



Diritto e attuazione del diritto in Europa

a cura di

Martin Schmidt-Kessel e Stefano Troiano



Edizioni Scientifiche Italiane

Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Verona

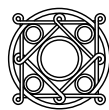
sezione ricerche, raccolte e atti di convegno

21

Diritto e attuazione del diritto in Europa

a cura di

MARTIN SCHMIDT-KESSEL e STEFANO TROIANO



Edizioni Scientifiche Italiane

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona e della Forschungsstelle für Verbraucherrecht della Universität Bayreuth.

SCHMIDT-KESSEL, Martin; TROIANO, Stefano (*a cura di*)
Diritto e attuazione del diritto in Europa
Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona
sezione ricerche, raccolte e atti di convegno, 21
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017
pp. XII+244; 24 cm
ISBN 978-88-495-3476-4

© 2017 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Nella stessa collana

sezione monografie

1. DANIELA ADAMO, *L'intervento di terzi nel processo dinanzi ai giudici dell'Unione Europea*, 2011.
2. SHENKUO WU, *La tutela penale della privacy nell'epoca di Internet. Esperienze italiane e cinesi a confronto*, 2012.
3. LUIGI FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, 2012.
4. FEDERICA PASQUARIELLO, *Profili dei patrimoni destinati di s.p.a.*, 2012.
5. JACOPO BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, 2012.
6. GIOVANNI GUIGLIA, *I servizi sociali nel processo di integrazione europea*, 2012.
7. ANDREA PILATI, *Lavoro e funzione negli amministratori di società per azioni*, 2012.
8. ELISA LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, 2013.
9. LISA LANZONI, *Il territorio tra diritto nazionale ed europeo. Contesto istituzionale e politiche di sviluppo regionale*, 2013.
10. LUIGI FRANCO, *La delegazione legislativa e i tempi dell'ordinamento*, 2014.
11. CATERINA FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, 2015.
12. LETIZIA MINGARDO, *Incontro alle Sirene. Autodeterminazione e testamento biologico*, 2015.
13. STEFANO CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, 2015.
14. IVAN SALVADORI, *I reati di possesso Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, 2016.
15. ANDREA CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, 2017.

sezione ricerche, raccolte e atti di convegno

1. *L'antropologia criminale di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*, a cura di Lorenzo Picotti e Francesca Zanuso, 2011.
2. *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, a cura di Maria Caterina Baruffi e Isolde Quadranti, 2012.
3. *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, a cura di Daniele Corletto, 2012.
4. *Il workfare territoriale*, a cura di Donata Gottardi e Tania Bazzani, 2014.
5. *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, a cura di Daniele Butturini e Matteo Nicolini, 2014.
6. *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, a cura di Marilisa D'Amico e Giovanni Guiglia, 2014.
7. *Per una nuova giustizia possibile. Un progetto per la città*, a cura di Francesca Zanuso e Federico Reggio, 2014.
8. *Il coordinamento degli attori del mercato del lavoro*, a cura di Donata Gottardi e Tania Bazzani, 2015.
9. *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, 2014.
10. *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura di Giovanni Rossi e Francesca Zanuso, 2015.
11. *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, a cura di Lorenzo Picotti, 2015.
12. *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, 2016.
13. *Minori e innovazione: quali diritti?*, a cura di Caterina Fratea e Isolde Quadranti, 2015.
14. *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, a cura di Giampietro Ferri, 2015.
15. *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, a cura di Giampietro Ferri e Alberto Tedoldi, 2016.
16. *Studi sul c.d. contratto di engineering*, a cura di Andrea Caprara e Mauro Tesaro, 2016.

17. *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere. Problemi e prospettive dopo le sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017*, a cura di Giampietro Ferri, 2017.
18. *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, a cura di Giulia Castellani, Alessandra Cordiano, Giorgia Anna Parisi, Martina Vivirito Pellegrino, 2017.
19. *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di Giovanni Sala e Girolamo Sciullo, 2017.
20. *L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino*, a cura di Alberto Rizzo, Mauro Tescano e Stefano Troiano, 2018.

sezione manuali e lezioni

1. *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*, a cura di Laura Calafà, Donata Gottardi e Marco Peruzzi, 2012.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2017
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

Indice

<i>Introduzione</i> di MARTIN SCHMIDT-KESSEL e STEFANO TROIANO	IX
DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE	
ARBEITS- UND SOZIALRECHT	
SIMONE D'ASCOLA, <i>Potenzialità e limiti di una strategia comune contro la disoccupazione: il sussidio europeo</i>	3
CINZIA PERARO, <i>European Union law and the protection of posted workers: a question of competence</i>	21
DIRITTO, NUOVE TECNOLOGIE E MODELLI NEGOZIALI DEL MONDO DIGITALE	
RECHT, NEUE TECHNOLOGIEN UND GESCHÄFTS- MODELLE DER DIGITALEN WELT	
CLAUDIA CALLIPARI, <i>Die Rechtliche Einordnung von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte in Italien</i>	37
MAURO TESCARO, <i>Die Haftungsregeln der „eIDAS“-Verordnung</i>	51
MALTE KRAMME, <i>Auswirkungen der Verordnung über elektroni- sche Identifizierung (910/2014/EU) auf das Beweisrecht am Bei- spiel des deutschen Zivilverfahrens</i>	71

DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA E DIRITTO
PENALE INTERNAZIONALE
WIRTSCHAFTS- UND VÖLKERSTRAFRECHT

LORENZO PICOTTI, *La responsabilità "amministrativa" da reato dell'ente per carenze di organizzazione nell'impresa* 89

JACOPO GOVERNA, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: l'inizio delle investigazioni - Indipendenza, obbligatorietà e discrezionalità* 107

SICUREZZA, AMBIENTE ED ENERGIA
SICHERHEIT, UMWELT UND ENERGIE

MARTINA VIVIRITO PELLEGRINO, *Verso una nuova disciplina della sicurezza generale dei prodotti: le proposte di regolamento europeo sulla sicurezza e vigilanza del mercato* 129

GIULIA CARLOTTA SALVATORI, *La nuova direttiva 2015/412/UE e i c.d. fattori imperativi: requisiti per l'adozione delle misure nazionali* 145

MICHEL DEMMER, *(Administrativer) Schutz der Energieverbraucher in Italien* 163

JÖRG GUNDEL, *Die Entwicklung einer eigenständigen Energie-Außenpolitik der Europäischen Union: Möglichkeiten und Grenzen* 181

AUTONOMIA PRIVATA NEL TRASFERIMENTO
DELL'IMPRESA E NELLA SUCCESSIONE EREDITARIA
PRIVATAUTONOMIE BEI DER UNTERNEHMENS-
UND ERBNACHFOLGE

PAOLO BUTTURINI, *L'acquirente del ramo di azienda e i debiti: tra tutela dei creditori e interesse generale alla facilità di circolazione dell'azienda* 209

MARIA FEDERICA MEROTTO, *The Italian ban on agreements as to
succession from a comparative historical perspective: a focus on
mandatum post mortem*

MARTIN SCHMIDT-KESSEL* – STEFANO TROIANO**

Introduzione

Il volume che qui si offre all'attenzione dei lettori della Collana raccoglie i contributi presentati nell'ambito del *Seminario giuridico Italo-Tedesco* delle Università di Bayreuth e di Verona, svoltosi nei giorni dal 2 al 5 novembre 2016 presso la *Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät* della *Universität Bayreuth*.

Il Seminario, giunto nel 2016 alla sua quarta edizione (a cui ha già fatto seguito la quinta, tenutasi nell'anno in corso presso il Dipartimento di Scienze giuridiche veronese), rappresenta da alcuni anni un appuntamento consolidato, con cadenza annuale, nei rapporti di collaborazione accademica tra le due università. L'iniziativa, che vede i lavori alternarsi da un anno all'altro in ciascuna delle due sedi, è promossa dalle cattedre di diritto privato di cui sono titolari i due curatori di questa raccolta, ma vede, fin dal suo inizio, la partecipazione di studiosi di un ventaglio ben più ampio di discipline giuridiche afferenti ad entrambe le università.

Dal 2015 il Seminario si inserisce inoltre nel quadro delle attività del programma di dottorato congiunto Verona-Bayreuth sul tema "Diritto e attuazione del diritto in Europa" (*Recht und Rechtsdurchsetzung in Europa*), che conferisce ai suoi allievi il doppio titolo, rispettivamente italiano e tedesco, di Dottore di ricerca e di *Doktor der Rechte*, riconosciuto in entrambi gli ordinamenti. Per questa ragione, il presente volume mutua dalla denominazione del programma di dottorato congiunto anche la sua intitolazione, che è stata intenzionalmente mantenuta nella forma più ampia e

* Prof. Dr., Direttore della *Forschungsstelle für Verbraucherrecht*, Cattedra di *Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung* presso la *Universität Bayreuth*.

** Ordinario di diritto privato dell'Università degli studi di Verona.

onnicomprensiva, a rimarcare la varietà dei temi oggetto tanto del dottorato quanto del Seminario.

Come nelle edizioni precedenti, il Seminario di Bayreuth del 2016 ha visto protagonisti numerosi docenti e ricercatori, ma soprattutto i dottorandi di entrambe le università. Ciascuno ha contribuito, dalla prospettiva della propria disciplina, ad alimentare il dibattito scientifico sui temi oggetto delle diverse sessioni, affrontati in un contesto interdisciplinare e in prospettiva internazionale. Sono state, in particolare, approfondite tematiche attuali del diritto privato interno ed europeo, del diritto penale e romano, del diritto dei consumatori, ma anche questioni di diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto dell'Unione Europea, diritto dell'ambiente e dell'energia. Particolare interesse ha suscitato il dibattito, per definizione interdisciplinare e di respiro globale, sulle nuove sfide che l'evoluzione della tecnologia e dell'informatica pone al giurista contemporaneo nei vari ambiti del diritto europeo e, più in generale, sovranazionale.

Un dibattito variegato, che il volume intende riflettere in tutte le sue sfumature, anche riprendendo nella sua struttura la denominazione e l'ordine di successione delle diverse sessioni in cui i lavori del Seminario, raggruppati per ambiti disciplinari omogenei, sono stati suddivisi. I contributi che qui si pubblicano non esitano tuttavia ad allontanarsi dal testo delle relazioni orali, per proporre una rielaborazione critica, tesa a tenere conto anche dei numerosi e proficui spunti di riflessione e di arricchimento che sono stati offerti dai vari momenti di discussione. Momenti, questi ultimi, sempre molto intensi e partecipati, al punto da rappresentare la parte forse più vivace, sul piano sia scientifico che didattico, del Seminario.

Per assicurare la migliore comprensione reciproca e promuovere il rispetto delle specificità linguistiche dei diversi sistemi giuridici europei, si è lasciata ai partecipanti, sia nella presentazione delle proprie relazioni sia nella fase di discussione sia, infine, ai fini della stesura dei contributi, la libertà di scelta della lingua di comunicazione tra ben tre lingue diverse, affiancando alle due lingue nazionali, tedesco e italiano, anche, ove opportuno, l'inglese quale lingua di comunicazione europea per eccellenza.

Tra le circa venti relazioni che hanno formato oggetto di discussione, un ruolo di primo piano, come anticipato, è stato occupato dalle relazioni presentate dai dottorandi di ricerca (circa la metà del totale), i quali hanno avuto modo di proporre lo stadio di avanzamento delle proprie ricerche.

In tutti i contributi, e nel dibattito che ne è seguito, sono state fortemente privilegiate la prospettiva comparatistica e la dimensione europea dell'analisi, nell'ottica della ricerca del minimo comune denominatore tra gli ordinamenti, cifra essenziale del processo di armonizzazione del diritto europeo e di ravvicinamento delle legislazioni e, al contempo, oggetto principale del programma di dottorato congiunto. Movendosi in questo spirito, i contributi hanno evidenziato inaspettati punti di contatto tra le discipline nazionali, ognuna con i suoi punti di forza e le sue caratteristiche, oppure, per mezzo tanto del confronto d'idee in sede di discussione quanto della comparazione, hanno agevolato la comprensione delle ragioni alla base delle differenze che separano quegli ordinamenti, in una prospettiva di reciproco approfondimento delle conoscenze che si è rivelata particolarmente fruttuosa.

È dunque per tutte queste ragioni, ma specialmente al fine di testimoniare la ricchezza, l'originalità e, per molti aspetti, l'innovatività di un dibattito a più voci e in più lingue sui temi di maggiore attualità nel diritto europeo, che si è ritenuto doveroso e utile mettere a disposizione di tutta la comunità scientifica questo volume collettaneo, che di quel dibattito condensa gli esiti più significativi.

Verona-Bayreuth, 15 novembre 2017

MARIA FEDERICA MEROTTO*

The Italian ban on agreements as to succession
from a comparative historical perspective:
a focus on *mandatum post mortem*

SOMMARIO: 1. Introduction. 2. The post mortem mandate in Italian positive law. 3. The new Italian reverse mortgage. 4. The post mortem mandate in Roman law. 5. Post mortem mandatum: a legal act between contract and testamentary dispositions. 6. The reasons why Mela granted the *actio doli* to the heirs. 7. A *mandatum post mortem* with patrimonial nature. 8. Conclusions.

1. *Introduction*

When it comes to inheritance law, the legal systems of European Member States are commonly divided into two groups: on the one hand, those that permit the devolution of inheritance by means of contract, and on the other, those that forbid agreements as to succession. The recent entry into force of the Regulation 659/2012 calls for an amendment of the applicable national rules, especially for countries such as Italy, whose laws do not allow agreements as to succession¹. The current European trend shows that where agreements as to succession are banned, Member States should consider allowing such covenants, as their ban makes proper estate planning unnecessarily cumbersome.

Departing from this background, this essay focuses on the Italian ban on agreements as to succession from a comparative historical per-

* Phd student of Verona University.

¹ Art. 458 c.c.: «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi».

spective². In my view, both the historical and the comparative perspective must be given equal importance, considering the harmonisation of European private law³.

In the evolutionary framework leading to the creation of a «Common European private law», the Roman legal experience seems an excellent tool for reaching a European legal «palingenesis»⁴. As such, it must get over the present discrepancies, to recover the essence of the Roman *scientia iuris*⁵ as a «rational reflection», a «creation of a spirit», free from the often oppressing bonds of a positive power, either legislative or judicial»⁶.

This delicate operation must take place far from «the mirage of the placeless and timeless “Roman-Pandectist”»⁷, that is to say, a system constructed on the basis of the dogmas identified by the Twentieth Century German scholars starting from the Roman sources.

The conducted analysis attempts, as far as possible, to be independent from all those «meta-historical ideas and teleology that are, today still, and especially in civil law systems, advocated by many scholars as the justification for constructions that aim at decoding the culture, institutions, techniques and ideologies of the ancients (Romans, Greeks, “barbarians”) using categories, principles, values that are completely alien to those worlds»⁸.

² In terms of method, my study follows the research model developed by M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it., Milano, 2009, 13 ff., which is a model that is «genealogical» in nature, rather than «archaeological», as it tends to assign a value that is both historical and transcendent to the «beginnings» and the «fractures» of history, rather than to the meta-historical research that focuses on «origins» and «continuity».

³ I believe – as C. PELLOSO, *The concept of ‘bargain’ and the (un-)bridgeable gulf between Common Law and Civil Law. Some historical observations on the Europeanization of the Law of Contract*, in *RGDR*, XIX, 2012, 33, does – «that, step by step, through a gradual process that may clear the atomistic and fragmented background which characterizes the modern legal cultures, the creation of a “Common European private law” is scientifically and practically achievable and desirable».

⁴ See L. GAROFALO, *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 45 ff.

⁵ Following A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, it is certainly possible to speak of a wholly Roman «invenzione del diritto», which represents a vital resource even for modern legal systems.

⁶ C. PELLOSO, *The concept*, cit., 37.

⁷ C. PELLOSO, *The concept*, cit., 35.

⁸ C. PELLOSO, *The concept*, cit., 35.

Thanks to the methodological procedure outlined above, it seems possible to demonstrate that the archetype of the admissibility of agreements as to succession could be found also in the ancient Roman law⁹: in contrast with the general understanding that the ban on agreements as to succession traces back to the ancient Romans, this research points out that a clear stance against *mortis causa* attributions resulting from bilateral agreements cannot be found in the classical legal thought.

2. The «post mortem» mandate in Italian positive law

In this framework, special attention is devoted to the so-called *mandatum post mortem*, a contract accepted by the case law of the Italian *Corte di Cassazione* and by legal scholarship, and also known in Roman law.

Within the Italian legal system, the *post mortem* mandate is an agreement used to protect some interests arising after the mandator's death¹⁰. This is one of the so-called «alternatives to the Will»¹¹ and is

⁹ And not only in the German tradition, as assumed by the prevailing doctrine. See, for example, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it., Torino, 1930, 105, nt. 2; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano. (Anno accademico 1931-32)*, Napoli, 1932, 237 ff.; B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1946, 124 ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949, 315 ff.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale. (Corso di lezioni)*, Milano, 1954, 170; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1960, 475 ss.; R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, in *SDHI*, XXXIII, 1967, 286; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1974, 212; M. SIC (SZUCS), *L'eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico*, in *RIDA III S.*, LIX, 2012, 203.

¹⁰ On *post mortem* mandate in Italian civil law, see M. DES LOGES, *Il mandato 'post mortem'*, in *Il notaio*, 1970, XXIV, 115 f.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, 37; F. GRADASSI, *Mandato 'post mortem'*, in *Contratto e Impresa*, 1990, 827 ff.; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato 'post mortem'*. *Nota a Trib. Palermo sez. I civ. 16 marzo 2000*, in *I Contratti*, XII, 2000, 1101 ff.; A. ANSALDO, *In tema di mandato 'post mortem'*. *Nota a Cass. sez. I civ. 23 maggio 2006, n. 12143*, in *NGCC*, 2007, I, 496 ff.; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. Pers. Succ.*, I, 2010, 56 ff.; N. DI STASO, *Il mandato 'post mortem exequendum'*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 685 ff.; A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato 'post mortem'*. *Contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, I.2, 453 ff.

¹¹ See M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *NGCC*, 1991, II, 91 ff.; A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, Napoli, 2003; L. SANTORO, *Le alternative al testamento*, in *Contratto e impresa*, 2003, III, 1187 ff.; A. ROSA,

widely used, for instance, in decisions on the funeral of the deceased¹², in the field of copyrights and intellectual property rights and for the management of the electronic accounts of the deceased¹³.

The rules and the validity framework to be applied to this type of agreement are laid down by the doctrine and emerge from case-law¹⁴, and adopt the mandate contract as the main reference.

Clearly, the *post mortem* mandate posed systematic coherence problems: the *post mortem* mandate is indeed to be considered mainly in accordance with succession law and therefore with art. 458 c.c., which bans agreements as to succession¹⁵. In this regard, the *post mortem* mandate, to be valid, must be revocable (and this seldom poses problems, as revocability is part of the typical mandate structure¹⁶) and must have non-economic nature¹⁷. The most-recent doctrine considers the so-called «*mortis causa* mandate»¹⁸ invalid: being that a contract where the mandatory's tasks has an economic nature, it is null as it does not comply with art. 458 cod. civ.

On the other hand, the *post mortem* mandate is valid when the nature of the mandatory's tasks is merely material and the contract does

Successione testamentaria e istituti alternativi al testamento, in *Il Nuovo diritto*, 2006, VII-VIII.1, 720 ff.; V. PUTORTI, *I contratti 'post mortem'*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, III, 768 ff.

¹² See C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La Famiglia. Le successioni*, Milano, 2002, 419; G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato 'post mortem'*. Nota a Cass. sez. I civ. 23 maggio 2006, n. 12143, in *Rivista del notariato*, 2007, III.2, 690 ff.; G. BONILINI, *Iscrizione a 'società' di cremazione e mandato 'post mortem'*, in *Fam. Pers. Succ.*, VI, 2007, 524 ff.

¹³ STUDIO 6-2007/IG DELLA COMMISSIONE STUDI DI INFORMATICA GIURIDICA DEL CNN, *'Password', credenziali e successione 'mortis causa'*, in *Diritto dell'internet*, VI, 2007; U. BECHINI, *'Password', credenziali e successione 'mortis causa'*, in *Studi e materiali*, 2008, I, 279 ff.; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, V, 2014, 519 ff.; L. DI LORENZO, *Il legato di 'password'*, in *Notariato*, 2014, II, 144 ff.; G. RESTA, *La 'morte' digitale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, VI, 891 ff.

¹⁴ C. CECERE, *Il divieto dei patti successori nella giurisprudenza*, in *Diritto privato*, 1998, IV, 343 ff.

¹⁵ See V. PUTORTI, *Mandato 'post mortem' e divieto dei patti successori*, in *Obbligazioni e Contratti*, XI, 2012, 737 ff.

¹⁶ Art. 1722, comma 1, n. 2, c.c.

¹⁷ See V. PUTORTI, *Disposizioni 'mortis causa' a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, III, 787 ff.

¹⁸ See G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 62 ff.

not have an economic nature (the so-called «*post mortem exequendum* mandate»)¹⁹.

3. The new Italian «reverse mortgage»

As there is a very fine line between a valid *post mortem* mandate (a contract of non-patrimonial nature) and a void agreement as to succession, I contend that the recent introduction of the ‘reverse mortgage’ in the Italian legal system could be considered as a new step towards overcoming the ban on agreements as to succession. The Italian «*prestito vitalizio ipotecario*» is a type of mortgage introduced with Law 44/2015 in which a homeowner, 60 years old or older, can borrow money against the value of his house. No repayment of the mortgage is required until the borrower dies or the home is sold. The home serves as collateral and it must be sold to repay the mortgage when the borrower dies²⁰.

As stated by the most-recent doctrine²¹, a rational and more efficient reconstruction of the new regulations shows that the actual nature of the reverse mortgage is that of a mandate to sell²².

¹⁹ A third type is the so-called *post mortem* mandate «in senso stretto» (in its strictest sense): it tends to be seen as legal, although it should not be considered as a real contract of mandate, being, in fact, a will. In this respect, the latest doctrine (N. DI STASO, *Il mandato*, cit., 685) has considered the «*post mortem* mandate» expression as imprecise, as it does not fully embrace the juridical complexity of the legal instruments it intends to cover.

²⁰ On the new Italian reverse mortgage, see A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo ‘sistema’ delle garanzie reali*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, IV, 717 ff.; A. PAGANO (a cura di), *Novità normative. Rassegna di legislazione*, in *Corriere giuridico*, 2016, IV, 458 ff.; M. PROCOPIO (a cura di), *Novità legislative. Rassegna di legislazione*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, II.1, 672 ff.; A. CHIANALE, *L’inutilità dell’ipoteca nel ‘prestito vecchietti’*, in *Notariato*, 2016, 358 ff.; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corriere giuridico*, 2015, VIII-IX, 1099 ff.; T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I Contratti*, 2015, X, 937 ff. For some reflections before the entry into force of the Law 44/2015, see G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un ‘reverse mortgage’ all’italiana?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, VII, 677; R. RINALDI - A. VARRATI, *Credito e Imprese - Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, III, 65.

²¹ A. CHIANALE, *L’inutilità*, cit., 358 ff.

²² See E. BUDA, *Mandato e trasferimento immobiliare*, in *Contratti*, 2016, III, 267 ff.

The proposed procedure implies that, on the one hand, although having the right, no bank will ever proceed to enforce its pre-emption rights through forced execution, even though it has the right to do so (the financing institution can indeed directly exercise the power to sell the property); on the other hand, it leads to the non-application of the normal mandate rules (which would sanction the extinguishment of the power of representation after the sale of the property to third parties by the mandator)²³.

In this regard, Chianale stated that the mechanism of the reverse mortgage is not based on the mortgage, but rather on the legal mandate with representation assigned to the bank *in rem propriam*, and is, as such, irrevocable.

Therefore, the Italian “*prestito vitalizio ipotecario*” must be exercised after the debtor’s death, is of patrimonial nature, and is irrevocable²⁴: it seems that the Italian legislator has created a new legal derogation from article 458 c.c.²⁵. The reverse mortgage is indeed a *mortis causa* mandate that, in accordance with the principles established by the doctrine and that emerge from case-law, should be an example of void agreement as to succession.

Even if it is clear that the contrast between the reverse mortgage and the basic principles and rules of the Italian civil law is due to a non-well thoughtful legal transplant of Common law models²⁶, I feel that the difficulty in incorporating the reverse mortgage into the Italian legal categories provides an additional spur for a partial rethinking of some legal dogma. Within the Italian legal system, the ban on agreements as to succession is a good example of legal dogma that nowadays hampers the much-needed flexibility in the incorporation of the new legal instruments emerging in the framework of European private law²⁷.

²³ Indeed, the bank can exercise its power to sell the property in any case of breach, including the sale of the property to third parties.

²⁴ A. CHIANALE, *L’inutilità*, cit., 360.

²⁵ I would like to underline that the same reasoning could apply to the trust. See U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato ‘post mortem’*. Nota a Trib. Milano 18 aprile 1974, in *Giurisprudenza commerciale*, 1975, V.2, 694 ff.

²⁶ See A. CHIANALE, *L’inutilità*, cit., 359. For some reflections on this point before the entry into force of the Law 44/2015, see D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: ‘legal transplant’ in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 2006, II, 503 ff.

²⁷ It is generally accepted that, in the present context, the various categories are starting to

4. The «*post mortem*» mandate in Roman law

Following these premises, I have studied the *post mortem mandatoris* mandate in Roman legal sources and I have found reasons to believe that the European trend (which, more generally, allows the conclusion of agreements as to succession) is not contrary to our common judicial culture rooted in Roman law²⁸.

Regarding the *mandatum post mortem* in Roman law, in my opinion, this consensual contract could be considered as an agreement as to succession.

Although no category such as the «agreement as to succession» had been theorized in Roman law, the writings of jurists could provide some guidelines (that Emilio Betti would define as «enlightening inspirational principle»²⁹) suggesting a jurists' stance on the *post mortem* topic that could be analysed within the framework of the current legal dogma.

I will not dwell on all the legal sources I have studied. Basically, I have noted that Roman jurists, as shown by *Paraphrasis Graeca Institutionum*, 3.19.16: *Et post mortem alterius concepta stipulatio valebat etiam apud veteres; veluti si quis dixerit: spondeo dare tibi decem aureos post mortem Titii; cum accidere potest, vivis adhuc contrahentibus, Titium mori*, did envisage the possibility to conclude a *stipulatio* taking

collapse more and more rapidly and more and more often, and the new realities forcibly replace the existing ones. On this issue, I share the hopes expressed by N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*.

²⁸ For the important role played by the Roman Legal tradition in the context of the introduction process of a new European private law, see the recent essays of T. DALLA MASSARA, *New Europe-Old Values? Reform and Perseverance. Can Roman Legal Tradition Play a Role of Identity Factor Towards a New Europe?*, in *New Europe - Old Values? Reform and Perseverance*, edited by N. Bodiroga-Vukobrat, S. Rodin and G.G. Sander, Rijeka - Luxembourg - Ludwigsburg, 2016, 1 ff., and of C. PELLOSO, *The concept*, cit., 1 ff.

²⁹ See E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1996, 31 f.: «nella ricerca delle singole soluzioni essi (i giuristi romani) non sogliono fare applicazione consapevole di principi. Bene spesso la soluzione viene trovata di intuito e, in apparenza, balza fuori quasi per caso. C'è bensì, alla sua base, un principio ispiratore che la illumina: ma questo - lungi dal venir enunciato - resta nell'ombra come latente nella coscienza del giurista».

effect after the death of a person other than the *stipulator* or the *promissor*.

Problems arose in case the contract was to produce its effects after the death of one of the parties.

The texts I consulted did not seem to entirely exclude the possibility of making a legal act subject to the time clause of one of the parties' death.

A blocking issue could derive from the enforcement of a principle set by Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.46.1: *Id autem, quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest, veluti: «cum morieris, Alexandriam venire spondes», i.e.* the impossibility of foreseeing a *facere* by the *debitor mortuus*, or from the inevitable conflict between this time clause and the legal structure of the legal act, for example the impossibility of establishing a usufruct after the death of the usufructuary, as maintained by Paolo: Paul. 3 *ad Sab.* D. 33.2.5: *Usum fructum «cum moriar» inutiliter stipulor: idem est in legato, quia et constitutus usus fructus morte intercidere solet.*

It is in the light of these principles that I think that also the main source on *mandatum post mortem* should be considered:

Gai 3.158: *Item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandat, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

Starting from this text, the prevailing doctrine assumed that the *mandatum post mortem* was totally invalid in Roman law³⁰.

However, contrary to the prevalent opinion, since the words of Gaius only refer to *mandatum post mortem mandatarii*, and accordingly to the principles arising from other fragments (as those I mentioned before), I think that this fragment proves only the invalidity of the *mandatum post mortem mandatarii* (it is actually impossible to impose

³⁰ G. CASTELLI, *Alcune osservazioni giuridiche sull'epitaffio di 'Allia Potestas'*, in *Scritti giuridici*, a cura di E. Albertario con prefazione di P. Bonfante, Milano, 1923, 111 f.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Bologna, 1927, 310, nt. 2; S. DI MARZO, *Sul mandato 'post mortem'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, 234; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1948 - 1949*, Napoli, 1949, 142 ff.

someone to do something after his death), but that the text does not hinder the validity of the *mandatum post mortem mandatoris*³¹.

5. «*Post mortem mandatum*»: a legal act between contract and testamentary dispositions

Following this assumption, I would now like to dwell on another fundamental issue for the present research.

First, it is necessary to point out the difference between *mandatum post mortem* (understood as a contract) and other testamentary dispositions, defined too as *mandatum post mortem*. The two instruments are sometimes confused with one another, because of the ambiguous terminology found in classical sources. This confusion has been a hindrance for a correct analysis of the *mandatum post mortem*.

For instance, Pietro Bonfante stated that *mandatum post mortem* is not a contract but rather a testamentary disposition, because the mandate should not be considered as a contractual relationship, while it could be conceived in theory as a mandate *mortis causa*, i.e. a testamentary disposition³².

The choice on the perspective to be adopted (i.e. whether the contractual or the testamentary perspective) is the premise for my entire research, because I am trying to investigate the importance of the *post mortem mandatoris* mandate as an index of a hereditary system, which includes also bilateral agreements. If I had not contested Bonfante's opinion, I would have implicitly accepted the nature of the *mandatum post mortem* as a testamentary disposition, thus excluding the *post mortem* mandate as a valid «source of inspiration» for my research.

Hence, I deem necessary to express my personal view on this matter.

³¹ On this matter, I agree with C. SANFILIPPO, 'Mandatum post mortem', in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 556.

³² For P. BONFANTE, *Mandato 'post mortem'*, in *Scritti giuridici vari*, III, *Obbligazioni e possesso*, Torino, 1926, 270 f., the *mandatum post mortem* was «una volontà estrinsecata dal subietto perché debba valere dopo la morte, senza reciproco scambio di dichiarazioni, senza accordo di parti: si tratta, in breve di un atto *mortis causa*. I principi del sistema contrattuale, gli adagi pericolosi, *mandatum morte finitur*, *obligatio ab heredis persona*, ecc., sono fuori questione».

It is clear that the term «*mandatum*» in legal sources not only indicates a consensual contract³³, but can also designate the more general concepts of «order», «proxy», «assignment», «authorization»³⁴. Furthermore, normal practice was for the testator to include in his/her will the so called «atypical» dispositions, to instruct somebody different from the heirs to organise the testator's funeral. This is corroborated by Ulp. 25 *ad ed.* D.11.7.12.4, which indicates the list of people who were to *funus facere*³⁵. In these cases, the terms used to convey the concept of «assignment» included the word *mandatum*.

Therefore, I found particularly interesting a passage by Ulpian where the term *mandare* is used in a testamentary context:

Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.14.2: *Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere.*

In this case a testator gave a «*mandatum*» to someone to organise his funeral using a sum of money the testator had left him for this purpose. Since the funeral was not organised, jurist Mela deemed the *actio doli* enforceable by the heirs against the person instructed by the testator, while Ulpian indicates the possibility of an *ex officio* intervention by the *praetor*.

This text generated confusion, as it led, for example, Andreas Wacke to state that the *mandatum post mortem mandatoris* was invalid³⁶: the impossibility of concluding a valid *mandatum post mortem* agreement

³³ See F. PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, in *RHD*, XXXII, 1954, 494.

³⁴ For an extensive bibliography about the etymology of the term *mandatum* and the concept of *mandare* in Roman law, see S. RANDAZZO, *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 7 ff.

³⁵ See Ulp. 25 *ad ed.* D.11.7.12.4: *Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est: tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur. sin autem de hac re defunctus non cavuit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos: quosque suo ordine quo succedunt.* On the burial expenses as a statutory obligation on the *hereditas*, see S. DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973, 132.

³⁶ A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in *Iura*, XXVIII, 1997, 30.

would have made the *agere ex mandato* impossible, thus making the *actio doli* the only *actio* available.

However, I think that the expression «*si mandaverit*» does not resemble the consensual contract, given the ambiguous use of the term *mandatum* in Roman legal sources, as I mentioned before³⁷.

In my opinion, the main element showing that the text does not fall within the contractual framework is the term *testator*: therefore, most probably, the source of obligation of the supposed «mandatary» was most likely a will³⁸.

It is clear that the *actio mandati* must be excluded, as it is impossible to bring an *ex contractu* action, such as the *actio mandati*, for the performance of a contract that has never been concluded.

In contradiction with Wacke's opinion, however, I have found out that other sources referring to *mandatum post mortem* do refer to *actio mandati*, to *agere mandati* or to *iudicium mandati*. See for example:

Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.12.17: Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecerit monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

Gai. 10 *ad ed. prov. D. 17.1.13: Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

Gai 3.117: *Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem uero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur; quia enim ut ita nobis detur stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram*

³⁷ This opinion is also expressed by C. SANFILIPPO, *Ancora un caso*, cit., 2051.

³⁸ The text falls within the testamentary context also for J.L. MURGA GENER, *Las prácticas consuetudinarias en torno al 'bonum animae' en el derecho romano tardío*, in *SDHI*, XXXIV, 1968, 172, nt. 186.

agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur.

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.16: *Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi vel heredi meo? et ait Marcellus cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum finita voluntate. quod si mandaveris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur.*

As can be observed, when reference is made to an action of a contractual nature (as *actio mandati*), no reference is made to the will or to the testator.

When analysed from a procedural point of view, these two elements are consistent: on the one hand, in cases like D.11.7.14.2, reference to the *testator* is made, and therefore it should be no surprise that the *actio mandati* is refused; on the other hand, in other fragments the *actio mandati* is granted and this shows that there were cases of «contractual» *mandatum post mortem*.

Given all the above, the existence of legal sources proving the use of *actio mandati* for the performance of *mandatum post mortem* shows that it was an actual contract. As a matter of fact, regardless of the many meanings of the term *mandatum* emerging from the sources, only when *mandatum* indicates a consensual contract a *iudicium mandati* arises.

6. *The reasons why Mela granted the «actio doli» to the heirs*

As far as the *actio doli* mentioned by Ulpian in D.11.7.14.2 is concerned, I think that Mela granted the *actio doli* to the heirs for the following reason: through a *condictio* or an *actio in factum*, the claimant

could have obtained only a pecuniary compensation from the defendant³⁹.

Conversely, by introducing the *iudicium de dolo* and thanks to the *arbitratus de restituendo*⁴⁰ in the *actio doli*'s formula⁴¹, heirs could have expected that, to avoid the conviction and the *infamia*⁴² (which was a consequence of the criminal nature⁴³ of *actio doli*⁴⁴), the *accipiens* would decide to remedy its breach of good faith and use the money already accepted for the specific purpose set by the *de cuius*.

Unlike all other actions, the *actio doli* indirectly allowed to obtain a specific compensation, and maybe this was sufficient for Mela (who lived in an age⁴⁵ in which the only civil law process known was the one *per formulas* and the only kind of conviction available was the pecuniary compensation) to consider that also the main pre-requisite to bring the *actio doli* was present, *i.e.* the subsidiarity. This could have been understood – in my opinion – not as the «lack of judicial remedies available», but rather as the «impossibility to reach a particular protection goal».

³⁹ The connection between the patrimonial nature of all convictions in Roman civil law process and the *arbitratus de restituendo* is clearly explained by M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006 (rist. Palermo, 2011), 95, nt. 77.

⁴⁰ For a recent and wide analysis on *arbitratus de restituendo*, see S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, *passim*. See previously, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1942, 297; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, 107; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 66.

⁴¹ A different opinion about the presence of the *arbitratus* in the *actio doli*'s formula is in B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912, 83.

⁴² The *actio doli* was one of the few *actiones in personam* containing the *arbitratus de restituendo* in the formula, and probably – as said by P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 72 – «la presenza dell'*arbitratus de restituendo* sembra si debba spiegare come un'ultima chance per permettere al convenuto di evitare l'infamia».

⁴³ However, the *actio doli* is commonly defined as «la meno penale delle azioni penali»; see L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II, 14, Berlin - New York, 1982, 702; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1993-1994, 343 ff.; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 1 ff.

⁴⁴ On the controversial and ignominious nature of the *actio doli*, see Á. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2575 ff.; J.M. BLANCH, *Nota a propósito de la 'actio de dolo' y su carácter infamante*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1151.

⁴⁵ See C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in *Opere di C. Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 11 ff.

In the case above, the main objective was to identify a legal instrument to get to the specific compensation, *i.e.* the holding of the funeral by the defendant⁴⁶. I think this is proved by the last part of the text, where Ulpian (who lived approximately two centuries after Mela, when the civil law process allowed new means of protection introduced by the *cognitio extra ordinem*⁴⁷) indicates the possibility of a *praetor's ex officio* intervention aimed at compelling the person *cui funeris sui curam testator mandaverit* to *funus ducere*.

7. A «*mandatum post mortem*» with *patrimonial nature*

After having demonstrated that the presence of some testamentary provisions defined as *mandatum post mortem* does not exclude the existence of other cases of *mandatum post mortem* contracts, enforced by the *actio mandati*, I would like to introduce a source that – I think – shows that Roman law allowed agreements that today would be most likely considered void agreements as to succession.

That is:

Gai. 10 *ad ed. prov. D. 17.1.13: Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

Here Gaius refers to a *mandatum post mortem* where the *mandator* instructs the *mandatary* to buy a land for the *mandator's* heir after the *mandator's* death.

First, I had to put the text in context: since the incipit *idem est* recalls an arrangement that is not made clear by Gaius's words, I had to look at the preceding passage:

⁴⁶ As noted also by G. MACCORMACK, '*Dolus*' in *Republican Law*, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 34, «the specific mention of *accepta pecunia* suggests that the receipt of the expenses was relevant for the determination of the *dolus*», as «it was not just the failure to carry out the undertaking but the receipt of the money and the subsequent failure to arrange the funeral that constituted *dolus*».

⁴⁷ See M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 113.

Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.12.17: Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

Gai. 10 *ad ed. prov. D. 17.1.13: Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

In the order of the Digest, the incipit *idem est* (which can be translated as «likewise», «in the same way») refers to the preceding passage by Ulpian which grants the *actio mandati* to manage the binding relationship between the mandatary and the mandator's heirs deriving from a *mandatum post mortem*.

Idem est, therefore, hints at the possibility of requiring performance of a contract where the *mandator* instructs the mandatary to buy a land for the *mandator's* heir after the mandator's death, and it seems to me that the patrimonial nature of this contract is clear.

However, the two texts include fragments written by two different jurists (one is Gaius and the other is Ulpian) and we can affirm with certainty that Gaius did not refer to Ulpian when using *idem est*.

Hence, I verified the reconstruction of the correct order that can be found in Lenel's *Palingenesia*:

Gai. 9 *ad ed. prov. (D. 17.1.27)*

(*pr.*) *Si quis alicui scripserit, ut debitorem suum liberet, seque eam pecuniam, quam is debuerit, soluturum, mandati actione tenetur.*

(1.) *Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim. Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*

When analysing the topics dealt with by Gaius in the 9th Comment Book *ad edictum provinciale*, I found confirmation of the reference to the procedural data: according to the original order, the passages pre-

ceding Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 17.1.13 contain several hypotheses of mandate and of contractual action: the *actio mandati*.

Therefore, from Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 17.1.13 we can deduce not only the possibility of *agere ex mandato* to perform a *mandatum post mortem*, but also and mostly the eligibility, in Roman law, of contracts that today would be considered void «*mortis causa*» mandates, and therefore void agreements as to succession.

8. Conclusions

My investigation has led me to the following conclusion.

Having in mind that the Roman legal reasoning developed mainly within the framework of the procedural law, one must consider that, on the one hand, the legal sources envisage the possibility of bringing a *iudicium mandati* for the performance of a *post mortem* mandate, and this goes to show the existence of a contractual *post mortem* mandate; on the other hand, there are Roman law cases, like that of Gaius in D.17.1.13, proving the existence of bilateral agreements intended to fulfil a patrimonial function casually related to the *mandator's* death.

In this regard, an interesting example is set by an Italian case challenged before the Genova Court of Appeal in 1947⁴⁸. The Court declared the invalidity of a bank deposit of bearer securities where the depositor charged the Bank with distributing those securities according to his instructions after his death. The Court's decision was taken on the basis of the patrimonial function of the agreement (perceived as a *mortis causa* mandate) and, therefore, of the non-compliance with art. 458 c.c.

I think that such arrangement, still considered void in compliance with the Italian ban on agreements as to succession, falls within the framework of the legal act described by Gaius, although the outcomes are different.

Furthermore, with regard to the recent introduction of the reverse mortgage in the Italian legal system, the clear patrimonial nature of this

⁴⁸ App. Genova, 19 June 1947, in *Monitore tribunali*, 1948, 48.

new type of loans, containing an irrevocable mandate to sell the property after the death of the borrower/mandator, shows that the Italian legislator has opted for a legal transaction closer to the solution adopted by Gaius than to the one by the Genova Court of Appeal.

Ultimately, the case of the Roman *post mortem mandatum* seems to hint that, far from being an impediment to overcoming the ban on agreements as to succession, the Roman legal tradition might represent also in this field a sort of «conceptual alphabet»⁴⁹, written by Roman jurists, where it is possible to find certain fundamental values on which the European culture of private law is based⁵⁰.

As stated by the latest doctrine, «Roman law is thinking, it is a cultivated science, it is a logic proceeding, a useful model which today can be followed not much (and not only) to force its cases, its solutions, its institutes in an unsuited social and economic context, but to rediscover the creative power of legal science»⁵¹.

From this perspective, as Roman law cannot be regarded only as our past, but also as «the memory of our future»⁵², it seems possible to «use» the concepts arising from the cases in the Digest not only to rediscover our very deep legal roots, but also to reinterpret some of the current legal issues⁵³.

⁴⁹ See T. DALLA MASSARA, *New Europe*, cit., 4.

⁵⁰ On the way to approach to the historical-comparative study of Roman law, I totally agree with C. PELLOSO, *The concept*, cit., 36: «Roman law is and shall always be a model because it is unique, that is to say different from any other past or present legal experience, not because it is universal: this is the reason why we believe that the most fascinating and most current element that characterizes Roman law is its ontological «otherness» from today's systems». On this point see also L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 66, and, on the «otherness» which characterizes Roman law, P.G. MONATERI, *Roma e l'Occidente. Comparazione e critica della tradizione*, in *Ostraka*, XVII, 2008, 213 ff.

⁵¹ C. PELLOSO, *The concept*, cit., 37 f.

⁵² C. PELLOSO, *The concept*, cit., 38. See also L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Giurisprudenza*, cit., 1 ff.

⁵³ As R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002, 36, said, «when I look at the present, I am a pessimist, but when I look at the past I am an optimist».

Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Verona

sezione ricerche, raccolte e atti di convegno, 21

741816617



*Diritto e attuazione del diritto
in Europa*
ESI

Questo volume, sprovvisto del tal-
loncino a fronte, è da considerarsi
copia saggio gratuito esente da IVA
(art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 28,00

ISBN 978-88-495-3476-4



9 788849 534764