



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato / PUTORTI' VINCENZO. -
In: OBBLIGAZIONI E CONTRATTI. - ISSN 1826-2570. - STAMPA. - 3:(2012), pp. 137-149.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/771189> of the repository was last updated on

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2012 - Numero 3

Saggi

- Gli incarichi *post mortem* a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato, di Vincenzo Putorti..... p. 137
- La cd. novità del Tribunale delle imprese, di Simona Caporusso*..... p. 150
- La rilevanza del criterio presuntivo della conformità alle norme armonizzate, di Elena Bellisario*..... p. 156
- Regolamento n. 1169 del 2011: tutele civilistiche per violazione del dovere di informazione nel mercato alimentare, di Giorgio Biscontin*... p. 162

Materiali e commenti

- La realtà del terzo settore e l'esigenza di coordinamento degli statuti speciali con la normativa codicistica: nuovi spunti di riflessione, di Serena Serravalle*..... p. 192

Attualità

- L'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici nella prospettiva della tutela degli utenti, di Davide De Grazia* p. 202

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori
Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maueri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Davide De Grazia; Giorgio Biscontin, Elena Bellisario, Simona Caporusso, Vincenzo Putorti, Serena Serravalle.

*Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

GLI INCARICHI *POST MORTEM* A CONTENUTO NON PATRIMONIALE TRA TESTAMENTO E MANDATO

Di Vincenzo Putortì

| 13

SOMMARIO: 1. *Gli incarichi ex mandato ed ex testamento* - 2. *Gli incarichi testamentari: validità delle figure e disciplina applicabile* - 3. *Disposizioni a contenuto non patrimoniale e mandato post mortem: le disposizioni sulla sepoltura e sulla cremazione delle spoglie mortali*. 4. *Le disposizioni sulla pubblicazione dell'opera inedita e sulle credenziali di accesso alle risorse informatiche*- 5. *L'ambito di operatività delle disposizioni sul prelievo dei propri organi e delle forme di inseminazione artificiale post mortem*

1. Gli incarichi ex mandato ed ex testamento

La regolamentazione degli incarichi a contenuto non patrimoniale è funzionale all'esigenza, molto avvertita nella pratica, di poter comporre taluni specifici interessi per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, attribuendo a persone verso cui si nutre una particolare fiducia il compito di dare una disinteressata sistemazione a siffatti personali bisogni. Il che può avvenire sia inserendo nel testamento una o più clausole a tal fine dirette, sia tramite la stipulazione di un contratto di mandato con cui il mandatario si obbliga ad eseguire, dopo la morte del *dominus*, l'attività programmata.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza, sulla base di criteri non sempre univoci, operano nell'ambito di tale ampia e generica fattispecie contrattuale una serie di distinzioni fondamentali alle quali ricollegano una pluralità di conseguenze destinate ad incidere sull'ammissibilità stessa della figura. Il mandato *post mortem*, infatti, viene distinto sia dal c.d.

mandato testamentario¹ - ossia dalla disposizione unilaterale, contenuta in un testamento, tesa a con-

¹ Tra coloro che riconoscono la validità del mandato *post mortem* contenuto in un testamento, vedi: N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Per. fam. succ.*, 2011 p. 688; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, *ivi*, 2010, p. 56 ss; A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 57, ss; A. ANSALDO, *In tema di contratto post mortem*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 497; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 304; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1978, p. 137 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1984, p. 360 ss; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1952, p. 201 ss; Cass. 23 maggio 2006 n°12143 in *Riv. not.* 2007, p. 693, con nota di G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*; in *Fam. per. succ.* 2007, p. 524 con nota di G. BONILINI, *Iscrizione a <società> di cremazione e mandato post mortem*, e già Cass. 28 luglio 1950 n° 2146, in *Foro it.* 1951, I, 920, con nota di F. CARIOTA FERRARA, *Mandato post mortem e disposizioni sulla sepoltura*, che ha distinto il mandato *post mortem* dal *modus*, affermando che il primo "ha per oggetto il compimento di un'attività negoziale da porsi in essere dopo la morte del *de cuius* in nome e per conto del medesimo ed in ordine a beni non attribuiti al mandatario, mentre la finalità perseguita con l'onere non si pone come lo scopo principale avuto di mira dal testatore, bensì come finalità ulte-



ferire ad un terzo il potere di agire con riferimento alla categoria di interessi non patrimoniali che l'ereditando vuole regolamentare per il tempo in cui avrà cessato di vivere² - sia dal negozio bilaterale la cui esecuzione, differita alla morte del mandante, si estrinsechi in uno o più atti meramente esecutivi rispetto ad un'attribuzione patrimoniale già realizzata, *inter vivos*, dal *dominus* (c.d. mandato *post mortem exequendum*), ovvero in un'attività dispositiva di beni compresi nell'asse ereditario (c.d. mandato *mortis causa*)³.

Le predette figure, sebbene trovino un minimo comune denominatore sotto il profilo dell'intento negoziale, essendo dirette a realizzare una tipica finalità successoria, pongono tuttavia problemi differenti. Più precisamente, per ciò che concerne gli incarichi a contenuto non patrimoniale conferiti mediante un testamento o tramite un mandato deve dirsi dubito che essi, nonostante la loro natura *mortis causa*, nessun conflitto determinano con i principi sottesi agli artt. 457 e 458 cc. e con quelli che ispirano la previsione di cui al primo comma dell'art. 587 c.c., dal momento che - come si vedrà - sono dettati da motivazioni autonome e affatto diverse da quelle che presiedono la sfera operativa delle norme che regolano la circolazione dei beni e che escludono la vocazione ereditaria di tipo contrattuale⁴. Tali disposizioni, per contro, interferiscono con i principi che regolano le disposizioni testamentarie e pongono il problema dell'individuazione della disciplina ad essi applicabile, data la peculiare natura che li contraddistingue e l'indubbia affinità funzionale esistente tra l'attività del terzo autorizzato dal *de cuius* ad esercitare il potere gestorio ed un comune mandatario⁵.

Conseguentemente, è proprio a tali ultimi profili che nelle pagine seguenti dedicheremo la nostra attenzione, non senza aver dapprima esaminato i rapporti esistenti tra tali disposizioni ed il contenuto atipico del testamento ex art. 587 II° comma c.c.

riore ed accessoria rispetto alla finalità principale che trova la sua realizzazione nell'attuazione della disposizione testamentaria gravata dal modo".

²G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 122 ss.

³A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita not.* 1993, p. 1249; p.49 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 368.

⁴Sul tema vedi V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 202 ss.

⁵L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 54 ss., che rileva come le norme contrattuali non sempre si rivelino idonee a regolamentare i negozi a contenuto non patrimoniale, dovendosi la disciplina di tali atti tener conto della peculiare natura delle situazioni coinvolte nelle singole fattispecie.

Ciò in una prospettiva basata su una lettura del sistema successorio non più esclusivamente formale, ma orientata, piuttosto, ad individuare sia i concreti interessi sottesi alle predette vicende, in modo da poter delimitare gli spazi entro i quali le esigenze immateriali del *de cuius* possono trovare concreta realizzazione, sia gli strumenti più idonei a dare alle stesse adeguata soddisfazione. Il che implica, da un lato, il superamento della diffusa opinione secondo la quale l'area delle disposizioni a contenuto non patrimoniale sarebbe circoscritta essenzialmente ai negozi di diritto familiare; dall'altro, il riconoscimento di nuovi ambiti entro cui può esplicarsi l'autonomia negoziale⁶.

2. Gli incarichi testamentari: validità delle figure e disciplina applicabile

Relativamente agli incarichi che traggono origine da una disposizione testamentaria avente ad oggetto il conferimento ad un terzo del potere di agire per la gestione degli interessi che il *de cuius* vuole regolamentare per il tempo in cui avrà cessato di vivere, è dato innanzitutto rilevare come essi, nonostante la terminologia utilizzata in dottrina e in giurisprudenza, solo impropriamente possano ricondursi allo schema di cui agli artt. 1703 c.c. Ciò non tanto perché colui che è designato come mandatario non svolga un'attività gestoria, quanto, piuttosto, perché il procedimento attraverso cui viene conferito il potere è inidoneo a generare un accordo contrattuale.

In questi casi, invero, sebbene vi sia il concorso di due volontà (quella del testatore e quella del beneficiario della disposizione), manca l'incontro delle volontà, ossia la formazione del consenso, poiché l'atto che dovrebbe integrare gli estremi di una proposta e quello che dovrebbe rappresentare la conseguente accettazione restano due atti indipendenti l'uno dall'altro e vengono a costituire non un unico negozio, ma due negozi distinti⁷. A differenza di

⁶P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135 ss., che pone in luce come l'autonomia negoziale non si identifichi con l'iniziativa economica, e dunque con gli atti a contenuto patrimoniale, ma affondi le sue radici in principi, anche di rilevanza costituzionale, che variano a seconda del contenuto e della portata dell'atto. In questa logica il contenuto non patrimoniale della disposizione si ricava quindi dal valore o degli interessi sottesi al rapporto negoziale e non già dalla patrimonialità o meno che le parti attribuiscono ad una determinata prestazione. Cosicché l'eventuale pattuizione di corrispettivo in denaro, ad esempio, non muta il carattere non patrimoniale dell'incarico, potendo eventualmente condurre, come si vedrà, soltanto ad un giudizio di illiceità dell'accordo.

⁷In questo senso, già sotto il vigore del previgente codice civile, vedi V. POLACCO, *Delle successioni*, Roma, 1937, p. 315;



Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato (Vincenzo Putorti)



quanto accade in tema di contratti *inter vivos*, dove la manifestazione di volontà dell'oblato è conosciuta dal proponente, il quale, allorché la dichiarazione giunge al suo indirizzo, deve essere in vita, nelle fattispecie in esame, invece, l'atto che dovrebbe fungere da accettazione interviene soltanto dopo che colui che della stessa è il destinatario ha cessato di vivere⁸.

Né, a tal riguardo, potrebbero utilmente richiamarsi gli artt. 1329 e 1330 c.c. che sanciscono la "ultrattività" della proposta là dove essa sia irrevocabile o sia funzionale all'esercizio dell'attività di impresa. Infatti, è dato osservare non solo che l'eventuale irrevocabilità della clausola testamentaria contenente una siffatta proposta sarebbe del tutto priva di effetti, visto il principio della piena e assoluta libertà di revocare le disposizioni a causa di morte, ma, altresì, che è la stessa natura della disposizione (necessariamente a causa di morte, unilaterale e unipersonale) che si rivela inidonea ad essere fonte di un diritto all'accettazione di una proposta contrattuale ormai non più riferibile al *dominus*⁹.

Sotto tale profilo, deve peraltro rilevarsi che la struttura necessariamente unilaterale dell'atto con il quale si conferisce al terzo il predetto potere non rende la disposizione priva di efficienza funzionale. Essa, nonostante la sua particolare natura, non pare contrastare con i principi generali vigenti in materia negoziale. Questo non solo perché il diritto positivo prevede espressamente alcune ipotesi nelle quali viene conferito al terzo un potere gestorio in via unilaterale (es. procura), ma altresì perché è stato ampiamente dimostrato come la struttura di un negozio costituisca non già un *præius*, ma una conseguenza degli effetti che l'atto in concreto realizza, di guisa che essa non si identifica necessariamente ed esclusivamente con il tipo negoziale, ma varia in funzione degli scopi che i soggetti intendono perseguire con l'atto di privata autonomia¹⁰.

Per tale ragione, i predetti incarichi se, per un verso, fuoriescono dallo schema delineato dall'art. 1703 c.c., per altro verso sembrano integrare gli estremi di un negozio autorizzativo, unilaterale, recettizio e liberamente revocabile, volto ad attribuire al terzo il potere (ed non l'obbligo) di agire per

l'attuazione della volontà espressa dal testatore nell'atto di ultima volontà¹¹. Di qui la loro peculiarità, visto che, pur essendo contenuti in un atto a struttura necessariamente unilaterale, tendono ad autorizzare lo svolgimento di un'attività gestoria sostanzialmente analoga a quella tipica del mandato¹². Anche se il terzo, a differenza del mandatario, che - è noto - si obbliga a soddisfare gli interessi del *dominus*, rimane libero di esercitare il potere conferitogli dal testatore¹³.

Conseguentemente, se il *de cuius* intende utilizzare lo strumento testamentario per disporre compiutamente dei suoi interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere, ben può inserirvi specifiche clausole dirette ad attribuire all'erede, al legatario, o ad un terzo il potere di agire per la soddisfazione delle proprie esigenze. Con l'avvertenza, però, che tali disposizioni se hanno contenuto patrimoniale non possono che assumere la forma dell'onere o *modus* testamentario¹⁴, mentre se sono di natura non patrimoniale possono acquisire un autonomo

¹¹F. SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Saggi dir. civ.*, Napoli, 1961, p. 778, che evidenzia come, in questi casi, se si prescinde dal carattere contrattuale della fattispecie, l'atto di conferimento del potere al terzo assuma i caratteri del negozio autorizzativo, visto che il testatore con una propria dichiarazione di volontà consente al soggetto destinatario dell'atto di poter agire per conto altrui.

¹²In giurisprudenza, vedi Cass. 4 ottobre 1962 n°2804, in *Giust. civ.*, 1962, p. 2071.

¹³Né, a tal riguardo, potrebbe porsi un problema di rappresentanza (così invece F. MESSINEO, *Manuale di dir. civ. comm. Vol. VI*, Milano, 1960, p. 184), poiché il terzo incaricato non agisce né in nome del testatore, limitandosi soltanto ad adempiere la sua volontà, né tanto meno in nome e nell'interesse dell'erede, essendo i suoi poteri autonomi e indipendenti dalla volontà del successore universale che non potrà né revocare l'incarico, né fornire eventuali istruzioni e indicazioni modificative rispetto a quelle impartite dal *de cuius* (L. BARASSI, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1947, p. 210; G. GIAMPICCOLO, op. cit., p. 126 ss.)

¹⁴Il soggetto, infatti, per disporre dei propri beni per il tempo successivo alla morte può avvalersi soltanto del testamento e far ricorso esclusivamente a due schemi tipici: istituzione d'erede e legato (L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. I. Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, p. 43 ss; R. NICOLÒ, *Negozio di Fondazione. Istituzione d'erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 388; A. CICU, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1941, p. 172). In una prospettiva volta ad allargare lo schema causale del testamento si muovono invece coloro i quali assegnano all'onere un ruolo autonomo rispetto alle disposizioni testamentarie tipiche contemplate dall'art. 588 c.c., (M. PROTO, *Il modo*, in *Tratt. dir. succ. donaz.* (dir. da Bonilini), II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1223 ss; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, p. 898 ss.) e gli autori che qualificano come un particolare tipo di attribuzione a titolo gratuito l'atto con cui si conferiscono ad un determinato ente i mezzi patrimoniali necessari (atto di dotazione) F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 290; P. RESCIGNO, voce *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 797 ss.

NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. Sc giur.*, 1939, p. 11; BRUNELLI, ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, p. 329.

⁸*Ex multis*, vedi G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario* cit., p. 19; A. DOLMETTA, op. cit., p. 460; G. MUSOLINO, op. cit., p. 694.

⁹G. GIAMPICCOLO, op. cit., p. 130, che sottolinea come siffatte figure non possano valutarsi con riguardo al comune concetto del mandato *inter vivos* perché ciò costituirebbe una forzatura concettuale pari a quella che si compirebbe ove si volesse "definire il legato con riferimento al concetto di donazione".

¹⁰In questo senso, vedi P. PERLINGIERI, op. cit., p. 131

rilievo ed essere predisposte anche in favore di un terzo.

Del resto, è la stessa formulazione del testo normativo di cui all'art. 587 II° comma c.c. che permette che siffatte previsioni, oltre ad essere contenute in un testamento ed avere come destinatari i successori universali o particolari, possano essere dettate anche in favore di soggetti diversi; e in particolare di persone che godono della personale fiducia del testatore e offrono maggiori garanzie in ordine al corretto svolgimento dell'incarico, non essendo, a differenza degli eredi o legatari, economicamente interessati all'eredità e coinvolti in un ipotetico conflitto di interessi. Così come accade, ad esempio, in ordine alle disposizioni concernenti la propria sepoltura, la cremazione delle proprie spoglie, la pubblicazione dell'opera inedita o le credenziali di accesso alle risorse informatiche, nonché in relazione alla c.d. clausola arbitrale testamentaria la cui dubbia ammissibilità non esclude l'evidente utilità che la stessa presenta, consentendo al testatore non solo di imporre ai successori, nel caso in cui insorgano controversie tra loro, il ricorso alla procedura arbitrale, ma anche di designare direttamente l'arbitro incaricato di definire la vertenza¹⁵.

Proprio la peculiare natura rivestita da tali incarichi aiuta a comprendere, altresì, perché essi, da un lato, partecipino della disciplina applicabile al testamento e siano soggette ai principi dettati in tema di personalità, formalità e revocabilità dell'atto di ultima volontà, che rispetto alle disposizioni contrattuali offrono alla volontà *del cuius* una tutela più efficiente¹⁶; dall'altro, presentando una sostanziale affinità funzionale con quelli che formano oggetto di un contratto di mandato, siano regolati dalle norme dettate dagli artt. 1703 ss. c.c.

Da questo punto di vista, significative appaiono le analogie esistenti tra la posizione rivestita dal terzo titolare del predetto potere gestorio e la figura del mandatario, a cui viene spesso ricondotta anche quella dell'esecutore testamentario, soprattutto là dove quest'ultimo, godendo di poteri più ampi e incisivi rispetto a quelli espressamente previsti dal le-

gislatore¹⁷, cessi di essere un puro *minister*¹⁸. Tant'è vero che sia l'esecutore che il terzo incaricato *ex testamento*, pur essendo liberi di decidere se eseguire o meno l'incarico, ove scelgano di adempierlo, sono poi tenuti a portarlo a termine, salvo il sopraggiungere di gravi cause ostative. Così, pure, in entrambi i casi, l'erede che a causa dell'ingiustificato abbandono dell'incarico abbia sopportato delle spese o abbia subito un danno è legittimato ad agire in via risarcitoria, essendo l'incaricato, al pari dell'esecutore o di un comune mandatario, responsabile ai sensi degli artt. 703, 709 c. c. e 1710, 1713 c.c. Mentre se porta a termine il compimento dell'affare graverà sull'erede l'obbligo di rimborsargli le spese sostenute secondo quanto previsto dagli artt. 712 e 1720 c.c., salva la diversa volontà del testatore tesa non gravare il successore universale di siffatto onere.

Non solo, ma è proprio la descritta sostanziale affinità funzionale esistente tra l'istituto qui preso in considerazione e la figura espressamente disciplinata dagli artt. 700 ss. c.c. che spiega perché, in applicazione delle norme dettate per il mandatario (art. 1710), sia il terzo incaricato *ex testamento* che l'esecutore testamentario debbano svolgere il loro compito con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 703 IV comma c.c.) e siano tenuti a rendere il conto della gestione (ex artt. 709 e 1713 c.c.) agli eredi del testatore.

¹⁷ Il riferimento è alle funzioni attribuite all'esecutore dall'art. 706 c.c. e dall'art. 24 della legge sul diritto d'autore di cui si dirà nel paragrafo 10. Funzioni che, secondo alcuni, sarebbero tipiche del titolare di un ufficio privato di ordine pubblico, in quanto dirette a salvaguardare non solo gli interessi dei soggetti coinvolti dall'esecuzione delle disposizioni testamentarie, ma anche un interesse pubblico coincidente con la piena tutela alla personalità del *de cuius* (A. CANDIAN, *Del c.d. ufficio privato e in particolare dell'esecutore testamentario*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Padova, 1975, p. 212). Altri autori, invece, (F. MESSINEO, op. cit., p. 102) qualificano l'esecutore testamentario come titolare di un "ufficio di diritto privato con carattere di accessorietà al quale vanno connessi la funzione di promuovere l'osservanza del contenuto del testamento [...] e l'esercizio di un potere in nome proprio ma nell'interesse altrui".

¹⁸ AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 553, i quali rilevano come l'espressione di cui 'art.703 c.c. "l'esecutore deve curare" vada intesa non già come pedissequa e generica sorveglianza dello svolgimento di un altrui attività, ma in senso ampio e onnicomprensivo, includendo anche il compimento di tutti gli atti di iniziativa funzionali all'attuazione della volontà del *de cuius*. Tant'è vero che alcuni autori tendono ad equiparare il terzo incaricato dei predetti poteri gestori a quella dell'esecutore testamentario (A. LUMNOSO, op. cit., p. 126). Ma sulle differenze esistenti tra le due figure, vedi G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. Codice civile (diretto da Schlesinger)*, Milano, 2005, p. 262 ss.

¹⁵ G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, in *Tratt. dir. succ. donaz.* (dir. da Bonilini), II, *La successione testamentaria*, cit., p. 887 ss.

¹⁶ P. PERLINGIERI, M. URCIOLI, *Manuale di diritto Civile*, Napoli, 2007, p. 475, che sottolineano come le regole in tema di capacità o di vizi della volontà e le altre norme contrattuali ispirate dall'esigenza di tutelare l'affidamento, essendo dirette a disciplinare un fenomeno legato ad esigenze e ragioni diverse da quelle sottese agli atti a contenuto non patrimoniale, appaiono inadeguate a tutelare la libertà del soggetto, e dunque si rivelino inapplicabili ai negozi in esame. A. DOLMETTA che rileva come anche le regole contrattuali dettate in tema di revocabilità dell'incarico mal si conciliano con il carattere personalissimo di tali disposizioni, che richiedono, *ab origine*, l'esclusione di siffatto potere in capo agli eredi.



3. Disposizioni a contenuto non patrimoniale e mandato *post mortem*: le disposizioni sulla sepoltura e sulla cremazione delle spoglie mortali

Rispetto ai principi sopra esposti, diversi sono i criteri valutativi utilizzabili per stabilire la liceità degli incarichi a contenuto non patrimoniale conferiti dal *de cuius* attraverso un contratto di mandato destinato ad essere eseguito dopo la morte del *dominus*. Essi implicano innanzitutto una lettura dei rapporti correnti tra il contenuto atipico del testamento, del quale le predette disposizioni possono far parte, ed il contratto di cui agli artt. 1703 ss., non più basata su un dato esclusivamente formale, ma orientata, per contro, a dare spazio alle concrete esigenze immateriali del *de cuius* ed a privilegiare gli strumenti che si rivelano maggiormente idonei ad offrire un'adeguata soddisfazione delle stesse.

Del resto, si è da tempo dimostrato come possano considerarsi superate le opinioni che consideravano valide le sole disposizioni non patrimoniali espressamente previste dalla legge, dovendosi, per contro, riconoscere legittimità a tutti gli incarichi di cui all'art. 587 II° comma c.c., purché conformi ai principi di ordine pubblico e del buon costume¹⁹. Incarichi, questi, che possono essere validamente contenuti in un testamento oppure costituire oggetto di un contratto di mandato e, come tali, essere considerati non già fonte di una semplice esortazione o raccomandazione di ordine morale,²⁰ ma giuridicamente rilevanti e immediatamente vincolanti per il mandatario²¹.

In realtà, una prima indicazione in tal senso sembra potersi trarre proprio dalla formulazione del testo normativo di cui all'art. 587 2° comma, dove il verbo "consente" sta a significare, appunto, che le disposizioni di carattere non patrimoniale

"possono" essere contenute in un testamento, ma non "debbono" esserlo necessariamente. Il che vuol dire che esse sono lecite non solo se inserite in un negozio di ultima volontà, ma anche se formano oggetto di un atto diverso, il quale, in assenza di specifiche prescrizioni formali, può essere stipulato anche in forma orale, visto il principio normativo secondo il quale le determinazioni volitive dell'ereditando necessitano della forma testamentaria solo nei casi espressamente previsti²². Ciò anche se non può negarsi che, in queste ipotesi, solo lo scritto assicura un'adeguata conservazione della volontà del *de cuius* e una sufficiente certezza attuativa della stessa²³.

Allo stesso modo, non sembrano rappresentare un ostacolo all'ammissibilità di siffatti negozi i principi ed i divieti vigenti per i contratti aventi ad oggetto un'attività dispositiva di beni da compiersi dopo la morte del disponente, in quanto essi - si è visto - operano unicamente in presenza di un'attribuzione patrimoniale contrattualmente predisposta e non anche in ordine agli accordi che implicano il compimento di atti a contenuto non economico, spesso inerenti alla sfera più intima della persona. Tali incarichi, sebbene di indubbia natura *mortis causa*, dato che la loro esecuzione non può avvenire se non dopo la morte del *dominus*²⁴ - e dunque che è proprio tale evento che si pone come fattore caratterizzante, in via esclusiva, la funzione che l'atto è destinato a realizzare - sono sottratti all'applicazione dei principi sottesi agli artt. 457 e 458 cc. ed a quelli che ispirano la previsione di cui al primo comma dell'art. 587 c.c.

In particolare, è dato ritenere che sia la struttura unilaterale che necessariamente deve rivestire l'atto a causa di morte²⁵, sia le ragioni che escludono la vocazione ereditaria di tipo contrattuale, assumono un loro peculiare ed esclusivo rilievo nell'ambito

¹⁹ Tra gli autori che negano che il testatore possa inserire nell'atto di ultima volontà disposizioni non contemplate dalla legge, vedi G. AZZARITI, voce *Successioni (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig.it.* XVIII, Torino, 1977, p. 822. Diversamente, muovendo dalla premessa che il testamento sia un negozio complesso che ha la funzione di comporre tutti gli interessi meritevoli di tutela per il tempo in cui l'ereditando avrà cessato di vivere, ammettono che il testamento possa contenere anche disposizioni di natura non patrimoniale non previste dal legislatore, A. ANSALDO, op. cit. p. 499; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento cit.*, p. 13 ss; L. BIGLIAZZI GERTI, *Il testamento*, cit., p. 235; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, cit. p. 1103.

²⁰ Ritengono che tali incarichi non sia soggetti ad alcuna sanzione o rimedio vista l'assenza di un soggetto legittimato a tutelare gli interessi del mandante in caso di inerzia del mandatario, F. GRADASSI, op. cit. p. 847; A. AMATUCCI, op. cit., p. 307.

²¹ Cass. 23 maggio 2006 n°12143 cit., che ha stabilito "il diritto di ogni persona fisica di scegliere liberamente le modalità e il luogo della sepoltura può esprimersi anche" attraverso il conferimento di un mandato ai prossimi congiunti".

²² Il che è accaduto, ad esempio, per l'atto costitutivo di una fondazione che, ai sensi dell'art. 14 c.c., deve necessariamente essere contenuto in un testamento.

²³ R. DE RUGIERO, *Istituzioni di diritto civile, III, Diritto ereditario*, Milano, Messina, 1940, p. 645.

²⁴ G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti il funerale*, in *Pers. fam. succ.* 2011, p. 405 che sottolinea la natura "essenzialmente *post mortem* di siffatte disposizioni" e la loro "indubbia natura di atti *mortis causa*"; F. GRADASSI, op. cit., p. 846, che rileva come la morte non possa in alcun modo qualificarsi come termine di adempimento della disposizione in quanto l'atto mai potrebbe trovare attuazione prima della morte del mandante.

²⁵ Muovendo dalla struttura necessariamente unilaterale dell'atto a causa di morte, ritengono invalido il mandato contrattuale avente ad oggetto incarichi a contenuto non patrimoniale, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit. p. 126; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine cit.* p. 222, che rileva come la sola struttura adeguata alla funzione che il negozio deve adempiere sia quella del negozio unilaterale "e tale è sempre il negozio a causa di morte"



delle forme e dei modi della trasmissione della ricchezza, senza interferire con le disposizioni di natura non patrimoniale che sono dettate da motivazioni autonome e affatto diverse da quelle che presidono la sfera applicativa delle norme che regolano la circolazione dei beni.

Conseguentemente, se si prescinde dagli incarichi in materia familiare, i quali devono reputarsi invalidi per il carattere personale che rivestono i relativi atti²⁶, possono considerarsi ammissibili sia il mandato circa i tempi e le modalità di diffusione della notizia relativa alla propria morte e/o il modo e il luogo della sepoltura, sia quello concernente la cremazione delle proprie spoglie.

In realtà, la giurisprudenza, dopo aver ricondotto il *ius elegendi sepulchrum*²⁷ nell'ambito dei diritti della personalità, ha più volte affermato che la volontà del soggetto circa la propria sepoltura, oltre che essere contenuta in un testamento, può essere espressa anche per mezzo di un incarico affidato contrattualmente a terzi i cui costi necessari per l'esecuzione, costituiscono "dei pesi che sorgono in conseguenza dell'apertura della successione e che, pur differenziandosi dai debiti che appartenevano al *de cuius* e che, con il patrimonio di quest'ultimo, si trasmettono ai suoi successori, gravano comunque su coloro che hanno accettato l'eredità", salvo che non siano stati espressamente addossati agli eredi o legatari testamentari²⁸.

In tal modo, la Suprema Corte ha implicitamente riconosciuto che il diritto di decidere la propria cerimonia funebre e le modalità della sepoltura rien-

tra nel potere di autodeterminazione del soggetto e rappresenta una manifestazione del suo essere persona, che può esprimersi anche attraverso un contratto di mandato che trova quale suo unico limite il rispetto delle previsioni amministrative che disciplinano la tumulazione²⁹. Contratto, questo, che può essere stipulato anche senza il rigore delle forme testamentarie, essendo a tal fine sufficiente che la manifestazione di volontà sia formulata in modo serio e non sull'impeto di stati emozionali o passionali che potrebbero aver reso immatura o poco consapevole la decisione assunta dal *de cuius*³⁰. Non solo, ma tale negozio, non essendo soggetto alle formalità richieste per la pubblicazione del testamento, che spesso possono ritardare l'attuazione delle disposizioni in esso contenute, ben si concilia con le esigenze di immediatezza e tempestività sottese alla natura delle attività da svolgere³¹.

In queste ipotesi, invero, la volontà del *de cuius*, sebbene espressa mediante un mandato, è giuridicamente vincolante ed è destinata a prevalere su quella diversa eventualmente espressa dagli eredi, in quanto il carattere strettamente personale dell'interesse che l'incarico mira a realizzare, che tocca le convinzioni più intime della persona, esclude il subingresso dei successori universali nella posizione contrattuale del *dominus*, e dunque il loro potere di revocare la disposizione³². Ne segue che gli eredi, i parenti più stretti o coloro che erano legati al defunto da vincoli di convivenza o di affetto, possono scegliere le modalità della sepoltura solo in assenza di una preventiva determinazione volitiva del loro caro³³, in tal caso esercitando, però, un diritto acquisito non già *iure successionis*, ma *iure proprio*, in quanto fondato sull'interesse morale a fornire alla sepoltura del defunto una collocazione che gli consenta di avere una cura adeguata e costante³⁴.

²⁶M. V. DE GIORGI, *I patti cit.* p. 141; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale cit.*, p. 151 ss.;

²⁷ Secondo la definizione di Ulpiano "*sepulchrum est ubi corpus ossame hominis condita sunt*"; *sepulcri autem appellatione omnem sepulturae locum contineri existimandum est*". Il sepolcro infatti è riferito al luogo in cui è sepolto il cadavere o, più ampiamente, ad ogni luogo in cui si trovano i resti di una persona, ancorché vi si trovino solo provvisoriamente o per causa diversa dalla loro normale deposizione (A. ANSALDO, voce *Sepolcro*, in *Dig. IV, Disc. priv. sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 453.

²⁸ Cass. 3 gennaio 2002, n° 28, in *Giur. it.* 2002, p. 10 ss con nota di N. MONTICELLI, *Onoranze funebri e ripartizioni degli oneri: l'insostenibile pesantezza, anche morale, dell'eredità*, che ha precisato come il soggetto che ha anticipato le predette spese abbia diritto ad ottenere il rimborso dagli eredi sempre che non si tratti di spese eccessive sostenute contro la volontà espressa degli stessi. Sotto il vigore del codice civile previgente, la giurisprudenza riteneva invece che il contratto di mandato fosse valido solo se il mandante, nel testamento, avesse imposto all'erede o al legatario il pagamento delle spese o avesse fornito al mandatario, *inter vivos*, i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico (App. Milano 30 dicembre 1933, in *Foro lomb.*, 1934, p. 745 con nota di F. CARIOTA FERRARA, *Mandato post mortem disposizioni sulla sepoltura* che aveva tuttavia già evidenziato come, in questi casi, le spese necessarie per l'esercizio dei diritti personali dovessero gravare sull'eredità "come pesi ad essa inerenti").

²⁹ Cass. 23 maggio 2006 n° 12143, cit.; G. MUSOLINO, op.cit. p. 693. La predetta pronuncia ha confermato la sentenza della Corte di appello di Palermo che a sua volta aveva confermato la decisione del Trib. Palermo 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, p. 1101, con nota di G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem cit.*

³⁰ N. DI STASO, op. cit., p. 691, che esclude l'applicabilità delle norme contrattuali sui vizi del volere in quanto esse, tendendo a contemperare la volontà del dichiarante con il legittimo affidamento della controparte o dei terzi destinatari dell'atto, non tutelano adeguatamente la volontà del *de cuius*.

³¹A. NATALE, *La pubblicazione del testamento*, in *Tratt. dir. succ. donaz.* (dir. da Bonilini). *La successione testamentaria*, cit., p. 1431 ss; N. DI STASO, op. cit., p. 693; F.A. MONCALVO, op. cit., p. 62;

³²F. CARIOTA FERRARA, op. cit., p. 752.

³³ Trib. Palermo 16 marzo 2000 cit.; R. CALVO, op. cit., p. 23.

³⁴P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 795, che sottolinea come il diritto al sepolcro, proprio perchè destinato a soddisfare esigenze di natura non patrimoniale, sia



Del resto, anche la normativa sull'autorizzazione alla cremazione delle proprie spoglie prevede che la dispersione delle ceneri o l'affidamento ai familiari dell'urna cineraria, oltre ad essere oggetto di una specifica disposizione testamentaria, possa essere contenuta in atti diversi³⁵. Cosicché il coniuge o i parenti più prossimi hanno il potere di decidere se procedere o meno all'incenerimento delle spoglie mortali soltanto là dove il soggetto non abbia espresso alcuna volontà in tal senso³⁶. Tant'è vero che la giurisprudenza, qualificando la scelta del *de cuius* non quale mero desiderio o semplice esortazione, ma come espressione di "diritto umano *post mortem* attinente alla dignità della persona in relazione alle proprie credenze", ha espressamente affermato che essa può manifestarsi anche mediante un mandato *post mortem*, conferito, ad esempio, ad un'associazione che abbia come fine statutario la cremazione delle spoglie dei propri associati³⁷.

Evidenti, nondimeno, sono le differenze esistenti nei casi in cui siffatta determinazione volitiva sia contenuta in un testamento o in un mandato. Nell'un caso, essa è soggetta ai vincoli formali dettati per il tipo di testamento prescelto³⁸, nell'altro,

invece, non vi sono prescrizioni di forma, essendo sufficiente che la volontà del *de cuius* di essere cremato, accertabile con ogni mezzo di prova³⁹, risulti in modo chiaro e non sia stata successivamente, neppure implicitamente, revocata⁴⁰. Il che conferma l'idea dell'utilità del mandato quale valido ed efficace strumento alternativo alla nomina di un esecutore testamentario, in quanto esso garantisce al *de cuius* l'attuazione immediata della sua volontà, visto che la stessa non è vincolata al rispetto delle prescrizioni formali dettate per il testamento, non incontra gli eventuali ostacoli o ritardi connessi alla pubblicazione dell'atto di ultima volontà⁴¹ ed è soggetta unicamente al rispetto dei principi di ordine pubblico e del buon costume.

4. Le disposizioni sulla pubblicazione dell'opera inedita e sulle credenziali di accesso alle risorse informatiche

Tra le ipotesi che possono costituire oggetto di un valido mandato *post mortem* possono annoverarsi le diverse fattispecie previste dalla legge sul diritto d'autore⁴² relative alla pubblicazione postuma

sganciato dai principi del diritto ereditario e si traduca in un diritto del singolo quale componente del gruppo familiare che, come tale, è intrasferibile e rinunziabile.

³⁵Cass., 29 aprile 2006, n° 10035 cit. che confermato la sentenza della Corte di appello di Palermo che a sua volta aveva confermato la decisione del Trib. Palermo 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, p. 1101.

³⁶ L'art. 3 n°1 lett. b della legge 130 del 2001 stabilisce che l'autorizzazione alla cremazione delle proprie spoglie viene concessa nel rispetto della volontà espressa dal defunto o dai suoi familiari attraverso un'apposita disposizione testamentaria, tranne nei casi in cui i familiari presentino una dichiarazione autografa del defunto contraria alla cremazione, fatta in data successiva alla disposizione testamentaria stessa. Non solo, ma il predetto testo normativo al n°3 prevede che è solo in mancanza di una manifestazione di volontà nel testamento o di qualsiasi altra espressione del defunto che viene presa in considerazione la volontà del coniuge, o in difetto, del parente più prossimo.

³⁷ Cass., 29 aprile 2006, n°10035, in *Pers. fam. succ.* 2007, p. 524; G. BONILINI, *Iscrizione a <società> di cremazione cit.*, p. 526

³⁸ Si ritenuto (R. DE RUGGIERO, op. cit., p. 645) che la disposizione sul funerale, se contenuta in un testamento, sia una disposizione testamentaria e, come tale, debba rivestire la forma prevista per il tipo di testamento che la contiene. Diversamente, altra dottrina ha affermato che, in assenza di un'espressa prescrizione normativa, tale disposizione non è soggetta a vincoli di forma e che lo scritto è opportuno al solo fine di conseguire una maggiore certezza attuativa della volontà del *de cuius* (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, cit.*, p. 146 ss). Di recente, si è peraltro osservato (G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti il funerale, cit.*, p. 406) come la persona, là dove riconnetta particolare importanza alla cerimonia funebre e reputi i suoi familiari poco inclini alla spontanea esecuzione della sua volontà, tenderà a considerare la disposizione come un *modus* gravante sui suoi successori ed a nominare un esecutore affinché vigili e controlli sull'attuazione della stessa.

³⁹ Cass., 29 aprile 2006, n°10035, cit.; Cass., 10 maggio 2004, n°8850, in *De iure*

⁴⁰ La revoca della volontà del soggetto di essere cremato può risultare anche in modo implicito attraverso il recesso dall'associazione di cremazione, purché il soggetto che abbia un interesse contrario all'incenerimento delle spoglie mortali dimostri che lo scioglimento del vincolo associativo sia frutto della mutata volontà del *de cuius* (G. BONILINI, *Iscrizione a società di cremazione, cit.* p. 527).

⁴¹N. DI STASO, op. cit., p. 694, che richiama l'ipotesi in cui il notaio che ha rogato il testamento si trova in un luogo distante da quello di residenza del defunto, ovvero si sia in presenza di più testamenti che contengono disposizioni la cui incompatibilità appare dubbia ex art. 682 c.c.

⁴² L'art. 24 della l. 22 aprile 1941 n° 633, dispone "il diritto di pubblicare le opere inedite spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, salvo che l'autore non abbia espressamente vietato la pubblicazione o l'abbia affidata ad un terzo". Analoghe previsioni sono contenute nell'art. 93 che riguarda la pubblicazione postuma della corrispondenza, epistolari, memorie familiari e nell'art. 96 2° comma, in relazione ai diritti sul proprio ritratto. Significativo, al riguardo, è il caso deciso dalla giurisprudenza di merito (Trib. Milano 24 marzo 1955 in *Temi*, 1955, p. 388 con nota di A. AURICCHIO, *La Pubblicazione dell'opera postuma ed il mandato post mortem*) relativo alla pubblicazione del diario che Clara Petacci aveva affidato oralmente ad un'amica poco tempo prima della sua morte. Apertasi la successione, l'amica (mandataria) stipulò il contratto di edizione ed alienò i diritti di utilizzazione economica alla casa editrice. Convenuta in giudizio dagli eredi della Petacci che, in quanto titolari del diritto morale d'autore, ecceperono la sua mancanza di legittimazione a provvedere alla pubblicazione, l'incaricata si difese facendo leva sull'art. 24 l. dir. aut., che attribuisce all'autore il potere di affidare a terzi la pubblicazione dell'opera inedita. Tuttavia, mentre il Tribunale dichiarò che tale contratto era da ritenersi nullo perché privo della forma che l'ordinamento impone per gli atti di ultima volontà, l'A. rilevò



della corrispondenza, di epistolari e memorie familiari (art. 93)⁴³, ai diritti relativi al proprio ritratto (art. 96 2° comma) o alla pubblicazione dell'opera inedita che l'autore intenda affidare per il tempo successivo alla sua morte ad un terzo.

Sotto questo profilo, può essere utile rilevare innanzitutto che il potere di pubblicazione - di cui quello di inedito rappresenta l'aspetto negativo - si distingue dal diritto di utilizzazione economica dell'opera, poiché mentre quest'ultimo è connesso alla rilevanza dell'opera come bene immateriale, il primo attiene invece al profilo personale della tutela del diritto d'autore e si ricollega all'attività creativa del soggetto, che non si esaurisce nel solo diritto alla paternità e alla salvaguardia dell'integrità del risultato intellettuale, ma si manifesta anche come potere di decidere sulla diffusione o riproduzione dello stesso⁴⁴.

Cosicché, sebbene si tratti di aspetti tra loro collegati - nel senso che il diritto di pubblicazione non può non riflettersi su quello di utilizzazione economica, essendo a questo preliminare - i due diritti operano su un piano concettuale diverso e sono tra loro distinti⁴⁵. Il potere di decidere se divulgare o meno l'opera intellettuale trova la sua giustificazione immediata nell'aspetto più propriamente per-

che detto incarico, configurandosi come atto di esercizio personale del diritto di inedito da parte dell'autore, non avesse natura di atto di ultima volontà e, dunque che non vi era necessità che fosse contenuto in un testamento.

⁴³ La giurisprudenza ha infatti precisato che la pubblicazione *post mortem* di un epistolario avente carattere confidenziale - ossia della corrispondenza il cui autore ha confidato nel riserbo e nella discrezione del destinatario, indipendentemente dal tema affrontato o del sentimento manifestato dallo scrivente (Trib. Milano 9 settembre 2004, in *Foro it.* 2005, I, c. 249) - senza il consenso dei congiunti legittimati *ex lege*, costituisce violazione del diritto alla riservatezza e dà diritto alla tutela cautelare ed al risarcimento del danno che deve considerarsi in *re ipsa* (Trib. Bergamo 19 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2501).

⁴⁴ Da tempo, la dottrina, dopo aver messo evidenza come la rigida contrapposizione tra profilo personale e profilo patrimoniale della tutela del diritto d'autore nei termini in cui essa veniva delineata (A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1961, II, p. 182 ss.) non era in grado di offrire alcun valido criterio ricostruttivo, ha dimostrato che il diverso quadro concettuale nel quale si collocano i poteri dati a tutela degli aspetti di natura personale - non devono intendersi ristretti alla sola paternità dell'opera - e quelli relativi all'utilizzazione economica del risultato creativo (D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 151 ss).

⁴⁵ La giurisprudenza ha chiarito che i soggetti legittimati *ex art. 24 l. dir. aut.* possono opporsi alla pubblicazione non autorizzata di opere inedite anche se i relativi diritti di utilizzazione economica non possono essere esercitati per scadenza dei termini di durata di protezione, così chiaramente distinguendo tra diritto di pubblicazione e diritto di utilizzazione economica dell'opera (Trib. Ferrara 5 aprile 2000, in *Dir. aut.*, 2001, p. 483).

sonale della tutela⁴⁶; l'altro, invece, concerne le potenzialità economiche che l'opera dell'ingegno, in quanto bene, racchiude in sé e che dall'autore sono concretizzabili attraverso la sua commercializzazione. Ne segue che l'autore può affidare a terzi, anche mediante un contratto di mandato, il potere di decidere sulla convenienza ed eventualmente provvedere alla pubblicazione postuma dell'opera inedita, attribuendo invece ai soggetti istituiti eredi o eredi o legatari il diritto ad ottenere i proventi ricavabili dalla vendita del bene⁴⁷.

Particolarmente utile, inoltre, potrebbe rivelarsi il ricorso al mandato *post mortem* nel settore delle tecnologie informatiche e, in particolare, in ordine alle credenziali di accesso (*pin, password, username*) a risorse *online* o fisiche per conoscere il "profilo" creato su piattaforme di *social network, files* contenenti documenti riservati, corrispondenza personale, opere inedite, informazioni finanziarie, fotografie e così via. Credenziali, queste, che si differenziano dalla firma elettronica, in quanto sono prive di "associazione logica con altri dati"; ossia non posseggono quel legame sistematico con altri elementi che della firma elettronica costituisce elemento qualificante⁴⁸.

Per tale ragione, esse costituiscono, piuttosto, un metodo, contrattualmente definito, per l'identificazione telematica del soggetto che ha diritto all'accesso e che, a differenza della firma elettronica, in caso di trasmissione a terzi, non incontrano alcun ostacolo intrinseco alla loro natura⁴⁹. Infatti è necessario tener distinta la trasmissione delle credenziali in sé considerate dall'oggetto mediato delle stesse, ossia dal contenuto a cui, grazie ad esse, è possibile accedere, in quanto l'una non comporta, *ipso iure*, il diritto ad operare sui rapporti giuridici che trovano origine nei materiali che la risorsa custodisce, né incide sulle situazioni giuridiche che i terzi vantano sul contenuto della stessa.

⁴⁶P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 797, che sottolinea come il diritto morale d'autore sia personale e intrasmissibile a causa di morte, per cui "gli stretti congiunti" legittimati ad esercitare i poteri di cui all'art. 23 l. 1941/633, vengono in rilievo *iure proprio* e non quali successori. I predetti poteri, infatti, sono da loro acquisiti *ex lege*, indipendentemente dalla loro qualità di eredi e possono essere esercitati singolarmente.

⁴⁷ Trib. Roma 10 aprile 1998, in *Gius*, 1998, p. 2780.

⁴⁸ L'art. 1 del Codice dell'amministrazione digitale (D lgs 3 marzo 2005 n° 2 modificato dal d lgs 4 aprile 2006 n° 159) stabilisce infatti che la firma elettronica è data "dall'insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi tramite associazione logica di altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica. M. CAMMARATA E. MACCARRONE, *Un messaggio e mail non è prova scritta, leggibile all'indirizzo internet http://interlex.it*.

⁴⁹U. BECHINI, *Password, credenziali, e successione mortis causa*, in *Studi e materiali del Cons. Naz. Not.*, 2008, p.2



Si spiega così perché la normativa vigente esclude la liceità delle disposizioni *post mortem* dirette ad assicurare a terzi la conoscenza del *pin* o della *password* di accesso a dispositivi di firma elettronica, mentre non pone alcuna proibizione generale alla trasmissione delle proprie credenziali, fatti salvi il principio di autoresponsabilità in relazione alle attività che in tal modo si rendono possibili e l'esistenza di eventuali specifici divieti di fonte contrattuale.

Tale precisazione mette in luce, nondimeno, l'evidente peculiarità del fenomeno rispetto alle tradizionali forme espressive delle opere dell'ingegno, in quanto, in questi casi, il supporto del documento, a differenza di ciò che accade in ambito cartaceo, non ha un valore irrilevante, ma è dotato di una propria dimensione economica. Di qui la distinzione tra le disposizioni che hanno ad oggetto la risorsa fisica in quanto tale - si pensi, ad esempio, ad un computer il cui accesso è vincolato alla conoscenza di determinate credenziali - e quelle relative al suo contenuto, ben potendo il *de cuius* disporre in modo separato e con atti diversi dell'una e dell'altro, attribuendo a terzi il solo potere di utilizzare le credenziali, e dunque di accedere alla risorsa per eliminare in tutto o in parte ciò che è in essa contenuto⁵⁰. Sebbene occorre tener presente che le credenziali, per ragioni di sicurezza, sono soggette ad essere periodicamente modificate e che molti servizi *on line* sono localizzati all'estero, per cui le condizioni di utilizzo degli stessi sono disciplinate non dalla normativa italiana, ma dalle leggi dello Stato in cui si trova il *provider*⁵¹.

Conseguentemente, ove il *de cuius* intenda consentire solo a determinati soggetti, diversi dagli eredi o legatari, l'accesso ad una risorsa fisica o *on line* per il tempo in cui avrà cessato di vivere potrà far ricorso alla figura dell'esecutore testamentario o del mandatario, fornendogli analiticamente tutte le istruzioni sulle attività da svolgere⁵². Anche se, in questi casi, pare che sia proprio il *mandato post mortem* a rappresentare lo strumento che maggiormente tutela la volontà del *de cuius*. Ciò non solo per l'assenza di vincoli formali e per la sua maggio-

re snellezza operativa, quanto, piuttosto, per il fatto che l'eventuale inserimento delle credenziali in un atto di ultima volontà esporrebbe il testatore al rischio che le stesse possano essere utilizzate dall'erede più abile o più svelto a chiedere la pubblicazione del testamento, portando così ad una loro pubblicizzazione che potrebbe rivelarsi contraria ai desideri del testatore⁵³.

Diversamente, la pianificazione in via contrattuale delle predette vicende consente al *de cuius*, da un lato, di salvaguardare eventuali esigenze di riservatezza e sicurezza connesse alla trasmissione delle credenziali e alle operazioni che tramite esse si rendono possibili; dall'altro, di vedere attuata tempestivamente la sua volontà, visto che il mandatario, nel momento in cui si apre la successione, è già a conoscenza dell'attività da svolgere, e dunque non è soggetto ai ritardi (spesso dovuti alla difficoltà di trovare il testamento olografo o agli eventuali intralci causati da motivazioni burocratiche) che sono connessi alla pubblicazione del testamento.

Emerge in tal modo non solo la versatilità del *mandato post mortem* e la sua attitudine a porsi come valida ed efficace alternativa all'atto di ultima volontà, visto che lo stesso è sottratto ai requisiti di pubblicità ed ai vincoli di validità cui è soggetto il testamento, ma, altresì, la sua idoneità a neutralizzare o comunque diminuire il rischio di un eventuale uso illegittimo delle credenziali da parte dei soggetti a cui sono state svelate. Rischio che è attenuato sia dall'estrema cura con la quale il mandante può scegliere la controparte contrattuale, sia dai poteri di controllo che conserva sulla gestione delle credenziali, di guisa che, ove il mandatario abusi della loro conoscenza, il *dominus* può liberamente revocargli l'incarico - anche tramite la modifica delle credenziali ai sensi dell'art. 1724 c.c. - ed agire in via risarcitoria ex artt. 1710 e 1713 c.c. Mentre se l'illegittimo utilizzo delle stesse si verifica dopo la sua morte sono gli eredi che possono attivarsi immediatamente per lo scioglimento del vincolo contrattuale e per ottenere il risarcimento dei danni subiti

⁵⁰U. BECHINI, op. cit., p. 5

⁵¹ Non solo, ma pur là dove la successione del soggetto titolare delle credenziali si dovesse aprire in Italia e, compatibilmente con il sistema internazionalprivatistico della *lex fori*, si applicasse la normativa interna, è indubbio che vi potrebbero essere difficoltà e lungaggini giudiziali che potrebbero comprometterne l'utilità.

⁵² Viceversa, in assenza di espresse disposizioni, spetterà agli eredi ricevere la corrispondenza diretta al defunto e accedere a quella già ricevuta, nonché rende pubblici eventuali contenuti intimi o riservati, secondo previsto in tema di documentazione cartacea dalle norme di cui agli artt. 34 let. C R.D. 18 aprile 1940 n°689 e art. 93 l.dir. aut.

⁵³ Basta pensare che in presenza di un testamento olografo o segreto, la pubblicazione richiede la redazione di un verbale notarile e la presenza di due testimoni ovvero del soggetto che, pur non essendo beneficiario di alcuna disposizione, avendo interesse, abbia chiesto l'apertura e la pubblicazione dell'atto di ultima volontà ai sensi degli artt. 620, 621 c.c.

Gli incarichi *post mortem* a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato (Vincenzo Putorti)



5. L'ambito di operatività delle disposizioni sul prelievo dei propri organi e delle forme di inseminazione artificiale *post mortem*.

146 Un ulteriore ambito concernente gli atti di disposizione inscindibilmente connessi alla morte del soggetto è rappresentato dagli incarichi aventi ad oggetto il prelievo di tessuti o di organi a scopo terapeutico per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, ovvero le forme di inseminazione artificiale *post mortem*⁵⁴. Aspetti, questi, che, sebbene trattati spesso nell'ambito delle disposizioni a causa di morte a contenuto non patrimoniale, sembrano però collocarsi in un contesto autonomo e distinto proprio per la natura etica e superindividuale degli interessi coinvolti⁵⁵.

Così, pure, su un piano diverso si pongono i profili problematici concernenti gli atti dispositivi del proprio corpo posti in essere dal soggetto durante la vita⁵⁶. Infatti, mentre questi ultimi sono atti *inter vivos* e trovano la loro regolamentazione nell'art.5 c.c.⁵⁷, le liberalità relative al prelievo di organi e tessuti *post mortem* sono negozi in cui il decesso del soggetto rappresenta la causa efficiente della disposizione, dal momento che l'utilità della stessa si manifesta esclusivamente dopo il verificar-

⁵⁴ L'inseminazione artificiale difficilmente può essere equiparata al trapianto di organi. Si tratta infatti di due fenomeni che si pongono su piani del tutto distinti, poiché la prima tecnica è priva del carattere terapeutico che costituisce, invece, la finalità e la ratio della seconda (R. ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja Branca, (artt. 1-10), Bologna Roma, 1988, p. 361 ss).

⁵⁵ La dottrina (P. PERLINGIERI, M. URCIOLI, op. cit., p 476) ha evidenziato come l'estrema varietà di accordi a contenuto non patrimoniale impedisca di cogliere "significativi momenti di omogeneità", di guisa, una volta individuato il contenuto della disposizione, sembra preferibile sottolinearne le peculiarità e le caratteristiche per poi ricercare la normativa più adeguata e maggiormente compatibile con i valori in gioco, pena il rischio di "avvicinare promiscuamente atti che sono e devono rimanere distinti, nonostante il loro comune contenuto non economico".

⁵⁶ Neppure il prelievo di gameti maschili e femminili può essere equiparato agli atti dispositivi del proprio corpo, idoneo a cagionare "una diminuzione permanente dell'integrità fisica", in quanto se così fosse dovrebbero considerarsi illecite tutte le forme di procreazione assistita, che richiedono necessariamente il prelievo di materiale genetico (P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1989, p. 67).

⁵⁷ La Relazione ministeriale, n. 26, individua nell'art. 5 c.c. una norma idonea a tutelare una imprescindibile esigenza di carattere morale e sociale, in perfetta aderenza col sentimento pubblico che, mentre vede con simpatia gli atti di disposizione che senza menomazione della integrità personale giovano ad altri, resta invece turbato di fronte ad atti che diminuiscono la capacità fisica del soggetto. Sul tema vedi, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, p. 83 che evidenzia gli intenti altamente umanitari che, grazie ai continui progressi della chirurgia, sono resi possibili dai trapianti di organi.

si di siffatto evento. Proprio per questo essi sono disciplinati da un'apposita normativa, la quale, da un lato, predetermina i tessuti e gli organi che non possono formare oggetto di espianto⁵⁸ e stabilisce i limiti entro i quali il prelievo è ammesso; dall'altro prevede che tale intervento è lecito solo se è espressamente autorizzato in vita⁵⁹, oppure là dove il soggetto abbia omesso di rispondere alla richiesta, a lui specificamente indirizzata dagli organi competenti, volta ad ottenere il suo assenso in ordine a siffatte liberalità⁶⁰.

Il legislatore ha così creato un procedimento in virtù del quale la persona viene considerata "donatore"⁶¹ anche nel caso in cui, avendo ricevuto la predetta richiesta ed essendo stata informata che la mancata dichiarazione di volontà equivale ad assenso, non abbia risposto e non abbia manifestato una

⁵⁸ L'art. 3 della legge 1 aprile 1999 n° 91, da un lato, stabilisce che possono essere prelevati tutti gli organi ad eccezione dell'encefalo e delle gonadi; dall'altro, vieta espressamente la manipolazione genetica degli embrioni anche al solo fine di trapianto di organo: COPPOLA, *Le disposizioni concernenti gli organi*, in *Tratt. dir. success.* (dir. da Bonilini) II, *La successione testamentaria*, cit., p. 1010 ss.

⁵⁹ Nel caso di minori l'art. 4 III° comma l. 91 del 1999 stabilisce che la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è affidata ad entrambi i genitori i quali, così come è avvenuto nel noto caso del bambino Nicolas Green, ucciso dai banditi sulle strade della Calabria, possono prestare il consenso all'espanto degli organi del figlio anche nell'immediatezza del fatto legittimante il prelievo.

⁶⁰ In particolare, il legislatore del '91 ha previsto che "i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione" (art. 4 n°1). Inoltre, sempre l'art. 4 n° 4, prevede "il prelievo di organi e tessuti successivamente alla dichiarazione di morte è consentito: [...] qualora dai dati inseriti nel sistema informativo risulti che il soggetto sia stato informato [...] e non abbia espresso alcuna volontà" (lett. b), salvo che il soggetto di cui sia stata accertata la morte non abbia presentato "una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo" (art. 4 n°5).

⁶¹ Nonostante nel linguaggio giuridico la predetta operazione venga definita come "donazione", deve precisarsi che tale qualificazione è tecnicamente impropria, visto che l'atto di disposizione è unilaterale e revocabile, ha un contenuto non patrimoniale ed ha per oggetto una *res extra commercium* di alto valore esistenziale non suscettibile di valutazione economica (N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, I ss. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano 1998; G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologia e «atti di disposizione del corpo»*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 761 ss.; A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 205 ss.; CICORIA, *Profili del dono nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 279 ss). Pertanto i termini "donatore" e "ricevente", spesso utilizzati per designare rispettivamente chi cede l'organo e chi se ne giova, possono essere sì utilizzati, ma con la consapevolezza del loro valore non tecnico, ma meramente convenzionale e stipulativo (A. LA TORRE, *Alterità e diritto: il confine fra cittadini e stranieri*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p.339 ss).

Gli incarichi *post mortem* a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato (Vincenzo Putorti)



contraria volontà tramite dichiarazione autografa⁶². Il che significa peraltro che il c.d. silenzio assenso informato non esclude il dovere del medico di comunicare alla cerchia dei familiari che può esibire la predetta documentazione ostativa all'espianto degli organi l'intento manifestato in vita dal soggetto. Familiari che non sempre sono facilmente individuabili e le cui istanze in ordine alla produzione di siffatta documentazione devono comunque essere temperate con il dovere del medico di non pregiudicare le chances di vita di coloro che sono in attesa di ricevere gli organi⁶³.

La sufficienza del predetto atto omissivo si fonda, invero, proprio sull'esigenza di temperare l'interesse ad un maggior benessere dell'umanità e alla salvaguardia della salute con il potere del soggetto di autodeterminarsi in ordine agli atti dispositivi del proprio corpo⁶⁴. Di qui il descritto meccanismo procedimentale teso a mediare tra le due menzionate istanze di tutela e l'idea che detti atti, essendo ispirati dal principio di solidarietà, alla cui stregua soltanto si comprende l'attenuazione della necessità di una esplicita manifestazione di volontà

del soggetto⁶⁵, si inseriscano in un contesto autonomo nell'ambito degli atti *post mortem* a contenuto non patrimoniale⁶⁶.

Allo stesso modo, sembrano discostarsi dalle tematiche strettamente connesse agli incarichi oggetto di un possibile mandato *post mortem* le vicende attinenti alle forme di fecondazione assistita poste in essere dopo la morte del partener⁶⁷. Esse, sebbene attualmente debbano considerarsi vietate là dove riguardino il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo o l'inseminazione artificiale della donna con seme crioconservato prelevato dal partener prima del decesso, suscitano, per contro, qualche dubbio in ordine alla loro illiceità nell'ipotesi in cui si tratti di impiantare nel corpo della donna l'embrione formatosi quando entrambi i componenti la coppia erano ancora in vita⁶⁸.

⁶²D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 516 - 518 che, nell'evidenziare le peculiari tecniche attributive in ordine agli atti di disposizione del corpo per il tempo successivo alla propria morte, chiarisce come siano le finalità solidaristiche che creano figure di liberalità che si traducono poi necessariamente in modelli normativi di attuazione del tutto autonomi, definibili in termini di destinazioni solidaristiche. Espressione, questa, che sostituisce quella di donazione o liberalità solidale e che individua un sistema (quello solidaristico, appunto), governato inscindibilmente e intrinsecamente permeato dalla logica della gratuità, la quale, in quanto "costituisce espressione di una libera scelta o destinazione spontanea", rappresenta l'unica - e la sola pensabile - condizione per accedere al predetto sistema, ossia l'esclusivo strumento attraverso il quale il soggetto può perseguire il fine (solidaristico) prefiguratosi. L'A, sottolinea (*Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1995, pp. 224-225,) infatti come gli atti di disposizione del proprio corpo, coinvolgendo momenti essenziali della vita di un individuo, quali la salute, le condizioni di vita e la stessa identità personale, formino sistemi di circolazione strutturalmente e funzionalmente del tutto autonomi conformati dal valore di solidarietà.

⁶³M. PAPPALARDO, F. MARTINELLI, *Sull'assenso alla donazione post mortem di organi e tessuti*, in *Riv. giu. san.* 2003, n° 227, p.279 che evidenziano come l'identificazione dei soggetti legittimati a presentare l'eventuale documentazione contraria all'espianto degli organi si presenti particolarmente ardua nel caso di persone sole o delle quali si ignori se vi siano e dove essi siano, così come può accadere in presenza di cittadini stranieri adulti.

⁶⁴ Si era infatti osservato come sotto la vigenza della vecchia normativa (l. 2 aprile 1968 n°519), ai fini della donazione di organi, era ritenuta sufficiente, seppur con diversi limiti e sulla base di differenti presupposti, l'assenza di una esplicita volontà contraria del soggetto al prelievo, ritenendosi il cadavere oggetto di una "parziale nazionalizzazione" (F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1977, p. 342).

⁶⁵ Si è rilevato (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 318 ss.) che è proprio in virtù del principio di solidarietà che si può superare la necessità del consenso nelle ipotesi in cui il prelievo degli organi su un soggetto con encefalogramma piatto contribuisca a salvare la vita di un altro essere umano. Interesse, quest'ultimo, che può portare a superare anche le esigenze che si ricollegano al sentimento di pietà per i defunti e al diritto del soggetto a disporre del proprio cadavere.

⁶⁶D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, cit., p. 513, che osserva come il principio di solidarietà, costituendo finalità e ratio della normativa citata nel testo, dia luogo ad un fenomeno distinto rispetto a quello inquadrabile nell'ambito delle disposizioni a carattere non patrimoniale di cui all'art. 587 II comma c.c. Esso, infatti, presenta dei caratteri che non solo sono estranei a quelli propri del formalismo testamentario, ma che neppure si pongono come un'espressa eccezione al principio di tipicità della forma che governa gli atti *mortis causa*, in quanto, proprio perché ispirato da una motivazione solidaristica, individua un ambito normativo autosufficiente che interferisce con fenomeni che implicano interessi superindividuali e, dunque, che sono del tutto diversi da quelli tipicamente personali che si esprimono nelle comuni liberalità.

⁶⁷ Sulle tecniche di procreazione assistita e sul diverso campo occupato dell'istituto dell'adozione, vedi A. GORASSINI, voce *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* XXXVI, Milano 1987, p. 944 ss., che sottolinea come il campo specifico della procreazione riguardi la moltiplicazione della specie umana e si estenda fino al punto in cui cessa ogni relazione organica tra nato e genitore. Di qui la differenza con l'adozione dove il predetto rapporto è sostituito con un atto di scelta volontario che "crea" un nuovo vincolo giuridico (F. D. BUSNELLI, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in *Fam.* 2003, p. 35 ss).

⁶⁸ Nonostante la promulgazione della legge n°40 del 2004 sulla fecondazione medicalmente assistita, il dibattito sull'eventuale inseminazione *post mortem* è ancora acceso, tant'è vero che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 II° comma della legge nella parte in cui impone "il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la creazione di un numero massimo di tre embrioni, nonché la necessità dell'unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" (Corte Cost. 8 maggio 2009 n° 151, in *Foro it.*, 2009, 9, I, 2301; F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.* 2011, p.43 ss; G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giu-*

Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato (Vincenzo Putorti)



In realtà, se nei primi due casi l'inseminazione è espressamente preclusa dalla normativa sulla procreazione medicalmente assistita, che consente l'accesso a tale tipo di fecondazione alle sole coppie composte da soggetti "entrambi viventi", in modo da evitare al minore gli eventuali pregiudizi che potrebbero derivargli dall'assenza della figura paterna⁶⁹, più complessa è la soluzione nella terza ipotesi⁷⁰. Questo perché il legislatore ha non solo ommesso di precisare fino a quale momento del procedimento fecondativo è richiesta la presenza di entrambi i genitori, ma ha dettato altresì una normativa che appare chiaramente ispirata dall'esigenza di tutelare prioritariamente il diritto alla vita dell'embrione⁷¹.

risprudenziale della legge sulla procreazione assistita, in *Fam dir.*, 2011, p. 517).

⁶⁹ Tra coloro che riconoscono al bambino il diritto ad avere entrambi i genitori vedi F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il diritto alla vita e il diritto ai due genitori*, in *Ind. pen.*, 1980, p. 416 ss; R. ROMBOLI, op. cit. p. 286; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre* 1986, p. 66 ss; P. STANZIONE, *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 865, che fa leva sul diritto costituzionalmente garantito del minore a crescere in una famiglia stabile che presenti una doppia figura genitoriale. Diversamente, altri autori hanno ritenuto che le norme costituzionali (artt. 2, 29, 30 e 31) - le quali sanciscono il diritto dei singoli a costituire una famiglia e attribuiscono ai figli il diritto di essere educati, mantenuti e istruiti, e dunque implicitamente riconoscono il diritto alla procreazione, quale naturale e indispensabile presupposto per la costituzione della famiglia - non possono riferirsi a coloro che devono essere ancora concepiti, poiché per questi ultimi la scelta si pone esclusivamente fra nascita e non nascita (P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale, tra principi costituzionali e riforme legislative*, ivi, p. 145 ss; S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale, e nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. Ferrando), Padova, 1989, p. 138; C.M. BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche, e tutela dell'essere umano*, in *Giur. merito*, 1987, p. 964; G. FERRANDO, *Quale disciplina per la procreazione artificiale?* in *Dir. fam.* 1987, p. 1143 ss; P. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 86).

⁷⁰ Si è osservato (L. D'AVACK, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.* XII, Milano, 2008, p. 216) che, nel silenzio del legislatore circa il momento in cui i genitori devono essere in vita, la soluzione elaborata dalla prevalente dottrina sia quella di ritenere che le pratiche di fecondazione assistita devono interrompersi qualora uno dei partners venga a mancare prima che l'embrione si sia formato, mentre possono continuare, con il consenso della donna, dopo la formazione dell'embrione, poiché in questo caso, sussistendo concrete possibilità che si giunga alla nascita di una persona, si è in presenza di una situazione affatto diversa da quella che ha indotto il legislatore a proibire al singolo l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale.

⁷¹ P. PERLINGIERI, *La persona e suoi diritti*, Napoli, 2005 p. 68 ss; M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.* 2004, p. 1405; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Fam dir.*, 1999, p. 4; M.

Nonostante l'eccezionalità dell'ipotesi prefigurata, visti i tempi ristretti che possono intercorrere tra la formazione dell'embrione e il suo trasferimento nell'utero, ex art. 14.l. 40/2004, è di tutta evidenza il conflitto che in tali casi si genera tra le ragioni che vietano di avviare pratiche di procreazione nei riguardi di donna vedova, utilizzando il materiale genetico del partner prelevato dal cadavere o crioconservato, e il diritto alla vita che molti riconoscono in capo all'embrione già formato⁷². Contrasto che implica rilevanti questioni etiche e morali e che pare essere stato risolto dal legislatore del 2004 in favore della tutela dell'embrione e del diritto alla salute della donna. Tale normativa, infatti, non solo sancisce il divieto di soppressione degli embrioni, ma stabilisce altresì che, dopo la fecondazione dell'ovulo, anche un'eventuale revoca del

R. MARELLA, voce *Adozione*, in *Dig. civ. agg. I*, Torino, 2000, p. 12; A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post morte*, in *Fam., pers. succ.* 2009, p. 523; G. BISCONTINI, L. RUGGIERI, *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, ed ivi un'ampia discussione sul tema.

⁷² Prima dell'emanazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, la proposta della Commissione ministeriale del 1996 prevedeva che in caso di premortenza del marito la vedova potesse ricevere l'embrione per trasferimento entro un anno dalla morte e che il figlio acquistasse lo status di figlio legittimo. Ciò sulla base di quanto si era affermato in dottrina (M. COMPORTE, *Ingegneria generica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, I, Milano, 1985, p. 340; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, p. 227), che aveva riconosciuto alla vedova la possibilità di disporre dei gameti del marito premorto, già depositati e crioconservati, e il diritto di chiedere il prelievo degli stessi dal cadavere là dove il *de cuius* avesse manifestato, per iscritto, siffatta volontà. In passato, infatti, le tecniche ora proibite erano diffusamente praticate e trovavano soluzioni condivise anche sui problemi concernenti lo status del soggetto nato da fecondazione artificiale, che veniva considerato come figlio legittimo o naturale (P. RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione assistita*, in *AA. VV. La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 38; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.* 2005, p. 105). Anche la giurisprudenza di merito (Trib. Palermo 29 dicembre 1998, in *Fam. dir.* 1999, p. 2 e p. 384 con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*) aveva affermato la legittimità della prosecuzione nei tentativi di inseminazione artificiale da parte della donna con seme del marito defunto, iniziati, con esito negativo, prima della morte del coniuge. F. BUSNELLI, *Procreazione artificiale: la giurisprudenza in trincea*, in *La tutela dell'embrione* (a cura di G. Biscontini, L. Ruggieri), cit. p. 110, che sottolinea come il Tribunale di Palermo sia giunto alla suddetta conclusione attraverso l'applicazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 32 che sanciscono il diritto alla vita del concepito e il fondamentale diritto del genitore superstite a non vedere interrompere, almeno senza il suo giustificato consenso, "il processo vitale innescato anche con l'apporto dei propri gameti". In senso critico verso questa soluzione vedi L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma non solo sul metodo)*, in *Foro it.* 1999, I, 1656.



partener ancora in vita rimane priva di effetti, potendo il procedimento procreativo interrompersi soltanto per volontà della donna⁷³. Il che dimostra ancor più il rilievo superindividuale e la natura costituzionale degli interessi coinvolti, e dunque l'autonomo ambito operativo che tali vicende occupano rispetto agli incarichi *mortis causa* sopra descritti, che, come si è detto, tendono invece a salvaguardare le personali esigenze immateriali dell'ereditando.

⁷³MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p. 148; A. NATALE, op. cit. p. 529, che fanno leva sull'art. 6 della legge per sottolineare come da essa sia possibile trarre il principio secondo il quale il venir meno della volontà del partener maschile della coppia, dopo la fecondazione dell'ovulo, sarebbe priva di effetti, proprio perché in questo momento ciò che assume rilievo assorbente è la tutela dell'embrione ex art. 1. Tant'è vero che anche la morte del coniuge o del compagno, intervenuta dopo la formazione dell'embrione, deve ritenersi irrilevante.

