali la scelta del legislatore è dettata da esigenze di pubblica rilevanza, desumibili da norme poste a salvaguardia di interessi sovraordinati, come nel caso dei rapporti contrattuali ex artt. 2118 e 2122 aventi per oggetto prestazioni a carattere lavorativo <sup>(62)</sup>. Lo stesso vale per il caso di contratto d'opera professionale intellettuale, ex art. 2332 c.c., stipulato fra parte e difensore, dove la morte di una di esse, per gli evidenti interessi e «valori metaindividuali <sup>(63)</sup>», determina lo scioglimento del rapporto.

Resta soltanto da puntualizzare, per concludere sul punto, che, di là dalla specificità di ciascuna ipotesi, il comune denominatore di tutte le vicende fin qui descritte è rappresentato dalla volontà del legislatore di rinunciare all'applicazione del principio della generale trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti giuridici in ragione della tutela di interessi ora particolari ora generali.

### **3. La caduta in successione dei “rapporti giuridici in via di formazione”.**

Una volta delineata la regola generale della trasmissibilità agli eredi dei contratti già facenti capo al defunto, ferma la diversa sorte dei rapporti *intuitus personae*, bisogna stabilire, *in medias res*, come il medesimo principio si atteggia quando la vicenda successoria investa i rapporti negoziali ancora in corso di formazione e quelli preliminari a parziale indeterminatezza soggettiva.

In linea generale, può rilevarsi che una delle peculiarità del concetto di successione, che vale a differenziarlo da quello di trasferimento <sup>(64)</sup>, risiede proprio nel fatto che il primo, non già il secondo, può avere ad oggetto rapporti in via di formazione.

La vicenda successoria si collega in questo caso «ad un rapporto giuridico, il quale tuttavia non è preso in considerazione come rapporto in atto, ma come rapporto in potenza <sup>(65)</sup> ».

Quest'ultima affermazione, al di là degli svolgimenti riflessivi successivi, merita fin da subito di essere precisata.

Se la morte di un contraente interviene quando il procedimento di formazione della fattispecie negoziale è ancora incompleto, e non sono ancora insorti effetti giuridici preliminari, il processo di formazione della fattispecie rimane definitivamente interrotto, in quanto l'erede non può subentrare in elementi di mero fatto <sup>(66)</sup>.

E difatti, se l'intesa da raggiungere fra le parti è ancora largamente incompleta, non coprendo ancora gli elementi essenziali, sarebbe del tutto distonico ritenere trasmissibile per successione frammenti instabili di un potenziale accordo che allo stato non esprima alcuna seria volontà impegnativa.

Laddove, invece, la morte interviene quando l'intesa ha cominciato a coprire almeno gli elementi essenziali, ed ha così determinato una situazione giuridica soggettiva prodromica - al rapporto giuridico che sorgerà quando il soggetto titolare della situazione stessa l'avrà esercitata - allora il processo di formazione della fattispecie non rimane interrotto. L'erede, in questo caso, subentra al *de cuius* nella titolarità della situazione giuridica preliminare alla quale costui già partecipava <sup>(67)</sup>, salvo trattarsi di una situazione strettamente inerente alla persona di quest'ultimo.

È chiaro che l'erede non può subentrare in elementi di mero fatto, ma può succedere in situazioni prodromiche o preliminari rispetto alla costituzione di un rapporto.

I presupposti della successione *mortis causa* sono, in questo caso, la esistenza di una situazione giuridica soggettiva preliminare, nella quale l'erede subentra; il requisito della patrimonialità del rapporto, quale condizione essenziale affinché la successione si verifichi <sup>(68)</sup>; e l'esclusione della natura strettamente personale della situazione giuridica stessa.

Duplici è, in definitiva, il versante dal quale può essere scrutinata la interazione fra vicende successoria e contratto.

Da un lato, vi sono le vicende *post mortem* del rapporto già costituito, inteso come relazione tra situazioni giuridiche soggettive. Dall'altro, si staglia la eventuale sopravvivenza dei singoli contenuti delle situazioni giuridiche delle quali si compone il rapporto giuridico in corso di

formazione. Elementi questi ultimi che possono sopravvivere alla morte del loro titolare, senza che ne resti intaccato il procedimento di formazione del vincolo giuridico.

Ciò rende pienamente evidente la ragione per la quale le situazioni trasmissibili *mortis causa* devono essere preliminarmente e concretamente individuate, al fine di stabilire quale è l'oggetto della successione ereditaria. Non si può - come vedremo innanzi - accomunare in un unico concetto di "successione nel rapporto in via di formazione" la proposta "semplice", quella "irrevocabile", e quella "fatta dall'imprenditore". Lo stesso discorso vale specularmente per la successione nel potere di accettazione di ciascuna di esse.

### **3.1. Segue. La proposta "semplice".**

La proposta può definirsi come «la dichiarazione di una parte che sia idonea, per i suoi caratteri e il suo contenuto, a determinare la conclusione di un contratto in virtù del concorso della successiva accettazione del destinatario. Essa è, dunque, l'atto iniziale di una sequenza formativa <sup>(69)</sup> ».

Può accadere che durante il procedimento di formazione del vincolo contrattuale il proponente muoia prima che abbia avuto conoscenza della accettazione dell'oblato.

In questo caso la morte del dichiarante, in linea di principio, comporta la perdita di efficacia della proposta <sup>(70)</sup>, e con essa la caducazione della eventuale accettazione dell'oblato la quale non sia giunta per tempo a conoscenza del proponente prima della sua morte <sup>(71)</sup>.

La regola appena descritta costituisce il precipitato applicativo del più generale principio, vigente nel nostro ordinamento giuridico, secondo il quale la morte del proponente priva di efficacia la proposta contrattuale, impedendo, in tal modo, la conclusione del contratto <sup>(72)</sup>.

Tale principio non è contenuto in una espressa disposizione normativa, ma è desunto attraverso una interpretazione *a contrario* degli artt. 1329, comma 2, e 1330 c.c. <sup>(73)</sup>, i quali contemplano le eccezionali ipotesi nelle quali la morte non determina la caducazione della dichiarazione contrattuale.

L'art. 1329, 2 comma, c.c., stabilisce che la morte non rende inefficace la proposta irrevocabile, salvo che risulti diversamente dalla natura dell'affare o da altre circostanze. Mentre l'art. 1330 c.c. esclude la caducità della proposta, dopo la morte del dichiarante, quando sia fatta dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa, salvo che si tratti di piccoli imprenditori o che, di nuovo, non risulti diversamente dalla natura dell'affare o dagli usi.

Dall'interpretazione sistematica di tali disposizioni è stato in dottrina possibile evincere il principio generale secondo il quale la proposta contrattuale cade con la morte del suo autore, salvo trattarsi di proposta ferma e di quella fatta dall'imprenditore <sup>(74)</sup>.

La caducità *post mortem* della proposta contrattuale è stata diversamente giustificata dagli interpreti.

Si è, innanzitutto, partiti dal considerare <sup>(75)</sup> che l'inefficacia è conseguenza del fatto che la volontà e la capacità di agire del soggetto devono sussistere non soltanto all'atto di emissione della proposta ma anche al momento della accettazione per realizzare il consenso <sup>(76)</sup>.

La medesima conclusione è stata anche suffragata da un argomento di ordine, per così dire, logico in base al quale la proposta, non costituendo ancora un negozio, ma un atto prenegoziale <sup>(77)</sup>, essenzialmente revocabile, sarebbe sostenuta da una volontà "allo stato fluido" <sup>(78)</sup>, priva della stabilità necessaria, la quale rimane per sua intrinseca natura inesorabilmente esposta alle vicende che interessano il suo autore <sup>(79)</sup>.

Tale costruzione è costretta a fare i conti con chi, pur avallando questa ultima considerazione, l'ha propriamente approvata sulla scorta del rilievo secondo il quale, a ben vedere, la proposta - come la stessa accettazione - è l'espressione di un apprezzamento e di una decisione *strictu sensu* personale della parte, e per questo non è da sola sufficiente a creare il rapporto giuridico in essa programmato <sup>(80)</sup>.

Queste considerazioni ricevono ulteriore forza dall'indirizzo di pensiero che ha ricollegato l'inefficacia *post mortem* della proposta alla revocabilità della stessa. Questo ragionamento si fonda sull'osservazione secondo la quale è impossibile ricavare dal perdurante silenzio del dichiarante la sua volontà di restare vincolato, quando la mancata revoca sia dovuta all'improvviso decesso del proponente, intervenuto nelle more dell'accettazione dell'oblato <sup>(81)</sup>.

Di là dallo sforzo di sintetizzare le diverse opinioni che, in *subiecta materia*, si contendono il campo, qui, resta da evidenziare - perché necessario ai fini della presente trattazione -

la vocazione plurale della *ratio* posta a fondamento del meccanismo per il quale la proposta contrattuale, pur rivestendo una incontestabile rilevanza giuridica e patrimoniale, è destinata fatalmente a cadere in coincidenza con la morte del suo autore.

La caducità della proposta salvaguarda, allo stesso tempo, l'interesse del dichiarante nella scelta della controparte, nella valutazione del contenuto del contratto, nella decisione sulle trattative, sulla modificazione o sulla revoca delle dichiarazioni contrattuali <sup>(82)</sup>; l'interesse della controparte a non essere coinvolta in un rapporto contrattuale soggettivamente diverso da quello programmato <sup>(83)</sup>; l'aspettativa legalmente tutelata degli stessi eredi <sup>(84)</sup> del proponente a non restare vincolati ad un contratto non programmato <sup>(85)</sup>, e rispetto ai quali l'oblato, ancora in vita, può opporre soltanto una aspettativa di fatto alla conclusione del contratto <sup>(86)</sup>.

### **3.2. Segue. L'accettazione della proposta "semplice".**

Se in passato era vigente, nell'opinione prevalente, la regola della intrasmissibilità del diritto di accettare una proposta contrattuale, bisogna considerare che ora, sotto il nuovo codice, la stessa regola sembra essere divenuta oggetto di differenti interpretazioni ad opera degli interpreti.

In linea di massima è possibile segnalare come, diversamente da taluni interpreti che considerano espressione di un principio generale <sup>(87)</sup> la caducità dell'accettazione per effetto della morte dell'oblato <sup>(88)</sup>, altra autorevole dottrina <sup>(89)</sup> ne sostiene la ultrattività *post mortem*, con conseguente sua trasmissibilità agli eredi.

Il primo dei due orientamenti appena richiamati giunge alla sopra cennata conclusione sulla scorta della considerazione secondo la quale alla accettazione possono ritenersi applicabili le stesse regole poc'anzi esposte con riferimento alla proposta semplice, ovvero sia le regole secondo le quali la morte di una delle parti interrompe il procedimento di formazione del vincolo negoziale, qualora intervenga prima della conclusione del contratto <sup>(90)</sup>.

Potrebbero cioè considerarsi parimenti valide le riflessioni relative alla natura "prenegoziale <sup>(91)</sup>" della proposta; al carattere "personale" della stessa; al fatto che la volontà e la capacità della parte contrattuale devono esistere non soltanto all'inizio del procedimento di formazione del vincolo contrattuale ma anche alla conclusione dello stesso contratto.

Accogliendo una simile ricostruzione, deve concludersi che la morte dell'oblato fa cadere la proposta contrattuale <sup>(92)</sup>, con la conseguenza che:

*se il giorno 10 A invia la proposta a B, che il giorno 20 trasmette l'accettazione la quale giunge all'indirizzo di A il giorno 22, il contratto non si conclude se prima del 22 intervengono morte di A o di B. Se invece tali eventi intervenissero il giorno 23, il contratto – già concluso – non ne sarebbe influenzato: semplicemente, le posizioni contrattuali passerebbero in titolarità dell'erede del defunto <sup>(93)</sup>.*

A questa regola generale farebbero eccezione soltanto le ipotesi nelle quali il dichiarante si sia obbligato a tenere ferma la proposta, ex art. 1329 c.c., a meno che risultino le ipotesi in deroga ivi previste, oppure quando la proposta sia stata effettuata dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa, salvo che si tratti di piccoli imprenditori o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze. In questi casi sarebbero nuovamente ostative alla trasmissibilità quelle esigenze di personalità, alle quali poc'anzi si fatto cenno e che fondano la estinzione della proposta e della relativa accettazione <sup>(94)</sup>.

In realtà, a ben vedere, soltanto parte delle ragioni giustificative della inefficacia della dichiarazione contrattuale dopo la morte del proponente sono riproducibili per spiegare la caducità *post mortem* anche della dichiarazione di accettazione dell'oblato.

Infatti, l'intrasmissibilità a causa di morte della accettazione potrebbe considerarsi riconducibile soltanto all'interesse dello stesso proponente a non ritrovarsi, suo malgrado, ad avere concluso un contratto con una parte diversa da quella da lui prescelta <sup>(95)</sup>.

Mentre non sarebbe evocabile l'interesse dell'oblato, oramai defunto, né tantomeno quello dei suoi eredi a non trovarsi vincolati, loro malgrado, ad un contratto non programmato. Si ritiene che la loro posizione non sarebbe infatti rischio, perché, anche laddove fosse stata loro trasmissibile la posizione giuridica dell'oblato, sarebbero stati comunque loro a scegliere se accettare o meno la proposta contrattuale <sup>(96)</sup>.

A quanto detto va anche aggiunto che secondo autorevoli interpreti il diritto di accettare la proposta contrattuale è generalmente trasmissibile, poiché «la morte del destinatario dell'offerta non rende quest'ultima senza effetto, a meno che si tratti di proposte volte alla stipulazione di contratti caratterizzati dall'*intuitus personae* <sup>(97)</sup> ».

A sostegno della trasmissibilità *mortis causa* del diritto di accettazione si potrebbe anche richiamare la regola contenuta nello stesso art. 479 c.c., a tenore del quale se il chiamato all'eredità muoia prima aver esercitato il diritto di accettare, questo si trasmette ai suoi eredi.

In questo caso, «il legislatore riconosce al delato il diritto di accettare l'eredità, e, nel contempo, ne prevede e disciplina espressamente la sorte in caso di morte del delato prima dell'accettazione dell'eredità, disponendo che, in tale ipotesi, il diritto si trasmette ai suoi eredi. Costoro, quindi, risultano preferiti rispetto ad eventuali chiamati ulteriori dell'originario *de cuius* <sup>(98)</sup> » <sup>(99)</sup>.

Orbene la norma appena richiamata potrebbe servire, se non proprio a scardinare la tesi della intrasmissibilità *mortis causa* del diritto di accettazione, quantomeno ad innestare un dubbio sulla sua granitica tenuta, rimanendo da spiegare come mai il diritto di accettazione si trasmetta *mortis causa* agli eredi quando ha ad oggetto una eredità <sup>(100)</sup>, e non anche quando riguarda una proposta contrattuale.

Stante ciò, si potrebbe “presuntivamente” ritenere di valutare la ammissibilità anche di una terza via ermeneutica che, rispetto alle opzioni ricostruttive appena evidenziate, tenga conto, *in medias res*, delle specificità del singolo caso concreto, distinguendo a seconda che il diritto di accettazione non sia stato proprio esercitato dall'oblato, prima della sua morte, oppure che la dichiarazione di accettazione sia stata emessa, vivente l'oblato, ma sia giunta al proponente soltanto dopo la morte del primo.

Esempio:

*A fa la proposta a B, che dopo averla ricevuta e prima di averla accettata muore* <sup>(101)</sup>.

*A fa la proposta a B, che dopo averla ricevuta ed emesso la dichiarazione di accettazione muore nelle more del ricevimento della dichiarazione medesima da parte del proponente.*

Ebbene nel primo caso, parte della dottrina <sup>(102)</sup> ritiene che la proposta di A non resta efficace, ma diventa inefficace. Mentre secondo altra autorevole dottrina <sup>(103)</sup> il diritto di accettazione sarebbe trasmissibile agli eredi.

Quanto poi al secondo caso, salvo non ritenere applicabile anche all'accettazione la *regula iuris* prevista per la proposta dall'art. 1330 <sup>(104)</sup>, residuerebbe stabilire se la dichiarazione di accettazione, manifestata dall'oblato quando era ancora in vita, non possa comunque considerarsi saldata alla proposta contrattuale, con conseguente trasmissibilità agli eredi delle sorti del rapporto contrattuale.

Se condivisa, tale interpretazione comporterebbe che la morte dell'oblato non sempre impedisce il perfezionamento del contratto, qualora la stessa sia avvenuta dopo l'esercizio del diritto di accettazione e prima che il proponente abbia avuto conoscenza della dichiarazione di accettazione medesima.

### **3.3. Segue. La proposta "irrevocabile" e la proposta fatta dall'imprenditore.**

Il fenomeno della trasmissione all'erede dei rapporti in via di formazione, cioè dei poteri e delle corrispondenti soggezioni, opera nell'ambito delle ipotesi fissate dagli artt. 1329, comma 2, e 1330 c.c.

La caduta in successione della proposta ferma <sup>(105)</sup>, a meno che risulti diversamente dalla natura dell'affare o da altre circostanze, e di quella fatta dall'imprenditore, salvo si tratti di piccolo imprenditore o la natura dell'affare o le altre circostanze lo escludono, costituisce una eccezione al carattere "personale" degli "atti prenegoziali", nonché al principio generale secondo il quale i contraenti devono esistere ed avere piena capacità non soltanto nel momento in cui si compiono gli atti ma anche nel momento in cui si perfeziona il negozio.

Il regime giuridico appena descritto si fonda su un distinto ordine di ragioni giuridiche, le quali sono in parte comuni e in parte corrispondenti alle specificità operative di ciascuna delle fattispecie in questione.

La comune ragione della circolazione a causa di morte della proposta ferma e di quella fatta dall'imprenditore risiede in una scelta di politica legislativa di salvaguardare la stabilità e la certezza delle contrattazioni nell'ambito del traffico commerciale <sup>(106)</sup>.

Con riferimento esclusivo alla proposta irrevocabile, la regola della trasmissibilità a causa di morte si fonda sulla considerazione secondo la quale il proponente con la clausola d'irrevocabilità

ha dimostrato di avere interesse alla irrilevanza delle cause di estinzione della proposta per «deficienza soggettiva<sup>(107)</sup>».

Egli ha dimostrato cioè di avere considerato prevalente l'interesse alla conclusione del contratto rispetto all'esigenza di concludere le trattative con il soggetto prescelto<sup>(108)</sup>. In tal modo ha propriamente inteso imporre un vincolo giuridico nel suo patrimonio che non può svanire per il solo fatto della morte.

Di riflesso la proposta "ferma" investe anche la sfera giuridica dell'oblato<sup>(109)</sup>, il quale, a seguito di essa, matura nei confronti del dichiarante non già una generica aspettativa, ma un vero e proprio diritto<sup>(110)</sup> alla stabilità dell'intento del dichiarante di concludere il contratto<sup>(111)</sup>. E tale interesse dell'oblato alla conclusione del contratto è considerato prevalente rispetto all'erede, che subentra al proponente. L'oblato, infatti, pur se pregiudicato nella "personalità" della dichiarazione contrattuale, è compensato con il pieno diritto alla conclusione del contratto.

In pratica l'ultrattività della efficacia della proposta è legalmente tutelata, nei casi considerati, perché risponde ad un ragionevole ed adeguato interesse tipico del proponente e, di riflesso, dell'oblato.

Tale principio non vale, invece, quando "*la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia*" (art. 1329, c. 2), cioè quando si tratta di un rapporto caratterizzato dall'*intuitus personae*<sup>(112)</sup>.

La deroga appena descritta, contenuta nel secondo capoverso dell'art. 1329, comma 2, c.c. viene normalmente intesa quale norma di protezione degli interessi personali alla base della proposta contrattuale, per non rendere vincolati gli eredi del proponente ad un contratto fortemente inerente alla persona del defunto, nonché di protezione dell'interesse dell'oblato a non essere coinvolto in un regolamento di interessi con un soggetto diverso da quello originariamente programmato<sup>(113)</sup>.

Quando, poi, il proponente è imprenditore, la proposta non perde efficacia con la sua morte, ex art. 1330. L'effetto della proposta, quella soggezione di cui si è parlato, si trasmette cioè all'erede.

Qui la *ratio* della sottrazione della proposta fatta dall'imprenditore alla generale regola della caducità *post mortem* della proposta contrattuale si lega alla peculiare rilevanza che assume l'organizzazione della attività di impresa<sup>(114)</sup>, la quale vale a rendere, in linea di principio, "impersonale" il rapporto giuridico in corso di formazione<sup>(115)</sup>.

Si suole affermare che «l'impresa, come attività economica, organizzata e professionale, assume una sua innegabile dimensione oggettiva, che ne determina la sopravvivenza (o propensione a sopravvivere) al di là, almeno per gli effetti immediati, delle contingenti vicende



della persona del titolare. Cosicché si spiega, ed appare anzi la regola più soddisfacente, che la proposta e l'accettazione dell'imprenditore rimangano altresì insensibili a circostanze siffatte; se ed in quanto si riferiscono beninteso ad atti (rapporti) di impresa: da distinguersi, secondo un criterio di più ampia applicazione in materia (art. 2558), dagli atti stipulati dall'imprenditore che abbiano carattere personale <sup>(116)</sup> ».

La sottrazione della dichiarazione dell'imprenditore dalla regola della caducazione *post mortem* dipende, quindi, dal rilievo determinante assunto dall'organizzazione dell'impresa, la quale vale a recidere, nella visione del legislatore, la natura "fiduciaria" del rapporto che abitualmente si instaura con la proposta.

In questo modo può accadere, ad esempio, che:

Tizio, pur «non essendo socio dell'impresa del defunto, anche alla luce del principio di continuità dell'attività di impresa, accetta una proposta già formulata dal *de cuius* <sup>(117)</sup>».

Alla regola fa coerentemente eccezione, in primo luogo, l'ipotesi in cui il dichiarante sia un piccolo imprenditore (art. 2083) <sup>(118)</sup>, non dotato di una organizzazione destinata a durare dopo la sua morte.

In tal caso, la personalità dell'organizzazione del piccolo imprenditore recide alla radice quel carattere della impersonalità del contratto che giustifica la ultrattività della proposta dell'imprenditore dopo la sua morte <sup>(119)</sup>.

In secondo luogo, fa parimenti eccezione l'ipotesi nella quale la natura dell'affare o altre circostanze lo sconsigliano. In quest'ultima eventualità, gli interessi riconducibili ora all'una ora all'altra parte escludono, al di là della impersonalità della organizzazione imprenditoriale, la sopravvivenza della proposta contrattuale, a seguito della morte del dichiarante <sup>(120)</sup>.

In estrema sintesi, nel caso della proposta "ferma" e di quella "fatta dall'imprenditore", la soluzione accolta, in linea di principio, dal legislatore, è ispirata alla generale trasmissibilità *mortis causa* dei diritti potestativi, con l'eccezione dei diritti personali <sup>(121)</sup>.

A questo punto si impone una constatazione.

Se si ammette, nei limiti evidenziati, la caduta in successione della proposta "ferma" <sup>(122)</sup> e di quella "fatta dall'imprenditore", ragioni di coerenza sistematica dovrebbero condurre a riconoscere al suo titolare il potere di disporre nel testamento a mezzo di legato.

L'attendibilità di siffatta ricostruzione, pare confermata, del resto, dall'utilità sistematica che ne discende, sembrando esso legato capace di assicurare adeguata e coerente sistemazione agli interessi dell'ereditando, laddove quest'ultimo intenda impedire il subingresso dei suoi eredi legittimi, oppure intenda diversamente destinare la situazione giuridica soggettiva in questione.

Se si ritiene ammissibile la circolazione testamentaria della situazione giuridica soggettiva appena descritte, resta da affrontare l'ulteriore problema relativo ai "criteri" attraverso i quali è possibile la stessa trasmissibilità.

La questione si pone in quanto non è ancora del tutto sopita la disputa sulla cedibilità della proposta irrevocabile.

La controversia affonda le proprie radici nella posizione di alcuni interpreti che sono contrari alla cessione della proposta irrevocabile, «perché la situazione esclusivamente procedimentale non permette l'identificazione di un negozio di cessione in senso stretto <sup>(123)</sup> » <sup>(124)</sup>.

Altri <sup>(125)</sup>, in senso positivo, hanno, invece, ritenuto che la proposta irrevocabile e l'opzione sarebbero parimenti cedibili, con l'unico limite rappresentato dalla cedibilità o meno del contratto, alla cui conclusione proposta e opzione sono diretti.

Non si può sottacere, peraltro, che, quest'ultima opinione, diversamente dalla prima, consentirebbe, se condivisa, di configurare un legato avente ad oggetto la situazione giuridica afferente la proposta irrevocabile e di quella fatta dall'imprenditore, a meno che quest'ultima non sia collegata ad un rapporto *intuitus personae* <sup>(126)</sup>.

### **3.4. Segue. L'accettazione della proposta "irrevocabile" e della proposta fatta dall'imprenditore.**

Parallelamente le argomentazioni fin qui sviluppate permettono di ritenere trasmissibile *mortis causa* il potere di accettazione della proposta "irrevocabile" e di quella fatta dall'imprenditore, ferme restando, anche in questo caso, le ragioni di ordine strettamente personale che importano secondo la normativa degli art. 1329, comma 2, e 1330 c.c., la caducazione delle dichiarazioni in questione.

Per tale ragione, quando il destinatario di una proposta *ex art.* 1329, comma 2, e 1330 c.c. muoia prima di aver potuto accettare, ciò non impedisce la conclusione del contratto da parte degli eredi del destinatario medesimo. In questo caso l'erede succede nel potere di accettare la proposta ora "irrevocabile" ora "fatta dall'imprenditore" <sup>(127)</sup>.

Ma nei limiti in cui si ammette la caduta in successione del potere di accettare la proposta irrevocabile e di quella fatta dall'imprenditore, sembra anche logico riconoscere al suo titolare il potere di disporre a mezzo di testamento, e, segnatamente, con il legato.

Si ripropone qui il problema della cedibilità di un atto prenegoziale: questione poc'anzi affrontata con riferimento alla circolazione *mortis causa* della proposta irrevocabile e di quella fatta dall'imprenditore.

Parte della dottrina esclude la cedibilità del potere di accettare la proposta in quanto quest'ultima non sarebbe configurabile come diritto potestativo <sup>(128)</sup>.

In realtà, non sembrano sussistere ragioni ostative al riconoscimento al proponente del potere di facoltizzare l'oblato a cedere ad altri la propria situazione giuridica soggettiva.

D'altro canto, come si è autorevolmente rilevato <sup>(129)</sup>, «la configurabilità della posizione dell'oblato in termini di diritto potestativo non vale a risolvere il problema nel senso opposto della cedibilità della proposta. La cedibilità del diritto potestativo dipende dalla cedibilità della posizione su cui esso è destinato a incidere».

Una volta respinta la prima opzione ricostruttiva, appena descritta, non dovrebbe residuare, sul piano teorico, altra possibile soluzione che riconoscere la cedibilità *inter vivos*, come la circolazione testamentaria, a mezzo legato, del potere di accettazione della proposta ferma e di quella fatta dall'imprenditore, sempre nei limiti in cui è cedibile il contratto finale al quale essa è collegata <sup>(130)</sup>.

Così, ad esempio, se il contratto finale è un contratto di compravendita, non sembrano sussistere ragioni ostative all'ammissibilità del legato in questione, in quanto per il venditore è, in linea di principio, indifferente la persona dell'acquirente, essendo il suo interesse ancorato alla corresponsione del prezzo all'atto dell'acquisto.

Il legatario, dal canto suo, nel subentrare nella posizione dell'oblato, potrà scegliere se concludere o meno il contratto di compravendita, non essendo per lui indifferente valutare se restare o meno vincolato ad un contratto con un soggetto non programmato.

### **3.5. L'estensione della disciplina della proposta irrevocabile al contratto di opzione.**

Le precedenti riflessioni consentono, a questo punto, di spiegare agevolmente come possa e debba configurarsi, sul piano dogmatico, la norma di rinvio contenuta nell'art.1331 c.c., la quale estende al contratto di opzione la disciplina ed i principi contenuti nell'art. 1329 c.c. con riferimento alla proposta irrevocabile <sup>(131)</sup>.

È controverso, infatti, se debbano estendersi anche al contratto di opzione i limiti alla circolazione *mortis causa* della proposta irrevocabile, previsti dal secondo comma dell'art. 1329 c.c. Limiti che, come già visto, riguardano la natura dell'affare o altre circostanze che impongano una diversa soluzione.

Parte della dottrina esclude l'estensibilità dell'art. 1329, comma 2, c.c. al contratto di opzione, sulla scorta della considerazione secondo la quale la morte dell'una come dell'altra parte «non incide sulla opzione, in nessun caso (e dunque quali siano la natura dell'affare o le altre circostanze), posto che in ipotesi già esiste un contratto <sup>(132)</sup> ».

In particolare l'orientamento contrario <sup>(133)</sup> si fonda sulla non sovrapposibilità dei fenomeni in questione <sup>(134)</sup>.

Le differenze riguardano il momento perfezionativo del vincolo giuridico, la struttura, la natura giuridica del diritto scaturente dalle fattispecie in esame, il termine.

Innanzitutto, con riferimento al primo tratto differenziale, si sottolinea che mentre nell'ipotesi ex art. 1329 c.c. l'obbligo trae origine unicamente dalla volontà del dichiarante, nel caso del contratto di opzione, ex art. 1331 c.c., il vincolo nasce dall'accordo intercorso fra le parti <sup>(135)</sup>.

Non può poi sfuggire, dal punto di vista strutturale, che l'opzione, a differenza della proposta irrevocabile, ha natura di negozio bilaterale. È ben vero che in entrambi i casi la proposta è ferma, ma mentre nel primo caso la irrevocabilità dipende esclusivamente dall'impegno unilaterale del proponente, nel secondo la irrevocabilità dipende da un accordo negoziale concluso dalle parti <sup>(136)</sup> <sub>(137)</sub>.

A parte della dottrina sembra anche del tutto ragionevole ritenere che una ulteriore differenza sia connessa alla diversa situazione che, nella dinamica di formazione dell'accordo, si presenta quando l'opzionario esercita il suo diritto <sup>(138)</sup>.

Egli infatti muta il rapporto giuridico già in atto, e che si era stabilito tra le parti mediante il predetto contratto. Modifica che avviene per effetto della semplice manifestazione di volontà dell'opzionario, senza che l'offerente possa fare alcunché versando in una posizione di soggezione. L'accettazione di una proposta ferma, invece, non vale ad intaccare un assetto negoziale già costituito, bensì comporta la conclusione di un nuovo contratto.

È, a questo punto, anche possibile precisare più nitidamente un'altra differenza - peraltro in parte già chiaramente emersa nel corso dell'analisi svolta in precedenza - che intercorre fra l'affidamento dell'oblato nell'ipotesi di proposta ferma e quella dell'opzionario di un contratto di opzione.

L'aspettativa legalmente tutelata, nel primo caso, è considerata di segno minore rispetto alla seconda, in quanto si concreta nel mero affidamento alla stabilità della proposta, la quale, in mancanza di termine, perde il crisma della irrevocabilità, divenendo semplice <sup>(139)</sup>.

Al contrario, l'opzionario vanta una posizione giuridica di maggior affidamento sull'assetto contrattuale al quale ha partecipato attivamente, tanto è vero che, in questo caso, egli rimane titolare della proposta irrevocabile, anche in assenza di termine, perché quest'ultimo è stabilito direttamente dal giudice <sup>(140)</sup>.

Un ultimo dato, ritenuto oltremodo significativo dalla dottrina, è proprio rappresentato dalla disciplina inerente al termine di irrevocabilità.

Il termine entro il quale il proponente si impegna a mantenere ferma la proposta, ex art. 1329 c.c., si considera un elemento essenziale della proposta medesima e, quindi, deve essere fissato direttamente dallo stesso dichiarante. In mancanza la proposta si considera semplice e revocabile, ex art. 1328 c.c. fino alla conclusione del contratto. Nel caso del contratto di opzione, invece, la mancata fissazione del termine può essere supplita direttamente dal giudice ex art. 1331, ultimo comma<sup>(141)</sup>.

Nonostante l'irriducibile eterogeneità delle fattispecie esaminate, soprattutto considerate le prerogative caratteristiche del patto di opzione, taluni interpreti ritengono, in senso contrario, che il dato normativo resti insuperabile.

L'art. 1331 c.c. richiama l'art. 1329 c.c., ivi compreso il suo ultimo capoverso.

E ciò si giustifica in ragione della stretta strumentalità del patto di opzione al contratto finale<sup>(142)</sup>. Secondo questa prospettiva non deve sorprendere, quindi, la scelta del legislatore secondo la quale «le sopravvenute vicende delle parti, quando siano tali da incidere sul costituendo contratto definitivo, influiscano pure sul vincolo preparatorio, determinandone l'estinzione<sup>(143)</sup>».

Tale filone di pensiero è stato ritenuto preferibile, in quanto maggiormente conforme all'ordinamento giuridico, «non potendosi imporre al concedente l'opzione la conclusione del contratto finale con soggetti diversi dal prelazionario, ogni qual volta la scelta di quest'ultimo si avvenuta in considerazione delle sue caratteristiche personali<sup>(144)</sup>».

Quanto fin qui osservato consente di circoscrivere con precisione la possibile linea di ricerca da seguire per tentare di stabilire se la caduta in successione del diritto di opzione agli eredi del beneficiario, come d'altronde la sua stessa trasmissibilità per mezzo del veicolo testamentario, debba giudicarsi in base al criterio fissato dall'art. 1329, comma 2, c.c.<sup>(145)</sup>.

### **3.6. *Segue.* La trasmissione per testamento del diritto d'opzione.**

Gli interpreti convengono sull'affermazione secondo la quale «il diritto che nasce dal patto di opzione si deve ritenere trasmissibile *mortis causa*, sia dal lato passivo che attivo<sup>(146)</sup>».

Allo stesso tempo, però, essi sono divisi in ordine ai "criteri" della sua stessa trasmissibilità per testamento.

In linea astratta, gli strumenti a disposizione dell'ereditando per fare acquistare al momento della sua morte all'erede o ad un terzo il diritto di opzione sono: patto di opzione *post mortem*<sup>(147)</sup>, legato di contratto di opzione, legato di posizione contrattuale.

Tralasciando la prima fattispecie<sup>(148)</sup>, bisogna concentrare l'attenzione sulle restanti modalità di realizzazione dell'interesse del *de cuius* di attribuire *post mortem* il diritto di opzione.

Si tratta di tecniche di realizzazione di interessi differenti (e non del tutto coincidenti) dell'ereditando.

Con il legato di contratto <sup>(149)</sup>, l'ereditando attribuisce al legatario il diritto a concludere un contratto di opzione con uno o più eredi. In questo caso il contratto di opzione non preesiste alla vicenda successoria, ma segue ad essa, in quanto la morte dell'ereditando costituisce il momento genetico di attivazione del procedimento contrattuale. In altri termini, il contratto di opzione sorge temporalmente soltanto dopo la morte dell'ereditando.

All'apertura della successione il soggetto beneficiario del lascito vanta verso il soggetto gravato (erede o legatario, nel caso di sublegato) un diritto di credito avente ad oggetto la stipula del contratto di opzione. L'oggetto del lascito testamentario non è quindi costituito dal contratto, ma da un diritto di credito verso l'onerato, il quale è tenuto a prestare il proprio consenso alla conclusione del contratto di opzione con il legatario <sup>(150)</sup>.

L'ipotesi appena descritta rientra nel novero dei cd. legati di un comportamento negoziale <sup>(151)</sup>, i quali differiscono dal legato di posizione contrattuale, dove il testatore intende trasmettere al legatario tutti i diritti e gli obblighi discendenti da un contratto stipulato quando era ancora in vita.

Il legato di posizione contrattuale, quindi, presuppone «l'esistenza di un contratto, stipulato *inter vivos* dal disponente e trasmissibile *mortis causa* per volontà del *de cuius* o *ope legis*, e consiste in un atto ordinato al trasferimento di una posizione comprensiva di obblighi e diritti nascenti dal contratto medesimo <sup>(152)</sup> ». Con esso l'ereditando, parte in vita di un contratto di opzione, intende lasciare l'intera posizione contrattuale a lui facente capo al legatario.

L'ammissibilità di tale figura giuridica è stata fortemente discussa in dottrina.

Parte della dottrina ha escluso la validità del legato di posizione contrattuale, argomentando che la posizione contrattuale, quale insieme di diritti ed obblighi, non può formare oggetto di legato, in quanto è possibile lasciare a titolo particolare soltanto beni e diritti, giammai obblighi <sup>(153)</sup>. Il contenuto del legato in esame sarebbe poi in contrasto con la regola della trasmissione e ripartizione degli oneri e dei debiti a carico del legatario, fissate dagli artt. 671 e 756 c.c. Non sarebbero, infine, neppure evocabili a sostegno dell'ammissibilità della fattispecie in questione le ipotesi di legato di posizione contrattuale *ex lege*, come nel caso degli artt. 6 e 37 l. 27 luglio 1978, n. 392, in quanto queste ultime sono state ritenute ipotesi non riconducibili alla tipologia di legato testamentario <sup>(154)</sup>.

Nell'ambito di una radicale revisione e risistemazione della disposizione testamentaria in esame, parte della dottrina perviene alla condivisibile conclusione di ritenere il legato di posizione contrattuale compatibile con il sistema successorio.

Infatti, una volta chiarito che tutto ciò che può essere oggetto del contratto può essere, altresì, oggetto di legato, non può sfuggire, in secondo luogo, che l'art. 671 c.c. non è pienamente applicabile al rapporto contrattuale costituito da un fascio di diritti e obbligazioni per il quale è difficile, in alcune ipotesi impossibile, formulare un giudizio di prevalenza dell'«attivo» sul «passivo»<sup>(155)</sup>.

Così individuata la natura del legato di posizione contrattuale<sup>(156)</sup>, con riferimento alla funzione che quest'ultimo è destinato ad assolvere, ne dovrebbe uscire confermata anche l'ammissibilità del legato del diritto di opzione.

Quest'ultima ipotesi si delinea, a ben vedere, quando l'interesse perseguito dall'ereditando - parte di un contratto di opzione stipulato quando era ancora in vita - si esaurisce nell'attribuire al legatario il diritto potestativo di concludere il contratto finale per l'acquisto di un bene del soggetto che, all'atto dell'apertura della successione, risulterà versare in una posizione di soggezione.

L'interesse dell'ereditando, insomma, si appunta essenzialmente all'intento di consentirgli di divenire direttamente parte del contratto finale.

Orbene è di intuitiva evidenza che la soddisfazione di un simile interesse dell'ereditando non resta indifferente alle caratteristiche intrinseche del tipo di diritto prescelto.

«In estrema sintesi, la dottrina ritiene che il diritto nascente dal patto di opzione determini in capo all'oblato la nascita di un diritto potestativo a carattere strettamente personale; da tale carattere, in linea generale, consegue che la posizione giuridica dell'oblato debba ritenersi incredibile: il proponente, cioè ha un rapporto esclusivamente con l'oblato, laddove con la cessione, sarebbe costretto a divenire contraente di un soggetto diverso. Ciò non toglie che, qualora sia d'accordo, anche il proponente, la cessione divenga possibile. Non è tuttavia pacifica l'individuazione dello strumento giuridico adatto per effettuare tale cessione<sup>(157)</sup> ».

Parte della dottrina, una volta assodata la natura del diritto di opzione in termini di diritto potestativo<sup>(158)</sup>, e che nell'ampio concetto di credito rientra anche quest'ultimo, ritiene che l'ereditando possa legare direttamente il diritto di opzione, secondo lo schema della cessione del credito.

La conclusione alla quale perviene la dottrina in commento incontra però l'obiezione di altra parte della dottrina<sup>(159)</sup>, la quale ha osservato che, se è vero che l'opzione è un contratto, allora, perché una parte possa sostituire a sé un'altra è necessario il consenso del contraente ceduto, in quanto la cessione in questione determina un mutamento della parte contrattuale originaria.

Riflessione quest'ultima che, se condivisa, suggerirebbe, per ragioni di prudenza, di ricostruire la disposizione testamentaria in esame, avente ad oggetto la posizione contrattuale della quale l'ereditando era titolare in vita, nel prisma dell'art. 1406 c.c. <sup>(160)</sup>.

In altri termini, secondo tale ricostruzione, l'opzione non sarebbe un diritto di credito liberamente cedibile, e la sua cessione costituirebbe una autentica cessione del contratto che necessiterebbe anche del consenso del contraente ceduto ex art. 1406 c.c., a causa del mutamento del contraente originario.

Occorrerebbe, pertanto, che gli eredi, onerati della disposizione, procurino altresì il consenso del concedente l'opzione.

Entrambi gli orientamenti, sebbene sono sostanzialmente discordi sui "criteri di trasmissione" del diritto di opzione, sono però d'accordo su una sua possibile circolazione testamentaria. Il fondamento giuridico della legittimità di tale disposizione testamentaria, con la quale il testatore attribuisce direttamente al beneficiario il diritto di opzione, con ciò rendendo onerati i suoi eredi, risiede, oltre che nelle argomentazioni fin qui emerse, anche nello stesso art. 1173 c.c., che qualifica la volontà testamentaria come legittima fonte di obbligazioni.

Resta fermo che il legato di opzione non deve collegarsi ad un contratto finale strettamente personale, in quanto in tal caso sarebbe intaccato il principio generale della libertà negoziale nella scelta dei contraenti. In altri termini, la circolazione successoria del diritto di opzione dipende dalla natura del contratto a cui esso risulta collegato, a seconda che si tratti o meno di rapporti *intuitus personae* <sup>(161)</sup>.

In conclusione, i risultati appena conseguiti finiscono, in tal guisa, per saldarsi con le stesse valutazioni già in precedenza espresse con riferimento alla proposta irrevocabile, così confermandoli. In altri termini, quest'ultima anche quando sia contenuta all'interno di un patto di opzione sopravvive al proponente ed è pertanto, sotto tale punto di vista, trasmissibile *mortis causa* <sup>(162)</sup>, anche se permangono dubbi in ordine ai criteri della stessa trasmissibilità <sup>(163)</sup>.

### **3.7. La trasmissione testamentaria del diritto di prelazione** <sup>(164)</sup>.

«Il codice non regola la prelazione volontaria, che si ha quando un soggetto (cd. promittente o concedente) promette ad un altro (cd. prelazionario) di preferirlo, a parità di condizioni, rispetto a terzi qualora in futuro decida di addivenire ad una certa contrattazione <sup>(165)</sup>».

Rispetto alla circolazione a causa di morte del diritto di prelazione bisogna innanzitutto distinguere l'ipotesi in cui lo stesso ereditando rivesta la posizione di prelazionario



dalla diversa ipotesi in cui lo stesso testatore sia gravato dall'obbligo di rispettare l'altrui diritto di prelazione.

Nel primo caso, come rilevato in maniera condivisibile dalla dottrina, la posizione del prelazionario è trasmissibile *mortis causa*, sia a titolo universale che particolare, purché il diritto medesimo non sia connotato dall'*intuitus personae*. Nella seconda ipotesi, invece, lo stesso ereditando è tenuto alla osservanza dell'obbligo di rispettare l'altrui diritto di prelazione. «Relativamente a tale caso, si deve sottolineare che nulla impedisce l'ipotesi che le parti prevedano nel patto di prelazione una clausola che disponga l'estinzione del diritto di prelazione con la morte dell'obbligato testatore<sup>(166)</sup> ».

Premesso questo, e concentrando l'analisi sulla prima ipotesi, giova osservare che il diritto di prelazione può costituire oggetto di lascito testamentario, a mezzo di legato<sup>(167)</sup>. Attraverso quest'ultimo l'ereditando attribuisce direttamente per testamento al beneficiario il diritto di essere preferito nel caso in cui l'onerato (erede o legatario) intenda disporre riguardo ad un determinato bene<sup>(168)</sup>.

Ciò significa che, «il legato produrrà effetti direttamente nella sfera giuridica del beneficiario, in capo al quale si costituisce il diritto di essere preferiti all'apertura della successione, il tutto automaticamente<sup>(169)</sup> ».

Ma, l'ereditando, «oltre che attribuire in modo diretto per testamento il diritto ad essere preferiti, può anche disporre a favore dell'onorato un legato di contratto di prelazione, da stipularsi tra l'onerato ed il legatario<sup>(170)</sup> ». In questo caso, all'apertura della successione sorgerà in capo al legatario il diritto di credito ad ottenere dall'onerato la stipula del negozio prelatizio.

Una volta ammessa la circolazione testamentaria del diritto di prelazione, residuano da esaminare i profili afferenti al potere di elezione del prelazionario da parte dell'ereditando, ai limiti di utilizzabilità del legato di prelazione, nonché ai rimedi ammissibili per l'ipotesi di violazione dell'obbligo di preferire.

Quanto al primo profilo, riprendendo un recente contributo dottrinale, può osservarsi che «prelazionario può essere erede, legatario o anche un terzo. È possibile che prelazionario sia anche un soggetto indeterminato al momento della confezione del testamento, purché determinabile in seguito, alla luce di una serie di indicazioni che il testatore può fornire. È necessario, infatti, che la scelta dell'onerato non si sostanzi nell'esercizio di un mero arbitrio. Il testatore può anche prevedere più prelazionari. Il suo potere di elezione può spingersi perfino a prevedere più prelazionari congiunti, nel senso che, possono essere nominati contemporaneamente più soggetti da preferire congiuntamente. Nulla osta a che il testatore possa prevedere che i prelazionari debbano eventualmente accettare necessariamente tutti, altrimenti il diritto di preferenza verrà

meno per gli stessi. Inoltre, il testatore può prevedere un'alternativa di scelta da parte dell'onerato, tra più prelationari; oppure, ancora, il testatore può dar vita ad una sorta di gradazione, o meglio di sostituzione, nel senso che è possibile individuare un prelationario, e nel caso questi non intenda esercitare il diritto di prelazione, prevederne un altro in sostituzione, o anche più sostituzioni<sup>(171)</sup> ».

Con riferimento ai limiti, bisogna osservare che è esclusa, nella dottrina e giurisprudenza prevalenti<sup>(172)</sup>, l'applicabilità della normativa contenuta nell'art. 1379 c.c. al legato del diritto di prelazione, considerate le differenze che separano la fattispecie in questione dal divieto di alienazione<sup>(173)</sup>.

Di sicuro, invece, si ritiene che il legato di prelazione incontri il limite del divieto di pesi e condizioni contenuto nell'art. 549 c.c., in quanto «il legato di prelazione si sostanzia in un legato obbligatorio, e quindi, si risolve in un vincolo personale per l'onerato, con conseguente ridimensionamento economico del valore dell'istituzione di erede. (...) Pertanto, nel caso in cui il testatore abbia istituito l'erede legittimario nella quota di riserva e voglia anche porre a suo carico un legato di prelazione, onde evitare di violare il divieto posto dall'art. 549 c.c., sarà necessario o che il legato sia posto a carico dell'eredità (e non dell'erede legittimario), in tale ipotesi, al più, la disposizione sarà riducibile ma non nulla, oppure, porre in essere non un vero e proprio legato, ma bensì, una semplice raccomandazione a carico del legittimario, con la mera efficacia del caso<sup>(174)</sup> ».

Quanto, infine, ai rimedi giova osservare che «la violazione dell'obbligo di preferire non ha una tutela reale, ma farà sorgere solo un'obbligazione risarcitoria. Il diritto di credito ad essere preferiti muta in diritto al risarcimento, pertanto, la negoziazione che ha violato da disposizione prelatizia è valida ed efficace<sup>(175)</sup> ».

#### **4. La circolazione *mortis causa* dei “rapporti preliminari a parziale indeterminatezza soggettiva<sup>(176)</sup>”: introduzione della *quaestio iuris*.**

Abbiamo accennato, nei paragrafi precedenti, alle ipotesi di caduta in successione dei rapporti giuridici in via di formazione, resta ora da scrutinare il fenomeno successorio nell'ambito dei rapporti preliminari a “parziale indeterminatezza soggettiva”.

La criticità della circolazione successoria di tali fattispecie dipende da un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, bisogna accertare quale sia il reale “oggetto” della vicenda successoria, in quanto l'indeterminatezza soggettiva, dovuta all'inserimento nel contratto preliminare della perifrasi “per sé o per persona da nominare”, non sconta l'univoca funzione indicata dall'art. 1401

c.c. La riserva di nomina, nell'ambito dell'autonomia negoziale e nelle prassi consolidate, può costituire un efficace consegna per realizzare differenti interessi negoziali.

Specificatamente, siffatta riserva, lungi dal ridursi a mera clausola di stile, una volta inserita in un contratto preliminare <sup>(177)</sup>, può comportare, nella diversificazione degli interessi sottostanti <sup>(178)</sup>, la configurabilità di un contratto con autorizzazione preventiva alla cessione, ex artt. 1406 e 1407 c.c. <sup>(179)</sup>; di un contratto preliminare per persona da nominare <sup>(180)</sup>, ex art. 1401 c.c.; di un contratto preliminare a favore di terzo eventualmente da designare, ex art. 1411 c.c. <sup>(181)</sup>.

Un volta qualificato in concreto <sup>(182)</sup> il contratto preliminare a parziale indeterminatezza soggettiva, «in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili», e verificata la sua riconducibilità all'art. 1401 c.c., si pone il secondo problema.

Bisogna stabilire cioè se l'ereditando possa sciogliere la riserva di nomina direttamente all'interno del testamento (cd. *electio amici* testamentaria), e se lo stesso potere di nomina possa costituire oggetto di lascito testamentario (cd. legato della dichiarazione di nomina).

In questa prospettiva, spetta all'interprete ricercare l'esatta qualificazione dell'atto di autonomia negoziale, attraverso un procedimento ermeneutico che dalla determinazione della sintesi degli effetti giuridici essenziali <sup>(183)</sup> giunga fino alla individuazione della relativa disciplina <sup>(184)</sup>. La qualificazione <sup>(185)</sup> giuridica non costituisce una entità pre-definita dal legislatore, ma la risultante ermeneutica <sup>(186)</sup> del bilanciamento <sup>(187)</sup> degli interessi <sup>(188)</sup> e valori <sup>(189)</sup> protetti.

Di conseguenza, nel processo conoscitivo dei diversi profili della riserva di nomina, la valutazione degli interessi protetti diviene il primigenio atto di impulso e di indirizzo rivolto a desumerne gli indici di funzionalità all'interno del sistema successorio.

Segnatamente, essa costituisce il *prius* indefettibile per stabilire, in relazione al singolo caso concreto, l'ammissibilità dello scioglimento testamentario della riserva di nomina nonché l'attribuzione della *facultas amicum eligendi* per atto *mortis causa*.

È necessario, però, per cogliere simili conclusioni, disancorarsi da antichi dogmi <sup>(190)</sup> formalistici, verificarne la relatività e la storicità, analizzare, in una prospettiva evolutiva, il profilo assiologico del testamento, senza incasellarlo in schemi giuridico-formali <sup>(191)</sup>, nell'osservanza del principio *etiam in claris semper fit interpretatio* <sup>(192)</sup>.

**5. La funzione della clausola “per sé o per persona da nominare”: il contratto per persona da nominare. Il contratto a favore di terzo eventualmente da determinare. La cessione del contratto preventivamente autorizzata.**

Va anzitutto considerato che, allo stadio attuale dell'elaborazione teorica e della prassi contrattuale, è frequente l'inserimento della clausola "per sé o per persona da nominare" specie nei contratti preliminari<sup>(193)</sup>.

Tale figura crea una dissociazione fra colui che sarà l'avente diritto alla prestazione e l'originario contraente del contratto preliminare.

Incidendo sul profilo *lato sensu* soggettivo del rapporto obbligatorio, nella maggior parte dei casi, essa è finalizzata ad attuare una circolazione dei diritti senza trasferimenti intermedi<sup>(194)</sup>.

Ora se la formula "per sé o per persona da nominare" è interpretata<sup>(195)</sup> - <sup>(196)</sup> letteralmente ne consegue una meccanica sussunzione dell'atto di autonomia negoziale nell'alveo della *regula iuris* contenuta nell'art. 1401 c.c., a tenore del quale «nel momento della conclusione del contratto una parte può riservarsi la facoltà di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti e assumere gli obblighi nascenti dal contratto stesso».

La riserva di nomina, nel significato fatto proprio dall'art. 1401 c.c., si profila quale clausola legittimante la designazione della parte contrattuale in un momento successivo alla sua stipulazione<sup>(197)</sup>. Segnatamente, tale dichiarazione costituisce un negozio giuridico unilaterale<sup>(198)</sup>, complementare al contratto originario. Con essa lo stipulante non si limita a comunicare al promittente *l'electus*, ma, nel designare il soggetto che deve acquistare i diritti ed assumere gli obblighi, compie una valutazione di interessi sotto il profilo dell'*omissio acquirendi*. Lo stipulante, nominando un altro soggetto, rinuncia agli effetti del contratto e tale valutazione d'interessi deve discendere da una espressa volontà.

La tecnica della sussunzione<sup>(199)</sup>, però, nel porre in correlazione automatica "il dato letterale" con la "fattispecie astratta", soddisfa una esigenza meramente descrittiva della riserva di nomina, mentre lascia inesplorati gli interessi delle parti all'interno del singolo regolamento negoziale.

Rimane cioè ignorata la funzione<sup>(200)</sup> della riserva di nomina: il potere dei privati - art. 1322 c.c.<sup>(201)</sup> - di modularla nella maniera più idonea a perseguire un proprio e specifico interesse<sup>(202)</sup>, nel rispetto del giudizio di meritevolezza<sup>(203)</sup>.

In sede di stipula del contratto preliminare, la riserva di nomina non è più comprimibile nella ridotta accezione contenuta dell'art. 1401 c.c., potendo essere, al contempo, espressiva di una volontà della parti di autorizzare preventivamente la cessione del contratto preliminare, art. 1407 c.c., come legittimante una riserva di nomina a favore di terzo eventualmente da designare, art. 1411 c.c.

La prima ipotesi ricorre quando, dall'interpretazione del profilo effettuale, risulti che le parti abbiano inteso pattuire la sostituzione dell'originario contraente *ex tunc*<sup>(204)</sup>. La seconda ipotesi si

ha, invece, quando le parti attraverso la clausola in questione abbiano inteso prevedere il preventivo consenso alla cessione del contratto <sup>(205)</sup>, in caso di sostituzione dell'originario contraente con efficacia *ex nunc* <sup>(206)</sup>. L'ultima ipotesi <sup>(207)</sup> è configurabile se è prevista la mera attribuzione al terzo del diritto alla prestazione da parte del promittente <sup>(208)</sup> - <sup>(209)</sup> senza alcuna modifica delle parti del contratto <sup>(210)</sup>.

La medesima conclusione, per le stesse ragioni, è stata anche ribadita, da ultimo, dalla giurisprudenziale di merito <sup>(211)</sup>, la quale, seguendo un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato <sup>(212)</sup>, ha sostenuto che «in un contratto preliminare di compravendita immobiliare, la clausola che prevede che il promissario acquirente acquisti per sé o per persona da nominare può comportare la configurabilità sia della cessione del contratto ai sensi dell'art. 1406 ss. c.c., con il preventivo consenso della cessione a norma dell'art. 1407 stesso cod., sia di un contratto per persona da nominare di cui all'art. 1401 c.c., e ciò sia in ordine al preliminare che con riferimento al contratto definitivo. Tale pluralità di configurazioni giuridiche va pertanto riferito al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti, che l'interprete deve ricercare in concreto».

In definitiva, ciò che suole definirsi "riserva di nomina" costituisce, in realtà, un idoneo congegno negoziale per realizzare diversi modelli contrattuali, con dinamiche operative ed applicative eterogenee <sup>(213)</sup>. La stessa clausola possiede cioè un carattere polisenso, il quale, rifuggendo da schematizzazioni e formalismi, si chiarisce in concreto quando diviene elemento qualificante dell'assetto negoziale scelto dalle parti <sup>(214)</sup>.

Quanto detto giustifica la ragione per la quale si rende necessario accogliere una lettura aperta della clausola contrattuale «nei due profili che concorrono ad individuarne la natura: la funzione (a che serve) <sup>(215)</sup> e la struttura (com'è)». La precedenza del profilo assiologico rispetto a quello strutturale dipende dall'essere la funzione predicato determinativo della struttura <sup>(216)</sup>.

È la sintesi complessiva degli interessi ad orientare i contraenti nella scelta della struttura dell'atto di autonomia negoziale maggiormente corrispondente agli effetti che essi intendono realizzare: all'unità assiologica <sup>(217)</sup> corrisponde una struttura, variabile in astratto, ma determinata in concreto <sup>(218)</sup>.

## **6. L'*electio amici* <sup>(219)</sup> testamentaria.**

In questa sede non è possibile indugiare oltremodo sulla questione relativa alla configurazione funzionale della riserva di nomina. Bisogna infatti, a questo punto, verificare, una volta qualificato l'atto negoziale come contratto preliminare per sé o persona da nominare, ex art. 1401 c.c., se l'ereditando possa sciogliere la riserva di nomina per mezzo di una clausola

testamentaria, e se lo stesso potere di nomina possa, a sua volta, costituire oggetto di lascito testamentario.

Secondo autorevole dottrina che «nel contratto stipulato con la clausola per sé o per persona da nominare possa aversi successione (...) per atto *mortis causa* (...) non sembra possibile dubitare<sup>(220)</sup> ».

Tale affermazione potrebbe considerarsi la naturale conseguenza dell'accoglimento del principio, in precedenza descritto, del subingresso dell'erede - all'atto di apertura della successione - nelle posizioni contrattuali in atto, salva diversa incidenza che ha su di essi la morte del *de cuius*<sup>(221)</sup>.

La trasmissione testamentaria dei rapporti contrattuali non *intuitus personae* - si è detto - costituisce un fenomeno naturale, al contempo necessario<sup>(222)</sup>, in quanto diversamente, in presenza di rapporti privi di titolare, sarebbe pregiudicata fatalmente la certezza dei traffici giuridici<sup>(223)</sup>.

Quando il contraente muore *ab intestato*, allora, l'intera situazione giuridica nascente dal contratto da lui stipulato in vita si trasmette ai suoi eredi, secondo le regole della successione legittima, a meno che si tratti di rapporti *intuitus personae* intrasmissibili.

Così, in presenza di un contratto preliminare per sé o per persona da nominare, non seguito da successiva stipula del definitivo, al tempo della morte di una delle parti, il successore subentra, a seconda dei casi, ora nella posizione del promittente alienante ora in quella del promittente acquirente<sup>(224)</sup>.

Se questo è vero, ragioni di coerenza logica suggerirebbero di ritenere ammissibile anche la caduta in successione della *electio amici*. Non sembrerebbero - secondo la già citata dottrina - sussistere ragioni ostative a riconoscere al *de cuius* il potere di disciplinare direttamente nel testamento, nei limiti di legge, la sorte dei contratti a parziale indeterminatezza soggettiva all'atto di apertura della successione, nominando direttamente l'eletto nel testamento.

Ostacoli al riconoscimento di siffatte clausole testamentarie, a contenuto non patrimoniale, potrebbero porsi qualora si accolga quell'orientamento dottrinale<sup>(225)</sup> che limita l'ammissibilità delle clausole testamentarie a contenuto non patrimoniale alle sole ipotesi previste dal legislatore, sulla scorta di un'interpretazione restrittiva dell'articolo 587 c.c.<sup>(226)</sup>.

Secondo parte della dottrina il contenuto del testamento<sup>(227)</sup> è meramente "attributivo", giusta la formula "taluno dispone" contenuta nella predetta norma contenuta nell'art. 587 c.c.

La patrimonialità, nelle ricostruzioni maggiormente risalenti<sup>(228)</sup>, è stata ritenuta un elemento qualificante del negozio testamentario, con la conseguenza che costituirebbero contenuto del testamento soltanto le disposizioni patrimoniali attributive di beni giuridici, quali

l'istituzione di erede e il legato <sup>(229)</sup>, e le disposizioni patrimoniali non attributive e quelle non patrimoniali - «che la legge consente siano contenute in un testamento», secondo il disposto dell'art. 587, comma 2, c.c.

In realtà, una simile visione del contenuto del testamento sconta un eccessivo condizionamento ermeneutico del dato letterale della normativa in questione.

Ciò comporta, quale immediata conseguenza, la formazione di una zona grigia per quelle clausole - non patrimoniali o patrimoniali non attributive - non coperte dalla disciplina di rinvio del secondo comma dell'art. 587 c.c. <sup>(230)</sup>.

In verità le disposizioni testamentarie non previste dalla legge <sup>(231)</sup> possono essere validamente inserite nel testamento laddove si riconosca al *de cuius* una piena autonomia testamentaria, elevando la *regula iuris* dell'art. 1322 c.c. a principio generale dell'ordinamento giuridico <sup>(232)</sup> non circoscrivibile ai soli contratti <sup>(233)</sup>.

Così la portata normativa dell'art. 587 c.c. diviene armonizzabile con la funzione propria del testamento, la quale è quella di consentire al *de cuius* di regolamentare i propri interessi per il tempo successivo alla morte <sup>(234)</sup>. Il testatore, cioè, al di là dei limiti imposti a tutela dell'intangibilità della legittima, del divieto di patti successori e del fedecommesso, delle norme imperative, può inserire nel testamento qualunque disposizione di ultima volontà meritevole di tutela in quanto conforme alla tavola valoriale dell'ordinamento giuridico, unitariamente inteso, pur nella pluralità delle fonti <sup>(235)</sup>.

Chiarito ciò, l'ammissibilità della *electio amici* testamentaria potrebbe anche giustificarsi alla luce della funzione, meritevole di tutela, che essa è in grado di realizzare una volta inserita all'interno del testamento.

Essa consentirebbe allo stipulante di potere beneficiare direttamente se stesso o una determinata persona, evitando l'inconveniente di una futura designazione ad opera degli eredi, semmai di segno opposto alla propria volontà.

Questa funzione diverrebbe ancora più pregnante di significato quando lo stipulante risulti essere legato al futuro eligendo da un contratto di mandato, e muoia senza avere effettuato la dichiarazione di nomina nei termini convenzionalmente convenuti <sup>(236)</sup>, mentre gli eredi non intendano designare il mandante superstite.

In tal caso, l' *electio amici* testamentaria permetterebbe di arginare le conseguenze correlate alla morte del mandatario.

Infatti, in base al combinato disposto degli articoli 1722 e 1728 c.c., la sopravvivenza del contratto di mandato non opera nel caso di morte del mandatario <sup>(237)</sup>, né tantomeno può trasmettersi agli eredi l'adempimento della prestazione, in quanto ad essi non risulta essere

imponibile un determinato comportamento <sup>(238)</sup> cui era tenuto il mandatario <sup>(239)</sup>. Si trasmettono, invece, agli eredi le obbligazioni che in esito all'esecuzione del mandato si siano consolidate a carico del mandatario prima della sua morte, e, quindi, prima dell'estinzione del mandato nei confronti del mandante <sup>(240)</sup>.

In definitiva, gli eredi del mandatario devono soltanto, laddove abbiano conoscenza del mandato, avvertire prontamente il mandante e prendere intanto nell'interesse di quest'ultimo i provvedimenti resi necessari dalle circostanze.

### **7. La trasmissione testamentaria della *facultas amicum eligendi*.**

Per quanto riguarda la trasmissione *mortis causa* della *facultas amicum eligendi*, una risalente dottrina, sotto il diritto comune <sup>(241)</sup>, non esitava a risolverla negativamente, una volta assunta la dichiarazione come una qualità personale del disponente.

In realtà, giova osservare che una parte autorevole della dottrina perviene a conclusioni maggiormente permissive <sup>(242)</sup>.

Si è infatti osservato che «il potere di nomina è certamente trasmissibile per atto *mortis causa*, mentre per quanto riguarda la trasmissione *inter vivos* essa è concepibile solo mediante cessione del contratto (che peraltro potrà avvenire anche senza il consenso del promittente ceduto): la cessione del solo potere di nomina si configurerebbe in realtà come una mera delega e gli effetti del mancato esercizio ricadrebbero in tal caso senza dubbio alcuno nella sfera dello stipulante <sup>(243)</sup> ».

L'opinione in commento richiama le riflessioni già espresse sul punto da un orientamento ermeneutico meno recente <sup>(244)</sup>, alle quali può aggiungersi anche l'opinione conforme di chi osserva, in particolare modo, che « nel contratto stipulato con la clausola per sé o per persona da nominare possa aversi successione (...) per atto *mortis causa* (...) non sembra possibile dubitare, non solo, ma, a nostro giudizio, è configurabile una trasmissione altresì del diritto potestativo di fare la *electio amici* <sup>(245)</sup> » <sup>(246)</sup>. La *facultas eligendi* costituirebbe, secondo la ricostruzione appena riferita, un diritto potestativo <sup>(247)</sup>, che in quanto tale non potrebbe non considerarsi trasmissibile per atto *mortis causa* <sup>(248)</sup>.

In senso contrario alla circolazione successiva del diritto di scelta si rileva che non potrebbe neppure addursi l'interesse del promittente a non vedere modificato il profilo soggettivo del rapporto senza il proprio consenso. Per il promittente sarebbe cioè indifferente che la nomina venga direttamente effettuata - per sé o per persona da nominare - dallo stipulante oppure, a sua volta, da un terzo, in quanto in entrambi i casi l'eligendo ben potrà essere un terzo diverso dallo stipulante. In altri termini, secondo l'orientamento in commento <sup>(249)</sup>, il promittente,



acconsentendo all'inserimento della clausola per sé o per persona da nominare nel contratto, avrebbe pienamente rimesso all'esclusiva ed unilaterale *facultas* dello stipulante il potere di incidere sulla modificazione del profilo soggettivo del rapporto giuridico<sup>(250)</sup> - (251).

Da quanto detto risulta evidente come autorevole ed attenta dottrina ritenga ammissibile la trasmissione per atto *mortis causa* del diritto di nomina, diversamente dall'orientamento vigente sotto il diritto comune<sup>(252)</sup>.

Se condivisa, tale ricostruzione apre alla considerazione dell'ulteriore problema relativo alla determinazione dei "criteri" attraverso i quali è possibile la circolazione testamentaria del diritto medesimo. Infatti, trattandosi di un diritto di potestativo, sembrano qui riproporsi le stesse problematiche in precedenza già affrontate con riferimento al legato del diritto di opzione. E rispetto ad esse potrebbero considerarsi riproducibili, *mutatis mutandis*, le diverse posizioni già espresse dalla dottrina in quella occasione.

### **Conclusioni.**

L'analisi degli effetti prodotti dal fenomeno successorio nella fase precedente la formazione del vincolo contrattuale, e con riferimento ai rapporti preliminari a parziale indeterminazione soggettiva, ha permesso di giungere alle seguenti conclusioni.

Innanzitutto, una volta ricostruite le interazioni fra contratto e successioni, in generale, si è avuto modo di cogliere la esistenza nel nostro ordinamento giuridico di un principio generale di trasmissibilità a causa di morte dei rapporti giuridici patrimoniali, a meno che si tratti di rapporti *intuitus personae*.

Quando poi la morte di uno dei contraenti interviene prima della conclusione del contratto, bisogna distinguere a seconda che la vicenda successoria investa la proposta contrattuale "semplice", quella "irrevocabile", e quella "fatta dall'imprenditore".

Nel primo caso, per le ragioni in precedenza già descritte, la proposta contrattuale diviene inefficace. Mentre nel secondo caso cadono in successione, trasmettendosi agli eredi, sia la proposta ferma, a meno che risulti diversamente dalla natura dell'affare o da altre circostanze, sia quella fatta dall'imprenditore, salvo si tratti di piccolo imprenditore o la natura dell'affare o le altre circostanze lo escludono.

In queste ultime ipotesi, se la successione è un fenomeno, oltre che naturale, anche necessario, ragioni di coerenza logica dovrebbero condurre a ritenere che l'ereditando possa scegliere a chi fra erede e legatario debba essere trasmessa la situazione giuridica soggettiva di cui era titolare in vita.

Secondo parte della dottrina il ragionamento sviluppato con riferimento alla caducità *post mortem* della proposta contrattuale è riproducibile anche con riferimento alla dichiarazione di accettazione. Secondo un diverso orientamento, invece, il diritto di accettare la proposta contrattuale è generalmente trasmissibile. Rispetto a questi orientamenti sarebbe forse prospettabile anche una terza via ermeneutica che tenga conto, *in medias res*, delle specificità del singolo caso concreto, distinguendo a seconda che il diritto di accettazione non sia stato proprio esercitato dall'oblato, prima della sua morte, oppure che la dichiarazione di accettazione sia stata emessa, vivente l'oblato, ma sia giunta al proponente soltanto dopo la morte del primo.

Convergenza di vedute si riscontra invece in dottrina con riferimento alla caduta in successione del potere di accettare la dichiarazione contrattuale ferma e quella fatta dall'imprenditore.

Le considerazioni contenute nel presente studio hanno anche permesso di evidenziare i profili circolatori del contratto di opzione e del patto di prelazione.

Quanto al primo si sono, soprattutto, esaminati gli strumenti a disposizione dell'ereditando per ottenere la trasmissione dopo la sua morte del diritto di opzione: patto di opzione *post mortem*; legato di contratto di opzione; legato del diritto di opzione.

Rispetto al secondo si è esaminata la differenza fra il legato del diritto di prelazione ed il legato di contratto di prelazione.

Infine, in ragione della grande diffusione nella prassi contrattuale preliminare <sup>(253)</sup> della clausola "per sé o per persona da nominare", si è valutato, da un lato, la compatibilità con il sistema successorio della clausola testamentaria con la quale l'ereditando scioglie direttamente nel testamento la riserva di nomina dell'eletto; dall'altro, la possibilità che lo stesso potere di nomina divenga, a sua volta, oggetto di lascito testamentario, a mezzo di legato.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, in particolare modo, le riflessioni svolte nella presente trattazione, hanno fatto emergere come parte della dottrina, diversamente dall'orientamento vigente sotto il diritto comune, ritenga ammissibile la clausola testamentaria in questione. Il problema è che trattandosi di un diritto di potestativo, si ripropongono le stesse problematiche esistenti con riferimento alla circolazione testamentaria del diritto di opzione, e che, qui, si intendono richiamate *mutatis mutandis*.

In conclusione, ogni volta che nella fase delle trattative muore uno dei paciscenti si pone un problema generale di oggetto della successione ereditaria, il quale si sostanzia nella qualificazione della "situazione" nella quale l'erede può subentrare alla morte dell'ereditando <sup>(254)</sup>.

Il limite negativo alla successione nei singoli rapporti in corso di formazione è dato dalla mancata produzione di effetti giuridici provvisori, e per quelle ipotesi a formazione progressiva,

nelle quali cioè si sono prodotte situazioni giuridiche preliminari, esso è costituito dal carattere *intuitus personae* del rapporto giuridico al quale si collega.

Antonio Musto

- 
- 1) Offre attenti spunti di natura comparatistica sul tema in esame, R. FAVALE, *La conclusione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, p. 950-951.
  - 2) D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 509.
  - 3) «La morte della persona provoca, nell'ordinamento giuridico, un grave problema pratico: la destinazione da dare ai suoi beni e, più in generale, ai rapporti che alla persona facevano capo» P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, X ed., p. 561. Cfr., ID., *La successione a titolo universale e particolare*, in *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, in *Tratt. delle successioni e donazioni*, dir. da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Padova, 2010, II ed., Vol. I, p. 3.
  - 4) G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 1.
  - 5) A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. MESSINEO, Milano, 1961, II ed., p. 5.
  - 6) G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 1.
  - 7) Così, P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, in *Tratt. delle successioni e donazioni*, dir. da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Padova, 2010, II ed., Vol. I, p. 3.
  - 8) C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 605.
  - 9) "Successione" in senso ampio significa «subingresso d'un soggetto a un altro nella titolarità di un rapporto giuridico, il quale resta inalterato nei suoi dati oggettivi, mediante un nesso di derivazione del rapporto medesimo dal titolare precedente: fermo il rapporto, muta il titolare» D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di A. LISERRE e G. FLORIDIA, 1988, Torino, II ed., p. 1226. «In altri termini si può dire che la successione, intesa da un punto di vista descrittivo come la si può verificare con riferimento a qualunque tipo di situazione giuridica ossia a tutte le categorie di relazioni umane giuridicamente qualificate, che si ritengono suscettibili di permanere in vita malgrado la modificazione del soggetto che in un determinato momento ne è titolare» R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, a cura di M. D'AMELIO, 1940, XVIII, p. 985. Nello stesso senso, N. COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, Napoli, 1932, p. 1; G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 535; L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, 1959, Napoli, p. 30; L. FERRI, *Successioni in generale, Art. 456-511, Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 1964, Bologna-Roma, p. 1.
  - 10) G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 3. G. BONILINI - in *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, III ed., p. 5 - osserva che la vicenda successoria ha ad oggetto l'insieme «dei rapporti giuridici d'una persona suscettibili di valutazione economica. Il patrimonio che cade in successione, comprende sia diritti, vale a dire rapporti attivi, sia rapporti passivi, vale a dire debiti; detti rapporti debbono potersi ridurre a valore pecuniario, sicché non cadono in successione i diritti insuscettibili di valutazione economica, e ne sono pure esclusi taluni diritti che, pur valutabili a denaro, si estinguono con la morte del soggetto che ne era titolare, in quanto a stretto carattere personale».
  - 11) Per la ricostruzione dei plurali interessi sottesi al fenomeno successorio, e per la relativa bibliografia di seguito richiamata, si rinvia alla compiuta ed attenta ricostruzione di A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, p. 4-5.
  - 12) L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, VI, Torino, 1997, II ed., p. 15. Sulla revocabilità di tali disposizioni, G. D'AMICO, voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 237 s.; A. ALBANESE, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, in *Trattato dir. delle succ. e don.*, diretto da G. BONILINI, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1651 ss.
  - 13) «Poiché per la sorte dei rapporti giuridici che facevano capo al defunto, la legge tien conto ora della volontà di lui, ora del suo stato di famiglia, ora dell'una e dell'altro, il diritto ereditario si riconnette per questo riguardo alla parte generale del diritto privato» A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. MESSINEO, Milano, 1961, II ed., p. 4. G. GABRIELLI - *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*,

- Padova, 1986, p. 170 - nell'indagare la funzione, anche storica, dell'art. 42 Cost., osserva che «non può certo dimenticarsi che, in storica concretezza, il riferimento alla successione legittima e ai limiti di quella testamentaria non poteva non avere per il Costituente il valore di un preciso richiamo alla funzione preminente assoluta, in entrambe le direzioni, dal criterio familiare di vocazione».
- 14) «All'ereditando, dunque, è costituzionalmente (art. 42, ult. cpv., Cost.) riconosciuto il diritto di disporre liberamente di parte del patrimonio; nondimeno, il solidarismo familiare richiede che l'ordinamento giuridico ne riservi una parte ai congiunti più stretti, derivandone, per altra via, un ulteriore limite al diritto di proprietà» G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, III ed., p. 26
  - 15) Sulla funzione sociale del fenomeno successorio, P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135 ss.
  - 16) A. MILETTI, *La successione agraria*, Padova, 1999, p. 6.
  - 17) «Se i diritti si estinguessero, una quantità enorme di *res nullius* diverrebbe possibile oggetto di occupazione, aprendo la via a ingiustificate cause di arricchimento generico con una lotta per l'appropriazione dei beni relitti. Se si estinguessero le obbligazioni, il creditore verrebbe oltremodo danneggiato e l'economia generale ne riceverebbe gravi contraccolpi» A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 2001, Padova, XLI ed., p. 855.
  - 18) La propensione al risparmio «non potrebbe davvero dirsi incoraggiato qualora al singolo non fosse consentito di destinare almeno una parte dei propri beni in funzione di quei vincoli personali e di affetto, di stima o di riconoscenza che costituiscono uno dei principali impulsi dell'azione umana e della cura che si dedica al proprio patrimonio» P. SCHLESINGER, voce *Successioni (diritto civile). Parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 750. «L'impronta costituzionale del nostro ordinamento, dunque, non poteva permettere che si trascurasse la vicenda successoria *mortis causa* della proprietà, né poteva concepire l'avocazione allo Stato di qualsivoglia massa ereditaria, anche perché si stimolerebbero a dismisura i consumi, laddove l'art. 47, primo comma, Cost. sancisce che la Repubblica «incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme» G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, III ed., p. 26.
  - 19) «(...) in quanto se i consociati non potessero disporre dei beni per il tempo successivo alla morte, non sarebbero invogliati a conseguirla» P. PERLINGIERI e G. MARINARO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997 (2007, VI ed.), p. 857. La successione trova, quindi, la sua fondamentale giustificazione «nella necessità che la morte non rompa i rapporti di colui che ha cessato di vivere e, al tempo stesso, risponde all'interesse dell'economia generale. A questo criterio si ispira l'art. 42, 4° comma, della Costituzione, quando afferma che la legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità. La determinazione dei limiti della successione equivale ad riconoscimento del diritto successorio» C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali-Successioni legittime*, in *Comm cod.civ.*, redatto a cura di magistrati e docenti, 1971, Torino, II ed., p. 2.
  - 20) F. REALMONTE, *Autonomia privata e successioni a causa di morte*, in *Confini attuali dell'autonomia privata* a cura di A. BELVEDERE e C. GRANELLI, Padova, 2001, p. 56; S. CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994, p. 40.
  - 21) S. FERRARI, voce *Separazione dei beni del defunto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, p. 1473.
  - 22) L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. CICU e F. MESSINEO, e cont. da L. MENGONI, Milano, 1999, VI ed., p. 243.
  - 23) C. GIANNATTASIO - in *Delle successioni. Disposizioni generali-Successioni legittime*, 2° ed., in *Comm cod. civ.*, Torino, 1971, p. 4 - osserva che «di fronte alla dibattuta questione se nella successione dell'erede si ha continuazione della personalità del defunto o successione nei beni, il codice vigente si è mantenuto fedele alla teoria tradizionale della continuazione della persona, essendo apparsi estranei al sentimento pubblico specie di Paesi, come il nostro, a tradizione latina, i principi germanici della successione nei beni. L'erede continua la personalità giuridica del defunto nel complesso dei diritti e degli obblighi senza alcuna modificazione ed il passaggio è comprensivo persino di rapporti, quali il possesso, che consistono in uno stato di fatto».
  - 24) A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 2001, Padova, XLI ed., p. 855.
  - 25) «L'erede è il continuatore della personalità giuridica del defunto, e non può non essere investito della detta qualità e funzione che proprio ed esclusivamente dal defunto, il quale può farne indicazione nel suo testamento o affidarsi facendola propria - alla designazione che ne fa la legge in assenza di una sua indicazione» G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 3. L'idea della continuazione della personalità del defunto tuttavia «ha oggi valore prevalentemente descrittivo, trattandosi, piuttosto, sul piano tecnico-giuridico, di successione nei rapporti, attivi e passivi, che facevano capo al *de cuius*, se ed in quanto trasmissibili» A. ALBANESE, *L'apertura della successione*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, 2009, Milano, p. 994.
  - 26) S.T. MASUCCI, *Le successioni mortis causa in generale*, in *Diritto civile*, dir. da N. LIPARI e P. RESCIGNO, II, I, Milano, 2009, p. 11. In dottrina, valuta la successione come un fenomeno essenzialmente patrimoniale, G. BONILINI,

*Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, III ed., p. 9. Secondo l'Autore «la posizione di erede oggi ha un significato esclusivamente patrimoniale, e lo testimonia, altresì, la circostanza, che, per certi interessi di carattere non patrimoniale, che sopravvivono alla morte del *de cuius*, sono legittimati ad agire i prossimi congiunti, non già gli eredi in quanto tali, i quali potrebbero anche non essere legati da vincoli familiari al *de cuius*. Quanto affermato, rivela superata la concezione, per lungo tempo dominante, che l'erede diviene il continuatore della personalità giuridica del defunto. In realtà, egli assume soltanto, oggi, del defunto, la posizione giuridico-economica; al più si osserva che dilata la propria personalità, in quanto aggiunge la qualità di erede». A. ZACCARIA - in *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 2004, 1988, p. 57-58 - ha rilevato che «inserite nella configurazione «patrimoniale» della successione, (...), le teorie della continuazione della persona hanno invece rivelato la propria natura di asserzioni puramente ideologiche», dalle quali potranno affrancarsi nel momento in cui l'idea della continuazione venga aperta alla materia alla quale sembra meglio inerire: i c.d. diritti della personalità.

- 27) A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato, Successioni e donazioni. La successione per causa di morte*, Vol. VII, t. I, diretto da G. BONILINI, p. 604.
- 28) «L'erede, continuando la personalità del *de cuius*, diviene parte del contratto concluso dallo stesso, per cui egli resta vincolato al contenuto del contratto medesimo, ancorché questo non sia stato trascritto» CASS., 6 giugno 2011, n. 12242, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, p. 850, in *Vita not.*, 2011, 3, p. 1590. In senso conforme, CASS., 13 novembre 2009, n. 24133, in *Guida al diritto*, 2010, 1, p. 54; CASS., 16 giugno 2009, n. 13968, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, p. 931; CASS., 20 febbraio 2003, n. 2563; CASS., 15 maggio 1997 n. 4282. Confermano tale principio, nella giurisprudenza più risalente, v. CASS., 22 luglio 1963, n. 2011, in *Foro it.*, 1964, I, c. 122; CASS., 12 aprile 1983, n. 2583, in *Vita not.*, 1985, p. 596, con nota di Triola, *Alienazione da parte dell'erede di immobile già venduto dal de cuius e principio della priorità della trascrizione*; CASS., 4 maggio 1985, n. 2800, in *Giur. agr. it.*, 1985, p. 471; CASS., 13 febbraio 1988, n. 1552, in *Vita not.*, 1988, p. 256; *contra*, TRIB. Padova, 28 novembre 1985, in *Riv. giur. edilizia*, 1986, p. 550.
- 29) «(...) nell'*hereditas* è insita la continuazione nell'erede della personalità giuridica del *de cuius*, sì che non può ammettersi che in questa continuazione vi possano essere interruzioni o discontinuità lesive della certezza dei rapporti giuridici, nonché della tutela dei creditori; ed è proprio in vista di ciò che l'art. 479, comma 2, c.c., dispone, con una finzione giuridica (...), l'efficacia retroattiva dell'accettazione, col prescrivere espressamente che il suo effetto risale al momento nel quale si è aperta la successione. L'irrevocabilità e l'effetto retroattivo dell'accettazione, che non tollerano deroghe né dall'erede, né dal testatore, risultano anche dagli art. 475 (...), 533, comma 2 (...) e 637 c.c. Da tali disposizioni, e in particolare dall'ultima (...), emerge la mai sopita efficacia e attualità dei noti principi del *semel heres semper heres* e del *in locum et ius defuncti* che esprimono la necessità di una continuità tra defunto ed erede senza interruzioni o discontinuità e di una irrevocabilità dei rapporti giuridici del defunto in capo all'erede» G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle Successioni*, t. 1, Napoli, 2008, p. 177-178.
- 30) Cass., 28 maggio 1926, in *Foro it.*, 1927, I, p. 3.
- 31) «Costituitiva, dunque, regola generale la trasmissibilità agli eredi dei rapporti contrattuali facenti capo al defunto, salvo i casi in cui la trasmissibilità fosse impedita dalla natura del contratto (indipendentemente da una espressa previsione di intrasmissibilità), ove lo specifico interesse di una delle parti alla prestazione personale di controparte si opponesse alla trasmissione del rapporto in capo agli eredi (contratti tipicamente detti *intuitu personae*), ovvero dall'autonomia delle parti, le quali, con patto espresso, potevano escludere la successione in qualsivoglia rapporto, non essendo positivamente individuati limiti alla loro facoltà di deroga, purché la deroga fosse chiara ed univoca («espressamente»)» L. PASCUCI, *La successione per causa di morte nei rapporti contrattuali facenti capo al de cuius*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 5, p. 513. Sul punto, già, in tal senso, F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, 7 ss.
- 32) «È anzi opinione corrente che, sebbene manchi un'espressa disposizione che in via generale sancisca la trasmissibilità *mortis causa* del contratto, questa debba assumersi come regola di principio e debbano invece considerarsi alla stregua di eccezioni tutte quelle ipotesi in cui la trasmissibilità vada negata» C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 605.
- 33) «Quasi che la trasmissione dei rapporti contrattuali sia effetto connaturato al riconoscimento del fenomeno della successione *mortis causa* quale successione nella generalità delle situazioni soggettive facenti capo al defunto» L. PASCUCI, *La successione per causa di morte nei rapporti contrattuali facenti capo al de cuius*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 5, p. 513-514. «In realtà, è probabilmente corretto ritenere che la trasmissione dei rapporti contrattuali (...) sia effetto connaturato al riconoscimento del fenomeno della successione per causa di morte, inteso come trasmissione della generalità delle situazioni giuridiche già facenti capo al defunto: se vi è trasferimento di questa somma di situazioni, vi dev'essere anche la prosecuzione dei vincoli contrattuali ad esse collegate» F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, 1990, Milano, p. 30. Sul

- contenuto della successione in generale v. R. CALVO, *Commento all'art. 456 c.c.*, §§ 1 e 3-7, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. SESTA, vol. I, 2011, p. 562.
- 34) Per la rassegna normativa, sul punto, F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, 1990, Milano, p. 7.
- 35) «In entrambi i casi la formulazione mira ad escludere, almeno in parte la trasmissione, quasi a volere per ciò stesso riconoscere che il principio è di segno opposto» F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, 1990, Milano, p. 30.
- 36) F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, 1990, Milano, p. 7.
- 37) F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, 2009, Milano, p. 525. L'Autore, attraverso la comparazione dell'art. 1122 *Code civil* francese, del § 1922 *Codice civile tedesco (BGB)*, e dell'abrogato § 918 *Codice civile austriaco*, giunge ad affermare che la successione dell'erede nella posizione contrattuale già costituita in capo al defunto costituisca un principio comunemente accettato. Sul punto, già, ID., *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, 1990, Milano, p. 7.
- 38) «La somma di queste regole ribadisce, insomma, la perdurante immanenza nel sistema della regola in virtù della quale le posizioni contrattuali si trasmettono in capo agli eredi con la prosecuzione del rapporto già costituito dal defunto» F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 528. Cfr. anche F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, 2. ed., Padova, 2010, 673 ss.; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Bari-Roma, 2004, p. 14 ss.
- 39) «Di regola si trasmettono tutti i rapporti giuridici patrimoniali che facevano capo all'autore della successione (Cass. 1382/80). Il principio soffre alcune eccezioni, sia perché vi sono rapporti patrimoniali che si estinguono alla morte del titolare, e sia perché possono trasmettersi a causa di morte alcuni rapporti di natura non patrimoniale» A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, I, Milano, 2000, p. 182. ID., *Successione (Parte generale)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, p. 131-132.
- 40) «Può chiamarsi rapporto giuridico *intuitu personae*, quello che si stabilisce fra i soggetti, in vista del fatto che uno di essi (o entrambi) ha particolari attitudini, capacità tecniche, qualità personali, il cui esercizio giova all'altro. È questa la figura più frequente di rapporto giuridico, di fronte a quello, in cui la persona dell'altro soggetto resta indifferente» F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, p. 125. Sul concetto di *intuitus personae*, di "inerenza" alla persona, vedi le teorie, relativamente risalenti, di A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, vol. I, Napoli, 1972, p. 635 ss.; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 214 e 241; ID., *Contratti di credito e contratti di fiducia (premesse per una classificazione dei negozi intuitus personae)*, in *Econ. cred.*, 1969, p. 591 s; ID., *Contratti di credito e «intuitus personae»*, in *Foro pad.*, 1970, I, c. 135.
- 41) E. MASCHIO, *Intuitus personae e nuovi modelli contrattuali*, in *Arch. civ.*, 1998, p. 516. A. PALAZZO, voce *Successioni* (parte generale), in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 131; ID., *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, t. I, Milano, 2000, II ed., p. 1986; P. SCHLESINGER, voce *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, rist. III ed., p. 761-762.
- 42) «Così, allora, si sono divisi i contratti caratterizzati normalmente dell'*intuitus personae* in due categorie: contratti fondati sull'affetto (*affection*), come gli atti di liberalità; contratti fondati sull'affidamento (*confidence*), sia sotto il profilo della garanzia dell'esecuzione sia sotto il profilo della qualità della prestazione dovuta (VALLEUR, *L'Intuitus Personae dans les contracts*, Paris, 1938, p. 33 s.). Oppure, su un piano di ancor più ampia portata, si è analizzata la struttura interna dell'*intuitus personae*; di talchè ne sono stati scaverati i diversi profili di emersione e di rilevanza: la persona fisica, la persona in senso psicologico, le qualità del soggetto, il patrimonio di cui un soggetto è titolare, la categoria (...) cui un individuo appartiene, per poi delineare caratteri e peculiarità di cosiddetti *intuitus familiae* e *intuitus firmae* (CONTAMINE-RAYNAUD, *L'Intuitus personae dans les contracts* (Thèse), Paris, 1974, p. 421)» F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, 1990, Milano, p. 37
- 43) Da un punto di vista classificatorio, A. LISERRE - in *Sub art. 457 c.c.*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Delle successioni - vol. I: Artt. 456-564*, a cura di V. CUFFARO e F. DELFINI, Torino, 2009, 24 ss. - osserva: «le eccezioni a questo principio sono di due tipi: a) per le posizioni giuridiche, pur di natura patrimoniale, che si estinguono alla morte del titolare; b) per le posizioni giuridiche di natura non patrimoniale, che pure sono trasmissibili per causa di morte. Posizioni giuridiche non trasmissibili sono le seguenti: 1) diritto agli alimenti; 2) rendita vitalizia; 3) diritto di uso e di abitazione; 4) diritto di usufrutto, ma non sempre; si estingue solo quando la vita contemplata sia quella dell'ereditando; esso può costituire oggetto di successione quando il *de cuius* sia avente causa tra vivi del primo usufruttuario; in questa ipotesi il diritto si estingue alla morte di quest'ultimo; 5) posizioni giuridiche che nascono da rapporti contrattuali conclusi *intuitus personae*, ad esempio: a) il mandato art. 1722, n. 4 c.c.; b) qualità di socio nella società semplice art. 2284 c.c.; c) qualità di socio nella società in nome collettivo art. 2293 c.c.; d) la posizione degli accomandatari nella società in accomandita semplice art. 2318 c.c.; e) la posizione del prestatore nella

prestazione d'opera intellettuale art. 2232 c.c.; f) la posizione del lavoratore nel rapporto di lavoro subordinato art. 2904 c.c.». Nella manualistica, in senso analogo, G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, p. 424. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER - in *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2009, 1985, p. 1191-1192 - distinguono fra regole particolari dettate «per singoli contratti implicanti un'attività personale del debitore (per esempio il mandato, oppure l'appalto, quando la considerazione della persona dell'appaltatore sia stata motivo determinante del consenso: art. 1674 cod. civ.); o per quei contratti che sono volti a soddisfare esigenze di carattere primario dei superstiti (es. la locazione di immobili ad uso abitativo».

- 44) P. PERLINGIERI - in *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Art. 1230-1259*, Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 38 - distingue fra situazioni giuridiche che hanno in un soggetto l'occasionale titolare e quelle «situazioni giuridiche che non hanno una fungibilità soggettiva, che cioè non possono che appartenere o spettare ad un soggetto ovvero a determinati soggetti o, comunque, ad una cerchia limitata di soggetti. La conseguenza è che quella situazione giuridica soggettiva è nata e deve morire come situazione di quel soggetto».
- 45) Così, P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 36-37; ID. e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, L. TULLIO (con la collaborazione di), Napoli, 2004, p. 114. Del "rapporto giuridico" la nostra dottrina ha conosciuto due distinti modelli descrittivi: come «relazione fra due soggetti» e come «relazione fra situazioni giuridiche», le quali sopravvivono al venir meno del titolare. Secondo il primo modello «Rapporto giuridico (testualmente per quest'espressione, 1321, 1350 n. 12) denota una *relazione intersoggettiva*, ossia fra due (o più) soggetti: uno (o taluni) soggetto *attivo* e l'altro (o gli altri) soggetto *passivo*» F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, p. 123. In tal senso, L. FERRI - in *Successioni in generale, Art. 456-511*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 1. Così, anche, G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 296 - secondo il quale «l'obbligazione è dunque un rapporto nel quale una persona (debitore) è tenuta nei confronti e nell'interesse di un'altra (creditore) ad un certo comportamento valutabile economicamente (cioè patrimoniale)». Sul punto, cfr., M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 193; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 141. Tale orientamento concepisce, in particolare modo, il soggetto come un elemento essenziale del rapporto. (Per l'opinione che ritiene che i soggetti costituiscono un elemento "interno" del rapporto giuridico e che, quindi, il suo mutamento non può non implicare un mutamento del rapporto, L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1948, p. 377; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 296. Cfr., sul punto, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, 1989, Napoli, p. 89). In tal modo, esso giunge a qualificare il fenomeno successorio in termini di vicenda estintiva del precedente rapporto e costitutiva del nuovo rapporto nel quale subentra il successore. (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1951, Padova, p. 188 ss. G. GORLA, *L'assegnazione giudiziale dei crediti*, Padova, 1936, p. 166. Secondo questo Autore la successione determina «estinzione del diritto soggettivo in capo al precedente soggetto, in quanto un altro soggetto è subentrato nel rapporto»). Sono ben note in letteratura le critiche a tale interpretazione: sotto il codice previgente, N. COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, in *Arch. giur.*, 1896, vol. 56, p. 288 ss; S. PUGLIATTI, *Note sull'assegnazione giudiziale dei crediti*, in *Annali Messina*, 1931, p. 286; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 134; per la lettura successiva al codice civile del 1942, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, p. 166; R. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano, 1962, p. p. 370; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Como-Milano, 1946, I, p. 245; A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 3a ed., Milano, 1953, p. 575 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, p. 4 ss.; A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, 2° ed., in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1954, p. 3 ss.; U. RADAELLI, *L'eredità giacente*, Milano, 1948, p. 29, nt. 27. Sul punto, L. CARIOTA FERRARA, *Rapporto successorio, rapporto giuridico e rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 727 ss. Contro tale opinione si è, innanzitutto, osservato che ravvisare nella successione l'estinzione del rapporto e la creazione di un nuovo rapporto significa identificare la successione con la novazione, il che è in contrasto con la legge (L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, 1959, Napoli, p. 31 ss.). In secondo luogo si è obiettato che «il concetto di successione, per definizione, postula non l'estinzione della situazione giuridica soggettiva, ma la sua conservazione e quindi la possibilità che un nuovo soggetto subentri nella titolarità di quella situazione giuridica» P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 35. Cfr., S. PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di universitas*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, II, p. 287 ss. La tesi in discorso, sviluppando tale ultima constatazione, perviene a ritenere che il rapporto giuridico resta insomma identico, nonostante l'apertura della successione. Si tratta pur sempre dello stesso rapporto, immutato nel contenuto o nell'oggetto, benché mutato nei soggetti. «Tra il nascere e il morire, tra il sorgere e il perire, vi è il modificarsi; l'identità fondamentale resta, nonostante il mutare delle qualità. Ciò rende ammissibile la successione, di un soggetto ad un altro, in un rapporto che resti *quello*, ma non più *tal quale* era (*quantum mutatus ab illo!*); resti *esso* benché *mutato* e quindi non più identico» L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte*

*generale*, 1959, Napoli, p. 34-35; ID., *Problemi di teoria generale nel diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 22. Cfr., U. NATOLI, *Amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968-1969, p. 81. Quindi, «la successione, come situazione giuridica di carattere generale, consiste nel subentrare, che una persona fa, ad un'altra nella posizione di soggetto attivo o passivo di rapporti giuridici. Caratteristica della successione non è la generica sostituzione di un soggetto nuovo a uno precedente, ma è la permanente identità della posizione giuridica: identità, per cui il rapporto, in capo al successore, resta nei suoi elementi oggettivi, così com'era costituito in capo al successore» E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, p. 27. Il soggetto non può considerarsi, d'altro canto, un elemento essenziale del rapporto, se si tengono in giusta osservazione quell'insieme di disposizioni normative che ammettono l'esistenza di situazioni giuridiche prive di titolare. Si pensi, al riguardo, ai poteri del chiamato prima dell'accettazione, ex art. 460, all'amministrazione dell'eredità sospensivamente condizionata, ex 641, all'amministrazione in caso di eredi nascituri, ex 643, all'eredità giacente intesa in senso stretto, ex 528 ss. Sono proprio queste disposizioni normative a permettere di affermare che il soggetto costituisce propriamente un termine esterno al rapporto giuridico. Così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, Milano, 2009, p. 5. Già, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Art. 1230-1259, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 37, osservava che «il soggetto dunque (non è parte immanente della situazione giuridica soggettiva, egli) è solamente il titolare della situazione giuridica soggettiva. Quest'ultima è un interesse, un centro di interessi più o meno complesso, giuridicamente rilevante. Di questo centro di interessi (...) v'è un soggetto che ne è titolare. Quell'interesse può continuare a vivere talvolta senza l'esistenza del soggetto o in attesa di un soggetto destinato a diventarne titolare (si pensi alle donazioni o alle disposizioni testamentarie a favore di nascituri, a favore di enti non riconosciuti: rispettivamente art. 784, 786, 643)». «La situazione giuridica soggettiva, che ha perso il suo titolare, non perde però la sua rilevanza per il diritto. (...). La situazione giuridica soggettiva può esistere anche senza che esista il titolare o senza che esista un soggetto attualmente titolare, cioè di un soggetto che possa disporre, che ne possa esercitare i contenuti, che ne possa godere in via immediata e diretta» (*ivi*, p. 37-38). «Il soggetto, dunque, non è elemento essenziale del rapporto. Pertanto si respinge la definizione tradizionale del rapporto come relazione tra soggetti, definizione che sottolinea l'essenzialità, la necessità della dualità dei soggetti non soltanto per l'esistenza, ma anche la costituzione e per la sopravvivenza del rapporto» (*ivi*, p. 36). «Si respinge altresì l'opinione che identifica il rapporto nella relazione tra soggetto e norma - accolta presso di noi da autorevole dottrina (...) - o tra soggetto e cosa. La relazione è posta fra termini non omogenei. Del resto la stessa teoria del rapporto tra soggetto e norma non fa altro che duplicare la nozione di rapporto come relazione tra soggetti con la mediazione della norma, nel senso che un soggetto, ad esempio creditore, sarebbe in relazione con la norma, la quale poi sarebbe in relazione con l'altro soggetto, il debitore» (*ivi*, p. 36-37). «Ma allora, se il diritto, e quindi il rapporto, permangono nonostante il mutamento dei soggetti, bisognerà concludere che questi non sono un elemento di quello» L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 3. Il filo del ragionamento fin qui svolto rende, a questo punto, pienamente comprensibile l'osservazione di partenza, secondo la quale il rapporto giuridico deve essere inteso non già come "relazione intersoggettiva", bensì come "relazione tra situazioni giuridiche soggettive", dal punto di vista strutturale, e come "regolamento di interessi" sul piano funzionale. Soprattutto esso dimostra che l'affermazione dell'identità del rapporto soggettivamente modificato dalla vicenda successoria ha un valore eminentemente pratico, e non già speculativo. Con essa si vuole semplicemente indicare la compatibilità del fenomeno successorio con la continuazione del rapporto esistente, e cioè, in definitiva, con la conservazione della situazione giuridica modificata. «Va anzitutto osservato che il problema non va impostato sul terreno della logica pura bensì sul terreno concreto della realtà giuridica; che anzi è stato giustamente affermato che in fondo si tratta di un problema di stretto diritto positivo. Non si tratta di vedere se ontologicamente il diritto del successore sia lo stesso diritto del dante causa, identità che è negata anche dagli stessi sostenitori del tradizionale concetto di successione, perché dal punto di vista giuridico per ritenere esatto il concetto medesimo, basta far riferimento al modo con cui l'ordinamento giuridico valuta la situazione del successore in relazione a quella dante causa. (...). Da un punto di vista pratico che la situazione giuridica di un soggetto rispetto a un determinato rapporto sia identica a quella di un soggetto diverso deve necessariamente significare che restano immutati gli elementi obbiettivi, ossia il contenuto e l'oggetto, per modo che la posizione del secondo soggetto non sia suscettibile di coesistere il concetto di successione, la norma può procedere ad una identificazione formale, delle due situazioni, in relazione a particolari fattispecie, ponendo fra esse un nesso di dipendenza obiettiva i cui atteggiamenti visibili sono dati: a) dal fatto che la seconda situazione si estingue in quanto si estingue la prima; b) che la seconda situazione esiste in quanto esisteva a prima» R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, a cura di M. D'AMELIO, 1940, XVIII, p. 987. In conclusione, il rapporto «rimane lo stesso, sebbene muti il soggetto attivo o il soggetto passivo o l'oggetto o il contenuto. Diciamo subito che è oziosa ogni discussione sulla possibilità che il rapporto rimanga identico, cambiando uno di quegli elementi. A rigore, basta il mutamento di un qualunque elemento, del soggetto attivo come del soggetto passivo, dell'oggetto come del



- contenuto, per escludere l'identità del rapporto modificato col rapporto preesistente alla modificazione: poiché ogni rapporto è caratterizzato da ciascuno di questi elementi» F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, 1964, Napoli, p. 89.
- 46) Per la ricostruzione delle singole prescrizioni di intrasmissibilità, nel prisma di una interpretazione funzionale, C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 606. L'Autore evoca la posizione già espressa sul punto da F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., p. 37 e ss.
- 47) A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, vol. I, Napoli, 1972, p. 635 ss.
- 48) «L'obbligo alimentare (artt. 433 ss. cod. civ.) si estingue con la morte del soggetto attivo: alimenta tante, o passivo: alimentato, ed è così intrasmissibile agli eredi dell'uno o dell'altro; non si può escludere, che divenga obbligato un altro soggetto, vale a dire colui il quale segua il defunto nella gerarchia stabilita dall'art 433 cod. civ., ma il nuovo obbligato è tale a titolo originario, non già per successione nell'obbligo del defunto, anche nel caso in cui sia erede di quest'ultimo» G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, III ed., p. 11.
- 49) Secondo C. CACCAVALE e A. RUOTOLO - in *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, in *Notariato*, 2, 2001, p. 205 e ss. - la clausola di libera cedibilità del diritto di abitazione è nulla, in quanto tramuterebbe la tipicità fisiologica del diritto di abitazione in atipicità patologica. (*ivi*, p. 210). Secondo gli Autori «con riferimento al diritto di abitazione (...) si è avuto modo di evidenziare come la questione della sua autonoma cedibilità coinvolga interessi che operano su piani diversi: quelli, privati, del proprietario, pienamente disponibili da parte di quest'ultimo, e quelli connessi con la tipicità dei diritti reali, che per la loro rilevanza pubblicistica si pongono quale limite all'autonomia negoziale dei privati». Nel senso della nullità delle pattuizioni in deroga al divieto dell'art. 1024 c.c., seppur con differenti argomentazioni, in dottrina, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, II, Milano, 1962, p. 88; F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Comm.* Scialoja e Branca (art. 957-1026), Bologna-Roma, 1978, p. 358; R. ALBANO, *Della proprietà*, *Comm. c. c.* Utet, vol. III, t. 2, Torino, 1968, p. 280; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt.* Vassalli, Torino, 1972, p. 832. Sul punto, cfr. C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, I, in *Tratt.* Vassalli, Torino, 1993, p. 126; P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 18; A. QUARANTA e R. PREDEN, *Superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. De Martino, Roma, 1972, p. 574-575. In giurisprudenza, a sostegno della natura inderogabile del divieto ex art. 1024 c.c.: CASS., 20 dicembre 1946, n. 1387, in *Foro it.*, Rep., 1946, voce *Abitazione*; CASS., 29 luglio 1947, n. 1236, in *Giur. It.*, Rep., 1947 - 48, voce *Uso*, n. 2; CASS., 18 agosto 1953, n. 2769, in *Foro it.*, *Mass.*, 1953, c. 528. Fra le pronunce antecedenti il *revirement* della CASS., 25 marzo 1960, n. 637, *Foro it.*, 1960, I, c. 756 si segnala la pronuncia PRET. Gela 28.9.1949, *Foro it.*, 1950, I, c. 959. In una diversa prospettiva, M. COMPORTE, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 290 e ss.; L. BIGLIAZZI-GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. di dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1979, p. 44. Ma l'eventuale clausola di cedibilità del diritto è stata anche ritenuta rilevante in sede ermeneutica per saggiare la duttilità dello strumento negoziale, ossia per accertare se «le parti hanno voluto in realtà costituire un diverso diritto di natura reale (usufrutto) od obbligatoria (comodato, locazione), ovvero che tale diverso diritto esse in realtà avrebbero voluto costituire, qualora avessero conosciuto della causa di nullità. Prescindendo, allora, dalla qualifica, varrà il diritto realmente o ipoteticamente (art. 1424 c.c.) voluto» S. ORLANDO CASCIO, *Abitazione* (diritto di), *Enc. dir.*, I, 1958, p. 101. Sulla natura derogabile del divieto dell'art. 1024 c.c., seppur con differenti motivazioni, in dottrina, E. PACIFICI-MAZZONI, *Della distinzione dei beni, proprietà e delle modificazioni della proprietà, ed in specie dell'usufrutto, uso ed abitazione*, 1870, p. 370; A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato*, I, Torino, 1940, p. 504; A. PALERMO, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Giur. Sist.* Bigiavi, Torino, 1978, p. 572 ss. In giurisprudenza, CASS., 2 marzo 2006, n. 4599, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 3; *Arch. locazioni*, 2006, 5, p. 530, «ai sensi dell'art. 1021 c.c. il diritto d'uso, che ha natura personale, trova la sua fonte in un'obbligazione assunta da un soggetto nei confronti di un altro soggetto, il quale può servirsi della cosa secondo lo schema delineato dalla norma citata, con conseguente divieto di cedere il diritto stesso, ex art. 1024 c.c., salvo espressa pattuizione di deroga ad opera delle parti. (...) Costituito, contrattualmente, il diritto d'uso, il titolare di questo può servirsi della cosa concessagli in uso secondo lo schema delineato dall'art. 1021 c.c., con conseguente divieto di cessione del diritto stesso, ancorché tale divieto sia suscettibile di deroga. Correttamente, pertanto, il giudice del merito nega che l'utente possa cedere a terzi il diritto stesso, ove tale facoltà non gli sia stata attribuita in occasione della costituzione del diritto di uso» CASS., 31 luglio 1989, n. 3565, *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 7, «Il divieto di cessione dei diritti di uso e di abitazione, sancita dall'art. 1024 c.c., non è di ordine pubblico e pertanto può essere oggetto di deroga ove espressamente convenuta tra il proprietario (costituente) e l'utente, senza che la stessa possa desumersi, implicitamente, per il solo fatto che questo ultimo, violando la norma, ceda il suo diritto a terzi». Precedenti a queste ultime, CASS., 25 marzo 1960, n. 637, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1163; CASS., 18 ottobre 1961, n. 2217, in *Foro it.*, 1962, I, c. 59; CASS., 13 settembre 1963, n. 2502, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2292; CASS., 10 marzo 1964, n. 518, in *Foro it.*, 1964, I, c.

964. Incline ad una lettura permissiva della norma, G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 1972, Torino, p. 829-830. Per più ampi spunti, A. ROMANO, *La circolazione del diritto di abitazione*, in *Atti convegni "La famiglia: ancora o motore dei rapporti economici"*, Benevento, 11 maggio 2012, (dattiloscritto, in [www.fondazionecasale.it](http://www.fondazionecasale.it)).
- 50)** Il diritto di usufrutto «è alienabile (...) ma perisce fatalmente con la morte del primo titolare che lo ha alienato» G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, p. 255.
- 51)** «La successione nella posizione attiva è esclusa tutte le volte che il rapporto serva a soddisfare un interesse inerente alla persona del titolare o altrimenti un interesse superiore a quello individuale del titolare, cui il potere è personalmente commesso: tali i diritti di personalità, le potestà e i diritti familiari, ed anche alcuni diritti patrimoniali, come i diritti d'uso, di abitazione e, salvo deroga, di locazione, di affitto, di mezzadria» F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, 1964, Napoli, p. 91.
- 52)** «Al riguardo, la dottrina non ha mancato di rilevare come il carattere di personalità delle obbligazioni di fare possa assumere rilevanza sia in senso *oggettivo*, laddove sia determinato dall'obiettiva rilevanza della persona, sia in senso *sogettivo*, allorquando la necessità di un adempimento personale sia frutto di espressa pattuizione delle parti del rapporto obbligatorio. In entrambi i casi, dunque, il rapporto è destinato ad estinguersi alla morte dell'obbligato» A. TULLIO, *I diritti di credito*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, Successione ereditaria*, I, Milano, 2009, p. 408. Si consideri, al riguardo, il contratto di appalto, dove la morte dell'appaltatore scioglie il contratto solo se la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto stesso. In G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 22.
- 53)** Sarebbe unicamente la volontà delle parti, non già la legge, a qualificare una obbligazione di fare come infungibilmente legata alla persona del suo titolare, in A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1360-1362. «Il pensiero di Galasso, infine, pare porsi in contrasto con il disposto dell'art. 2232, primo comma, cod. civ., nella parte in cui prevede che il prestatore d'opera debba eseguire personalmente l'incarico assunto» A. TULLIO, *I diritti di credito*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, Successione ereditaria*, I, Milano, 2009, p. 408, nt. 13. Contrario a tale lettura, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, p. 73.
- 54)** «(...) l'estinzione del contratto sancita, salvo patto contrario, dall'art. 772 per le donazioni di prestazioni periodiche è prevista, secondo l'opinione tradizionale, in considerazione della stretta inerente alla liberalità alla persona del donante» C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 607. Cfr., A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXII, Milano, 1956, p. 507 ss.
- 55)** L. PASCUCI, *La successione per causa di morte nei rapporti contrattuali facenti capo al de cuius*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 5, p. 515.
- 56)** «In tutte le ipotesi fin qui ricordate la intrasmissibilità delle posizioni contrattuali si fonda sull'opportunità - che il legislatore apprezza in modo positivo - di tutelare gli interessi di una o di entrambe le parti del contratto; e per ragioni che sono destinate a variare di caso in caso, alla luce di quello che è il contenuto dell'uno o dell'altro vincolo obbligatorio» F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, 2009, Milano, p. 535.
- 57)** «(...) in materia di associazione, ad esempio, allorquando viene disposta l'intrasmissibilità della qualità di associato, si ha riguardo, e all'interesse degli eredi a non dover necessariamente subentrare nell'associazione, e all'interesse degli altri associati a non subire l'ingresso di un nuovo socio senza o contro la loro volontà» C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 606. D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 150.
- 58)** D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 3, Torino, 1980, p. 861. L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, 11, Torino, 1984, p. 712 s.; O. CAGNASSO, voce *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 175. Ciò non esclude, secondo G. MIRABELLI - in *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, libro IV, Torino, 1991, p. 460 - un diritto degli stessi eredi di sciogliere il contratto, con ciò escludendo un suo scioglimento *ipso iure* all'atto di apertura della successione.
- 59)** G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, vol. VIII, Torino, 1954, p. 205 s.
- 60)** A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XXXII, Milano, 1984, p. 451.
- 61)** L. PASCUCI, *La successione per causa di morte nei rapporti contrattuali facenti capo al de cuius*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 5, p. 514.
- 62)** F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 532. «All'intrasmissibilità prevista dagli art. 2118 e 2122 del contratto di lavoro subordinato sono sottesi invece interessi anche di più ampio respiro: e così, l'interesse,

- proprio di ciascuna persona, di poter organizzare nel modo che ritenga più proficuo la sua attività e, rispettivamente, l'interesse diffuso a che venga assicurata uguaglianza di posizione nell'accesso al mercato del lavoro» C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 608.
- 63) F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 532.
- 64) La successione, diversamente dal trasferimento, può aversi sia nel lato attivo sia in quello passivo del rapporto giuridico. Inoltre, può riguardare, oltre ai rapporti giuridici già in atto, anche i rapporti giuridici in via di formazione: il potere di accettare una proposta ferma, ex art. 1329, comma 2, c.c., e quella fatta dall'imprenditore, ex art. 1330 c.c.; il potere di accettare l'eredità, ex art. 479 c.c.; il potere di ratificare il contratto concluso ex art. 1399, comma 5, c.c. In tal senso, R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 610 ss. L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 456 ss.
- 65) L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 31.
- 66) «Manca il *quid* su cui possa operarsi un subingresso, dal momento che subingresso può aversi solo in rapporti giuridici e non in elementi di mero fatto; e quindi dal momento che l'erede non può succedere in quegli elementi, già realizzati, della fattispecie negoziale in formazione. È questa la vera ragione per cui, nel nostro ordinamento, è (normalmente) inammissibile la c.d. successione nella proposta (sia per l'erede del proponente, sia di fronte del destinatario): abbiamo già visto, infatti, che fin quando si abbia una proposta e non ancora un'accettazione, (normalmente) non sorgono ancora rapporti preliminari; e quindi manca il *quid* idoneo - cioè un rapporto giuridico - in cui l'erede possa succedere» D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, 1939, Milano, p. 509-510.
- 67) Così, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, 1939, Milano, p. 509-510-511.
- 68) L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 32.
- 69) A. D'ANGELO, *Proposta ed accettazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 49.
- 70) «Dove non sarebbe possibile la successione nel rapporto costituito, sarà *a fortiori* impossibile la successione nel rapporto in via di formazione. (...) Si possono configurare varie ipotesi. La proposta contrattuale non genera un rapporto giuridico, crea una situazione preliminare che può sfociare in rapporto. L'effetto giuridico della proposta è di creare, nel destinatario di essa, il potere di perfezionare il contratto con una sua manifestazione (unilaterale) di volontà: e nel proponente la soggezione a tale potere. La revocabilità della proposta non vale, come ho cercato di dimostrare, ad escludere tale potere e la corrispondente soggezione» L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 31-32. G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 541; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 510. In tal senso, L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 52 e ss.
- 71) «La controparte non può comunicare, infatti, all'erede del proponente la propria accettazione, in quanto «la morte ha privato il proponente della possibilità altrimenti spettantegli, di revocare la proposta» F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti, Diritto civile e commerciale*, Vol. II, t. I, 2004, Padova, p. 214.
- 72) «È stata, infatti, accolta nel nostro ordinamento positivo, l'opinione della dottrina prevalente sotto il vigore del codice abrogato che negava la successione degli eredi nella proposta (revocabile). Normalmente, il bisogno che muove l'offerente a fare una proposta, si legge nella Relazione al codice, si deve configurare come a lui personale se non risulti, per la rinuncia al potere di revoca, una immanenza dell'interesse nel patrimonio di lui. Non sempre gli eredi, inoltre, conoscono la proposta fatta dal loro autore, e, pertanto, non potrebbero sempre impedire tempestivamente la perfezione del contratto, ove non lo trovassero di loro convenienza» M.C. DIENER, *Il Contratto in generale*, Milano, 2002, p. 245.
- 73) A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 323-324.
- 74) R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 135.
- 75) In tal senso, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, 1973, Napoli, p. 210. «La proposta è *caducata*, altresì, (e la giustificazione è ancora nel senso che occorre la persistenza della volontà del proponente, nel momento dell'accettazione), dalla *sopravvenuta morte (...) del proponente, anteriore* alla conoscenza, da parte di lui, dell'avvenuta accettazione (...), salve le eccezioni che sono introdotte con gli artt. 1329 capov. e 1330 c.c.» F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, I, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, t. I, p. 311; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, II, 2a. ed., rist., Torino, 1955, p. 241. «La proposta revocabile esiste finché il soggetto esiste (...); dal momento della morte (...) la proposta si estingue e non può incontrarsi con l'accettazione, giacché l'esistenza e la capacità dei

- soggetti del negozio devono sussistere non soltanto nel momento dell'emissione dell'atto prenegoziale, ma soprattutto nel momento in cui il negozio si perfeziona» G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, Artt. 1321-1469, in *Comm. cod. civ.* redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, III ed., p. 74. In giurisprudenza, Cass. 5 maggio 1965, n. 827.
- 76)** La disciplina della proposta semplice costituisce una proiezione del principio secondo il quale i soggetti che hanno compiuto gli atti prenegoziali «devono esistere ed avere piena capacità non solo nel momento in cui compiono gli atti, che si fondono nel negozio, ma anche nel momento in cui il negozio si perfeziona. Prima di tale momento nessun vincolo esiste a carico del soggetto e nel momento in cui il vincolo nasce non può non esservi soggetto. Tale principio viene espresso comunemente con due diverse affermazioni: si dice che, essendo la proposta essenzialmente revocabile, la morte o l'incapacità sopravvenute nel soggetto ne tolgono un requisito essenziale, rendendola, pertanto, inefficace; si dice anche che la legge non ammette la successione nella proposta, non potendo essere considerata questa come immanente nel patrimonio del soggetto (Relazione, n. 608); ma la revocabilità e l'intrasmissibilità null'altro sono che delle conseguenze della non impegnatività dell'atto, che perdura finché questo, incontrandosi con l'accettazione, non si trasfonde nel negozio bilaterale» G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Artt. 1321-1469, in *Comm. cod. civ.* redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, III ed., p. 78-79.
- 77)** «Per la loro natura di atti prenegoziali, la proposta e l'accettazione non costituiscono espressione di una volontà ormai separata dal loro autore ed oggettivata e sono, perciò, esposte, oltre che al disvalore, anche alle vicende concernenti la esistenza e la capacità di agire del soggetto che le ha emesse» A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXII, Milano, 1956, I ed., p. 446 (2006, II ed., p. 542-543).
- 78)** F. REALMONTE, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, II, Giappichelli, 2000, p. 156.
- 79)** R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 136. L'Autore esclude che «la caducazione della proposta in conseguenza della morte del proponente possa giustificarsi sulla scorta della considerazione che «la legge vuol garantire ad ogni modo ai contraenti *in itinere* il potere di revoca. Invero non sussiste una rigorosa correlazione fra irrevocabilità dell'atto e la sua caducazione per la morte (...); e questo sia sul piano pratico, considerando che gli eredi del proponente (...) potranno sempre, per quanto con qualche difficoltà, provvedere ad una revoca tempestiva; sia per altro verso sul piano della disciplina normativa, ove si tenga presente che ai sensi dell'art. 1329, può darsi la caducazione della proposta irrevocabile, ed invece per la norma in esame la proposta dell'imprenditore, che può sopravvivere al suo autore (...), non è certo irrevocabile».
- 80)** «Se nonostante la morte del dichiarante la sua dichiarazione contrattuale conservasse efficacia, il contratto concluso in base ad essa vincolerebbe l'erede ad un contratto non programmato e magari non gradito» V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 146. «In quest'ottica si deve tener conto inoltre della circostanza che (...) la morte (...) richiede un certo tempo perché i successori (...) possano esercitare, a ragion veduta, la facoltà di revoca che ad essi competerebbe, se non fosse stabilita la caducazione delle dichiarazioni contrattuali. Mentre, nel frattempo, la controparte potrebbe provvedere alla conclusione del contratto, vanificando così quel diritto di "ripensamento" che la legge attribuisce con la previsione della facoltà di revoca. Alla base della scelta legislativa sta quindi anche un principio di parità di trattamento tra le parti del contratto» A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 323-324.
- 81)** «In presenza di una proposta revocabile non è, infatti, possibile ritenere concluso il contratto in caso di accettazione successiva alla morte del proponente perché la mancata revoca è stata determinata, non dall'attualità dell'intento a contrarre del proponente, ma da un evento, la morte, che gli ha materialmente impedito di esprimere un diverso intento» S. LANDINI, *L'opzione nella vicenda successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 840.
- 82)** A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 323-324.
- 83)** La regola tutela anche la controparte, la quale altrimenti «si troverebbe coinvolta in un rapporto contrattuale con un *partner* diverso da quello immaginato: o perché sarebbe l'erede del *partner* con cui si è scelto di trattare; o perché sarebbe quello stesso soggetto, ma diventato incapace (...). In entrambi i casi, potrebbe trattarsi di sorpresa non gradita» V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 147.
- 84)** «*De iure condendo*, poi, il passaggio della proposta agli eredi non è consigliabile in generale, dovendo il legislatore tenere conto del fatto che manca negli eredi la possibilità di un esercizio tempestivo della revoca. Per la stasi, talvolta anche lunga, ma sempre conseguente alla morte di un soggetto nello svolgimento dei rapporti giuridici che ad esso facevano capo; per l'ignoranza dell'esistenza di una proposta, nella quale gli eredi possono trovarsi senza alcuna loro negligenza, essi non hanno la possibilità di esercitare quella facoltà

- di revoca, che per il nostro diritto è connaturata alla proposta» N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, 1966, p. 296.
- 85)** R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Artt. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, 135-136. In tal senso, anche, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, I, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, p. 317; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 103. Per quel che riguarda il problema della trasmissibilità o meno della proposta e dell'accettazione agli eredi del soggetto che le ha emesse, sotto il codice previgente, cfr., le contrapposte posizioni che, in dottrina, sono, in estrema sintesi, riconducibili a BONFANTE - in *La successione nella promessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 1 e ss; Id., *La successione nella proposta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 373 e ss. - favorevole alla trasmissione agli eredi della proposta contrattuale; e a SCADUTO - in *La successione della proposta*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 121 e ss. - invece contrario a tale possibilità. Le opinioni in questione sono sintetizzate da N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, 1966, p. 296.
- 86)** Fa riferimento, insieme, all'interesse dell'offerente e degli eredi, la *Relazione del Guardasigilli*, n. 608. «Non è stata ammessa la successione degli eredi nella proposta revocabile. Normalmente il bisogno che muove l'offerente a fare una proposta si deve configurare come a lui personale, se non risulti, per la rinuncia al potere di revoca, un'immanenza dell'interesse nel patrimonio di lui. Per giunta, non sempre gli eredi sono a notizia della proposta fatta al loro autore, e pertanto non potrebbero sempre impedire tempestivamente la perfezione del contratto ove non lo trovassero di loro convenienza».
- 87)** Per la dottrina dominante, sotto il previgente codice, poi consolidata dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, si rinvia alla bibliografia contenuta in N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, 1966, p. 294-295.
- 88)** «La morte o la incapacità sopravvenuta, operando una brusca separazione tra l'atto prenegoziale e la persona del dichiarante, determinano la caducazione della proposta o dell'accettazione (art. 1329, comma 2, c.c.)» G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle Successioni*, t. 1, Napoli, 2008, p. 250, nt. 304.
- 89)** A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2009, (1985), p. 1191-1192.
- 90)** «Per quel che riguarda la morte, il problema si pone sostanzialmente, e come già una corrente dottrinale sotto l'antico codice aveva rilevato (Cfr. Bonfante, *La successione nella promessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 1 e ss.; *La successione nella proposta*, *ivi*, 1929, I, p. 373 e ss), nel senso della trasmissibilità o meno della proposta e dell'accettazione agli eredi del soggetto che le ha emesse. Tuttavia la soluzione negativa, accolta dal vigente diritto, rinviene adeguata spiegazione, e può approvarsi, in base al rilievo che a ben vedere la proposta e l'accettazione costituiscono l'espressione di un apprezzamento e di una decisione personale delle parti, mentre non bastano da sé sole a creare nuovi rapporti giuridici in esse programmati. Cosicché, seppure per altro verso assumono una innegabile rilevanza giuridica e patrimoniale, tendono in linea di principio ad estinguersi con il loro autore; secondo una ragione ed esigenza di tutela degli eredi, a cui non oppone un serio contrasto l'interesse dell'altra parte, che può vantare solo un'aspettativa di fatto alla conclusione del contratto» R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Artt. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 136-137.
- 91)** A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 325.
- 92)** V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 148. «L'evento morte incide (...) sul diritto dell'oblato di accettare la proposta. Secondo il combinato disposto degli artt. 1329 e 1330 cod. civ., la morte del proponente determina, infatti, l'estinzione della proposta contrattuale e del diritto di accettazione del destinatario (A. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 146). La *ratio* del carattere personale della proposta è volta a tutelare la libertà del dichiarante e dell'oblato di scegliere il soggetto con cui avviare le trattative contrattuali. Se il diritto di accettazione si trasmettesse agli eredi, al contrario, questi potrebbero concludere il contratto, imponendosi, in tal guisa, al proponente una controparte diversa da quella da lui scelta (A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionati*, in *Tratt. del contratto*, diretta da V. Roppo, vol. I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 325. Per un'applicazione giurisprudenziale, CASS., 13 luglio 1979, n. 4093, in *Giust. civ. Mass.*, 1979)» A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato, Successioni e donazioni. La successione per causa di morte*, Vol. VII, t. I, diretto da G. BONILINI, p. 604.
- 93)** L'esempio è di V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 146.
- 94)** «Sia per la proposta che per l'accettazione, come si è detto, la regola dell'inefficacia non si applica quando esse sono fatte dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa, salvo che si tratti di piccolo imprenditore o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanza. Questa eccezione viene giustificata dalla Relazione al codice con la considerazione che l'interesse all'affare, in tal caso, si scorpora dal

- proponente o dall'accettante, per inquadrarsi nell'organizzazione che egli aveva creato con carattere di continuità e la conoscenza di un affare concluso o proposto può agevolmente risultare o dalla notizia che ne hanno coloro ai quali il proponente o l'accettante hanno conferito il potere di trattare affari, ovvero dalla conoscenza che possono averne gli altri preposti dall'imprenditore ovvero dalle registrazioni che ne sono state fatte» M.C. DIENER, *Il Contratto in generale*, cit., p. 245.
- 95) A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, p. 154; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni, sub artt. 456-511*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di Galgano, III ed., Bologna-Roma, p. 32; C.M. BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*, 3, Milano, 2002, rist. II ed., p. 234-237; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, XII ed., p. 824.
- 96) «Per quanto attiene al diritto di accettare la proposta occorre quindi rilevare che esso tende a costituire una posizione, e cioè la posizione contrattuale, che è di regola incredibile: incredibile in cui si esprime il principio che tutela l'interesse del contraente a non vedersi imposta come controparte una persona diversa da quella originariamente prescelta» C.M. BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*, III, Milano, 2000, II ed., p. 224.
- 97) A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2009, (1985), p. 1191-1192. Sul punto, L. FERRI - in *Successioni in generale, Art. 456-511, Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 32 - osserva che «l'accettazione del destinatario della proposta può quindi determinare la nascita del rapporto contrattuale nei confronti dell'erede del proponente, sempre, si intende, che la proposta non sia stata, nel frattempo, revocata. Può avvenire altresì che il contratto si perfezioni solo in capo all'erede dell'accettante, quando questi sia un imprenditore e sia morto dopo l'accettazione, ma prima della perfezione del contratto (...). Anche nell'ipotesi di proposta irrevocabile (art. 1329) non abbiamo un rapporto già costituito: vi è il potere di costituirlo. Un rapporto esisterebbe solo se il proponente fosse obbligato a non revocare la proposta. Ma è facile osservare che un tale obbligo non sussiste, dato che la legge non prevede, come possibile, una sua violazione, ma si limita a stabilire che la revoca è senza effetto (...). Vi è, come nella proposta comune, una soggezione del proponente al potere del destinatario della proposta. Il proponente nulla deve o può fare o non fare, ma solo subire; se egli muore, la proposta resta efficace (...); ciò significa che situazione di soggezione, prodromica al rapporto, si trasmette al suo erede, così come si trasmette all'erede del destinatario della proposta il potere corrispondente».
- 98) Così, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, Milano, 2009, p. 107. «L'art. 479 parla di trasmissione del diritto di accettazione; tuttavia, come è stato osservato, si deve ritenere che non solo questo diritto, ma tutta la posizione giuridica del chiamato (possesso e poteri vigilanza, di conservazione e di amministrazione) si trasmetta agli eredi. La dottrina ha perciò definito il fenomeno come trasmissione della delazione. Il diritto di accettare l'eredità, come si è visto, rientra nella categoria dei c.d. diritti al diritto, espressione sintetica che si riferisce a quelle situazioni giuridiche nelle quali il diritto soggettivo è in relazione di mezzo a fine rispetto agli altri diritti, specialmente al diritto di proprietà. La conseguenza di questa relazione è che, pur non attuandosi ancora l'acquisto dei diritti cui si tende, è già in vigore il diritto strumentale, il quale ha la funzione di mantenere intatto lo stato giuridico obiettivo e di escludere che i terzi possano alterarlo» (*ivi*, p. 108).
- 99) «La vicenda traslativa in esame non modifica la delazione. Per questo motivo non è richiesto che il trasmissario sia capace o degno nei riguardi dell'originario *de cuius*. Accade allora che il diritto d'accettare *iure transmissionis* sia invocabile ancorché il chiamato indiretto non fosse neppure concepito all'epoca in cui venne aperta la successione di cui si tratta. All'opposto, nella successione per rappresentazione (...) chi subentra deve essere capace e degno verso il (primo) *de cuius*». R. CALVO, *Le vicende della delazione*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle Successioni*, t. 1, Napoli, 2008, p. 121-122.
- 100) «Il codice civile sottopone il diritto di accettare l'eredità a una disciplina articolata, la quale fa leva su due criteri che si possono così compendiare: a) criterio cronologico; b) criterio gerarchico. Il primo (*sub a*) ruota attorno alla variabile della postmorte del chiamato alla successione. Se questi decede dopo l'apertura della successione si perfezionerà una vicenda successoria di secondo grado, dato che il diritto di accettare l'eredità (o il diritto di rinunciare al legato acquistato *ipso iure*) dall'originario *de cuius* cadrà nel patrimonio del primo destinatario della delazione (art. 479, comma 2, c.c.). (...). Ove il chiamato sia premorto all'ereditando, oppure per altre cause non possa o non voglia succedergli, entra in gioco il criterio gerarchico (*sub b*) che si concreta in una sequenza gerarchicamente ordinata di norme. All'apice della immaginata piramide si colloca la (...) sostituzione ordinaria (artt. 688-691 c.c.); al secondo gradino c'è la disciplina sulla rappresentazione (artt. 467-469 c.c.); al terzo troviamo la clausola d'accrescimento (artt. 674-678 c.c.). Si osservi che ove nessuno dei predetti istituti possa trovare applicazione la delazione vacante sarà regolata dalla successione intestata, mentre la porzione del legatario mancante andrà a profitto dell'onere (art. 677, comma 1, c.c.)». R. CALVO, *Le vicende della delazione*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle Successioni*, t. 1, Napoli, 2008, p. 123-124.
- 101) L'esempio è di V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt.* G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, p. 148.
- 102) Così, V. ROPPO, *ope cit.*, p. 148.

- 103)** A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2009, (1985), p. 1191-1192.
- 104)** «Quanto all'accettazione, vale, a norma dell'art. 1330, la stessa regola: la morte o la sopravvenuta incapacità dell'accettante, quando siano anteriori alla ricezione della dichiarazione di accettazione da parte del proponente (anteriori, cioè, alla conclusione del contratto), fanno perdere efficacia alla accettazione stessa» M.C. DIENER, *Il Contratto in generale*, Milano, 2002, p. 245.
- 105)** La natura giuridica della proposta irrevocabile ha costituito oggetto di acceso dibattito in dottrina. Secondo una risalente ricostruzione, particolarmente diffusa sotto il codice previgente, la proposta irrevocabile si compone di due atti giuridici connessi: da un lato, vi è la proposta semplice, dall'altro, il negozio giuridico di rinuncia al potere di revoca. In tal senso, G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 25 e ss.; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, p. 519; M. JANNUZZI, *Proposta irrevocabile e patti di opzione*, in *Foro it.*, 1949, I, p. 179. In giurisprudenza, CASS., 18 maggio 1953, in *Giust. civ.*, 1953, p. 1641. A tale orientamento si è successivamente obiettato - F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, I, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, p. 316; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Artt. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 131; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, Artt. 1321-1469*, in *Comm. cod. civ.* redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, III ed., p. 73-74; F. GAZZONI, *Manuale diritto privato*, 2000, Napoli, p. 826; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, 1973, Napoli, p. 210 - che costituisce un artificio la scomposizione di una dichiarazione, sostanzialmente unitaria, in un doppio atto. A ciò si aggiunto che la proposta irrevocabile non è ridicibile ad una mera rinuncia alla facoltà di revoca, producendo, altresì, l'ulteriore effetto dell'art. 1329, comma 2, c.c. La dottrina prevalente che ricostruisce la proposta irrevocabile come atto negoziale unitario non è pacifica al suo interno. Infatti bisogna distinguere fra chi - F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, I, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, p. 316; M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* M. D'AMELIO e E. FINZI, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 331; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, Artt. 1321-1469*, in *Comm. cod. civ.* redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, III ed., p. 64; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 234 ss. - ritiene che essa rivesta natura di atto prenegoziale; chi - F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, 1973, Napoli, p. 210; A. DI MAJO, *La conclusione del contratto*, in *Aa. Vv., Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2008, XV ed. p. 564; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, XIV ed., p. 846 - afferma che si tratti di un negozio giuridico unilaterale caratterizzato dall'irrevocabilità; chi - L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 32 - sostiene, infine, che essa costituisca una promessa unilaterale. Rispetto alle teoria dell' "atto unico" e del "doppio atto" A. NATUCCI - in *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 369 - ha osservato che «entrambi gli atteggiamenti teorici sono in realtà accettabili e logicamente sostenibili; né, del resto, influiscono sulla disciplina dell'istituto. Scegliere l'uno o l'altro dipende, in definitiva, da un a ragione "estetica" p di personale propensione per un determinato tipo di "costruzione giuridica" piuttosto per un altro». Dal canto suo, M.C. DIENER - in *Il contratto in generale*, Milano, 2011, p. 267 (già in ed. 2002, p. 247) - ritiene preferibile «la seconda opinione perché l'atto prenegoziale si ha quando la volontà è ancora in movimento ed è diretta a produrre un effetto provvisorio che si esaurisce nella predisposizione del negozio; quando, invece, l'atto tende a creare un vincolo stabile per il suo autore, diventa un negozio giuridico». Ulteriori spunti riflessivi sulla ricostruzione della natura giuridica della proposta irrevocabile è contenuta nell'opera di R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 131.
- 106)** «In tal modo, si tutela, volta a volta, l'interesse del successore e della parte contrattuale, non deceduta, e, in ogni caso, l'interesse generale all'esecuzione dei contratti, ed all'adempimento delle obbligazioni» G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, III ed., p. 14.
- 107)** G. MIRABELLI, *Delle Obbligazioni. Dei contratti in generale, Artt. 1321-1469*, in *Comm. cod. civ.* redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, III ed., p. 74.
- 108)** A. NATUCCI, in *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 373.
- 109)** «L'irrevocabilità della proposta contrattuale (cd. "a fermo" o "ferma"), disciplinata dall'art. 1329, c.c., consiste nella temporanea privazione degli effetti di una eventuale revoca voluta dal proponente ed ha lo scopo di accordare al destinatario per l'accettazione della proposta uno "spatium deliberandi" maggiore di quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi (cfr. art. 1226, comma 2, c.c.). Elemento normativamente richiesto per l'irrevocabilità è la determinazione del tempo per il quale il proponente è obbligato a mantenere ferma la proposta e l'essenzialità e la funzione del termine escludono che la limitazione della facoltà di revoca della proposta, riconosciuta in via generale al proponente sino alla sua accettazione dall'art. 1328, c.c., possa risolversi nella negazione di tale facoltà e nella subordinazione

- dell'efficacia della proposta esclusivamente alla volontà del suo destinatario» CASS., 2 agosto 2010, n. 18001, in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, p. 2765. Cfr. CASS., 10 settembre 2004, n. 18201, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 9.
- 110)** B. MEOLI, *Termine di irrevocabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 129, il quale sostiene, con riferimento alla proposta irrevocabile, che «gli interessi in gioco infatti non appartengono solo all'offerente - il quale, con l'irrevocabilità, attribuisce alla proposta una maggiore serietà e possibilità di essere presa in considerazione; ma sono di pertinenza anche dell'oblato. Spesso infatti la proposta contrattuale comporta, per chi la riceve, oneri, a volte costosi, consistenti in ricerche, progettazioni od altro; e in tali casi la irrevocabilità della proposta garantisce l'oblato il quale non sarà costretto ad intraprendere tali attività senza la certezza del consenso del proponente».
- 111)** «Potrebbe obiettarsi che resta scoperta l'esigenza di tutelare lo stesso oblato contro il rischio di accettare nell'ignoranza dell'evento sopravvenuto, e di scoprire solo dopo la conclusione del contratto che sua controparte nel rapporto è persona diversa dal proponente (...). Si replica che contro tale eventualità l'oblato ha almeno due rimedi alternativi per allontanare da sé il contratto non gradito: ammesso che sia concluso, impugnarlo per errore sulla persona di controparte; oppure negare la conclusione, a norma dell'inciso finale dell'art. 1329, comma 2 c.c.». In tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 149.
- 112)** A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 373.
- 113)** «Per la verità questa clausola viene normalmente intesa a tutela di interessi collocati sul versante della proposta (per non imporre all'erede del proponente un contratto che questi aveva pensato in termini molto personali). Ma nulla vieta di leggerla anche - e forse soprattutto - come tutela dell'oblato, per non imporre a questo un contratto con partner diverso da quello divisato» V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 149.
- 114)** «(...) La ragione della deroga va individuata, secondo la relazione al codice civile, nella circostanza che, quando la vicenda riguarda l'impresa, "l'interesse dell'affare in tal caso si scorpora dal proponente per incarnarsi nella organizzazione, che egli aveva creato con carattere di continuità: è coerente, allora che la proposta passi all'erede, come passa all'erede ogni interesse relativo all'impresa". Ciò perché "l'organizzazione di una impresa garantisce l'indipendenza degli interessi che vi si concentrano dalle vicende che colpiscono la persona del proprietario". L'esigenza, in definitiva, è quella di evitare che possano verificarsi brusche fratture nell'esercizio dell'attività di impresa, essendone appunto l'attività contrattuale lo strumento più significativo di esplicazione sul mercato. Esigenza che può essere soddisfatta proprio perché l'attività contrattuale, riguardando l'impresa, si riferisce ad un impersonale centro economico, di cui va sottolineata e salvaguardata la continuità economico-organizzativa". Stessa ratio si rileva nel mandato (non già però nella fase della formazione, ma in quella dell'esecuzione del negozio) dove in deroga alla regola generale che ne prevede l'estinzione in caso di morte, interdizione o inabilitazione del mandante o del mandatario, si esclude il verificarsi della estinzione quando il contratto "ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di una impresa, se l'esercizio dell'impresa è continuato, salvo il diritto di recedere delle parti o degli eredi (art. 1722, n. 4, cod. civ.)"; l'irrilevanza delle modificazioni soggettive nei rapporti contrattuali di impresa si evince anche nell'art. 1674 c.c., in materia di appalto; così AS. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, p. 88 ss.» G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle Successioni*, t. 1, Napoli, 2008, p. 250, nt. 304.
- 115)** F. MESSINEO - in *Irrevocabilità e revocabilità dell'offerta o dell'accettazione nella donazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 36 - ha escluso l'applicabilità della deroga in questione alla donazione, in quanto non rientra nell'attività di impresa fare donazioni. In senso contrario vi è chi - A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXII, Milano, 1956, I ed., p. 447 (2006, II ed., p. 545) - sostiene che «chi, come noi, ritenga che, di fronte alla dinamicità e alla elasticità dell'attività commerciale ed economica in genere, non sia da escludere una funzione strumentale della donazione rispetto ai fini che di quell'attività sono propri, non può conseguentemente non esprimere il proprio dissenso e ritenere che, ove si accerti l'accennato collegamento tra la donazione e lo scopo di lucro dell'impresa, dovrà essere applicato il principio dell'irrilevanza della morte (...) sulla perfezione della donazione».
- 116)** «La norma in esame accoglie (...) una soluzione (...) la quale trova peraltro una sua valida giustificazione nella peculiare rilevanza che qui si attribuisce all'esistenza dell'impresa, con riguardo alla sorte degli atti, nella specie la proposta e l'accettazione, che vengono emessi nel suo esercizio» R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 138. «Qui la ratio è diversa: non la tutela del destinatario della dichiarazione, ma il distacco del contratto dalla sfera personale del dichiarante e la sua inerente a un'organizzazione autonoma e poco sensibile alle vicende personali del titolare. Queste caratteristiche mettono fuori gioco entrambe le rationes dell'inefficacia» V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 149.



- 117)** G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle Successioni*, t. 1, Napoli, 2008, p. 250-251.
- 118)** «Altra eccezione, riguardante tanto la proposta quanto l'accettazione, è relativa al caso in cui proponente o accettante sia un imprenditore non piccolo (e, perciò, dotato di una organizzazione destinata a proseguire oltre la sua morte): se l'imprenditore muore prima della conclusione del contratto, la sua proposta o la sua accettazione contrattuale conserva efficacia (art. 1330), ed il contratto sarà concluso quando il suo successore avrà ricevuto notizia dell'accettazione dell'imprenditore nel frattempo defunto» F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti, Diritto civile e commerciale*, Vol. II, t. I, 2004, Padova, p. 214.
- 119)** «Nella prima ipotesi assume rilievo determinante l'organizzazione imprenditoriale, che vale a superare, nella visione del legislatore, la natura "fiduciaria" del rapporto che si è instaurato con la proposta. Nel secondo caso si ritorna alla regola generale, a causa del carattere personale inerente all'attività esercitata dal piccolo imprenditore» A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 323-324.
- 120)** Si fa l'esempio del «contratto fondato su un particolare rapporto fiduciario, o implicante prestazioni infungibili dell'imprenditore. Può soccorrere la categoria dei *contratti aziendali con «carattere personale»* nei quali l'acquirente dell'azienda non subentra (art. 2558, comma 1)» V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. G. IUDICA e P. ZATTI*, Milano, 2001, p. 149-150.
- 121)** «La trasmissibilità della proposta irrevocabile è esclusa solo allorché essa sia volta alla conclusione di un contratto in cui rilevi l'*intuitus personae*, giusta disposto dell'art. 1329, secondo comma, cod. civ.» A. TULLIO, *I diritti di credito*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, Successione ereditaria*, I, Milano, 2009, p. 416.
- 122)** «(...) in siffatta ipotesi, la revoca sarà inefficace e gli enti ostativi dell'esercizio del potere di revoca, come la morte, divengono irrilevanti ai fini dell'efficacia della proposta» S. LANDINI, *L'opzione nella vicenda successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 840.
- 123)** E. CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, p. 328. In senso analogo, già, A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto. I. Le fasi del procedimento*, I, Milano, 1966, p. 249. Secondo l'Autore «non trattandosi di una richiesta rivolta ad un soggetto determinato, come la proposta irrevocabile, si deve dire che, in linea di massima, non si oppongono ostacoli strutturali alle cedibilità dell'opzione - purché, ovviamente, la prestazione dovuta in base al contratto stipulando, sia fungibile». In proposito, G. GORLA, *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, p. 19.
- 124)** «(...) l'opzione non è solo un patto sull'irrevocabilità della proposta (...). Basti pensare che, a differenza della proposta irrevocabile, l'oblato può cedere la propria posizione soggettiva e può opporla ai terzi» V. CARBONE, *I requisiti dell'opzione*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1405.
- 125)** C.M. BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*, III, Milano, 2000, II ed., p. 223-224; F. REALMONTE, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, vol. XIII, t. II, Torino, 2000, p. 194.
- 126)** «Non di meno, la trasmissibilità della proposta irrevocabile è esclusa solo allorché essa sia volta alla conclusione di un contratto in cui rilevi l' *intuitus personae*, giusta il disposto dell'art. 1329, secondo comma, cod. civ.» A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato, Successioni e donazioni. La successione per causa di morte*, Vol. VII, t. I, diretto da G. BONILINI, p. 605.
- 127)** «(...) ciò significa che situazione di soggezione, prodromica al rapporto, si trasmette al suo erede, così come si trasmette all'erede del destinatario della proposta il potere corrispondente» L. FERRI, *Successioni in generale, Art. 456-511, Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 32.
- 128)** G. GORLA, *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 1 ss.
- 129)** C.M. BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*, III, Milano, 2000, II ed., p. 224. Secondo l'Autore tale tesi «trova conferma in tema di trasferimento di azienda, dovendosi ammettere che tale trasferimento comporti non solamente la cessione dei contratti inerenti all'esercizio dell'impresa ma anche le proposte contrattuali ancora accettabili».
- 130)** «Si deve senz'altro ammettere, a nostro avviso, che, con il consenso del proponente, l'oblato possa cedere a terzi la proposta: possa cioè farsi sostituire nella posizione di oblato. E, a dire il vero, anche se si tratti di contratto normalmente non cedibile, perché caratterizzato dall'*intuitus personae*: con il consenso dell'altra parte si può ottenere, infatti, qualsiasi effetto, che non sia contrario all'ordine pubblico» A. NATUCCI - in *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 390.
- 131)** L. FERRI, *Successioni in generale, Art. 456-511*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1965, p. 33.

- 132)** R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 148-149. In senso analogo, GIOFFRÈ, *La sopravvivenza del contratto principale all'invalidità dell'opzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 175. «L'assimilazione dell'opzione alla proposta irrevocabile è, dalla legge (art. 1331 comma I, inciso finale), circoscritta per i soli effetti previsti dall'art. 1329; il che significa che il proponente inutilmente la revocherebbe; che - di regola: salve le eccezioni di cui al capov. del citato art. 1329 - è indifferente la morte, o la sopravvenuta incapacità di contrarre, del proponente; e che quest'ultimo deve il risarcimento del danno se alieni ad altri il bene, oggetto del patto d'opzione. Tuttavia, la sopra ricordata assimilazione non è tecnicamente corretta; invero, poiché quel che passa fra le parti non è una proposta contrattuale, ma un vero e proprio contratto, l'irrevocabilità (per un dato periodo di tempo) di quanto la parte vincolata ha promesso deriverebbe dal comma I (primo inciso) dell'art. 1372 c.c. (irrisolubilità, per volontà unilaterale, del contratto perfezionato), senza bisogno di far ricorso al comma I dell'art. 1329» F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, I, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, p. 484-485. «Una ulteriore differenza - e non una norma estensibile per analogia, come erroneamente è stato affermato - scaturisce dal 2° comma di questo articolo; mentre la proposta non può essere considerata irrevocabile, se il proponente non ha indicato un "cero tempo", per il quale si impegna a tenerla ferma, l'impegno di irrevocabilità, derivante dall'accordo di opzione può essere anche a tempo indeterminato, con la conseguente determinabilità da parte del giudice. La differenza, che si deduce chiaramente mettendo a raffronto il testo delle due norme, si giustifica appunto per la diversità degli atti, dai quali deriva l'impegno: atto unilaterale, il primo, e cioè atto che l'ordinamento vigente circonda di particolari cautele, a salvaguardia della libertà dell'individuo; atto bilaterale, il secondo, che scaturisce da una fase di trattative, attraverso cui il soggetto ha adeguatamente predisposto il regolamento dei propri interessi» G. MIRABELLI, *Delle Obbligazioni. Dei contratti in generale, Artt. 1321-1469*, in *Comm. cod. civ.* redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, III ed., p. 84-85.
- 133)** Sulla differenza fra proposta irrevocabile ed opzione, in dottrina, fra i contributi più risalenti, V. CARBONE, *I requisiti dell'opzione*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1401; G. LOMBARDI, *È valida la c.d. opzione gratuita?*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 805; A. DE MARTINI, *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione, pactum de non petendo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVI, p. 404; G. GORLA, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.* 1962, 1, p. 129. Per la dottrina più risalente contrari alla sovrapposibilità degli istituti in esame, A. GENOVESE, *Il contratto di opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 184; L. STANGHELLINI, *Opzione e contratto preparatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 597; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, p. 254. Favorevole alla previsione di una disciplina comune alle due figure, P. FORCHIELLI, *Atto di opzione e condizione potestativa*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 799.
- 134)** A. JANNUZZI, *Proposta irrevocabile e patto di opzione*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 179; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 10; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX, Napoli, 1989, 210; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 143.
- 135)** C. ROMEO, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, in *I Contratti*, 1999, 4, p. 354.
- 136)** F. D'ARCANGELO, *La proposta irrevocabile*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 6, p. 63-64. TRIB. Bari, 30 giugno 2009, n. 2218, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2009, osserva che «il patto di opzione, disciplinato dall'art. 1331, c.c., costituisce, a differenza della proposta irrevocabile, un negozio giuridico bilaterale, la cui causa consiste nell'assunzione dell'obbligo per una delle parti di mantenere ferma per il tempo pattuito la proposta relativamente alla conclusione di un ulteriore contratto, con correlativa attribuzione all'altra parte del diritto di decidere circa la conclusione del contratto entro quel medesimo tempo. Per tale ragione, esso deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto finale, in modo da consentire la conclusione di tale contratto nel momento e per effetto dell'adesione dell'altra parte senza necessità di ulteriori pattuizioni, profilandosi in caso contrario l'ipotesi di un mero "accordo preparatorio" destinato ad inserirsi nell'iter formativo del nuovo contratto. In sostanza, il patto di opzione si risolve in un contratto "strumentale", gratuito od oneroso, destinato a realizzare e ad esaurire la sua funzione con il perfezionamento del contratto finale, finalità perseguita con l'attribuzione al promissario di un potere di scelta in ordine alla stipula o meno del medesimo entro un tempo determinato, potere a fronte del quale il promittente è posto in una situazione di mera soggezione. In quanto dotato di propria funzione e di propri effetti, il patto di opzione conserva dunque un suo grado di autonomia strutturale e funzionale, nel senso che, mentre resta pur sempre vincolato o collegato al contratto finale, rispetto al quale svolge la funzione di negozio preparatorio, non è tuttavia assorbito dal contratto stesso». In giurisprudenza, Trib. Milano, 5 agosto 2008, n. 10071, in *Giustizia a Milano*, 2008, 7-8, p. 50. CASS., 26 ottobre 2006, n. 23022, in *Giur. it.*, 2007, 8-9, p. 1968. CASS., 12 dicembre 2002, n. 17737, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 2183.
- 137)** «Si tratterà di proposta irrevocabile quando "la formulazione del futuro ed eventuale regolamento d'interessi è opera del solo proponente, il quale autonomamente decide di porsi in una situazione giuridica di soggezione, nella fiducia di poter in tal modo facilitare la conclusione di un affare che gli preme"; di opzione "quando la formulazione avviene a opera di entrambe le parti e la soggezione dell'una è direttamente voluta

anche dall'altra, tant'è vero che il sacrificio comportato dalla soggezione medesima trova di regola un compenso o, in via immediata, attraverso la pattuizione del c.d. premio, oppure, indirettamente, attraverso il conseguimento di altri vantaggi" e dunque il soggetto favorito non è un mero spettatore. Nell'opzione l'impegno a non revocare costituisce l'oggetto non di un atto prenegoziale, qual è invece la proposta, ma di un contratto che, ai sensi dell'art. 1372 c.c., non può sciogliersi che per mutuo consenso delle parti o per le altre cause ammesse dalla legge. La diversità tra opzione (contratto) e proposta irrevocabile (atto prenegoziale) è riscontrabile anche nel tenore letterale dell'art. 1331 c.c., secondo cui l'opzione "si considera proposta irrevocabile", escludendo in radice un'identica natura ed evidenziando che tale identificazione viene adoperata solo per attribuirgli gli effetti di cui all'art. 1329 c.c. Trattandosi di un negozio giuridico bilaterale, inoltre, entrambi i contraenti partecipano alla determinazione del contenuto del contratto» S. LOGOTETA, *Patto di opzione e negozi preparatori*, in *I contratti*, 2010, p. 153-154. L'Autore richiama, sul punto, R. FAVALE, *Opzione - art. 1331*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2009; M. DELL'UTRI, *Patto di opzione, risoluzione del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 5, p. 733, che limita *quoad effectum* il rinvio alla disciplina ex art. 1329 c.c.. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974. E. PANZARINI, *Il contratto di opzione, I, Struttura e funzioni*, Milano, 2007, 185 ss., sostiene altresì che tra le due figure vi sia una distinzione riferibile alla durata del vincolo, individuando la funzione dell'opzione nella «protrazione del termine di irrevocabilità della dichiarazione di una parte oltre la durata (massima) concepibile e giustificata nell'ambito della formazione per mezzo dello scambio della proposta e dell'accettazione». Nel dubbio dovrebbe comunque trovare applicazione l'art. 1371 c.c., a favore del riconoscimento di una proposta irrevocabile, CASS., 7 aprile 1987, n. 3339. Sul punto, APP. Milano, 11 marzo 1997, in *Corr. giur.*, 1997, p. 805, con nota di Lombardi.

- 138)** C. ROMEO, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, in *I Contratti*, 1999, 4, p. 356. L'Autore riprende le teorie di P. MENTI, *Il dualismo tra la proposta ferma per patto e contratto di opzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 681; A. GENOVESE, *Il contratto di opzione, nuovo strumento per la formazione di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, p. 163; *Contra*: V. CARBONE, *I requisiti dell'opzione*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1401. Per la giurisprudenza si vedano in senso favorevole alla tesi qui sostenuta: CASS. 21 gennaio 1982. n. 402; CASS. 7 maggio 1992, n. 5423, in *Gius. civ.*, 1992, I, 3039 e in *Foro it.*, 1992, I, c. 2986.
- 139)** «In particolare, il proponente si obbliga a mantenere ferma la propria dichiarazione per il termine indicato, attribuendo così all'oblato, un vero e proprio diritto di accettazione (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, XIV ed., p. 846; A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionati*, in *Tratt. del contratto*, diretta da V. Roppo, vol. I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 325). L'interpretazione, che individua la proposta irrevocabile quale fonte di obbligo per il proponente e di correlativo diritto per l'oblato, risulta la più coerente con il disposto dell'art. 1329 cod. civ., il quale, del resto, prevede che la morte del proponente non determini l'estinzione del diritto di accettazione della proposta, analogamente a quanto si verifica in caso di morte di quest'ultimo (C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2006, II ed., p. 234-237)» A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato, Successioni e donazioni. La successione per causa di morte*, Vol. VII, t. I, diretto da G. BONILINI, p. 604.
- 140)** C. ROMEO, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, in *I Contratti*, 1999, 4, p. 355. In posizione analoga, già, G. GORLA, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 215 e ss.
- 141)** Tale ricostruzione è stata accolta dalla CASS., S.U., 24 maggio 1975, n. 2103, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2469. In precedenza la giurisprudenza era stata divisa su due fronti. Secondo un primo orientamento - CASS., 11 ottobre 1983, n. 5910, in *Foro pad.*, 1984, I, 206; TRIB. Milano, 29 maggio 1986, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, p. 149 - la mancata determinazione del termine, giusta la sua essenzialità, comportava la considerazione della proposta come semplice. Altro orientamento - Cass., 8 ottobre 1974, n. 2671, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 1414; CASS., 26 maggio 1965, n. 1059, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1557 - riteneva che il termine, in caso di mancata fissazione ad opera del proponente, potesse essere stabilito direttamente dal giudice.
- 142)** G. GABRIELLI, *Opzione*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XXI, Roma, 1990, p. 7.
- 143)** G. GABRIELLI, *Opzione*, cit., p. 7. Secondo E. CESARO - *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, p. 114 e spec. 118 - «in tema di successione nel c.d. stato di soggezione non esiste un principio generale e, in realtà, quando si è ammesso il trasferimento *mortis causa* della qualità di parte con carattere di assoggettamento si è considerato, in fondo lo stato di soggezione di una fattispecie particolare, disciplinata espressamente in questo senso dal legislatore, oppure - e in più spesso - lo stato di soggezione situazione collegata ad una situazione principale di debito in cui si trovava il contraente morto. In questa prospettiva, pertanto, non ci sembra affatto che il richiamo al 2° comma dell'art. 1329 sia del tutto inutile ma, per converso, con esso si è risolto un problema che poteva porsi in conseguenza della natura particolare del rapporto, che nasce dal contratto di opzione». Per più ampi spunti riflessivi, ID., *Opzione nel contratto*, in *Enc. giur.*, XXX, Milano, 1980, p. 561 e ss. «In realtà il giudizio di compatibilità, che giustamente si ritiene necessario, adatta

l'applicazione del 2° comma all'opzione ma non l'esclude. Così, per esempio se "per particolare natura dell'affare" con riguardo alla proposta irrevocabile, deve intendersi l'oggetto della prestazione che il soggetto passivo sarà tenuto a compiere una volta stipulato il contratto con il destinatario della proposta, nell'opzione essa va tradotta in quella più appropriata di "natura del contratto": il che significa che quando l'opzione ha per oggetto un contratto di carattere personale, la morte del contraente passivo o la sua sopravvenuta incapacità incidono sulla sorte del contratto di opzione. Per "altre circostanze" devono intendersi quei fatti dai quali si può dedurre che la proposta irrevocabile è legata indissolubilmente alla persona del soggetto passivo, circostanze di carattere soggettivo, proprio perché la fonte di questi limiti è la volontà della parte: rientra evidentemente in questa ipotesi quella in cui il proponente abbia stabilito esplicitamente che la proposta non si trasmette ai suoi eredi o si caduca se egli diventi incapace. Non c'è dubbio che anche quest'ultimo limite deve essere adattato allo schema dell'opzione, la cui natura di contratto comporta, sotto questo profilo, che quel limite può sussistere solo ed in quanto le parti di comune accordo abbiano inserito nel contratto una clausola secondo la quale la morte del proponente (...) incida sul contratto stesso» ID., *Il contratto e l'opzione*, cit., p. 118-119.

- 144)** A. TULLIO, *I diritti di credito*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 425, nt. 64.
- 145)** G. GABRIELLI, *Opzione*, cit., p. 7.
- 146)** «In base allo stesso criterio indicato dalla norma dell'art. 1329, 2° co, c.c., deve giudicarsi, infine della trasmissibilità del diritto di opzione agli eredi del beneficiario» A. NATUCCI - in *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2006, p. 390, nt. 81.
- 147)** «Nel primo caso si ha solitamente un patto di opzione con cui si costituisce il diritto, in capo ad un determinato soggetto, di accettare la proposta di vendita di taluni beni entro un certo periodo di tempo decorrente dalla data di morte del proponente medesimo» S. LANDINI, *L'opzione nella vicenda successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 836.
- 148)** Per l'esame di tale fattispecie, si rinvia alle attente e condivisibili riflessioni, S. LANDINI, *L'opzione nella vicenda successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 836 ss.
- 149)** In letteratura, sull'argomento, A. BRUNETTI, *Legato di un contratto*, in *Foro veneto*, 1926, p. 49 ss.; C. MURGIA, *In tema di negozio di attuazione di obbligazione testamentaria ex legato di contratto*, in *Giur. merito*, 1976, IV, p. 269 ss.; E. NAPOLI, *Il legato di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 738 ss. In giurisprudenza, CASS., 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 1369 ss.; *Foro it.*, 1955, I, c. 1609.
- 150)** G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, Milano, 2009, p. 1260 ss.
- 151)** Si definisce così «quella disposizione testamentaria, mediante la quale si commette all'onerato di concludere, o far concludere, con il legatario, un dato contratto» G. BONILINI, *Dei Legati*, Art. 649-673, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2006, II, ed., p. 143.
- 152)** S. LANDINI, *L'opzione nella vicenda successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 851.
- 153)** F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, p. 117.
- 154)** L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, Milano, 1990, p. 45.
- 155)** Così, letteralmente, F. GRADASSI, *Clausole testamentarie in tema di legato di posizione contrattuale*, in *Notariato*, 1999, p. 43-44. L'Autore nel presente lavoro affronta anche le vicende modificative che possono intervenire nel lasso di tempo che intercorre fra la redazione del testamento e l'apertura della successione. Può accadere, infatti, che una sola delle parti esegua la propria prestazione. In questo caso il legato di posizione contrattuale resta efficace. Se invece al momento dell'apertura della successione entrambe le parti hanno già eseguito la propria prestazione, le possibili alternative sono tre: il legato in questione potrebbe essere considerato inefficace; potrebbe essere considerato nullo per impossibilità dell'oggetto; oppure potrebbe essere inteso come legato avente ad oggetto i beni che risulteranno dopo l'esecuzione delle prestazioni. Trattandosi di una *quaestio facti* fondata sull'interpretazione della volontà testamentaria, al fine di evitare incertezze ed ambiguità, è sicuramente opportuno che il Notaio si preoccupi di regolamentare tale ipotesi.
- 156)** «In conclusione, l'ammissibilità della figura del legato di posizione contrattuale presuppone, innanzitutto, che essa non venga considerata in contrasto con la disciplina degli artt. 671 e 756 e, in secondo luogo, che o nel ricondurre tale legato alla figura della cessione del contratto, si ricostruisca quest'ultima quale fattispecie bilaterale, o che, alternativamente, si neghi la riconducibilità del legato di posizione contrattuale alla figura della cessione del contratto, ricostruendola come una vicenda esclusivamente legata alla trasmissione *mortis causa* dei rapporti di una delle parti contrattuali» G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, Milano, 2009, p. 1283.
- 157)** A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, *Atti mortis causa*, Milano, 2010, p. 794.
- 158)** «Si trasmettono anche i diritti potestativi: quei diritti cioè che non costituiscono un elemento attuale del patrimonio; ma, dando al titolare la possibilità di modificare la situazione giuridica esistente, hanno, se di

contenuto patrimoniale, valore patrimoniale: ad es. il diritto di riscatto nella vendita con patto di riscatto; il diritto di far annullare un contratto, etc.» A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, 2° ed., in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1961, p. 72. «E' pacifica, in dottrina, la trasmissibilità *mortis causa* dei diritti potestativi (o potestà), in quanto connotati dal requisito della patrimonialità. Tali diritti consentono, al titolare, di modificare l'altrui sfera giuridica, mediante una dichiarazione unilaterale di volontà, non essendo necessaria un'attività collaborativa del soggetto passivo. Trattasi, quindi, di diritti patrimoniali, in quanto volti ad incrementare la sfera patrimoniale del titolare, a svantaggio del soggetto passivo (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, XIV ed., p. 61-62; B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.). Tra i diritti potestativi trasmissibili *mortis causa*, rientra il diritto di opzione, avente fonte contrattuale. Alla morte del titolare, l'erede ha titolo per avvalersi del diritto di opzione, determinando, così, la conclusione del contratto finale (A. CHIANALE, voce *Opzione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 140; E. CESARO, voce *Opzione nel contratto*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1960, p. 561-574; G. GABRIELLI, voce *Opzione*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 385-400). Non di meno, il diritto di opzione si estingue alla morte del titolare, qualora il *ius praelationis* sia stato concesso in considerazione delle caratteristiche personali del titolare, ovvero sia finalizzato alla conclusione del contratto avente ad oggetto prestazioni infungibili (U. CARNEVALI, voce *Successione. I) Profili generali*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3; P. SCHLESINGER, voce *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, rist. III ed., p. 762; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, t. I, Milano, 2000, II ed., p. 186-187)» A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato, Successioni e donazioni. La successione per causa di morte*, Vol. VII, t. I, diretto da G. BONILINI, p. 606.

- 159)** Sovrappone la cessione del diritto di opzione con la cessione del contratto, R. SACCO, *Il contratto*, nel *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1975, p. 724. Secondo E. CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, cit., p. 112. Secondo l'Autore se le due forme di cessione - quella del solo diritto di opzione e quella dello stesso contratto di opzione - sono formalmente diverse «si deve riconoscere che sul piano dei presupposti necessari per l'operatività del negozio si riscontra una perfetta coincidenza tra le due forme di trasferimento, perché il diritto di opzione, come situazione giuridica strumentale, anticipa la creazione della futura situazione finale, cosicché le regole di questa devono necessariamente estendersi alla prima. Anche qui - come può notarsi - giocano contemporaneamente i due profili dell'opzione come fattispecie e come procedimento: il primo profilo rende, però, soltanto possibile la cessione (...); il secondo profilo, quello procedimentale, condiziona il negozio di cessione del diritto di opzione nella progressione verso quello finale alla necessità del consenso del soggetto ceduto» (p. 327-328). V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 164; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 249; G. GABRIELLI, *Opzione*, cit., p. 7. In giurisprudenza, CASS., 2 giugno 2000, n. 7319, in *I Contratti*, 2000, p. 977, con nota F. BESOZZI, *La cessione del contratto ad effetti reali*.
- 160)** Sostengono la natura trilaterale dell'accordo di cessione del contratto, e la necessità del consenso del contraente ceduto, quale elemento perfezionativo della stessa cessione, U. NATOLI, *Alcuni aspetti della cessione del contratto secondo il nuovo codice civile*, in *Giur. compless. Cass. civ.*, 1946, II, 1, p. 319 ss.; F. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, p. 58 ss.; G. CRISCUOLI, *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1595. In giurisprudenza, CASS., 2 giugno 2000, n. 7319, in *I Contratti*, 2000, p. 977; CASS., 7 maggio 2001, n. 6349, in *Mass. Giust. civ.*, 2001. Afferma la natura bilaterale della cessione del contratto, sottoposta alla condizione legale del consenso del contraente ceduto, R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, p. 213.
- 161)** F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, p. 35 ss.
- 162)** S. LANDINI, *L'opzione nella vicenda successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 840.
- 163)** «Non è facile propendere per l'una teoria piuttosto che per l'altra. Contro la teoria della cessione del credito, può obiettarsi che il diritto potestativo nascente da un contratto quale è il diritto dell'opzionario, per la teoria maggioritaria, non può essere ceduto autonomamente, ossia senza cedere l'intera posizione contrattuale, in quanto è strettamente connesso a quest'ultima. Contro la teoria della cessione del contratto può, invece, obiettarsi in primo luogo, che nel contratto di opzione non si attende l'esecuzione di una o di entrambe le prestazioni (come prescritto dall'art. 1406), in secondo luogo che il cd. contratto principale, non è ancora concluso, esistendo, di esso, soltanto una proposta irrevocabile» M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, p. 156, nt. 67 (già in ed. 2002, p. 154, nt. 66).
- 164)** Per la ricostruzione della circolazione *mortis causa* del diritto di prelazione, si rinvia alla attenta e compiuta analisi di L. DI LORENZO, *La prelazione testamentaria e il legato di prelazione*, in *Notariato*, 2011, 1, p. 91; ID., *Il legato del diritto di prelazione*, in *Pers. fam. e succ.*, 2010, 12, p. 856. In letteratura, G. BONILINI, *Il legato del diritto di prelazione*, *Formulario notarile commentato*, G. PETRELLI (a cura di), *Successioni e donazioni. Le successioni per causa di morte*, Vol. VII, T. I, Milano, 2011, p. 1037; ID., *Il legato del diritto di prelazione*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 498; ID., *Dei*

- legati*, Artt. 649-673, in *Cod. civ. comm.* fondato e già diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2006, 155; ID., *Manuale di diritto ereditario e della donazioni*, Torino, 2000, 240; ID., *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 223 ss.; ID., *La prelazione testamentaria*, in *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 129 ss.; A. TULLIO, *La prelazione testamentaria*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 461; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, II, Milano, 2009, 1255; C. SARASSO, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, 1968, p. 18, nt. 10-bis; L. OGGIONI, *La successione dell'erede nel patto di prelazione*, in *Studi in onore di E. Eula*, Milano, vo. III, 1957, p. 59 ss e 74; M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, 139. In giurisprudenza, v. CASS. 8 febbraio 1986, n. 802, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 479, con nota di G. MIRABELLI e G. SCANZANO, *Testamento-Clausola limitativa delle nozze-Clausola attributiva di prelazione nella vendita di bene ereditario*; APP. Napoli 25 luglio 1963, in *Dir. e giur.*, 1964, 538, con nota di M. VIGNALE, *Su un particolare caso di risoluzione di disposizione testamentaria*. In giurisprudenza, TRIB. Udine, 5 novembre 1983, in *Vita not.*, 1984, p. 996; CASS., 28 luglio 1983, n. 5213.
- 165)** F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 891.
- 166)** L. DI LORENZO, *La prelazione testamentaria e il legato di prelazione*, in *Notariato*, 2011, 1, p. 94.
- 167)** «Tale tipologia di legato, è inquadrabile nella categoria dei legati obbligatori; cioè quei legati che hanno la caratteristica di far sorgere in capo all'onerato un obbligo, e di converso, in capo al legatario un diritto di credito. In realtà, in tali tipi di legati non si realizza un vero e proprio fenomeno successorio, in quanto ciò che viene trasferito nella sfera giuridica del legatario, non apparteneva precedentemente alla sfera del *de cuius*, ma per volontà di quest'ultimo si crea un nuovo rapporto obbligatorio. Relativamente ancora alla classificazione, si ritiene che il legato di prelazione sia un c.d. legato atipico, perché non espressamente disciplinato dal legislatore. Tuttavia, è opportuno sottolineare che, in realtà, ad essere atipico è il contenuto del legato e non il legato stesso, che per struttura ed effetti è sempre tipico» L. DI LORENZO, *La prelazione testamentaria e il legato di prelazione*, in *Notariato*, 2011, 1, p. 91.
- 168)** L. DI LORENZO, *Il legato del diritto di prelazione*, in *Pers. fam. e succ.*, 2010, 12, p. 856.
- 169)** L. DI LORENZO, *La prelazione testamentaria e il legato di prelazione*, cit., p. 92. In sostanza, in questo caso, «sull'onerato non incombe alcun obbligo di concludere un determinato contratto, ma solo l'obbligo di preferire il legatario, ove mai si addivenga alla decisione di contrarre» ID., *La prelazione testamentaria e il legato di prelazione*, cit., p. 91.
- 170)** L. DI LORENZO, *o.u.c.*, p. 91-92.
- 171)** L. DI LORENZO, *o.u.c.*, p. 92.
- 172)** In dottrina, fra i molti, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2009, p. 1257; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 143. In giurisprudenza, CASS. 13.5.1982, n. 3009, in *Giust. civ.*, 1982, p. 3086, con nota di E. PEREGO, *Effetti verso i terzi e durata del patto di prelazione*, p. 3087 ss. In senso contrario, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino, II, 1993, p. 330. Gli Autori estendono i limiti dell'art. 1379 c.c. sul presupposto secondo il quale i negozi a causa di morte seguono la disciplina dei contratti in generale in ragione della norma di rinvio contenuta nell'art. 1324 c.c.
- 173)** G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 2, p. 409; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 143.
- 174)** L. DI LORENZO, *o.u.c.* p. 93.
- 175)** L. DI LORENZO, *o.u.c.* p. 93. Secondo l'Autore, «non è, tuttavia, da escludersi, (...), che si possa chiedere all'acquirente un eventuale risarcimento danni per cooperazione all'inadempimento. Parimenti, non è da escludersi che il testatore abbia una serie di istituti a cui ricorrere al fine di rendere più forte la prelazione in oggetto. Premesso che la clausola penale può certamente affiancare obbligazioni testamentarie (Sul punto, v. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990; G.F. BASINI, *L'oggetto del legato e alcune sue specie*, in Bonilini-Basini, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, dir. da Perlingieri, Napoli, 2003. *Contra*: A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; N. VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 537), tale istituto può essere un ottimo stimolo all'adempimento. Altro mezzo utilizzabile è la condizione risolutiva. L'istituzione di erede o legatario viene condizionata risolutivamente all'evento della mancata ottemperanza da parte sua del dovere prelatizio. Parte della dottrina (G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 265), sostiene che non potendo avere la prelazione testamentaria carattere reale, sebbene l'istituzione viene meno, tuttavia è fatto salvo l'acquisto del terzo, con conseguente devoluzione del corrispettivo della vendita al chiamato ulteriore. Altra parte della dottrina (L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni)*, I, Napoli, 1931, 124 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1259.) sostiene, invece, che il verificarsi della condizione risolutiva, appunto, risolverà non solo l'istituzione, ma anche la vendita, ciò in applicazione dell'articolo 1357 c.c. In tal modo, il patto di prelazione acquista un'efficacia reale indiretta e riflessa, essendo opponibile ai terzi acquirenti, con fonte non nella volontà testamentaria, ma bensì come effetto naturale della condizione» (*ivi*, p. 93.94).
- 176)** CASS., 13 gennaio 1971, n. 41, in *Foro it.*, 1971, I, c. 609.

- 177)** Sui profili *inter vivos* della circolazione del contratto preliminare, da ultimo, G. IACCARINO, *Le vicende circolatorie del contratto preliminare*, in *Notariato*, 2012, 5, p. 529. Ivi per relativi riferimenti bibliografici ulteriori.
- 178)** Sul punto, in dottrina, C. BATTAGLIA, *Sul contratto per persona da nomina: inserimento della facoltà di nomina nel preliminare*, in *Giust. civ.*, 1994, 1518; S. GISOLFI, *Preliminare per persona da nominare: osservazioni in tema di contratto per persona da nominare, cessione del contratto e contratto a favore di terzo* (nota a Cass., sez. II, 25 settembre 2002 n. 13923), in *Riv. not.*, 2003, p. 1241; F. PATTI, *Contratto preliminare per persona da nominare*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1341; F. DE CRISTOFARO, *Sul contratto per persona da nominare e sulla sua efficacia*, in *Notariato*, 1996, 2, p. 117; R. CARAVAGLIOS, *Contratto per persona da nominare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 236; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare per soggetto da determinare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 427; L.M.A. DI CESARE, *Il contratto per persona da nominare: sintesi ed un'ipotesi di costruzione*, in *Vita not.*, 1983, p. 735. In giurisprudenza, *ex multis*, CASS., 25 settembre 2002, n. 13923, in *Riv. not.*, 2003, p. 1239; TRIB. Termini Imerese, 12 maggio 2006, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 6, p. 1276, «La genericità delle formulazioni utilizzate, in sede di stipula del contratto preliminare fanno sì che la presenza della clausola “per sé o per persona da nominare” non può di per sé autorizzare l'interprete a ritenere che le parti intendessero riferirsi allo schema dell'art. 1401 c.c. poiché tale clausola è suscettibile di diverse interpretazioni, onde si tratta di ricostruire, in concreto, quale sia stata la effettiva volontà delle parti e, conseguentemente, lo schema negoziale cui essa è riconducibile: contratto per persona da nominare (1401 c.c.), consenso preventivo alla cessione del contratto (art. 1407 c.c.) o contratto a favore di terzo (1411 c.c.)». Già, CASS., 13 febbraio 1981, n. 891, in *Riv. giur. edilizia*, 1982, I, p. 23; in *Giur. it.*, 1982, I,1, p. 1461. «In un contratto preliminare di compravendita immobiliare, la clausola che preveda che il promissario acquirente acquisti per sé o per persona da nominare può comportare la configurabilità sia di una cessione del contratto ai sensi degli art. 1406 c.c. con il preventivo consenso del cessionario a norma dell'art. 1407 stesso codice, sia di un contratto per persona da nominare di cui all'art. 1401 c.c. e ciò sia in ordine allo stesso preliminare che con riferimento al contratto definitivo: tale pluralità di configurazioni giuridiche in relazione al regolamento dell'intervento di terzi nella fattispecie contrattuale - preliminare o definitiva - va riferita necessariamente al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti, che l'interprete deve ricercare in concreto anche in correlazione alla funzione - invalsa nella prassi quotidiana degli affari - di impiegare il contratto preliminare per la disciplina intertemporale dei rapporti contrattuali delle parti, al di fuori di una coincidenza, che non sia meramente verbale, con gli schemi tipici approntati dal legislatore».
- 179)** «Una simile affermazione si inserisce nel contesto di un discorso volto a segnalare al giudice di rinvio l'opportunità di un'adeguata indagine interpretativa condotta sulla volontà dei contraenti onde verificare in concreto, nell'ambito dell'operazione contrattuale programmata, quale significato da attribuire alla clausola in esame, stante la sua riconducibilità, in astratto sia allo schema del contratto a favore di terzo, sia a quello del contratto per persona da nominare, sia infine alla cessione del contratto» R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare per soggetto da determina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 433. Sul punto, CASS. 6 giugno 1984, n. 3401, in *Mass. Giur. it.*, 1984; TRIB. Siena, 6 dicembre 1970, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, p. 895.
- 180)** Sul tema, per la letteratura antecedente l'entrata in vigore del codice civile del 1942 G. STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 537; R. SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milano, 1939. Per la dottrina successiva all'entrata in vigore del codice civile, E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950; ID., *Contratto per persona da nominare*, in *Noss. dig. it.*, Torino, 1956, p. 666; F. CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 591; ID., *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962. Nella più recente letteratura, M. PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1996.; ID., *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999. F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, I) dir. civ., in *Enc. giur.* Treccani, IX, 1988, 1; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III, I contratti*, Milano, 2000, p. 129 ss.
- 181)** «Nel contratto preliminare con terzo eventualmente da designare, a differenza delle altre due figure, «il terzo non acquista la qualità di parte del contratto, né formale né sostanziale (né la qualità di parte la perde lo stipulante), ma acquista soltanto il diritto alla prestazione dovuta dal promittente. Il terzo, dunque, restando esterno al contratto, non si sostituisce nella qualità di contraente, né *ex tunc* (come avviene nel caso del contratto per persona da nominare) né *ex nunc* (come si verifica nell'ipotesi di cessione del contratto)» TRIB. Palermo, 5 maggio 2006.
- 182)** Come infatti ha avuto modo di evidenziare la Suprema Corte di Cassazione «l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere. E poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela. In altri termini, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili. I fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale

offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro» Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, p. 1441. Una prospettiva questa ultima che si allinea alle posizioni già espresse da autorevole dottrina, P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss., ora in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 59 s.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli 2006, p. 326 ss. E, da ultimo, in *Id.*, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, p. 327, nt. 28. Secondo l'Autore «gli atti di autonomia negoziale hanno «fondamenti diversificati in funzione dei valori e degli interessi da realizzare», quantunque presentino «un comune denominatore nella necessità di essere volti a realizzare interessi e funzioni meritevoli di tutela e socialmente utili». L'individuazione dei diversi fondamenti (costituzionali e comunitari) dell'autonomia negoziale è della massima importanza, perché «offre all'interprete le indispensabili coordinate alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento gli affida» (ivi).

- 183)** S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, 119; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, 93; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 242; *Id.*, *Scuole. Tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, 29; *Id.*, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, 27. La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 18 marzo 2010, n. 6538, riprendendo la pronuncia n. 10490/2006, «ha definito "causa del contratto", qualificandola "concreta" in contrapposizione alla nozione tradizionale, lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. E le successive decisioni di questa Corte, rese anche a sezioni unite (sent. 26972-26975/2008), hanno ripetutamente condiviso e ribadito la nozione di "causa concreta", rendendo superflua la nozione di negozio astratto, pur esso inserito in un più vasto regolamento di interessi; e compiendo la verifica della giustificazione causale nell'ambito dell'intera operazione economica compiuta dalle parti».
- 184)** In materia P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, L. TULLIO (con la collaborazione di), Napoli, 2004, p. 108.
- 185)** «La qualificazione giuridica non dipende soltanto dalla conoscenza dell'atto in quanto tale, ma anche dalla conoscenza dell'ordinamento, della disciplina in base alla quale va espresso il giudizio di qualificazione e di valutazione, giudizio che è il presupposto per individuare la normativa giuridica del caso concreto. Sulla qualificazione, dunque, incidono il momento conoscitivo, il giudizio di meritevolezza, cioè l'individuazione del valore giuridico, i principi fondamentali della Costituzione» in P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 32-34.
- 186)** L'interpretazione e la qualificazione dell'atto di autonomia negoziale costituiscono una fertile piano orizzontale di disputate opinioni dottrinali. Secondo P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 32-34, «Interpretazione e qualificazione non sono due entità ontologiche a sé stanti, non sono due momenti che hanno oggetti diversi, ma espressioni ed aspetti di un medesimo processo conoscitivo che in essi trova il suo unitario modo di attuazione». Fautore di una lettura unitaria del procedimento interpretativo, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 309, secondo il quale «ogni qualificazione riuscita rivela che l'insieme di valori – raccolti nel testo della Costituzione a fondare l'ordinamento – è all'altezza del compito; ogni qualificazione riuscita è pertanto non autolegittimazione della prassi (...) ma rilegittimazione dell'ordinamento». Di diverso avviso, aperto ad una scomposizione dei momenti interpretativi e qualificatorio, Vv. in dottrina, *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 380 e ss. «funzione dell'interpretazione è quella di accertare il significato obiettivo dell'accordo, cioè il contenuto sostanziale del contratto (...) In senso ampio si è parlato d'interpretazione con riguardo pure alla qualifica giuridica dell'atto, ma, in realtà, tale confusione deve essere evitata perché la qualifica fa parte di una diversa operazione, e cioè fa parte della valutazione giuridica del contratto. L'interpretazione, come si è visto, è volta ad accertare che cosa le parti hanno stabilito. La valutazione giuridica è invece volta ad accertare il valore giuridico dell'atto». Analogamente, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, XXI, 2, Milano, 1987, p. 506 «l'interpretazione, proprio perché conduce ad individuare sul piano conoscitivo la portata dell'accordo delle parti, deve essere tenuta distinta dalla qualificazione, che invece attiene propriamente alla determinazione delle conseguenze giuridiche rispetto all'intento delle parti accertato attraverso il processo ermeneutico». Sul punto, cfr. R. SACCO, *La qualificazione*, in *SACCO-DE NOVA, Il contratto*, 2, Torino, 1993, p. 443. In giurisprudenza, CASS., 22 giugno 2005, n. 13399, *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 6; CASS., 16 giugno 1997, n. 5387, in *Notariato*, 6, 1998, p. 512.
- 187)** «Bilanciare i principi significa individuare le rispettive relazioni di preferenza e di compatibilità e individuare - quale risultato di tale bilanciamento - la norma applicabile (...). È un giudizio che dipende da una molteplicità di caratteri, sí da ostacolare la determinazione di una graduazione dei principi» P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni*



- introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2004, p. 24. Utilizza come sinonimi “bilanciamento” e “proporzionalità”, L. PALADIN, *Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale*, in *Scritti Giannini*, II, Milano 1988, p. 418 s.
- 188)** P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 347, 370-372, 374, 376 e s., 380 s. e 723 s., scandisce le distinte accezioni di impiego del termine interesse, quale desiderio razionalizzato, ragione per agire, interesse oggettivo, interesse principio. Sul tema, E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 838-840; L. ORNAGHI, *Interesse*, in *Enc. sc. soc.*, Treccani, V, Roma, 1996, p. 38.
- 189)** P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 792 e 799 s., secondo il quale «il valore “non evoca assolutezza” (...) esso è (...) l'espressione di una positività, sintesi e bilanciamento di principi diversi, (...) indicazione prescrittiva passata al vaglio delle “procedure democratiche”»; ID., *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 679. Di diverso avviso N. IRTI, *Quattro giuristi del nostro tempo*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 767: «Perché “valori” e non “norme”? perché mobilitare una parola, “valore” che evoca assolutezza e implica la radicale negatività di altri principi, e non tenersi l'antica “norma” labile e mutevole nella storia degli uomini?». Sul tema S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, (1950), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 129. Sulla storicità ed oggettività dei valori, sulla mediazione fra oggettività ideale e reale, cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, (1955), I, Milano, 1990, p. 41-29.
- 190)** «Per dogmi (...) proponiamo di intendere le norme che sono riconosciute vincolanti (...) perché altre norme, la cui validità è stata già riconosciuta, le implicano»: H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, trad. it. di E. DI ROBILANT, Torino, 1962, p. 78. Per la dogmatica giuridica si rinvia a V. PIANO MORTARI, *Dogmatica giuridica*, (storia), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 671.
- 191)** «Chi adotta un metodo “formalistico” dell'interpretazione presuppone che il “diritto” costituisca un'entità autonoma (...) ed il discorso giuridico sia un discorso i cui termini hanno un significato definibile all'interno di questa “entità autonoma”»: E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 693. Sul punto, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1979, 168.
- 192)** P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova Scuola dell'esegesi*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 297 s.
- 193)** «Le ragioni della moderna diffusione dell'istituto - lungi dalle esigenze pratiche che storicamente ne determinarono le origini - si legano essenzialmente alla sua peculiare idoneità a consentire, specie nel campo dei trasferimenti immobiliari, la «circolazione» di situazioni obbligatorie preordinate alla realizzazione di effetti traslativi. Il singolare meccanismo di tale figura, nel permettere un avvicendamento *ex tunc* fra un contraente originario ed un terzo nel rapporto contrattuale, consente al primo di realizzare un'autentica «vendita dell'affare» ogni qualvolta riesca ad imporre, per il subingresso del terzo, un «prezzo» più elevato rispetto a quello concordato con il promittente. Nel contratto *pro amico eligendo* si è così giunti ad intravedere uno strumento dell'attività intermediaria, che consentirebbe di agire sostanzialmente alla stregua di un mediatore, ma senza rimanere sottoposti alla disciplina tipica di tale rapporto (Scalone, *Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 343.)» G. SAPIO, *Appunti sulla dichiarazione di nomina nel contratto per persona da nominare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 355. Sulle ragioni storiche dell'istituto, E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, spec. 23 ss., Sul tema, per la letteratura precedente l'entrata in vigore del codice civile del 1942 G. STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, 537; R. SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milano, 1939. Successive all'entrata in vigore del codice civile, E. ENRIETTI, *Contratto per persona da nominare*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1956, p. 666; F. CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 591; ID., *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. giur.* X, Milano, 1962. Nella più recente letteratura, M. PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1996.; ID., *Il contratto per persona da nominare*. Milano, 1999; F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, I) *dir. civ.*, in *Enc. giur.*, IX, 1988, 1; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, I contratti, Milano, 2000, p. 129 ss. R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare per soggetto da determinare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 427; in particolare, ID., *Il contratto per persona da nominare (Dal dibattito dottrinale agli impieghi giurisprudenziali)*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 534.
- 194)** R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare per soggetto da determinare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 427.
- 195)** In dottrina, incline ad una interpretazione testuale del dato normativo, in favore del primato della lettera della legge, N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, 1996, p. 152 ss. ove l'Autore afferma: «il significato proprio si precisa e determina nel contesto verbale». Sulla illusorietà di una pretesa infallibilità dell'interpretazione del mero dato testuale R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino, 2003, spec. 106 e ss.; E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale*

- e dogmatica), Milano, 1971, p. 22). Sul punto, segnala lo iato esistente fra la redazione del testo di legge e la sua applicazione, che deve essere sempre calata nell'ordinamento in cui la norma è chiamata ad operare e a svolgere la sua funzione regolamentare: P. PERLINGIERI, *Appunti di «teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970, 45. Secondo l'Autore la chiarezza del testo normativo, cui anela l'ermeneutica formalistica, non è un *prius*, ossia una entità pre-data rispetto all'interpretazione, ma un *posterius*, ossia la sua stessa risultante. Ne consegue che la norma non deve essere elevata a sovrastruttura disgiunta dal sistema e dai principi che ne giustificano l'operatività: P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologia. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss. In materia ID. e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, L. TULLIO (con la collaborazione di), Napoli, 2004, p. 64-65; A. BELVEDERE, *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 149.
- 196)** In tema di interpretazione letterale, F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, I, Roma, 1921, p. 213, secondo il quale «poiché la legge è espressa con parole, l'interprete dovrà in principio ricavare il significato verbale che risulta da esse, secondo la loro naturale connessione e le regole grammaticali».
- 197)** F. GAZZONI, *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 229.
- 198)** In tal senso, F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, I) *dir. civ.*, in *Enc. Giur.*, IX, 1988, p. 8. Di diverso avviso, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, nel Commentario del codice civile*, Torino, 1958, p. 320, secondo il quale l'emissione della dichiarazione di nomina costituisce atto di adempimento di un onere in quanto «con essa lo stipulante si sottrae agli effetti del contratto, mantenendo la figura di rappresentante, che egli si era riservato di assumere». Ad avviso dell'Autore - in *Dei contratti in generale*, 1980, p. 413 - la dichiarazione di nomina potrebbe essere effettuata dal designato, in quanto mandante o comunque rappresentato. In senso critico, sul punto, F. GAZZONI, *ope cit.*, p. 8, secondo il quale «non si comprende come potrebbe procedersi ad un'autodesignazione pur quando fosse carente una preventiva autorizzazione (o procura che di si voglia): chi sarebbe legittimato ad essa? Qualunque interessato?». G. SAPIO - in *Appunti sulla dichiarazione di nomina nel contratto per persona da nominare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 356-357, nt. 11 - osserva quando confuso sia il quadro giurisprudenziale, dove, in riferimento alla stessa situazione giuridica, si discorre ora di «onere» - CASS., 10 maggio 1976, n. 1644, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1850, con nota di A. LENER, *Contratto preliminare e riserva di nomina dell'acquirente* - ora di «dovere» - CASS., 28 marzo 1953, n. 812, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 422, con nota di E. ENRIETTI, *Alcune considerazioni in tema di contratto per persona da nominare* - ora di «potere», in CASS., 19 ottobre 1965, n. 2142, in *Foro it.*, 1966, I, 687, con nota di M.R. D'ANGELO, *Su un'ipotesi dubbia di contratto per persona da nominare*». In riferimento alla ricostruzione della riserva di nomina, per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, p. 678 ss. (già in ed. 2002, p. 640 ss. Per più ampi sviluppi su siffatte tematiche, cfr. F. DE CRISTOFARO, *Sul contratto per persona da nominare e sulla sua efficacia*, in *Notariato*, 1996, I, p. 109; L. ZAPPATA, *La forma dell'accettazione della nomina nel contratto per persona da nominare*, in *I Contratti*, I, 2002, p. 764.
- 199)** «I giuristi chiamano sussunzione il ricondurre un fatto concreto (...) alla fattispecie astratta di una disposizione di legge o, più in generale, di un norma» G. LAZZARO, *Sussunzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 975-976. Critico nei confronti del procedimento di sussunzione, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 307-309.
- 200)** «Il problema va impostato considerando innanzitutto la funzione assegnata a tale negozio nella dinamica del meccanismo operativo della peculiare fattispecie contrattuale. Ed occorre indagare, su tale base, se non possano distinguersi requisiti positivi e requisiti negativi del contenuto dell'*electio*. Ora, quale che sia la ricostruzione ritenuta preferibile, vi è un dato strutturale indefettibile della fattispecie, confermato dal disegno della disciplina positiva: il contratto per persona da nominare si caratterizza per il fatto di originare – sempre ed immancabilmente – una situazione di incertezza relativa alla titolarità finale della situazione effettuale, che *potenzialmente* investe il patrimonio di due soggetti. La dichiarazione di nomina, dunque, si configura – nel peculiare modo d'operare del meccanismo sostitutorio – come l'elemento chiamato a risolvere, in maniera definitiva, la naturale variabilità in ordine alla titolarità del rapporto contrattuale (non alla fattispecie dal punto di vista strutturale). In altri termini, l'*electio* trova ragion d'essere nella necessità di individuare, in via definitiva, quale «persona» acquisterà diritti ed obblighi derivanti da quel «determinato» contratto. Se è così, si può probabilmente individuare un «contenuto minimo necessario» – imposto, appunto, dalla funzione – della dichiarazione di nomina, la quale dovrà contenere, anzitutto, l'indicazione, chiara ed univoca, del terzo eletto. Sotto questo profilo, non ritengo che la nomina debba essere, nel suo contenuto, necessariamente indirizzata al promittente, potendo invece essere diretta al terzo, ovvero consistere in una dichiarazione resa dinanzi a persona autorizzata dalla legge a riceverla (come, ad esempio, un notaio)» G. SAPIO, *Appunti sulla dichiarazione di nomina nel contratto per persona da nominare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 358.

- 201)** «“Autonomia” significa, in generale, attività e potestà di darsi un ordinamento, di dare cioè assetto ai propri rapporti e interessi, spiegata dallo stesso ente o soggetto cui spettano» E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 1559. In tema sui profili evolutivi dell’atto di autonomia privata, inteso quale atto di iniziativa, P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 24. Sul concetto di autonomia, SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 801 ss., ora in *Scritti minori*, t. 2, Milano, 1980, p. 630. R. SACCO, voce «Autonomia nel diritto privato», in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 517.
- 202)** In una prospettiva evolutiva, informata al principio dell’economia dei mezzi giuridici, è da ritenersi che anche la struttura abbia una funzione nel perseguire gli interessi delle parti e rientri nella disponibilità del privato. Sul punto, per una diffusa e computa disamina, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.
- 203)** «La valutazione di un atto implica (...) non soltanto un giudizio di liceità, ma anche di meritevolezza di tutela e tale giudizio deve essere espresso alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento e dei valori che lo caratterizzano. Non ogni atto lecito è meritevole di tutela» P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, L. TULLIO (con la collaborazione di), Napoli, 2004, p. 108. Sul punto, M. URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell’interesse*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 764. Per i riferimenti alla tavola valoriale costituzionale e comunitaria delle fonti, M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 24.
- 204)** «Nel contratto per persona da nominare, soltanto a seguito dell’esercizio del potere di nomina il terzo subentra nel contratto e, prendendo il posto della parte originaria, acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l’altro contraente, con effetto retroattivo, dovendo, quindi, considerarsi fin dall’origine unica parte contraente contrapposta al promittente» CASS., 30 ottobre 2009, n. 23066, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 10. In senso conforme, cfr.: CASS. 29 settembre 2006 n. 21254.
- 205)** «Precisamente nella cessione del contratto si ha un fenomeno di successione a livello di fonte del rapporto - non potendo questa essere isolata dal trasferimento del rapporto, donde il consenso necessario del ceduto - con conseguente riferimento alla titolarità dei poteri dispositivi del cessionario: la successione opera per effetto di un accordo successivo al contratto stipulato (salvo quanto previsto dall’art. 1407 c.c. circa un’autorizzazione preventiva), quindi con effetti *ex nunc*; nel contratto per persona da nominare, mancando una vicenda derivativa, si verifica invece una sostituzione nell’esercizio dei diritti e degli obblighi fissati dal rapporto con effetti *ex tunc*, inserendosi la clausola sostitutiva nel procedimento di formazione del contratto: e ciò con ogni implicazione» F. ALCARO, *La sostituzione del promissario acquirente in sede di definitivo tra nomina di terzo, attribuzione a favore di terzo, cessione del contratto*, in *La “circolazione” del contratto preliminare di alienazione di immobili*, Atti di Convegno Stresa, 27 settembre 2008, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2009, Milano, p. 11. Per più ampi spunti, riflessivi, ID., *Il contratto preliminare: profili generali ed aspetti evolutivi*, in F. ALCARO, *Circolazione del contratto preliminare. Profili ricostruttivi e strumenti operativi*, Milano, 2011.
- 206)** Sul punto, CASS., 22 marzo 2006, n. 6405, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 2, 573 ss. In revisione critica a tale sentenza, B. MANFREDONIA - in *Preesistenza dell’ente designato alla dichiarazione di nomina e produzione ex tunc degli effetti: la retroattività presa sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 2, p. 584-585 - rileva che «ambiguo e insufficiente è il criterio discrezionale prescelto dalla Suprema Corte: rimettere la distinzione tra le due figure alla mancanza, nel contratto per persona da nominare, di un “ulteriore e specifico assenso dell’altro contraente” alla successiva nomina, richiesto invece dall’art. 1406 per la cessione del contratto, significa disconoscere che l’affinità tra i due istituti ha riguardo all’ipotesi di cessione nella quale una parte ha preventivamente autorizzato l’altra a sostituire a sé un terzo (art. 1407 c.c.), ipotesi sulla quale sembra modellarsi la riserva di nomina del contraente. (...) (...) Ancora una volta, è il ricorso al tratto fisionomico della retroattività degli effetti, del tutto alieno alle argomentazioni della sentenza commentata, che assicura una soluzione adeguata al quesito: proprio tale retroattività, e non il consenso della controparte alla sostituzione soggettiva, costituisce un criterio distintivo determinate, che non è possibile trascurare a voler prendere sul serio la problematica del contratto per sé o per persona da nominare». Sulla funzione della retroattività TRIB. Napoli, 17 novembre 1968, in *Dir. giur.*, 1970, p. 651, con nota di G. MARINARO. Sul punto, con riferimento alla sospensione degli effetti nella more della nomina, M. PENNASILICO, *Natura giuridica ed efficacia del contratto per persona da nominare*, nota CASS., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 159 ss. CASS., 19 ottobre 1965, n. 2142, in *Foro it.*, 1966, I, c. 686, con nota M.R. D’ANGELO, *Su un’ipotesi dubbia di contratto per persona da nominare*; CASS., 13 febbraio 1981, n. 891, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2299, con nota di B. VIRGILIO, *Preliminare e soggettività contrattuale*; F. PATTI, *Il contratto preliminare per persona da nominare*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1352; R. ZUCCARO, *La clausola «per sé o per persona da nominare» e contratto preliminare*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1403 ss.
- 207)** R. DE MATTEIS - in *La contrattazione preliminare per soggetto da determinare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, p. 428 - evidenzia le differenze tra una stipulazione «per sé o per persona da nominare» oppure «a favore di terzo». Esse vengono dall’Autrice ricondotte, sul piano della rilevanza strutturale oltreché effettuale della fattispecie, «alla diversa posizione assunta dal terzo, successivamente alla sua designazione, il quale in un

caso diviene parte in senso sostanziale del rapporto, così estromettendo lo stipulante (contratto per sé o per persona da nominare), e nell'altro acquisisce il diritto alla prestazione dovuta dal promittente, pur rimanendo lo stipulante parte del contratto (c.d. efficacia soggettiva esterna del contratto a favore di terzo)». Si richiamano le posizioni già espresse, sul punto, da A. LENER, *Contratto preliminare e riserva di nomina dell'acquirente*, nota a CASS., 10.5.1976, n. 1644, in *Foro it.*, 1976, I, p. 1845; B. VIRGILIO, *Preliminare e soggettività contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2295, nota a CASS., 13 febbraio 1981, n. 891; A. PALAZZO, *Contratto a favore di terzo e per persona da nominare (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 390; R. MARTINI, *Contratto a favore di terzo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 386, spec. p. 403 e s. In giurisprudenza, CASS. 13 febbraio 1981, n. 891, in *Giur. it.*, 1982, I, p. 1461; APP. Napoli, 27 ottobre 1975, in *Giur. merito*, 1977, I, p. 1987.

- 208)** «Pertanto, sarà possibile che la stipulazione sia in via alternativa e solo eventualmente a favore di terzo non ancora individuato. In tale ipotesi ci troveremo di fronte ad una fattispecie apparentemente analoga a quella del contratto per persona da nominare. Sennonché è stato osservato in dottrina che in realtà le due fattispecie sono del tutto diverse. Infatti, nell'ipotesi della riserva della nomina, una volta effettuata quest'ultima, si avrà l'identificazione di uno dei contraenti; nel caso, invece, di attribuzione al terzo, la nomina identifica solo la persona che potrà ricevere la prestazione. Pertanto nel caso di riserva di nomina, il nominato diviene parte della stipula e sostituisce il nominante nei diritti ed obblighi nascenti dal contratto; invece, l'adesione da parte del terzo alla stipulazione in suo favore, attribuisce allo stesso la titolarità definitiva di soli diritti e mai la qualità di parte della stipulazione, né l'assunzione di obblighi. Infine, mentre la dichiarazione di nomina non è efficace se non è seguita dall'adesione del nominato o se non esiste una procura anteriore al contratto, il terzo, invece, diventa titolare del diritto per effetto della sola stipulazione, indipendentemente, quindi, dalla sua adesione alla stessa» L. DI LORENZO, *Ammissibilità del contratto di opzione a favore di terzo*, in *Notariato*, 2005, 2, p. 153.
- 209)** F. ALCARO - in *La sostituzione del promissario acquirente in sede di definitivo tra nomina di terzo, attribuzione a favore di terzo, cessione del contratto*, cit., p. 13 - ha sostenuto che rispetto al contratto preliminare a favore di terzo eventualmente da designare bisogna «indagare la specifica *ratio* dell'aspetto di interessi prefigurato. Le figure evocate ne emergono con tratti confusi, anche forse in ragione di impostazioni di carattere fiscale. Si dovrebbe così, ad esempio, ribadire che se nel preliminare a favore di terzo, quest'ultimo acquista il *diritto al contratto* nei confronti del promittente, nel preliminare di contratto a favore di terzo, invece, sarà destinatario del diritto o della prestazione previsti per effetto della stipula tra promittente e stipulante. Ma non si ravvisa in ogni caso, in senso proprio, una vicenda circolatoria. Da tener distinta, poi, l'ipotesi definibile del contratto con *prestazione al terzo*, nel quale, a differenza di quanto previsto nella figura di cui all'art. 1411 c.c., non vi è, in senso tecnico, attribuzione causale di un diritto direttamente al terzo, ma solo indicazione del destinatario della prestazione. Generalmente, poi, si configurano vari patti di contrarre con il terzo (...), con formulazione ampia, tale da prevedere il coinvolgimento del terzo in fase di pendenza del preliminare o di stipula del definitivo, meritevole di puntuale analisi».
- 210)** Sul punto, TRIB. Palermo, 5 aprile 2006, in *Corriere del merito*, 2006, 10, p. 1116, «Il contratto preliminare di permuta contenente la clausola "per sé o per persona da nominare" che autorizzi il promissario a designare un terzo quale permutante all'atto della stipula del definitivo configura un preliminare con consenso preventivo alla cessione del definitivo e non un preliminare per persona da nominare, di talché il terzo cessionario, assumendo la qualità di contraente soltanto con la stipula del definitivo, non è legittimato all'azione per l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.» Nel caso di specie, non pare sussistente un interesse dello stipulante alla stipulazione a favore del terzo, né risulta che i contraenti abbiano voluto escludere la sostituzione del terzo al sig. G. come parte contrattuale. Anzi, sembra proprio che abbiano voluto il contrario. La fattispecie va quindi inquadrata come preliminare con consenso preventivo alla cessione.
- 211)** TRIB. Tortona, 17 gennaio 2011, in *Redazione Giuffrè* 2011.
- 212)** Fra le più recenti, TRIB. Palermo, 5 aprile 2006, in *Corriere del merito*, 2006, 10, p. 1116; TRIB. Termini Imerese, 12 maggio 2006, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 6, p. 1276; TRIB. Napoli, 26 maggio 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2006; CASS., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1258.
- 213)** In tale ottica, si considerino la divaricazione di siffatte fattispecie rispetto all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Sul punto, TRIB. Termini Imerese, 12 maggio 2006, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 6, p. 1276, il quale rileva che nel caso di esecuzione in forma specifica di un preliminare, se la clausola "per sé o per persona da nominare" è riconducibile allo schema del contratto per persona da nominare o allo schema della cessione del contratto il terzo nominato o cessionario assume la legittimazione ad agire, mentre nel caso di contratto preliminare a favore di terzo sussiste una legittimazione concorrente dello stipulante (parte formale e sostanziale del contratto) e del terzo (titolare del diritto alla prestazione), invece, nel caso in cui il contratto sia qualificabile non come preliminare a favore di terzo bensì come preliminare di definitivo a favore di terzo, quest'ultimo non avrebbe alcuna legittimazione all'esecuzione in forma specifica del preliminare essendo, al più, titolare di un diritto di intervento ex art. 150, comma 2, c.p.c.

- 214)** «A livello operativo del resto sorgono problemi interpretativi delle clausole (...) potendo esse significare rinvio al meccanismo di cui all'art. 1401 c.c., articolantesi nei due sottoschemi del *preliminare per persona da nominare* e *preliminare di contratto per persona da nominare*, oppure ad una cessione con consenso preventivo ex art. 1407 c.c. - con sostituzione *ex nunc* e non *ex tunc* - ma anche - ed ecco il punto caratterizzato da ambiguità - specialmente quando il prezzo sia stato già pagato e quindi il rapporto contrattuale abbia già avuto sostanziale attuazione, ad una ipotesi di intervento del terzo quale beneficiario di una prestazione traslativa» F. ALCARO, *La sostituzione del promissario acquirente in sede di definitivo tra nomina di terzo, attribuzione a favore di terzo, cessione del contratto*, cit., p. 12.
- 215)** P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 603.
- 216)** P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 167 ss; ID., *Il fenomeno di estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 28 ss. Sul tema, per ulteriori riflessioni, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 320.
- 217)** P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 723-725.
- 218)** Per la teoria della variabilità della struttura in dipendenza della funzione e dei rapporti concreti, P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 132.
- 219)** Qualifica la dichiarazione di nomina, un atto giuridico in senso stretto, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, 3a ed., nel *Commentario Utet*, Utet, IV, 2, 1980, p. 412. La dottrina prevalente - *ex multis* F. GAZZONI, *ope ult. cit.*, p. 246 - riconosce la natura negoziale della dichiarazione di nomina. In giurisprudenza, CASS., 13.6.1953, n. 1807, cit.; CASS., 21.11.1958, n. 3767, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 22; CASS., 19 ottobre 1965, n. 2142, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 872, con nota redazionale; in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 303, con nota redazionale; CASS., 29 aprile 1993, n. 5073 TRIB. Pescara, 21 febbraio 1977, poi confermata (ma parzialmente corretta in motivazione) da TRIB. Pescara, 1 dicembre 1979, entrambe in *Proc. civ.*, 1979, p. 420, con nota di Scirè, *L'annullabilità della electio amici nel contratto per persona da nominare*.
- 220)** F. CARRESI, *ope cit.*, 599.
- 221)** «Al riguardo occorre distinguere a seconda che la negoziazione preveda obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di carattere infungibile o meno. Se non vi sono problemi in ordine al subentro nell'ambito delle obbligazioni scaturenti da un contratto preliminare (...), è chiaro che la stessa cosa non si potrebbe dire per il contratto d'opera professionale, per il contratto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.), per il mandato.» D. MINUSSI, *Le successioni*, Napoli, 1995, p. 14.
- 222)** «(...) fin quando è in vita, ciascuna parte contrattuale può scegliere oppure di no di cedere con atto tra vivi la propria posizione contrattuale (...). Viceversa, la morte di una parte contrattuale determina necessariamente la trasmissione della posizione contrattuale all'erede, senza che la controparte possa o debba fare alcunché (...). Per conseguenza, non pare sussistano ostacoli a che, con il testamento, ciascuna parte contrattuale individui un legatario piuttosto che l'erede quale trasmissario della posizione contrattuale» G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. FERRUCCI-C. FERRENTINO, Milano, 2009, p. 1283.
- 223)** Le norme che presiedono alla successione *mortis causa* esprimono il favore «verso la continuazione di tutti i rapporti patrimoniali appartenenti al *de cuius*, al fine di assicurarne la completa attuazione e, per l'effetto, di tutelare la continuità dei diritti reali, o almeno di alcuni di essi, e dei rapporti obbligatori, oltre la vita dell'originario titolare, sì da proteggere l'interesse del successore, o quello dell'altra parte, non deceduta del rapporto obbligatorio e, in ogni caso, l'interesse generale all'esecuzione dei contratti e all'adempimento delle obbligazioni» A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato, Successioni e donazioni. La successione per causa di morte*, Vol. VII, t. I, diretto da G. BONILINI, p. 602.
- 224)** D. MINUSSI, *Le successioni*, Napoli, 1995, 14
- 225)** In dottrina, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1943, p. 303; F. MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato secondo i nuovi codici e la legislazione complementare*, II, sez. II, Padova, 1942, p. 30 ss; S. PUGLIATTI, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, in *Temi*, 1948, p. 313; R. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1951, p. 460; L. MENGONI, nota a CASS., 2 marzo 1950, n. 509, in *Foro it.*, 1950, c. 213 ss. vedi G. AZZARITI, voce *Successioni (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig.it.* XVIII, Torino, 1977, p. 822. In giurisprudenza, *ex multis*, CASS., 7 ottobre 1957, n. 3641; CASS., 4 luglio 1961, n. 1600; CASS. 26 marzo 1976, n. 1086; CASS., 11 luglio 1975, n. 2742; TRIB. Verona 18 dicembre 1971, *Giur. mer.*, 1974, I, p. 289; APP. Roma 8 luglio 1999, in *Vita not.*, 2000, p. 1327.
- 226)** Ricostruisce la problematica, da ultimo, V. PUTORTÌ, *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Persona e mercato*, 2012, 3, p. 137.
- 227)** La problematica afferente la qualificazione tipologica del testamento ha diviso la dottrina, fra fautori della tipicità e sostenitori dell'atipicità. In quest'ultima direzione si è espresso, B. BIONDI, *Autonomia delle*

*disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 567, secondo il quale il testamento non è un negozio tipico, ma esitono tanti negozi quante sono le disposizioni testamentarie in esso contenute. Secondo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Tratt. Vassalli, (Torino, 1952) Torino 1960, p. 319, il testamento è un involucro contenente una moltitudine di disposizioni, ciascuna delle quali è un negozio a sé stante. Il testamento non sarebbe cioè un negozio unico, ma forma idonea a comprendere al suo interno una pluralità di negozi a causa di morte. Per spunti, L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano 1950, p. 80 ss.; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 715. Fra gli Autori che sostengono la tipicità, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, Successioni*, t. 2, in *Tratt.* Rescigno, Torino 1997, p. 42 ss., secondo cui il testamento è un negozio tipico, con funzione unitaria. In tale direzione, G. CRISCUOLI, *Testamento*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXI, Roma 1994, p. 28; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II. La famiglia - Le successioni*, Milano 1985, 391, secondo cui il testamento è un atto di autonomia privata, con il quale il *de cuius* dispone dei propri beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere. A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 37 ss., considera il testamento un negozio-quadro; G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 246 ss., ritiene che il testamento ha scontato il giudizio di meritevolezza in sede legislativa e le disposizioni in esso contenute non costituiscono autonomi tipi dotati di una causa propria bensì componenti di un programma negoziale con causa unitaria. Sul punto, per un'analitica ed esaustiva trattazione negli sviluppi e rilievi, N. VISALLI, *Tipicità o atipicità del testamento?*, in *Giust. civ.*, 2004, 6, 305 ss. Secondo l'Autore «il conferimento al soggetto del potere di disporre delle proprie sostanze *mortis causa* mediante il testamento da parte dell'ordinamento, di cui abbiamo parlato - e la conseguente assegnazione al negozio di una causa tipica rispondente alla generica funzione che la legge gli riconosce, quella di regolare gli interessi patrimoniali del disponente per il tempo successivo alla sua morte - rende ultronea la configurazione di tante cause autonome quante sono le singole disposizioni testamentarie. Delle due l'una: o si nega che è riconosciuto al soggetto dall'ordinamento il potere di disporre *mortis causa* delle sue sostanze a mezzo del testamento, però, così ragionando, ci si pone contro l'espresso dettato normativo dell'art. 587 c.c. ovvero si ammette che costui ha conferito tale potere ed allora non ha senso richiedere un'autonoma giustificazione causale per ognuna delle disposizioni testamentarie. Infatti, la giustificazione causale è unica ed è identica per qualsiasi disposizione a titolo universale o particolare contenuta nel testamento, perché essa presuppone il riconoscimento al disponente di un generale potere di disposizione *mortis causa*. Né le cose mutano, se si ricollega al testamento un effetto attributivo come sostiene la giurisprudenza. A nostro avviso, l'effetto attributivo si aggiunge a quello dispositivo. In conseguenza della stipula del negozio in argomento al momento dispositivo della sfera giuridica del testatore si accompagna l'attribuzione dei beni del medesimo a determinate persone (erede o legatario) all'atto dell'apertura della successione e subordinatamente al consenso dei beneficiari. Poiché si sommano l'effetto attributivo e quello dispositivo, la menzionata causa tipica del testamento rimane inalterata, sicché le singole disposizioni contenute in esso non hanno bisogno di una diversa giustificazione causale».

- 228)** La dottrina tradizionale, «leggendo il «dispone» in stretta connessione con le «disposizioni testamentarie» del successivo art. 588 (anch'esso ricompreso tra le «Disposizioni generali» del testamento), gli assegna identità di contenuto, ritenendo di conseguenza «l'alternativa tra disposizioni a titolo universale e a titolo particolare, quali opzioni apparentemente esclusive» della volontà testamentaria (riassume così DELLE MONACHE, *op. cit.*, 101 ss.; CASS. civ., 20 marzo 1953, n. 712, in *Giur. it. Mass.*, 1953, 177; CASS. civ., 28 novembre 1984, n. 6190, in *Giur. it. Mass.*, 1984 per implicito). Dalla lettura integrata dei due termini («dispone» nell'art. 587, 1° co. e «disposizioni» nell'art. 588) si è così affermata l'idea che il testamento si connota, nella sua essenza, come atto ad efficacia attributiva, giungendo a qualificare l'alternativa posta dall'art. 588 come «contenuto tipico» del testamento, proprio per sottolineare la normale destinazione dell'atto rispetto all'eventuale diverso contenuto (anche non patrimoniale) che viene residualmente definito come «atipico» (sembrando tuttavia preferibile, per uniformità, conservare ai due termini il significato generale, a seconda che il loro «contenuto» sia o meno espressamente previsto; cfr. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 14, seguito da Coppola, *La successione testamentaria. Le disposizioni testamentarie*, in *Tratt. dir. succ. e don.* diretto da Bonilini, II, Milano, 2009, 202)» E. MARMOCCHI, La definizione di *testamento* (art. 587 cod. civ.), in *Riv. not.*, 2011, p. 744.
- 229)** Per un'ampia disamina sul punto, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. FERRUCCI-C. FERRENTINO, Milano, 2009, p. 738 ss.
- 230)** «Non sono mancate critiche a questa nozione strettamente dispositivo-attributiva della «patrimonialità», e quindi al vincolo che unisce le due norme, il quale pur sussiste, ma non in modo orizzontale, sibbene nel rapporto tra il *genus* della definizione e la *species* (sia pure la più rilevante) dell'art. 588. Si possono indicare in questa linea disposizioni certamente non attributive, o comunque non rientranti nella norma suddetta, quali tra esse la figura dell'onere, la revoca delle disposizioni, la divisione fatta dal testatore, le regole date dal testatore per la divisione: tutte espressione della «molteplicità d'effetti che possono conseguire al negozio testamentario, il quale è fonte di diritti, di obbligazioni» (Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle*

- donazioni* 4, Torino, 2006, 204) per limitarsi, in questa sede, soltanto al contenuto patrimoniale dell'atto» E. MARMOCCHI, La definizione di *testamento* (art. 587 cod. civ.), in *Riv. not.*, 2011, p. 744-745.
- 231)** Sul contenuto atipico del testamento, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 333.
- 232)** In tal senso, L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Il profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, p. 100; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 159; E.C. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 298 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 645.
- 233)** Sull'estensibilità dell'art. 1322 c.c. al testamento, in dottrina, R. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto testamentario*, Torino, p. 180 ss. – ritiene che l'art. 1322 c.c. dovrebbe essere applicato analogicamente, ostando ad un' applicazione *tout court* al negozio testamentario la limitazione letterale dell'art. 1324 c.c. In senso critico rispetto all'applicazione non solo diretta ma anche analogica dell'art. 1322 c.c. al testamento, G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990, p. 65 ss. Secondo l'Autore la ragione giustificatrice della non operatività dell'art. 1322 c.c. nell'ambito successorio deve ricercarsi non già in un addentellato normativo, quale l'art. 1324 c.c., bensì nel più generale principio, non codificato, di sottrazione del testamento alla normativa sui contratti. Sul punto cfr. A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, p. 84-85; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 146.
- 234)** «La dottrina è pervenuta così a superare la nozione della «patrimonialità» di tipo dispositivo-attributivo, per una prospettiva diversa che considera il testamento piuttosto come atto di «regolamento» *mortis causa* degli interessi del testatore (specialmente Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 61 ss.; per Bigliazzi Geri 1976 cit., 160 si predispone «un determinato regolamento *post mortem* dei propri interessi»; Rescigno 2010 cit., 727 sottolinea che «la normale destinazione dell'atto è il regolamento dell'assetto degli interessi patrimoniali della persona»). Sciolto dalla rigida bipartizione dell'art. 588 e dal costante riferimento ai «beni» del testatore, il requisito della «patrimonialità» si allarga più genericamente come è tipico della natura definitoria dell'art. 587, 1° co. agli «interessi» facenti capo ad esso, ponendo in risalto la «funzione programmatico-regolamentare del testamento» quale fonte del regolamento della successione del suo autore (Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, 102 ss., 107 ss. ove il richiamo all'art. 46, co. 2, l. 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato, per l'accentuazione del profilo regolamentare del testamento; v. anche Boero, *Il testamento*, in *Dir. succ.* a cura di Calvo e Perlingieri, II, Napoli, 2009, 669). Questa impostazione conduce a ritenere, in termini generali, «un ampio riconoscimento della libertà testamentaria il cui fondamentale limite deve individuarsi nel principio di intangibilità della quota di riserva» (Delle Monache, *op. cit.*, 138); e, a corollario, che «la disciplina del testamento arricchisce il regime dell'autonomia negoziale con riguardo alla rilevanza delle ragioni individuali degli atti privati ed alle modalità accessorie che i privati possono inserire nella struttura tipica degli atti» (Rescigno 2010 cit., 730 v. § 11.3.)» E. MARMOCCHI, La definizione di *testamento* (art. 587 cod. civ.), in *Riv. not.*, 2011, p. 745.
- 235)** In tal senso, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico, Tratt.* Vassalli, Torino, 1952, p. 400. Secondo l'Autore le disposizioni di ultima volontà per essere ricevibili nel testamento devono rispondere ad una funzione di «socialità», con conseguente esclusione delle clausole ispirate a frivolezza, vanità personale, scopi socialmente futili o improduttivi. Di diverso avviso, P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 146, secondo il quale lo *spatium disponendi* del *de cuius* non sarebbe riducibili nelle verifiche di socialità delle intenzioni del disponente, potendosi considerare ammissibili anche clausole a contenuto bizzarro o capriccioso, verso le quali l'ordinamento assumerebbe un atteggiamento di piena indifferenza. La verifica degli interessi – secondo l'Autore - andrebbe riferita ai soli negozi che non appartengono ai tipi di legge e non andrebbe effettuata con riferimento a negozi quali il testamento che hanno già scontato il giudizio di meritevolezza in sede legislativa.
- 236)** In riferimento all'estinzione del diritto di scelta per realizzazione dell'interesse tutelato, per decorso del tempo così come per il compimento di atti incompatibili con la volontà di avvalersene, F. CARRESI, *ope cit.*, p. 599, nt. 28; E. ENRIETTI, *ope cit.*, p. 258; SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milano, 1939, p. 58 ss., secondo il quale lo stipulante risulterà essere responsabile nei confronti dell'eligendo della mancata nomina entro i termini convenuti nel contratto.
- 237)** Sul mandato e sulla sopravvivenza della procura in caso di morte del mandante e del mandatario, cfr. CASS., 9 maggio 2007, 10568.
- 238)** «Ancora più significativa è, però, l'individuazione della *ratio* sottesa alla norma che prevede, almeno come regola generale, lo scioglimento del rapporto in caso di morte del mandante o del mandatario. Con riguardo al primo, la regola si giustifica facendo leva sulla necessità di riservare agli eredi una più ampia e più libera scelta dei criteri per l'amministrazione del patrimonio. Con riguardo al secondo, la regola si fonda sul contenuto dell'obbligazione assunta, che è un'obbligazione di fare, e sulla conseguente impossibilità di sapere se gli eredi avranno oppure no capacità di disponibilità per darvi esecuzione» F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, 2009, Milano, p. 535.

- 239)** «Occorre, invece, distinguere tra la posizione del mandante e quella del mandatario. Nell'una ipotesi, la regola dello scioglimento va ricondotta all'opportunità di riservare agli eredi la più ampia scelta nei criteri di amministrazione del patrimonio e siffatta opportunità pare disponibile ad opera del mandante – al pari di quanto gli è concesso assumere obbligazioni particolarmente onerose – com'è confermato dalla pluralità di deroghe legali alla soluzione di principio, ad esempio con la prosecuzione del mandato che abbia per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa (cfr. art. 1722, n. 4, cod. civ.) o del mandato anche nell'interesse del mandatario o di terzi (cfr. art. 1723 cod. civ.). Nemmeno lo scioglimento del vincolo per morte del mandatario può riportarsi ad una giustificazione genericamente fiduciaria, giacchè esso discende dall'impossibilità di proseguire il rapporto: accanto alla funzione di tutela della parte sopravvissuta per caso di inidoneità dei successori sta, così, la funzione di tutela degli eredi, che non intendono svolgere questa determinata attività. Ora, questa seconda funzione perseguita dal legislatore fa emergere l'esigenza di protezione degli eredi, cui va riconosciuta piena libertà nella scelte delle proprie attività. Anzi, il rilievo costituzionale di questa libertà - come insegna l'art. 4, secondo comma, Cost. - mostra che essa non può venire conculcata in danno di chi non è parte della convenzione, sicchè alla regola sullo scioglimento del contratto per morte del mandatario va riconosciuto carattere inderogabile» F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, 2009, Milano, p. 545.
- 240)** CASS., 9 aprile 1953, n. 924.
- 241)** «I dottori del diritto comune ritenevano che lo *stipulans* non potesse trasmettere ai suoi eredi la *facultas amicum eligendi*. «*Predicta tamen nominatio* - scrive Cesaregis, *Discursus legales de commercio*, I, *definitio*, V, n. 82 – *debet fieri vivente eo qui contraxit pro persona nominanda, alias si eo mortuo fieret ab heredibus, diceretur novus contractus*» E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, p. 285. Per riferimenti bibliografici, sulla letteratura di diritto comune, sul punto, cfr. G. STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, cit., p. 555, nt.1.
- 242)** G. STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 555 ; E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, p. 258; F. CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 598 e ss.
- 243)** F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, I) dir. civ., in *Enc. giur.* Treccani, IX, 1988, p. 6. «Che poi tale delega sia ammissibile pur a prescindere da una preventiva autorizzazione, sembra cosa ovvia ed è la conseguenza della piena discrezionalità con cui lo stipulante può operare la nomina per quanto riguarda la persona del terzo, le modalità della scelta e le stesse sue condizioni: non sembra dunque necessario ipotizzare che il potere di nomina dovrebbe essere a tale scopo assunto dallo stipulante... per sé o per persona da nominare». Nello stesso senso, ID., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 1072.
- 244)** G. STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 555, § 8. Quest'ultimo Autore ritiene che lo stipulante possa trasmettere ai suoi eredi la facoltà di nomina dell'eletto sulla base della considerazione secondo la quale «in diritto italiano l'obbligato sotto condizione trasmette ai suoi eredi i suoi obblighi ed i suoi diritti» (art. 1170 cod. civ. del 1865 (da sottintendere nell'art. 1360 cod. civ. del 1942). Dal canto suo, E. ENRIETTI - in *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, p. 286 ss. - ritiene che «la soluzione di Stolfi è da ritenersi esatta» però la giustificazione «ha da essere un po' diversa in quanto l'*electio amici*, secondo quanto ho dimostrato, non è semplicemente da configurarsi come una condizione, ma è, in pari tempo ed essenzialmente, un elemento strutturale di un nuovo contratto (a formazione successiva) che viene a costituirsi tra *promittens* ed *electus*. Ora, la giustificazione, dal lato giuridico, della trasmissibilità agli eredi dello *stipulans* della *facultas amicum eligendi* è da ricercare, a mio avviso, nel principio della trasmissibilità agli eredi di tutti i rapporti facenti capo al *de cuius*, purchè non strettamente inerenti alla sua persona. Bisogna quindi vedere se il potere di nomina è un potere del tutto personale oppure, no. A me pare che il potere che lo *stipulans* si è riservato di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti ed assumere gli obblighi nascenti dal contratto» - secondo quanto dice l'art. 1401 cod. civ. - non possa considerarsi come un potere strettamente inerente alla persona dello *stipulans*. (...) Vi sono poi alcune disposizioni del nostro codice che, a mio avviso, vengono ancora a rafforzare questa mia conclusione diretta ad escludere il carattere personale della *facultas amicum eligendi*: a) art. 2932 (...): in forma di questo articolo, se lo *stipulans* si rifiutasse di addivenire all'*electio*, e fosse legato da un rapporto di mandato con l'eligendo quest'ultimo potrebbe ottenere una sentenza produttiva degli effetti di quella stessa *electio* che lo *stipulans* non ha voluto fare; b) art. 631: (...). Se per il nostro legislatore non ha da attribuirsi una natura strettamente personale alla facoltà di nominare il legatario, nonostante il carattere strettamente personale alla facoltà di nominare il legatario, nonostante il carattere strettamente di fiducia dell'incarico affidato dal testatore al terzo, ancora meno ha da attribuirsi una siffatta natura alla *facultas amicum eligendi*, dalla quale esula sicuramente ogni carattere di fiducia, secondo quanto ho detto un momento fa. Contro questa soluzione del problema potrebbe opporsi il seguente ragionamento: secondo il nostro legislatore, il potere di rappresentanza finisce sempre con la morte (o con la dichiarazione di morte presunta) del



rappresentante (art. ex art. 1722, n. 4): *ergo*, la *facultas amicum eligendi* non può passare agli eredi dello *stipulans*. Rispondo: intanto questo ragionamento non potrebbe valere nel caso in cui mancasse una precedente procura; ma, anche nel caso in cui la procura preesistesse, deve dirsi che la *facultas amicum eligendi* di per se stessa non deriva dalla procura conferita dall' *eligendo* allo *stipulans*, bensì *sorge direttamente dalla riserva espressa, contenuta nel contratto per persona da nominare*. Concludo: morto lo *stipulans* prima dell' *electio*, il potere di eleggere l'amico si trasmette agli eredi, secondo i principi del diritto successorio». Cfr. dello stesso Autore, *Contratto per persona da nominare*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, IV., p. 666 ss.; F. CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 591; ID., *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.* X, Milano, 1962, p. 135.

**245)** F. CARRESI, *ope cit.*, 599.

**246)** Il diritto di scelta consiste nel riconoscimento allo stipulante del potere di incidere sul profilo soggettivo del rapporto giuridico con una manifestazione unilaterale di volontà, senza che il promittente possa fare alcunché: la realizzazione dell'interesse dello stipulante si attua indipendentemente dalla volontà di colui che deve subirne gli effetti. Per qualificazione del potere di scelta: in termini di diritto potestativo cfr. F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, I) dir. civ., in *Enc. giur.* Treccani, IX, 1988, 6; F. CARRESI, *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.* X, Milano, 1962, p. 135; quale adempimento di obbligo assunto in sede contrattuale, APP. Venezia, 7 maggio 1947, in *Temi*, 1947, p. 527; come adempimento di un onere, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, 412, nt. 29.

**247)** A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1994, 54. In letteratura, S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)*, Milano, 1959; G. MESSINA, *Sui cd. diritti potestativi*, in *Studi in onore di Fadda*, Napoli, 1906; ID., voce *Diritti potestativi*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 872 ss.; E. ENRIETTI, *ope cit.*, p. 134 ss. e F. GAZZONI, *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 245. In giurisprudenza, CASS., 14 giugno 1996, n. 5479, in *Guida al dir.*, n. 43, p. 38 s.

**248)** G. CAPOZZI, *ope cit.*, p. 31 rileva come siano trasmissibili il diritto di riscatto, ex art. 1500 c.c., il diritto di chiedere l'annullamento, la rescissione, la risoluzione di un contratto, il diritto di recesso, il diritto di agire ex art. 2932 c.c. per chiedere l'esecuzione in forma specifica di un contratto.

**249)** Rispetto alla trasmissione del mero potere di nomina, alcuni Autori - F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, I) dir. civ., in *Enc. giur.* Treccani, IX, 1988, p. 6; G. VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della Rappresentanza. Del contratto per persona da nominare, art. 1387-1405*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca-Galgano, 1993, p. 352 - l'ammettono soltanto relativamente al fenomeno successorio, ritenendo necessario il ricorso alla cessione dell'intero contratto per la trasmissibilità *inter vivos*.

**250)** «Si aggiunga il carattere di assoluta fungibilità della persona dell' *electus*, quale soggetto del rapporto che dovrà costituirsi con il *promittens*, nonché il più ampio arbitrio che il *promittens* stesso ha riconosciuto allo *stipulans* nel fare l' *electio*, e si vedrà che il carattere impersonale della nomina non può essere messo in dubbio» E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, p. 286.

**251)** Secondo parte della dottrina (F. CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, cit., p. 599), aperta ad ammettere la circolazione a causa di morte del diritto di nomina, se non sussistono preclusioni alla circolazione del potere di scelta per il tramite del veicolo testamentario, il problema riguarderebbe l'ipotesi in cui la scelta non venga effettuata dal nuovo titolare. Il «problema è se, nel caso in cui la scelta non venga effettuata dal nuovo titolare, costui acquisti i diritti e assuma gli obblighi nascenti dal contratto o se invece gli effetti contrattuali si riversino in capo allo stipulante. Questa ultima soluzione sembra che debba preferirsi, salvo che consti di un diverso accordo fra lo stesso stipulante e il cessionario del diritto di scelta». In sostanza, l'orientamento dottrinario in commento, tenuto conto del fatto che oggetto del legato è il mero diritto potestativo di scelta, ritiene che gli effetti contrattuali dovrebbero consolidarsi nei confronti degli eredi, in veste di stipulante, laddove il potere di nomina non venga esercitato dal legatario.

**252)** Inoltre, secondo una opzione ricostruttiva (F. CARRESI, *ope cit.*, p. 599), attesa la vicenda circolatoria del diritto, i creditori dello stipulante potrebbero surrogarsi a quest'ultimo nell'esercizio della scelta, così come del pari potrebbero agire in revocatoria, qualora, l' *electio amici* si assuma avvenuta in pregiudizio di questi ultimi. Di contrario avviso, però, risulta essere autorevole dottrina (F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 6) la quale rileva l'inesistenza dei presupposti operativi dell'azione surrogatoria e revocatoria: da un lato, l'inerzia, dall'altro, l'esercizio positivo della scelta in danno dei creditori. Propriamente, rispetto all'azione surrogatoria, si rileva che non si è in presenza di un mancato esercizio del potere piuttosto di un potere esercitato in senso negativo. E si aggiunge che non si tratta di un atto di disposizione bensì di una *omissio acquirendi* non suscettibile in quanto tale di azione revocatoria (Sul punto, in dottrina, cfr. R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, Artt. 2900-2969, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, VI, Bologna-Roma, 1959, p. 106 ss. In giurisprudenza, APP. Torino, 24 gennaio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 180, con nota T. SEGRÈ, *Azione revocatoria della rinuncia a favor d'altri di un acquisto immobiliare «per sé o per persona da nominare»*; CASS., 21 luglio 1966, n. 1979, in *Foro It. Rep.*, 1966, voce *Frode e simulazione*, nn. 4-5; CASS., 29 maggio 1972, n. 1673). Non si dimentichi che lo stipulante nell'effettuare la scelta rinuncia ad acquistare dei

diritti ai quali, però, sono anche collegati degli obblighi; onde per cui occorrerà effettuare, caso per caso, una comparazione su un piano economico degli uni e degli altri.

**253)** «In conclusione, e senza retorica modernista, l'interprete anche professionale non può non essere guidato da una affinata sensibilità verso una lettura e un'impostazione in linea con la evoluzione della prassi degli affari e delle rappresentazioni di utilità che li accompagna: è innegabile l'esigenza di un aggiornamento, anche di contenuto, di clausole concepite e formulate in termini neutri e rappresentative di una realtà contrattuale all'epoca più semplice. Ma ciò non può tradursi, sotto la spinta della prassi, in un confuso e incerto funzionalismo, senza un lucido controllo, rendendo difficoltoso il riconoscimento della identità dell'agire contrattuale e del suo statuto normativo, tipico o atipico; e in quest'ultimo caso - a maggior ragione - bisognoso di organicità e coerenza» F. ALCARO, *La sostituzione del promissario acquirente in sede di definitivo tra nomina di terzo, attribuzione a favore di terzo, cessione del contratto*, cit., p. 14. «La prassi, intesa come diritto vivente (...) ha un significato ambiguo, prediletto dagli operatori pratici tendenti ad esaminare gli istituti fenomenologicamente senza interrogarsi sulla loro *ratio*» P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3a ed., Napoli, 2006, p. 103-104.

**254)** G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 22-23.

*(Riproduzione riservata)*