



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali
SPGI

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN: Diritto internazionale e
Diritto Privato e del Lavoro

INDIRIZZO: unico

CICLO: XXVII

AUTONOMIA TESTAMENTARIA E CLAUSOLA MODALE

Direttore della Scuola: Chiar.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Chiar.mo Prof. Stefano Delle Monache

Dottoranda: Anna Guadagnin

AUTONOMIA TESTAMENTARIA E CLAUSOLA MODALE

INDICE – SOMMARIO

CAPITOLO I:

IL *MODUS* NEL PRISMA DELLA PRASSI APPLICATIVA.

- 1.1. Il *modus* nel prisma della prassi applicativa p. 1
- 1.2. Le ragioni storiche dell'elaborazione del concetto di onere
nella donazione e nel testamento p. 8
- 1.3. La natura dell'onere: accidentalità, accessorietà o
autonomia?..... p. 16
- 1.4. Segue. La posizione della giurisprudenza p. 23
- 1.5. Brevi cenni sull'ammissibilità dell'utilizzo del *modus* al di
fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore p. 28

CAPITOLO II:

LA STRUTTURA DELLA CLAUSOLA MODALE.

- 2.1. Il problema dell'onere a favore dell'onerato p. 34
- 2.2. La legittimazione all'azione di adempimento.
 - 2.2.1. Le norme in tema di onere testamentario. Prime
conclusioni sulla struttura obbligatoria del
modus p. 43
 - 2.2.2. La disciplina della donazione modale a
confronto..... p. 56
- 2.3. La legittimazione all'azione di risoluzione p. 65

CAPITOLO III:

LA DISCIPLINA APPLICABILE AL *MODUS*.

- 3.1. La disciplina applicabile: brevi cenni sulle principali difficoltà riscontrate in sede interpretativa p. 73
- 3.2. Le problematiche riscontrate nella prassi applicativa in tema di responsabilità dell'onerato p. 81
- 3.3. L'onere tra impossibilità e illiceità della prestazione p. 95
- 3.4. Spunti di riflessione sul significato di valore "determinante" del *modus* p. 104
- 3.5. Onere e altre figure giuridiche: il problema dell'individuazione di un criterio distintivo.
 - 3.5.1. Onere e legato p. 121
 - 3.5.2. Onere e condizione p. 133
 - 3.5.3. Onere, sostituzione fedecommissaria e mandato *post mortem* p. 143
- 3.6. Onere, divieto di alienazione e destinazione di un patrimonio a uno scopo. Rinvio p. 153

CAPITOLO IV:

PER UNA TEORICA DELL'ONERE TESTAMENTARIO.

- 4.1. Evoluzione del sistema successorio e onere testamentario..... p. 161
- 4.2. La normale autonomia del *modus* p. 173
- 4.3. La disciplina applicabile all'onere testamentario. In particolare, il problema del coordinamento tra gli artt. 647 - 648 c.c. e le norme previste nel Codice civile in tema di risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive..... p. 181
- 4.4. La responsabilità dell'erede onerato p. 196

4.5. Autonomia testamentaria e i limiti derivanti dall'applicazione delle norme a tutela dei legittimari p. 203

4.6. Interpretazione del testamento e criteri di riconoscibilità della volontà di prevedere un *modus* p. 209

CAPITOLO V:

DISPOSIZIONE MODALE E VINCOLI DI DESTINAZIONE.

5.1. Onere testamentario e divieto di alienazione p. 216

5.2. L' idoneità del *modus* a imprimere un vincolo di destinazione su un patrimonio per il soddisfacimento di un determinato scopo..... p. 228

5.3. Clausola modale e fondazione fiduciaria: spunti ricostruttivi di un rapporto controverso p. 235

BIBLIOGRAFIA p. 249

CAPITOLO I:
LA CLAUSOLA MODALE NEL PRISMA DELLA PRASSI
APPLICATIVA.

Sommario: 1.1. IL *MODUS* NEL PRISMA DELLA PRASSI APPLICATIVA. – 1.2. LE RAGIONI STORICHE DELL'ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI ONERE NELLA DONAZIONE E NEL TESTAMENTO. – 1.3. LA NATURA DELL'ONERE: ACCIDENTALITA', ACCESSORIETA' O AUTONOMIA? – 1.4. SEGUE. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA. - 1.5. BREVI CENNI SULL'AMMISSIBILITA' DELL'UTILIZZO DEL *MODUS* AL DI FUORI DELLE IPOTESI TIPIZZATE DAL LEGISLATORE.

1.1. IL *MODUS* NEL PRISMA DELLA PRASSI APPLICATIVA.

Quando si nomina il *modus* o onere il pensiero non può che rivolgersi alla copiosa elaborazione dottrinale che si è sviluppata intorno a questa figura e fin dalla Pandettistica, che per prima ne ha elaborato il concetto, accanto alla condizione e al termine, tra gli elementi accidentali del negozio giuridico. Tuttavia, non si deve pensare che il rilievo assunto dalla figura in esame si limiti a ciò: infatti, non appena si volga lo sguardo alla prassi applicativa emerge come la definizione della natura e della disciplina dell'onere rappresenti soprattutto un problema di ordine pratico.

Se ciò corrisponde al vero, conviene prendere le mosse proprio da alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza in materia di onere testamentario e di donazione modale.

Con un testamento olografo Tizia attribuiva a titolo di erede al Comune Alfa un palazzo, stabilendo che questo avrebbe dovuto mantenere la destinazione a galleria d'arte moderna. L'ente pubblico accettava l'eredità con beneficio d'inventario, dando inizialmente attuazione alla disposizione testamentaria. In un secondo momento, tuttavia, l'amministrazione deliberava il

trasferimento delle opere d'arte con l'intenzione di vendere l'immobile ereditato¹. Il caso giungeva all'attenzione del giudice di merito, il quale, una volta interpretata la clausola come un peso imposto all'erede, si trovava a dover stabilire quali situazioni possano integrare un inadempimento alla stregua del primo comma dell'art. 648 c.c., nonché quando questo possa legittimare una pronuncia di risoluzione, così come prevista al secondo comma della disposizione citata, che si limita a prevedere tali rimedi, senza per altro chiarire la disciplina ad essi applicabile².

Quanto alle conseguenze dell'inadempimento dell'onere alcuni spunti di riflessione possono trarsi da un altro caso, in cui l'Ente di sviluppo agricolo della Puglia aveva donato alla Parrocchia dei SS. Apostoli Pietro e Paolo di Gravina di Puglia un compendio immobiliare con la specificazione che esso sarebbe stato destinato esclusivamente all'esercizio del culto cattolico, a centro di accoglienza per tossicodipendenti, nonché per il recupero, la rieducazione e il reinserimento dei giovani nel mercato del lavoro. Tuttavia, la parrocchia donataria con vari atti procedeva ad alienare gran parte degli immobili ricevuti. Per questo motivo la Regione Puglia citava la parrocchia per ottenere il risarcimento dei danni patiti a causa dell'inadempimento del *modus*³. La possibilità di esperire tale azione non può darsi per scontata, dal momento che gli artt. 793 e 794 c.c. si riferiscono esclusivamente all'azione di adempimento e di risoluzione. Com'è agevole intuire la soluzione del problema non può che passare per l'individuazione della struttura del *modus* e, in particolare, per la verifica se esso possa essere ricondotto a un'obbligazione in senso tecnico; conclusione in ordine alla quale potrebbero sorgere non pochi dubbi allorché si consideri che la legittimazione all'azione di adempimento è

¹ Caso tratto da Trib. Verona, I sez. civ., ord. Del 15.12.2008, riportata in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 1015 ss., con nota di DE PASCALIS C. G., *Onere testamentario: legittimazione ad agire e divieto di alienazione*.

² Sulla disciplina dell'inadempimento del *modus* si vedano: al capitolo III il paragrafo 3.2 e al capitolo IV il paragrafo 4.3.

³ Si veda Cass. civ., sez. IV, 15.10.2011, n. 21376, in *De Jure*.

attribuita dalla legge a «qualsiasi interessato», locuzione che evoca l'idea di una platea indeterminata di soggetti legittimati a pretendere l'esecuzione dell'onere. Sembrerebbe allora doversi escludere la natura obbligatoria dell'onere, a meno che dal contesto normativo si possano evincere elementi in base ai quali risulti possibile specificare tale espressione attraverso l'individuazione di soggetti determinati che possano dirsi legittimati a chiedere l'adempimento dell'onere, così come la risoluzione della disposizione testamentaria⁴.

Un altro caso ancora. Piera K. F. con un testamento olografo lasciava in legato all'ospedale di Anzio uno stabile sito in Roma con l'onere di venderlo e di impiegare il ricavato nella costruzione di un padiglione di geriatria da intestarsi alla memoria di suo marito. Il figlio della defunta, nonché esecutore testamentario, citava in giudizio l'Ulss di Roma e il Comune di Anzio, quali soggetti succeduti all'ente ospedaliero, chiedendo che fosse pronunciata la risoluzione della disposizione testamentaria, dal momento che non era stato eretto nel modo voluto dalla testatrice il reparto dedicato alla cura degli anziani⁵. Le difficoltà a cui ha dato luogo la soluzione di questo caso riguardano principalmente l'individuazione delle regole disciplinanti la risoluzione prevista all'art. 648, comma 2, c.c.: ci si è chiesti, infatti, se possano applicarsi in via analogica le norme contenute agli artt. 1453 ss. c.c., dettati in materia di contratti a prestazioni corrispettive. Il dubbio che si trova ad affrontare l'interprete è evidente: si tratta di stabilire se una disciplina, che presuppone l'esistenza di un sinallagma tra le prestazioni, possa risultare compatibile con la struttura di un negozio – quello testamentario appunto – al quale è del tutto estranea l'idea di corrispettività⁶.

⁴ Si rinvia al capitolo II.

⁵ Caso tratto da Cass. civ., sez. II, 20.02.2003, n. 2569, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 2775 ss.

⁶ *Amplius* capitolo IV, paragrafo 4.3. In numerose pronunce la giurisprudenza si è pronunciata sull'applicabilità al *modus* delle norme in materia di obbligazioni e degli artt. 1453 ss. c.c. Si vedano a titolo esemplificativo: Cass. civ., 10.05.1921,

Un altro tema che sovente si trova proposto nella prassi applicativa è quello di individuare il discrimine tra il *modus* e altre figure ad esso affini. Così ci si è interrogati sulla qualificazione da dare alla clausola con cui il donante trasferiva un immobile al Comune Beta onde lo stesso fosse adibito a casa di riposo per gli anziani e ciò con lo scopo di commemorare la memoria del proprio coniuge, aggiungendosi che erano inoltre previsti due anni di tempo – decorrenti dalla data della stipula dell’atto - per iniziare i lavori e altri 3 anni per il completamento dell’opera, il mancato rispetto dei quali termini avrebbe comportato la risoluzione di diritto del contratto con obbligo da parte del comune di restituire l’immobile al donante o ai suoi aventi causa⁷. In astratto si sarebbe potuto pensare sia a una donazione modale, nella quale il donatario assumeva l’obbligo di eseguire una prestazione di fare, il cui inadempimento sarebbe stato sanzionato con la previsione della risoluzione del contratto, sia ad una donazione condizionale,

in *Foro it.*, 1921, I, pp. 824 ss.; Cass. civ., sez. I, 12.05.1941, cit.; Cass. civ., sez. II, 13.06.1950, n. 3510, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.01.1951, n. 133, in *Giur. it.*, 1951, pp. 97 ss.; Trib. Napoli, 06.06.1960, cit.; Cass. civ., 02.10.1974, n. 2561, cit.; Cass. civ., sez. II, 08.02.1986, n. 802, cit.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.; Cass. civ., sez. II, 25.05.1999, n. 5122, cit.; Cass. civ., sez. II, 14.12.1999, n. 14029, cit.; Cass. civ., sez. II, 20.02.2003, n. 2569, cit.; Cass. civ., sez. II, 28.06.2005, n. 13876, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2006, I, pp. 387 ss.; Trib. Bari, 21.09.2010, cit.; Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit.; Cass. civ., sez. II, 16.05.2013, n. 11906, in *Guida al dir.*, 2013, pp. 32 ss.

⁷ Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, in *Giust. civ.*, 2012, pp. 2775 ss. La questione del rapporto tra condizione e onere è affrontata in diverse pronunce giurisprudenziali: condizione».

⁷ Si vedano a titolo esemplificativo: Trib. Venezia, 23.04.1937, cit.; App. Venezia, 18.02.1936, cit.; Cass. Civ., sez. II, 13.06.1950, n. 1498, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, pp. 1058 ss.; Cass. civ., sez. I, 18.01.1951, n. 133, in *Giur. it.*, 1951, I, pp. 97 ss.; Cass. civ., sez. II, 11.06.1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, pp.1968 ss.

Inoltre, si vedano per la donazione modale: Trib. Napoli, 06.06.1960, in *Foro pad.*, 1961, pp. 1217 ss.; Trib. Firenze, 06.11.1965, in *Giur. tosc.*, 1961, pp. 647 ss.; App. Napoli, 29.01.1967, n. 114, in *Dir e giur.*, 1967, pp. 688 ss.; Cass. civ., 21.10.1971, n. 2966, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Donazione», nn. 29 e 32, pp. 858 ss.; Cass. civ., 29.05.1973, n. 1602, in *Rep. Foro it.*, voce «Donazione», nn. 29 e 30 p. 765; Cas. Civ., 02.10.1974, n. 2561, in *Rep. Foro it.*, voce «Donazione», nn. 24 e 25, p. 619; Cass. civ., sez. II, 30.03.1985, n. 2237, in *Arch. civ.*, 1985, pp.1086 ss.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Cass. civ., sez. II, 26.05.1999, n. 5122, cit.; Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, in *Giust. civ.*, 2012, pp. 1193 ss. In tema di onere testamentario: Cass. civ., sez. II, 08.02.1986, n. 802, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.

nella quale al verificarsi dell'evento (mancata realizzazione della casa di riposo nel termine convenuto) sarebbe conseguita *ope legis* la risoluzione del contratto. Evidentemente non si tratta di una mera questione esegetica: scegliere l'una o l'altra qualificazione comporta l'applicazione di una disciplina molto diversa, a partire dall'efficacia della risoluzione, che nel primo caso è meramente obbligatoria, mentre nel secondo è reale⁸.

Del resto anche l'individuazione di un criterio atto a distinguere l'onere dal legato obbligatorio si rivela tutt'altro che semplice, ove si consideri che le due figure presentano una struttura pressoché identica: infatti, con entrambe le disposizioni il *de cuius* mira a realizzare un determinato scopo attraverso l'imposizione di un obbligo all'erede o al legatario. Si pensi, ad esempio, al caso in cui Caia legò all'Istituto Omega una villa con giardino e annessi fabbricati al fine di istituire un convalescenziario per le orfane ammalate, in memoria del proprio figlio premorto⁹. Qualora il legatario non dia esecuzione alla disposizione, diviene di fondamentale importanza stabilire se si tratti di un legato obbligatorio o di un *modus*, poiché soltanto per quest'ultimo la legge prevede la possibilità di chiedere la risoluzione per inadempimento, ove tale eventualità sia stata espressamente contemplata nella scheda testamentaria ovvero l'onere abbia costituito il solo motivo determinante l'attribuzione¹⁰.

Ancora. Con un testamento olografo Sempronio imponeva al proprio erede Caio di non vendere per nessuna ragione l'immobile a

⁸ Sul tema torneremo al capitolo III, paragrafo 3.5.2 e al capitolo IV, paragrafo 4.6.

⁹ Tratto da Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 3307 ss. Sul tema si vedano anche: Cass. civ., sez. II, 13.06.1950, n. 1498, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, pp. 1058 ss.; Cass. civ., sez. I, 05.03.1959, n. 629, in *Foro it.*, 1960, pp. 823 ss.; App. Venezia, 16.04.1957, in *Foro pad.*, 1957, pp. 1115 ss.; Cass. civ., sez. II, 28.01.1983, n. 812, in *De Jure*; Cass. civ., sez. II, 21.05.1958, n. 1706 in *Mass. Giur. it.*, 1958, pp. 388 – 389; Cass. civ., sez. II, 31.10.1958, n. 3580, in *Mass. Giur. it.*, 1958, p. 825; Cass. civ., sez. I, 26.01.1981, n. 576, in *Mass. Giust. it.*, 1981, p. 164; Cass. civ., sez. II, 28.11.1984, n. 6194, in *Mass. Giust. it.*, 1984, p. 1260.

¹⁰ Si rinvia al capitolo III, paragrafo 3.5.1.

lui attribuito¹¹. Una simile disposizione impone di risolvere l'annoso problema dell'ammissibilità di un divieto testamentario di alienazione, specie dopo l'intervento legislativo del 19 maggio 1975, n. 151, con il quale il legislatore ha abrogato il quarto comma dell'art. 692 c.c., che prevedeva la nullità di ogni disposizione con cui il testatore avesse proibito all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari. L'abrogazione della disposizione citata potrebbe essere ritenuta compatibile con il perdurare dell'impossibilità di introdurre un siffatto divieto tramite testamento, specie qualora si ritenga che con esso si finirebbe comunque con il prevedere una sostituzione fedecommissaria tacita¹²; ma essa potrebbe anche essere intesa, al contrario, come la rimozione dell'unico ostacolo esistente ad ammettere i divieti testamentari di disporre¹³. Tuttavia, anche una volta assunta tale conclusione, posto che è difficile pensare che l'ordinamento giuridico consenta un'illimitata possibilità di imporre un simile divieto, visto lo sfavore con cui esso guarda a ogni forma di compressione del contenuto del diritto di proprietà, occorrerebbe interrogarsi su quali siano i limiti posti in tale ambito all'autonomia testamentaria¹⁴.

Non pochi dubbi ha sollevato la scheda testamentaria che presentava esclusivamente la seguente dicitura: «tutto quello che

¹¹ Trib. Cagliari, 21.09.1998, n.1503, in *Riv. giur. sarda*, 2000, pp. 161 ss., con nota di CHELO A., *Brevi considerazioni sul divieto di alienazione imposto dal testatore*.

¹² In questo senso si esprime GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 372; anche ritiene tuttora inammissibili i divieti testamentari di disporre, perché contrari al principio di ordine pubblico che prevede la libera circolazione dei beni BIANCA C.M., *La famiglia. Le successioni*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 720 ss.

¹³ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, pp. 407 ss.; BONILINI G., *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 221 ss.; FUNAJOLI C. A., voce «*Divieto di alienazione (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 404; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, in *Tr. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 749 ss.; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 403 ss.; QUARGNOLO M., *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, Cedam, Padova, 2007, pp. 23 ss.

¹⁴ Sull'argomento torneremo al capitolo III, paragrafo 3.6 e *amplius* al capitolo V, paragrafo 5.1.

ho (l'appartamento, i titoli e i conti che ho in banca, le cose che sono nelle case che ho abitato) deve essere utilizzato per il finanziamento di un asilo nido per i bambini extracomunitari da realizzarsi a Cesena. Il Comune dovrebbe mettere la terra». Il fratello del *de cuius*, unico erede legittimo, citava in giudizio il Comune affinché si accertasse la nullità della sua accettazione, in quanto il testamento non avrebbe contenuto alcuna istituzione di erede, ma solo un onere testamentario¹⁵. La questione che si pone sullo sfondo della vicenda è quella di stabilire se il *modus* possa costituire l'unico contenuto del testamento e se ammettere ciò sia in contrasto con l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza che vedono nell'onere uno degli elementi accidentali del negozio giuridico¹⁶. Secondo una parte della dottrina la possibilità di prevedere un onere isolato costituirebbe la conferma della mancanza di quel nesso imprescindibile con la disposizione principale che costituirebbe l'indice rivelatore dell'accidentalità¹⁷; senonché è stato autorevolmente osservato che un collegamento potrebbe pur sempre rinvenirsi rispetto all'istituzione di erede legittimo, in modo che anche sotto tale profilo l'orientamento tradizionale non risulterebbe smentito¹⁸.

Con questa breve rassegna di solo alcuni dei casi che hanno portato a discutere attorno alla figura del *modus* non si ha la pretesa di offrire una visione completa delle problematiche emerse nella prassi applicativa - sulle quali, tra l'altro, avremmo modo di soffermarci nel prosieguo del lavoro -, bensì di evidenziare come la soluzione di esse non sia solo una questione di interesse speculativo, ma di grande rilievo pratico.

¹⁵ Cass. civ., sez. II, 21.02.2007, n. 4022, in *Vita not.*, 2007, pp. 747 ss.

¹⁶ Per la dottrina e la giurisprudenza contrarie all'autonomia del *modus* si rimanda al capitolo I il paragrafo 1.3 e al capitolo IV il paragrafo 4.2.

¹⁷ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1957, II, p. 925;

¹⁸ Si veda DELLE MONACHE S., *Il testamento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 150 ss. La questione sarà affrontata al capitolo IV, paragrafo 4.1, al quale si rinvia.

1.2. LE RAGIONI STORICHE DELL'ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI ONERE NELLA DONAZIONE E NEL TESTAMENTO.

E' cosa risaputa il *modus* ha da sempre rappresentato un terreno particolarmente fertile per l'elaborazione dottrinale; tuttavia, a colui che si avvicini allo studio di questo istituto non può sfuggire la notevole rilevanza che esso ha finito per assumere anche nella prassi applicativa, come risulta del resto testimoniato dalle numerose pronunce giurisprudenziali in materia¹⁹.

L'interesse per l'approfondimento delle tematiche connesse alla previsione di un onere può dirsi legato, da un lato, alle ragioni storiche della sua introduzione, essendo lo stesso sorto per ovviare all'insufficienza dell'ordinamento giuridico «a perseguire scopi meritevoli di tutela diversi ed ulteriori rispetto a quelli già fissati attraverso la predeterminazione dei singoli negozi tipici»²⁰ e, dall'altro, alla circostanza che l'esigua disciplina contenuta nel Codice civile ha lasciato irrisolti numerosi problemi²¹.

Con riferimento al primo dei due aspetti testé menzionati, si deve tenere presente che, l'elaborazione del *modus*, quale autonoma figura giuridica rispetto alla *condictio*, risale alle scuole che precedettero la codificazione giustiniana, le quali utilizzarono tale istituto come uno strumento idoneo ad attribuire efficacia a

¹⁹ Si rinvia ai paragrafi seguenti nei quali ci si confronterà con la copiosa giurisprudenza in materia.

²⁰ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 176, l'autore evidenzia come «ciò che non era ancora in grado di formare una disposizione a sé stante, con i propri caratteri e rilevanza giuridica autonoma, veniva, allora, presentata come una semplice modalità, un elemento accessorio (*rectius* accidentale) di un negozio principale». Si veda anche BIONDI B., *Le donazioni*, in *Tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli F., XII, Utet, Torino, 1961, p. 643, secondo il quale « il *modus* si presenta storicamente come mezzo validissimo, assai attuato in pratica, di ampliamento dell'ordinamento giuridico, tale da scardinare il sistema della tipicità».

²¹ Il codice civile del 1865 recava una scarsa disciplina del *modus*. L'intervento del legislatore del 1942 è servito dunque a colmare, almeno in parte, questa lacuna. Per un approfondimento dell'evoluzione legislativa in tema di onere si veda BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 645; GARDANI CONTURSI-LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, artt. 633 - 648 c.c., in *Comm. al cod. civ.*, diretto da Scialoja A. - Branca G., Zanichelli Editore, Bologna, 1992, pp. 227 ss.

tutti quei rapporti che per il diritto romano classico non potevano produrre effetti²². Si può, quindi, ritenere che fin dall'inizio l'onere ha rappresentato il mezzo attraverso il quale ovviare ai limiti che la tipicità poneva all'autonomia privata.

Per quanto concerne, invece, il secondo dei due aspetti citati, il presente lavoro si propone di affrontare le problematiche relative all'onere testamentario che non hanno ancora trovato soluzione.

La prospettiva dalla quale sarà condotta tale indagine è quella dell'autonomia testamentaria: in particolare, ci si dovrà

²² Il *modus* si è, dunque, affermato come un istituto di creazione dottrinale (si esprime così GELATO P., voce «*Modo*», in *Dig. delle discipl. priv., sez. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994, p. 388) nel diritto giustiniano. Infatti, come è stato autorevolmente osservato da SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909, pp. 1 ss., nel diritto romano classico, pur esistendo notevole tracce di una figura giuridica contraddistinta dalla condizione nelle sue conseguenze e nel suo concetto, il termine *modus* era utilizzato con diversi significati, spesso atecnici. «Si parla per lo più di *modus agri* od *agrorum* per indicare la misura del terreno, cioè la determinazione della sua estensione, e qualche volta anche la quantità del terreno misurato (“*de modo agrorum arbitri dantur*”, l. 7. D. 10.1; “*si venditor maiorem modum tradiderit fraudatus a mensore*”, l. 3 § 3 D. 11, 6); e si ha un intero titolo del digesto (cit. tit. 6 del lib. 11) colla rubrica: “*actio de modo agri*” con carattere penale. Si parla di *modus* nelle donazioni riferendosi alle limitazioni introdotte dalla *lex Cincia* cosiddetta “*de doni et muneribus*”, la quale, come si sa, proibiva le donazioni oltre una certa misura (*modus*) permettendole solo tra congiunti (“*Cum de modo donationis quaeritur*” l. 11. D. 39, 5), ed in tal senso si ha *modus* nei legati (prelegati) a proposito della *lex falcidia* (“*quatenus modus legi falcidiae praestitutus patitur*” l. 17. C. 6. 50). Il *modus* nell'altro significato volgare di modo, maniera serve anche ad indicare in un senso generalissimo una modalità qualsiasi apposta ad un diritto o ad un negozio giuridico, così per esempio quelle modalità che regolano l'esercizio di una servitù, fissandone il contenuto e limitandone il godimento: “*modum adici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur*”, l. 4 § 1. D. 8, 1. Così pure nel campo delle obbligazioni con *modus* si accenna in generale alle modificazioni o restrizioni di un rapporto obbligatorio: “*modus obligationis est, cum stipulamur decem aut hominem*” l. 44 § 3 D. 44, 7. (...) Si parla ancora di “*modus finisque comodati*” (l. 17 § 3 D. 13, 6), di “*modus beneficii*” (l. 191 D. 50, 17), ed infine in un caso più caratteristico *modus* è il motivo che ha determinato il testatore nelle sue ultime disposizioni. E' il caso contenuto nella l. 92 D. 28,5. (...) La varietà dei significati della parola *modus* che ci si presentano nelle fonti del diritto romano, specialmente del periodo classico, ed ai quali forse se ne potrebbero aggiungere altri, dimostra che, allora, non si concepiva il *modus* come una singola e ben determinata figura giuridica: di esso, come misura, limite, modalità, ecc., si può parlare dovunque indifferentemente. E pur ammettendo che i giuristi classici talvolta potessero usare *modus* come espressione tecnica in qualcuno dei significati esposti, non si può dubitare che nella generalità dei casi prevalessero in quel tempo significati volgari. (...) Ma con ciò non si vuol dire che nel diritto classico mancasse la figura giuridica che dovrebbe essere indicata con *modus*; essa traspare in modo abbastanza chiaro da molti testi: come vedremo sotto la spoglia di altre figure, particolarmente della *condictio*, si nasconde molto spesso un *modus* e del *modus* si applicano le conseguenze».

domandare fino a che punto il testatore possa, attraverso la disposizione modale, incidere sullo schema tipico del testamento per consentire il perseguimento di quegli interessi che altrimenti sarebbero destinati a rimanere frustrati.

Posto che il legislatore ha previsto espressamente agli artt. 647-648 c.c. e 793-794 c.c. la possibilità di apporre un onere al testamento e alla donazione, il problema diviene quello di stabilire quale sia il limite di compatibilità tra la disciplina normativa di questi istituti e la facoltà riconosciuta al soggetto di introdurre una modalità, al fine di adeguare il “modello” astratto all’interesse concretamente perseguito, attraverso l’imposizione di un peso a carico del soggetto beneficiario, l’inadempimento del quale può, a determinate condizioni, condurre fino alla risoluzione del negozio.

La previsione di un *modus* impone, quindi, di considerare il tema sotto una particolare angolazione, quella «dell’elasticità ed ampiezza del tipo negoziale (donativo o testamentario) e della conseguente legittimità, alla stregua del diritto vigente, della sussunzione del singolo negozio modale nel tipo astrattamente previsto e disciplinato dal legislatore²³».

Se questa è la prospettiva dalla quale si vuole affrontare il tema oggetto del presente lavoro, si dovrà iniziare dallo studio della struttura della fattispecie modale, per poi passare all’analisi delle principali problematiche riscontrate nella prassi applicativa qualora venga in considerazione l’adempimento dell’onere o la risoluzione del negozio al quale esso è stato apposto. Il costante confronto²⁴ dell’atteggiarsi della clausola modale a seconda che sia inserita in un testamento o in una donazione ci porterà a constatare che non esiste un *modus* dai caratteri uniformi, il quale può essere apposto indifferentemente ai negozi citati, bensì *modi*

²³ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 23.

²⁴ Il confronto tra la disciplina della donazione modale e dell’onere testamentario verrà svolto, in particolare, ai capitoli I, II e III.

diversi, con caratteristiche peculiari²⁵. Per questa ragione nel presente lavoro non si tratterà in generale della clausola modale, ma si concentrerà l'attenzione su un tipo particolare, vale a dire quella che può essere apposta al testamento.

Infatti, non si può omettere di considerare che, nonostante il legislatore del 1942 abbia disciplinato in modo sostanzialmente identico l'onere testamentario e la donazione modale, la dottrina, partendo dall'esame della disciplina positiva del *modus*, non di rado è giunta a conclusioni diverse in ordine alla natura di tale modalità²⁶: in particolare, è stata accolta con favore l'opinione che ha sottoposto a revisione critica l'accidentalità dell'onere inserito in un testamento, a differenza di quello apposto ad una donazione. Questa differenziazione nelle conclusioni, a fronte dell'omogeneità della disciplina normativa nei due ambiti considerati, è stata ritenuta «singolare» da una voce autorevole, secondo la quale la diversa struttura, rispettivamente unilaterale e bilaterale, di testamento e donazione, pur potendo in linea teorica giustificare una diversa prospettazione in sede ricostruttiva, non legittimerebbe il rifiuto di una concezione unitaria del *modus*, la quale troverebbe conferma dall'analisi delle norme del Codice civile²⁷.

²⁵ Sul tema della presunta unitarietà della disciplina del *modus* torneremo nel capitolo IV, paragrafo 4.1.

²⁶ Vi è chi ha visto nell'onere testamentario una disposizione autonoma a differenza della donazione modale (si veda a tal proposito GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1957, II, pp. 889 ss.). Inoltre, vi è una parte della dottrina, anche se minoritaria, che non considera un elemento accidentale il modo previsto nel contratto di donazione. A tal proposito si veda GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 23 ss.; CARNEVALI U., *La donazione modale*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 1 ss., ritiene, invece, che il *modus* assuma carattere autonomo solamente quando abbia costituito il motivo determinante.

²⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 18, si vedano inoltre le pp. 4 ss., nelle quali l'autore pone in evidenza come «la identità di disciplina, risultante dal codice del 1942, del *modus* apposto ad un testamento e di quello apposto ad una donazione se può, in sede storica, spiegarsi in base alla suggestione esercitata dal legislatore da un tendenziale parallelismo tra tali negozi, o come pure si è detto, dalla tradizionale qualificazione del *modus* come elemento accidentale del negozio, costituisce, comunque una precisa scelta normativa di cui l'interprete deve prendere atto quale dato iniziale della sua indagine. Non può, perciò, non apparire singolare come il nuovo indirizzo legislativo incentrato sull'identità di disciplina tra *modus* donativo e testamentario, si contrapponga, nella dottrina successiva all'entrata

Che la disciplina contenuta agli artt. 647-648 c.c. e 793-794 c.c. sia pressoché identica è un dato di fatto che non può essere smentito. Ciò nonostante, da un lato, bisogna tenere in considerazione la ragione storica di tale identità, che risale alla Pandettistica²⁸, quando il testamento e la donazione erano considerati «modi generali di acquisto della proprietà»²⁹ e la categoria degli elementi accidentali del negozio era stata elaborata partendo proprio dalla condizione, dal termine e dal *modus*; dall'altro lato, è ben possibile che il differente quadro normativo in cui risulta inserita una clausola possa condizionarne l'interpretazione.

Questa eventualità trova conferma non appena si volga lo sguardo alla prassi applicativa, la quale rivela che è diverso l'ordine di problemi che solleva l'apposizione di un onere a un testamento piuttosto che a una donazione³⁰: infatti, mentre nel primo caso la discussione circa la natura della clausola modale finisce con l'involgere la questione della tipicità del testamento e il modo

in vigore del vigente codice, una progressiva ed accentuata diversificazione, in sede sistematica ed applicativa, tra le due figure, operata principalmente, anche se non esclusivamente attraverso la contestazione della loro tradizionale e corrente qualificazione come elementi accidentali del negozio».

²⁸ Così affermano FADDA C. – BENZA P. E., *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, IV, Utet, Torino, 1926, p.465.

²⁹ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 20, critica la visione unitaria perché «a differenza che nel diritto tramandato, la donazione è concepita nel nostro codice come un contratto. Poteva dunque essere correttamente impostata, da parte della dottrina pandettistica del secolo scorso, una costruzione unitaria del *modus* imposto ad una donazione o ad una istituzione di erede o ad un legato, in quanto così la donazione come il testamento venivano considerati *modi generali d'acquisto*. Ma la moderna concezione secondo cui la donazione è un contratto importa invece necessariamente contraddizione col richiamo ai principi formulati in base ad una concezione tutta diversa dell'atto di donazione».

³⁰ E' stato autorevolmente affermato da CARNEVALI U., voce «*Modo*», cit., p. 69, che la costruzione unitaria del modo «risulta oggi ingiustificata, quando il testamento e la donazione sollevano, in relazione all'apposizione di un modo problemi che quasi nulla hanno in comune. Ed è appunto considerando gli effetti del modo, anziché su un piano generale, separatamente in ordine alla disposizione testamentaria e al contratto di donazione, in stretta connessione con i problemi concernenti il fenomeno successorio e il contratto gratuito, che la dottrina moderna ha sottoposto a revisione critica il dogma della natura accessoria del modo».

stesso di intendere il fenomeno successorio³¹; nel secondo caso, si tratta di stabilire fino a che punto l'introduzione di un elemento di onerosità risulti compatibile con la natura liberale del negozio³².

Come abbiamo avuto modo di accennare, l'onere fin dalle origini è stato concepito come uno strumento idoneo a ovviare alle difficoltà poste dalla tipicità e dal principio *nemo alteri stipulari potest*: infatti, la clausola modale nei negozi *inter vivos* ha contribuito a superare i limiti derivanti dall'ultima regola menzionata, obbligando l'onerato a eseguire una prestazione che poteva andare a vantaggio anche di un terzo; mentre nei negozi *mortis causa* ha consentito, attraverso l'imposizione di una prestazione all'erede o al legatario, il conseguimento di interessi diversi da quelli tipicamente perseguiti con l'istituzione di erede e con il legato³³. Tutto ciò veniva realizzato concependo l'onere come una modalità, aggiunta al negozio principale e in virtù di ciò l'accidentalità è sempre stata considerata una caratteristica fisiologica del *modus*³⁴, dalla quale ogni trattazione sull'argomento doveva necessariamente prendere le mosse, volesse essa riaffermare o, al contrario, sottoporre a revisione critica l'attribuzione di una siffatta natura. Conseguentemente, una delle questioni più delicate e controverse era - e continua ad essere - quella attinente alla definizione dell'onere quale elemento

³¹ Tale profilo di indagine è prospettato da SCACCHI A., voce «*Modo*», cit., p. 2; GELATO P., voce «*Modo*», cit., p. 393; CARNEVALI U., voce «*Modo*», in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Varese, 1976, p. 687; *amplius* GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 921.

³² Rilevano l'essenzialità di questa problematica: BIONDI B., voce «*Donazione (Dir. civ.)*», in *Nuovissimo Dig. it.*, VI, Utet, Torino, 1957, p. 247; CARNEVALI U., voce «*Donazione*», in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, p. 5; PALAZZO A., voce «*Donazione*», in *Dig. discipl. priv., sez. civ.*, VII, Utet, Torino, 1991, p. 149; CASULLI V. R., voce «*Donazione (Dir. civ.)*», in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Varese, 1964, p. 967 ss.; *amplius* CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 148 ss.; GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 38 ss.

³³ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 106 ss. L'autore osserva che «il *modus* si è prestato molto spesso a dar efficacia a rapporti, che apertamente non potevano essere riconosciuti efficaci: si pensi per esempio alle convenzioni a favore di terzi, alla cui validità il diritto romano opponeva seri ostacoli, e che per via del *modus* vennero ad avere un parziale, se non un completo, riconoscimento».

³⁴ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 177.

accidentale e/o accessorio ovvero autonomo rispetto al negozio giuridico al quale è stato apposto.

Nel prosieguo del lavoro i termini della questione verranno approfonditi³⁵.

In questa sede preme, piuttosto, evidenziare come le difficoltà incontrate nel determinare la natura del *modus* finivano coll'essere intimamente connesse alla circostanza che ad oggi si continua a discutere, non solo su quale sia la nozione di negozio giuridico³⁶ e gli elementi che la compongono, ma anche sulla sua stessa utilità³⁷. Non è evidentemente questo il luogo adatto per una disamina sul tema: tuttavia, occorre tener presente che il rischio che si corre ad analizzare il *modus* dall'interno della teorica del negozio giuridico è quello di legare la definizione dei caratteri della fattispecie modale alla soluzione di un problema, che, per quanto ad essa collegato, è pur sempre estraneo. Infatti, la risposta all'interrogativo di quale sia la natura dell'onere non può trovarsi in

³⁵ Si veda, in particolare, il capitolo IV, paragrafo 4.2.

³⁶ L'elaborazione della teorica del negozio giuridico risale alla Pandettistica del XIX secolo. Sulla concezione del negozio quale dichiarazione di volontà si vedano: SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di Scialoja A., Utet, Torino, 1889, pp. 123 ss.; WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, traduzione a cura di Fadda C. e Bensa P. E., Utet, Torino, 1925, pp. 202 ss.; ENNECCERUS L., *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, I, Marburg, 1888, pp. 56 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1950, pp. 222 ss.; CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1966, pp. 102 ss.; STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947, pp. 7 ss. Sostenitori della dichiarazione di volontà come elemento essenziale del negozio giuridico sono: JACOBI E., *Theorie der Willenserklärung*, München, 1910, pp. 8 ss.; TUHR A., *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 1, München – Leipzig, 1914, pp. 399 ss.; FLUME W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, Berlin – Heidelberg – New York, 1979, pp. 46 ss. Tra i sostenitori della concezione oggettiva del negozio giuridico si vedano: THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1939, p. 344; HÖLDER E., *Pandekten*, Freiburg, 1891, pp. 208 ss.; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1994, pp. 45 ss.

Per una rassegna completa delle diverse concezioni di negozio giuridico si vedano: SCOGNAMIGLIO R., voce «Negozio giuridico (profili generali)», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1988, pp. 1 ss.; MIRABELLI G., voce «Negozio giuridico (teoria)», in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Varese, 1978, pp. 1 ss.; FERRI G. B., voce «Negozio giuridico», in *Dig. discipl. priv.*, sez. civ., XII, Utet, Torino, 1995, pp. 61 ss.

³⁷ BARCELONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 247 ss.; GALGANO F., voce «Negozio giuridico», in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Varese, 1977, pp. 944 ss.; ID, *Il negozio giuridico*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, III, 1, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 15 ss.

astratto, in un'aprioristica presa di posizione, bensì deve essere ricercata nell'analisi del particolare contesto normativo nel quale l'onere è stato disciplinato dal legislatore e nel vaglio dei problemi che in concreto solleva la previsione di una clausola modale e, poiché «della bontà dei risultati di una indagine dogmatica si deve giudicare essenzialmente attraverso la riprova offerta dalla pratica»³⁸, il presente lavoro inizierà, nei prossimi paragrafi, proprio con il vaglio delle problematiche che più di frequente la giurisprudenza si è trovata ad affrontare, organizzate in gruppi omogenei per argomento.

Il tema della natura dell'onere assume, dunque, un'importanza fondamentale, poiché esso è direttamente collegato, in generale, con il modo di intendere l'intero fenomeno successorio³⁹ e, in particolare, con la verifica della tenuta del principio di rigorosa tipicità del testamento⁴⁰, il quale, secondo la dottrina tradizionale, andrebbe ricavato dall'art. 588 c.c., che avrebbe previsto una *summa divisio* entro il cui ambito la volontà testamentaria dovrebbe necessariamente collocarsi per poter assumere rilevanza giuridica. Individuato il contenuto tipico del testamento nell'istituzione di erede e nel legato, la logica conseguenza che se ne ricava è il carattere attributivo dell'atto⁴¹. Tuttavia, tale concezione è stata sottoposta a revisione critica da coloro che ritengono che il legislatore abbia enucleato una serie di disposizioni patrimoniali di ultima volontà che, pur non rientrando nell'alternativa istituzione di erede – legato, possano comunque esaurire il contenuto del testamento e nell'esemplificazione

³⁸ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 9.

³⁹ Il tema verrà approfondito nel capitolo IV, al quale si rinvia.

⁴⁰ A tal proposito si veda MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 113 ss., il quale si esprime a favore della vigenza del principio di rigorosa tipicità legale per il testamento; *contra* GIORGIANNI M., *“modus” testamentario*, cit., pp. 921 ss.

⁴¹ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento: contributo a una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 3, 316 ss., 325 ss; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 96; MENGONI L., *Successione legittima*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 23.

proposta viene ricompreso anche l'onere testamentario⁴². Ciò richiede evidentemente una nozione ampia di testamento, capace di ricomprendere al suo interno qualunque disposizione di carattere patrimoniale e non solamente quelle di carattere dispositivo o attributivo⁴³.

Da quanto brevemente esposto si può comprendere come soltanto l'affermazione della natura accidentale del *modus*, portando con sé la sua esclusione dai meccanismi della successione ereditaria, che, secondo l'insegnamento tradizionale, ruoterebbe esclusivamente attorno ai concetti di eredità e legato, consentirebbe di far salvo il principio di tipicità del testamento⁴⁴; viceversa, ritenere l'onere testamentario un'autonoma disposizione *mortis causa* significherebbe ammettere che questo possa inserirsi nel meccanismo della successione ereditaria, accanto all'istituzione di erede e legato, come fonte della regolamentazione di interessi che altrimenti sarebbero destinati ad essere insoddisfatti⁴⁵.

1.3. LA NATURA DELL'ONERE: ACCIDENTALITÀ, ACCESSORIETÀ O AUTONOMIA?

Come abbiamo già avuto modo di accennare nel precedente paragrafo, risale alla Pandettistica la tendenza a ricondurre sotto un'unica categoria tutte quelle modalità che il diritto romano trattava isolatamente. Questo tentativo si tradusse nella proposta di una denominazione comune, capace di ricomprendere condizione, termine e onere nella sistematica del negozio giuridico.

⁴² A tal proposito si veda: DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 127 ss., il quale, oltre all'onere testamentario, cita anche i divieti testamentari di divisione (art. 713, comma 2 e 3, c.c.), i c.d. assegni divisionali semplici (art. 733, comma 1, c.c.) e, sebbene con qualche perplessità, la dispensa testamentaria dall'obbligo di collazione (art. 737 c.c.), nonché le disposizioni dirette a stabilire la misura secondo cui ciascun coerede risponde dei debiti ereditari (art. 752 c.c.)

⁴³ BIN M., *La diseredazione: contributo allo studio del contenuto del testamento*, Giappichelli, Torino, 1966, p. 237; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 127.

⁴⁴ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 921.

⁴⁵ GIORGIANNI M., *"modus" testamentario*, cit., p. 925. A tal proposito si vada anche DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 145 ss.

Fu così che iniziarono a circolare le locuzioni: “negozio accessorio” (*Nebengeschäft*), “contratto accessorio” (*Nebenvertrag*), “disposizione accessoria” (*Nebenbestimmung*), “dichiarazione accessoria” (*Nebenerklärung*), “autolimitazione” (*Selbstbeschränkung*)⁴⁶.

Com'è noto, si deve a Savigny la collocazione del *modus* tra le autolimitazioni della volontà, accanto a condizione e termine, nonostante il primo, a differenza di questi ultimi, sembri contenere un'estensione della volontà piuttosto che una limitazione della stessa. Secondo l'autore tale accostamento troverebbe giustificazione nel fatto che l'apposizione di un onere ad una liberalità si tradurrebbe senz'altro in una diminuzione del valore della stessa⁴⁷, giustificando così il richiamo al concetto di limite autoimposto alla propria volontà. Tuttavia, ben presto venne messa in luce la debolezza di un simile ragionamento, il quale finiva col prendere a riferimento un criterio di valutazione economico e non giuridico⁴⁸.

⁴⁶ FADDA C. – BENSA P. E., *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, cit., pp. 465 ss.

⁴⁷ SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di Scialoja A., Utet, Torino, 1889, p. 304, secondo il quale «quel concetto si giustifica col considerare quantitativamente ogni patrimonio o porzione di patrimonio come una semplice somma di denaro. Dappoiché questa valutazione è applicabile tanto a ciò che è stato dato in origine (ad esempio: eredità o legato), quanto al *modus*, questo apparisce come una diminuzione del valore della liberalità originaria, ed in tanto può dirsi che la volontà diretta al dare limita sé stessa coll'apposizione del *modus*. Su ciò si fonda dunque anche l'analogia del *modus* con la condizione e il termine».

⁴⁸ Così si esprimeva WINDSCEID B., *Diritto delle pandette*, traduzione a cura di FADDA C. e BENSA P. E., Utet, Torino, 1925, p. 332, nota 97; a tal proposito si vedano anche le annotazioni dei professori FADDA C. – BENSA P. E., *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, cit., pp. 466 ss.; Vi è, inoltre, chi ha criticato la stessa ricomprensione del *modus* tra le autolimitazioni della volontà: SCUTO C., *Il *modus* nel diritto civile italiano*, cit., pp. 134 ss., secondo l'autore, infatti, «nella parola stessa *modus* è certamente insita l'idea di una limitazione, ma in tutt'altro senso che di limitazione della volontà o del voluto. Sotto quest'ultimo riguardo non c'è una vera analogia tra *modus* e la condizione od il termine. L'espressione introdotta da Savigny di autolimitazione della volontà si adatta solo a queste due ultime figure, poiché tanto il negozio condizionale, che il negozio sottoposto ad un termine iniziale o finale, sono veramente limitati in rapporto ai tipici effetti di un negozio puro, astrattamente considerato, ed il limite è apposto senza dubbio dallo stesso autore della dichiarazione. Ma il negozio *sub modo*, invece, come osserva lo stesso Savigny, guardato dal punto di vista della volontà del dichiarante, sembra contenere un'estensione del voluto,

Tra le autolimitazioni di volontà, secondo una voce autorevole⁴⁹, potrebbero, quindi, trovare spazio solo quegli istituti idonei ad incidere sull'effetto che la dichiarazione di volontà è destinata a produrre. Poiché l'inadempimento del *modus* può provocare la risoluzione della disposizione testamentaria o della donazione, questa modalità apparterebbe alle limitazioni della volontà e, più precisamente, dovrebbe collocarsi tra quelle situazioni in cui l'effetto giuridico che si è verificato non corrisponde al vero volere dell'autore della dichiarazione di volontà, le quali andrebbero ricomprese sotto il nome di presupposizione. Inoltre, dalla circostanza che l'adempimento dell'onere non costituirebbe mai l'intento principale della parte interessata alla sua previsione, si ricaverebbe il carattere accidentale dello stesso⁵⁰.

A questo punto viene spontaneo chiedersi quali siano le caratteristiche che devono connotare un elemento affinché questo possa dirsi accidentale.

L'opinione tradizionale suole distinguere tra elementi essenziali, accidentali e naturali del negozio giuridico⁵¹. Gli

non già una limitazione. Chi fa una disposizione sub modo non solo vuole gli effetti speciali del negozio, ma li estende per così dire al di là dei limiti tipici di esso, volendo oltre ciò che è conseguenza ordinaria della disposizione, l'adempimento di un onere a vantaggio di sé stesso o di un terzo, o comunque richiedendo un'attività dell'acquirente. La limitazione che risulta dall'apposizione di un *modus* è soltanto relativa ad uno degli effetti praticamente frequenti nel negozio gratuito, qual è la liberalità, ma non si riferisce affatto ad una restrizione dei limiti del negozio astrattamente considerato. (...) A nostro avviso del *modus* si può parlare di limitazione della libertà in senso esteso, in quanto, se non si riduce il valore economico di essa si vincola in un modo qualsiasi l'onere, imponendogli un onere anche non patrimoniale o menomando la sua libertà; fintantoché c'è un onere giuridicamente coercibile, c'è una limitazione in tal senso. Si tratta evidentemente di una limitazione, o della potenza d'azione dell'acquirente, o del risultato economico del negozio (arricchimento), senza che si possa dire limitata di per sé l'esistenza o l'estensione del negozio giuridico voluto».

⁴⁹ WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, cit., pp. 332 ss.

⁵⁰ WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, cit., p. 98 e note 2 e 3. Contrario al richiamo dell'istituto della presupposizione è SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 336 ss.,

⁵¹ A titolo esemplificativo si veda SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1933, p. 88; COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 327; CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 64. TUHR A., *Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1, cit., pp. 194 ss. e nota 18.

essentialia negotii sono quegli elementi senza i quali, per legge, il negozio non può validamente formarsi; mentre, gli *accidentalia* sono quelle determinazioni che, non facendo parte del tipo astratto, assumono valore solo in quanto previste dalle parti⁵². Con l'avvertenza che di accidentalità si può correttamente parlare solo in astratto, vale a dire in riferimento al tipo negoziale, poiché l'elemento, una volta inserito nel negozio giuridico concreto, diviene essenziale rispetto al medesimo⁵³. I *naturalia negotii* sono, invece, definiti come «quelle conseguenze che derivano dalla stessa natura giuridica di un determinato negozio, dimodoché le parti non hanno bisogno di farne oggetto speciale di dichiarazione di volontà,

⁵² CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pp. 64 e 65. COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 328, definisce gli *accidentalia negotii* come quegli elementi che «né sono necessari per l'esistenza di un determinato negozio, né si intendono implicitamente contenuti in esso; ma sono aggiunti dalla volontà delle parti: tali sono per esempio le condizioni, il termine, il modo e tutte le clausole speciali che le parti appongono ai negozi giuridici». Secondo SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, cit., p. 88 «gli *accidentalia* sono quegli elementi i quali hanno natura molto generale e che possono applicarsi a negozi giuridici di tipo assai svariato, e per applicarvi è necessaria un'espressa dichiarazione di volontà che ad essi si riferisca». Gli autori italiani si pongono sul solco tracciato dalla Pandettistica: TUHR A., *Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 195 ss., sostiene che «*accidentalia negotii* nennt man die Teile einer rechtsanderen Sache bestehen, oder aus einer Pacht und einem dem Pächter als Betriebskapital gewährten Darlehen. Einheit des Rechtsgeschäftes kann auch dann angenommen werden». FLUME W., *Das Rechtsgeschäftes*, Berlin – Heidelberg – New York, 1965, p. 80, afferma che «*accidentalia negotii* sind schließlich die Vereinbarungen, die nicht den von der Rechtsordnung bestimmten Typus des Rechtsgeschäfts konstituieren – wie bei dem Kauf die Vereinbarung über Ware und Preis –, sondern bei Vereinbarung eines von der Rechtsordnung geregelten Geschäftstyps noch zusätzliche, insbesondere die gesetzliche Regelung abändernde Regelungen treffen». Ritengono il *modus* un elemento accidentale anche: CICU A., *Testamento*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 206 ss.; CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, in *Successioni e Donazioni*, a cura di Rescigno P., I, Cedam, Padova, 1994, pp. 1093; LUPO M., *Il modus testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, pp. 404 ss. Si allontana dalle definizioni tradizionali quella elaborata da FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941, pp. 67 ss., secondo il quale «è elemento accidentale quel fatto specifico alla cui presenza, in seno al negozio, la norma integrativa subordina il proprio intervento accanto alla norma principale: ad esempio, le clausole del negozio concernenti la condizione o il *modus*». Per una critica ai tradizionali criteri per identificare gli elementi del negozio giuridico si rinvia a PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1940, pp. 241 ss.

⁵³ SANTORO - PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1997, p. 193.

giacché è la legge che dispone in loro vece: la volontà delle parti è necessaria solo per escluderle⁵⁴».

La previsione di una modalità consente, dunque, all'autore del negozio di attribuire rilevanza ai motivi individuali, modellando lo schema tipico in modo da renderlo idoneo al soddisfacimento dei propri interessi. Alla luce di ciò è corretto ritenere che gli *accidentalialia negotii* rappresentino non una limitazione della volontà, bensì il più vasto esercizio dell'autonomia privata⁵⁵.

Si è, inoltre, autorevolmente sostenuto che condizione, termine e onere atterrebbero all'efficacia del negozio, seppur con una differenza sostanziale: mentre nel negozio condizionato o a termine la volontà sarebbe sempre unica, poiché gli effetti sono voluti in quel modo e non in un altro⁵⁶, nel negozio modale si distinguerebbe una volontà principale, diretta alla produzione degli effetti tipici, e una volontà secondaria, istitutiva dell'onere. Di conseguenza, il *modus*, a differenza della condizione e del termine, non modificherebbe gli effetti tipici del negozio, ma a questi aggiungerebbe altri, che non reagirebbero con i primi pur limitandoli in senso economico⁵⁷. A voler ragionare in questi termini si giunge alla conclusione che l'onere è, non soltanto un elemento accidentale, ma anche accessorio⁵⁸. Sennonché viene spontaneo osservare come appaia artificioso distinguere tra due

⁵⁴ COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 328. Conforme: SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, cit., p. 88, secondo il quale i *naturalia negotii* sono «quegli elementi del rapporto giuridico i quali possono esistere, ed anzi che son tal naturale portato di esso, che se nulla è stabilito di diverso, si ritengono applicati in ogni caso».

⁵⁵ SANTORO - PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193.

⁵⁶ Risale a WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, cit., pp. 284 ss., l'affermazione secondo la quale la condizione, pur essendo un'aggiunta fatta alla dichiarazione di volontà, «non si deve pensare come se questa avesse un'esistenza a sé stante di fronte alla dichiarazione di volontà; l'una costituisce piuttosto assieme all'altra un tutto indistinto. La dichiarazione di volontà è una sola, essa non è la dichiarazione di una prima e poi di una seconda volontà, ma la dichiarazione di una volontà avente queste o quelle peculiarità di una volontà condizionata».

⁵⁷ Si esprime così SANTORO - PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 205.

⁵⁸ Affermano la natura accessoria dell'onere anche: CICU A., *Testamento*, cit., pp. 206 ss.; GIANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1964, p. 228; AZZARITI G., *Le successioni e le donazioni*, Cedam, Padova, 1982, p. 534; BIANCA C. M., *Le successioni*, cit., pp. 293 ss.

distinte determinazioni volitive: infatti, l'autore del negozio esprime pur sempre un'unica volontà, qualificata dalla presenza di un onere, il quale assolve la funzione di imprimere un particolare carattere all'assetto di interessi che esso intende regolare⁵⁹. Per questo una parte significativa della dottrina ha negato la natura di determinazione accessoria al *modus*, osservando come il giudizio di accidentalità non comporti una valutazione circa l'importanza assunta da una clausola rispetto alle altre nel caso concreto⁶⁰.

Tale considerazione ci offre lo spunto per affrontare, seppur brevemente, un'altra questione, quella del rapporto tra i concetti di accidentalità e accessorietà. Infatti, le difficoltà che si incontrano nel delimitare la categoria degli *accidentalia negotii* sono testimoniate anche da una certa contaminazione lessicale, che ha portato ad utilizzare indifferentemente le due qualifiche in discorso⁶¹. Conseguentemente, ne è derivata anche una certa commistione tra problematiche attinenti a piani che dovevano essere tenuti distinti⁶²: difatti, mentre l'accidentalità investe il

⁵⁹ BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 502.

⁶⁰ STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947, pp. 12 ss.

⁶¹ Non è raro riscontrare un uso della locuzione "elementi accessori" come sinonimo di "elementi accidentali". Si veda, ad esempio, MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1943, p. 14; ma anche SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 131 ss., dove si afferma: «solo stando alla forma possiamo parlare di una categoria di determinazioni accessorie, che comprenda tre figure essenzialmente diverse, come la condizione, il termine e il *modus* (in senso non diverso di *accidentalia negotii*)» e ancora «seppure si può far rientrare il *modus* nella categoria delle determinazioni accessorie, riunendo alla condizione ed al termine da un punto di vista del tutto formale ed esteriore, non è affatto esatto poi parlare relativamente all'istituto che trattiamo di autolimitazioni della volontà, così come si fa per le altre due note figure giuridiche».

⁶² Sostengono la necessità di tener distinti i concetti di accidentalità e accessorietà STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 12 ss.; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 28 ss., secondo il quale «un tale orientamento, che muove dall'identificazione degli elementi accidentali con la categoria delle determinazioni negoziali accessorie obliterando, conseguentemente, la distinzione tra il problema del tipo negoziale, che è essenzialmente un problema di disciplina applicabile per la realizzazione dell'interesse perseguito dagli autori del negozio, e quello del differente rilievo, primario o secondario, che i singoli elementi del contenuto assumono rispetto al negozio concretamente considerato».

profilo della valutazione della compatibilità⁶³ del tipo astratto rispetto all'inserimento nella struttura negoziale di una certa modalità, l'accessorietà attiene al ruolo, più o meno importante, rivestito dall'elemento all'interno del negozio giuridico⁶⁴.

La tradizionale tripartizione tra *essentialia*, *accidentalialia* e *naturalia negotii* è stata ben presto fatta oggetto di critiche. Innanzitutto, si è affermato che essa sarebbe insostenibile per difetto di omogeneità: infatti, gli elementi naturali non sarebbero riconducibili all'autonomia privata, potendo questa solo escluderne l'applicabilità, bensì alla volontà della legge; onde l'unica contrapposizione possibile sarebbe quella tra elementi essenziali e non essenziali⁶⁵.

Alcuni autori hanno, inoltre, sottoposto a revisione critica la trattazione del *modus* in sede di teoria generale del negozio giuridico. Vi è chi a tal fine si è richiamato alla limitata sfera di applicazione dell'onere, ricordando come non sia concepibile apporre quest'ultimo ai negozi a titolo oneroso; mentre altri hanno sostenuto che il *modus*, a differenza della condizione e del termine, non inciderebbe sull'efficacia negoziale in senso stretto; infine si è anche osservato che non esisterebbe una figura unitaria di onere, assumendo lo stesso caratteristiche diverse a seconda del contesto

⁶³ Si esprime nei termini di una valutazione di compatibilità anche PUGLIATTI S., *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, cit., p. 242.

⁶⁴ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 36.

⁶⁵ Così CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 3 ss.; ma anche SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 240; ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 55 ss.; FLUME W., *Das Rechtsgeschäftes*, cit., p. 81, secondo il quale «Schon bei der Prüfung, welcher von der Rechtsordnung anerkannte Rechtsgeschäftstyp verwirklicht ist, ergibt sich die Trennung der *essentialia* von den *accidentalialia negotii*. Sodann ist festzustellen, inwieweit zu der rechtsgeschäftlichen Regelung die gesetzliche Regelung der *naturalia negotii* hinzutritt, inwieweit insbesondere *accidentalialia negotii* keine Geltung haben, weil sie zwingenden Bestimmungen der *naturalia negotii* entgegenstehen. Zu den *naturalia negotii* gehören dabei nicht nur die gesetzlichen Regelungen, wie sie hinsichtlich der einzelnen konkreten Geschäftstypen bestehen, sondern auch die allgemeineren Vorschriften. (...) Die *essentialia* und *accidentalialia negotii* betreffen die privatautonome Gestaltung, die *naturalia negotii* die gesetzliche Regelung. Durch die Dreiteilung wird anschaulich versinnbildlicht, wie die rechtsgeschäftliche Gestaltung von Rechtsverhältnissen mit der Rechtsordnung verwoben ist».

in cui si inserisce⁶⁶. Ma, vi è anche chi si è spinto sino a contestare la stessa validità della classificazione *essentialia e accidentalia negotii*, la quale si baserebbe su un criterio puramente relativo: non esisterebbe, infatti, un elemento di per se stesso accidentale o essenziale rispetto alla categoria “negozio giuridico”, dovendo una tale valutazione dipendere dallo studio del contenuto di un determinato negozio o contratto⁶⁷. Secondo un'altra voce autorevole, invece, la nozione di elemento accidentale sarebbe ormai diventata così ampia, ricomprendendo ogni tipo di modificazione delle conseguenze di legge, da finire con l'assumere una portata meramente descrittiva⁶⁸.

1.4. SEGUE. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA.

⁶⁶ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 3 ss.; GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 25; WÄCHTER K. G., *Pandekten*, I, Leipzig, 1880, p. 364, nota 10, secondo il quale solo termine e condizione possono essere trattati nella parte generale. Nega l'accidentalità e l'accessorietà dell'onere anche MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Jovene, Napoli, 1962, p. 22, nota 43; IRTI N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 206, nota 28.

Alcuni autori affermano l'autonomia dell'onere testamentario partendo da una rilettura dell'intero fenomeno successorio, oltre che della disciplina normativa della modalità, si veda, ad esempio, GIORGIANNI M., *Il “modus” testamentario*, cit., pp. 889 ss.; BIGLIAZZI GERI L., *Il contenuto del testamento*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno P., VI, 2, Utet, Torino, 1997, pp. 116 ss.; LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 159 ss.; CRISCUOLI G., voce «Testamento», in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, 1988, pp. 25 ss.; BIN M., *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., pp. 243 ss.; COSTANZO L., *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pp. 296 ss.

⁶⁷ ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, cit., pp. 55 ss., secondo il quale «se si prende in considerazione l'ampia categoria del negozio giuridico o quella, ancora abbastanza ampia, del contratto, si potrà dire che la volizione condizionata è un elemento accidentale, costituendo questo particolare atteggiamento della volizione una semplice possibilità, non un requisito della categoria; lo stesso può dirsi per l'elemento del termine. Ma se viene presa in considerazione la più ristretta categoria del negozio o del contratto condizionato ovvero certi tipi di contratto, quale, ad esempio, il contratto di locazione si dovrà asserire che la condizione e il termine sono due elementi essenziali del negozio o contratto condizionato e del contratto di locazione».

⁶⁸ DI MAJO A., *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 3, nota 6, il quale afferma che riprova di ciò vi è il fatto che ormai condizione, termine e modo ricevono una trattazione distinta. Si esprime criticamente nei confronti della distinzione tra *essentialia* e *accidentalialia negotii* anche CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1961, p. 315.

Se si volge lo sguardo alla posizione assunta dalla giurisprudenza in merito alla natura della clausola modale il quadro non sembra chiarirsi: tuttavia, si possono trarre alcune considerazioni proficue ai fini del presente lavoro.

Sotto il vigore del Codice civile del 1865 i giudici vedevano nel *modus* per lo più un elemento aggiunto ed ulteriore rispetto alla volontà dispositiva dei beni, che si traduceva in una limitazione dell'atto di liberalità⁶⁹.

In questo stesso periodo, le scarse indicazioni normative, a fronte dei numerosi casi pratici in cui risultava dubbia la qualificazione giuridica, ponevano sempre più l'esigenza di individuare un criterio idoneo a distinguere tra una disposizione modale e una condizionata. Coerentemente con l'affermata natura accidentale e accessoria, i giudici solevano individuare il discrimine nella circostanza che, mentre nel negozio condizionato la volontà sarebbe unica, in quello *sub modo* vi sarebbero una volontà principale ed una secondaria istitutiva dell'onere⁷⁰.

Senonché il richiamo alla tradizione si dimostrava di scarsa utilità pratica, finendo con l'essere meramente descrittivo e incapace di fornire un metodo adeguato allorché si trattasse di individuare se si fosse in presenza dell'una o dell'altra modalità⁷¹.

L'inadeguatezza del semplice richiamo alle posizioni tradizionali in tema di onere risulta del resto confermata dal fatto che verso la fine degli anni '30 si abbandonò la più artificiosa definizione di "autolimitazione della volontà"⁷² a favore di quella

⁶⁹ Cass. 27.11.1899, in *Rep. Foro it.*, 1900, voce «*Successione legittima e testamentaria*»; Cass. 10.05.1921, in *Foro it.*, 1921, I, pp. 894 ss.; Cass. del Regno, 13.01.1925, in *Foro it.*, 1925, pp. 194 ss.; Cass. civ., sez. I, 01.03.1937, in *Giur. it.*, 1937, I, pp. 524 ss.; Cass. civ., sez. I, 12.05.1941, in *Giur. it.*, 1941, I, pp. 751 ss. Anche nelle pronunce di merito l'onere è considerato come un'autolimitazione della volontà: Trib. Modica, 15.06.1903, in *Rep. Foro it.*, 1903, voce «*Successione legittima e testamentaria*», n. 118; App. Venezia, 18.02.1936, in *Foro ven.*, 1936, pp. 766 ss.

⁷⁰ Trib. Cuneo, 13.05.1925, in *Foro subalp.*, 1925, pp. 950 ss.; Cass. civ., 01.03.1937, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, pp. 542 ss.

⁷¹ Sulla distinzione tra onere e condizione si veda il paragrafo 1.10.2.

⁷² Si veda, ad esempio, Cass. civ., 12.5.1941, cit. In dottrina: LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 406, a tal proposito afferma che nelle sentenze degli anni

visione che vede nel *modus* uno degli strumenti attraverso i quali l'autonomia privata può esplicarsi, perseguendo i più diversi interessi e che trovava riscontro nella prassi, tanto da consolidarsi con l'avvento del Codice civile del 1942.

Ad oggi nelle pronunce giurisprudenziali continua ad essere ricorrente l'affermazione secondo la quale l'onere deve considerarsi un elemento accessorio, poiché il suo inserimento nel negozio giuridico non risulterebbe in contrasto con gli elementi essenziali che lo compongono⁷³. Anzi, la previsione di un *modus*, attraverso la sua attitudine ad ampliare lo schema negoziale, consentirebbe la realizzazione di finalità ulteriori, estranee alla causa⁷⁴.

Nelle argomentazioni prospettate dalla Suprema Corte emerge, innanzitutto, una confusione tra i concetti di accidentalità

⁷³30-'40 la Suprema Corte «abbandona l'antica concezione dell'autolimitazione, strettamente connessa con il comune modo di intendere l'onere come una condizione risolutiva non svolta».

⁷³ App. Venezia, 18.02.1936, cit.; Trib. Venezia, 23.04.1937, in *Foro ven.*, 1937, pp. 682 ss.; Cass. civ., 12.05.1941, cit.; Cass. civ., sez. II, 28.07.1950, n. 1498, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, pp. 1058 ss., con nota di NATOLI U., *In tema di modo condizionale*; Cass. civ., 11.06.1975, n. 2306, in *Foro it.*, 1976, I, pp. 760 ss.; Cass. civ., sez. II, 18.3.1999, n. 2487, in *Notariato*, 2000, pp. 148 ss., in tema di onere testamentario afferma che «il *modus* si configura come una disposizione accessoria, rispetto a quella con la quale è stato costituito il legato, che attribuisce rilevanza giuridica la motivo mediante la sua esternazione e che, anche nell'ipotesi in cui abbia quale contenuto una disposizione patrimoniale, non muta tuttavia la natura di negozio a titolo gratuito della disposizione a cui accede, poiché rimane esterno ad esso e, quindi, non interagisce sulla sua causa, inserendo un elemento di corrispettività, ciò pur ove il relativo adempimento comporti l'assorbimento parziale o persino totale dell'entità economica oggetto della liberalità». Conforme: Cass. civ., sez. I, 11.6.2004, n. 11096, in *Foro it.*, 2005, I, pp. 466 ss.; Cass. civ., 17.3.1964, n. 605 in *Rep. Foro it.*, 1964, voce «*Successione legittima o testamentaria*», n. 116. Tuttavia, si riconosce talvolta che l'onere non si attegga sempre come un'*accidentalium negotium*: in Cass. civ., sez. I, 12.5.1941, cit., si legge che può verificarsi che per volontà del disponente l'obbligo imposto al donatario può essere tale «da costituire il *modus* il motivo unico e principale della liberalità, in modo da potersi affermare che senza quell'adempimento il disponente non l'avrebbe fatta; allora il *modus* forma parte del contenuto essenziale e non accidentale del negozio, e sebbene non sia né una condizione né una vera e propria controprestazione, funziona analogamente per certi effetti, ossia l'inadempimento risolve il diritto gratuitamente donato. Se e quando vi sia questo nesso inscindibile tra la disposizione principale e il *modus* è una pura questione di fatto».

In tema di donazione modale sostiene la natura accessoria del modo anche Cass. civ., sez. I, 01.03.1937, cit.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, in *Notariato*, 2000, pp. 369 ss.; Cass. civ., sez. II, 17.04.1993, n. 4560, in *Vita not.*, 1993, pp. 1400 ss.; Cass. civ., 21.06.1985, n. 3735, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce «*Donazione*», n. 9; Trib. Padova, 08.03.2005, n. 724, in *De Jure*.

⁷⁴ Cass. civ., sez. I, 11.06.2004, n. 11096, cit.

e di accessorietà: infatti, come abbiamo già avuto modo di vedere, il problema della compatibilità del singolo elemento con il tipo negoziale attiene al profilo dell'accidentalità e, dunque, solamente a quest'ultimo avrebbe dovuto richiamarsi la Cassazione. A ciò si deve aggiungere che spesso i giudici pur dichiarando tale natura, non ne motivano la scelta, celandosi dietro l'affermazione che anche se si aderisse alla tesi dell'autonomia del *modus*, non cambierebbero le conclusioni ai fini del giudizio⁷⁵.

Dalla lettura delle sentenza si finisce, quindi, per ricavare l'impressione che l'accessorietà della clausola modale venga sostenuta più per una sorta di ossequio alla tradizione che sulla base dei riscontri offerti dalla disciplina normativa dettata in tema di onere testamentario e di donazione modale.

Un'interessante pronuncia della Suprema Corte di Cassazione ha affrontato un annoso problema, sul quale la dottrina dibatte da tempo: mi riferisco alla questione dell'ammissibilità dell'onere quale unico contenuto del testamento⁷⁶. Mentre i giuristi si dividono sostanzialmente tra coloro che sostengono l'accidentalità del *modus*, e quindi negano siffatta possibilità, e i fautori dell'autonomia della clausola modale, che vedono nell'art. 629 c.c. la conferma della possibilità di un onere isolato quale contenuto esclusivo della scheda testamentaria,

⁷⁵ Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.

⁷⁶ Mi riferisco a Cass. civ., sez. II, 21.02.2007, n. 4022, in *Vita not.*, 2007, n. 2, pp. 747 ss., secondo la quale «l'orientamento tradizionale, in dottrina ed in giurisprudenza, pure sotto autorevole critica, configura l'onere o *modus* come elemento accidentale e accessorio rispetto al negozio testamentario, istitutivo di erede o contenente un legato. Ed invero, che tale configurazione abbia l'onere testamentario non è revocabile in dubbio, deponendovi a favore non solo la disciplina positiva dell'istituto, quale clausola apposta ad una liberalità, allo scopo di limitarla (artt. 647, 648, 793 e 794 c.c.), ma anche e soprattutto il tenore letterale dell'art. 647 c.c., laddove, al terzo comma, in una sorta di collegamento funzionale tra elementi accidentali ed essenziali del negozio, è previsto che l'onere impossibile o illecito si considera non apposto alla disposizione, che tuttavia è nulla nel caso l'onere ne abbia costituito il solo motivo determinante. L'onere o *modus* è, dunque, accidentale e accessorio rispetto al negozio testamentario, istitutivo di erede o contenente un legato, ma tale natura, che pure in tesi dovrebbe imporre il collegamento dell'onere a quel negozio, così da non poterne prescindere, non esclude che lo stesso onere possa collegarsi ad una istituzione di erede per legge, nell'ipotesi in cui il testamento non istituisca un erede, dando luogo alla successione legittima».

i giudici di legittimità hanno adottato una soluzione che si potrebbe definire intermedia, sostenendo che la natura accidentale del modo non risulti scalfita dal riconoscimento di una simile eventualità, poiché il collegamento funzionale si verrebbe a instaurare tra onere e istituzione di erede *ex lege*⁷⁷.

Sennonché è stato obiettato che l'esigenza di tale collegamento potrebbe non significare necessariamente che esso debba essere descritto in termini di accidentalità e/o accessorietà: infatti, sarebbe possibile rivenire un nesso simile anche tra legato ed istituzione di erede o tra sublegato e legato, di cui nessuno dubita l'autonomia.

Quel che appare singolare è che per sostenere contemporaneamente la natura accidentale e accessoria del *modus* e la possibilità che esso gravi sull'erede legittimo la Corte di Cassazione si richiami a due degli argomenti tradizionalmente utilizzati dalla dottrina favorevole all'autonomia della clausola modale: mi riferisco all'art. 629 c.c., il quale prevedrebbe un'ipotesi legale di onere in assenza di un'istituzione di erede o di un legato; e al carattere non strettamente tipico dell'art. 588 c.c., che consentirebbe di non limitare le disposizioni testamentarie configurabili a quelle ivi indicate⁷⁸. Sul tema torneremo più approfonditamente nel prosieguo del lavoro⁷⁹.

⁷⁷ In dottrina aveva già prospettato siffatta possibilità DELLE MONACHE S., *Il testamento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 150 ss. Sulla posizione dell'autore e le altre soluzioni proposte ci soffermeremo al capitolo IV, paragrafo 4.1.

⁷⁸ La Cassazione sostiene, infatti, che «l'imposizione dell'onere all'erede legittimo è stabilita, dal diritto positivo, all'art. 629 c.c., che, per l'appunto, prevede che le disposizioni a favore dell'anima "si considerano come un onere a carico dell'erede o del legatario, e si applica l'art. 648 c.c.", così significando che in mancanza d'istituzione testamentaria d'erede l'onere possa gravare sull'erede designato per legge, in egual misura, con applicazione della medesima disposizione dell'art. 648 c.c. sull'adempimento dovuto, E, per altro, sotto il profilo logico-sistematico, tale rilievo di possibile gravamento dell'onere sull'erede legittimo, ove nel testamento manchi l'istituzione di erede o la designazione del legatario, è manifestato dalla stessa Relazione al codice civile, che confuta il carattere di elencazione "conclusa", che il ricorrente deduce debba essere conferito alla disposizione dell'art. 588 c.c., di cui denuncia la violazione, nella sua supposta natura di norma, assolutamente e non anche relativamente limitativa del genere delle disposizioni testamentarie configurabili». Tali argomenti sono

Dal quadro fino ad ora tracciato trova conferma l'utilità, prospettata nell'introduzione a questo lavoro, di affrontare le problematiche connesse al *modus*, compresa quella relativa alla sua natura, non in astratto, bensì in concreto, ponendo particolare attenzione agli spunti che possono derivare dall'osservazione della prassi applicativa. Per questo nei paragrafi che seguono cercheremo di enucleare quali siano i profili di maggior criticità che si trova ad affrontare l'interprete allorché venga in considerazione l'applicazione di una clausola modale.

1.5. BREVI CENNI SULL'AMMISSIBILITÀ DEL *MODUS* AL DI FUORI DELLE IPOTESI TIPIZZATE DAL LEGISLATORE.

Nonostante il presente lavoro sia incentrato sullo studio dell'onere testamentario, la scelta di partire dai problemi che in concreto solleva l'apposizione di un *modus* impone di soffermarsi, sia pure brevemente, anche sulla questione se sia possibile prevedere una clausola modale solo rispetto alle singole *species* indicate dal legislatore ovvero se l'autonomia privata possa spingersi al di là di queste.

Una parte minoritaria della dottrina ha ritenuto che la circostanza che il legislatore abbia disciplinato esclusivamente la donazione modale e l'onere testamentario sia sintomo della volontà di circoscrivere a questi negozi l'ammissibilità della figura in

tradizionalmente portati a sostegno della natura autonoma dell'onere testamentario da una parte della dottrina, a titolo esemplificativo si veda GIORGIANNI M., "*modus*" testamentario, cit., p. 924, mentre sono criticati da quella parte della dottrina che ne afferma la natura accidentale: MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 167 ss., il quale nega sia la possibilità del modo di gravare sull'erede legittimo, in assenza di un'istituzione di erede o legato operata dal testatore, sia che si possa ritenere superato il principio di rigorosa tipicità in ambito testamentario. DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 147 ss., ammette che il *modus* possa costituire l'unico contenuto del testamento, ma ritiene che ciò non legittimi a concludere circa la natura di autonoma disposizione *mortis causa* dello stesso. L'autore, inoltre, avverte che l'ipotesi dell'onere quale unico contenuto del negozio testamentario ricorrere nella realtà meno facilmente di quanto si sarebbe tentati di credere: infatti, di sovente la disposizione testamentaria finisce non imporre un onere al successore legittimo, bensì pone in essere un «valido testamento *secundum legem*».

⁷⁹ Si rinvia al capitolo IV, paragrafo 4.2.

esame⁸⁰. In realtà, tale scelta non risponde a questa logica, ma costituisce, piuttosto, il riflesso della tradizione pandettistica⁸¹, come del resto lo è anche la decisione del legislatore di prevedere l'onere, accanto alla condizione e al termine, tra gli elementi accidentali del negozio giuridico.

In astratto nessun ostacolo sembrerebbe ricavarsi a un'estensione del *modus* ai negozi in generale, senonché la struttura obbligatoria dello stesso ne impedisce l'apposizione ai negozi a titolo oneroso, nei quali, poiché le parti si obbligano ad effettuare reciproche prestazioni, la previsione di un obbligo ulteriore non potrebbe che costituire una controprestazione o un *pactum adiectum*, coercibile con le azioni proprie del negozio oneroso⁸².

Lo spazio che residua è, dunque, quello del negozio a titolo gratuito: è ormai affermazione tralatizia quella secondo la quale l'onere può essere apposto, oltre che al testamento e alla donazione, a tutti i negozi gratuiti⁸³. Non è mancato chi⁸⁴ ha sostenuto che ciò sarebbe possibile perché il *modus*, in quanto elemento accessorio, non sarebbe in grado di incidere sul tipo negoziale. Un simile argomentare non tiene, però, in debita considerazione che l'accessorietà è una caratteristica eventuale e non necessaria della disposizione modale; inoltre, come abbiamo già avuto modo di spiegare⁸⁵, la valutazione circa la compatibilità rispetto al tipo riguarda il piano dell'accidentalità e non già quello dell'accessorietà.

⁸⁰ Si veda, ad esempio, MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1947, p. 350.

⁸¹ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 189.

⁸² VINDIGNI G., voce «*Modo (diritto civile)*», cit., pp. 827 ss.; FILIPPON E., *Rapporti tra il legato e il modus*, cit., p. 235.

⁸³ Così si esprime la dottrina maggioritaria: VINDIGNI G., voce «*Modo (diritto civile)*», cit., pp. 827 ss.; FILIPPON E., *Rapporti tra il legato e il modus*, cit., p. 235; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 240; COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 446; SCACCHI A., voce «*Modo*», in *Enc. giur., Postilla di aggiornamento*, XXII, Roma, 2008, p. 3.

⁸⁴ FRAGALI M., *Del comodato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1970, pp. 122 ss.

⁸⁵ Si veda il paragrafo 1.3.

Tuttavia, anche una volta stabilita l'astratta ammissibilità dell'onere con riferimento a questo tipo di negozi, ciò non può ritenersi sufficiente per concludere il discorso circa l'ambito di applicazione della clausola modale, poiché la previsione di essa potrebbe risultare incompatibile rispetto alla disciplina del singolo negozio preso in considerazione. Per questo motivo occorrerebbe verificare caso per caso quando l'elasticità del tipo consenta all'autonomia privata il perseguimento di determinati interessi attraverso l'apposizione di un modo⁸⁶. Non è evidentemente questa la sede adatta per analizzare la compatibilità del *modus* rispetto ai vari tipi di negozi gratuiti⁸⁷; ciò nondimeno vale la pena di spendere qualche parola in più sul problema dell'ammissibilità del comodato modale, considerata la notevole rilevanza applicativa dello stesso, dimostrata dalla copiosa giurisprudenza in materia⁸⁸.

⁸⁶ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 190.

⁸⁷ A tal proposito si veda MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 196 ss., il quale afferma la possibilità di dar vita a un comodato o a un mutuo modale; mentre, con riferimento al deposito ritiene possibile l'apponibilità di un onere, anche se si tratterebbe di «un'ipotesi del tutto singolare ed eccezionale». L'autore esclude, invece, che si possa ammettere una promessa di pagamento o una ricognizione di debito modali «non tanto e non solo per la loro natura non negoziale, bensì per la particolare conformazione degli effetti che l'ordinamento vi ricollega»: entrambe le fattispecie, infatti, si caratterizzerebbero per l'inesistenza di uno specifico effetto attributivo (indispensabile ai fini dell'apposizione di un onere) a titolo gratuito a vantaggio del destinatario dell'atto, che è solo dispensato dall'onere di provare il rapporto fondamentale. Ritiene, inoltre, compatibile l'inserimento di una clausola modale in una promessa al pubblico, in una donazione obnuziale, in una remissione del debito e nella c.d. accettazione – rinuncia dell'eredità; mentre, lo esclude con riguardo alla rinuncia vera e propria dell'eredità e all'atto di conferma di una donazione o di una disposizione testamentaria nulla.

Anche CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., pp. 898 ss., ammette che possano essere gravati da un onere il mutuo, il deposito e il comodato. Si vedano, inoltre, NATOLI U., *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 104 ss. e MORA A., *Il comodato modale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 128 ss., i quali dimostrano che la realtà del contratto non è di ostacolo all'ammissibilità del *modus*.

⁸⁸ Ciò è dimostrato dalle numerose pronunce giurisprudenziali sul tema: Pret. Milano, 11.05.1946, in *Foro it.*, 1947, pp. 534 ss.; App. Roma, 19.02.1947, in *Giur. it.*, 1947, pp. 154 ss.; Cass. civ., sez. III, 16.02.1965, n. 242, in *Giur. it.*, 1965, pp. 755 ss.; Cass. civ., sez. III, 13.02.1968, n. 488, in *Giur. it.*, 1968, p. 1568; Cass. civ., sez. III, 02.10.1971, n. 2684, in *Giur. it.*, 1972, I, pp. 300 ss.; Cass. civ., 20.01.1984, n. 491, in *Giur. agr. it.*, 1984, pp. 89 ss.; App. Palermo, 29.07.1988, in *Temi sic.*, 1989, pp. 52 ss.; Cass. civ., 25.09.1990, n. 9718, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, p. 1722.

Secondo una parte della dottrina un comodato *sub modo* non sarebbe concepibile, perché in una simile eventualità il soggetto onerato corrisponderebbe con il soggetto (il comodatario) che è già obbligato sulla base del contratto, creando un obbligo multiplo, che avrebbe ad oggetto anche l'obbligazione di adempiere l'onere; mentre, quest'ultimo dovrebbe atteggiarsi a obbligo isolato, andando a gravare su colui che non sia obbligato sulla base della natura del negozio giuridico⁸⁹.

Tale posizione è stata criticata, mettendo in luce che essa costituisce un «apriorismo costruttivo privo di un'apprezzabile giustificazione sul piano della disciplina», dal momento che l'apponibilità del *modus* dipenderebbe dalla predeterminazione della posizione del soggetto obbligato, effettuata nel tipo contrattuale⁹⁰.

Altri hanno sostenuto, invece, che l'obbligo di restituire la cosa nel comodato sarebbe soltanto accessorio, poiché il rapporto fondamentale sarebbe quello che sancisce l'obbligo in capo al comodante di non riprendersi la cosa: di conseguenza, non vi sarebbe alcun ostacolo ad ammettere un onere in capo al comodatario⁹¹.

Determinante mi sembra, piuttosto, rilevare che il problema dell'ammissibilità dell'onere rispetto al contratto di comodato si pone sullo sfondo del rapporto tra onerosità e gratuità, nel senso che si tratta di stabilire, in primo luogo, se l'introduzione di un elemento di onerosità sia compatibile con la natura gratuita del negozio e, in secondo luogo, in caso di risposta positiva, di

⁸⁹ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 142 ss. Per la stessa ragione l'autore esclude l'ammissibilità del mutuo modale e del deposito modale, mentre ammette l'apposizione di un onere alla cessione gratuita di un diritto di credito o di un altro diritto ovvero alla rendita a titolo gratuito, perché tale ipotesi realizzerebbero effetti analoghi a quelli della donazione.

⁹⁰ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 195.

⁹¹ DE MARTINI A., *Sull'ammissibilità di un comodato modale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, pp. 84 ss.

determinare entro quali limiti l'introduzione di un obbligo non comporti la trasformazione in un negozio a titolo oneroso.

Se questi sono i termini della questione, allora, ai fini della configurabilità dell'onere, non è essenziale l'isolamento rispetto alle altre obbligazioni, poiché la distinzione unilaterale - bilaterale riguarda la struttura del rapporto obbligatorio e non la causa, unico profilo che viene in rilievo nel rapporto tra onerosità e gratuità⁹².

Come abbiamo già avuto modo di verificare⁹³, l'inserimento di un'obbligazione nella struttura della donazione non è elemento di per sé idoneo ad alterare la natura liberale dell'atto: a tal fine è necessario che l'onerosità venga ad investire la causa del negozio giuridico, in modo che la clausola modale diventi il corrispettivo dell'attribuzione ricevuta. E non ci sono ragioni per ritenere che queste considerazioni *mutatis mutandis* non possano riferirsi anche al comodato modale e agli altri negozi gratuiti *sub modo*.

La conclusione che deve logicamente trarsi - che trova tra l'altro conferma nell'orientamento prevalente⁹⁴ della giurisprudenza - è che, in astratto, l'inserimento di una clausola modale non snatura la gratuità del contratto; tuttavia, in concreto, essa può essere utilizzata dalle parti per imporre un corrispettivo per la prestazione gravante su una delle parti (ad esempio, per l'uso della cosa in caso di comodato). Il problema diviene, quindi, quello di interpretare la volontà delle parti per stabilire se il sacrificio a cui va incontro il comodante si trova sullo stesso piano dell'obbligo imposto al comodatario per il tramite del *modus*: in quest'ultimo caso non di comodato modale, bensì di locazione o di altro contratto atipico si dovrebbe parlare⁹⁵.

⁹² DE MARTINI A., *Sull'ammissibilità di un comodato modale*, cit., p. 94.

⁹³ Si rinvia al capitolo III, paragrafo 3.4.

⁹⁴ Si vedano le pronunce giurisprudenziali citate alla nota n. 290 *sub* capitolo III, paragrafo 3.4.

⁹⁵ In questo senso si esprimono: App. Roma, 17.05.2013, n. 2484, in *Dir. e giur. agr.*, 2013, pp. 603 ss.; Trib. Benevento, 10.09.2007, in *Riv. giur. Molise e Sonnio*, 2008, pp. 33 ss.; Cass. civ., sez. III, 07.07.2003, n. 10684, in *Giust. civ.*

L'esigenza di trovare dei criteri idonei a individuare la linea di confine tra le due diverse ipotesi ha portato, talvolta, a guardare l'entità del sacrificio imposto alle parti: qualora questo sia esiguo non potrebbe considerarsi come un corrispettivo e dovrebbe preferirsi una qualificazione in termini di comodato modale⁹⁶. Tuttavia, un simile aspetto non può considerarsi un indice idoneo a rilevare l'esistenza di una volontà delle parti in tal senso, poiché si tratta di un criterio troppo empirico e, conseguentemente, di incerta applicazione.

Da quanto brevemente esposto emerge come la prassi applicativa mostri che il problema dell'ammissibilità dell'onere nei negozi gratuiti non sia affatto diverso da quello che caratterizza la donazione modale, specie qualora l'onere costituisca il motivo determinante: in entrambi i casi, infatti, l'interprete è chiamato stabilire il confine tra i concetti di onerosità e gratuità (o liberalità)⁹⁷.

Altrettanto non può sostenersi con riferimento alle disposizioni *mortis causa*, nelle quali l'onere assume tutt'altro significato rispetto ai negozi gratuiti *inter vivos* o alle liberalità, poiché è inconcepibile che esso diventi il corrispettivo dell'attribuzione ricevuta, dal momento che l'istituzione di erede e il legato rispondono a una logica diversa⁹⁸ da quella di concedere un

Mass., 2003, pp. 7 – 8; Cass. civ., sez. III, 02.10.1971, n. 2684, cit.; Cass. civ., sez. III, 16.02.1965, n. 242, cit., secondo la quale «la gratuità, quale uno dei requisiti essenziali del comodato, non viene meno se, contestualmente alla costituzione di questo particolare tipo di negozio, si accompagna un *modus*, val quanto dire un elemento accessorio che non si identifichi con il corrispettivo dell'uso del bene. L'onere posto a carico del comodatario non può, peraltro, essere tale da restringere il contenuto delle utilità conseguibili dalla cosa».

⁹⁶ Pret. Milano, 11.05.1946, cit.; ma anche Cass. civ., sez. III, 16.02.1965, n. 242, cit.

⁹⁷ In questo senso DE MARTINI A., *Sull'ammissibilità di un comodato modale*, cit., pp. 85 ss.; *contra*: MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 214, secondo il quale «in relazione al negozio gratuito *inter vivos* l'apponibilità del *modus* solleva una problematica diversa da quella che si pone rispetto allo schema donativo, non venendo in considerazione, come per quest'ultimo, i problemi della forma e della *cause suffisante*, bensì quello dell'individuazione della disciplina del tipo applicabile al caso concreto nonché quello della riferibilità della specifica normativa prevista per il *modus*».

⁹⁸ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 150 ss.

vantaggio patrimoniale non controbilanciato da un correlativo sacrificio⁹⁹ e che corrisponde, invece, all'esigenza del testatore di regolare i propri rapporti giuridici per il tempo in cui avrà cessato di vivere. La riprova di ciò si ha nel fatto che l'erede può ricevere anche una *damnosa hereditas* e che il legatario, pur rispondendo dell'adempimento del legato e di ogni altro onere solo nei limiti di quanto ricevuto (art. 671 c.c.), può non ricevere un arricchimento: basti pensare al caso del legato di debito, in cui all'onorato-creditore non si attribuisce nulla di più rispetto al diritto di cui già era titolare¹⁰⁰.

CAPITOLO II:

LA STRUTTURA DELLA CLAUSOLA MODALE.

2.1. LA STRUTTURA DELLA CLAUSOLA MODALE. IL PROBLEMA DELL'ONERE A FAVORE DELLO STESSO ONERATO. – 2.2. LA LEGITTIMAZIONE ALL'AZIONE DI ADEMPIMENTO. 2.2.1. LE NORME IN TEMA DI ONERE TESTAMENTARIO. PRIME CONCLUSIONI SULLA STRUTTURA OBBLIGATORIA DEL *MODUS*. – 2.2.2. LA DISCIPLINA DELLA DONAZIONE MODALE A CONFRONTO. – 2.3. LA LEGITTIMAZIONE ALL'AZIONE DI RISOLUZIONE

2.1. IL PROBLEMA DELL'ONERE A FAVORE DELLO STESSO ONERATO.

Un aspetto fondamentale sul quale occorre soffermarsi è quello della struttura dell'onere, poiché dal modo in cui essa viene prospettata discendono diverse conseguenze dal punto di vista della disciplina applicabile.

L'onere, sia esso apposto a un testamento o a una donazione, si caratterizza per il fatto di imporre all'onerato un comportamento

⁹⁹ CARNEVALI U., voce «*Liberalità (atti di)*», in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Varese, 1974, p. 216.

¹⁰⁰ CARNEVALI U., voce «*Liberalità (atti di)*», cit., pp. 214 ss., il quale precisa che l'assenza dell'arricchimento comporta che le disposizioni testamentarie non possano essere considerate liberalità in senso tecnico. Questo termine, dunque, se utilizzato con riferimento al testamento ha valore meramente descrittivo. Sui motivi per i quali si deve escludere la natura di liberalità del testamento si veda *amplius* DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 49 ss.

a favore del beneficiario, che può avere il più vario contenuto (un *dare*, un *facere* o un *non facere*).

Il Codice civile si limita a parlare di un «peso», senza specificare a quale figura giuridica soggettiva debba essere ricondotto. Ciò nonostante, le norme in materia contengono importanti indicazioni, che consentono di circoscrivere il problema. L'art. 648 c.c. prevede la possibilità di agire «per l'adempimento dell'onere», così come l'art. 793 c.c. sancisce che «il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere». Tali espressioni evocano già ad una prima lettura l'idea che il *modus*, in realtà, non sia altro che un'obbligazione in senso tecnico.

Non è un caso che la dottrina maggioritaria ritenga che il legislatore, parlando di «adempimento», abbia voluto sancire la coercibilità del *modus*¹⁰¹, attraverso la previsione della relativa azione e di quella di risoluzione, e, conseguentemente, abbia configurato l'onere come uno di quei fatti o atti idonei a produrre un'obbligazione in conformità all'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.)¹⁰².

Ad ulteriore conferma del carattere obbligatorio del *modus* vi sarebbe anche il comma secondo dell'art. 647 c.c., che ammette la possibilità di imporre all'onerato il pagamento di una cauzione. Non avrebbe, infatti, senso prevedere una simile tutela se non esistessero dei creditori, portatori di un interesse giuridicamente protetto, rispetto ad un adempimento futuro o ad una probabile insolvenza dell'onerato¹⁰³.

¹⁰¹ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 270, il quale ritiene che l'onere è un vincolo obbligatorio proprio in virtù della sua coercibilità, che sarebbe insita nella sua natura. Affermano la natura obbligatoria dell'onere anche: GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 914ss.; SCACCHI A., voce «*Modo*», cit., p. 1; TORRENTE A., *La donazione*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, XII, Giuffrè, Milano, 1956, p. 295; CRISCUOLI G., voce «*Testamento*», in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, 1988, pp. 25 ss.; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 246; BIGLIAZZI GERI L., *Il contenuto del testamento*, cit., p. 158.

¹⁰² CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 898.

¹⁰³ Si esprime in questi termini CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Cedam, Padova, 1994, p. 1088.

Tuttavia, possono sorgere dei dubbi in ordine alla correttezza di siffatta conclusione almeno sotto due aspetti.

Il primo concerne l'attribuzione della legittimazione all'azione di adempimento del *modus* in capo a «qualsiasi interessato» (artt. 648 e 793 c.c.). Infatti, non si può omettere di considerare che, per poter affermare che l'apposizione di un onere dia vita ad un rapporto obbligatorio, è necessario che siano determinati sia il soggetto attivo sia quello passivo¹⁰⁴. Per questo motivo, uno dei nodi problematici da sciogliere - il quale sarà adeguatamente approfondito nel prossimo paragrafo¹⁰⁵ - riguarda l'interpretazione di tale locuzione: si dovrà chiarire se essa stia ad indicare una platea di soggetti indeterminati ovvero se, nel coordinamento con la globale disciplina dell'onere, in realtà, essa finisca con l'attribuire la legittimazione all'adempimento a persone determinate. Va da sé che solo in quest'ultimo caso si potrà ritenere che il *modus* presenti la struttura di un'obbligazione in senso tecnico, alla quale sarà possibile applicare la disciplina dettata in materia dal Codice civile.

Con riferimento al secondo aspetto, bisogna considerare che la dottrina tradizionale è solita affermare che l'onere può essere apposto a favore del disponente (testatore o donante), di un terzo o dello stesso onerato¹⁰⁶. In quest'ultimo caso la struttura obbligatoria è messa in discussione dalla circostanza che in capo

¹⁰⁴ Sulla necessità della determinatezza dei soggetti del rapporto obbligatorio si vedano: RESCIGNO P., voce «*Obbligazioni (nozioni)*», in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 163 ss.; GIORGIANNI M., voce «*Obbligazione (diritto privato)*», in *Nuoviss. Dig. it.*, XI, Utet. Torino, 1968, pp. 592 ss.; DI MAJO A., voce «*Obbligazione*», in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, pp. 27 ss.

¹⁰⁵ Vista la complessità e l'importanza del tema si rinvia al capitolo II, paragrafo 2.2.

¹⁰⁶ Spesso a tal proposito la dottrina parla di *modus qualificatus* con riferimento all'onere a favore del disponente o di un terzo e di *modus simplex* nel caso in cui il beneficiario sia lo stesso onerato. Si veda SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 177 e nella dottrina tedesca: HOENIGER H., *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim - Leipzig, 1910, p. 255. A tal proposito è stato autorevolmente posto in evidenza da CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 177, che si tratta, però, di una terminologia che può prestarsi ad equivoci, perché la locuzione *modus simplex* di sovente è utilizzata anche come sinonimo di *nudum preceptum*.

allo stesso soggetto verrebbero a riunirsi la figura del creditore e quella del debitore¹⁰⁷.

Ciò potrebbe indurre a pensare che la clausola che prevede un “peso” a vantaggio dello stesso onerato non sia, in realtà, un vero e proprio onere, non partecipando della struttura obbligatoria che è propria della modalità in esame. Conseguentemente, la volontà del donante o del testatore potrebbe trovare attuazione solo ove la disposizione possa essere qualificata come una condizione; in caso contrario, essa si risolverebbe in una mera raccomandazione o in un semplice consiglio, privi di rilevanza giuridica.

Oppure si potrebbe ritenere che il fatto che l'onere a favore dell'onerato non possa essere inquadrato nello schema tipico dell'obbligazione stia ad indicare che il *modus* non presenti tale struttura.

Tuttavia, un simile dato non sembra sufficiente per escludere che la clausola modale possa essere annoverata tra le fonti dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c., in quanto l'individuazione dell'onerato tra i possibili beneficiari del *modus* non è operata dal legislatore, bensì dalla dottrina, dunque, si tratta di un'affermazione che può essere sottoposta a revisione critica.

Rinviando al prossimo paragrafo la disamina degli argomenti di coloro che sostengono che il *modus* non abbia struttura obbligatoria, in questa sede appare opportuno soffermarsi sul problema dell'onere a favore dello stesso onerato.

Una parte della dottrina ha messo in luce come l'apposizione di un onere può non dare sempre origine alla nascita di rapporto obbligatorio, perché il testatore o il donante potrebbero voler perseguire uno scopo, per il raggiungimento del quale non risulta necessaria l'imposizione di un'obbligazione. Ciò accadrebbe, per esempio, proprio nel caso dell'onere a vantaggio dello stesso onerato, nel quale non solo non vi sarebbe alcuna volontà di dare

¹⁰⁷ Si veda, ad esempio, BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 232.

vita ad un rapporto obbligatorio, ma tale rapporto non troverebbe nemmeno collocazione nel nostro sistema, riunendosi nella medesima persona la figura del debitore e del creditore¹⁰⁸.

Questo modo di affrontare il problema ha il pregio di porre al centro del discorso l'autonomia privata, spostando l'attenzione dell'interprete sul risultato che in concreto il disponente ha voluto perseguire con la previsione di una certa clausola; ciò nondimeno, si può giungere a un'altra conclusione qualora si tenga in considerazione la diversa struttura che l'onere finisce con l'assumere a seconda che sia apposto a una donazione o a un testamento.

Appare, quindi, opportuno approfondire l'analisi nei due diversi ambiti in cui la clausola modale è destinata a operare.

Con riguardo alla donazione modale, non è mancato chi ha sostenuto che, allorché l'onere sia stato previsto nell'esclusivo interesse del donatario, non si possa ritenere di essere in presenza di un'obbligazione, perché costui rivestirebbe sia la qualifica di creditore sia quella di debitore: conseguentemente, al donante non potrebbe spettare l'azione di adempimento, per la semplice ragione che egli non vi avrebbe interesse¹⁰⁹.

Questa ricostruzione è stata criticata da una parte della dottrina, la quale ha evidenziato che spesso coloro che negano la struttura obbligatoria dell'onere a favore del donatario muovono da un equivoco lessicale, intendendo che "a vantaggio dell'onerato" significhi necessariamente "a vantaggio esclusivo dell'onerato". Ciò non sempre accade, ma anche ove ricorresse tale coincidenza, non

¹⁰⁸ GARDANI CONTURSI-LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 290. Si veda anche BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 646, secondo il quale l'onere può dar vita o meno ad un'obbligazione in senso tecnico, perché esso «non sempre attribuisce un diritto di credito; importa un comportamento, che può non rientrare nello schema del rapporto di obbligazione e quindi si rendono inapplicabili i requisiti richiesti dalla legge per qualunque obbligazione».

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 29.

si tiene conto che una cosa è l'interesse del creditore e altra è il vantaggio che deriva dall'adempimento della prestazione¹¹⁰.

L'art. 1174 c.c. richiede che soltanto la prestazione sia suscettibile di valutazione economica, ben potendo corrispondere anche a un interesse di natura non patrimoniale del creditore. Da ciò si ricava che l'interesse di quest'ultimo è soddisfatto dall'adempimento della prestazione e non dal risultato economico di essa, il quale potrebbe andare a vantaggio di una persona diversa o anche a favore dello stesso debitore¹¹¹.

Se si tiene presente questa distinzione, anche nell'ipotesi di onere a vantaggio del donatario la posizione debitoria e quella creditoria non si riuniscono in capo al medesimo soggetto: infatti, il donante-creditore è portato a imporre al donatario-debitore un certo comportamento, perché ciò corrisponde a un proprio interesse almeno di natura non patrimoniale, il quale, in questo caso particolare, si risolve in un vantaggio a favore del donatario. In tale fattispecie la presenza dell'interesse del donante, anche se di natura morale, consente di qualificare l'onere come fonte di un'obbligazione e, di conseguenza, costui sarà legittimato ad agire per l'adempimento dello stesso¹¹².

¹¹⁰ GIORGIANNI M., voce «*Obbligazione (diritto privato)*», cit., pp. 592 ss.; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 308.

¹¹¹ GIORGIANNI M., voce «*Obbligazione (diritto privato)*», cit., p. 587, secondo il quale «dato che l'interesse del creditore può essere non patrimoniale, non può considerarsi inerente alla funzione dell'obbligazione che l'interesse del creditore abbia come obiettivo il risultato economico della prestazione del debitore. Il che giustifica come il risultato economico della prestazione possa ridondare a vantaggio di persona diversa dal creditore, o addirittura a vantaggio del debitore (purché, beninteso, il creditore abbia un interesse alla prestazione)».

¹¹² Ritengono sufficiente la sussistenza di un interesse morale del donante per configurare un'obbligazione in senso tecnico in caso di onere a favore del donatario: BIONDI B., *Le donazioni*, cit., pp. 647 ss.; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 293.

CATAUDELLA A., *La donazione mista*, cit., pp. 118 ss., sostiene che la presenza di un *modus* a favore del donatario non esclude in ogni caso la presenza di un rapporto obbligatorio. E' necessario distinguere a seconda che l'onere sia stato previsto nell'interesse esclusivo del donatario ovvero anche nell'interesse del donante. Nel primo caso, «darà dei consigli»; mentre, nel secondo caso, l'esistenza di un interesse, anche solo morale, all'esecuzione della prestazione, consente di configurare un'obbligazione e, quindi, un vero e proprio *modus*.

Ragionando in questo modo, nel caso in cui non sia possibile individuare nemmeno un interesse di natura non patrimoniale in capo al donante, si dovrà ritenere di non essere in presenza di un onere, bensì di un'altra figura, come una condizione, ove ve ne siano i presupposti, o una semplice raccomandazione.

L'identificazione del creditore nel soggetto portatore dell'interesse di cui agli artt. 648 e 793 c.c. è stato criticato da una parte della dottrina, sul presupposto che la struttura dell'onere sarebbe diversa da quella dell'obbligo¹¹³. Infatti, la situazione di onere andrebbe a limitare la libertà dell'onerato, nel senso che, se quest'ultimo volesse mantenere l'attribuzione ricevuta, avrebbe "l'onere" di seguire quanto in esso previsto, senza perciò stesso creare pretese creditorie a favore di altri. Tale conclusione troverebbe conferma nel linguaggio legislativo, il quale, facendo riferimento ai soggetti interessati, mostrerebbe di ritenere ininfluyente il requisito della determinatezza del soggetto, a differenza di quanto accade in un rapporto obbligatorio.

Sul problema dell'interpretazione della locuzione «qualsiasi interessato» ci soffermeremo nel prosieguo del lavoro¹¹⁴. Ciò che preme evidenziare in questa sede è che, in realtà, l'identificazione del creditore con il soggetto portatore dell'interesse viene criticata, non tanto sulla base dell'analisi della struttura del *modus*, quanto in virtù della terminologia utilizzata dal legislatore («onere» invece di «obbligo» o «qualsiasi interessato»). Tuttavia, non sempre nel Codice civile le espressioni sono utilizzate con un significato univoco, quindi esse non devono considerarsi decisive, specie in presenza di altre locuzioni che lasciano aperta la possibilità di una diversa interpretazione («adempimento»).

Vi è stato chi¹¹⁵ ha sostenuto che, anche laddove vi siano tutti gli elementi per configurare una vera e propria obbligazione, non si possa ritenere che sussista una donazione modale, quando

¹¹³ DI MAJO A., voce «*Obbligazione*», cit., p. 29.

¹¹⁴ Si veda il capitolo II, paragrafo 2.2

¹¹⁵ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 177 ss.

l'onere sia previsto a favore del donatario. Tale opinione si fonda su un particolare modo di interpretare il fenomeno della clausola modale nella donazione, la quale viene ricollegata ai problemi che concernono la *cause suffisante* e la forma, visti come limiti al principio della sanzionabilità del patto nudo¹¹⁶. In questa prospettiva, affinché vi sia una *cause suffisante*, sarebbe necessaria la previsione di un effettivo sacrificio patrimoniale per il promissario, il quale sarebbe assente nel *modus* a vantaggio del donatario¹¹⁷. Non potendosi configurare nemmeno in astratto l'alternativa tra contratto oneroso non formale e contratto gratuito formale, l'atto andrebbe automaticamente qualificato come una donazione pura e la soddisfazione dell'interesse avuto di mira dal donante potrebbe, allora, avvenire soltanto laddove la clausola possa qualificarsi come condizione.

Tuttavia, tale posizione si basa su un presupposto tutt'altro che condiviso - consistente nel fatto che con il *modus* venga introdotto nella donazione un elemento di corrispettività, idoneo a modificare lo schema tipico della donazione - il quale, come avremmo modo di vedere nel prosieguo del lavoro, non trova conferme nella disciplina legislativa, se non a condizione di forzarne il significato¹¹⁸.

Volgendo ora la nostra attenzione all'onere testamentario, una voce autorevole, pur avendo riconosciuto la struttura obbligatoria del *modus* apposto alla donazione e l'ammissibilità

¹¹⁶ Il tema sarà trattato in modo più approfondito al capitolo III, paragrafo 3.4.

¹¹⁷ Secondo CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 183, «non basta un semplice interesse morale del donante per introdurre un elemento di onerosità», poiché «nel nostro ordinamento giuridico la *cause suffisante* è data da una controprestazione avente certi valori oggettivi, cioè la valutabilità patrimoniale».

¹¹⁸ La tesi di Carnevali viene criticata da MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 307, secondo il quale corrisponde al vero che «per il *modus* a vantaggio del donatario non si pone, nemmeno in astratto, un problema di qualificazione della donazione come contratto di scambio, al contrario di quanto si verifica rispetto alle altre ipotesi; ma da ciò non sembra corretto trarre deduzioni in ordine alla appartenenza alla nozione tecnica di *modus* della prestazione imposta a vantaggio del donatario, in quanto la sussunzione del singolo negozio concreto nello schema donativo costituisce il presupposto positivo, non già negativo, per la concreta configurazione di un *modus*».

dell'onere a favore del donatario, è giunta a conclusioni opposte in tale ambito.

Partendo dal presupposto che la disposizione testamentaria modale non ha carattere attributivo, si è affermato che la sua struttura non è quella di un'obbligazione, bensì di un dovere giuridico, al quale corrisponde dal lato attivo del rapporto una semplice pretesa all'adempimento, qualificabile come interesse giuridicamente protetto, più che come vero e proprio diritto di credito¹¹⁹.

Tuttavia, un simile approdo è la conseguenza di un modo di intendere il testamento e l'intero fenomeno successorio, che, come avremmo modo di vedere¹²⁰, merita, almeno in parte, di essere ripensato.

Se in ambito contrattuale non si pongono grosse difficoltà a distinguere il piano dell'interesse da quello del vantaggio derivante dalla prestazione, in ambito testamentario diviene un compito più arduo individuare la posizione del creditore, qualora l'onere sia previsto a favore dello stesso onerato. Infatti, nel momento in cui la disposizione è destinata a produrre i suoi effetti, il testatore non esiste più, di conseguenza, è necessario verificare se l'interesse che faceva capo a quest'ultimo sia idoneo a permanere anche dopo la sua morte, ricollegandosi in capo a un altro soggetto. Soltanto così non si verrebbe a riunire nella stessa persona la qualifica di creditore e quella di debitore.

In realtà, come è stato autorevolmente osservato, ciò accade solo in casi eccezionali¹²¹, al di fuori dei quali non si può parlare di

¹¹⁹ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 241 ss. Tale tesi è stata di recente riproposta da SANDEI C., *Autonomia dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, pp. 250 ss.

¹²⁰ Si rinvia al capitolo II, paragrafo 2.1.

¹²¹ GIORGIANNI M., voce «*Obbligazione (diritto privato)*», cit., p. 594, tra i casi eccezionali in cui l'interesse che faceva capo al *de cuius* è idoneo a ricollegarsi anche in capo ad altri soggetti l'autore annovera quello in cui l'interesse era connesso a esigenze della famiglia del testatore: «si pensi all'onere, imposto al legatario di una villa patrizia, di non alterare il carattere architettonico di essa».

obbligazione e nemmeno di onere testamentario, se si ritiene che esso presenti struttura obbligatoria.

Traendo le fila del nostro discorso, possiamo affermare che la circostanza che l'onere possa andare a beneficio dello stesso onerato non è un ostacolo per riconoscere la natura di obbligazione in senso tecnico all'onere. Rimane da verificare, allora, se tale conclusione possa essere smentita dall'attribuzione della legittimazione all'azione di adempimento a «qualsiasi interessato». In particolare, ci si dovrà domandare se siffatta locuzione consenta, qualora sia interpretata alla luce del contesto in cui si inserisce, l'individuazione di soggetti determinati, quali titolari dell'azione, ovvero se si riferisca a una platea indeterminata.

2.2. LA LEGITTIMAZIONE ALL'AZIONE DI ADEMPIMENTO.

2.2.1. LE NORME IN TEMA DI ONERE TESTAMENTARIO. PRIME CONCLUSIONI SULLA STRUTTURA OBBLIGATORIA DEL *MODUS*.

Nel precedente paragrafo abbiamo già avuto modo di accennare come sia di fondamentale importanza stabilire il significato dell'espressione «qualsiasi interessato» per poter trarre delle conclusioni circa la struttura della fattispecie modale.

Infatti, per poter affermare di essere in presenza di un rapporto obbligatorio è necessario verificare se vi siano dei soggetti determinati che possano assumere la qualifica di debitore e creditore.

Nessuna difficoltà sorge in ordine all'individuazione della parte debitrice: è lo stesso art. 647 c.c. che individua nell'erede o nel legatario i soggetti gravati dall'onere e, quindi, tenuti a soddisfare lo stesso¹²².

¹²² CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie, Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 227, secondo il quale «la qualità di erede o di legatario è un elemento che, di per se stesso, è idoneo a funzionare da indice di determinazione del debitore, perché, come la legge stessa implicitamente prevede (art. 647 c.c.), l'indicazione di tale soggetto può anche non essere fatta attraverso connotati individuali, bensì per la sola condizione giuridica di essere erede o legatario e magari prescindendosi da ogni previsione di colui che assumerà la

La stessa chiarezza non sussiste, invece, per quanto concerne la parte creditrice, essendo foriero di equivoci il riferimento a «qualsiasi interessato».

In assenza di una specifica disposizione normativa, sotto la vigenza del Codice civile del 1865, mentre si riteneva pacificamente che l'onere fosse obbligato all'adempimento dell'onere, erano sorti dubbi sulla possibilità di costringere costui a eseguire la volontà testamentaria in tutti quei casi in cui il *modus* non fosse previsto a favore di un terzo, in quanto sarebbe mancata una persona interessata all'adempimento. Per superare queste incertezze e sancire in via definitiva la coercibilità del *modus*, il legislatore del 1942 ha previsto agli artt. 648 e 793 c.c. la legittimazione all'azione di adempimento a favore di qualsiasi interessato¹²³.

L'intervento legislativo, se da un lato ha fugato ogni dubbio sulla rilevanza giuridica del *modus*, dall'altro lato ha contribuito ad aumentare le perplessità circa la struttura dello stesso.

Una parte significativa della dottrina ha ritenuto che l'utilizzo di una formulazione così generale starebbe ad indicare la volontà di attribuire la legittimazione all'azione di adempimento a tutti coloro che, pur non essendo titolari di un diritto di credito, siano comunque portatori di un interesse, il quale non sarebbe altro che

qualità giuridica indicata. E v'è di più, perché lo stesso criterio di individuazione è l'unico che, di necessità, per legge, è destinato ad operare quando il testatore non abbia indicato alcun soggetto passivo dell'obbligazione oppure quando, indicato che sia il soggetto passivo, questo non possa o non voglia accettare e si faccia luogo ad una assunzione, in virtù di accrescimento o meno, della relativa qualità giuridica successoria da parte del soggetto subentrante (artt. 676, 677 c.c.). Comunque, in questi ultimi casi, siffatta variabilità della persona, che può assumere la qualità di erede o di legatario e quindi la titolarità della posizione debitoria nelle obbligazioni testamentarie, non è una nota che incide sostanzialmente sulla struttura di questi rapporti, sì da farli apparire come delle obbligazioni ambulatorie, giacché l'ambulatorietà riguarda esclusivamente rapporti già costituiti ed attiene, in particolare, al fenomeno della successione di un soggetto nella posizione attiva o passiva del rapporto, laddove la variabilità di cui è parola attiene piuttosto al fenomeno della individuazione del soggetto in capo al quale l'obbligazione testamentaria deve ancora costituirsi».

¹²³ GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 232.

l'interesse elaborato dalla scienza processualistica con riguardo all'art. 100 c.p.c.¹²⁴.

Il riferimento legislativo a «qualsiasi interessato» troverebbe, dunque, spiegazione in una valutazione di opportunità effettuata a monte, volta a tutelare anche situazioni meramente riflesse, secondarie o subordinate¹²⁵.

Le ripercussioni dal punto di vista della struttura dell'onere sono evidenti: adottare una simile lettura della legittimazione all'adempimento significa ammettere che, non potendosi individuare un soggetto determinato dal lato attivo del rapporto, l'onere non possa essere ricondotto alla figura dell'obbligazione, ma si debba semmai ritenere lo stesso un dovere giuridico in senso stretto.

Il risvolto negativo di un simile modo di intendere la legittimazione all'azione di adempimento è evidente: infatti,

¹²⁴ A tal proposito secondo VINDIGNI G., voce «*Modo*», cit., p. 828, l'interesse presupposto dal legislatore non è solo quello che si sostanzia in un diritto soggettivo, ma anche quello che dà vita ad un interesse legittimo. «Tutto ciò non solo non snatura il concetto di obbligo modale, il quale come obbligo giuridicamente coercibile resta distinto in ogni caso dall'obbligazione naturale, ma vale a precisare i limiti dell'esecuzione coattiva. Questa può sempre consistere nell'adempimento del modo in forma specifica, salvo il caso di obbligo infungibile; talvolta però può incontrare ostacoli di natura giuridica nella forma di esecuzione per equivalente. Infatti, a parte il rilievo secondo cui l'esecuzione per equivalente non ha senso rispetto all'autore del modo, il quale con l'attribuzione gratuita si è liberamente e definitivamente spogliato dei suoi beni, per dare luogo alla esecuzione coattiva nella forma del risarcimento del danno bisogna presupporre la lesione di un diritto soggettivo che non è sempre dato di riscontrare nel soggetto genericamente interessato all'adempimento del modo. La nozione di interesse giuridico, tutelato indirettamente dalla legge, costituisce il fondamento della legittimazione alla esecuzione coattiva ed amplia le categorie dei soggetti legittimati, entro i limiti del principio generale della corrispondenza della posizione processuale con quella sostanziale».

Adottano un'interpretazione letterale dell'espressione «qualsiasi interessato» anche MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1947, p. 379; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 244; AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni, Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1979, pp. 520 ss.; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., 908; DI MAJO A., voce «*Obbligazione*», cit., pp. 27 ss.

Secondo LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, cit., p.160, l'interesse avuto di mira dal testatore con la previsione di un onere testamentario non è riferibile a una persona determinata, altrimenti si ricadrebbe nell'ambito del legato obbligatorio, quindi non si può affermare che esso abbia natura obbligatoria.

¹²⁵ GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., pp. 232 ss.

allargando la platea dei soggetti interessati «i contorni della natura della pretesa che essi fanno valere nei confronti dell'onerato diventano sempre più confusi e indistinti»¹²⁶, tanto che per giustificare la tutela di qualsiasi interesse i fautori di questa soluzione spesso si richiamano all'interesse legittimo¹²⁷.

Il ricorso a questa figura giuridica soggettiva per spiegare la struttura della disposizione modale è criticabile, innanzitutto, perché il comportamento non viene imposto per soddisfare un interesse pubblico, diverso da quello dell'interessato. Inoltre, è difficilmente configurabile un interesse legittimo ove si tenga presente che all'onerato è imposta una prestazione, l'adempimento della quale può essere preteso dai soggetti interessati¹²⁸.

Sotto tale modo di intendere la legittimazione all'azione di adempimento sovente vi è, in realtà, l'idea che l'interessato non agisca tanto per la tutela di un proprio interesse, bensì come una sorta di organo della volontà del *de cuius*: di conseguenza, si riconosce che possano agire per chiedere l'adempimento dell'onere non solo gli interessati, ma anche l'esecutore testamentario¹²⁹.

A questo punto, diviene di fondamentale importanza verificare se i legittimati di cui all'art. 648 c.c. agiscano per la tutela di un interesse altrui o di un interesse proprio, tenendo, però, conto di due aspetti.

In primo luogo è necessario considerare che la fattispecie modale può presentare una «varietà di atteggiamenti in rapporto alla diversità del destinatario del vantaggio preso di mira dal testatore»¹³⁰. Lasceremo per ora da parte il discorso sull'onere a favore di un terzo determinato, che verrà trattato nel prosieguo del

¹²⁶ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 892.

¹²⁷ VINDIGNI G., voce «*Modo*», cit., p. 828; CICU A., *Testamento*, cit., pp. 207 ss., secondo il quale l'interesse a cui fa riferimento la legge è «un interesse giuridicamente protetto; si ha una figura analoga a quella che è propria del diritto pubblico in cui l'azione all'interessato è accordata per sollecitare l'adempimento di un dovere».

¹²⁸ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 912.

¹²⁹ GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., pp. 233 ss.

¹³⁰ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 892.

lavoro a proposito del rapporto tra questa figura e il legato obbligatorio¹³¹, per soffermarci, invece, sulle altre ipotesi di beneficiari.

In secondo luogo, presupposto di partenza per la corretta individuazione dei soggetti interessati consiste nel tener presente che l'onere è tenuto a osservare un certo comportamento: conseguentemente, l'azione per l'adempimento dell'onere non può avere altro contenuto che la condanna ad una prestazione. Ciò significa che l'attore deve essere portatore di un interesse che possa trovare attuazione attraverso la condanna dell'onere alla prestazione oggetto dell'onere¹³².

Prima di addentrarci nell'analisi di come si atteggi la legittimazione all'azione di adempimento a seconda del beneficiario della disposizione modale, appare proficuo eliminare il campo dall'equivoco a cui vanno incontro coloro che identificano l'interesse di cui all'art. 648 c.c. con quello dell'art. 100 c.p.c. Infatti, l'affermazione secondo la quale la legittimazione all'azione di adempimento del *modus* spetta a chiunque possa giustificare la sua presenza in giudizio ai sensi dell'art.100 c.p.c. è fuorviante, innanzitutto perché finisce col confondere i concetti di interesse e legittimazione ad agire, dimenticando così che il primo costituisce un *prius* logico rispetto al secondo¹³³. Inoltre, il richiamo all'interesse di cui all'art. 648 c.c. mentre può apparire utile in relazione alle azioni di mero accertamento, suscita perplessità laddove sia riferito a quelle di condanna, di accertamento costitutivo o esecutive¹³⁴.

¹³¹ Si rinvia al capitolo III, paragrafo 3.5.1.

¹³² GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 902.

¹³³ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 902, secondo il quale «il problema che sorge dall'art.648 c.c. riguarda ovviamente la legittimazione o meglio la titolarità della pretesa (usiamo questa espressione in senso assai generico). Tale problema è ovviamente diverso da quello dell'esistenza in concreto dell'interesse a far valere in giudizio la pretesa stessa».

¹³⁴ COSTANZO L., voce «*Modo*», cit., p. 5; *amplius* ID, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pp. 318 ss.; PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.*, diretto da Allorio, II, 2, Utet, Torino, 1973, p. 1081, che concepisce quella dell'art. 648 c.c. come una

Come abbiamo già avuto modo di accennare, l'onere testamentario può costituire lo strumento attraverso il quale il *de cuius* può perseguire il soddisfacimento dei più svariati interessi, i quali possono far capo a quest'ultimo, all'onerato¹³⁵ ovvero a una categoria indeterminata di persone, come ad esempio gli anziani di un determinato Comune oppure le orfane di una certa città. Per questo motivo occorre verificare se a tali "centri di interesse" si possano ricollegare soggetti determinati che agiscano per la loro tutela¹³⁶.

Per quanto riguarda il *modus* a favore di una categoria generica di terzi non vi è dubbio che in questo caso il soggetto non appare determinato, tuttavia è spesso possibile individuare un ente, pubblico o privato, che possa rappresentare gli interessi di costoro¹³⁷. Riprendendo l'esempio delle orfane di una certa città, potrebbe essere presente un'associazione o un istituto religioso che tra le proprie finalità contempli anche la cura di tale categoria. Riconoscendo in capo all'ente l'interesse espresso nella disposizione modale, viene meno l'incertezza del soggetto

legittimazione straordinaria, che soltanto può riconoscersi in presenza di una espressa previsione: «la confusione tra interesse e legittimazione ad agire è avvenuta in particolare con riferimento a quelle disposizioni che genericamente attribuiscono la legittimazione (straordinaria) ad un determinata azione (a dedurre cioè in giudizio un rapporto giuridico altrui) *a chiunque vi abbia interesse*: come è stato da più parti notato, il termine interesse non si riferisce in tali casi all'interesse ex art. 100 c.p.c., ma sta solo a designare che, in tanto il terzo estraneo al diritto controverso potrà dedurre tale diritto in giudizio, in quanto sia titolare di un rapporto giuridico dipendente da quello altrui, in modo che la sentenza emanata sul rapporto altrui manifesterebbe in ogni caso efficacia riflessa nei suoi confronti: l'unica particolarità di simili disposizioni (artt. 117, 606, 624,648, 1421, ecc.) è data dal fatto che la legittimazione straordinaria è attribuita indipendentemente dal riferimento alla titolarità di situazioni sostanziali tipiche, ma questo non vuol dire che perché il terzo sia legittimato non debba essere titolare di un rapporto giuridicamente dipendente da quello altrui che deduce in giudizio».

Sul tema si veda anche TRIOLA R., *Il testamento*, cit., pp. 288 ss.

¹³⁵ Sul problema dell'onere a vantaggio dello stesso onerato si veda il capitolo II, paragrafo 2.1.

¹³⁶ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 903.

¹³⁷ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 905. ID, voce «*Obbligazione (diritto privato)*», cit., pp. 592 ss.

Si veda anche CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1087, secondo il quale un'indicazione a favore di tale lettura verrebbe «dall'art. 630 c.c., ove si indirizzano all'ente comunale di assistenza le generiche disposizioni a favore dei poveri».

legittimato ad agire giudizialmente per chiedere l'adempimento dell'onere¹³⁸.

Qualora con il *modus* il testatore abbia inteso soddisfare un proprio interesse, gli unici soggetti ai quali potrebbe ricollegarsi un interesse rilevante ai sensi dell'art 648 c.c. sarebbero i prossimi congiunti del *de cuius* e non gli eredi in quanto tali. Infatti, da una serie di disposizioni (artt. 246, 249, 267, 271, 272, 285, 286 c.c.) si può ricavare il principio secondo il quale gli interessi più intimamente connessi alla persona, dopo la sua morte, si vengono a ricollegare proprio in capo ai suoi congiunti¹³⁹.

La situazione si presenta più delicata quando il *modus* sia stato previsto a vantaggio dello stesso onerato, poiché è difficile trovare dei soggetti, diversi da quest'ultimo, a cui possa ricollegarsi l'interesse preso di mira dal testatore. E' stato evidenziato come ciò sia possibile soltanto in casi eccezionali, al di fuori dei quali si deve ritenere di non essere in presenza di un'obbligazione e, quindi, di un *modus* vero e proprio¹⁴⁰.

¹³⁸ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 905, secondo l'autore anche quando il destinatario è una collettività è agevole individuare un ente rappresentativo e, dunque un soggetto determinato a cui sia attribuibile la qualità di creditore. Invece, «una certa difficoltà di inquadramento può derivare dal fatto che, come abbiamo sopra visto, in molti casi di *modus* l'interesse all'adempimento si ricollega a più persone o enti. Siffatta caratteristica del diritto di credito nascente dal *modus* corrisponde, a ben vedere, alla peculiarità degli interessi che con esso la legge permette di raggiungere. Si tratta di un fenomeno non isolato che si presenta nella tutela di interessi, diciamo così, pluralizzati: si pensi, ad esempio, ai poteri spettanti al condominio, mentre il caso ancora più evidente si presenta nel diritto delle società (specie di persone) e delle associazioni, in cui la tutela degli interessi, che trovano soddisfazione attraverso gli obblighi imposti agli organi della società o dell'associazione, viene raggiunta attraverso lo strumento del diritto, attribuito a ciascun interessato, di pretendere la prestazione (così, ad es., il diritto al rendiconto previsto dall'art. 2261 c.c.)».

¹³⁹ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 906, secondo l'autore non potranno agire «gli eredi in quanto tali, né tanto meno i chiamati in subordine o coloro che riceverebbero comunque un vantaggio dalla decadenza dell'onerato. Essi invero non sono portatori di un interesse (patrimoniale o morale) che possa ricevere soddisfazione dall'adempimento del *modus*, salvo naturalmente che essi siano altrimenti "interessati" ad es. quali congiunti del testatore. In realtà essi sono talora interessati all'inadempimento, più che all'adempimento del *modus*. Come vedremo, il loro interesse trova allora tutela attraverso l'azione diretta alla risoluzione della disposizione testamentaria».

¹⁴⁰ Si veda il capitolo II, paragrafo 2.1.

Alla luce di quanto appena esposto si può concludere che un'attenta considerazione della disposizione modale, che tenga conto al contempo del soggetto beneficiario e dello scopo per il quale è stata prevista dal testatore, consente di affermare che l'espressione «qualsiasi interessato» di cui all'art. 648 c.c., lungi dal riferirsi ad una platea indefinita di soggetti, identifica caso per caso uno o più soggetti determinati, legittimati ad agire per l'adempimento dell'onere in quanto portatori di un interesse proprio.

A fronte dell'obbligo dell'onerato di adempiere alla prestazione si può, quindi, affermare che vi sia un vero e proprio diritto soggettivo, di cui è titolare non il beneficiario in quanto tale, bensì un soggetto determinato sulla base dei criteri sopra esposti¹⁴¹.

La regola del primo comma dell'art. 648 c.c. si inquadra, dunque, nel sistema, essendo riconducibile allo schema del rapporto obbligatorio, grazie alla corrispondenza, da un lato, tra dovere e interesse creditorio e, dall'altro, all'appartenenza di quest'ultimo ad un soggetto determinato¹⁴².

Qualora la disposizione testamentaria sia formulata in modo tale che, anche con l'ausilio dei criteri sopra descritti, non sia possibile identificare un soggetto determinato quale titolare dell'azione di adempimento, non si sarà, quindi, in presenza di un onere testamentario, ma di una condizione, ove ve ne siano i presupposti, ovvero di una mera raccomandazione¹⁴³.

¹⁴¹ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 912; CRISCUOLI G., *le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 214, il quale mette in evidenza che l'interessato all'adempimento, che si pone come titolare di un diritto di credito, non coincide con il beneficiario dell'adempimento, «che è semplicemente colui il quale riceve un vantaggio dalla prestazione e sta, per tanto, al di fuori del rapporto obbligatorio». Conforme CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1086.

¹⁴² GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 912.

¹⁴³ Si vedano a tal proposito: GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 907; CARNEVALI U., voce «*Modo*», cit., p. 692; CIRILLO F., *Delle disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1088.

Una parte della dottrina, pur facendo propri i risultati dell'indagine di Giorgianni, ha cercato di andare oltre, chiedendosi se, nei casi in cui non sia facilmente individuabile il soggetto legittimato, come quello del *modus* a vantaggio dello stesso onerato, non sia possibile recuperare dal sistema un altro criterio capace di inglobare anche le ipotesi residuali¹⁴⁴.

Partendo dal presupposto che, se il testatore ha escluso i prossimi congiunti dal testamento, sarebbe in contrasto con la sua volontà riconoscere in capo a questi ultimi la legittimazione all'azione di adempimento, è stato affermato che ciò dimostrerebbe l'opportunità di recuperare un altro parametro, oltre a quello dei soggetti titolari di interessi propri, per individuare i legittimati. A tal fine è stato posto in evidenza che il primo comma dell'art. 648 c.c. non si presterebbe a un'unica lettura: il legislatore scegliendo la parola «qualsiasi» avrebbe voluto introdurre una dizione pluricomprendiva, senza con ciò voler dare tutela anche a interessi meramente riflessi. Tale espressione starebbe, piuttosto, ad indicare il fatto che a più soggetti può essere riconosciuta la titolarità dell'azione. Il motivo di una simile previsione risiederebbe nel fatto che attraverso il *modus* la volontà del testatore può estrinsecarsi in una «plurima direzione¹⁴⁵», a seconda che egli ritenga che per perseguire i suoi scopi sia o meno necessario dar vita a un rapporto obbligatorio¹⁴⁶.

¹⁴⁴ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 284.

¹⁴⁵ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 289.

¹⁴⁶ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 289, secondo l'autrice «nell'indicazione dei "più" ("qualsiasi") interessato all'adempimento rientrano allora, anzitutto, coloro che sono stati creati dalla volontà del testatore come soggetti attivi del rapporto obbligatorio posto a carico dell'onerato del *modus*: perciò legittimati all'azione per ottenere l'esatto adempimento della prestazione, con riferimento e rispondenza alla conforme volontà del testatore. In queste ipotesi, il testatore formula un *modus*, nel quale il soggetto beneficiario è titolare dell'interesse all'adempimento. Perciò, rileva alla volontà del testatore, ed al sistema, la creazione di un rapporto obbligatorio tra i soggetti onerato-debitore del *modus* e beneficiario-creditore. Né allora, il *modus* a beneficio di un soggetto determinato va, a nostro avviso, distaccato dall'area del *modus* (per passare a quella del legato obbligatorio), per

Questa soluzione si basa, però, su una concezione ampia di onere, idonea a ricomprendere anche ipotesi che tradizionalmente si riconducono alla condizione o al legato obbligatorio¹⁴⁷.

A mio avviso tale ricostruzione non solo non contribuisce a chiarire la struttura della fattispecie modale, ma finisce col rendere ancora più incerti i confini con altre figure per certi versi affini, come quelle appena menzionate¹⁴⁸.

Come abbiamo già avuto modo di accennare, coloro che si mostrano favorevoli ad una concezione ampia dei legittimati all'adempimento spesso partono dall'idea che questi soggetti agiscano, in realtà, non per la tutela di un proprio interesse, ma come organi della volontà del *de cuius*¹⁴⁹. Così si è finito per richiamare anche nella materia che ci interessa la figura dell'esecutore testamentario o del titolare di un ufficio privato.

Da questo punto di vista la dottrina italiana ha subito l'influenza dall'elaborazione dottrinale tedesca, la quale trova, però, si trova ad operare in un contesto normativo diverso da quello delineato nel nostro Codice civile.

procedere poi al recupero del c.d. vero e proprio *modus*. Se mai, inversamente, la creazione di un rapporto obbligatorio ad opera della volontà del testatore segnerebbe piuttosto un'unica accezione lata di onere; con area comprensiva del legato (esso stesso "un altro onere" come da art. 671 c.c.). Nello stesso senso si veda TRIOLA R., *Il testamento*, cit., p. 290.

¹⁴⁷ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 240 ss.

¹⁴⁸ Con riferimento all'opportunità di allargare la sfera dei legittimati all'azione di adempimento COSTANZO L., *Problemi dell'onere testamentario*, cit., pp. 326 ss., pone in evidenza che ciò può ammettersi solo se ciò risulti coerente col sistema normativo in cui l'art. 648 c.c. si inserisce e che l'unico criterio possibile è quello che riconosce la legittimazione soltanto a quei soggetti portatori di un proprio interesse all'adempimento.

¹⁴⁹ GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., pp. 232 ss. Guarda il *modus* dalla particolare prospettiva dell'esecuzione del testamento GARDANI CONTURSI LISI L., *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, pp.167 ss., secondo la quale l'onere è «una manifestazione di volontà del testatore attinente all'esecuzione del testamento. (...) Erede modale o legatario *cum onere* o sublegatario appaiono gli esecutori particolari del testatore, in qualche modo accostabili sia all'esecutore testamentario (art. 703 ss. c.c.), sia a colui che cura l'esecuzione delle disposizioni a favore dell'anima di cui all'art. 629 c.c. Soggetti, questi, che attuano una particolare volontà del testatore; essi sono tutti destinatari di volontà distinte dalle disposizione sui beni e attinenti all'esecuzione del testamento».

Il § 1940 BGB, nel definire l'onere testamentario, afferma che il testatore può obbligare l'erede o il legatario a una prestazione, senza per questo attribuire ad altri un diritto alla prestazione¹⁵⁰. Tale disposizione va coordinata con il § 2194 BGB, il quale individua i soggetti che possono pretendere l'esecuzione del *modus*. In particolare, essi sono: l'erede, il coerede, colui che trarrebbe diretto vantaggio dal fatto che il primo soggetto chiamato, il quale in caso di accettazione sarebbe gravato dall'onere, non possa o non voglia accettare e l'autorità competente, qualora sussista un pubblico interesse all'esecuzione medesima¹⁵¹.

Da tali norme si ricava che, pur essendo l'onerato tenuto all'esecuzione dell'onere, quest'ultimo non attribuisce alcun diritto al beneficiario, il quale non può, quindi, avanzare alcuna pretesa all'adempimento dello stesso¹⁵². La legittimazione ad esperire quest'ultimo rimedio viene, infatti, attribuita a dei soggetti che non sono i titolari dell'interesse all'adempimento e che agiscono nell'altrui interesse, come se fossero organi creati dalla legge per assicurare la realizzazione della volontà del *de cuius*¹⁵³. In considerazione di ciò la dottrina maggioritaria afferma che l'onere testamentario altro non è se non un peso a cui corrisponde una

¹⁵⁰ Il § 1940 BGB così statuisce: «Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage)»

¹⁵¹ Il § 2194 del BGB prevede che «die Vollziehung einer Auflage können der Erbe, der Miterbe und derjenige verlangen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen».

¹⁵² In questo senso si vedano: HOEREN T., *BGB §1940*, in *Online Bürgerliches Gesetzbuch*, a cura di Schulze e altri; MÜLLER-CHRISTMANN B., *BGB §1940*, in *Beck's Online-Kommentar BGB*, a cura di Bamberger e Roth, secondo quest'ultimo «die Auflage ist eine Verfügung von Todes wegen, durch die einem Erben oder Vermächtnisnehmer eine Verpflichtung auferlegt wird, ohne dass eine begünstigte Person in Recht auf Leistung erhält. Weil durch die Auflage für den Begünstigten kein Recht entsteht, fast das Gesetz sie nicht unter den Begriff der Zuwendung. Da der Begünstigte keinen Anspruch auf die Ausführung der Anordnung hat, ist die Auflage weniger als ein Vermächtnis. Sie ist aber mehr als ein letzter Wunsch, Ratschlag oder eine Empfehlung des Erblassers, denen gemeinsam ist, dass sie die Adressaten nicht rechtlich, sondern nur moralisch binden sollen».

¹⁵³ TUHR V., *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts*, I, Lipsia, 1910, p. 60, n. 17.

legittimazione o una facoltà solo formale (*mehr formales Recht; formale Befugnis*)¹⁵⁴.

Coerentemente, quando il testatore prevede un onere a favore di una persona determinata, la dottrina tedesca distingue a seconda che il beneficiario abbia o meno un interesse proprio: nel primo caso si tratterà di un legato obbligatorio; mentre nel secondo caso si avrà la nomina di un esecutore testamentario per l'adempimento del *modus*¹⁵⁵.

Tale conclusione appare perfettamente coerente con il sistema delineato dal Codice civile tedesco: poiché il legittimato all'adempimento dell'onere non può essere munito di un proprio interesse, in virtù del combinato disposto dei §§ 1940 e 2194 BGB,

¹⁵⁴ KIPP T. – COING H., *Erbrecht*, in Enneccerus – Kipp - Wolf, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1971, pp. 271 ss.; ENNECCERUS L. – NIPPERDEY H. K., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1959, p. 274; STROHAL E., *Planck's Kommentar zum BGB*, V, Berlin, 1930, p. 605.

Oltre ai soggetti indicate dal § 2194 BGB la dottrina tedesca ritiene legittimato anche l'esecutore testamentario: SOERGEL H. T., SIEBERT W., *Bürgerliches Gesetzbuch mit einföhrungsgesetz und nebengesetzen*, *Erbrecht*, V, Kohlhammer, 1961, p. 270; HOEREN T., § 2194 BGB, in *Online Bürgerliches Gesetzbuch*, a cura di Schulze – Dörner – Ebert, secondo il quale «Vollziehungsberechtigt ist auch der Testamentsvollstrecker (§§ 2203, 2208 II, 2223), allerdings darf er dann nicht die Vollziehung vom Erben fordern, wenn er selbst zur Erfüllung der Auflage in der Lage ist. Der Anspruch des Testamentsvollstreckers schließt den Anspruch der Erben nicht aus».

Solo una parte minoritaria della dottrina tedesca afferma che esiste un vero e proprio diritto di credito, anche se viene esercitato per conto del beneficiario dell'onere dal legittimario come se fosse una sorta di fiduciario. Si vedano, ad esempio: SCHULTZE A., *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, in *Iherings Iharbücher für die Dogmatak des bürgerlichen Rechts*, 1901, 43, pp. 90 ss.; CROME C., *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1912, pp. 505 ss, secondo il quale: «Da bei der Auflage oft ein bestimmter Begünstigter gar nicht vorhanden, und (wenn auch vorhanden) jedenfalls nicht forderungsberechtigt ist, so hat das Gesez gewissen anderen Personen das Recht gegeben, vom Beschwerten die vollziehung der Auflage zu verlangen. § 2194. Und zwar nicht als Bertreter des Begünstigten, sodern aus eigenem Recht, wen auch lediglich in dessen Interesse. Wenn die zuviel oder sonst irgendwie zu Anrecht sodern, thun sie dies folglich auf eigene Gefahr und Roften. Das Recht, die Ausführung der Auflage zu erzwingen, ist ihnen persönlich nach Art einer estamentsvollstreckung beigelegt. Auch ein Testamentsvollstrecker, wenn er nicht schon von vornherein mit der Ausführung der Auflage betraut ist, hat jedenfalls das Recht, die Ausführung vom beschwerten zu verlangen. Die nach § 2194 hinzutretenden Poesonen haben ein gleiches Recht, das hauptsächlich dann praktisch wird, wenn kein Testamentsvollstrecker ernannt ist. Diefe Häufung der Forderungsberechtigten ist nach verschiedener Richtung von Bedeutung».

¹⁵⁵ COING H., *Erbrecht*, in *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, a cura di Enneccerus – Kipp - Wolff, Tübingen, 1953, pp. 204 ss.

se quest'ultimo effettivamente sussiste, non si potrà trattare di una disposizione modale, ma si dovrà ritenere di essere in presenza di un legato; mentre, quando il beneficiario non ha un interesse proprio, si potrà ricorrere alla figura dell'esecutore testamentario per l'esecuzione dell'onere¹⁵⁶.

Nel sistema giuridico italiano, invece, non esiste alcuna norma che induca a ritenere che il legittimato agisca nell'altrui interesse. Al contrario, abbiamo avuto modo di verificare che l'espressione «qualsiasi interessato», una volta analizzata tenendo conto del soggetto beneficiario e dello scopo avuto di mira dal testatore, è idonea a identificare uno o più soggetti determinati, legittimati a chiedere l'adempimento della disposizione modale in quanto portatori di un proprio interesse.

Posto che i legittimati di cui all'art. 648 c.c. sono coloro che agiscono per la tutela di un proprio interesse, non ha senso ricorrere all'istituto dell'esecutore testamentario, il quale per definizione agisce nell'interesse del *de cuius*; un problema diverso

¹⁵⁶ A tal proposito si veda GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., pp. 910 ss., secondo il quale «deve considerarsi che la dottrina germanica perviene all'inquadramento del caso descritto nella figura del legato, non già perché il beneficiario sia una persona determinata, ma solo perché esso è titolare in proprio dell'interesse avuto di mira dal testatore, mentre il legittimato all'adempimento del *modus* non può, per definizione, essere munito di un interesse proprio. In altri termini, la dottrina germanica poiché (al pari di quella italiana) non riesce a ricollegare determinati soggetti agli interessi avuti di mira dal testatore, quando si trova davanti a situazioni in cui il collegamento è innegabile, è costretta, solo in virtù della nozione legislativa di *modus* accolta dal BGB, a classificarle nella categoria del legato. Nel diritto italiano, invece, ci sembra possibile un più razionale svolgimento della distinzione tra legato e *modus*, mancando qualsiasi ostacolo legislativo».

Si veda, inoltre, COSTANZO L., *Problemi dell'onere testamentario*, cit., p. 331, il quale evidenzia che il § 1940 BGB impedisce il riconoscimento in capo all'onerato o ad altro soggetto di una pretesa giudizialmente azionabile all'adempimento. «Per l'ordinamento germanico, quindi, l'alternativa si pone, per quanto riguarda la qualificazione dell'interessato, tra legatario ed esecutore testamentario. *Tertium non datur*, e proprio da questo rilievo risulta ormai chiaro che, nel caso di specie, qualificare "esecutore testamentario" colui che agisce per l'adempimento del modo si può, anzi, si deve laddove manchi la possibilità di ricondurre al soggetto interessato una vera e propria pretesa creditoria all'esecuzione della prestazione indicata dal *de cuius*. Orbene, sotto questo profilo, il nostro ordinamento si rivela più complesso, ed anche più completo, dato che assicura una autonoma tutela anche al semplice onerato da un modo, oltretutto, ovviamente, al legatario. E con ciò viene ad escludere anche la necessità di fare capo alla figura dell'esecutore testamentario, inteso quale unico titolare della pretesa all'adempimento».

è, semmai, quello di stabilire se costui possa agire per chiedere l'adempimento. A parere di chi scrive, si deve senz'altro rispondere affermativamente, poiché l'art. 703, comma 1, c.c., attribuisce all'esecutore testamentario la funzione di curare che siano state esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del *de cuius*¹⁵⁷.

Sul tema dell'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere l'adempimento la giurisprudenza, da un lato, richiede di verificare se l'interesse avuto di mira dal testatore con la previsione dell'onere possa ricollegarsi anche ad un altro soggetto, facendo così proprio il criterio individuato da Giorgianni; dall'altro lato, cerca di allargare l'interpretazione data da quest'ultimo all'art. 648 c.c., riconoscendo la legittimazione non solo quando il rapporto assume i caratteri dell'obbligazione in senso tecnico, ma anche quando si concreta nella posizione mediata e riflessa di chi può ricevere vantaggio dall'esecuzione dell'obbligazione¹⁵⁸.

Muovendo dall'intento di dare la massima attuazione possibile alla volontà testamentaria, la giurisprudenza finisce, però, con l'adottare una soluzione che, oltre ad essere in contrasto con il proprio costante orientamento che vede nel *modus* un'obbligazione in senso tecnico¹⁵⁹, finisce col rendere incerti i confini di tale istituto.

2.2.2. LA DISCIPLINA DELLA DONAZIONE MODALE A CONFRONTO.

¹⁵⁷ Ritengono legittimato ad agire per l'adempimento dell'onere l'esecutore testamentario in virtù dell'art. 703, comma 1, c.c.: CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 909; BELLONI PERESUTTI G. P., *Gli elementi accidentali nel testamento*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, a cura di Vincenti, Cedam, Padova, 2005, p. 392; ALBANESE A., *Responsabilità dell'esecutore testamentario e risarcimento del danno per inadempimento dell'onere*, in *Resp. civ.*, 2006, pp. 154 ss. Sul tema si veda, inoltre, GARDANI CONTURSI LISI L., *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950, pp. 137 ss.

¹⁵⁸ Si vedano: Cass. civ., 11.06.1975, n. 2306, cit.; Cass. civ., 18.03.1999, n. 2487, cit.; Cass. civ., 14.12.1999, 2487, in *Giust. civ.*, 1975, II, pp. 1417 ss.

¹⁵⁹ Si rinvia al capitolo II, paragrafo 2.1 nel quale è stato trattato il tema.

La formulazione dell'art. 793 c.c., che riconosce la possibilità di agire per l'adempimento del *modus*, oltre che al donante, «a qualsiasi interessato», ha posto problemi interpretativi simili a quelli già analizzati nel precedente paragrafo a proposito dell'onere testamentario. Anche in tema di donazione modale si registra, infatti, la tendenza a estendere la legittimazione all'adempimento, oltre che al donante, a tutti coloro che, pur non essendo titolari di un diritto soggettivo, siano tuttavia portatori di un interesse ai sensi dell'art. 100 c.p.c., ricevendo un vantaggio dall'adempimento della prestazione dedotta nell'onere.¹⁶⁰ A tal proposito, data la pressoché identica formulazione delle disposizioni, valgono le considerazioni già svolte nel precedente paragrafo con riferimento all'infondatezza dell'opinione che identifica l'interesse di cui all'art. 648 c.c. con quello dell'art. 100 c.p.c.¹⁶¹.

Secondo una parte della dottrina per affrontare la questione della legittimazione all'adempimento bisognerebbe distinguere tra le ipotesi in cui la previsione di un onere dà vita ad un rapporto obbligatorio, da quelle in cui vi è un obbligo a cui non corrisponde, però, alcun diritto soggettivo, bensì un generico interesse, ricollegabile ad una pluralità indefinita di soggetti¹⁶². Nel primo caso non si porrebbe alcun problema circa la legittimazione, la quale spetterebbe al titolare del diritto, mentre nel secondo caso

¹⁶⁰ TORRENTE A., *La donazione*, cit., pp. 490 ss., secondo l'autore con questa norma il legislatore ha voluto dare protezione anche a «posizioni meramente riflesse, secondarie subordinate, a quelle posizioni che nel campo del diritto pubblico sono distinte sotto la denominazione di interessi legittimi».

Si vedano anche BALBI G., *La donazione*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro -Passarelli, II, Casa editrice Francesco Vallardi, Milano, 1964, p. 75; PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., p. 413.

¹⁶¹ Ritiene frutto di un'evidente confusione concettuale l'identificazione dell'interesse di cui all'art. 793 c.c. con quello dell'art. 100 c.p.c. MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 224 ss.

¹⁶² BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 683, il quale specifica che in queste ipotesi «abbiamo obbligo, a cui si connette un generico interesse, ma non obbligazione per mancanza di specifica titolarità. Quindi non è esatto dire che l'onere importa obbligazione, che si esegue come ogni altra».

sarebbe necessario stabilire quali siano i soggetti che possano costringere il donatario all'adempimento¹⁶³.

Secondo questa opinione il legislatore avrebbe preso in considerazione un generale interesse, accanto a quello del donante, e, conseguentemente, avrebbe attribuito la legittimazione, oltre che a quest'ultimo, a qualsiasi interessato. E ciò sulla base del presupposto che legittimazione e interesse coincidono: «legittimato è chi ha interesse e chi ha interesse può agire»¹⁶⁴. I soggetti legittimati sarebbero, dunque, contemplati non in quanto titolari di un diritto di credito, bensì come portatori di una situazione simile a quella che va sotto il nome di interesse legittimo¹⁶⁵.

In virtù di ciò sarebbero sicuramente legittimati ad agire per l'adempimento: il donante, che, in quanto titolare dell'interesse che sta alla base della donazione modale, può agire anche quando l'onere è a vantaggio dello stesso donatario; gli eredi del donante, i quali agiranno non *iure successionis*, ma *iure proprio*; il terzo a favore del quale è stato previsto l'onere; e lo Stato, quando con il *modus* si è voluto perseguire un interesse di carattere pubblico¹⁶⁶.

Tuttavia, come abbiamo già avuto modo di vedere¹⁶⁷, non sembra possibile richiamare la figura dell'interesse legittimo in tale contesto dal momento che non esiste un interesse pubblico, diverso da quello dell'interessato, e la legge prevede che l'onere sia tenuto a una prestazione, per l'adempimento della quale è concessa l'azione di adempimento.

Il contributo di Giorgianni al riordino razionale della materia della legittimazione all'azione di adempimento dell'onere

¹⁶³ BIONDI B., *Le donazioni*, in *Tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli F., XII, Utet, Torino, 1961, pp. 683 ss.

¹⁶⁴ BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 687, secondo l'autore «la legge ammette tutela di un interesse, che esorbita dal riconoscimento di un diritto di credito: interessato non è il creditore, giacché la disposizione sarebbe del tutto oziosa; la legge neppure intende alludere a quell'interesse ad agire che richiede l'art. 100 c.p.c., che nel nostro caso può anche non essere patrimoniale, come dispone per le obbligazioni l'art. 1174 c.c.».

¹⁶⁵ BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 688.

¹⁶⁶ BIONDI B., *Le donazioni*, cit., pp. 686 ss.

¹⁶⁷ Si rinvia al capitolo II, paragrafo 2.2.1.

testamentario non ha mancato di dispiegare i suoi effetti anche nel campo della donazione modale. Infatti, sullo spunto delle considerazioni svolte da quest'ultimo, una parte della dottrina ha sottoposto a vaglio critico l'interpretazione data sino a quel momento all'espressione «qualsiasi interessato».

Innanzitutto, si è osservato che intendere nel modo sopra descritto il terzo comma dell'art. 793 c.c. non offre alcun criterio utile per identificare, tra tutti coloro che riceverebbero un vantaggio dall'adempimento dell'onere, la persona il cui interesse assume rilevanza giuridica¹⁶⁸.

Inoltre, ammettere che anche un interesse meramente riflesso possa giustificare l'attribuzione della legittimazione è pericoloso, in quanto potrebbe condurre a «tramutare l'azione di adempimento in una specie di azione popolare¹⁶⁹».

L'interpretazione tendente ad ampliare la legittimazione è stata spesso giustificata richiamandosi alla diversa formulazione data alla norma in esame in seno alle commissioni incaricate di redigere il Codice civile¹⁷⁰. Infatti, dapprima fu scelto di indicare analiticamente i soggetti legittimati a chiedere l'adempimento, tuttavia nel progetto definitivo si preferì introdurre l'espressione «qualsiasi interessato». Ciò nondimeno, tale modifica non aveva lo scopo di allargare a dismisura la cerchia dei soggetti che potevano agire in giudizio, giacché con essa il legislatore intendeva, piuttosto, porre fine alle discussioni che avevano attraversato la dottrina sotto il vigore del Codice civile del 1865 circa la coercibilità del *modus*.

¹⁶⁸ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 62.

¹⁶⁹ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 63.

¹⁷⁰ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 59, «il progetto della Commissione Reale conteneva, colmando così una lacuna del codice previgente, una disposizione di questo tenore: “se lo scopo della donazione è di interesse pubblico o a favore di un terzo, può questo o l'autorità competente chiedere al donatario l'esecuzione, anche durante la vita del donante” (art. 426). Non si faceva quindi menzione degli “interessati”. Fu invece nel progetto definitivo (art. 330) che venne introdotta una norma identica a quella attuale, in analogia, come è scritto nella Relazione – con quanto già disponeva il progetto preliminare in materia di onere testamentario».

I fautori dell'interpretazione letterale hanno così finito per confondere il problema della coercibilità della clausola modale con quello diverso della legittimazione all'adempimento¹⁷¹.

Anche nell'ambito della donazione la strada da seguire per chiarificare il significato del secondo comma dell'art. 793 c.c. è quella di porre in relazione quest'ultimo con i diversi soggetti che possono essere avvantaggiati dalla clausola modale e con l'interesse che il donante intende soddisfare attraverso di essa¹⁷².

A ragionare diversamente si finirebbe col giungere a conclusioni contraddittorie: se si ponesse l'accento sull'espressione «qualsiasi interessato» si dovrebbe riconoscere che, anche nel caso dell'onere a favore del donante, questo non sarebbe l'unico soggetto legittimato a chiedere l'adempimento. Invece, anche coloro che adottano un'interpretazione letterale della legittimazione, più o meno esplicitamente, rifiutano questo risultato, ammettendo che altri soggetti possano agire solo qualora il *modus* sia a vantaggio di terzi¹⁷³.

Quindi, se il beneficiario è il donante, nessun altro potrà chiedere l'adempimento della prestazione, poiché l'attribuzione della legittimazione ad altri soggetti finirebbe col costituire «un'illegittima intromissione» nella sfera di costui¹⁷⁴.

¹⁷¹ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 59 ss., secondo il quale, se un problema di coercibilità può porsi con riguardo all'onere testamentario, esso sarebbe escluso in radice nell'ambito della donazione modale «quando il donante, a differenza del testatore non scompare dalla scena ed è sempre in grado di costringere il donatario ad adempiere».

¹⁷² GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 908.

¹⁷³ Si veda, ad esempio, TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 493.

¹⁷⁴ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 908; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 227, secondo il quale «l'estensione o l'allargamento della legittimazione agli interessati (necessariamente) indiretti costituirebbe una illegittima intromissione nella sfera del donante. Costui, infatti, non potrebbe rinunciare al vantaggio nascente dal *modus* né transigere le relative controversie in quanto qualsiasi terzo, anche se indirettamente interessato, potrebbe comunque, attraverso l'azione di adempimento, costringerlo a ricevere integralmente la prestazione che costituisce il contenuto dell'obbligazione modale. Determinandosi, in tal modo, una limitazione della libertà del disponente del tutto ingiustificata ed arbitraria in quanto, come si è visto, non è sorretta dall'esigenza di provvedere alla cura di un qualsiasi interesse estraneo o superiore a quello dello stesso donante».

Solo dopo la morte del donante potranno agire anche gli eredi, anche se non *iure successionis*, bensì *iure proprio*, in tanto in quanto in capo agli stessi sia venuto a ricollegarsi lo stesso interesse avuto di mira dal disponente¹⁷⁵.

Qualora il *modus* sia a vantaggio del donatario, se, come abbiamo già avuto modo di spiegare¹⁷⁶, si tiene distinto il concetto di interesse da quello di vantaggio che deriva dalla prestazione, non si può dubitare della struttura obbligatoria della clausola e che il donante sia il solo soggetto che può agire per l'adempimento in quanto titolare esclusivo di quello stesso interesse che lo ha spinto a stipulare la donazione modale¹⁷⁷.

Nel caso di onere a vantaggio di un terzo determinato è rimasta isolata l'opinione di chi qualifica la situazione giuridica soggettiva del terzo come un semplice interesse, sul presupposto che la clausola modale sia una determinazione accessoria, la quale mirerebbe ad avvantaggiare costui solo in via indiretta¹⁷⁸.

Tale posizione non può essere seguita, dal momento che, come avremmo modo di vedere nel prosieguo del lavoro, l'accessorietà non è una caratteristica costante del *modus*, ma è piuttosto il frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale da parte del disponente¹⁷⁹.

La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che per effetto della clausola modale sorga in capo al terzo un diritto

¹⁷⁵ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 908.

¹⁷⁶ Si veda il paragrafo 1.4.

¹⁷⁷ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 908; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 228, secondo il quale l'esigenza di garantire la coercibilità dell'onere, che costituisce la *ratio* dell'art. 793, comma 2, c.c., risulta, quindi, in tal caso pienamente soddisfatta dall'attribuzione della legittimazione esclusivamente al donante, in quanto «unico ed esclusivo interessato all'adempimento della prestazione costituente il contenuto dell'obbligazione modale». CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 67 e 176 ss., invece, pur riprendendo la tesi di Giorgianni sulla legittimazione, ritiene che nel caso di onere a vantaggio dello stesso donatario non si sia in presenza di una donazione modale. Il discorso è stato approfondito nel capitolo II, paragrafo 2.1, al quale si rinvia.

¹⁷⁸ TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 489.

¹⁷⁹ Si rinvia al capitolo IV, paragrafo 3.4.

soggettivo: conseguentemente, viene riconosciuta allo stesso la legittimazione all'adempimento. I dubbi riguardano, piuttosto, la possibilità di riconoscere il diritto ad agire per l'adempimento dell'onere anche al donante. Infatti, l'art. 793 c.c., riferendosi a qualsiasi interessato utilizza un'espressione ampia, che non distingue a seconda del beneficiario del modo: dunque, non è possibile ricavare da essa alcuna indicazione decisiva.

Vi è stato chi ha ritenuto che, in caso di onere a vantaggio di un terzo determinato, la donazione modale presenti la stessa struttura del contratto a favore di terzo. Quindi, applicando i principi che regolano la materia, si è giunti alla conclusione che la legittimazione spetterebbe solo al terzo e non ad altri, poiché lo stipulante-donante non sarebbe titolare di un diritto soggettivo autonomo e aggiuntivo rispetto al terzo¹⁸⁰.

Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato¹⁸¹, non si può negare che anche in questo caso il donante abbia un interesse all'adempimento del *modus*, diverso rispetto a quello del terzo. Si tratta, infatti, di quello stesso interesse che l'ha spinto a stipulare la donazione modale e che lo legittima a chiedere l'adempimento dell'onere. Del resto, se il disponente non fosse titolare di un diritto all'adempimento, non si spiegherebbe il motivo per il quale il legislatore ha attribuito l'azione di risoluzione a suo favore e dei suoi eredi. In questa prospettiva, si deve concludere che, accanto al diritto di credito in capo al terzo, coesiste un rapporto obbligatorio tra donante e donatario, avente ad oggetto la prestazione modale.

In ogni caso, sia che si ritengano legittimati il donante e il terzo sia solo quest'ultimo, l'espressione «qualsiasi interessato»

¹⁸⁰ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 909; ID, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 65.

¹⁸¹ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 231. Anche secondo BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 687, oltre al terzo può agire anche il donante. Le azioni spettanti ai due soggetti avrebbero, però, un contenuto diverso: l'azione spettante al terzo sarebbe quella nascente da un normale diritto di credito; mentre l'azione del donante tutelerebbe il suo interesse all'adempimento e avrebbe, di conseguenza, carattere sussidiario o complementare, avendo ragione di esistere solo in caso di inadempimento dell'onere.

viene a riferirsi a soggetti determinati, risultando così compatibile con lo schema del rapporto obbligatorio¹⁸².

Taluno ha osservato che la ricomprensione del donante tra gli interessati non sarebbe giustificata alla luce della formula utilizzata nell'art. 793, comma 2, c.c., la quale stabilirebbe una netta differenziazione tra il donante e gli interessati e, di conseguenza, tra le loro situazioni giuridiche soggettive. Se il donante fosse un interessato la sua menzione nella norma sarebbe del tutto superflua.

L'unico modo per dare una coerente spiegazione alla disciplina legislativa sarebbe quello di ritenere che l'art. 793 c.c. preveda a favore del donante una legittimazione straordinaria. Una simile scelta troverebbe spiegazione nel fatto che, mentre in un contratto a prestazioni corrispettive lo stipulante ha sempre, nei confronti del promittente che non vuole adempiere, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto; nella donazione modale tale rimedio sussiste solo ove sia stato espressamente previsto nel contratto di donazione: di conseguenza, se non fosse stata prevista un'ipotesi di legittimazione straordinaria, il donante potrebbe trovarsi privo di mezzi per costringere il donatario ad adempiere o per risolvere il contratto¹⁸³.

Tuttavia, non ritengo che la norma in esame contenga elementi per concludere a favore di un caso di legittimazione straordinaria. Mi sembra che il legislatore con la previsione del secondo comma dell'art. 793 c.c. abbia, piuttosto, inteso affermare che, oltre al donante, il quale è sempre interessato in quanto l'interesse di cui è portatore è lo stesso che lo ha spinto ad apporre alla donazione la clausola modale, vi possono essere anche altri soggetti legittimati, i quali andranno individuati attraverso la verifica della sussistenza di un proprio interesse all'adempimento del *modus*.

¹⁸² MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 231.

¹⁸³ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 72 ss.

Qualora la donazione modale sia a favore di un terzo indeterminato, valgono le considerazioni già svolte a proposito dell'onere testamentario¹⁸⁴ e il soggetto interessato dovrà riconoscersi nell'ente esponenziale¹⁸⁵.

Una parte della dottrina, che pur ha riconosciuto la determinabilità degli interessati nelle altre ipotesi di beneficiario dell'onere, ritiene che, quando l'onere è a favore di un terzo indeterminato, si debba giungere a conclusioni diverse. L'onere presenterebbe, infatti, carattere non attributivo o dispositivo in senso stretto, poiché in questi casi la clausola modale si risolverebbe in una certa destinazione della cosa donata, che solo indirettamente andrebbe a vantaggio di un gruppo o una collettività.

In un simile contesto la legittimazione dovrebbe essere riconosciuta, oltre che all'ente rappresentativo, anche ai singoli appartenenti la collettività, perché, ragionando diversamente, si verrebbe a tradire la *ratio* dell'art. 793, comma 2, c.c., che sarebbe quella di allargare la cerchia dei soggetti che possono agire per l'adempimento tutte le volte in cui il *modus* «lungi dal tradursi in un beneficio per un soggetto determinato o determinabile, risulti dotato di carattere dispositivo in senso proprio, anche se possa risultarne (indirettamente) un vantaggio per una collettività di soggetti (necessariamente) indeterminati¹⁸⁶».

A questo punto, essendo indeterminato il lato attivo del rapporto, si dovrebbe escludere la natura obbligatoria dell'onere a favore di un terzo indeterminato. In capo agli interessati vi sarebbe, quindi, una pura e semplice pretesa, alla quale corrisponderebbe dal lato passivo del rapporto un dovere giuridico in senso stretto¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Si veda il capitolo II, paragrafo 2.2.2.

¹⁸⁵ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 909; CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 74 ss.

¹⁸⁶ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 238.

¹⁸⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 241, secondo il quale per la disciplina applicabile in questo caso di dovrebbe

Tale opinione può essere criticata tenendo presente che, come abbiamo già avuto modo di vedere, la ragione sostanziale dell'introduzione della norma in esame non consisteva nell'allargamento della platea dei soggetti legittimati a chiedere l'adempimento, bensì nell'esigenza di sancire la coercibilità dell'onere.

In assenza di una particolare *ratio* che possa ricavarsi dal sistema normativo non si vede il motivo per cui si dovrebbe ragionare diversamente rispetto alle altre ipotesi: si deve, perciò, concludere che anche in questo caso la parte creditrice può essere determinata attraverso la sua individuazione nell'ente che tra le sue finalità contempla anche quella che il *modus* mira a soddisfare.

L'errore sta, dunque, nell'estensione della legittimazione a tutti i componenti della collettività, che sarebbero interessati solo indirettamente. Se immaginiamo che Tizio doni al Comune Alfa un immobile con l'onere di destinarne una parte a ricovero per i senzatetto della città, è facile immaginare che possa essere individuato un ente, come, ad esempio, una congregazione religiosa o un'associazione, che tra le proprie finalità abbia anche quella di aiutare i *clochard*; mentre risulta più difficile pensare che ciascuno di questi possa agire per pretendere l'adempimento. In questo modo si finirebbe con l'ampliare a dismisura la legittimazione, prevedendo una sorta di «azione popolare¹⁸⁸» e rendendo sempre più difficile l'individuazione dei confini della fattispecie modale.

All'esito dell'analisi compiuta, possiamo affermare che l'interpretazione dell'espressione «qualsiasi interessato», se operata alla luce dei diversi beneficiari del *modus* e dell'interesse che lo

distinguere «le norme che hanno specifico riguardo all'adempimento di un dovere di comportamento imposto al soggetto, determinando, ad esempio, il tempo, il luogo e in genere le modalità dell'adempimento», da quelle che «concernono più specificatamente i rapporti tra debitore e creditore in relazione ai singoli modi di estinzione delle obbligazioni. Mentre, infatti, la prima categoria di norme si presenta di generale applicabilità alle obbligazioni e ai doveri in senso stretto, la seconda, presupponendo la determinatezza del soggetto attivo del rapporto risulta, necessariamente, riferibile solo ed esclusivamente ai rapporti obbligatori in senso proprio».

¹⁸⁸ L'espressione è utilizzata da CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 63.

stesso è destinato a soddisfare, conferma, anche nell'ambito della donazione modale, le stesse conclusioni a cui si è giunti per l'onere testamentario: essendo individuabile il soggetto attivo del rapporto, oltre a quello passivo, si può affermare che la clausola modale presenta la struttura di un'obbligazione. Pertanto sarà applicabile la disciplina dettata in materia, con gli opportuni accorgimenti¹⁸⁹.

2.3. LA LEGITTIMAZIONE ALL'AZIONE DI RISOLUZIONE.

L'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere la risoluzione dell'onere non pone particolari problemi con riferimento alla donazione modale.

Il confronto tra il terzo comma dell'art. 793 c.c., il quale attribuisce la legittimazione all'adempimento a «qualsiasi interessato», e il comma seguente, nel quale è previsto che la risoluzione per inadempimento del *modus* possa essere domandata «dal donante o dai suoi eredi», non lascia dubbi sulla volontà del legislatore di restringere la facoltà di esercitare il rimedio risolutorio ad una cerchia più limitata di soggetti, individuati nel donante e, dopo la sua morte, negli eredi¹⁹⁰. Tale scelta appare giustificata non appena si consideri che, quando si chiede l'adempimento della clausola modale, si cerca pur sempre di dare attuazione alla volontà del disponente, a differenza di quanto accade con la risoluzione, la quale, determinando il venir meno della liberalità, va considerata come un rimedio estremo: di conseguenza, la valutazione circa l'opportunità del suo esperimento deve essere lasciata solo al donante durante la sua vita e dopo ai suoi eredi, in quanto continuatori della personalità di costui¹⁹¹. Non è, quindi, ammissibile un'estensione della legittimazione all'azione di risoluzione a soggetti diversi, come al

¹⁸⁹ Si rinvia al capitolo, paragrafo 2.2.

¹⁹⁰ BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 697; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 496; PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., p. 414.

¹⁹¹ In questo senso Cass. civ., sez. II, 29.01.2000, n. 1036 in *Contr.*, 2000, II, pp. 1023 ss., con nota di VALENZA F., *Donazione modale e legittimazione all'azione di risoluzione*.

legatario, ai creditori del donante in via surrogatoria o ad eventuali cessionari¹⁹².

Vi è stato anche chi, muovendo dall'idea che l'onere, in taluni casi, possa introdurre un elemento di corrispettività nel rapporto contrattuale, facendo così venir meno la causa liberale, ha affermato che bisogna distinguere le ipotesi in cui la donazione modale è un contratto a prestazioni corrispettive da quelle in cui rimane una donazione vera e propria. In quest'ultimo caso la legittimazione a chiedere la risoluzione spetterebbe esclusivamente al donante o ai suoi eredi e la relativa azione non potrebbe essere esercitata dai creditori del donante in via surrogatoria, stante la natura strettamente personale della stessa¹⁹³.

Invece, qualora il *modus* introduca un elemento di sinallagmaticità nella donazione modale, la legittimazione alla risoluzione, oltre che al donante o ai suoi eredi, spetterebbe anche al creditore del donante che agisca in via surrogatoria perché, essendo l'intento liberale meramente strumentale rispetto all'adempimento dell'onere, il problema si presenterebbe allo stesso modo che in un qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive.

Poiché non si potrebbe ammettere che il creditore, esercitando l'azione di risoluzione, disponga definitivamente dell'interesse all'esecuzione, il quale sarebbe tutelato in via primaria rispetto all'interesse alla risoluzione, il creditore non potrebbe esercitare quest'ultimo rimedio qualora il titolare non abbia già fatto in modo irrevocabile la scelta tra adempimento e risoluzione ovvero fino a che l'esecuzione del contratto sia divenuta impossibile¹⁹⁴.

Tuttavia, quella testé descritta è una posizione che, come abbiamo già avuto modo di accennare, risente fortemente di una

¹⁹² PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., p. 414. In giurisprudenza: Cass. civ., sez. II, 29.01.2000, n. 1036, cit. Ammette, invece, la legittimazione all'azione di risoluzione in capo al cessionario CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 284 ss.

¹⁹³ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 248.

¹⁹⁴ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 285.

particolare lettura data al ruolo del *modus* nell'ambito della donazione modale, la quale difficilmente può considerarsi compatibile con le norme dettate in materia di donazione¹⁹⁵.

La questione si fa, invece, più complessa con riguardo all'onere testamentario, in quanto l'art. 648 c.c. nulla dice circa la legittimazione all'azione di risoluzione. Tale omissione, messa in relazione all'attribuzione della legittimazione all'adempimento a «qualsiasi interessato», in astratto è compatibile con diverse scelte: si può ritenere che legittimati a chiedere la risoluzione della disposizione modale siano gli stessi soggetti che possono domandare l'adempimento oppure si può pensare che la mancanza di un'espressa previsione non significhi necessariamente equiparazione tra le due legittimazioni. Quest'ultima soluzione è preferibile allorché si consideri che l'art. 648 c.c. va coordinato con il contesto normativo in cui si inserisce e, in particolare, con l'art. 677, comma 3, c.c., dal quale si può ricavare che hanno interesse a chiedere la risoluzione dell'onere testamentario coloro che subentrerebbero nei diritti e negli obblighi dell'onerato inadempiente.

A questo punto appare proficuo interrogarsi se siano solo questi soggetti ad essere legittimati a chiedere la risoluzione.

Una parte della dottrina¹⁹⁶ e la giurisprudenza prevalente¹⁹⁷ hanno dato risposta affermativa all'interrogativo sulla base della

¹⁹⁵ Si rinvia al capitolo III, paragrafo 3.4.

¹⁹⁶ PUGLIATTI S., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 542; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 245; BIGLIAZZI GERI L., *Il contenuto del testamento*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno, VI, 2, Utet, Torino, p. 159; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Torino, 2006, p. 238; GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 238, secondo il quale la risoluzione può essere pronunciata su istanza degli interessati o dell'esecutore testamentario. Sono interessati «coloro a cui favore la risoluzione può aver luogo, quindi nel caso che l'onere sia a carico di un legatario, il sostituto o i colegatari aventi diritto all'accrescimento, o gli eredi testamentari o legittimi, o più in generale gli onerati del legato, e nel caso invece che l'onere sia a carico di eredi testamentari, secondo le varie ipotesi, i sostituti o i coeredi aventi diritto di accrescimento, o gli eredi legittimi. (...) Coloro in cui favore la risoluzione ha luogo e che vengono quindi a trarre profitto dal lascito fatto, sottentrano nell'obbligo di adempiere il modo. Ciò si desume dall'art. 677 c.c., il quale, dopo aver disposto ai primi due commi che, se non ha luogo l'accrescimento, la porzione dell'eredità mancante si devolve agli eredi legittimi e la

considerazione che in materia testamentaria vige una logica diversa rispetto a quella dei contratti a prestazioni corrispettive, rispetto ai quali la legge espressamente riconosce in capo al contraente adempiente sia l'interesse all'adempimento sia l'interesse alla risoluzione. Nella materia oggetto del nostro studio, invece, i soggetti legittimati a chiedere l'adempimento non avrebbero anche l'interesse a chiedere l'accertamento dell'inadempimento ai fini dell'esercizio dell'azione risolutoria, poiché mediante l'esercizio di tale rimedio il loro interesse sostanziale non verrebbe soddisfatto, bensì definitivamente frustrato. Infatti, il meccanismo di sostituzione dell'onerato inadempiente con un nuovo soggetto, previsto all'art. 677, comma 3, c.c., non sarebbe idoneo a realizzare in maniera diretta e immediata l'interesse all'adempimento. Ciò potrebbe avvenire esclusivamente attraverso l'esecuzione della prestazione o con la condanna dell'onerato all'adempimento¹⁹⁸.

porzione del legatario mancante va a profitto dell'onerato, e che gli eredi legittimi e l'onerato subentrano negli obblighi che gravano sull'eredità e sul legatario mancante, salvo che non si tratti di obblighi aventi carattere personale, stabilisce nel terzo comma che le disposizioni precedenti si applicano anche al caso di risoluzione di disposizioni testamentarie per inadempimento dell'onere».

¹⁹⁷ Si veda, ad esempio, Cass. civ., 09.05.1967, n. 927, in *Rep. Foro it.*, voce «Azione civile», nn. 1 e 2; Cass. civ., sez. II, 30.09.1968, n. 3049, in *Foro it.*, 1969, I, pp. 1970 ss., secondo la quale «la legittimazione è da attribuire secondo i principi generali sull'interesse ad agire, di cui all'art. 100 c.p.c.; interesse che è dato dalla situazione giuridica soggettiva di vantaggio sostanziale, il cui riconoscimento viene posto ad oggetto della pretesa fatta valere in giudizio e che si concreta nell'esigenza di conseguire un risultato utile e giuridicamente apprezzabile attraverso l'indispensabile intervento del giudice. Legittimato ad agire per la risoluzione può, quindi, essere solo colui che beneficerà della risoluzione stessa e, cioè, l'eredità legittimo nell'ipotesi di istituzione ereditaria modale, o l'eredità testamentario, se l'onere sia apposto ad una disposizione a titolo particolare, in quanto la risoluzione può risolversi solo a vantaggio sostanziale di costoro, determinando la delazione ereditaria a loro favore». Giunge a conclusioni simili, ma criticando il richiamo all'art. 100 c.p.c., Cass. civ., sez. II, 11.06.1975, n. 2306, in *Giust. civ.*, 1975, II, pp. 1417 ss.

¹⁹⁸ Cass. civ., sez. II, 11.06.1975, n. 2306, cit., la quale evidenzia che «l'attribuzione allo stesso soggetto della legittimazione ad esercitare entrambe le azioni si giustifica, infatti, in relazione ai contratti a prestazioni corrispettive, rispetto ai quali la detta legittimazione è espressamente riconosciuta al solo contraente adempiente, in capo al quale confluiscono sia l'interesse all'adempimento, che lo legittima all'azione di adempimento, sia quello all'inadempimento, che lo legittima all'azione di risoluzione, il cui utile esperimento determina, insieme all'estinzione di tutte le obbligazioni aventi la loro fonte nel contratto, il ripristino, con efficacia sia pure limitatamente

Questa posizione è stata criticata. In particolare, si è affermato che, piuttosto che un confronto con la disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive, in questo contesto risulta più proficuo distinguere a seconda che si tratti di un negozio *inter vivos* o *mortis causa*.

Nel primo caso la legittimazione spetta soltanto a coloro i quali abbiano interesse al ripristino della situazione *quo ante*, vale a dire ai contraenti. Coerentemente l'art. 793, comma 4, c.c. attribuisce la legittimazione alla risoluzione solo al donante e, dopo la sua morte, agli eredi.

Con riferimento all'onere testamentario bisogna, invece, tenere conto di alcune peculiarità. In primo luogo, il problema di individuare i soggetti legittimati all'azione si pone, oltre che per il silenzio della legge sul punto, anche in considerazione del fatto che l'autore della disposizione non è più in vita. In secondo luogo, il rimedio risolutorio si atteggia in modo diverso rispetto al contratto, non comportando l'estinzione dell'obbligazione inadempita, bensì la sostituzione dell'onerato inadempiente con un nuovo soggetto (art. 677, comma 3, c.c.).

Per questi motivi, devono considerarsi legittimati ad agire per la risoluzione del *modus*, non solo coloro che sono destinati a sostituire l'onerato inadempiente nei diritti e negli obblighi, ma anche gli interessati all'adempimento, i quali possono trarre vantaggio dalla sostituzione dell'obbligato con un altro soggetto¹⁹⁹.

retroattiva (art. 1458 c.c.), della situazione giuridica preesistente alla conclusione di quest'ultimo. Non è giustificata, invece, quando – come nelle fattispecie previste dai due commi dell'art. 648 c.c. – la legittimazione ad esercitare le azioni da esse contemplate si determina in funzione, rispettivamente, dell'interesse all'adempimento e di quello all'inadempimento del modo: interessi tra i quali non solo non sussiste alcun nesso di subordinazione (nel senso cioè che l'interesse all'adempimento possa trovare la propria giustificazione nell'interesse alla risoluzione), ma, come non ricorre un rapporto di identità oggettiva, non può ravvisarsi neppure un rapporto di identità soggettiva. E lo è tanto meno quando dalla risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento del modo non deriva in modo immediato e diretto la soddisfazione dell'interesse all'adempimento del modo, ma discende soltanto la sostituzione dell'onerato con un altro soggetto».

¹⁹⁹ Così si esprime GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 918. Conformi: COSTANZO L., *Problemi dell'onere testamentario*, cit., pp. 331 ss.;

Il nostro ordinamento giuridico, infatti, oltre a tutelare l'interesse del creditore all'adempimento, considera anche quello al mutamento della persona dell'obbligato, quale fatto idoneo a consentire, sebbene indirettamente, la realizzazione della pretesa creditoria. Poiché l'onere dà vita ad un rapporto obbligatorio, non vi sono ostacoli a estendere in tale materia il principio testé descritto. L'unica differenza consiste nel fatto che la sostituzione non avviene attraverso il meccanismo contrattuale, bensì per espressa volontà di legge (art. 677 c.c.), previo esperimento dell'azione di risoluzione da parte dell'interessato²⁰⁰.

Del resto, per smentire questa conclusione non può considerarsi decisiva l'obiezione secondo cui la soddisfazione dell'interesse del testatore non potrebbe avvenire con la sostituzione dell'onerato, potendo il soggetto essere nuovamente inadempiente, perché anche la condanna all'adempimento potrebbe non garantire ciò: basti pensare al caso in cui la prestazione abbia ad oggetto un *facere* che il debitore continua a non porre in essere²⁰¹.

Di recente tale ricostruzione ha trovato seguito presso i giudici di legittimità, i quali hanno messo in luce che la lacuna in tema di legittimazione all'azione di risoluzione è solo apparente, laddove si consideri «il principio generale per cui ogni capoverso di ciascun articolo, quando non risulti in sé stesso completo ed

CARNEVALI U., voce «*Modo*», cit., p. 693; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 275; AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 522; VINDIGNI G., voce «*Modo*», cit., p. 829; GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 325; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 912, il quale ritiene legittimato ad agire per la risoluzione dell'onere anche l'esecutore testamentario.

²⁰⁰ COSTANZO L., *Problemi dell'onere testamentario*, cit., p. 333, il quale cita gli esempi «della delegazione, dell'accollo e dell'espromissione (ovviamente sempreché liberatori). A proposito di quest'ultima, in particolare, in caso di espressa liberazione del debitore originario da parte del creditore, questi evidentemente in tanto addiviene con il terzo alla stipula del contratto *de quo*, in quanto a ciò sia mosso da un preciso interesse, che altro non è se non l'interesse all'adempimento; tant'è vero che l'iniziativa di stipulare un'espromissione potrebbe venire anche dal creditore».

²⁰¹ Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 3307 ss.

autonomo, dipende pur sempre dalla prima parte dell'articolo stesso come la conseguenza della premessa». Con ciò legittimando ulteriormente l'estensione dell'azione di risoluzione anche agli interessati a chiedere l'adempimento²⁰².

Quanto finora esposto dimostra l'esistenza di un rapporto tra l'azione di adempimento e quella di risoluzione dell'onere testamentario, poiché la scelta di un'interpretazione più o meno ampia della locuzione «qualsiasi interessato» si riverbera sui soggetti che possono agire per la risoluzione del *modus*. Quindi, estendere l'area dei legittimati all'adempimento fino a ricomprendere anche i soggetti titolari di un mero interesse riflesso o secondario, oltre agli inconvenienti già esposti²⁰³, rischia di incidere sul versante della risoluzione, consentendo anche a costoro di attivare un rimedio che, essendo stato considerato dal legislatore come estrema *ratio*, dovrebbe essere riservato solo a coloro in capo ai quali venga a riconnettersi l'interesse avuto di mira dal *de cuius*: solo in questo modo l'esercizio dell'azione rimarrebbe vincolato allo scopo di consentire la realizzazione di quanto espresso dal testatore. In caso contrario si finirebbe col consentire a questi soggetti di perseguire obiettivi individuali, che nulla (o poco) hanno a che vedere con la volontà espressa nella disposizione modale.

²⁰² Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.; Cass. civ., sez. III, 26.07.2005, n. 15599 in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6.

A tal proposito è stato rilevato che «avvalorano tale conclusione i lavori preparatori al vigente Codice civile, in quanto l'art. 220 del prog. prel. (1936) sotto la rubrica "azione per l'adempimento dell'onere. Inadempimento volontario", disciplinava in un unico comma la materia nei seguenti termini: "per l'adempimento dell'onere può agire qualsiasi interessato. Il volontario inadempimento non dà luogo a risoluzione del lascito che sol quando tale risoluzione sia stata disposta dal giudice o sia stata dichiarata dall'autorità giudiziaria dietro istanza degli interessati", senza che in prosieguo sia mai stata messa in dubbio l'esigenza di ridurre la categoria degli interessati alla risoluzione (anche se la disposizione ha subito alquanto modifiche per altri punti o aspetti della normativa)». CASSISA G., *In tema di legittimazione attiva alla risoluzione per inadempimento dei lasciti modalì*, in *Giust. civ.*, 1969, I, pp. 1138 ss., in nota a Cass. civ., sez. II, 30.11.1968, n. 3049.

²⁰³ Si rinvia al capitolo II, paragrafo 2.2.1.

CAPITOLO III:

LA DISCIPLINA APPLICABILE AL *MODUS*.

3.1. LA DISCIPLINA APPLICABILE: BREVI CENNI SULLE PRINCIPALI DIFFICOLTÀ RISCONTRATE IN SEDE INTERPRETATIVA. – 3.2. LE PROBLEMATICHE RISCONTRATE NELLA PRASSI APPLICATIVA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELL'ONERATO. – 3.3. L'ONERE TRA IMPOSSIBILITÀ E ILLECITA' DELLA PRESTAZIONE. – 3.4. SPUNTI DI RIFLESSIONE SUL SIGNIFICATO DI VALORE "DETERMINANTE" DEL *MODUS*. – 3.5. ONERE E ALTRE FIGURE GIURIDICHE: IL PROBLEMA DELL'INDIVIDUAZIONE DI UN CRITERIO DISTINTIVO. – 3.5.1. ONERE E LEGATO. – 3.5.2. ONERE E CONDIZIONE. – 3.5.3. ONERE, SOSTITUZIONE FEDECOMMISSARIA E MANDATO *POST MORTEM*. – 3.6. ONERE, DIVIETO DI ALIENAZIONE E DESTINAZIONE DI UN PATRIMONIO ALLO SCOPO. RINVIO.

3.1. LA DISCIPLINA APPLICABILE: LE PRINCIPALI DIFFICOLTÀ RISCONTRATE IN SEDE INTERPRETATIVA.

Per poter affermare di essere in presenza di un'obbligazione è necessaria la presenza di una parte debitrice, di una parte creditrice, di un interesse di natura patrimoniale o non patrimoniale in capo a quest'ultima e di una prestazione suscettibile di valutazione economica, così come previsto all'art. 1174 c.c.²⁰⁴

Nei precedenti paragrafi si è potuta constatare la presenza nella fattispecie modale dei primi tre requisiti. Rimane, quindi, da verificare se il *modus* presenti, quale carattere essenziale, anche la patrimonialità della prestazione che ne forma oggetto.

Secondo una parte della dottrina la patrimonialità della prestazione sarebbe requisito normale, ma non necessario dell'onere, in considerazione del fatto che l'art. 587, comma 2, c.c.

²⁰⁴ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, cit., p. 29 ss.; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 9 ss.; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 221.

consente espressamente al testamento di avere anche un contenuto di carattere non patrimoniale²⁰⁵. Tuttavia, il richiamo a tale disposizione non può ritenersi decisivo, in quanto l'onere potrebbe rientrare tra quelle disposizioni testamentarie che per loro natura devono avere contenuto patrimoniale.

Determinante mi sembra, invece, la circostanza che con la disciplina degli artt. 648 e 793 c.c. il legislatore del 1942 ha voluto sancire la coercibilità del *modus*. Coerentemente la giurisprudenza²⁰⁶ e la dottrina dominanti²⁰⁷ hanno tratto da ciò la conseguenza che caratteristica imprescindibile della fattispecie modale è la patrimonialità della prestazione²⁰⁸.

²⁰⁵ BALBI G., *La donazione*, cit., p. 71; BIONDI B., *Le successioni*, cit., p. 646. VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., p. 823. *Contra* LUPO M., *Il modus testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 411, secondo la quale tale ragionamento si risolverebbe in una petizione di principio.

²⁰⁶ Si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit., secondo la quale «è proprio nell'ipotesi in cui abbia ad oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale che il *modus* – non ravvisabile nel diverso caso del *modus simplex* consistente nella raccomandazione di un comportamento rimesso alla coscienza dell'onerato e, comunque, insuscettibile di valutazione economica e di coercizione – assume le caratteristiche dell'obbligazione in senso tecnico-giuridico a carico dell'onerato».

²⁰⁷ CARNEVALI U., voce «*Modo*», p. 688; GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 900; SCACCHI A., voce «*Modo*», cit., p. 1; PALAZZO A., voce «*Donazione*», p. 149; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, II, 2, Utet, Torino, 1978, p. 246; TORRENTE A., *La donazione*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, XII, Giuffrè, Milano, 1956, p. 293; CRISCUOLI G., voce «*Testamento*», cit., p. 198; PROTO M., *Il modo*, in *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1213; TRIOLA R., *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 275.

²⁰⁸ CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 906; CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 59 ss.; TORRENTE A., *La donazione*, cit., pp. 293 ss., ritiene che la prestazione debba essere suscettibile di valutazione economica, pur potendo rispondere anche ad un interesse di natura non patrimoniale del creditore. L'autore critica quella parte della dottrina (MOSCO L., *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, p. 328) che afferma che la prestazione oggetto dell'onere può anche essere di natura non patrimoniale, poiché in questo caso la coercibilità della disposizione potrebbe venire assicurata con l'apposizione di una clausola penale per il caso di inadempimento. A tal proposito, Torrente pone in evidenza che quest'ultima non può trasformare «la natura intrinseca della prestazione che resta di carattere non patrimoniale.».

Si veda anche MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 312 ss., il quale, pur condividendo le conclusioni a cui giunge Carnevali circa la necessità della patrimonialità della prestazione oggetto del modo, ne contesta le motivazioni. Secondo Marini non sarebbe esatto ritenere che all'onere, in quanto obbligazione in senso tecnico, si applichi l'art. 1174 c.c., ma bisognerebbe ragionare partendo dalla constatazione che «se il contratto costituisce la fonte primaria delle obbligazioni e se, a norma dell'art. 1321 c.c., il

Un'ulteriore conferma dell'esigenza di tale elemento si ricava, inoltre, dall'art. 671 c.c., il quale, nello stabilire che il legatario onerato risponde del *modus* solo nei limiti della cosa legata, presuppone necessariamente un contenuto che possa essere valutato dal punto di vista economico²⁰⁹.

Va da sé che in presenza di una disposizione testamentaria o di una clausola a contenuto non patrimoniale si dovrà escludere che si tratti di un *modus* e si dovrà qualificare la stessa, a seconda dei casi, come condizione ovvero come una mera raccomandazione, priva di rilevanza giuridica²¹⁰.

relativo rapporto giuridico deve avere carattere patrimoniale, ci sembra del tutto conforme al sistema la necessità della sussistenza di tale carattere anche per il rapporto obbligatorio *ex contractu*. La patrimonialità della prestazione è, in altri termini, nell'obbligazione contrattuale, un corollario logico della necessaria patrimonialità del contenuto del contratto *ex art.* 1321 c.c. il che ha poi comportato in sede di disciplina del rapporto obbligatorio che lo stesso requisito venisse esteso, per non compromettere l'unità concettuale e normativa dell'obbligazione dalle obbligazioni *ex contractu* all'obbligazione in generale, indipendentemente dalla fonte della stessa. (...). Nel quadro dell'interpretazione proposta, patrimonialità e suscettibilità di valutazione economica vengono, dunque, a coincidere; il che ben si comprende ove si rifletta che la suscettibilità di valutazione economica non può non costituire l'indice di valutazione dell'appartenenza si un determinato rapporto alla sfera di quelli patrimoniali: punto di vista che sembra accolto testualmente dallo stesso legislatore come risulta dal confronto tra la rubrica dell'art. 1174 c.c. e la disposizione in quest'ultimo contenuta. (...) Il *modus*, quale componente del contenuto del negozio testamentario o donativo, non può non avere contenuto patrimoniale, ed essere produttivo di un obbligo a cui si applichi direttamente o analogicamente, a seconda delle figure considerate, la normativa in tema di obbligazioni».

²⁰⁹ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 198 ss. L'autore afferma che l'art. 671 c.c. pone una norma generale di proporzionalità di sacrificio tra il ricevuto e quello che si deve prestare e «giacché il calcolo di tale proporzionalità non può essere fatto che in termini economici, ecco che la valutabilità patrimoniale deve essere una caratteristica immanente del contenuto di ogni disposizione modale». Conforme LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 410.

²¹⁰ Si veda a proposito: SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 132 e 271; AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 516; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 279; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 241; VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., p. 823; LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 410, secondo la quale «la distinzione tra il modus propriamente detto e l'onere di coscienza, l'obbligo morale, è la stessa esistente tra l'obbligazione civile e quella naturale. L'esecuzione volontaria e spontanea dell'obbligo morale imposto dal testatore, concretantesi in una prestazione, da un canto impedisce di configurare un arricchimento indebito a favore di chi riceve la prestazione, dall'altro rende inammissibile la ripetizione di quanto sia stato spontaneamente prestato ai sensi dell'art. 2034 c.c.». L'autrice fa alcuni esempi di disposizioni che non possono essere qualificate come oneri testamentari: «non costituiscono *modus*, ma condizione, la clausola testamentaria che imponga all'onerato di conformare la propria condotta alla morale abbandonando una relazione illecita.

Il riscontro del requisito della patrimonialità, oltre agli altri elementi già indicati, ci consente di affermare la natura obbligatoria del vincolo che scaturisce dall'onere e di annoverare l'onere tra le c.d. obbligazioni testamentarie, vale a dire tra quei rapporti obbligatori che nascono a titolo originario sia in capo all'onerato sia all'onorato in dipendenza di una disposizione testamentaria²¹¹.

A questo punto possiamo, allora, porci il problema di stabilire entro quali limiti possa trovare applicazione la disciplina codicistica dettata in materia.

La giurisprudenza pressoché unanime, interrogata più volte sulla questione, ha dichiarato ammissibile il ricorso alle norme generali sulle obbligazioni, in quanto compatibili²¹². E' proprio quest'ultimo aspetto quello che presenta maggiore interesse dal punto di vista della prassi applicativa: se, infatti, ormai si ritiene pacifico che il *modus* dia vita ad un rapporto obbligatorio, si

(...) Non si ha *modus* in senso proprio quando sia posto a carico del donatario non un'attività economicamente apprezzabile, ma il dovere di comportarsi verso il donante con filiale affettuosità. E' una clausola illecita quella con cui il testatore imponga alla moglie beneficiata di abitare nella sua casa, imponendole così di andare a convivere con i propri parenti».

²¹¹ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p.p. 11 ss.

²¹² Si vedano a titolo esemplificativo: Cass. civ., 10.05.1921, cit.; Cass. civ., sez. I, 12.05.1941, cit.; Cass. civ., sez. II, 13.06.1950, n. 3510, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.01.1951, n. 133, cit.; Trib. Napoli, 06.06.1960, cit.; Cass. civ., 02.10.1974, n. 2561, cit.; Cass. civ., sez. II, 08.02.1986, n. 802, cit.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.; Cass. civ., sez. II, 25.05.1999, n. 5122, cit.; Cass. civ., sez. II, 14.12.1999, n. 14029, cit.; Cass. civ., sez. II, 20.02.2003, n. 2569, cit.; Cass. civ., sez. II, 28.06.2005, n. 13876, cit.; Trib. Bari, 21.09.2010, cit.; Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit.; Cass. civ., sez. II, 16.05.2013, n. 11906, cit.

Sostiene l'applicabilità all'onere testamentario e alla donazione modale della disciplina degli artt. 1218 ss. c.c. in quanto compatibile anche la dottrina maggioritaria. Si veda, ad esempio: VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., pp. 84 ss.; SCACCHI A., voce «*Modo*», cit., p. 1; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 295; CRISCUOLI G., voce «*Testamento*», in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, 1988, pp. 25 ss.; SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 279 e 283; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 246; BIGLIAZZI GERI L., *Il contenuto del testamento*, cit., p. 158; GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 914, secondo il quale «la qualificazione del rapporto che nasce dal *modus* permette di applicare ad esso tutte le norme che regolano le obbligazioni. Così, ad esempio, l'onere potrà essere adempiuto anche dal terzo, salvo che nell'intenzione del testatore dovesse essere adempiuto personalmente dall'onerato, e ad esso potranno applicarsi le norme dell'azione surrogatoria, ovviamente nei limiti in cui l'interesse del creditore può trovare soddisfacimento attraverso l'adempimento del *modus* al suo debitore».

continua a discutere su quali siano i limiti entro cui possano trovare applicazione non solo gli artt. 1173 ss. c.c., ma anche le norme dettate in tema di risoluzione dei contratti (artt. 1453 ss. c.c.), dal momento che gli artt. 647-648 e 793-794 c.c. si limitano a prevedere il rimedio risolutorio senza, tuttavia, dettare una disciplina sufficientemente dettagliata, capace di risolvere i problemi che più di frequente si pongono nella prassi applicativa.

Di seguito esporremo le principali problematiche che sono state sottoposte all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, in modo da mettere in evidenza i nodi problematici, i quali saranno affrontati più approfonditamente nel prosieguo del lavoro²¹³.

Nell'ipotesi in cui il testatore non abbia previsto alcun termine per l'adempimento dell'onere, ci si è chiesti se la prestazione sia immediatamente eseguibile, per il principio *quod sine die debeat statim debetur*, ovvero se i soggetti interessati debbano domandare al giudice la fissazione di un termine ai sensi dell'art. 1183 c.c.²¹⁴

Discussa è anche la possibilità di riconoscere il diritto al risarcimento del danno ex art 1218 c.c. in caso di inadempimento o risoluzione del modo. Le difficoltà dipendono dalla circostanza che il legislatore, mentre ha previsto espressamente la possibilità di agire per l'adempimento o di chiedere la risoluzione, nulla ha detto a proposito del rimedio risarcitorio, suscitando il dubbio che la peculiarità della disciplina in materia di onere ne abbia comportato l'esclusione²¹⁵. La giurisprudenza più recente²¹⁶ sembra ormai

²¹³ Si rinvia al capitolo IV, paragrafo 4.3.

²¹⁴ Cass. civ., 09.06.1997, n. 5124, in Giust. civ., 1998, I, pp. 502 ss. In dottrina si veda BONILINI G., *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2001, p. 53; PROTO M., *Il modo*, cit., p. 1233.

²¹⁵ Nell'ordinamento giuridico tedesco, essendo esclusa la possibilità di configurare l'onere come un'obbligazione, la dottrina è concorde nel ritenere inammissibile la domanda di risarcimento del danno. A tal proposito si veda, ad esempio, HOEREN T., *BGB §2194*, cit.

²¹⁶ Secondo Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit., «il *modus* rappresenta una prestazione patrimoniale dovuta dall'onerato nei confronti di una pluralità di soggetti a diverso titolo attivamente legittimati a pretenderla; coercibile direttamente attraverso l'azione di adempimento ex art. 648 c.c., ed indirettamente attraverso l'*astreinte* esercitata sull'inadempiente dalla possibilità

concorde nel riconoscere siffatta possibilità; ciò nondimeno, rimangono da risolvere alcune problematiche concernenti il coordinamento tra gli artt. 647-648 e 793-794 c.c. e l'art. 1218 c.c.²¹⁷.

In merito alla risoluzione dell'attribuzione modale il Codice civile si limita a circoscrivere le ipotesi in cui tale rimedio può trovare applicazione: la risoluzione può essere domandata ove esplicitamente prevista dal testatore oppure quando il *modus* ha costituito il solo motivo determinante la disposizione (art. 648 c.c.); mentre, l'art. 793 c.c. consente la risoluzione della donazione modale solo se espressamente contemplata nel contratto.

di perdita del beneficio a seguito dell'azione di risoluzione e d'assoggettamento all'azione generale di risarcimento del danno ex artt. 1218 ss. c.c., suscettibile di essere garantita mediante cauzione ex art. 647 ss. c.c.». Conforme: Cass. civ., 21.10.1971, n. 2966, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Donazione», n. 32.

In dottrina si vedano: CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., pp. 909 ss.; CARNEVALI U., *Le donazioni*, cit., pp. 860 ss.

²¹⁷ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 539, ritiene che a colui che agisce per l'adempimento del modo non spetta alcun risarcimento dei danni, perché questi potrebbero non sussistere in caso di mancata attuazione. Esclude il rimedio risarcitorio, sulla premessa che l'onere non presenta la struttura dell'obbligazione, DI MAJO A., voce «Obbligazione», cit., p. 29. Mentre, secondo CICU A., *Il testamento*, cit., pp. 207 ss., il rimedio risarcitorio è ammissibile laddove non sia possibile ottenere la risoluzione e sussista un interesse all'esecuzione che faccia capo ad una persona determinata. Più radicale PUGLIATTI S., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio, Barbera Editore, Firenze, 1941, p. 542, secondo il quale l'inadempimento del modo non potrebbe dar luogo né all'esecuzione in forma specifica né al risarcimento del danno, poiché, essendo l'onere un caso di obbligazione *ex lege*, sarebbe in grado di esplicare esclusivamente gli effetti previsti dalla legge. *Contra* GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., pp. 915 ss., secondo il quale l'onere non è un'obbligazione *ex lege*, poiché esso trova fonte nella volontà del testatore, «alla quale, nel meccanismo della successione ereditaria, la legge riconosce l'idoneità a costituire fonte di obbligazioni. Ma, a parte ciò, l'azione per l'adempimento dell'onere, prevista dall'art. 648, comma 1, c.c., è da considerare un decisivo sintomo della forza obbligatoria attribuita dalla legge al *modus*, e non già come una limitazione dei suoi effetti». L'autore aggiunge, inoltre, che «non dovrebbero aver ragion d'essere i dubbi talora sollevati in dottrina sull'ammissibilità del risarcimento del danno e della esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Per quanto riguarda il risarcimento del danno, è ovvio che esso competerà all'interessato solo se egli risentirà, a causa dell'inadempimento, un danno patrimonialmente valutabile, il che è conforme ai principi generali. Così nel classico esempio del monumento funebre non è escluso che i congiunti possano risentire un pregiudizio economico, se a causa dell'inadempimento dell'onerato essi fossero costretti ad erigere a proprie spese il monumento. Quanto alla esecuzione in forma specifica, a nessuno può sfuggire l'importanza pratica dell'ammissione di tale rimedio». Si mostrano contrari alla soluzione prospettata da Pugliatti anche MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 182 e CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 413.

Entreremo nel merito della disciplina della risoluzione della disposizione testamentaria nel prosieguo del lavoro²¹⁸, ciò che interessa in questa sede è rilevare che la mancanza di una normativa dettagliata in materia ha portato a domandarsi se possano trovare applicazione gli artt. 1453 ss. c.c.

Sono di immediata evidenza le difficoltà che si frappongono a tale operazione, laddove si consideri che si tratterebbe di estendere una disciplina pensata sul concetto di sinallagma alla donazione e al testamento, che, in quanto atti di liberalità, si presentano strutturalmente incompatibili con l'idea di corrispettivo.

Ciò nonostante, è ormai opinione condivisa che alla risoluzione dell'attribuzione per inadempimento dell'onere si applichino gli artt. 1453 ss. c.c. in quanto compatibili, vale a dire con l'esclusione di quelle norme che presuppongono la corrispettività tra le prestazioni. Tuttavia, condurre in concreto tale operazione non si presenta sempre come un compito agevole.

Se la giurisprudenza²¹⁹ e la dottrina dominanti²²⁰ ritengono che la risoluzione per inadempimento del *modus* possa essere pronunciata solo quando l'inadempimento sia imputabile all'onerato, sia colpevole e non di lieve entità, secondo un'opinione autorevole tale soluzione andrebbe rivista, almeno per quanto riguarda l'onere testamentario, alla luce della funzione svolta dall'onere.

La risoluzione sarebbe, infatti, il rimedio previsto per quelle ipotesi in cui il testatore abbia espressamente o implicitamente attribuito al modo un valore determinante, essendo stato pensato il

²¹⁸ Si veda il capitolo IV.

²¹⁹ Cass. civ., sez. II, 20.02.2003, n. 2569, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 2775 ss.; Cass. civ., 30.05.1985, n. 2237, cit.; Trib. Napoli, 06.06.1960, cit.; Cass. civ., sez. I, 12.05.1941, cit.

²²⁰ VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., p. 828; COSTANZO L., voce «*Modo*», in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1988, p. 6; GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 238; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 275; NAPOLI M., *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., pp. 171 ss.; BIANCA C. M., *La famiglia. Le successioni*, cit., pp. 8181 ss.; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 237; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 911.

lascito in vista della realizzazione di un determinato scopo, conseguibile esclusivamente attraverso l'adempimento del *modus*. Ciò presupporrebbe che il *de cuius* abbia avuto di mira in modo particolarmente intenso il perseguimento di determinati interessi, rispetto ai quali l'onere rappresenterebbe l'unico strumento di possibile soddisfacimento: di conseguenza, qualora l'onere non sia in grado di adempiere, anche senza sua colpa, dovrebbe farsi egualmente luogo a risoluzione²²¹.

Tale posizione suscita delle perplessità. Innanzitutto, si può osservare che tutte le volte in cui il legislatore ha voluto prevedere una disciplina particolare in ragione del valore determinante del *modus* lo ha fatto espressamente (artt. 647, comma 3 e 648, comma 3 c.c.). Inoltre, per poter ragionare nel modo sopra esposto bisognerebbe ammettere che l'autonomia privata possa giungere fino al punto di prevedere, al di fuori dei casi previsti dalla legge, un inadempimento incolpevole, derogando così a quanto previsto agli artt. 1218 e 1176 c.c.²²².

In una prospettiva opposta a quella appena opposta, vi è stato chi ha ritenuto che la gratuità dell'attribuzione esigerebbe da parte dell'onere una diligenza minima: dunque, la risoluzione potrebbe essere chiesta solo in caso di inadempimento doloso o caratterizzato da colpa grave²²³. In questo modo si rischia, però, di vanificare la sanzione prevista per il mancato adempimento dell'onere, consentendo l'esercizio della relativa azione solo in casi residuali, senza tener conto che le norme in tema di *modus* già circoscrivono la possibilità di esercitare il rimedio risolutorio a determinate condizioni.

²²¹ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., pp. 919 ss.

²²² Sull'argomento ritorneremo in modo più approfondito al capitolo IV, paragrafo 2.3. Escludono siffatta possibilità: GOZZI B., *Impossibilità sopravvenuta del «modus» e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Giur. it.*, 1954, pp. 56 ss.; in tema di donazione modale : Cass. civ., sez. II, 04.12.1962, n. 3261, in *Foro it.*, 1963, pp. 38 ss.

²²³ SANTARSIERE V., *Disposizioni del legato con onere. Se il ritardato adempimento possa determinare la risoluzione*, in *Arch. civ.*, 1998, p. 1086.

Si discute, inoltre, se il principio espresso nell'art. 1453, comma 2, c.c. trovi applicazione anche in caso di inadempimento del *modus*.

Vi è chi²²⁴ ha visto sottesa alla previsione delle azioni di adempimento e di risoluzione la medesima *ratio* che ha ispirato il legislatore in ambito contrattuale, cosicché, una volta proposta in via principale la risoluzione, non sarebbe più possibile chiedere in subordine l'adempimento. Secondo un'altra opinione l'art. 1453 c.c. prevedrebbe, invece, una regola peculiare, legata alla corrispettività delle prestazioni, la quale risulterebbe incompatibile con la disciplina dell'onere. Per questo motivo, le azioni di adempimento e di risoluzione, previste agli artt. 648 e 793 c.c., potrebbero concorrere anche quando quest'ultima sia proposta in via principale e la prima in via subordinata²²⁵.

3.2. LE PROBLEMATICHE RISCONTRATE NELLA PRASSI APPLICATIVA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELL'ONERATO.

La responsabilità del donatario in caso di inadempimento del *modus* è disciplinata espressamente all'art. 793, comma 2, c.c., il quale stabilisce che costui è «tenuto all'adempimento dell'onere

²²⁴ NAPOLI M., *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., pp. 172 - 173; VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., p. 829.

²²⁵ GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 246; conforme BIGLIAZZI GERI L., *Il contenuto del testamento*, cit., p. 159; LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 631; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 911.

In tema di donazione modale la giurisprudenza si è più volte trovata a doversi confrontare con l'interrogativo se si possa applicare alla donazione modale una clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. Si potrebbe, infatti, pensare che con il termine «risoluzione» il legislatore all'art. 793 c.c. abbia voluto indicare semplicemente il risultato che può ottenere il donante, manifestando espressamente nel contratto una volontà in tal senso. Il donante potrebbe, dunque, scegliere se prevedere una clausola che consenta la risoluzione *ope legis* ovvero previa pronuncia costitutiva del giudice.

Tuttavia, a questa soluzione è stata preferita quella secondo la quale in tema di risoluzione della donazione modale esiste una normativa specifica e altre disposizioni non possono trovare ingresso. E' quindi da escludere che la donazione modale possa essere risolta di diritto ex art. 1456 c.c., in virtù di una clausola risolutiva espressa. L'eventuale inserimento di quest'ultima va inteso solo come espressa previsione del rimedio risolutorio ai sensi dell'art. 793 c.c. A tal proposito si vedano: Cass. civ., sez. II, 28.06.2005, n. 13876, cit.; Trib. Bari, 21.07.2010, cit.

entro i limiti della cosa donata». Poiché l'art. 769 c.c., descrivendo gli elementi che caratterizzano il contratto di donazione, menziona anche l'arricchimento, questo carattere potrebbe sembrare incompatibile con la previsione di una prestazione il cui adempimento può richiedere l'utilizzo dell'intero valore di quanto donato.

Il tema della responsabilità del donatario si pone, dunque, sullo sfondo del problema del rapporto tra onerosità, corrispettività e liberalità: viene, infatti, spontaneo domandarsi se il fatto che l'adempimento dell'onere possa assorbire l'intero valore della donazione sia compatibile con la struttura della donazione, così come è stata configurata nel nostro ordinamento giuridico.

Secondo un'opinione²²⁶ rimasta isolata nella dottrina, tale circostanza finirebbe col vanificare il requisito dell'arricchimento, facendo così venir meno uno dei tratti essenziali del contratto donativo. Tutto ciò, insieme al fatto che il modo può costituire l'unico motivo determinante della donazione²²⁷, dovrebbe portare a concludere che la donazione modale, in realtà, non sia altro che un'ipotesi di contratto tipico a sé stante, bilaterale, naturalmente ma non essenzialmente gratuito.

Tuttavia, la contraddizione tra gli artt. 769 e 793, comma 2, c.c. risulta soltanto apparente laddove si intenda nel modo corretto il significato di arricchimento nella donazione.

Va da sé che l'utilizzo di siffatto termine secondo un'accezione economica si presenta come difficilmente conciliabile con il fatto che il *modus* possa assorbire l'intero valore di quanto donato. In considerazione di ciò i fautori dell'interpretazione economica del requisito di cui all'art. 769 c.c., per non concludere che questa norma si poneva in contrasto insanabile con l'art. 793,

²²⁶ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 39 ss. e 85 ss., il quale si riferisce, in realtà, all'art. 340, del Codice civile del 1865, che conteneva, però, una norma del tutto identica all'attuale art. 793, comma 2, c.c.

²²⁷ Sul rapporto tra corrispettività e liberalità ci soffermeremo nel capitolo III, paragrafo 3.4, nel quale verrà trattato il tema della compatibilità dell'onere che ha costituito il solo motivo determinante con lo spirito di liberalità.

comma 2, c.c., si trovavano costretti a forzare il dato normativo, affermando che l'arricchimento si sarebbe dovuto considerare un risultato normale ma non essenziale del contratto di donazione²²⁸.

Appare, inoltre, insoddisfacente anche sostenere che vi sarebbe comunque un arricchimento in quanto, non essendo l'onere legato da un rapporto di corrispettività con l'attribuzione, quest'ultima risulterebbe fatta indipendentemente dalla successiva esecuzione della prestazione modale²²⁹, poiché considerare in due momenti distinti l'arricchimento e l'esecuzione del *modus* non cambia in concreto il risultato, vale a dire che il primo risulta vanificato, se inteso in senso puramente economico.

Inoltre, la concezione sopra descritta presuppone che il donatario sia tenuto ad adempiere necessariamente dopo il donante, ma ciò non sempre accade²³⁰.

Un'altra parte della dottrina ha preferito, invece, adottare una concezione giuridica di arricchimento, ritenendo soddisfatto tale requisito con l'attribuzione al donatario di un diritto patrimoniale senza corrispettivo. In considerazione di ciò, sarebbe sufficiente che anche per un brevissimo istante il patrimonio di una persona si sia incrementato²³¹.

In questa prospettiva, il diritto acquisito dal donatario potrebbe considerarsi eliso e ridotto a «un puro *flatus voci*»²³² dall'obbligo assunto mediante il *modus*.

Si deve, piuttosto, considerare che l'art. 769 c.c., quando afferma che la donazione è il contratto con il quale una parte arricchisce l'altra per spirito di liberalità, non enuncia un effetto giuridico, bensì una fattispecie, nella quale l'arricchimento viene

²²⁸ D'ANGELO A., *Le promesse unilaterali*, in Comm. cod. civ., diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 250 ss.

²²⁹ OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1947, p. 66.

²³⁰ SCOZZAFAVA O. T., *La funzione del modo nel contratto di donazione*, in *Temi*, 1978, p. 133.

²³¹ TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 6.

²³² CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno, *Successioni*, II, Utet, Torino, 1997, p. 497.

configurato come oggetto dell'intento del donante, condiviso da donatario²³³». Per questo motivo, ciò che conta, per potersi dire realizzato il requisito di cui si discute, non è che dal risultato economico dell'operazione contrattuale il valore del donato superi quello del *modus*, bensì che la volontà delle parti sia quella di arricchire il donatario per spirito di liberalità²³⁴. In definitiva, l'arricchimento non deve essere considerato un effetto del contratto di donazione, ma come oggetto della volontà del donante condivisa dal donatario²³⁵. E', quindi, lecito concludere che il fatto che il *modus* possa assorbire l'intero valore della donazione non è da solo idoneo a escludere una qualificazione in ai sensi dell'art. 769 c.c.²³⁶.

²³³ CARNEVALI U., *Le donazioni*, cit., p. 861. Si sono espressi in tal senso anche MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 70.

²³⁴ CATAUDELLA A., *La donazione mista*, cit., pp. 126 ss., secondo il quale «riguardo al requisito dell'arricchimento, dopo aver negato – sulla scorta del disposto dell'art. 793, comma 2, c.c. – che possa essere inteso come effettivo incremento economico del patrimonio del donatario, ed avere escluso che sia dato superare l'ostacolo parlando di arricchimento giuridico, sembra possibile muovere dalla considerazione che esso è, nella prospettazione delle parti, un risultato necessario del contratto. L'attribuzione senza corrispettivo si risolve, infatti, in un arricchimento per il donatario, sicché l'intento dei contraenti di realizzarla non può non implicare l'intento di realizzare l'arricchimento. Ora, se la valutazione della corrispettività è demandata alle parti, spettando ad esse, sulla base di un complesso difficilmente ricostruibile di apprezzamenti soggettivi di convenienza, stabilire se una prestazione possa trovare la sua giustificazione nell'altra, deve riconoscersi che anche la valutazione di non corrispettività compete ai contraenti. Da ciò necessariamente discende che anche l'esistenza dell'arricchimento, essendo implicita nella valutazione di non corrispettività, va accertata sulla scorta di questa. Ci sembra pertanto di poter concludere che l'art. 769, allorché parla di arricchimento, non fa che segnalare una nota propria di tutti i contratti a prestazioni non corrispettive, tra i quali, col riferimento allo "spirito di liberalità" la donazione viene inquadrata. Solo che, essendo l'esistenza dell'arricchimento demandata alla valutazione soggettiva delle parti, la circostanza che il valore economico dell'onere eguagli o superi, oggettivamente, quello della donazione non incide sulla qualificazione del contratto come donazione, quando le parti abbiano escluso la corrispettività delle prestazioni, alla stessa stregua che un divario di valore oggettivo tra le prestazioni non preclude la configurazione di un contratto di scambio quando, per le parti, una prestazione trova la sua ragione nell'altra».

²³⁵ Si mostra critico nei confronti di tale posizione SCOZZAFAVA O. T., *La funzione del modo nel contratto di donazione*, cit., p. 134. Secondo l'autore, «l'arricchimento è un concetto che, prima di essere giuridico, è sociale, e proprio in quanto tale presuppone in ogni caso un obiettivo incremento del patrimonio del beneficiario, con conseguente impoverimento di quello del disponente».

²³⁶ CARNEVALI U., *Le donazioni*, cit., p. 863. Sul modo corretto di intendere tale norma si veda anche DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 49 ss.

Dello stesso parere si è mostrata la giurisprudenza sul punto, la quale in diverse occasioni ha avuto modo di ribadire che, anche qualora la clausola modale assorba o superi il valore della cosa donata, ciò non comporta la nullità della donazione né l'applicazione della disciplina giuridica dei contratti a prestazioni corrispettive²³⁷.

Possiamo, allora, affermare che l'art. 793, comma 2, c.c., non prevedendo che la nullità della donazione quando il valore dell'onere sia pari o superiore al *donatum*, finisce con il confermare che la donazione modale rimane pur sempre una liberalità; tant'è che per evitare che una simile situazione si possa tradurre in un sacrificio eccessivo per il donatario, il legislatore ha optato per una regola diversa da quella generale di cui all'art. 2740, comma 1, c.c., accogliendo il principio secondo il quale costui non può essere costretto a sopportare un sacrificio superiore all'arricchimento conseguito attraverso la donazione²³⁸.

La dottrina ha però messo in guardia dal considerare l'art. 793, comma 2, c.c. un'ipotesi di limitazione della responsabilità del debitore: infatti, fino al valore della cosa donata il donatario risponderà dell'eventuale inadempimento dell'onere con tutti i suoi beni presenti e futuri. Quella contenuta alla norma citata è dunque una limitazione del debito²³⁹, in quanto il donatario è tenuto a rispondere entro e non oltre un dato importo, il cui valore sarà determinato confrontando il donato con il valore della prestazione

²³⁷ Si veda Trib. Larino, 15.11.2011 in *De Jure*; Cass. civ., 11.03.1959, n. 707, in *Foro pad.*, 1959, I, pp. 1342 ss.; Cass. civ., 13.10.1958, n. 3232, in *Mass. Giust. civ.*, 1959.

²³⁸ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 82 ss.; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 71; BIONDI B., *La donazione*, cit., p. 681.

²³⁹ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 95; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 251; BIONDI B., *La donazione*, cit., p. 682. *Contra*: GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli Editore, Roma - Bologna, 1976, p. 390, secondo la quale non si tratta di una limitazione della responsabilità del debitore ai sensi dell'art. 2740 c.c., bensì «di un limite all'adempimento: e, pertanto, di una qualificazione anomala dello stesso adempimento. Infatti: oltre il limite di cui alla nostra norma (valore dei beni donati) non vi è inadempimento alcuno».

oggetto del modo. Ai fini di determinare questo valore non si può non partire dalla considerazione che la norma in esame parla esclusivamente di «valore della cosa donata». Tale espressione non va, però, considerata isolatamente, ma deve essere coordinata con l'art. 769 c.c., il quale prevede che la donazione possa produrre sia effetti reali sia effetti obbligatori. Conseguentemente, si può ritenere che l'art. 793, comma 2, c.c. sia da riferire più in generale all'utile ricavabile dalla donazione²⁴⁰. Il confronto tra questo valore e quello della prestazione modale va, però, effettuato non al momento della conclusione del contratto, bensì in quello dell'adempimento, poiché altrimenti si giungerebbe a vanificare lo scopo dell'art. 793, comma 2, c.c., che consiste nell'introdurre un contemperamento al sacrificio imposto al donatario, il quale possa tener conto anche degli eventi verificatesi successivamente alla stipulazione e che possano influire sul valore dell'utile ricavato dalla donazione o sul *modus*²⁴¹.

²⁴⁰ PALAZZO A., *La donazione*, cit., p. 377.

²⁴¹ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 85, secondo il quale «gli eventi idonei ad alterare l'originario rapporto di valore tra beni donati e onere possono incidere sui primi, in quanto ne diminuiscono il valore, ovvero sul secondo, in quanto ne rendano più gravosa l'esecuzione. Ora, dalla formulazione della norma non risulta chiaro se il rapporto imposto dalla norma vada istituito tra il valore dei beni donati, quale è al momento della donazione, e il costo dell'onere al momento dell'esecuzione oppure fra il valore dei beni donati, quale si presenta al momento dell'esecuzione dell'onere, e il costo dell'onere al momento dell'esecuzione. In base ai principi, invero, la prestazione del donante, una volta eseguita, dovrebbe rimanere insensibile agli eventi che ne diminuiscono il valore economico. Ma un esame dei lavori preparatori può condurre a ritenere fondato il sospetto che ciò non valga per la donazione modale. Nella Relazione al progetto preliminare (Rel. Maroi) si legge che si volle prevedere il caso per cui «l'esecuzione dell'onere al tempo in cui esso debba essere eseguito, per variazione dei prezzi o penuria di materie prime, importi per il donatario spesa maggiore del valore della liberalità». Ma più interessa rilevare che l'art. 427 dello stesso progetto preliminare dettava una regola ben precisa per il calcolo del rapporto tra il valore dei beni donati e il sacrificio patrimoniale imposto dall'onerato: «il valore della cosa donata e quello dell'onere imposto, devono essere valutati al tempo in cui l'onere deve essere eseguito». Ne consegue chiaramente la rilevanza non solo degli eventi che incidono sul costo dell'onere, come sembra di leggere nel passo citato della Relazione, ma anche degli eventi che diminuiscono il valore dei beni donati. La formulazione di questa norma fu poi, nel progetto definitivo, mutata e adeguata a quella attuale in base alla, per la verità non chiara considerazione, che «non è opportuno porre regole rigide che possono, nella varietà dei casi pratici, restare inique». Ciò nonostante, ritengo che la formula dell'art. 427 prog. prelim. Costituisca la migliore interpretazione dell'art. 793, comma 2, c.c., secondo il principio equitativo che ne sta alla base».

Un'autorevole opinione ha affrontato la problematica della compatibilità dell'art. 793, comma 2, c.c. con l'art. 769 c.c., invece che dal punto di vista del rapporto obbligatorio, da quello del negozio giuridico, ritenendo che la prima norma citata attribuisca al donatario un potere di modificazione del contratto, il quale risponderebbe alla stessa *ratio* della *reductio ad aequitatem* nel contratto a prestazioni corrispettive: infatti, come con la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta si porrebbe rimedio al difetto genetico e funzionale della causa, così con l'art. 793, comma 2 c.c. si eviterebbe una disfunzione della causa gratuita, che altrimenti finirebbe col trasformare il negozio giuridico in fonte di impoverimento anziché di arricchimento²⁴².

Il ricorso alla prospettiva appena descritta è criticabile almeno per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'ipotesi disciplinata all'art. 793, comma 2, c.c. non può essere accostata né all'eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto la norma in esame non richiede il sopraggiungere di eventi straordinari e imprevedibili per il suo operare²⁴³; né alla rescissione, non sussistendo una

²⁴² TORRENTE A., *La donazione*, cit., pp. 300 ss., il quale sostiene che «l'art. 793 c.c. non nega il carattere di onere alla prestazione la quale superi oggettivamente il valore della cosa donata, ma fissa soltanto i limiti dell'obbligo del donatario, che non può oltrepassare tale valore. Siffatta limitazione rappresenta, come si è già accennato, una reazione dell'accessorietà del modo, la quale impedisce un adempimento indipendente, che prescindendo dal valore della prestazione principale, oggetto del contratto. Alla stessa guisa che nei rapporti onerosi, con i rimedi della rescissione e della risoluzione si ovvia al difetto genetico e al difetto funzionale della causa, la limitazione considerata evita una siffatta disfunzione della causa gratuita che trasformi il negozio in fonte di impoverimento, anziché di arricchimento del donatario. Possono bene le parti aver valutato diversamente dalle vedute comuni l'entità delle due prestazioni, ciò rientra nell'orbita della loro autonomia. Possono anche non aver calcolato o non aver previsto il gioco di fattori che, sopravvenendo, incidano sulla valutazione originaria da essi fatta. L'ordinamento, come interviene per impedire che il sinallagma si trasformi in uno strumento di sopraffazione di una parte sull'altra o che il gioco della corrispettività subisca deviazioni sul piano funzionale, così non consente che l'autonomia concessa alle parti nella valutazione delle prestazioni operi, sul terreno della donazione modale, in senso contrario alla fondamentale, intrinseca, gratuità del rapporto, determinando in luogo dell'arricchimento, l'impoverimento del donatario. L'art. 793, secondo comma, attribuisce, pertanto, al donatario un potere di modificazione del contratto, che obbedisce alle stesse finalità protettive e limitative dell'ordinamento rispetto all'autonomia privata, cui mirano la *reductio ad aequitatem* riguardo al contratto a prestazioni corrispettive, squilibrato *ab origine* o nella sua esecuzione».

²⁴³ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 97 ss.

situazione paragonabile allo stato di pericolo ovvero a quello di bisogno di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c.

In secondo luogo, il donatario non ha l'onere di chiedere al giudice la riduzione della prestazione oggetto del modo: egli potrà limitarsi ad adempiere nei limiti dell'arricchimento conseguito, senza che per questo sia considerato inadempiente ai sensi degli artt. 1181 e 1218 c.c.²⁴⁴

Rimane ora da stabilire che cosa succeda quando l'onere abbia a oggetto una prestazione non suscettibile di essere frazionata: come si può conciliare questa circostanza con la limitazione di cui all'art. 793, comma 2, c.c.?

Per risolvere il problema la dottrina ha accostato la norma in esame all'impossibilità incolpevole della prestazione, che rende totalmente o parzialmente impossibile l'adempimento²⁴⁵. Infatti, se la prestazione modale eccede fin dall'origine il valore della cosa donata, è un po' come se l'obbligazione avesse avuto un oggetto parzialmente o totalmente impossibile, a seconda che la prestazione sia rispettivamente frazionabile o infrazionabile, e, trattandosi di un'impossibilità originaria dell'onere, potrebbe senz'altro trovare applicazione l'art. 794 c.c.²⁴⁶.

Mentre, se il rapporto tra il valore dell'onere e quello della cosa donata si altera successivamente alla conclusione del contratto di donazione, risulta dubbia l'applicazione dell'art. 794 c.c., poiché si pone preliminarmente il problema di stabilire se la disposizione appena citata disciplini anche il caso dell'impossibilità sopravvenuta²⁴⁷.

²⁴⁴ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 70; CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 98.

²⁴⁵ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 100; BIONDI B., *Le donazioni*, cit., pp. 682 ss.; PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., p. 412.

²⁴⁶ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 100; BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 682.

²⁴⁷ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 100. Ci soffermeremo sulla tematica della disciplina dell'impossibilità originaria e sopravvenuta dell'onere al capitolo III, paragrafo 3.3, al quale si rinvia.

Il tema della responsabilità per inadempimento dell'onere testamentario involge problemi del tutto differenti rispetto a quelli sino ad ora affrontati, dal momento che muta totalmente lo scenario normativo nel quale la disposizione modale si trova a operare.

Innanzitutto, occorre distinguere a seconda che l'onere sia stato apposto a un'istituzione di erede o a un legato.

Nel primo caso gli artt. 647 e 648 c.c. - a differenza dell'art. 793, comma 2, c.c. - nulla dicono a proposito della responsabilità dell'onerato; ciò nonostante importanti spunti ricostruttivi possono ricavarsi dalle norme del Codice civile in tema di responsabilità dell'erede per i debiti ereditari.

Nel secondo caso, invece, soccorre l'art. 671 c.c., il quale, con una norma che non lascia spazio a dubbi interpretativi, prevede espressamente che «il legatario è tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto entro i limiti del valore della cosa legata»²⁴⁸. La disposizione nella sostanza presenta lo stesso contenuto dell'art. 793, comma 2, c.c., nel senso di prevedere una forma di limitazione del debito per l'onerato, il quale non sarà tenuto all'adempimento della disposizione modale oltre il valore di quanto ricevuto²⁴⁹.

Anche per il legato valgono le considerazioni fatte a proposito dell'art. 793, comma 2, c.c.: si deve, quindi, ritenere che l'art. 671 c.c. si riferisca all'utile ricavabile dalla disposizione a titolo particolare e che la comparazione tra il valore del *modus* e il legato debba essere riferita al momento in cui queste disposizioni

²⁴⁸ Ritengono il legatario responsabile per l'adempimento dell'onere nei limiti di quanto a lui legato: SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 246; PUGLIATTI A., *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di D'Amelio, Barbera Editore, Firenze, 1941, pp. 569 ss.; GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 234; CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1088; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 906. Ciò è pacifico anche in giurisprudenza, si veda, a titolo semplificativo, Cass. civ., sez. II, 30.07.2007, n. 16846, in *Riv. not.*, 2008, pp. 933 ss. con nota di MUSOLINO G., *Sublegato e legato modale. I limiti ex lege agli oneri imposti al legatario*.

²⁴⁹ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 246; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 323 ss.

dovranno essere eseguite, a prescindere dal fatto che non coincida con l'apertura della successione²⁵⁰.

Dall'art. 671 c.c. si ricava la regola della riduzione del *modus* qualora il valore della prestazione modale ecceda quello del legato: così, ove si tratti di una somma di denaro, questa sarà ridotta; mentre, laddove venga in considerazione una cosa divisibile, si procederà alla sua divisione²⁵¹.

Non si presenta di facile soluzione, invece, il caso in cui la prestazione da eseguire sia indivisibile. E' stata criticata la posizione di coloro che ritengono che si tratti di un caso di impossibilità della prestazione modale, poiché si tratterebbe di una soluzione iniqua, che avvantaggerebbe «l'onerato a tutto danno dell'onorato, trascurando la volontà del testatore²⁵²». A vedere le cose nella prospettiva dell'impossibilità della prestazione modale si pongono non poche difficoltà qualora il rapporto tra il valore del *modus* e quello della cosa legata si sia alterato successivamente all'apertura della successione, essendo dubbia in tal caso l'applicabilità dell'art. 647, comma 3, c.c.²⁵³. Per ovviare a questi inconvenienti una parte della dottrina ha proposto di applicare in via analogica l'art. 560, comma 2, c.c.²⁵⁴; tuttavia, mi sembra che

²⁵⁰ Si vedano: GANGI C., *Successione testamentaria*, cit., p. 175; AZZARITI F.S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 515; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 326; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., pp. 322 ss.; MASI A., *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1979, p. 149, il quale evidenzia che dai lavori preparatori al Codice civile emerge che nel progetto definitivo fu eliminato il riferimento al momento dell'apertura della successione per evitare che l'applicazione di una regola fissa potesse portare a risultati iniqui.

²⁵¹ MASI A., *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli Editore, Bologna – Roma, 1979, p. 150; CICU A., *Testamento*, cit., p. 246; BONILINI G., *I legati*, cit., pp. 438 ss.

²⁵² CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 321.

²⁵³ Il problema della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta dell'onere sarà trattato nel capitolo III, paragrafo 3.3.

²⁵⁴ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 322 ss., secondo il quale l'art. 560, comma 2, c.c. potrebbe trovare applicazione perché non si tratterebbe di una norma eccezionale, inoltre, presenterebbe una chiara affinità con la situazione regolata dall'art. 671 c.c. L'autore afferma che «laddove nella norma si fa riferimento alla porzione della disponibile rispetto alla parte di eredità non disponibile, per effetto dell'analogia tale riferimento va esteso alla quota di legato o dello stesso onere che eccede la quota medesima. E' da

tale disposizione sia stata dettata dalla considerazione del particolare contesto in cui è stata inserita e che la sua eccezionalità non consenta il ricorso al procedimento analogico: conseguentemente, l'unico modo per non sacrificare del tutto la volontà del *de cuius* è ammettere la possibilità di trasformare la prestazione indivisibile in denaro²⁵⁵.

Più complesso si presenta il compito dell'interprete qualora rivolga la sua attenzione al profilo della responsabilità dell'erede onerato, dal momento che nessuna disposizione normativa risolve espressamente tale problema.

Innanzitutto, è necessario distinguere a seconda che l'erede abbia accettato l'eredità puramente e semplicemente o con beneficio d'inventario. Nel primo caso l'erede è tenuto a rispondere per l'adempimento della disposizione modale *ultra vires*, in ragione della confusione tra il patrimonio di costui e quello del *de cuius* che si determina al momento dell'accettazione dell'eredità; mentre nel secondo caso l'erede onerato risponde *intra vires hereditarias*²⁵⁶, in virtù della separazione dei patrimoni che si verifica ai sensi dell'art. 490 c.c.²⁵⁷.

ritenere, così, che, se la prestazione indivisibile abbia un'eccedenza maggiore del quarto rispetto al vantaggio che può ricevere l'onorato, costui non ha diritto all'adempimento dell'intera prestazione considerata nella sua individualità, ma solo a conseguirne l'equivalente in denaro della parte della prestazione spettantegli, laddove, se la stessa prestazione non frazionabile non superi il quarto del vantaggio attribuito all'onorato, il legatario – onerato è tenuto ad eseguire l'intera prestazione indivisibile, salvo il diritto alla ripetizione in denaro del valore dell'eccedenza».

²⁵⁵ CICU A., *Testamento*, cit., p. 246; BONILINI G., *Dei legati*, cit., p. 479. Tale soluzione è criticata da CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 321, secondo il quale non si può ricorrere a tale rimedio in mancanza di una previsione espressa, perché «col dare una somma di denaro in luogo della prestazione stabilita dal testatore si fa conseguire al debitore un bene diverso da quello dovuto e, secondo i principi, la *datio in solutum* estingue l'obbligazione solo se accettata dal creditore, Il rimedio proposto da Cicu può, pertanto, valere solo come soluzione eccezionale, ove risulti la volontà conforme del creditore».

²⁵⁶ GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 234; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 247; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 906; CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1088.

²⁵⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 246. Sul tema si vedano inoltre: NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli Editore, Bologna – Roma, 1945, pp. 12 e 13; BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè,

A differenza dell'art. 793, comma 2, c.c. la disposizione dell'art. 490, comma 2, n. 2, secondo la quale l'erede non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti, non può essere interpretata nel senso che l'erede beneficiario subisca una mera riduzione quantitativa del debito, bensì va considerata un'ipotesi vera e propria di limitazione legale alla responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740, comma 2, c.c.)²⁵⁸.

Infatti, tale norma va coordinata con il contesto normativo in cui si inserisce e *in primis* con l'art. 497 c.c., il quale stabilisce che l'erede non può essere costretto al pagamento con i propri beni «se non quando è stato costituito in mora a presentare il conto e non ha ancora soddisfatto quest'obbligo». Ciò significa che in tutte le altre ipotesi i beni dell'erede beneficiario non possono essere aggrediti dai creditori del *de cuius* o dai legatari: di conseguenza, la responsabilità dell'erede onerato, che ha accettato con beneficio d'inventario, si deve considerare, conformemente ai principi che

Milano, 1947, pp. 124 ss.; CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, I, Morano Editore, Napoli, 1959, pp. 114 ss.; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 126; NATOLI U., *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., pp. 60 ss. Ritengono invece che non si tratti di una limitazione della responsabilità, bensì un limite del contenuto dell'obbligazione: GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, I, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 184 ss.; BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli Editore, Bologna – Roma, 1979, p. 139. Non ravvisa alcuna separazione tra il patrimonio dell'erede e quello del *de cuius*: BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Utet, Torino, 1949, p. 908, secondo il quale tutto si ridurrebbe a una «questione di atteggiamento e di limiti della c.d. garanzia patrimoniale dell'erede», per cui si dovrebbe parlare di patrimonio distinto. Anche FERRI L., *Disposizioni sulle successioni*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1997, pp. 352 ss., secondo cui l'erede beneficiario non succederebbe nei debiti del defunto, perciò non sarebbe corretto parlare di una limitazione di responsabilità ai sensi dell'art. 2740, comma 2, c.c. L'erede beneficiario non sarebbe personalmente responsabile dei debiti ereditari, perché non subentrerebbe in questi, essendo trattato non come un debitore, ma come «un acquirente di beni gravati da un onere o da un vincolo reale, posto a garanzia di un'obbligazione non sua». *Contra*: CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 346 ss.

²⁵⁸ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 64 ss.;

regolano tale materia, non solo *intra vires*, ma anche *cum viribus*²⁵⁹.

Se la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede consente a quest'ultimo di rispondere dei debiti ereditari con i soli beni che gli sono pervenuti dalla successione, ciò non accade con riferimento all'art. 671 c.c.: una volta che il bene legato entra nel patrimonio del legatario si confonde con gli altri beni e potrà essere oggetto di azione esecutiva al pari di quest'ultimi²⁶⁰.

Tuttavia, può sorgere qualche dubbio sulla bontà di queste conclusioni se si considera che l'art. 490, comma 2, n. 2, c.c., nel disciplinare gli effetti dell'accettazione beneficiata con riferimento all'erede, prevede una limitazione della responsabilità con riguardo ai «debiti ereditari» e ai «legati», senza nominare, come fa invece l'art. 671 c.c., gli altri oneri.

Sull'argomento torneremo nel prosieguo del lavoro²⁶¹, in questa sede basti rilevare che, poiché l'art. 490 c.c. introduce un'ipotesi limitazione della responsabilità del debitore, soggetta in quanto tale al principio di tipicità (art. 2740, comma 2, c.c.), essa

²⁵⁹ NATOLI U., *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Giuffrè, Milano, p. 91; GROSSO G., BURDESE A., *Le successioni*, in *Tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli F., XI, Utet, Torino, 1977, pp. 449 ; DI MARZIO M., *L'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 383 ss. *Contra*: CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 360, secondo il quale «la c.d. responsabilità *intra vires hereditatis* dell'erede beneficiato non è un caso di responsabilità illimitata ai sensi dell'art. 2740, comma 2, c.c., in quanto la garanzia del patrimonio ereditario copre sempre l'intero debito assunto, giusta la sua limitatezza segnata dalla stessa misura in cui può essere adempiuto. L'unico effetto caratteristico che, in deroga ai principi generali, svolge il beneficio d'inventario nei confronti della responsabilità dell'erede è che questa responsabilità è limitata solo relativamente alla individualità dei beni posti a garanzia dei suoi debiti, nel senso che l'erede beneficiato risponde solo *cum viribus hereditatis*».

²⁶⁰ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 323 ss., secondo il quale «la limitazione della responsabilità dell'erede *cum viribus* è, appunto, configurabile perché il beneficio d'inventario tiene distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede, per cui è possibile che questi risponda coi soli beni ereditari, laddove, con riguardo al legato, la limitazione dell'art. 671 c.c. non importa certo una separazione tra il bene attribuito con la disposizione a titolo particolare e gli altri beni del patrimonio personale del legatario – onerato. Cosicché, una volta che questi consegua il legato, il bene che entra nel suo patrimonio si confonde con gli altri e rimane esclusa la possibilità di discriminare tra un bene e l'altro al fine di stabilire quale possa essere esecutato in caso d'inadempimento della prestazione dovuta».

²⁶¹ Si rinvia al capitolo IV, paragrafo 4.4.

potrà trovare applicazione anche con riferimento al *modus* soltanto laddove si riconosca che l'onere testamentario può rientrare in una delle locuzioni di cui all'art. 490, comma 2, n. 2, c.c.²⁶²

Non è mancato anche chi ha criticato il riconoscimento in capo all'erede, il quale non abbia accettato con beneficio d'inventario, di una responsabilità illimitata per l'adempimento della disposizione modale, sul presupposto che ciò sarebbe contrario alla stessa natura dell'onere quale limite all'attribuzione liberale. Infatti, qualora tale limitazione superi l'utilità della disposizione, l'erede si troverebbe davanti all'alternativa di eseguirla a proprio danno ovvero di lasciarla inadempita, con conseguente frustrazione dell'interesse avuto di mira dal *de cuius*. In tale prospettiva, secondo l'autore, il sistema meriterebbe un ripensamento, magari ipotizzando un adempimento parziale fino a concorrenza di quanto ricevuto con l'eredità²⁶³. Sennonché consentire ciò, in assenza di un'apposita previsione legislativa, costituirebbe un'inammissibile forzatura del sistema.

Un problema diverso, sul quale avremmo modo di tornare²⁶⁴, è quello dei limiti derivanti all'autonomia testamentaria dal sistema di norme poste a tutela dei legittimari. Infatti, se, da un lato, non sembra suscitare particolari dubbi la ricomprensione dell'onere testamentario tra i «pesi» di cui all'art. 549 c.c., con conseguente nullità della disposizione modale gravante sulla quota di riserva; dall'altro lato, rimane discusso l'operare dell'azione di riduzione con riferimento al *modus* in tutte le ipotesi in cui il suo adempimento comporti la lesione della quota di legittima. Si è escluso che la disposizione modale possa essere considerata illecita e, quindi, nulla ai sensi dell'art. 647, ultimo comma, c.c., poiché la violazione dei diritti riconosciuti in capo ai legittimari sarebbe

²⁶² Il tema è stato trattato in Cass. civ., sez. II, 29.04.1993, n. 5067, in *Giur. it.*, 1995, I, pp. 537 ss.

²⁶³ CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1089

²⁶⁴ Si rinvia al capitolo II, paragrafo 2.5.

sanzionata dal nostro ordinamento giuridico prevedendo in capo a questi ultimi la facoltà di esercitare l'azione di riduzione²⁶⁵.

Ma, anche una volta stabilito che il legittimario pregiudicato dalla disposizione modale può agire in riduzione, molte sono le incertezze che si pongono con riferimento al suo concreto operare, sia in rapporto alla riunione fittizia sia al soggetto contro il quale la stessa possa essere esperita²⁶⁶.

3.3. L'ONERE TRA IMPOSSIBILITÀ E ILLECITA' DELLA PRESTAZIONE.

Il legislatore del 1942 ha scelto di dare una disciplina uniforme all'impossibilità e illiceità del *modus* agli artt. 647, comma 3, e 794 c.c., nonché di armonizzare la stessa con la normativa che regola la rilevanza dei motivi nell'ambito del testamento e della donazione (artt. 626 e 788 c.c.)²⁶⁷. A tal proposito è stato autorevolmente osservato che, dall'analisi dei lavori preparatori al Codice civile, emerge chiaramente come la norma sull'onere illecito o impossibile non sia altro che «un'applicazione dell'altra sul motivo illecito²⁶⁸».

Tuttavia, mentre la normativa in materia di errore sul motivo e di motivo illecito (artt. 787 e 788 c.c. per la donazione e 624 e 626 c.c. per il testamento) richiede che questi risultino dall'atto o dal testamento, le disposizioni in tema di onere illecito e impossibile nulla dicono a tal proposito.

²⁶⁵ In questo senso si è espressa Cass. civ., sez. II, 06.03.1992, n. 2708, in *De Jure*; App. Trieste, 23.11.1957, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1957, pp. 363 ss.

²⁶⁶ Si registrano posizioni diverse nella dottrina sia con riguardo alla prededucibilità dell'onere in sede di riunione fittizia sia con riferimento al soggetto contro il quale debba agire in riduzione il legittimario: ci si chiede, infatti se questo sia il beneficiario del *modus* ovvero l'erede o il legatario onerato. A tal proposito si vedano: GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959, pp. 149 ss.; MENGONI L., *Successione necessaria*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, 1967, pp. 283 ss. *Contra*: GANGI C., *I legati*, II, Cedam, Padova, 1932, p. 319; FERRI L., *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1981, pp. 130 ss. Per una rassegna più completa si veda il capitolo IV, paragrafo 4.5.

²⁶⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 74; CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 139; PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., p. 380; BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 689.

²⁶⁸ GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 231.

Essendo il *modus* uno strumento idoneo a dare rilevanza ai motivi, è lecito chiedersi se sia necessario, ai fini dell'applicazione degli artt. 794 e 647, comma 3, c.c., che l'illiceità o l'impossibilità risultino dall'atto.

Il dubbio può essere agevolmente risolto considerando che il motivo illecito o impossibile, tramite la clausola modale, è stato portato dalla sfera interiore a quella esteriore, venendo così a costituire parte integrante del negozio giuridico. Di conseguenza, la risultanza dall'atto può considerarsi in *re ipsa* ed è proprio per questo che il legislatore non ha sentito la necessità di farne menzione nelle norme testé indicate²⁶⁹.

Gli artt. 647, comma 3, e 793 c.c. recitano entrambi che «l'onere impossibile o illecito si considera non apposto; rende tuttavia nulla la disposizione (o la donazione), se ne ha costituito il solo motivo determinante».

Ciò nondimeno la regola sopra riportata ha finito per sollevare problemi del tutto differenti a seconda del contesto in cui si trova ad operare: la previsione secondo la quale l'onere può costituire l'unico motivo determinante della donazione ha fatto sorgere il dubbio della sua compatibilità con l'*animus donandi*; mentre, in tema di onere testamentario, la stessa disposizione ha portato ad interrogarsi sulla natura dello stesso e, di conseguenza,

²⁶⁹ TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 486; si veda, inoltre: GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., pp. 230 ss., secondo il quale tale volontà risulta chiaramente dai lavori preparatori al Codice civile. Nel passaggio dal progetto al testo definitivo del codice la norma sull'onere impossibile e illecito venne modificata: mentre nel primo «si richiedeva che l'influenza decisiva del modo come unico motivo della disposizione risultasse dal testamento, nel testo definitivo del codice invece ciò non fu più richiesto. (...) E nella Relazione ministeriale a giustificazione della variazione apportata al progetto definitivo, si osservò (n. 90): "(...) Quanto al merito della soluzione, mi è sembrato preferibile il criterio meno rigido di non esigere che l'efficacia causale del motivo risulti espressamente dal testamento. (...) Il medesimo criterio ho seguito per l'onere illecito o impossibile nelle donazioni". Ad ogni modo quel che importa specialmente tener presente è che, come risulta dalla storia della formazione della norma dell'art. 647 e dal testo di essa, per ritenere nulla la disposizione testamentaria alla quale sia stato apposto un modo impossibile o illecito, non è affatto necessario che la circostanza che il modo ha costituito il solo motivo determinante della disposizione risulti dal testamento, potendo essa risultare da altri elementi estranei ad esso».

sulla possibilità che il *modus* possa costituire un'autonoma disposizione *mortis causa* accanto all'istituzione di erede e al legato.

Sul significato e sulle implicazioni del *modus* con valore unico e determinante torneremo nel prosieguo del lavoro²⁷⁰. Ciò su cui conviene ora soffermare la nostra attenzione è, invece, il problema di individuare a quali situazioni abbia inteso riferirsi il legislatore parlando in generale di impossibilità e illiceità.

L'onere può ritenersi illecito quando all'onerato è imposto un comportamento contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Di impossibilità potrà, invece, parlarsi qualora la prestazione sia, dal punto di vista naturalistico o giuridico, assolutamente impossibile da eseguire²⁷¹.

Le conseguenze dell'illiceità o impossibilità dell'onere cambiano a seconda che questo abbia o meno costituito l'unico motivo determinante della disposizione: nel primo caso *vitiatur et vitiat* e la nullità potrà essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse; nel secondo caso *vitiatur sed non vitiat*²⁷².

Poiché gli artt. 647, comma 3, e 794 c.c. non precisano a quale tipologia di impossibilità o illiceità si riferisca la disciplina ivi dettata, nella prassi applicativa si è posto il problema di stabilire se

²⁷⁰ Si rinvia al capitolo III, paragrafo 3.4.

²⁷¹ TORRENTE A., *La donazione*, cit., pp. 202 ss.; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 907; BELLONI PERESSUTTI G. P., *L'onere testamentario*, cit., p. 388.

In giurisprudenza: Cass. civ., 10.11.1976, n. 4145, in *Mass. Giust. civ.*, 1976, p. 1705, secondo la quale «l'impossibilità è causa invalidante quando sia, al tempo stesso, assoluta, materiale, obiettiva ed attuale (esistente al momento dell'apertura della successione qualora riguardi l'onere testamentario)».

Ipotesi di illiceità del modo si trovano in Cass. civ., 08.02.1986, n. 802, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, p. 244; Cass. civ., 06.03.1992, n. 2708, in *Vita not.*, 1992, pp. 1215 ss.; Cass. civ., 11.07.1980, n. 4443, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, p. 1900. Per un esempio di impossibilità dell'onere si veda Trib. Torino, 30.05.1951, in *Giur. it.*, 1952, pp. 684 ss.

²⁷² La nullità della donazione potrà essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e non solo dal donante o dai suoi eredi, secondo le regole generali di tale istituto. Così si sono espressi: TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 487; PALAZZOLO G., *Interessi familiari e tutela dell'attribuente nella donazione modale*, in *Dir. famiglia*, 2005, p. 666. Non vi sono ragioni per non ritenere che ciò valga anche in tema di onere testamentario.

essa fosse riferibile anche ai casi di impossibilità o illiceità sopravvenuta della prestazione modale²⁷³.

A questo punto si rendono opportune due precisazioni. In primo luogo, per impossibilità originaria si deve intendere quella esistente al momento della conclusione del contratto di donazione o all'apertura della successione. In secondo luogo, l'impossibilità sopravvenuta alla quale si fa riferimento è solo quella che interviene successivamente ai momenti testé indicati e che non è imputabile all'onerato, bensì al caso fortuito, alla forza maggiore ovvero al comportamento del creditore o di un terzo. L'impossibilità imputabile all'onerato va, invece, paragonata, ai fini della disciplina applicabile, all'inadempimento vero e proprio²⁷⁴.

Entrando nello specifico della donazione modale, una parte della dottrina ha sostenuto che, dal momento che l'art. 793 c.c. non distingue tra impossibilità e illiceità originaria e sopravvenuta dell'onere, sia consentito ritenere che tale disposizione regoli entrambi i casi²⁷⁵.

Tuttavia, è stato correttamente posto in evidenza che la norma citata non può disciplinare anche l'impossibilità sopravvenuta, poiché, attenendo la nullità esclusivamente al momento genetico e mai a quello funzionale del negozio giuridico,

²⁷³ Si sono occupate del problema Cass. civ., sez. II, 16.05.2013, n. 11906, in *Guida al diritto*, 2013, pp. 23 ss.; Cass. civ., sez. II, 17.04.1993, n. 4560, in *Foro it.*, 1994, I, pp. 1114 ss.; Cass. civ., sez. II, 22.06.1994, n. 5983, in *Giust. civ.*, 1995, pp. 2802 ss.; Cass. civ., 21.10.1957, n. 1104, in *Giur. it.*, 1957, pp. 243 ss.; App. Torino, 06.05.1952, in *Foro Pad.*, 1952, pp. 990 ss.; App. Aquila, 05.06.1951, in *Foro Pad.*, 1952, pp. 198 ss. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che le norme in esame si riferiscano esclusivamente all'impossibilità originaria. E' rimasta isolata l'opinione del Trib. Torino, 30.05.1951, in *Giur. it.*, 1952, pp. 684 ss., che applica la stessa disciplina anche all'impossibilità sopravvenuta.

²⁷⁴ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 207, nota 281.

Anche la giurisprudenza si è pronunciata in tal senso: in Cass. civ., sez. II, 17.04.1993, n. 4560, cit., la Suprema Corte distingue a seconda che l'impossibilità sopravvenuta sia o meno dovuta al fatto dell'onerato. Nel primo caso il comportamento del donatario è equiparato all'inadempimento, il quale può determinare la risoluzione della donazione se questa eventualità era stata prevista nel contratto. Mentre, nell'ipotesi in cui l'impossibilità sopravvenuta non sia imputabile al donatario, si estingue l'obbligazione modale e la donazione ne rimane liberata.

²⁷⁵ BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 702; PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., p. 381.

deve considerarsi inammissibile una nullità c.d. successiva, dipendente, appunto, dal sopravvenire di tale impossibilità²⁷⁶.

La soluzione più confacente al nostro sistema giuridico, sia dal punto di vista delle caratteristiche della nullità sia da quello della struttura del *modus*, è apparsa, allora, alla giurisprudenza e alla dottrina maggioritarie quella di ritenere che l'impossibilità sopravvenuta determini solamente l'estinzione dell'obbligazione modale ai sensi dell'art. 1256 c.c., senza che alcuna conseguenza si rifletta sul piano della validità o efficacia della donazione²⁷⁷. Soluzione che può estendersi anche ai casi di illiceità dal momento che l'art 794 c.c. disciplina allo stesso modo le due ipotesi.

Tale opinione è stata da alcuni sottoposta a revisione critica sul rilievo che potrebbe risultare iniquo mantenere in vita la donazione quando l'adempimento dell'onere abbia costituito l'unico motivo che ha determinato il donante ad effettuare l'attribuzione: ne deriverebbe, infatti, un'irragionevole discriminazione tra questa ipotesi e quella in cui l'impossibilità o l'illiceità sono originarie²⁷⁸.

In questa prospettiva si è sostenuto che, se è corretto ritenere che l'impossibilità sopravvenuta determini l'estinzione dell'obbligazione modale ai sensi degli artt. 1256 ss. c.c., si

²⁷⁶ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 209. In giurisprudenza: Cass. civ., sez. II, 17.04.1993, n. 4560, cit.

²⁷⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 283; CATAUDELLA, *La donazione*, p. 120; BALBI G., *La donazione*, cit., p. 128; GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 67; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 487. La giurisprudenza (Cass. civ., sez. II, 17.04.1993, n. 4560, cit.) ha affermato che «l'impossibilità dell'onere che, ai sensi dell'art. 794 c.c., rende nulla la donazione modale ove l'onere ne abbia costituito il solo motivo determinante, è soltanto l'impossibilità originaria, ossia già esistente all'atto della stipulazione, mentre quella sopravvenuta non può produrre altro effetto che l'estinzione del *modus*, facendo sì che la donazione ne resti liberata, salva l'ipotesi, disciplinata all'art. 793, comma 4, c.c. che le parti abbiano espressamente previsto la risoluzione per inadempimento dell'onere e quest'ultimo sia divenuto impossibile per fatto e colpa del donatario. Da tale indirizzo, puntualmente richiamato nella stessa sentenza impugnata, non vi è motivo oggi di discordarsi, essendo esso saldamente ancorato, oltre che alla natura accessoria del modo, alla ineliminabile considerazione che il nostro ordinamento positivo il concetto di nullità, che è quello testualmente adoperato dall'art. 794 c.c., attiene esclusivamente al momento genetico e mai a quello funzionale del negozio, sicché non è concepibile che un accordo negoziale diventi nullo in forza di un evento successivo al suo perfezionamento».

²⁷⁸ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 210 ss.

dovrebbero valutare attentamente gli effetti prodotti sulla donazione²⁷⁹, distinguendo a seconda che l'onere abbia costituito o meno l'unico motivo determinante. Nel primo caso, poiché la donazione non sarebbe altro che un contratto a prestazioni corrispettive, si dovrebbe applicare la relativa disciplina, in particolare l'art. 1463 c.c. per l'impossibilità totale e l'art. 1464 c.c., con gli opportuni adeguamenti²⁸⁰, per quella parziale. Qualora, invece, l'adempimento dell'onere abbia costituito un intento secondario rispetto a quello di effettuare la liberalità,

²⁷⁹ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 212 ss., il quale rileva che, anziché, ricorrere al criterio dell'accessorietà, bisognerebbe compiere «un'indagine più approfondita per individuare uno strumento che permettesse di arrivare, nel caso di impossibilità sopravvenuta, ad una soluzione (tecnicamente certo differente, non potendosi parlare di nullità, ma) sostanzialmente analoga, cioè a far reagire in talune ipotesi l'estinzione del *modus* sulla efficacia della donazione. In altri termini, ci si doveva almeno porre il problema di vedere se il principio per cui l'invalidità di una clausola travolge l'intero negozio qualora ciò risulti più consono all'intento pratico delle parti valga anche quando non di invalidità della clausola si tratti, sebbene di semplice inefficacia. A questa soluzione perviene parte della dottrina italiana, con riferimento al *modus* testamentario, nonché la dottrina francese del tutto prevalente. Se l'impossibilità sopravvenuta presenta una problematica tutta particolare allorché si verte in tema di onere testamentario, che non è possibile affrontare in questa sede, notevole interesse offre invece il risultato cui perviene la dottrina francese, la quale è sempre stata diffidente – com'è noto – nei confronti delle astratte costruzioni dogmatiche e non si è lasciata pertanto influenzare dal tradizionale concetto di accessorietà del *modus* e dalle relative deduzioni. Il risultato cui perviene tale dottrina è di far reagire l'estinzione del *modus* sulla efficacia della stessa donazione qualora esso abbia costituito l'unico motivo determinante. Ora, se non è possibile approvare chi, per sostenere ciò, fa ricorso alla teoria della causa, ricorso che è palesemente residuo della rilevanza funzionale della causa, attenta considerazione meritano gli Autori che si richiamano ai principi dei contratti sinallagmatici».

²⁸⁰ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 215 ss., secondo il quale «la disciplina dettata dall'art. 1464 c.c. non è infatti applicabile integralmente alla donazione modale, in quanto non è possibile la riduzione del corrispettivo: l'alternativa si pone unicamente tra la pura e semplice estinzione dell'obbligazione modale, senza ulteriori effetti, e la facoltà di recesso del donante. Condizione di legittimità del recesso è peraltro che il contraente non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale della controparte. L'art. 1464 c.c. considera infatti la situazione normale, in cui vi è identità tra il contraente e il creditore, in cui, cioè, la parte contraente è anche destinataria della prestazione. Ora, quando il *modus* è posto a favore di un terzo, questa coincidenza delle due situazioni viene meno, in quanto altro è il contraente altro è il creditore della prestazione. Va quindi preso in considerazione l'interesse del donante, che è il contraente, e quello del beneficiario del *modus*, che è il creditore della prestazione».

l'estinzione dell'onere non si rifletterebbe in alcun modo sulla donazione²⁸¹.

L'opinione appena descritta se, da un lato, muove dall'intento apprezzabile di tutelare la volontà del donante; dall'altro, presenta il difetto di partire da una premessa non condivisa, qual è il riconoscimento della natura di contratto a prestazioni corrispettive alla donazione nella quale l'onere abbia assunto un ruolo determinante. Inoltre, anche lasciando da parte questo aspetto, sul quale ci soffermeremo nel paragrafo seguente, non si può omettere di considerare che qui non si tratta tanto di tutelare l'interesse del disponente, bensì di determinare in capo a quale soggetto l'ordinamento giuridico abbia posto il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione²⁸². E questo soggetto non può che essere il donante, a meno di non voler adottare una soluzione che contrasta con i principi che regolano la nullità nel nostro ordinamento giuridico.

Anche in tema di onere testamentario una parte considerevole della dottrina ha posto al centro del ragionamento l'esigenza di rispettare la volontà espressa dal *de cuius*, e di conseguenza ha affermato che, laddove l'onere abbia costituito l'unico motivo determinante, non avrebbe senso ritenere efficace la disposizione una volta che l'esecuzione dell'obbligazione modale sia divenuta impossibile o illecita, a prescindere dal fatto che ciò sia avvenuto prima o dopo l'apertura della successione. In quest'ultimo caso si dovrebbe, dunque, consentire la risoluzione della disposizione, perché soltanto in questo modo l'onere, che non sia più in grado di adempiere, sia pure senza sua colpa, potrebbe essere sostituito con un altro soggetto in grado di farlo

²⁸¹ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 215.

²⁸² MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 281 ss. L'autore argomenta questa soluzione a partire dall'analisi della disciplina dell'onere testamentario e, sul presupposto dell'unitarietà della figura del *modus*, estende le stesse conclusioni alla donazione modale (p. 285).

(art. 677 c.c.), in modo da consentire la realizzazione della volontà espressa nel testamento²⁸³.

La soluzione troverebbe conferma nell'art. 647, comma 3, c.c., che non distingue tra tipologie di impossibilità o illiceità e nel ruolo fondamentale svolto dal motivo determinante nel testamento (artt. 626 e 634 c.c.)²⁸⁴.

Taluno ha ritenuto non condivisibile questo modo di ragionare, poiché ammettere che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione possa determinare la risoluzione della disposizione testamentaria, significherebbe ritenere possibile che l'autonomia testamentaria possa spingersi sino a derogare il principio della responsabilità soggettiva, sancito dagli artt. 1176 e 1218 c.c., al di fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore²⁸⁵. Sennonché tale obiezione presuppone un'interpretazione delle regole concernenti la responsabilità contrattuale che non da tutti condivisa: la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sostengono, infatti, che sia più rispondente alla previsione legislativa la concezione oggettiva della responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.²⁸⁶.

²⁸³ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 271.

²⁸⁴ GIORGIANNI M., *Il «modus» testamentario*, cit., p. 920. Della stessa opinione si vedano: VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., p. 830; GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 237; CARNEVALI U., voce «*Donazione*», cit., p. 694; COSTANZA M., *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., p. 165; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 241; PROTO M., *Il modo*, cit., pp. 1238 ss.

²⁸⁵ MUSOLINO G., *Il legato modale e l'inadempimento del modus*, in *Riv. not.*, 2013, pp. 933 ss. Si vada, inoltre: GOZZI G., *Impossibilità sopravvenuta del modus e risoluzione della disposizione testamentaria*, cit., p. 56.

²⁸⁶ Secondo i sostenitori della responsabilità oggettiva, il debitore è sempre responsabile, a prescindere dalla sua colpa, salvo che l'obbligazione si estingua per un'impossibilità sopravvenuta della prestazione, la quale deve presentare i caratteri dell'assolutezza e oggettività. Si vedano: OSTI G., *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, pp. 251 ss.; ID, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 593 ss.; FRANZONI M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 385; MEMMO D., *La responsabilità del debitore per inadempimento*, in *Le obbligazioni*, I, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 893; DE MAURO A., *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al creditore*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2011, p. 58; VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 162 ss. I fautori della

Mi sembra, piuttosto, decisivo rilevare che, se la prestazione oggetto del modo è divenuta impossibile o illecita, la risoluzione della disposizione non potrebbe comunque realizzare le finalità avute di mira dal testatore, perché, a differenza di quanto accade in caso di inadempimento, la sostituzione dell'onerato sarebbe del tutto inutile²⁸⁷.

Non risultando praticabili, per le ragioni esposte, né la strada della nullità né quella della risoluzione, sembra più corretto ritenere che l'impossibilità e l'illiceità disciplinate dagli artt. 647, comma 3, c.c. e 794 c.c. siano solo quelle originarie e che il sopravvenire di una di queste condizioni resti regolata dagli artt. 1256 ss. c.c.

Infine, rimane da considerare che il legislatore non ha distinto nemmeno tra impossibilità totale o parziale dell'onere: dunque, è lecito chiedersi se gli artt. 647, comma 3, e 794 c.c. disciplinino entrambe le ipotesi oppure no.

A parere di chi scrive è necessario distinguere a seconda che il *modus* abbia o meno assunto valore determinante. In quest'ultimo caso l'applicazione *sic et simpliciter* della regola secondo la quale l'onere impossibile si considera come non apposto finirebbe col frustrare l'interesse del donante o del testatore

concezione soggettiva della responsabilità sostengono, invece, che l'impossibilità sopravvenuta vada intesa come impedimento non prevedibile né superabile con l'ordinaria diligenza, in modo che il debitore possa considerarsi responsabile perché in colpa: COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, pp. 55 ss.; POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914, p. 333; BIANCA C. M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 13 ss. Vi è anche chi (GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 236 ss.) ha sostenuto una tesi intermedia, facendo dipendere il criterio della responsabilità dal contenuto dell'obbligazione: il criterio dell'impossibilità assoluta e oggettiva troverebbe applicazione nelle obbligazioni in cui il debitore è tenuto a impedire il perimento o la sottrazione del bene dovuto; mentre nelle altre obbligazioni troverebbe applicazione il criterio della colpa.

²⁸⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 285. Ritengono che l'art. 647, comma 3, c.c. disciplini solo l'impossibilità e l'illiceità originaria del modo anche: AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 519, nota n. 1; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 236; In questo senso è orientata anche la giurisprudenza in tema di onere testamentario: Cass. civ., sez. II, 16.05.2013, n. 11906, in *Guida al diritto*, 2013, 32 ss.

all'adempimento della prestazione modale, il quale potrebbe ancora trovare, almeno in parte, soddisfazione.

Si pone, allora, il problema di stabilire quale sia la disciplina applicabile a simili situazioni.

Posto che il ricorso agli artt. 1463 e 1464 c.c., che presuppongono l'esistenza di un rapporto di sinallagmaticità tra le prestazioni, rimane precluso per incompatibilità rispetto alla natura di liberalità della donazione e di negozio a titolo gratuito del testamento, non vi sono, invece, ostacoli, essendo il *modus* un'obbligazione in senso tecnico, a ritenere utilizzabile l'art. 1258 c.c., in virtù del quale l'onere sarà liberato eseguendo la prestazione per la parte rimasta possibile.

Qualora l'onere abbia costituito il solo motivo determinante si deve considerare che se, come vedremo nel paragrafo che segue, ciò significa che il donante o il testatore non si sarebbero decisi a effettuare l'attribuzione senza di esso, allora, anche l'impossibilità di una parte di esso può considerarsi idonea a comportare la nullità del negozio giuridico, qualora l'assetto d'interessi concordato ovvero lo scopo avuto di mira dal *de cuius* risultino del tutto compromessi.

3.4. SPUNTI DI RIFLESSIONE SUL SIGNIFICATO DI VALORE "DETERMINANTE" DEL *MODUS*.

Come abbiamo già avuto modo di accennare nel paragrafo che precede, stabilire quando l'onere possa dirsi l'unico motivo determinante assume importanza fondamentale ai fini della disciplina applicabile sia con riferimento al profilo dell'illiceità e dell'impossibilità dello stesso (art. 647, comma 3 e 794 c.c.), sia a quello della risoluzione, anche se con esclusivo riguardo all'onere testamentario (art. 648, ultimo comma, c.c.).

Con la locuzione «solo motivo determinante» il legislatore non ha inteso riferirsi solamente a quelle situazioni in cui sulla volontà

del disponente ha influito un unico motivo: è, infatti, possibile che abbiano concorso più motivazioni, ma una soltanto di esse abbia assunto un ruolo decisivo, nel senso che il testatore o il donante non avrebbero effettuato alcuna attribuzione senza di essa²⁸⁸.

Stabilire se l'onere ha giocato un ruolo determinante è essenzialmente un problema che attiene all'interpretazione della volontà espressa nella donazione o nel testamento: di conseguenza, nei casi dubbi, essa può essere chiarificata con l'ausilio dei criteri di cui agli artt. 1362 c.c. Ci possiamo, allora, domandare se esistano degli indici di riconoscibilità di una simile determinazione volitiva, che possano guidare l'interprete nella qualificazione della fattispecie.

La prassi applicativa ci offre degli interessanti spunti di riflessione sul tema.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di attribuire valore determinante all'onere, quando risulta che l'attribuzione è finalizzata esclusivamente all'adempimento dello stesso. Per fare un esempio tratto dalla realtà, basti pensare al caso in cui un soggetto disponga che tutte le rendite dei beni legati al Comune della propria città debbano essere destinate in perpetuo al medico condotto, affinché eroghi gratuitamente prestazioni sanitarie a favore di tutti gli abitanti. Prevedendo, inoltre, qualora il legatario non esegua puntualmente i suoi obblighi, la risoluzione della disposizione testamentaria, che in tal caso sarebbe andata a beneficio di un orfanotrofio²⁸⁹. E' evidente che l'adempimento dell'onere ha fortemente inciso sulla volontà del testatore, nel senso che il bene è stato legato ad un soggetto in vista della realizzazione di un preciso scopo, tant'è che la mancata

²⁸⁸ TORRENTE A., *La donazione*, cit., pp. 292 e 520; CICU A., *Testamento*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 137.

²⁸⁹ Il caso è trattato in Trib. Cuneo, 29.03.1951, in *Temì*, 1952, pp. 41 ss. con nota di CARRARESI F., *Trattamento del modus impossibile o illecito che ha costituito il solo motivo determinante della disposizione modale secondo il cod. civ. del 1865*; sulla medesima vicenda si è pronunciata anche App. Torino, 06.05.1952, in *Foro pad.*, 1952, pp. 989 ss. con nota di ALLARA M., *Sulla impossibilità sopravvenuta del modus*.

realizzazione dello stesso è sanzionata con la risoluzione della disposizione testamentaria e la sostituzione dell'onerato inadempiente con un nuovo legatario.

Anche altri elementi, come il tono particolarmente deciso o analitico delle espressioni utilizzate dal testatore, possono lasciare intendere la decisività dell'adempimento dell'onere²⁹⁰, specie se, come nel caso sopra menzionato, sono accompagnate dalla previsione della risoluzione per inadempimento. Se, infatti, per motivo solo e determinante si intende che senza di esso il disponente non avrebbe effettuato l'attribuzione, in fin dei conti prevedere che il testamento o la donazione si risolvano in caso di mancato rispetto della volontà espressa nel *modus* è un po' come esprimere l'intenzione di non volere quel negozio giuridico senza il *modus* stesso²⁹¹.

Talvolta, si è ritenuto, invece, di dare peso alla circostanza che il valore dell'onere assorba o superi il valore dell'attribuzione effettuata: si è così sostenuto che «la sproporzione, per eccesso, del peso economico e giuridico della donazione in favore del donatario rispetto all'onere» sia indice rivelatore del valore determinante della clausola modale²⁹².

²⁹⁰ ALLARA M., *Sulla impossibilità sopravvenuta del modus*, cit., pp. 993 ss., esemplifica riportando le seguenti espressioni riferite al testamento nel caso a cui ci siamo sopra riferiti: «in nessun caso e per nessun motivo voglio che i residenti paghino al medico condotto la benché minima somma per qualsiasi cura che sia loro fatta» e «voglio le mie precise volontà siano pienamente e sempre rispettate».

²⁹¹ *Contra* ALLARA M., *Sulla impossibilità sopravvenuta del modus*, cit., p. 224, secondo il quale «la risoluzione non sarebbe ancora un elemento decisivo per affermare la qualifica di elemento determinante nei riguardi dell'onere, poiché la risoluzione della liberalità stabilita dal testatore nel caso di inadempimento dell'onere potrebbe avere il significato di sanzione per l'inadempimento, ferma restando la indipendenza della liberalità dall'onere e quindi la permanenza della prima nel caso di impossibilità o illiceità del secondo».

²⁹² Così si è pronunciata Cass. civ., sez. II, 04.01.2011, n. 95, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, pp. 534 ss., con nota di BREDARIOL E., *Onere illecito e invalidità della donazione*; in tema di onere testamentario si veda Cass. civ., sez. II, 30.07.2007, n. 16846, in *Mass. Giust. it.*, 2007, p. 6, secondo la quale, invece, dalla circostanza che l'onere assorba l'intero valore del legato non si può dedurre che lo stesso ha costituito l'unico motivo determinante.

Anche una parte della dottrina ha proposto un criterio quantitativo: si veda CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 176. Si mostra, invece, critico a riguardo SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 195 ss.

Tuttavia, mi sembra criticabile l'utilizzo di un criterio di tipo quantitativo per chiarire la volontà delle parti o del testatore, se non altro perché, mentre la valutazione circa il ruolo determinante o meno attiene al piano volitivo, quella del valore della prestazione del modo riguarda il piano delle conseguenze dell'apposizione della clausola modale.

Inoltre, non si può dimenticare che la legge prevede espressamente la possibilità che il valore *modus* superi quello del legato o della donazione (artt. 671 e 793, comma 2, c.c.) e disciplina tale ipotesi consentendo al legatario e al donatario di adempiere rispettivamente nei limiti della cosa legata o donata, senza per questo far venir meno la liberalità²⁹³.

Le norme contenute negli artt. 647, comma 3, e 793 c.c. sono state interpretate dalla dottrina tradizionale come una conferma normativa dell'accidentalità e/o accessorietà del *modus*, in quanto espressione del principio di dipendenza dell'onere dalla liberalità: se, infatti, con riferimento al riflesso dell'invalidità della modalità sulla disposizione principale (o sul negozio) la legge dispone espressamente che il vizio che colpisce l'onere non si riflette sul negozio principale, salvo nell'ipotesi eccezionale in cui l'onere abbia costituito l'unico motivo determinante; nel caso non disciplinato della conseguenza della nullità della disposizione principale sulla clausola modale si è ritenuto di poter ricavare dal sistema il principio secondo il quale l'inefficacia o l'invalidità che colpiscono il testamento o la donazione si rifletterebbe sempre sull'onere, travolgendolo. A rafforzare questa convinzione concorrerebbe, inoltre, l'utilizzo da parte del legislatore dell'espressione «apposto», la quale richiamerebbe l'idea di un qualche cosa di aggiunto²⁹⁴.

²⁹³ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 180.

²⁹⁴ AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 519; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 243; GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., pp. 229 – 230; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 178 ss; GELATO P., voce «*Modo*», cit., p. 391.

Tale approdo è stato criticato dalla dottrina più recente, sulla base di argomenti sui quali avremmo modo di tornare²⁹⁵. Ciò che preme rilevare in questa sede è che la problematica del valore determinante del modo risulta intimamente connessa con quella della natura dell'onere, la quale si declina, però, secondo prospettive differenti a seconda che ci si trovi nel contesto della donazione piuttosto che del testamento.

Con riferimento alla donazione modale ci si è domandati se la previsione di un onere, che abbia costituito l'unico motivo determinante per il donante, sia compatibile con l'*animus donandi*: la particolare importanza assunta in tal caso dalla clausola modale potrebbe, infatti, far sorgere il dubbio che il donante abbia dato soltanto al fine di ricevere in cambio la prestazione oggetto del modo.

La risposta all'interrogativo richiede di verificare se l'onere possa arrivare a costituire il corrispettivo dell'attribuzione effettuata, inserendo così nello schema contrattuale un elemento di corrispettività, incompatibile con la causa della donazione.

La dottrina maggioritaria ha escluso quest'ultima possibilità, affermando la necessità di tenere distinto il piano della causa, intesa come funzione e dato oggettivo del negozio, da quello dei motivi individuali, che riguardano, invece, il piano soggettivo²⁹⁶,

²⁹⁵ Si rinvia al capitolo IV, paragrafi 4.1 e 4.2.

²⁹⁶ TORRENTE A., *La donazione*, cit., pp. 291 ss., secondo il quale «Il punto veramente delicato del problema relativo alla natura del modo è dato dalla possibilità, dall'art. 794 prevista, che il modo costituisca il solo motivo determinante della donazione. Potrebbe sembrare che, in una tale situazione psicologica, la distinzione tra causa e motivo si annebbi, che la natura gratuita dell'atto si offuschi, che, in realtà, si dia per ricevere o perché altri faccia o dia, che si ponga in essere un rapporto di interdipendenza tra la prestazione e quella oggetto del modo. Non è così neppure in questa ipotesi estrema. E non è così non solo perché occorre distinguere la funzione, dato oggettivo del negozio, causa dello stesso, e il motivo individuale, elemento psicologico nell'*iter* formativo della volontà. Anche sul terreno della valutazione sociale si può cogliere una differenza tra lo scopo immediato che è connesso con un nostro atto, e la spinta psicologica che ha fatto precipitare la volontà in una determinata direzione. Possiamo determinarci ad acquistare un bene unicamente per beneficiare il venditore, sapendo che è un poveraccio e che quella vendita può essergli utile: non per questo noi vogliamo il suo arricchimento, non per questo poniamo in essere una donazione. Ugualmente, può spingere ad una liberalità verso un artista il desiderio che egli ci faccia un ritratto, ma con ciò che gli diamo non intendiamo affatto compensarlo. Il nesso di dipendenza non è voluto

ribadendo la compatibilità astratta dell'onere con la struttura liberale dell'atto, senza con ciò voler escludere che in concreto i contraenti possano aver concepito la prestazione modale in funzione di corrispettivo dell'attribuzione ricevuta. Sarà, allora, necessario guardare alla volontà dei contraenti, servendosi, in caso di bisogno, dei criteri di cui agli artt. 1362 ss. c.c., per stabilire se le parti abbiano inteso effettuare uno scambio oppure una liberalità.

Per spiegare il particolare rapporto tra attribuzione e obbligo all'interno del negozio modale una voce autorevole ha proposto di ricondurre la figura della donazione *sub modo* all'interno della categoria del *negotium mixtum cum donatione*. Saremmo, infatti, in presenza di due distinti negozi giuridici con due diverse cause: una donazione pura, per la parte eccedente il valore della prestazione modale, e, per quella relativa all'onere, di un altro negozio a titolo oneroso²⁹⁷.

Questa soluzione non ha avuto un grande seguito. Da più parti è stato sottolineato che, al di là dell'analogia, consistente nel fatto che in entrambi i casi vi è un soggetto contemporaneamente onerato e beneficiato, il negozio misto e quello modale rimangono due realtà ben distinte: solo nel primo si possono rinvenire due cause, mentre nel secondo vi è soltanto l'*animus donandi* ed,

dalle parti, perché l'interesse prevalente che il negozio tende a soddisfare non è lo scambio, ma resta sempre l'arricchimento dell'altra parte».

Anche BIONDI B., *Le donazioni*, cit., pp. 647 ss., ritiene che l'onere costituisca solo una limitazione della liberalità, dunque la donazione modale «non è un negozio tipico, diverso dalla donazione, ma piuttosto una forma particolare di donazione, soggetta alla disciplina generale della donazione, con quegli adattamenti che risultano dalla sua particolarità».

Ritiene l'onere con valore determinante compatibile con la struttura liberale dell'atto, in virtù della distinzione tra causa e motivi anche App. Bari, 24.03.1952, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce «Donazione», n. 8.

²⁹⁷ SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pp. 124 e 341 ss., secondo l'autore «poiché l'obbligo contenuto nel modo toglie una parte dell'originario arricchimento ne esce un negozio misto, le due parti del quale (obbligo e donazione) devono essere trattate separatamente».

eventualmente, la presenza di un motivo che ha assunto per il donante una particolare importanza²⁹⁸.

Come abbiamo avuto modo di accennare, una parte della dottrina ha ritenuto elemento essenziale della donazione modale l'esistenza di un nesso funzionale tra l'arricchimento del donatario e la prestazione modale; a differenza dell'*animus donandi*, che sarebbe normalmente, ma non necessariamente presente. Questo perché l'onere, rivestendo una posizione di scopo, potrebbe coesistere con l'intento liberale o, all'opposto, escluderlo. Nel primo caso la donazione modale non andrebbe mai considerata come una donazione ai sensi dell'art. 769 c.c., ma semmai come una liberalità; mentre, nel secondo caso essa andrebbe considerata come un contratto bilaterale a prestazioni corrispettive. In questa prospettiva, si sarebbe di fronte ad un *modus* ogniqualvolta l'adempimento della prestazione non possa attuarsi se non attraverso l'attribuzione, la quale diverrebbe per ciò stesso ad esso funzionale²⁹⁹.

Mi sembra, però, che questa ricostruzione parta da un presupposto errato: vale a dire che, in tutti i casi l'onere svolga all'interno della donazione un ruolo determinante, cosa che non sempre accade.

Un altro autore, ritenendo che la dottrina tradizionale abbia sostanzialmente eluso il problema, attraverso un'interpretazione abrogatrice dell'art. 794 c.c., tendente a svalutare la portata dell'onere quale motivo unico e determinante, ha ripreso e opportunamente precisato la tesi testé descritta, distinguendo a seconda che il *modus* abbia o meno valore determinante³⁰⁰. In

²⁹⁸ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 33 e 179 ss.; critica la riconduzione della donazione modale ai contratti misti anche BIONDI B., voce «Donazione (Dir. civ.)», cit., p. 247.

²⁹⁹ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 40 ss., secondo l'autore tale soluzione sarebbe confermata dall'art. 341 dell'allora vigente codice civile, che con una norma analoga all'attuale art. 793 c.c., sosteneva che «l'onere illecito o impossibile si considera non apposto; rende tuttavia nulla la donazione se ne ha costituito il motivo unico».

³⁰⁰ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 146.

quest'ultima ipotesi sarebbe chiaro che il donante avrebbe voluto perseguire il soddisfacimento di un interesse parallelo rispetto a quello principale di arricchire il donatario, ne conseguirebbe che il *modus* andrebbe considerato come un elemento accidentale e accessorio della donazione, idoneo sotto questo profilo a distinguere la donazione modale da quella condizionale, nella quale non si potrebbe distinguere una volontà principale da una secondaria³⁰¹. Attraverso la clausola modale il donante intenderebbe soltanto limitare la portata dell'arricchimento del donatario, in vista del perseguimento di un proprio interesse, senza che ciò giunga mai ad alterare la causa gratuita del negozio³⁰².

Diverrebbe, invece, impossibile sostenere che l'onere sia un elemento accessorio e accidentale, qualora questo abbia costituito l'unico motivo determinante la donazione, e ciò risulterebbe evidente nel paragone con la donazione sottoposta a condizione: infatti, dal punto di vista volitivo non vi sarebbe alcuna differenza, in quanto in entrambi i casi il donante si determinerebbe ad effettuare l'attribuzione solo in vista della realizzazione di una certa situazione, data dalla realizzazione dell'evento dedotto in condizione ovvero dell'adempimento della prestazione modale. In questa ipotesi, non sarebbe il *modus* ad assumere valore accessorio, ma, al contrario, sarebbe proprio l'attribuzione gratuita ad essere strumentale rispetto all'adempimento dello stesso³⁰³. Onere, da un lato, e attribuzione, dall'altro, risulterebbero legate da quello stesso nesso di interdipendenza che caratterizza i contratti a prestazioni corrispettive. In considerazione di ciò, la donazione modale, quando l'onere abbia assunto un ruolo determinante, andrebbe collocata tra i contratti di scambio con conseguente applicazione della relativa disciplina³⁰⁴.

³⁰¹ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 148.

³⁰² CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 149.

³⁰³ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 148.

³⁰⁴ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 160. Sul problema del rapporto tra i concetti di onerosità e corrispettività si vedano le pp. 152 ss. Per una

Una simile conclusione, secondo l'autore, risulterebbe ancor più giustificata considerando che nel nostro ordinamento giuridico il nudo consenso non sarebbe da solo in grado di produrre alcun vincolo giuridico.³⁰⁵ A tal fine sarebbe necessario il ricorrere di altri elementi tipici e oggettivi, che costituiscano i *vestimenta* della promessa e che ne consentano la sanzionabilità. Nell'ambito delle obbligazioni questi ultimi sarebbero costituiti dalla patrimonialità delle prestazioni, la quale costituirebbe la *cause suffisante* per la sanzionabilità del patto. In assenza di ciò, i *vestimenta* dovrebbero essere ricercati nell'adozione dello schema formale³⁰⁶.

La donazione modale si inserirebbe così nell'alternativa *cause suffisante* – forma: di conseguenza, qualora la prestazione imposta al promissario non abbia carattere patrimoniale, essa non sarebbe idonea a fungere da *cause suffisante* e, quindi, ai fini della sua sanzionabilità sarebbe necessaria l'adozione dello schema formale - causale della donazione, anche se l'intento del promittente fosse stato quello di effettuare uno scambio e non una liberalità. Qualora la controprestazione abbia carattere patrimoniale, si potrebbe, invece, ritenere sussistente una *cause suffisante*; tuttavia, non essendo sempre agevole stabilire in concreto se si tratti di una donazione modale o di un contratto a prestazioni corrispettive³⁰⁷, solo in presenza di una notevole sproporzione tra le prestazioni - dalla quale sia dunque possibile ricavare l'arricchimento e,

diversa prospettazione del tema si rinvia a CATAUDELLA A., *La donazione mista*, cit., pp. 130 ss.

³⁰⁵ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 168 ss.

³⁰⁶ Carnevali si richiama espressamente alla tesi di GORLA G., *Il contratto*, I, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 120 ss.

³⁰⁷ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 172, secondo il quale quando la prestazione ha carattere patrimoniale, «si può dire che in astratto vi è una *cause suffisante* e si deve ricercare un criterio idoneo ad accertare se essa vi sia anche in concreto. Il giurista di *common law* risolve il problema in base al formalistico principio secondo cui non è richiesta la *adequacy of consideration*: anche una esigua controprestazione imposta al promissario (*pepercorn*) esclude la necessità del *seal* ed è sufficiente a fondare uno scambio o *bargain*. Diversamente la *civil law*. Sebbene abbia anch'essa, in fondo, una dottrina della *consideration*, questa si rivela assai meno formalistica e rigida che nella *common law*, in quanto una controprestazione simbolica (*nummus unus*) non è certo sufficiente ad eliminare l'esigenza del requisito formale (p. 172)».

implicitamente, l'*animus donandi* - si dovrebbe senz'altro affermare di essere in presenza di una donazione *sub modo*. In assenza di tale situazione, il problema della distinzione si porrebbe, invece, sul piano dell'interpretazione della volontà delle parti³⁰⁸.

Mi pare, però, che un simile approdo finisca col forzare il dato normativo almeno sotto due profili. In primo luogo l'art. 794 c.c. parla espressamente di motivo e non di causa. Inoltre, anche a voler superare il dato lessicale, se l'onerosità del *modus* fosse tale da investire la causa della donazione, trasformandola in un contratto a prestazioni corrispettive, non si spiegherebbe perché il legislatore abbia previsto un trattamento diverso per l'illiceità dell'onere rispetto a quella della causa³⁰⁹. Tale scelta trova giustificazione solo tendo presente che l'onere opera sul piano dei motivi, rendendoli giuridicamente rilevanti, ma non su quello della causa: da qui la necessità di due regole diverse.

In secondo luogo, se la donazione modale si comportasse davvero come un contratto a prestazioni corrispettive, anche quando l'onere ne abbia costituito il solo motivo determinante, all'inadempimento di quest'ultimo dovrebbe conseguire senz'altro la risoluzione del contratto, non soltanto nell'ipotesi in cui tale eventualità sia stata espressamente prevista nella donazione, come prevede l'art. 793, ultimo comma, c.c. Per lo stesso motivo anche l'impossibilità del *modus* dovrebbe ricevere un trattamento diverso,

³⁰⁸ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 176, secondo l'autore nel caso in cui non risulti espressamente l'intento di voler arricchire la controparte, la fattispecie dovrà essere qualificata come contratto di scambio o tutt'al più come *negotium mixtum cum donatione*.

Mentre, TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 293, propone di guardare all'entità del *modus* per stabilire se si tratti di una donazione modale o di un contratto a prestazioni corrispettive, qualora non emerga in modo chiaro l'intenzione dei contraenti. Nel caso in cui l'onere abbia un valore superiore a quello della cosa donata, secondo la valutazione delle parti, si sarà, in realtà, di fonte ad un contratto prestazioni corrispettive.

³⁰⁹ A tal proposito si vedano: TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 282; GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli Editore, Bologna - Roma, 1976, p. 358.

in quanto il venir meno di una delle prestazioni finirebbe con l'alterare il sinallagma³¹⁰.

Si è, inoltre, autorevolmente osservato che la presenza di un'obbligazione, da un lato, e di un'attribuzione, dall'altro, non sono di per se stesse sufficienti per ritenere che la donazione modale perda la natura di liberalità per assumere quella del contratto a prestazioni corrispettive³¹¹: in essa, infatti, l'intento comune dei contraenti rimane pur sempre indirizzato ad arricchire il donatario e nella valutazione da questi effettuata "l'obbligare" e "il dare" non trovano ciascuno ragione nell'altro, cosicché nessuna confusione può derivare tra i due schemi, anche quando l'onere abbia costituito l'unico motivo determinante³¹².

³¹⁰ CATAUDELLA A., *La donazione mista*, cit., p. 120; SCOZZAFAVA O. T., *La funzione del modo nel contratto di donazione*, cit., p. 119.

³¹¹ CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pp. 227 ss.; BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, p. 175; MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 21 ss., secondo il quale «la qualificazione di onerosità di un atto di disposizione non può, dunque, prescindere dalla presenza di un nesso necessario – obbligatorio o condizionale che sia – tra attribuzione disposta a favore di altri ed una prestazione di ritorno. Ma tale nesso, pur imprescindibile non è tuttavia sufficiente, occorrendo anche che la prestazione richiesta al destinatario dell'attribuzione, o posta come evento condizionante l'efficacia di questa, non abbia carattere meramente accessorio. Ed al riguardo basterebbe por mente alla controversa figura della donazione modale, non a caso oggetto di interminabili polemiche incentrate sul titolo oneroso o gratuito dell'atto, nella quale pure può essere rinvenuto un nesso, giuridicamente presidiato, tra attribuzione di un diritto e necessità di una prestazione di segno (a volte) reciproco. E tuttavia, nel caso della donazione modale tale nesso non può mai dirsi tale da giustificare la fuoriuscita del negozio dalla categoria degli atti a titolo gratuito».

SCOZZAFAVA O. T., *La funzione del modo nel contratto di donazione*, cit., p. 130, ritiene, invece, che ciò che impedisce l'inquadramento della donazione modale tra i contratti a prestazioni corrispettive non sia tanto il difetto di interdipendenza tra le prestazioni, bensì «la mancanza di un giudizio di adeguatezza tra le prestazioni compiuto dai contraenti».

Sul tema si vedano anche: OSTI G., voce «Contratto», in *Nuoviss. Dig. it.*, IV, Utet, Torino, 1968, p. 491; OPPO G., *Adempimento e liberalità*, cit., pp. 171 ss.; BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Giuffrè, Milano, 1954; JEMOLO A. C., *Lo spirito di liberalità*, in *Studi giuridici in memoria di Vassalli*, II, Utet, Torino, 1960, pp. 973 ss.

³¹² MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 71 ss., il quale parte da un'analisi dell'art. 794 c.c. «al fine di accertare se il carattere determinante del *modus* comporti una modificazione dello schema donativo e, quindi, incida sulla identità del tipo ovvero, come sembra più probabile, riguardi unicamente la "causa" e cioè la concreta funzione individuale che le parti intendono realizzare. Se ora si considera che, come del resto è

Poiché per poter affermare di non essere più in presenza di una liberalità, è necessario che l'onerosità investa la causa e non altri elementi, a prescindere dall'importanza che questi abbiano assunto nel regolamento negoziale³¹³, si deve concludere che l'onere con valore determinante non sia idoneo a incidere sul profilo causale della donazione, a meno che non si voglia tornare ad una concezione soggettiva della causa, nella quale i confini tra essa e le motivazioni individuali tendono a confondersi³¹⁴.

Se ciò non bastasse, vi è anche da considerare che è stato da più parti sottolineato che il contrasto tra gli artt. 766 e 794 c.c. risulta soltanto apparente laddove si consideri senza fraintendimenti il significato di spirito di liberalità. Spesso quest'ultimo è stato, infatti, erroneamente ricondotto alla motivazione individuale che ha spinto il donante a donare.

Per fare chiarezza si è proposto di far riferimento al contenuto dell'intento comune delle parti, che va riferito non tanto all'intenzione di fare una liberalità, la quale non potrebbe che essere propria del solo donante, bensì alla volontà di porre in essere «un regolamento di interessi che comporti un'attribuzione senza corrispettivo a favore del donatario³¹⁵». E non vi è ragione per ritenere che l'intento comune delle parti, in tal modo precisato, non

espressamente riconosciuto nei lavori preparatori, attraverso gli artt. 794 e 647, comma 3, si è operato un accostamento alla disciplina del *modus* illecito o impossibile a quella stabilita per il motivo illecito dagli artt. 626 e 788 in quanto «la norma sull'onere illecito o impossibile è sostanzialmente un'applicazione dell'altra sul motivo illecito», appare chiaro come l'alternativa posta debba risolversi nel secondo senso».

Escludono la presenza di un nesso di sinallagmaticità tra onere e attribuzione anche: Cass. civ., 25.06.1971, n. 2008, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Donazione», n. 30; Cass. civ., sez. II, 04.12.1962, n. 3261, in *Foro it.*, 1963, pp. 38 ss.; Cass. civ., sez. II, 18.02.1977, n. 739, in *Giur. it.*, 1977, I, pp. 2164 ss.

³¹³ OPPO G., *Adempimento e liberalità*, cit., p. 164.

³¹⁴ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle donazioni*, cit., p. 367. Sulla necessità di tenere distinto il piano della causa da quello dei motivi per valutare la natura liberale di un atto si veda anche OPPO G., *Adempimento e liberalità*, cit., pp. 164 ss.

³¹⁵ CATAUDELLA A., *La donazione mista*, cit., pp. 124 ss.

permanga anche quando l'onere abbia svolto un ruolo determinante³¹⁶.

Quanto è stato detto fino ad ora ci consente di affermare che la natura determinante dell'onere pone certamente dei problemi di individuazione dei confini tra ciò che può essere considerato liberalità e ciò che va, invece, ricompreso nel concetto di onerosità; ma, per i motivi anzidetti, ciò non autorizza a concludere che l'onere introduca un elemento di corrispettività incompatibile con la causa della donazione. Si tratta, semmai, di stabilire se le parti abbiano inteso porre in essere una donazione modale ovvero un contratto a prestazioni corrispettive.

Sul punto anche la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la previsione di un onere, anche se con valore determinante, è in astratto compatibile con la struttura della donazione, salvo che esso non sia stato concepito in concreto dalle parti come corrispettivo dell'attribuzione effettuata dal soggetto disponente. Stabilire ciò è, quindi, un'indagine di fatto, attinente all'interpretazione del contratto di donazione, la quale è riservata al giudice di merito e, se congruamente motivata, è incensurabile in sede di legittimità³¹⁷.

Se l'opinione tradizionale vede nella disciplina dell'onere illecito e impossibile la riprova dell'accidentalità e/o accessorietà

³¹⁶ CATAUDELLA A., *La donazione mista*, cit., p. 124; SCOZZAFAVA O. T., *La funzione del modo nel contratto di donazione*, cit., pp. 126 ss., secondo il quale lo spirito di liberalità va inteso come la «necessaria rappresentazione da parte dei contraenti del risultato che intendono raggiungere e la conseguente volontà di conseguirlo», pertanto «può ben accadere che l'unico motivo per cui il donante è spinto a perseguire una siffatta finalità è quello di ottenere l'adempimento del modo».

Anche GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle donazioni*, cit., pp. 356 ss., denuncia la tendenza a svalutare il significato e la portata dello spirito di liberalità, specie all'interno del fenomeno della donazione modale e conseguentemente a ritenere che talvolta la donazione modale si comporti come un contratto a prestazioni corrispettive. Secondo l'autrice il modo corretto di intendere lo spirito di liberalità è però quello di ritenerlo espressione della possibilità di scelta del destinatario, che può essere variamente differenziabile dal donante, ad esempio, attraverso la previsione di un onere.

³¹⁷ Così si espressa Cass. civ., sez. II, 28.06.2005, n. 13876, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, pp. 387 ss. Si vedano anche: Cass. civ., 09.06.1975, n. 1668 in *Rep. Foro it.*, 1975, voce «Donazione», n. 28; Cass. civ., sez. II, 16.04.1984, n. 2455, in *Giust. civ.*, 1985, pp. 3183 ss.

del modo, la dottrina più recente ha sottoposto a revisione critica questa posizione sulla base di argomenti diversi.

Come abbiamo già avuto modo di vedere, molto spesso i termini accidentale e accessorio sono stati utilizzati come sinonimi, pur riferendosi a valutazioni del tutto differenti³¹⁸, e ciò ha finito col dar luogo ad alcuni fraintendimenti.

L'affermazione secondo la quale l'onere va considerato un elemento accessorio del negozio giuridico trova ormai giustificazione più nell'ossequio della tradizione, risalente alla Pandettistica, che nella considerazione dell'attuale sistema normativo.

Sicuramente si può escludere l'accessorietà del *modus*, quando lo stesso ha costituito l'unico motivo determinante: gli artt. 647, comma 3, e 794 c.c., stabilendo che la sua illiceità o impossibilità determina la nullità del negozio, hanno introdotto il principio della dipendenza della liberalità dall'onere³¹⁹, il quale non potrebbe trovare accoglimento qualora l'onere rappresentasse una volontà secondaria rispetto a quella principale, istitutiva del testamento o della donazione³²⁰.

Inoltre, mentre nella donazione l'impossibilità e l'illiceità della condizione e dell'onere ricevono disciplina diversa, applicandosi nel primo caso l'art. 1354 c.c. - stante la mancanza di una disposizione specifica a riguardo - e nel secondo l'art. 794 c.c., nel testamento esse seguono la stessa regola: *vitiatur sed non vitiat*, salvo che risulti che la modalità (condizione o *modus*) illecita o impossibile abbia costituito l'unico motivo determinante, nel qual caso *vitiatur et vitiat*. Ciò consente, almeno per quanto riguarda il

³¹⁸ Si rinvia al capitolo I, paragrafo 1.3.

³¹⁹ ALLARA M., *Sulla impossibilità sopravvenuta del modus*, cit., p. 368.

³²⁰ COVIELLO N., *Successioni legittime e testamentarie*, Lorenzo Alvano Editore, Napoli, 1915, p. 760, ancor prima dell'entrata in vigore del Codice civile del 1942 escludeva l'accessorietà dell'onere sulla base della considerazione che «la nullità della disposizione accessoria non può influire sulla validità della disposizione principale, perché se è vero che *accessorium sequitur principale* è vero anche che *principale non sequitur accessorium*. La nullità delle clausole accessorie in qualsiasi atto giuridico non importa nullità della disposizione principale».

testamento, di escludere la natura accessoria dell'onere, al pari della condizione, anche al di fuori delle ipotesi in cui l'onere ha assunto valore determinante³²¹.

In conclusione, l'accessorietà non può intendersi come un carattere costante della clausola modale, ma deve ritenersi, piuttosto, il frutto dell'esercizio dell'autonomia privata da parte del disponente.

Il discorso si fa, invece, più complesso per quanto riguarda il profilo dell'accidentalità.

Il tema è già stato affrontato con riguardo alla donazione modale, nella quale abbiamo avuto modo di verificare che l'alternativa tra accidentalità e autonomia si pone sullo sfondo del problema del confine tra onerosità e corrispettività e abbiamo escluso che il dato normativo consenta di concludere a favore della natura autonoma della clausola. Nel contesto del testamento si pongono, invece, interrogativi di tutt'altro tenore, che in questa sede ci limiteremo ad accennare, in quanto troveranno adeguata trattazione nel prosieguo del lavoro³²².

Innanzitutto, è utile osservare che l'utilizzo da parte del legislatore delle espressioni «apposto» e «non apposto», pur essendo stato interpretato come segno sicuro dell'accidentalità del modo, può non ritenersi un argomento decisivo: infatti, l'utilizzo di un termine piuttosto che un altro non può considerarsi vincolante per l'interprete, in quanto la ricerca del vero senso da attribuirsi ad una disposizione richiede di non fermarsi al significato letterale delle espressioni utilizzate.

Inoltre, anche a voler ritenere rilevante tale scelta lessicale, essa si presta a essere letta secondo accezioni diverse da quella proposta dalla tradizione.

Una voce autorevole ha sostenuto che il «non apposto» sarebbe formulato esclusivamente in relazione alla regola *vitiatur*

³²¹ L'argomento verrà affrontato in modo più approfondito nel prosieguo del lavoro. Si veda il capitolo IV, paragrafo 4.2.

³²² Si rinvia al capitolo IV.

sed non vitiat e non per indicare l'accidentalità o accessorietà del modo. Tale espressione starebbe a indicare che l'onere è una manifestazione di volontà che si aggiunge all'istituzione di erede e al legato e attraverso la quale il testatore mira al raggiungimento di interessi diversi, ma non per questo accidentali o secondari³²³.

Il primo inciso dell'art. 647, comma 3, c.c. esprimerebbe, dunque, la regola della normale autonomia del *modus*, con la conseguente l'incomunicabilità del vizio alla disposizione testamentaria; mentre il secondo inciso prevedrebbe l'eccezione, consacrando il principio della dipendenza della liberalità *mortis causa* dall'onere in ragione del fatto che esso avrebbe costituito l'unico motivo determinante. La dipendenza andrebbe intesa, quindi, nel senso della strumentalità dell'istituzione di erede o del legato all'adempimento della disposizione modale³²⁴.

Altri hanno, invece, osservato che l'art. 647, comma 3, c.c. si limiterebbe a stabilire un collegamento tra la disposizione testamentaria e il *modus*, senza qualificare lo stesso in termini di accidentalità. Questo nesso non sarebbe dissimile a quello esistente tra l'istituzione di erede e il legato ovvero tra il legato e il sublegato, dal momento che l'onere inciderebbe sulla disposizione a cui si collega sia dal punto di vista economico, diminuendone il valore, sia da quello giuridico, attraverso l'imposizione di un obbligo³²⁵. In questa prospettiva il *modus* potrebbe essere concepito come disposizione autonoma, a differenza della condizione e del termine, i quali costituendo coelementi della volontà espressa nella disposizione testamentaria, esaurirebbero all'interno di essa la loro funzione, non essendo concepibili come

³²³ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 261 ss. Conforme: LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 633.

³²⁴ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 263 ss., secondo la quale l'onere testamentario che ha costituito l'unico motivo determinante costituirebbe un peso condizionante la volontà del testatore e alla luce di ciò troverebbe giustificazione la regola *vitiatur et vitiat* in caso di illiceità o impossibilità.

³²⁵ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 201 ss.

disposizioni autonome e ambulanti³²⁶. Sennonché a tali obiezioni si è risposto evidenziando che il collegamento sussistente tra onere e istituzione di erede o legato non potrebbe paragonarsi a quello tra istituzione di erede e legato ovvero tra legato e sublegato, poiché solamente il nesso tra il *modus* e la disposizione principale risulterebbe particolarmente qualificato secondo quanto disposto all'art. 647, comma 3, c.c.³²⁷.

In conclusione, mentre il dato normativo in tema di donazione modale non consente un'interpretazione della clausola modale in termini di autonomia, in astratto tale possibilità non risulta preclusa per l'onere testamentario.

Le resistenze che si incontrano ad ammettere ciò dipendono dal fatto che l'alternativa tra autonomia e accidentalità si risolve nella scelta tra due modi diversi di intendere il sistema successorio.

Coloro che negano che il *modus* possa essere considerato un'autonoma disposizione *mortis causa* ritengono che l'art. 588 c.c., accogliendo la *summa divisio* tra istituzione di erede e legato, implicitamente escluda la possibilità di creare un terzo tipo di successione *mortis causa*³²⁸.

I fautori dell'autonomia dell'onere testamentario sostengono, invece, che l'art. 588 c.c. non contenga, in realtà, un'alternativa tassativa: ragionando diversamente non si dovrebbe considerare ammissibile il legato c.d. obbligatorio, che, invece, risulta disciplinato in altre norme³²⁹. Com'è stato autorevolmente sostenuto, se si considera che il testatore può regolare la propria successione, oltre che disponendo dei suoi beni, anche imponendo degli obblighi all'erede o al legatario, non vi sarebbero ragioni per negare che ciò possa avvenire anche attraverso l'imposizione di un

³²⁶ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 205.

³²⁷ DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 153 ss.

³²⁸ Non sempre si verifica tale corrispondenza. Si veda, ad esempio: DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 124 ss.

³²⁹ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 203.

onere, al quale dovrebbe riconoscersi il posto di autonoma disposizione testamentaria accanto all'istituzione di erede e al legato³³⁰.

Ciò non implicherebbe l'introduzione di un terzo tipo di successione *mortis causa*, poiché il *modus*, al pari del legato obbligatorio, non inciderebbe sull'aspetto devolutivo della successione, bensì solo su quello obbligatorio³³¹.

Quanto fin ora esposto ci consente, quindi, di affermare che la soluzione al problema della natura dell'onere testamentario richiede, non solo un'attenta valutazione delle norme dettate nel Codice civile in tema di *modus*, ma anche di interrogarsi sulle caratteristiche e sull'evoluzione che negli anni ha subito il sistema successorio, per far fronte a una realtà dalle esigenze sempre più complesse³³².

3.5. ONERE E ALTRE FIGURE GIURIDICHE: IL PROBLEMA DELL'INDIVIDUAZIONE DI UN CRITERIO DISTINTIVO.

3.5.1. ONERE E LEGATO.

Di fronte a una disposizione testamentaria che imponga al testatore o al legatario di tenere un certo comportamento a favore di un terzo determinato non è sempre agevole stabilire se si sia in presenza di un onere testamentario, di un legato ovvero di un sublegato. Il problema assume particolare rilevanza nella prassi applicativa in considerazione delle notevoli differenze nella disciplina applicabile alle due figure in esame.

La dottrina ha elaborato diversi criteri per cercare di distinguere il legato dal *modus*. Una parte di essa ha affermato che si sarebbe in presenza di un legato qualora il testatore assegni a una persona determinata un bene, facendo sorgere in capo ad essa un diritto autonomo; questa attribuzione sarebbe, invece, assente

³³⁰ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., pp. 922 ss.

³³¹ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 204 ss.

³³² Si veda il capitolo IV, paragrafo 4.2.

nel *modus*, poiché il beneficio verrebbe attuato attraverso l'imposizione di un obbligo in capo all'onerato³³³.

Tuttavia, si può agevolmente osservare come l'aspetto devolutivo non sia un elemento costante nel legato³³⁴: infatti, se l'istituzione di erede comporta sempre una successione a titolo universale dal *de cuius* all'istituito, il legato non dà luogo necessariamente a una successione a titolo particolare. Per quest'ultima disposizione si può parlare di successione in senso tecnico³³⁵ soltanto quando essa implichi l'attribuzione al legatario di un bene o di un diritto facente capo al testatore (c.d. legato ad efficacia reale); mentre, un siffatto fenomeno non si può riscontrare laddove il legato presenti efficacia obbligatoria, come nel legato di cosa altrui, nei limiti della sua validità, (art. 651 c.c.) o nel legato avente ad oggetto una prestazione di *facere* o *non facere* a carico dell'erede e a vantaggio del legatario o ancora nel legato di somma di denaro³³⁶.

Alcuni hanno contrapposto la natura accidentale e accessoria dell'onere all'autonomia del legato, traendone la conseguenza che, mentre in quest'ultimo caso la persona deve essere determinata o determinabile nei limiti di cui all'art. 631 c.c., pena la nullità della disposizione, l'individuazione del beneficiario del *modus* potrebbe essere lasciata all'arbitrio dell'onerato, dominando in esso lo scopo avuto di mira dal testatore³³⁷. E la

³³³ CICU A., *Testamento*, cit., p. 206.

³³⁴ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 893; FILIPPON E., *Rapporti tra il legato e il modus*, in *Giur. it.*, 1938, p. 242; BRUNORI E., *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 475 ss.

³³⁵ Per successione in senso tecnico si intende il subentrare di un soggetto ad un altro in un medesimo rapporto giuridico. Così si esprime: GIORDANO - MONDELLO A., voce «*Legato (dir. civ.)*», in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 722.

³³⁶ GIORDANO - MONDELLO A., voce «*Legato (dir. civ.)*», cit., p. 723, secondo il quale «non regge l'identificazione del legato con la successione a titolo particolare. Mentre, infatti, giova qui ribadire che la successione a titolo particolare rientra nell'ambito della *successio* nel senso tecnico, è certamente inesatto, per le ragioni precisate, concentrare l'essenzia della figura in quello che ne è solo un aspetto particolare». Si veda, inoltre, GANGI C., *Le successioni testamentarie*, cit., p. 371.

³³⁷ GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., pp. 34 ss.

nullità sancita all'art. 628 c.c. è stata limitata alle disposizioni autonome (istituzione di erede e legato) con esclusione di quelle costituenti una componente accidentale del negozio³³⁸.

Se può essere condiviso l'esito finale al quale giunge questa dottrina, altrettanto non può dirsi con riferimento al punto di partenza: essa infatti, finisce con l'incentrare la distinzione tra le due figure in esame su una aprioristica presa di posizione circa la natura della disposizione modale, utilizzando quale argomento risolutivo della questione ciò che dovrebbe costituire il risultato finale dell'indagine³³⁹.

Inoltre, l'utilizzo dei termini "accidentalità" e "accessorietà" in modo promiscuo porta a confondere anziché chiarire i termini della questione, poiché, come abbiamo avuto modo di vedere, l'atteggiarsi del *modus* a elemento accessorio del negozio è una scelta rimessa all'autonomia privata e non una costante, idonea a caratterizzare e a distinguere la figura in esame dalle altre³⁴⁰.

La ragione per cui è possibile condividere l'assunto secondo il quale, a differenza del legato, la determinazione del soggetto beneficiario del *modus* può essere rimessa all'arbitrio dell'onerato o di un terzo, non dipende dalla natura accidentale piuttosto che autonoma dell'elemento negoziale, bensì dalla circostanza che gli artt. 628 e 631 c.c. sono regole riferibili a alle sole disposizioni attributive. Se ciò corrisponde al vero, non essendo l'onere suscettibile di siffatta qualificazione, non potrà trovare applicazione la normativa richiamata³⁴¹.

Una voce autorevole ha sostenuto che il legato sarebbe una *delibatio hereditatis*, vale a dire una detrazione di una parte

³³⁸ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 212 ss.

³³⁹ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 158.

³⁴⁰ Si rinvia a quanto affermato al capitolo III, paragrafo 3.4.

³⁴¹ In questo senso si esprimono: MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 162 ss.; GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 895. *Contra*: CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 207, secondo il quale l'art. 631 c.c., facendo riferimento a «ogni disposizione», avrebbe una portata così ampia da applicarsi anche all'onere testamentario.

dell'eredità a favore del legatario; viceversa, il *modus*, avendo per contenuto un'obbligazione, non importerebbe *delibatio*, bensì un peso sul patrimonio dell'erede o del legatario: conseguentemente, si ritiene che, qualora l'onere sia a favore di un terzo determinato e l'erede accetti l'eredità con beneficio d'inventario, non si dovrebbe applicare la regola della responsabilità *intra vires*, poiché esso sarebbe un peso personale imposto all'erede o al legatario e non un peso ereditario³⁴². Ma, anche a tal proposito si può obiettare che non sempre il legato comporta una detrazione dall'eredità o una successione a titolo particolare³⁴³.

Sul problema della definizione di peso ereditario e sull'applicabilità dell'art 490 c.c. alla disposizione modale ritorneremo nel prosieguo del lavoro³⁴⁴. In questa sede appare, però, opportuno rilevare che il fatto che l'onere si traduca in un obbligo a carico dell'onerato non è elemento sufficiente per concludere circa la sua natura di peso inerente alla persona e non all'eredità³⁴⁵.

Vi è stato, inoltre, chi ha proposto di interpretare la volontà del *de cuius* per stabilire se egli abbia voluto effettuare un'attribuzione patrimoniale direttamente oppure indirettamente: nel primo caso si tratterebbe di un legato e il legatario si dovrebbe

³⁴² COVIELLO N., *Successioni legittime e testamentarie*, Lorenzo Alvano Editore, Napoli, 1915, p. 758.

³⁴³ FILIPPON E., *Rapporti tra il legato e il modus*, cit., pp. 240 ss.; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 62 ss., secondo il quale «se è vero che il legato con efficacia reale costituisce senza dubbio una sottrazione materiale delle sostanze ereditarie, lo stesso non si può dire per il legato obbligatorio, in quanto il suo oggetto può essere costituito anche da una cosa non ereditaria, da un *facere* o da un *non facere*. Devesi concludere, pertanto, nel senso che il concetto di *delibatio hereditatis* è esatto solo in quanto mette in luce che il legato obbligatorio, avendo la sua prestazione carattere patrimoniale e risolvendosi il suo adempimento in un sacrificio economico, importa, proprio sul piano economico, un ridimensionamento della portata del valore patrimoniale della istituzione di erede come un peso gravante su di essa. L'aspetto giuridico della nozione di legato come *delibatio* si coglie, invece, con riguardo al mezzo tecnico con cui detto ridimensionamento si attua: così si distingue tra legato ad efficacia reale e legato ad efficacia obbligatoria in ordine al fatto che la *delibatio* nel primo si attua immediatamente per un intervento di legge, mentre nel secondo con la costituzione e l'esecuzione di un rapporto obbligatorio».

³⁴⁴ Si rinvia al capitolo IV, paragrafo 4.5.

³⁴⁵ Afferma la ricomprensione dell'onere tra i pesi ereditari BRUNORI E., *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, p. 475.

considerare un avente causa dal *de cuius*; nel secondo caso si sarebbe in presenza di un onere e il beneficiario sarebbe un avente causa dell'onerato e non del testatore³⁴⁶.

Tale criterio è stato proposto anche per distinguere il legato a carico del legatario, detto anche sublegato, dall'onere in cui l'onerato sia il legatario e l'onorato un terzo determinato: l'interprete dovrebbe verificare se il testatore abbia o meno voluto prevedere un'autonoma e diretta disposizione *mortis causa*, poiché il *modus* per la sua natura accessoria non si presterebbe ad essere uno strumento idoneo a beneficiare in via diretta un soggetto alla pari del sublegato³⁴⁷. Ciò sarebbe dimostrato dalla circostanza che, mentre la nullità del legato non si riflette sul sublegato, salvo che operi per entrambi la stessa causa di invalidità, la nullità del legato a cui sia apposto il modo, travolge anche quest'ultimo³⁴⁸. Tale considerazione dimostra, però, soltanto l'esistenza di un rapporto tra legato e onere, ma ciò non significa che esso debba essere necessariamente qualificato in termini di accessorietà (*rectius*: accidentalità)³⁴⁹.

³⁴⁶ GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., pp. 239 ss. L'autore riprende poi anche gli altri criteri differenziatori sopra esposti: «in particolare il *modus* o onere si differenzia dal legato per le seguenti condizioni: a) che il primo, costituendo uno dei tre elementi accidentali del negozio giuridico, presuppone necessariamente l'istituzione di erede o la nomina di un legatario ed ha, quindi, ordinariamente, carattere accessorio; b) che esso è un peso personale dell'erede o del legatario con contenuto positivo o negativo; c) che esso è diretto al soddisfacimento di uno scopo voluto dal testatore al quale, pertanto, bisogna aver riguardo, e quando importa un interesse per il terzo è un interesse indiretto e la determinazione del terzo può ben essere lasciata al gravato od anche ad altra persona. Per contro il legato è una disposizione autonoma, la cui validità è indipendente da quella della disposizione di erede, che può costituire anche l'unico contenuto del testamento e che importa essenzialmente una attribuzione patrimoniale diretta a favore di una persona o più persone determinate». Adottano il criterio dell'attribuzione diretta - indiretta anche: SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 210 ss.; TORRENTE A., voce «Legato (*dir. civ.*)», XI, Utet, Torino, 1968, p. 610; AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 517.

³⁴⁷ DE SIMONE M., *Il legato a carico del legatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 103; NAPOLI A., *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie*, testo coordinato da Bianca, Utet, Torino, 1983, pp. 156 ss.

³⁴⁸ DE SIMONE M., *Il legato a carico del legatario*, cit., pp. 103 e 104.

³⁴⁹ Il tema verrà affrontato al capitolo IV, paragrafo 4.1.

Ciò che appare decisivo e induce a ritenere inidoneo il *criterium individuationis* basato sull'alternativa "attribuzione diretta – indiretta" è la circostanza che anche nel legato obbligatorio, così come nell'onere testamentario, si può affermare che il soggetto venga beneficiato dalla disposizione in modo mediato: in entrambi i casi, infatti, il disponente ricorre al medesimo strumento - l'imposizione di un obbligo in capo al soggetto onerato - per ottenere il risultato che si è prefissato³⁵⁰.

Inoltre, se si può affermare che il legatario è sempre avente causa del *de cuius* quando il legato presenti efficacia reale, altrettanto non si può sostenere nelle ipotesi di efficacia obbligatoria dello stesso: ad esempio, nel legato di cosa dell'onerato o del terzo, nei limiti della sua validità, il legatario succede per atto *inter vivos* al soggetto obbligato e non al testatore³⁵¹.

Non può essere nemmeno accolta la soluzione di coloro che basano la distinzione tra legato e onere sul contenuto della prestazione, ritenendo necessaria la natura patrimoniale nel primo, a fronte del possibile contenuto non patrimoniale del secondo³⁵², dal momento che, essendo il *modus* un'obbligazione in senso tecnico, trova applicazione l'art. 1174 c.c.³⁵³.

Da quanto fino ad ora esposto emerge come, la difficoltà a trovare un criterio idoneo a individuare un carattere che sia proprio esclusivamente del legato e che non possa essere riscontrato anche nell'onere a favore di una persona determinata, dipende dal fatto che molto spesso si è parlato del legato riferendosi principalmente alla figura del legato ad effetti reali. In questo modo i termini del problema sono risultati, per così dire,

³⁵⁰ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 893; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 159.

³⁵¹ GANGI C., *Le successioni testamentarie*, cit., p. 36; GIORDANO - MONDELLO A., voce «*Legato (dir. civ.)*», cit., p. 723.

³⁵² Si veda, ad esempio, SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 261.

³⁵³ Criticano tale soluzione: FILIPPON E., *Rapporti tra il legato e il modus*, cit., p. 237; GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 896; BONILINI G., *I legati*, cit., pp. 407 ss.; CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1084.

falsati, perché rispetto ad esso sono evidenti le differenze con il *modus*. A tal proposito la prassi applicativa ha posto in evidenza che i confini tra le due figure risultano, invece, incerti tutte le volte in cui il legato presenti effetti obbligatori al pari dell'onere. La ragione di ciò è stata acutamente individuata nella circostanza che, da un lato, il contenuto del legato è andato arricchendosi, fino a comprendere qualsiasi prestazione a carico dell'onerato, e dall'altro lato, il *modus* si è caratterizzato come un vero e proprio obbligo, avente il contenuto più vario³⁵⁴.

Si è, allora, proposto di porre la differenza tra onere e legato obbligatorio sul piano soggettivo, guardando al soggetto il cui interesse è stato preso di mira dal testatore: infatti, mentre in quest'ultima disposizione il beneficiario è sempre un terzo determinato o determinabile nei ristretti limiti di cui all'art. 631 c.c., attraverso il *modus* il *de cuius* può soddisfare gli interessi facenti capo a una categoria di persone genericamente indicate, l'interesse dello stesso testatore o a un'altra persona defunta (come onorare la memoria attraverso la realizzazione di una statua, la celebrazione di messe in suffragio, la cura della tomba, etc.) ovvero l'interesse alla cura di un animale domestico³⁵⁵.

In considerazione di ciò, l'onere a favore di una persona determinata deve ritenersi assorbito nell'area del legato obbligatorio, in quanto nessun altro criterio è idoneo a distinguere le due figure in esame: di conseguenza, qualora con la disposizione il testatore imponga all'erede o al legatario di tenere un certo comportamento a favore di un terzo determinato si dovrà applicare la disciplina dettata per il legato e non quella degli artt. 647 e 648 c.c.³⁵⁶.

Una voce autorevole, accolto il *criterium individuationis* testé descritto, si è chiesta se la differenziazione di ordine soggettivo tra

³⁵⁴ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 893.

³⁵⁵ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 895.

³⁵⁶ Accoglie il criterio di Giorgianni anche GIORDANO - MONDELLO A., voce «*Legato (dir. civ.)*», cit., p. 726.

le due figure in esame non costituisca, in realtà, il riflesso di una diversa caratterizzazione delle stesse. All'interrogativo è stata data risposta affermativa, partendo dall'idea che, in virtù della tipologia di vantaggi che l'onere è destinato a soddisfare, l'attribuzione di un vantaggio costituirebbe soltanto un effetto indiretto della disposizione modale, la quale sarebbe essenzialmente indirizzata a soddisfare una finalità specifica. Al *modus* dovrebbe, quindi, riconoscersi natura non attributiva e, alla luce di ciò, troverebbe coerente spiegazione l'indeterminatezza dei destinatari e l'attribuzione della legittimazione a qualsiasi interessato³⁵⁷.

Tuttavia, mi sembra che in questo modo si finisca ancora una volta col tornare a ragionare in termini di attribuzione diretta – indiretta, quando abbiamo già avuto modo di verificare che anche nel legato obbligatorio il vantaggio è conseguito attraverso l'imposizione di un'obbligazione, che può rispondere a diverse finalità e presentare i più vari contenuti.

Una parte della dottrina ha ritenuto che non sarebbe sufficiente il criterio della determinatezza – indeterminatezza del beneficiario per distinguere l'onere dal legato obbligatorio: per poter affermare con sicurezza di essere in presenza di una disposizione modale si dovrebbe, infatti, verificare anche la presenza di un interesse, anche solo di natura morale, del *de cuius*³⁵⁸.

A mio parere una simile considerazione non aiuta a individuare con maggiore certezza i confini tra le due figure in esame, poiché in tutte le disposizioni *mortis causa* è possibile rinvenire un interesse almeno di carattere morale del testatore,

³⁵⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 160 ss.

³⁵⁸ NAPOLI, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., pp. 156 ss. Diversamente da BIANCA C. M., *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 552, che propone di utilizzare quale unico criterio per distinguere il modo dal legato l'interesse prevalente, Costanza prende in considerazione l'interesse del testatore solo se il destinatario della disposizione è un soggetto determinato. Nello stesso senso si esprime: BELLONI PERESUTTI G. P., *Gli elementi accidentali nel testamento*, cit., p. 383.

proprio perché è egli stesso che ha previsto una certa regolamentazione per il momento successivo alla sua morte.

Vi è stato chi, prendendo spunto dall'ordinamento giuridico tedesco, ha proposto di guardare al lato attivo del rapporto per rinvenire la differenza tra legato obbligatorio e onere, perché solo il primo presenterebbe la struttura obbligatoria tipica; mentre nel secondo al debito non corrisponderebbe alcun diritto di credito³⁵⁹. In effetti, dalla lettura del BGB si ricava che la previsione di un legato obbliga l'onerato e, allo stesso tempo, attribuisce al beneficiario il diritto a chiedere l'adempimento o a pretendere l'oggetto del legato (§§ 1939; 2174); la disposizione modale, invece, obbliga l'onerato all'esecuzione dell'onere, ma non attribuisce alcun diritto alla prestazione (§ 1940). Tuttavia, per assicurare che la volontà del *de cuius* venga comunque rispettata la legge individua dei soggetti che possono pretendere, nell'altrui interesse, l'esecuzione del *modus*³⁶⁰.

In tale contesto il criterio discrezionale tra onere testamentario e legato obbligatorio è costituito dall'interesse: infatti, solo qualora il beneficiario della disposizione abbia un interesse proprio all'esecuzione della prestazione si potrà qualificare la stessa come legato, altrimenti si dovrà parlare di *modus*.

Una siffatta soluzione non ha, invece, motivo di essere accolta nel nostro sistema giuridico: come abbiamo già avuto modo di dimostrare³⁶¹, con la locuzione «qualsiasi interessato» il legislatore non ha voluto attribuire la legittimazione a tutti coloro che fossero portatori di un interesse anche meramente riflesso al rispetto della volontà espressa nel testamento. Infatti, qualora si tenga conto al contempo dei diversi soggetti che possono beneficiare dell'onere e dello scopo avuto di mira dal testatore,

³⁵⁹ SANDEI C., *Autonomia dell'onere testamentario*, cit., pp. 250 ss.

³⁶⁰ STROHAL E., *Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., pp. 47 ss. Si rinvia, inoltre, al paragrafo 1.4.1 per una più approfondita analisi del significato delle norme citate.

³⁶¹ Si rinvia al capitolo II, paragrafi 2.2.1 e 2.2.2.

l'espressione sopra indicata consente l'identificazione caso per caso di uno o più soggetti determinati, legittimati ad agire per l'adempimento del *modus* in quanto portatori di un interesse proprio.

Volgendo lo sguardo all'orientamento prevalente della giurisprudenza si può notare come i giudici di legittimità si siano per lo più limitati al richiamo delle posizioni più tradizionali, spesso cumulando i vari criteri descritti³⁶²; anche se negli ultimi vent'anni non sono mancate pronunce che hanno posto il discrimine tra onere e legato (o *sublegato*) nella determinatezza della persona del legatario a fronte della indeterminatezza della persona del beneficiario del modo³⁶³.

Per concludere il discorso sul rapporto tra le due figure in esame può essere utile riflettere su alcuni esempi. Supponiamo che il testatore voglia fare in modo che, dopo la sua morte, la villa patrizia di sua proprietà venga destinata dal Comune Alfa a casa di cura per gli anziani e che sia a conoscenza del fatto che in città è presente l'associazione Gamma che si occupa proprio di dare sostegno e assistenza a costoro. Egli potrebbe scrivere: «la mia villa ad Alfa con l'obbligo di adibirla a casa di cura per gli anziani» oppure: «la mia villa ad Alfa affinché la metta a disposizione dell'associazione Gamma per il perseguimento delle finalità di cura degli anziani secondo quanto previsto nel proprio statuto». In entrambi i casi lo scopo del disponente viene attuato imponendo al Comune un obbligo, quindi si potrebbe dire che siamo di fronte ad un'attribuzione "indiretta"; tuttavia, si può riscontrare un elemento diverso: la prima formulazione indica come beneficiario una

³⁶² Cass. civ., sez. II, 13.06.1950, n. 1498, cit.; Cass. civ., sez. I, 05.03.1959, n. 629, cit.; App. Venezia, 16.04.1957, cit.; Cass. civ., sez. II, 28.01.1983, n. 812, cit. In particolare, adottano la distinzione a seconda che si tratti di un'attribuzione diretta o indiretta: Cass. civ., sez. II, 21.05.1958, n. 1706, cit.; Cass. civ., sez. II, 31.10.1958, n. 3580, in *Mass. Giur. it.*, 1958, cit.; Cass. civ., sez. I, 26.01.1981, n. 576, cit.; Cass. civ., sez. II, 28.11.1984, n. 6194, cit.

³⁶³ Cass. civ., sez. II, 05.08.1987, n. 6727, in *Riv. not.*, 1988, pp. 1390 ss. Un esempio dell'utilizzo di tale criterio si può ricavare anche da Cass. civ., sez. II, 30.07.2007, n. 16846 in *De Jure*.

categoria generica di soggetti, mentre la seconda indica un soggetto determinato. Poiché non è possibile affermare di essere in presenza di un legato se il soggetto che beneficia dell'attribuzione non è determinato (o determinabile nei stretti limiti di cui all'art. 631 c.c.), dobbiamo escludere la configurazione di una simile disposizione nel primo caso; mentre la seconda formulazione può essere interpretata sia come onere sia come legato obbligatorio: di conseguenza, non essendo individuabile alcun criterio idoneo a discriminare le due figure, si deve concludere che ha ragione chi afferma che la figura dell'onere a favore di una persona determinata è stata assorbita nell'area del legato obbligatorio.

Bisognerà, dunque, verificare se l'interesse che il *de cuius* ha inteso soddisfare fa capo ad una persona o ad un ente determinato oppure no. Con ciò non si vuole affermare che la disposizione modale sia diretta ad avvantaggiare solo categorie generiche di terzi: essa si presta anche ad essere utilizzata per soddisfare gli interessi facenti capo a particolari soggetti determinati, quali sono, ad esempio, lo stesso testatore o l'onerato. Si tratta, quindi, di persone a cui la previsione di una disposizione modale attribuisce una posizione particolare e non di terzi qualsiasi.

In conclusione, come per individuare i soggetti legittimati a chiedere l'adempimento, così per distinguere le due figure in esame, assume un ruolo fondamentale l'interesse che il *de cuius* ha avuto di mira con l'apposizione del *modus*: se egli ha inteso beneficiare una collettività si sarà senz'altro in presenza di un onere, dal momento che il legatario deve essere determinato o determinabile *ex art 631 c.c.*; mentre, qualora l'interesse si rivolga a un soggetto determinato occorre distinguere a seconda che si tratti dello stesso testatore, dell'onerato³⁶⁴ ovvero di un terzo: solo in quest'ultimo caso la figura dell'onere testamentario rimane assorbita in quella del legato obbligatorio.

³⁶⁴ Sempre nei limiti in cui l'interesse avuto di mira dal testatore sia idoneo a ricollegarsi, dopo la sua morte, in capo all'onerato. Si veda quanto detto al capitolo II, paragrafo 2.1.

Poiché si parla di onere a vantaggio di soggetti indeterminati potrebbe sorgere il dubbio che una simile disposizione possa finire con l'essere sanzionata ai sensi dell'art. 628 c.c. Così non è, dal momento che con tale espressione si vuole, in realtà, indicare che il testatore ha voluto beneficiare una categoria generica, rispetto alla quale, però, risulta comunque determinabile il soggetto portatore dell'interesse avuto di mira dal *de cuius*. Se così non fosse non si potrebbe nemmeno ricorrere a una qualificazione in termini di *modus*, perché la struttura obbligatoria dello stesso richiede che la parte creditrice sia determinata o almeno determinabile. Come abbiamo avuto modo di vedere nei precedenti paragrafi³⁶⁵, in questi casi è spesso possibile individuare un ente che tra le proprie finalità contempli anche quella perseguita dal testatore con la previsione della disposizione modale. Del resto, l'art 630 c.c., che è considerato dalla dottrina maggioritaria un'ipotesi particolare di onere testamentario espressamente prevista dalla legge, sancisce la validità delle disposizioni a favore dei poveri e altre simili, anche se espresse in modo generico e, perciò, autorizza a pensare che si possa indicare quale beneficiario dell'onere una collettività senza andare incontro alla sanzione della nullità³⁶⁶.

³⁶⁵ Si rinvia al capitolo II, paragrafi 2.2.1 e 2.2.2.

³⁶⁶ *Contra* AQUARO G., *Onere testamentario e legato tra accessorietà e autonomia*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 546 ss., nel criticare la tesi di Giorgianni afferma che, se si considera l'onere una disposizione autonoma, allora deve ritenersi applicabile l'art. 628 c.c. e sanzionare con la nullità il *modus* a favore di una categoria indeterminata di terzi. Inoltre, affermare che anche in questo caso sarebbe poi determinabile il soggetto beneficiario della disposizione condurrebbe ad evitare la nullità ai sensi dell'art. 628 c.c., ma dimostrerebbe l'inadeguatezza del criterio discrezionale basato sull'alternativa tra soggetto determinato – indeterminato: infatti, «rimanendo sempre fedeli alla premessa per cui ogni qual volta il soggetto beneficiario sia determinato o determinabile si deve parlare non di onere ma di legato, si dovrebbe ancora una volta concludere per la virtuale impossibilità di prevedere in sede testamentaria disposizioni modale e, di conseguenza, distinguere tra queste e il legato. Delle due l'una: o la disposizione è effettivamente un onere, in quanto il testatore abbia avuto di mira il beneficio di un soggetto effettivamente indeterminato, ma questa va considerata nulla ai sensi di quanto disposto dall'art. 628 c.c.; oppure la disposizione è da considerarsi valida, sia pure a seguito dell'operare del meccanismo previsto all'art. 630 c.c. ma questa, essendo comunque destinata (sempre) a un soggetto determinato, è nuovamente considerato legato. A una diversa conclusione, tuttavia, si potrebbe pervenire se si dimostrasse che la disposizione modale non è disposizione autonoma. Per tale via, le obiezioni fondate sulle previsioni

La differenza con il legato è evidente: in tale disposizione il legatario risulta determinato o determinabile nei limiti dell'art 631 c.c. fin da subito; mentre nell'onere testamentario viene indicata una categoria generica di persone e solo in un secondo momento si potrà individuare il soggetto legittimato ai sensi dell'art. 648 c.c. Riprendendo gli esempi sopra riportati, nella prima formulazione i beneficiari della disposizione testamentaria sono gli anziani e, solo quando si tratterà di pretendere l'adempimento o la risoluzione del modo, potrà venire in rilievo Gamma quale legittimata ai sensi dell'art. 648 c.c.; nella seconda formulazione, invece, Gamma emerge fin dall'inizio come unica beneficiaria della disposizione a titolo particolare.

3.5.2. ONERE E CONDIZIONE.

Se dal punto di vista teorico non sorgono dubbi sulle differenze che sussistono tra onere e condizione, non può dirsi altrettanto agevole il compito dell'interprete, allorché si trovi in concreto a dover scegliere in ordine alla qualificazione da dare alla volontà espressa in una clausola o in una disposizione testamentaria.

La prassi applicativa ci offre numerosi esempi di ciò. Basti pensare al caso in cui Tizio con testamento legò all'Istituto Alfa del Comune Beta una villa con giardino e annesso fabbricato «allo scopo di istituire un convalescenziario per le orfane ammalate³⁶⁷» in memoria del proprio figlio premorto. Le parole «allo scopo» possono significare sia che il *de cuius* abbia voluto dare in legato all'istituto gli immobili, sotto condizione che questi vengano

contenute negli artt. 628 e 630 c.c. perderebbero ogni significato. Ammettendo infatti la non autonomia del *modus* testamentario, l'operatività dei limiti previsti da tali norme rimarrebbe circoscritta alle sole disposizioni testamentarie ed ai legati, in quanto senz'altro disposizione autonome. (...) Ammettere l'accessorietà dell'onere rispetto all'istituzione di erede ed al legato a ben vedere sarebbe di per sé già sufficiente a individuare un criterio discrezionale tra la figura del legato e quella dell'onere testamentario».

³⁶⁷ Il caso è tratto da Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 3307 ss. con nota di BRUNO G. B., *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*.

destinati alla finalità indicata, sia che Tizio abbia inteso imporre in capo al legatario un *modus*, avente ad oggetto l'obbligo di adibire l'oggetto del lascito al suddetto fine.

Simili incertezze possono emergere anche di fronte alla donazione che contenga la clausola in virtù della quale Caio doni all'istituto religioso Omega degli immobili «a condizione che gli stessi conservino in perpetuo la destinazione a casa di riposo per gli anziani³⁶⁸»: infatti, per stabilire se si sia in presenza di una donazione condizionale, piuttosto che di una donazione modale, non è sufficiente fermarsi al significato letterale delle parole utilizzate, ma è necessario indagare la reale volontà delle parti³⁶⁹.

Le difficoltà maggiori si riscontrano quando il testatore o le parti decidono di prevedere la risoluzione del negozio nell'ipotesi in cui non sia stato raggiunto un certo risultato, in quanto in astratto ciò può corrispondere alla volontà di prevedere sia una condizione risolutiva sia un onere.

Ci dobbiamo, allora, domandare quale sia il *criterium individuationis* idoneo a guidare la scelta dell'interprete, in modo da evitare che questa sia arbitraria ovvero dettata dalla considerazione di interessi ultranei rispetto a quelli avuti di mira dalle parti o dal *de cuius*.

La dottrina tradizionale suole affermare che la condizione sospensiva sospende ma non costringe, mentre l'onere costringe

³⁶⁸ La vicenda è tratta da Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, in *Not.*, 2000, pp. 369 ss.

³⁶⁹ Con riguardo alla donazione modale non si pongono particolari problemi in ordine all'individuazione dei criteri ermeneutici per ricercare l'effettiva volontà delle parti, essendo indubbia l'applicazione degli artt. 1362 ss. c.c. La questione dell'interpretazione si presenta più complessa se si fa riferimento al testamento, non essendo stata dettata un'apposita disciplina dal codice civile. Il tema verrà trattato approfonditamente al capitolo IV, paragrafo 4.6, in questa sede basti considerare che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono concordi nel ritenere che la ricerca della reale volontà del *de cuius* non può limitarsi al senso letterale delle parole impiegate, ma deve ricavarsi «dal complesso della scheda e dalle sue varie clausole, tenendo presente le condizioni di vita, di cultura, di mentalità del testatore al momento della redazione del testamento». Così si esprime TAMBURRINO G., voce «Testamento (*dir. priv.*)», in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 476. Nello steso senso si veda CRISCUOLI G., voce «Testamento», cit., p. 31; BONILINI G., voce «Testamento», in *Dig. discipl. priv.*, sez. civ., XIX, Utet, Torino, 1999, p. 370.

ma non sospende³⁷⁰. Viene poi dato rilievo alla circostanza che la condizione risolutiva determina, al verificarsi dell'evento in essa dedotto, automaticamente la risoluzione del contratto con efficacia retroattiva reale; invece, l'inadempimento dell'onere può in taluni casi, ma solo a seguito di apposita pronuncia giudiziale, condurre alla risoluzione con efficacia retroattiva obbligatoria³⁷¹.

³⁷⁰ SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pp. 304 ss., Il quale sulla base del criterio citato afferma che «il modo dunque è molto più vantaggioso per colui che deve eseguire l'atto, imperocché in primo luogo per esso l'acquisto del diritto (il *dies credit*) non viene differito, e per conseguenza non è esposto al pericolo della perdita totale; in secondo luogo il godimento del diritto può essere conseguito mediante semplice cauzione, senza previo adempimento dell'atto stesso; in terzo luogo qui la impossibilità sopravveniente di compiere l'atto non nuoce. La distinzione tra queste due forme giuridiche è dunque praticamente importante per ogni singolo caso. Anche qui le parole utilizzate sono una guida malsicura, e fa d'uopo piuttosto desumere la vera intenzione dalle circostanze. Se la intenzione resta affatto dubbia, deve, di preferenza dalla condizione, ammettersi il *modus*, come limitazione minore». Riprendono la tesi di Savigny: RESCIGNO P., voce «Condizione (*dir. vig.*)», in *Enc. del dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 764; VINDIGNI G., voce «Modo (*diritto civile*)», cit., p. 824, secondo il quale «si può osservare che la condizione, per la maggior forza cogente che esprime nel processo formativo della volontà, subordina l'esistenza e l'efficacia giuridica del negozio al verificarsi di un evento futuro e incerto; il modo invece presuppone un negozio giuridicamente efficace dal quale scaturisce. La prima è quindi un *maius* rispetto al secondo. Il modo si distingue dalla condizione potestativa, positiva o negativa. Esso importa sempre un obbligo; la condizione mai. Nella condizione il soggetto non è per sé tenuto al comportamento positivo o negativo che gli procura l'attribuzione patrimoniale. Il soggetto inizialmente ha una aspettativa giuridica, la quale si tramuta in diritto con il volontario adempimento dell'evento condizionale. Nel modo il soggetto acquista fin dall'inizio la titolarità dell'attribuzione gratuita e, proprio per essa è obbligato all'adempimento della prestazione modale. Così l'adempimento dello scopo avuto di mira dal disponente, dedotto in condizione, si configura giuridicamente come un *prius* rispetto all'acquisto dell'attribuzione patrimoniale; imposto come modo, rappresenta un *post*, in quanto l'attribuzione costituisce il substrato economico della prestazione dovuta».

A proposito dell'onere apposto alla donazione ripropongono lo stesso *criterium indivituationis*: BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 649; BALBI G., *La donazione*, cit., p. 72.

³⁷¹ SCACCHI A., voce «Modo», cit., p. 3; BALBI G., *La donazione*, cit., p. 72.

Secondo un'opinione rimasta isolata nella dottrina, espressa da BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 671, «nessuna analogia corre tra modo e condizione risolutiva, ed il problema non si pone neppure. Alla condizione può certo aggiungersi una condizione risolutiva, che opera come ogni altra. Una specifica condizione risolutiva può essere aggiunta alla donazione modale, quale sanzione dell'inadempimento del modo, come ammette il quarto comma dell'art. 793. E' una condizione risolutiva della donazione che nulla ha in comune col modo. Distinguere pertanto il modo dalla condizione risolutiva nel caso di inadempimento è del tutto ozioso, giacché si tratta sempre di distinguere condizione da modo. Risolutivo non è il modo ma la condizione apposta alla donazione modale. Non è il modo che risolve la donazione, ma l'inadempimento di esso, qualora sia dedotto in condizione».

Tale posizione ha trovato seguito anche nella giurisprudenza, la quale di sovente si è limitata al suo richiamo, senza porsi il problema dal punto di vista della ricerca della volontà delle parti o del *de cuius*³⁷².

Tuttavia, gli indici individuatori testé descritti, si rivelano di scarsa utilità, in quanto l'applicazione della disciplina propria di una certa figura giuridica è un'operazione che presuppone che sia già stata accertata la natura della clausola³⁷³. Mentre, individuare i confini tra onere e condizione è essenzialmente un problema di interpretazione, che si pone in tutte quelle ipotesi in cui non sia chiara la volontà delle parti o dell'autore della disposizione testamentaria.

Vi è stato chi ha visto nell'accessorietà il carattere distintivo del *modus*, in virtù del fatto che quest'ultimo aggiungerebbe agli effetti tipici del negozio altri effetti, accessori o secondari. Di conseguenza, soltanto nel negozio condizionale la volontà sarebbe unica, in quanto gli effetti sarebbero voluti proprio in quel modo e non in un altro; mentre nel negozio modale si potrebbe distinguere, accanto ad una volontà principale, una volontà subordinata istitutiva dell'onere³⁷⁴.

³⁷² Si vedano a titolo esemplificativo: Trib. Venezia, 23.04.1937, cit.; App. Venezia, 18.02.1936, cit.; Cass. Civ., sez. II, 13.06.1950, n. 1498, cit.; Cass. civ., sez. I, 18.01.1951, n. 133, cit.; Cass. civ., sez. II, 11.06.1975, n. 2306, cit.

³⁷³ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 44 afferma che la distinzione operata dalla dottrina tradizionale «presuppone già accertata la natura, modale o condizionale, della donazione», ma non fornisce un idoneo *criterium individuationis*. Si è espresso in questi termini anche CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 251 ss., il quale ha evidenziato che «sebbene già da tempo la dottrina prevalente abbia raggiunto, al riguardo, dei risultati sostanzialmente concordi, non è inopportuno dedicare al tema qualche ulteriore riflessione. Perché nella ricerca di questi caratteri discretivi è andato talvolta perduto di vista, o comunque non è sempre stato sufficientemente considerato, quello che è il vero problema pratico in funzione del quale essi hanno ragione di porsi, onde è avvenuto che talune affermazioni risultino bensì ineccepibili da un verso, ma del tutto insoddisfacenti da un altro, che poi è per avventura quello che maggiormente interessa».

Ritiene meramente descrittivi i criteri sopra indicati anche MARINI A., *Il modus quale elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 319 ss.

³⁷⁴ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 195. AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., pp. 515 ss. Anche secondo BALBI G., *La donazione*, p. 72 un

Tuttavia, anche a voler lasciare per ora da parte l'annosa questione della natura dell'onere³⁷⁵, in questo modo si finisce comunque con il porre l'attenzione su un elemento - l'accessorietà - che descrive un modo d'essere della clausola, che può non essere agevole da rilevare in sede ermeneutica.

Non sono mancate nemmeno le prospettive funzionali, che hanno basato la distinzione tra le due figure in esame sulla considerazione che per aversi condizione il «salvo che» dovrebbe passare decisamente ad esprimere un «se»³⁷⁶. Tale opinione si espone però ad alcune critiche: in primo luogo, in caso di dubbio, per addivenire ad una corretta interpretazione della volontà delle parti non ci si può arrestare alle espressioni letterali da queste utilizzate; in secondo luogo, *modus* e condizione non sono altro che «due schemi astratti atti a realizzare una pluralità di scopi concreti che possono essere identici tra loro³⁷⁷».

Un'opinione, rimasta isolata, ha ritenuto che abbia senso distinguere le due modalità solo nell'ambito della donazione, ma non nel testamento, nel quale il legislatore avrebbe adottato una concezione di «peso» idonea a ricomprendere sia l'onere sia la condizione, potendo estrinsecarsi in un valore condizionante la volontà del *de cuius* ovvero in una manifestazione volitiva che si aggiunge a quella dell'istituzione di erede o al legato³⁷⁸.

elemento caratterizzante solo l'onere, e per questo idoneo a distinguerlo dalla condizione, sarebbe la natura accessoria dello stesso.

³⁷⁵ Tale questione sarà affrontata nel capitolo IV, paragrafo 4.2.

³⁷⁶ BARBERO D., *Contributo alla teoria della condizione*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 56.

³⁷⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 323.

³⁷⁸ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 227 ss. L'autrice analizza la disciplina dell'onere testamentario nel codice civile del 1865 e in quello del 1942 e ne ricava una concezione lata di «peso», che ricomprende il *modus* e la condizione, il cui elemento qualificante è dato dal fatto che entrambi possono presentarsi come «valore condizionante la volontà o come espressione di volontà. Dal che, appunto, la scelta normativa, in entrambe le sedi, di dettare un duplice regime (per le ipotesi di impossibilità o illiceità): il che si attua sia nella nuova disciplina circa l'onere, sia nella modifica portata dall'ultimo inciso dell'art. 634 della disciplina della condizione (...). Dinanzi alla disciplina nelle due sedi, circa l'impossibilità o illiceità, non è più possibile usare dell'indicazione di inscindibilità, a contrassegno del fenomeno

Una parte della dottrina ha cercato di individuare l'elemento discrezionale a partire dall'analisi della peculiare struttura della clausola modale, ma gli sforzi ricostruttivi non hanno portato a conclusioni univoche.

Si è affermato che, poiché il *modus* è un'obbligazione in senso tecnico, si dovrebbe ritenere applicabile l'art. 1174 c.c.: conseguentemente, qualora la prestazione oggetto dell'onere non sia suscettibile di valutazione economica, non si porrebbe nemmeno il problema del rapporto tra le due figure in esame: si sarebbe, infatti, senz'altro in presenza di una condizione o di una semplice raccomandazione³⁷⁹.

Inoltre, avrebbe senso discutere se si tratti di onere oppure di condizione solo nell'ipotesi in cui la modalità abbia costituito il motivo determinante dell'attribuzione, perché, se il comportamento richiesto rappresenta uno scopo puramente marginale dell'autore della clausola, sarebbe esclusa la possibilità di configurare una disposizione condizionale, poiché verrebbe meno uno dei tratti caratterizzanti la stessa, dato dall'inscindibilità di quest'ultima rispetto al regolamento negoziale³⁸⁰.

Una volta ristretto l'ambito del problema in esame ai casi in cui la prestazione abbia un contenuto economicamente valutabile³⁸¹ e abbia costituito l'unico motivo determinante la

condizionale; ovvero ci si persuade che la norma, nella parte in cui riconosce la regola sabiniana, parla di condizione in senso improprio. Lo spunto ora riferito induce ad altra riflessione: dettando tale regola, e poi una regola parallela in fatto di onere, il sistema ha tracciato un segno unitario e unificante tra condizione e onere: entrambi i fenomeni possono operare come valori condizionanti la volontà del testatore, ovvero come strumenti volti ad esprimere volontà che si aggiungono a quella formulata nell'istituzione». Ciò legittimerebbe una lettura il più possibile ravvicinata tra le due figure e il distacco tra modo e condizione potrebbe essere recuperato solo all'interno della disciplina della donazione.

³⁷⁹ Vedi GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 31 ss.; CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 250 ss. Tale opinione è condivisa dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria: *amplius* capitolo II, paragrafo 2.2.

³⁸⁰ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 254 ss.

³⁸¹ Ritengono ammissibile un onere a contenuto anche non patrimoniale: BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 646; BALBI G., *La donazione*, cit., p. 71, secondo il quale il modo può non avere contenuto economicamente valutabile purché il donante si sia cautelato la risoluzione in caso di inadempimento; DE SIMONE

disposizione, il metodo corretto per stabilire quale sia la qualificazione corretta da dare alla clausola è quello di ricercare la volontà delle parti, servendosi, in particolare, nei casi dubbi dell'ausilio dell'art. 1371 c.c., che stabilisce che il contratto a titolo gratuito deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obligato, il quale nel caso della donazione va individuato nella persona del donante³⁸².

Sarebbe, infatti, da superare quell'opinione secondo cui il principio di conservazione (art. 1367 c.c.), inteso nel senso che la dichiarazione di volontà deve essere intesa nel modo che le consenta di avere la massima efficacia possibile, imporrebbe, nel dubbio, una qualificazione in termini di disposizione condizionale. Così ragionando, infatti, lo spazio per la clausola modale sarebbe limitato solo ai casi in cui, optando per la condizione, si dovrebbe dichiarare la nullità del negozio per impossibilità o illiceità della condizione³⁸³.

Il motivo della necessità di abbandonare questa impostazione del problema risiederebbe nel fatto che, se ha senso parlare del rapporto tra le due figure in esame solo quando la modalità ha costituito il motivo determinante la disposizione, allora la disciplina prevista in tema di condizione sospensiva e onere illecito è la medesima, mentre sul versante dell'impossibilità è più conveniente qualificare il negozio come condizionale anziché modale, poiché la condizione sospensiva impossibile si considera come non apposta (artt. 794 c.c. e 1354 c.c.).

Inoltre, non sarebbe possibile stabilire in astratto se sia più efficace imporre un onere o una condizione, ma si dovrebbe operare un bilanciamento degli interessi in gioco, alla luce del criterio dettato dall'art. 1371 c.c., il quale, una volta calato nel

M., *Il legato a carico del legatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 101, nota 23; PIOLA G., voce «Donazione», in *Dig. it.*, IX, III, Utet, Torino, 1899 – 1902, p. 851.

³⁸² CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 252 ss.

³⁸³ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 54 ss. Si veda anche TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 485, che si riferisce al dubbio tra condizione sospensiva ed onere.

contesto della donazione, dovrebbe essere inteso nel senso di dover privilegiare l'interesse del donante rispetto a quello del donatario³⁸⁴, essendo il primo a sopportare il sacrificio economico dell'operazione.

In virtù di tale principio si dovrebbe preferire una qualificazione in termini di *modus* ogniqualvolta la prestazione abbia ad oggetto un *dare*, un *facere* o un *non facere* fungibile, perché l'art. 793 c.c. consente di costringere l'onere all'adempimento. Mentre, qualora la prestazione abbia carattere infungibile sarebbe più conveniente interpretare la disposizione come una condizione, in quanto, in caso di inadempimento, la risoluzione si verifica *ipso iure* con efficacia retroattiva reale e sarebbe un rimedio più soddisfacente rispetto al risarcimento del danno³⁸⁵.

Autorevole dottrina, pur condividendo l'assunto secondo il quale non si può parlare di onere se la prestazione non ha carattere patrimoniale³⁸⁶, ha criticato la posizione di coloro che fanno della distinzione tra *modus* e condizione una *quaestio voluntatis* e a tal fine richiamano le regole sull'interpretazione del contratto, in quanto ciò non sarebbe idoneo a risolvere il vero problema, che consiste «nel determinare, sulla base di un significato già concretamente attribuito alla fattispecie, la natura modale o condizionale del singolo negozio³⁸⁷». Poiché il criterio

³⁸⁴ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 254 ss.

³⁸⁵ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 252 ss. Si veda anche dello stesso autore: CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, VI, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 849 ss.

³⁸⁶ Mi riferisco a MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 312 ss., il quale, pur condividendo le conclusioni a cui giunge Carnevali, ne contesta le motivazioni. A tal proposito si veda il capitolo I, paragrafo 1.3.

³⁸⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 320 ss., secondo il quale «il ricorso ai criteri dell'interpretazione oggettiva del negozio, quali, appunto, devono ritenersi quelli risultanti dall'art. 1367 c.c., presuppone, infatti, che il negozio presenti oscurità, ambiguità o lacune che non sia stato possibile eliminare nella fase, necessariamente antecedente, dell'interpretazione c.d. soggettiva e, pertanto, non viene in discussione quando il significato del contratto risulti, invece, intellegibile ed univoco. S'incorre in un evidente errore di prospettiva, quando per individuare l'elemento di fatto tipico e

distintivo dovrebbe poggiare sulla struttura della clausola, secondo l'autore esso andrebbe individuato nella diversa intensità del collegamento tra il negozio e una sua componente: qualora vi sia un nesso di subordinazione inscindibile si sarà in presenza di una condizione, mentre ove la disposizione si limiti ad aggiungere altri effetti, oltre a quelli tipici ed essenziali, non si potrà che rinvenire un *modus*³⁸⁸.

Mi sembra però che in tal guisa si finisca con l'identificare il *criterium individuationis* a priori, partendo dalla presunta natura accidentale e accessoria della clausola modale, finendo così per spostare il problema ancora una volta sulla discussione in ordine alla natura della clausola, senza tenere in debita considerazione la volontà delle parti o del testatore.

costante del *modus* rispetto alla condizione si fa riferimento a norme il cui ambito di applicazione, comunque lo si voglia intendere in sede dogmatica, è ristretto funzionalmente alle singole fattispecie concrete e non già agli elementi costanti e tipici delle stesse». Secondo l'Autore si può ricorrere agli artt. 1362 ss. c.c. solo qualora risulti incerta già in sede interpretativa quale sia l'intensità del nesso di collegamento tra il negozio e una sua parte. GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 46, si mostra critico verso questo tipo di impostazione. Egli mette in luce come valutare la connessione più o meno intima tra negozio e clausola può aver senso ove venga in rilievo il problema di distinguere l'onere da una condizione sospensiva, ma non nell'ipotesi di condizione risolutiva, poiché anche in questo caso la connessione non è così stretta da impedire l'efficacia del negozio, bensì è tale solo da farlo venir meno qualora non si verifichi l'evento.

³⁸⁸ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 324. Giunge a conclusioni opposte CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 205, secondo il quale il *modus* è strutturalmente autonomo, sebbene collegato ad un'altra disposizione, e si distingue dalla condizione perché questa non può essere concepita come una disposizione autonoma e ambulatoria. GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 47 ss., partendo sempre dal presupposto che il *modus* è elemento essenziale e non accidentale nella donazione, afferma che siamo in presenza di tale modalità «ogni volta che l'adempimento dell'onere non possa ottenersi se non attraverso l'attribuzione patrimoniale e, per ciò, l'attribuzione stessa sia mezzo indispensabile per raggiungimento di quello scopo. Con questo di più: che normalmente, ma non essenzialmente, a quell'intento è in pari tempo connesso un intento liberale verso l'accipiente donatario, onde, per questo verso, si potrebbe anche parlare di donazione indiretta, o meglio di liberalità non risultante dalla donazione prevista nell'art. 316: liberalità che è normalmente, ma non essenzialmente, inserita nel c.d. contratto di donazione modale». Secondo l'Autore la distinzione opera sul piano della causa del negozio: «se le parti perseguono un intento che non è, o non è solo, di liberalità verso l'accipiente, e se per la realizzazione di questo intento è necessaria l'attribuzione patrimoniale, si avrà donazione modale, e non donazione sotto condizione». Se nonostante ciò continuano a permanere dubbi, si potrà far ricorso alle regole sull'interpretazione dei contratti.

Se si volge lo sguardo alle più recenti pronunce giurisprudenziali in materia, si può notare la centralità attribuita all'elemento volitivo: è ormai affermazione condivisa che la distinzione tra onere e condizione si risolve in una *quaestio facti*, dovendosi, caso per caso, indagare quale sia stata la reale intenzione delle parti o del *de cuius*³⁸⁹. Tale ricerca viene sempre associata ad un elemento strutturale, idoneo a chiarificare la stessa: talvolta esso è individuato nell'accessorietà, che sarebbe propria solamente dell'onere³⁹⁰; altre volte è basato sull'interesse che la disposizione mira a soddisfare³⁹¹ ovvero sul fatto che il *modus*, a differenza della condizione, è una vera e propria obbligazione³⁹².

³⁸⁹ In tema di donazione modale si veda: Trib. Napoli, 06.06.1960, in *Foro pad.*, 1961, pp. 1217 ss.; Trib. Firenze, 06.11.1965, in *Giur. tosc.*, 1961, pp. 647 ss.; App. Napoli, 29.01.1967, n. 114, in *Dir e giur.*, 1967, pp. 688 ss.; Cass. civ., 21.10.1971, n. 2966, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Donazione», nn. 29 e 32, pp. 858 ss.; Cass. civ., 29.05.1973, n. 1602, in *Rep. Foro it.*, voce «Donazione», nn. 29 e 30 p. 765; Cas. civ., 02.10.1974, n. 2561, in *Rep. Foro it.*, voce «Donazione», nn. 24 e 25, p. 619; Cass. civ., sez. II, 30.03.1985, n. 2237, in *Arch. civ.*, 1985, pp.1086 ss.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Cass. civ., sez. II, 26.05.1999, n. 5122, cit.; Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, in *Giust. civ.*, 2012, pp. 1193 ss. In tema di onere testamentario: Cass. civ., sez. II, 08.02.1986, n. 802, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.

³⁹⁰ Trib. Napoli, 06.06.1960, cit.; App. Napoli, 29.01.1967, n. 114, cit.; Cass. civ., 29.05.1973, n. 1602, cit.; Cass. civ., 02.10.1974, n. 2561, cit.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.

³⁹¹ Trib. Firenze, 06.11.1965, cit., secondo il quale «il criterio più sicuro sembra essere quello della volontà delle parti contraenti, quale emerge dalla particolare natura dell'evento, che costituisce l'elemento accidentale del negozio. Se questo costituisce una particolare vantaggio, che il donante o il testatore vogliono assicurare a sé stessi o a terzi, cioè in una prestazione» a cui è tenuto il beneficiario della liberalità, non sembra dubbio che, anche se sia prevista la risoluzione per inadempimento, si ha un *modus* e non una condizione. Se, invece, le parti non hanno voluto, con l'apposizione dell'elemento accidentale del negozio, assicurare un vantaggio a chi compie la liberalità o a terzi, bensì hanno considerato lo stesso interesse del beneficiario, ovvero più semplicemente un determinato evento come causa obiettiva che incide sull'efficacia del negozio, sembra preferibile la soluzione opposta».

³⁹² Cass. civ., sez. II, 30.03.1985, cit., secondo la quale «l'accertata e indiscussa voluta doverosità, per l'ente donatario, della realizzazione dell'onere dal quale la donazione fu gravata è requisito caratterizzante del modo, e invece non è compatibile con la figura della condizione (...). La condizione invece è l'avvenimento futuro e incerto apprezzato in termini di fatto – evento – al quale la sorte di un negozio giuridico (per l'efficacia o la risoluzione) è subordinata: e l'istituzionale caratterizzante requisito dell'oggettiva incertezza di un simile evento fa escludere che, qualunque sia, esso possa, per sé e per la sua verifica, costituire oggetto di obbligazione, e quindi di prestazione dovuta, perché la certezza (almeno giuridica) indotta dalla coercibilità dell'obbligazione

Di recente sono intervenute sul tema le sezioni unite della Corte di Cassazione, le quali hanno stabilito che la distinzione tra le due figure in esame è una *quaestio voluntatis*, da risolversi in concreto, nella quale rileva se le parti abbiano inteso prevedere un'obbligazione, con la conseguente rilevanza dell'indagine volta ad accertare se la sua mancata esecuzione dipenda da inadempimento imputabile, ovvero un evento futuro e incerto dal quale si fa dipendere l'efficacia o la risoluzione del negozio, a prescindere dal comportamento tenuto dalle parti³⁹³.

La soluzione testé descritta, seppur condivisibile, non affronta un aspetto fondamentale della questione, vale a dire come vadano declinate, rispettivamente nell'ambito della donazione modale e dell'onere testamentario, le regole sull'interpretazione del contratto, in modo da individuare il criterio o i criteri idonei a guidare l'interprete nella scelta tra condizione e onere. L'argomento verrà trattato in modo più approfondito nel prosieguo del lavoro³⁹⁴. In questa sede preme dar conto che molto spesso si sono richiamate le norme sull'interpretazione dei contratti, senza tenere in particolare considerazione il peculiare ambito in cui si trovano ad operare. Basti pensare che in tema di onere testamentario vi si è autorevolmente sostenuto che nel caso in cui permanga l'incertezza sull'effettivo significato della disposizione, applicando l'art. 1371 c.c., si dovrebbe optare senz'altro per una qualificazione in termini di *modus*, in quanto meno gravosa per l'obbligato³⁹⁵.

In caso di dubbio tra donazione modale e condizionale si è, invece, sostenuto che il principio di conservazione (art. 1367 c.c.)

insuperabilmente vi conduce». Anche Cass. civ., sez. II, 26.05.1999, n. 5122, cit., ritiene che si debba propendere per una qualificazione in termini di onere quando la clausola non preveda, in caso di inadempimento dello stesso, l'automatica risoluzione degli effetti del negozio.

³⁹³ Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit.

³⁹⁴ Si veda il capitolo IV, paragrafo 4.6.

³⁹⁵ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 103; GANGI C., *La successione testamentaria*, II, Giuffrè, Milano, 1964, p. 229; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., pp. 238 -239; BIGLIAZZI GERI L., *Il contenuto del testamento*, cit., pp. 156 ss.

imporrebbe di interpretare la modalità come una condizione³⁹⁶. Mentre, secondo un altro orientamento dottrinale la norma alla quale fare riferimento dovrebbe essere, ancora una volta, l'art. 1371 c.c., che stabilisce che i contratti a titolo gratuito vanno intesi nel senso meno gravoso per l'onerato. Siffatta valutazione non potrebbe però essere fatta in astratto, bensì dovrebbe essere condotta sulla base degli interessi concreti delle parti³⁹⁷.

3.5.3. ONERE, SOSTITUZIONE FEDECOMMISSARIA E MANDATO *POST MORTEM*.

La scelta di trattare nella medesima sede il rapporto tra onere, sostituzione fedecommissaria e mandato *post mortem* può dirsi dettata dall'osservazione della prassi applicativa: infatti, sovente la medesima vicenda fattuale ha sollevato dubbi circa la qualificazione della stessa secondo una delle tre figure indicate. Per fare un esempio, ciò si è verificato rispetto alla previsione da parte del testatore del divieto temporaneo di alienazione di un bene immobile, imposto all'erede, con l'ulteriore indicazione che, in caso di vendita, il ricavato avrebbe dovuto essere devoluto a favore di un terzo determinato, successibile legittimo del destinatario dell'attribuzione³⁹⁸.

Partiremo con il chiederci quali siano i motivi per i quali, in questo caso, si è posto il problema del rapporto tra onere testamentario e fedecommissario. Il primo di essi può essere rinvenuto nel fatto che il divieto di disporre del bene ereditario concretizza un effetto analogo a uno degli aspetti tipici della sostituzione fedecommissaria, vale a dire l'obbligo di conservare. Inoltre, l'imposizione all'erede di devolvere quanto ricavato

³⁹⁶ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 51 ss.; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 485. *Contra* BIONDI B., *Le donazioni*, cit., p. 671, secondo il quale distinguere tra onere e condizione è un «problema di identificazione del rapporto, di conseguenza sono inapplicabili i criteri della conservazione del contratto (art. 1367 c.c.) e dell'interpretazione contro l'autore della clausola (art. 1370), che valgono quando il rapporto si è già identificato».

³⁹⁷ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 258 ss.; PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., pp. 401 ss.

³⁹⁸ Cass. civ., sez. II, 10.08.1962, n. 2278, in *Giust. civ.*, 1963, II, pp. 2316 ss.

dall'alienazione potrebbe richiamare l'idea del restituire o del trasferire quanto ricevuto dal primo istituito al secondo.

Il *modus* potrebbe, dunque, essere utilizzato per conseguire gli stessi esiti di una sostituzione fedecommissaria, istituto al quale il legislatore guarda con sfavore e a cui, perciò, dà spazio solo nei ristretti limiti di cui all'art. 692 c.c.: di conseguenza, al di fuori di essi, ogni disposizione testamentaria con la quale si miri a conseguire lo stesso risultato pratico di un fedecommesso deve ritenersi nulla (art. 692, ult. comma, c.c.). Si comprende, allora, perché sia di fondamentale importanza stabilire il confine tra le due figure in esame: fare ciò significa, infatti, individuare lo spazio entro il quale è legittimo l'esercizio dell'autonomia testamentaria da parte del *de cuius*.

Per poter giungere a dare una risposta al problema prospettato occorre distinguere a seconda che il soggetto che beneficia del divieto testamentario di non alienare e dell'obbligo di ritrasferimento di quanto ricevuto dal successore sia un terzo determinato, una categoria genericamente individuata, il testatore o lo stesso onerato.

Nel primo caso la giurisprudenza ha affermato che il discrimine tra sostituzione fedecommissaria e onere testamentario dovrebbe cogliersi dal punto di vista della struttura: innanzitutto, il fedecommesso, presupponendo la presenza di una doppia vocazione, che si rifletta sugli stessi beni³⁹⁹, non potrebbe configurarsi laddove l'erede sia obbligato a trasferire al terzo non la cosa oggetto dell'istituzione, bensì il prezzo della sua vendita. Inoltre, il fatto che il beneficiario consegua il denaro attraverso un

³⁹⁹ AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte*, cit., p. 530. Sui requisiti necessari affinché si possa parlare di sostituzione fedecommissaria si vedano anche: CARBONE V., voce «Sostituzione ordinaria e fedecommissaria», in *Dig. discipl. priv., sez. civ.*, XVIII, Utet, Torino, 1998, pp. 634 ss.; RICCA L., voce «Fedecommesso (dir. civ.)», in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Varese, 1968, pp. 115 ss.; TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, 1969, Zanichelli, Bologna – Roma, 1969, pp. 260 ss.; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1050 ss.; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Torino, 2006, pp. 240 ss.; GARUTTI M., *Il modus testamentario*, cit., pp. 23 ss.

atto *inter vivos* dell'erede comporterebbe che il primo debba essere considerato avente causa del secondo e non successore del *de cuius*, come avviene nella sostituzione fedecommissaria⁴⁰⁰.

Tuttavia, a parere di chi scrive, qualora il beneficiario della disposizione sia un terzo determinato si deve escludere una qualificazione in termini di onere testamentario: l'alternativa avrebbe dovuto porsi semmai tra legato obbligatorio, sostituzione fedecommissaria e mandato *post mortem*. Viceversa, quando il soggetto avvantaggiato dalla disposizione testamentaria sia un terzo solo genericamente determinato, il testatore o lo stesso onerato, in realtà, non può porsi il problema del rapporto tra le due figure in esame, dal momento che non è configurabile, nemmeno in astratto, la presenza di una doppia vocazione, la quale richiede la presenza di un soggetto determinato che possa divenire successibile dell'onerato.

Inoltre, si deve considerare che la preoccupazione di individuare un confine tra le due figure in esame si è sorta anche a causa di un ulteriore equivoco, nato dall'osservazione che il divieto di alienazione - il quale, come abbiamo avuto modo di vedere poco più sopra, può realizzare effetti simili a quelli propri della sostituzione fedecommissaria - sovente viene introdotto nel negozio testamentario per mezzo di un onere testamentario e ciò ha portato a pensare che tutte le clausole testamentarie contenenti un simile

⁴⁰⁰ Questi criteri distintivi sono proposti da Cass. civ., sez. II, 10.08.1962, n. 2278; l'ultimo dei quali si rinviene anche in Cass. civ., sez. II, 11.06.1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, pp. 1968 ss., secondo la quale ulteriore elemento differenziatore andrebbe rinvenuto nell'accessorietà, propria solo dell'onere testamentario. Quest'ultima affermazione non può essere condivisa dal momento che l'accessorietà non è un carattere costante del *modus*.

In una disposizione in cui il testatore aveva lasciato due immobili al Comune di Ancona con l'obbligo, in caso di vendita, di devolvere il ricavato alla "Casa Protetta Comunità Alloggio" dello stesso comune, i giudici hanno escluso che potesse rinvenirsi un'ipotesi di sostituzione fedecommissaria, poiché dall'interpretazione della volontà testamentaria si ricavava che l'unico destinatario rimaneva sempre il comune (Cass. civ., sez. II, 30.07.2007, n. 16846, in *De Jure*).

Ha rinnegato il criterio distintivo della duplice chiamata, senza per altro fornire un'adeguata spiegazione: Cass. civ., 15.07.1985, n. 4137, in *Riv. not.*, 1985, pp. 1348 ss.,

divieto finiscano, in realtà, con il produrre i medesimi esiti di una sostituzione fedecommissaria tacita⁴⁰¹, specie in presenza del c.d. fedecommissario *de residuo*, con il quale il testatore lasci il primo istituito libero di disporre dei beni oggetto della disposizione, prevedendo che dovranno essere trasferiti al secondo istituito solo quelli rimasti⁴⁰².

Una simile conclusione non può, però, essere accettata, perché, come avremmo modo di dimostrare nel prosieguo del lavoro⁴⁰³, non ogni divieto di disposizione è finalizzato ad ottenere una sostituzione illegittima ai sensi dell'art. 692 c.c.⁴⁰⁴.

Tornando alla casistica giurisprudenziale, non sono mancati casi in cui il testatore ha subordinato una disposizione di carattere sostitutivo al mancato adempimento dell'onere⁴⁰⁵. In tali ipotesi si tratta non tanto di capire se la disposizione vada qualificata come *modus* o sostituzione fedecommissaria, bensì se il primo sia lo strumento attraverso il quale il *de cuius* pieghi l'operare del meccanismo sostitutivo a determinate finalità ovvero se sia il mezzo per celare quello che sarebbe, in realtà, un illegittimo fedecommissario. Detto in altre parole, il nodo problematico da sciogliere non concerne tanto l'individuazione del discrimine tra fedecommissario e onere testamentario, quanto stabilire i limiti del legittimo esercizio dell'autonomia testamentaria.

In definitiva, si tratta di un problema di interpretazione della volontà del testatore: occorre, infatti, verificare se il *de cuius*, con l'ausilio della clausola modale, abbia voluto regolare due successioni, unendo l'onere di conservare con quello di restituire il patrimonio a un terzo, dopo la morte dell'onerato, pervenendo così

⁴⁰¹ GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., pp. 370 ss.

⁴⁰² RICCA L., voce «*Fedecommissario (dir. civ.)*», cit., p. 138.

⁴⁰³ Il tema è affrontato al capitolo V, paragrafo 5.1.

⁴⁰⁴ TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, cit., p. 325; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 757; ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 437.

⁴⁰⁵ Si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. II, 11.07.1980, n. 4443, in *Giur. it.*, 1981, I, pp. 1874 ss.

a un risultato vietato ai sensi dell'art. 692 c.c.⁴⁰⁶. Un elemento indicativo di una siffatta volontà può essere costituito dalla presenza, oltre all'onere testamentario, della clausola *si sine liberis decesserit*, la quale - contenendo una doppia istituzione, la prima condizionata risolutivamente al fatto che l'istituito non lasci figli prima di morire e la seconda, a favore di un altro soggetto, sospensivamente condizionata all'avverarsi dello stesso evento⁴⁰⁷ - realizza di fatto le stesse finalità pratiche di una sostituzione fedecommissaria⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 213.

⁴⁰⁷ RICCA L., voce «*Fedecommissario (dir. civ.)*», cit., p. 137.

⁴⁰⁸ RICCA L., voce «*Fedecommissario (dir. civ.)*», cit., pp. 137 ss., il quale sostiene che, pur non essendo tecnicamente un fedecommissario, poiché la retroattività della condizione esclude che vi sia attribuzione separata di beni ereditari, realizza le stesse finalità, «e cioè che l'istituito per tutta la sua vita abbia il godimento dei beni, che si devolgeranno al secondo al momento della sua morte». A tal proposito si vedano anche BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, p. 243; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., pp. 461 ss.

La validità della clausola *si sine liberis decesserit* è oggetto di vivaci discussioni: vi è chi la ritiene valida sul presupposto che la retroattività della condizione risolutiva sarebbe idonea ad escludere l'operare di una doppia e successiva attribuzione dei beni ereditari (BENSA P. E., *Sulla validità della disposizione testamentaria "si sine liberis decesserit"*, in *Foro ligure*, 1928, I, 345 ss.; TERRANOVA C. G., *La validità della clausola "si sine liberis decesserit" nelle disposizioni testamentarie*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, pp. 521 ss.); mentre, una parte della dottrina la considera nulla, dal momento che l'evento dedotto in condizione non può che avverarsi alla morte del testatore, realizzando così le stesse finalità di una sostituzione fedecommissaria (si veda la dottrina sopra citata). La giurisprudenza maggioritaria (si veda: Cass. civ., sez. II, 11.07.1980, n. 4443, cit.) e una parte della dottrina (GALGANO S., *Le sostituzioni subordinate alla clausola "si sine liberis decesserit" e il fedecommissario condizionale*, in *Foro it.*, 1928, I, pp. 1060 ss.; AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte*, cit., p. 532; GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 288) hanno sostenuto un'ipotesi intermedia in base alla quale non si può concludere a priori circa l'invalidità di tale clausola, dovendosi valutare in concreto la fattispecie per verificare se il testatore abbia utilizzato la stessa come mezzo per introdurre un'inammissibile sostituzione fedecommissaria. Questa soluzione è stata criticata, perché risulta di incerta applicazione, circostanza che sarebbe testimoniata dalla varietà di criteri utilizzati per discriminare siffatta volontà (per un'analitica indicazione degli stessi si veda TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, pp. 305 ss.) e si è ribadita la nullità della clausola, poiché ciò che il legislatore vuole reprimere non è una fattispecie strutturata in un certo modo, ma un determinato risultato pratico: di conseguenza, ogni strumento che consenta di realizzare gli stessi effetti del fedecommissario deve considerarsi posto in frode alla legge (CARNELUTTI F., *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, in *Foro it.*, 1958, pp. 113 ss.; conforme RICCA L., voce «*Fedecommissario (dir. civ.)*», cit., p. 138). Vi è stato anche chi ha ritenuto che la nullità della clausola *si sine liberis decesserit* derivi, invece, dalla violazione del principio di ordine pubblico che sancisce la libera disponibilità e

Con riferimento alla fattispecie concreta proposta all'inizio di questo paragrafo, la giurisprudenza si è trovata anche di fronte al problema di stabilire se la disposizione testamentaria con la quale si imponeva all'erede onerato di devolvere il ricavato dell'alienazione a favore di un soggetto determinato potesse costituire un'ipotesi di mandato *post mortem*, da considerarsi invalido, almeno secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale⁴⁰⁹.

Prima di entrare nel merito del rapporto tra le due figure in esame, occorre tener presente che sotto l'espressione "mandato *post mortem*" vengono, in realtà, ricondotte tre diverse tipologie di mandato, tutte destinate ad avere effetti dopo la morte del mandante. Si suole⁴¹⁰, infatti, distinguere tra: mandato *mortis causa*, con il quale si indica l'atto unilaterale con cui il testatore conferisce a un soggetto l'incarico di svolgere attività giuridica dopo la propria morte⁴¹¹; mandato *post mortem*, che si caratterizza per essere un contratto concluso quando il *de cuius* era ancora in vita e che prevede il compimento da parte del mandatario di attività giuridica successivamente alla morte del mandante⁴¹²; mandato

circolazione dei beni (TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 476).

⁴⁰⁹ Il caso è sempre tratto da Cass. civ., sez. II, 10.08.1963, n. 2278, cit. Il problema del rapporto tra onere testamentario e mandato *post mortem* è stato affrontato anche da Cass. civ., sez. II, 11.06.1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, pp. 1968 ss., rispetto a un testamento che legava alla Casa di Riposo S. Vincenzo di Vho di Piadena un immobile con annessi fabbricati, gravato da un diritto di abitazione a favore della cugina del testatore per la durata di tutta la sua vita, cessato il quale l'immobile sarebbe dovuto essere riconsegnato alla casa di riposo affinché lo adibesse ad asilo infantile o per qualsiasi altro uso benefico.

⁴¹⁰ Tale nomenclatura è adottata da Cass. civ., sez. III, 04.10.1962, n. 2804, in *Foro it.*, 1963, I, pp. 49 ss., la quale si riscontra anche nella dottrina maggioritaria.

⁴¹¹ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 128; CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, Morano Editore, Napoli, 1977, p. 408; GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 236; IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Cedam, Padova, 1994, p. 82; GRADASSI F., *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990, pp. 827 ss.; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 65, il quale utilizza, però, per questa figura il nome di "mandato *post mortem* in senso stretto".

⁴¹² In questo senso si vedano: IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Cedam, Padova, 1994, p. 82; GRADASSI F., *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990, pp. 827 ss.; mentre

post mortem exequendum, che presenta le stesse caratteristiche della figura da ultimo descritta, con l'unica differenza che l'incarico ha ad oggetto la realizzazione di un'attività meramente materiale, esecutiva di un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi durante la vita del mandante⁴¹³.

Questi brevi cenni ci consentono già di mettere in evidenza come un problema di rapporto con il *modus* si possa concepire soltanto con riferimento al mandato *mortis causa*, essendo l'unico ad essere contenuto, al pari del primo, in una disposizione testamentaria. In ragione di ciò, appare proficuo spendere alcune parole sull'ammissibilità di questa figura⁴¹⁴.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., pp. 64 ss., a tal proposito parla di "mandato *mortis causa* o mandato *post mortem* con oggetto illecito".

⁴¹³ Rientrerebbero sotto tale figura l'incarico avente ad oggetto le modalità della sepoltura o della cremazione, la divulgazione della notizia della morte del mandante o la pubblicazione delle sue opere: BONILINI G., *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, II, p. 1103 (nota a Trib. Palermo, sez. I, 16.03.2000). Si vedano anche gli esempi riportati da IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., p. 83.

GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, cit., p. 236, ritiene più corretto utilizzare la nomenclatura mandato *post mortem* avente ad oggetto il compimento di attività giuridiche o materiali, anziché *post mortem* e mandato *post mortem exequendum*.

⁴¹⁴ Rispetto al mandato *post mortem* e al mandato *post mortem exequendum* la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono concordi nel ritenere invalido il primo e valido il secondo, dal momento che solamente il primo, attribuendo al mandatario l'incarico di compiere atti che importano l'attribuzione di diritti patrimoniali successori, si pone, secondo alcuni, in contrasto con il divieto di patti successori (CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., pp. 62 ss.) e, secondo altri, con l'art. 587 c.c., che concepisce il testamento quale unico strumento valido per disporre del proprio patrimonio *mortis causa* (GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, cit., p. 237). Una parte della dottrina ritiene, invece, che il mandato *post mortem* sia invalido in ogni caso, poiché esso violerebbe l'art. 1722 c.c., al quale viene riconosciuto il carattere di norma inderogabile (CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 545 ss.; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 320). La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono, invece, che tale disposizione sia derogabile: la dimostrazione di ciò si può rinvenire nel fatto che lo stesso legislatore ha previsto delle eccezioni (ad esempio: art. 1723, comma 2, c.c.) al principio secondo il quale la morte del mandante estingue il contratto di mandato. Secondo questa opinione ai fini di stabilire la validità o l'invalidità del mandato è più corretto distinguere a seconda dell'attività oggetto del mandato, vale a dire se si tratta dell'incarico di svolgere attività giuridica ovvero meramente materiale (BONILINI G., *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, p. 1103; LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *tr. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXXII, Giuffrè, Milano, 1984, p. 450; GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, cit., p. 237; DOMINEDO' F., voce «Mandato», in *Nuoviss. Dig. it.*, X, Utet, Torino, 1968, pp. 134 ss.;

La validità del mandato *mortis causa* risulta assai controversa: infatti, se la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza⁴¹⁵ lo ritengono inammissibile, concependolo come una proposta contrattuale contenuta in un testamento, rispetto alla quale non sarebbe concepibile un'accettazione dopo la morte del testatore, per il principio dell'intrasmissibilità della proposta (art. 1329, comma 2, c.c.)⁴¹⁶, una voce autorevole ha criticato questo modo di vedere le cose, affermando che l'obiezione secondo la quale il mandato, in quanto contratto, non possa costituirsi con atto unilaterale o con un contratto che costi di due dichiarazioni, di cui una debba avvenire dopo la morte del dichiarante, potrebbe essere superata considerando che vi potrebbe essere un altro negozio unilaterale idoneo a conferire l'incarico di svolgere attività negoziale e non negoziale, al quale sia collegato un ulteriore negozio unilaterale di accettazione. Inoltre, trattandosi di un mandato unilaterale contenuto in un testamento, non si potrebbe configurare un'ipotesi di violazione del divieto dei patti successori⁴¹⁷. Tale soluzione, tuttavia, finisce con il forzare il dato normativo, laddove non tiene in debita considerazione che il mandato nel nostro ordinamento giuridico è concepito come un negozio essenzialmente bilaterale (art. 1703 c.c.). Per questo motivo

CARNEVALI U., voce «Mandato», in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1988, p. 11; IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., pp. 80 ss).

La giurisprudenza ritiene valido solo il mandato *post mortem exequendum*. Si vedano a tal proposito: Cass. civ., sez. II, 10.08.1963, n. 2278, cit.; Cass. civ., 23.04.1965, n. 719, in *Giust. civ.*, 1965, I, pp. 2293 ss.; Cass. civ., 09.05.1969, n. 1584, in *Foro it.*, 1969, I, pp. 3193 ss.; Cass. civ., sez. III, 04.10.1962, n. 2804, cit., pp. 49 ss.

⁴¹⁵ Cfr. capitolo III, paragrafo 3.5.3.

⁴¹⁶ GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, cit., p. 237; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 65; GRADASSI F., *Mandato post mortem*, cit., p. 828.

⁴¹⁷ CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, cit., pp. 410 ss., il quale evidenzia che a detto mandato unilaterale *mortis causa* deve seguire «l'accettazione dell'incarico dopo la morte di colui che lo ha designato, altrimenti l'atto di nomina diventa come inesistente. Una tale accettazione non occorre se l'incarico è conferito all'erede o al legatario sotto forma di condizione o *modus*, bastando che il designato diventi erede (in forza dell'accettazione dell'eredità) o legatario. In conseguenza dell'accettazione o della situazione giuridica (di erede o legatario) indicata, l'incarico acquista un potere che vincola lui ed è opponibile agli eredi ed aventi causa, se questi sono persone diverse».

è preferibile seguire l'opinione di chi ha sostenuto che l'obiezione dell'inammissibilità del mandato *mortis causa*, attesa l'impossibilità di un'accettazione da parte dell'incaricato dopo la morte del testatore-mandante, non è decisiva se si considera che in questo caso non si è in presenza di un mandato in senso tecnico, perché il mandatario non può agire né nel nome del defunto né nell'interesse di quest'ultimo, «non essendo riferibile un interesse concreto qualsiasi a chi non è più tra i vivi»⁴¹⁸. In tale ipotesi sarebbe corretto parlare non di mandato *mortis causa*, bensì di un negozio di ultima volontà attributivo di un potere a terzi, astrattamente ammissibile, salvo dover verificare in concreto il rispetto del principio di personalità del testamento, dal momento che con tale strumento il *de cuius* rimette a un terzo la facoltà di regolare i propri interessi⁴¹⁹.

Non è questa la sede adatta per risolvere il problema dell'ammissibilità del mandato *mortis causa*: ciò che interessa ai fini del presente lavoro è, piuttosto, individuare la linea di confine tra quest'ultimo e l'onere testamentario, sia che si consideri valido sia che si consideri invalido il mandato *mortis causa*, poiché, nel primo caso, ciò rilevarebbe ai fini di individuare il limite entro il quale il testatore può legittimamente esercitare il proprio potere di autonomia, senza porsi in conflitto con i principi che regolano la materia successoria; mentre, nel secondo caso, la distinzione assumerebbe importanza dal punto di vista della disciplina applicabile.

⁴¹⁸ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 128, il quale aggiunge che «in effetti un interesse del soggetto sussiste certamente al momento in cui egli conferisce al terzo il potere; non più invece al momento in cui questo dovrebbe esercitarsi: una soggettivazione di un tale interesse, dopo la morte del disponente, non è possibile».

⁴¹⁹ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 130. L'autore inquadra in questa figura: «la nomina del terzo arbitratore per le ipotesi di cui agli artt. 630, 631, 632 c.c.; la designazione del terzo, incaricato di redigere il progetto di divisione tra i coeredi (art. 733 c.c.); la nomina dell'esecutore testamentario; l'atto con cui si conferisce al terzo per dopo la propria morte il potere di decidere circa la pubblicazione dell'opera dell'ingegno o la sorte dei manoscritti, lettere e carte del defunto; il mandato sulla sepoltura; e in genere, in quanto ammissibile, ogni e qualsiasi altra fattispecie di mandato *post mortem*».

Sicuramente si può escludere una qualificazione della disposizione testamentaria in termini di *modus*, qualora manchi uno dei requisiti richiesti dalla struttura della fattispecie modale, come ad esempio il contenuto patrimoniale: basti pensare alla clausola con la quale il testatore incarichi un soggetto di comunicare a terzi il proprio decesso.

Fuori da questi casi, il discrimine tra le due figure in esame deve individuarsi sulla base della attribuzione o meno al soggetto incaricato dei beni ereditari⁴²⁰: il mandato ha, infatti, ad oggetto il compimento di un'attività negoziale da porsi in essere dopo la morte del testatore in relazione a beni non attribuiti al mandatario⁴²¹.

Tale conclusione trova conferma ove si consideri che la disposizione modale presuppone che il soggetto obbligato sia erede o legatario e non un terzo qualsiasi; viceversa, il mandato richiede che il mandatario non sia divenuto titolare dei beni che costituiscono l'oggetto dell'attività giuridica da compiersi attraverso un atto *mortis causa* ovvero un precedente atto *inter vivos*.

Riprendendo il caso sopra riportato in cui il testatore attribuiva un bene immobile all'erede e gli imponeva di venderlo solo dopo un certo periodo di tempo e di versare il ricavato della vendita a un altro soggetto, i giudici di legittimità hanno correttamente escluso la sussistenza di un mandato *post mortem* (*rectius: mortis causa*): si sarebbe potuto concludere diversamente soltanto nell'ipotesi in cui l'incarico a vendere fosse stato affidato disgiuntamente dall'attribuzione del diritto di proprietà sul bene.

⁴²⁰ Si veda CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 569 ss., secondo il quale se l'incarico viene attribuito a un soggetto che non riceve alcunché dalla successione del *de cuius* la disposizione testamentaria sarebbe nulla perché non ha né la funzione attributiva delle disposizioni di cui all'art. 588 c.c., né la funzione delle disposizioni dotate di efficacia obbligatoria (legato obbligatorio e onere testamentario). Invece, qualora l'incarico sia attribuito all'erede, al legatario o al beneficiario di un *modus*, la disposizione è valida perché gli incarichi *de quibus* integrano le tipiche fattispecie del sublegato o submodo. In senso conforme, pur criticando il ricorso al concetto di mancanza di base economica in un vantaggio conferito all'onerato, si esprime GARUTTI M., *Il modus testamentario*, cit., p. 29.

⁴²¹ Sul punto si veda: Cass. civ., sez. II, 10.08.1963, n. 2278, cit.

Ciò nonostante, la qualificazione della disposizione testamentaria in termini di onere non è corretta: dal momento che il beneficiario è un terzo determinato, si sarebbe dovuto affermare di essere in presenza di un legato obbligatorio.

3.6. ONERE, DIVIETO DI ALIENAZIONE E DESTINAZIONE DI UN PATRIMONIO A UNO SCOPO. RINVIO.

Nella prassi applicativa ricorrono sovente clausole testamentarie con le quali il testatore sancisce l'obbligo per il beneficiario della disposizione testamentaria di non alienare il bene oggetto della stessa; clausole che, non di rado, si trovano in connessione con la destinazione dello stesso bene a uno scopo di natura benefica o assistenziale⁴²². Talvolta, l'intento del *de cuius* può essere, invece, quello di imporre che, in caso di vendita, il bene venga alienato solo a un determinato soggetto. In quest'ultimo caso la limitazione della facoltà di disporre del bene devoluto si traduce in un obbligo imposto all'erede o al legatario che si rivolge a favore di un soggetto determinato. Non è questa la sede adeguata per interrogarsi sull'ammissibilità di una siffatta previsione nel testamento⁴²³; ciò che risulta proficuo rilevare ai fini del presente lavoro che la qualificazione in termini di clausola modale operata dalla giurisprudenza⁴²⁴ non può essere accolta: infatti, il diritto di preferenza presuppone l'indicazione di un soggetto determinato il quale possa beneficiare dello stesso, sicché di legato obbligatorio e non di onere testamentario si dovrà parlare⁴²⁵.

⁴²² Si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2283.

⁴²³ Il problema è stato affrontato da BONILINI G., *La prelazione testamentaria*, cit., pp. 221 ss. A tal riguardo si veda anche TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., pp. 431 ss.

⁴²⁴ Cass. civ., sez. II, 08.02.1986, n. 802, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, p. 244, qualifica come un onere testamentario la disposizione con la quale il *de cuius* consentiva agli istituiti la vendita della cantina, oggetto della stessa, soltanto a favore del sig. Goretti, attribuendogli così un diritto di prelazione.

⁴²⁵ Sul criterio distintivo tra *modus* e legato obbligatorio si rinvia al capitolo III, paragrafo 3.5.1.

Una volta delimitato l'ambito del tema oggetto della presente indagine, la nostra attenzione può essere rivolta alle altre clausole testé menzionate.

Con riguardo al divieto testamentario di alienazione la giurisprudenza si è sempre mostrata concorde nel ritenere applicabile l'art. 1379 c.c., in quanto espressione di un principio generale dell'ordinamento, che troverebbe, quindi, applicazione anche con riferimento al testamento⁴²⁶.

Per stabilire se questo modo di ragionare sia corretto occorre svolgere alcune brevi considerazioni sulla disciplina che ha ricevuto nel tempo il *pactum de non alienando*. Nessuna disposizione del Codice civile del 1865 affrontava il problema dell'ammissibilità del divieto in esame; ciò nonostante, la dottrina prevalente riteneva legittime le clausole di inalienabilità, purché fossero limitate nel tempo, rispondenti a un interesse qualificato e a efficacia obbligatoria⁴²⁷. Il legislatore del 1942 disattese l'uniformità di disciplina che fino al quel momento era stata attribuita ai divieti di alienazione, diversificandola a seconda del negozio giuridico in cui fossero previsti: l'art. 1379 c.c. recepiva la soluzione della limitata ammissibilità per il contratto; mentre, l'art. 692, comma 4, c.c. prevedeva la nullità di ogni disposizione con la quale il testatore avesse proibito all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari. Il quadro normativo di riferimento è stato, infine, mutato con la legge 19 maggio 1975, n. 151, la quale nel dare una nuova disciplina al fedecommesso ha abrogato l'ultimo comma dell'art. 692 c.c.,

⁴²⁶ Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Trib. Verona, sez. I civ., ord. 15.12.2010, ined., commentata da PASCALIS C. G., *Onere testamentario: legittimazione ad agire e divieto di alienazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 1015 ss.; Cass. civ., sez. II, 02.07.1979, n. 3969, in *Riv. not.*, 1979, pp. 1235 ss.; Trib. Cagliari, 21.09.1998, n. 1503, in *Riv. giur. sarda*, 2000, pp. 161 ss., cit.; Cass. civ., 21.02.2007, n. 4002, in *Not.*, 2008, pp. 130 ss.

⁴²⁷ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., pp. 417 ss.

facendo così ritornare attuale la discussione sull'ammissibilità del divieto testamentario di disposizione⁴²⁸.

L'abrogazione del quarto comma dell'art. 692 c.c. potrebbe, infatti, sia significare il perdurare dell'impossibilità di introdurre un siffatto divieto tramite testamento, specie qualora si ritenga che con esso si finirebbe comunque con il prevedere una sostituzione fedecommissaria tacita⁴²⁹, sia la rimozione dell'unico ostacolo esistente per ammettere i divieti testamentari di disporre⁴³⁰. Tuttavia, anche una volta concluso in quest'ultimo senso, nel silenzio della legge, rimane da stabilire se l'autonomia testamentaria possa arrivare sino a imporre illimitatamente un vincolo di inalienabilità, ovvero se, come sembra più opportuno alla luce dello sfavore mostrato dal legislatore nei confronti della compressione senza limiti al contenuto del diritto di proprietà, ciò possa avvenire qualora la clausola risponda a determinati requisiti, la determinazione dei quali rimane argomento alquanto controverso, dal momento che l'estensione al testamento di una norma pensata per il contratto (art 1379 c.c.) può suscitare alcune perplessità.

Giungere a una risposta a questi interrogativi non costituisce un mero esercizio teorico: soltanto dopo aver stabilito se e in quali limiti un simile divieto possa essere introdotto dal testatore ci possiamo soffermare sul problema se l'onere sia uno strumento adeguato a perseguire tale scopo, ma poiché si tratta di questioni

⁴²⁸ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 416; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., pp. 749 ss.

⁴²⁹ In questo senso si esprime GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 372; anche ritiene tuttora inammissibili i divieti testamentari di disporre, perché contrari al principio di ordine pubblico che prevede la libera circolazione dei beni BIANCA C.M., *La famiglia. Le successioni*, cit., pp. 720 ss.

⁴³⁰ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., pp. 407 ss.; BONILINI G., *La prelazione testamentaria*, cit., pp. 221 ss.; FUNAJOLI C. A., voce «*Divieto di alienazione (dir. priv.)*», cit., p. 404; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., pp. 749 ss.; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., pp. 403 ss.; QUARGNOLO M., *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., pp. 23 ss.

che meritano un maggiore approfondimento, troveranno spazio adeguato nel prosieguo del lavoro⁴³¹.

Se ha senso porsi la questione dell'ammissibilità dell'inserimento di un divieto di alienazione nel testamento, altrettanto non può dirsi con riferimento alla donazione modale, rispetto alla quale non vi sono ragioni per porsi simili problemi dal momento che l'art. 1379 c.c. è una norma dettata per i contratti in generale: di conseguenza, nulla osta al suo operare anche con riferimento alla donazione *sub modo*.

Come abbiamo avuto modo di accennare, in alcune ipotesi l'obbligo di non alienare il bene si presenta come strumentale al perseguimento di un determinato scopo. Qualora quest'ultimo si concretizzi nella destinazione di un bene immobile o mobile registrato al soddisfacimento di uno degli interessi di cui all'art. 2645 *ter* c.c. diviene di fondamentale importanza stabilire se la volontà del *de cuius* fosse quella di dar vita al vincolo di destinazione direttamente attraverso la disposizione testamentaria ovvero di obbligare l'erede o il legatario a costituire lo stesso con atto tra vivi. E', infatti, diverso l'ordine dei problemi sollevato da tali previsioni: nel primo caso l'interprete si trova di fronte alla difficoltà di stabilire, nel silenzio della legge, se i vincoli di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. possano trovare fonte nel testamento e, in caso di risposta affermativa, rimane da verificare quali requisiti debba presentare la volontà espressa nella scheda testamentaria, a partire dalla forma che essa debba rivestire⁴³²; nel secondo caso, invece, limitandosi la clausola testamentaria a obbligare l'istituito a costituire per atto tra vivi un vincolo di destinazione, ci si può chiedere se l'onere costituisca un efficace mezzo per ovviare alla questione dell'ammissibilità della fonte testamentaria dei vincoli di cui all'art. 2645 *ter* c.c. e allo stesso

⁴³¹ Si rinvia al capitolo V, paragrafo 5.1.

⁴³² CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., pp. 793 ss. Sul tema si veda anche QUARGNOLO M., *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., pp. 91 ss.

tempo imporre il soddisfacimento di quelle stesse esigenze. Non vi sono dubbi sul fatto che l'efficacia obbligatoria della disposizione non sembra di per sé idonea ad assicurare l'esecuzione della volontà testamentaria: infatti, l'unica conseguenza al mancato adempimento sarebbe il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, senonché, non essendo più in vita l'autore della disposizione, ci si scontra con la difficoltà di individuare un soggetto patrimonialmente danneggiato⁴³³. In questo contesto non appare privo di utilità domandarsi se l'aggiunta di un meccanismo sanzionatorio, qual è quello della risoluzione, accanto all'ambulatorietà che caratterizza il *modus*, possa contribuire comunque a rendere effettiva la volontà espressa nella disposizione testamentaria⁴³⁴.

Se, dunque, possiamo concepire due modalità diverse, rispettivamente una diretta e l'altra indiretta, per creare un vincolo di destinazione per mezzo del testamento, diviene di fondamentale importanza anche individuare l'esatta linea di confine tra le due: se non vi sono dubbi che si tratti di una questione di interpretazione della volontà testamentaria⁴³⁵, ciò non di meno la questione non può considerarsi esaurita, dovendo, piuttosto, costituire il punto di partenza dell'interprete per la ricerca di indici di riconoscibilità di un intento piuttosto che dell'altro.

Qualora il testatore preveda, oltre al divieto di alienazione del bene oggetto della disposizione, la sua destinazione a uno scopo, diverso da quello perseguito dall'ente beneficiario, occorre stabilire se siffatta clausola vada qualificata come una disposizione modale, che obbliga la persona giuridica destinataria alla creazione di una

⁴³³ GABRIELLI G., *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986, p. 172.

⁴³⁴ Il tema sarà trattato al capitolo V, paragrafo 5.2.

⁴³⁵ DE DONATO A., *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca M., Giuffrè, Milano, 2007, p. 48.

fondazione per il perseguimento del fine indicato nel testamento⁴³⁶, oppure se sotto le mentite spoglie di un onere testamentario si nasconda, in realtà, la costituzione di una fondazione fiduciaria⁴³⁷, l'ammissibilità della quale dipende dalla soluzione dell'annoso problema - sul quale avremmo modo di soffermarci nel prosieguo del lavoro⁴³⁸ - del riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico delle fondazioni di fatto⁴³⁹.

La volontà del *de cuius*, tradottasi all'esterno in un divieto di alienazione accompagnato alla destinazione di un patrimonio a uno scopo, potrebbe anche essere quella di istituire una fondazione (riconosciuta), poiché nell'esercizio della propria autonomia egli può scegliere se farlo direttamente - e in questo caso la scheda testamentaria sarà il vero e proprio atto costitutivo dell'ente e dovrà rispondere ai requisiti prescritti a tal fine dalla legge - oppure indirettamente, individuando lo scopo e mettendo a disposizione il patrimonio, ma demandando a un terzo che assumerà la veste di arbitratore, il compito di creare l'ente e di individuare gli elementi mancanti⁴⁴⁰. Il mezzo tecnico attraverso il quale normalmente viene realizzata la costituzione indiretta di una fondazione è il *modus*: si istituisce erede o si nomina legatario un

⁴³⁶ FERRARA F., *Le persone giuridiche*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Utet, Torino, 1958, p. 105.

⁴³⁷ GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja - Branca, a cura di Galgano, Zanichelli, Bologna - Roma, 2006, pp. 429 ss.

⁴³⁸ Si veda il capitolo V, paragrafo 5.3.

⁴³⁹ Sul tema si veda MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, Padova, 2005; ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, Napoli, 1995, pp. 16 ss.; ALPA G., FUSARO A., *La costituzione di fondazione*, in *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 255 ss.; MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 1148 ss.; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Cedam, Padova, 2010, pp. 67 ss. DELLE MONACHE S., *Costituzione di un ente fondazionale da parte dell'erede a scopo di adempimento di un modus testamentario*, in *Studium iuris*, 2004, pp. 1084 ss.

⁴⁴⁰ La legittimità di tale modalità di costituzione si ricava dall'art. 3 disp. att. c.c., che parla di lasciti a favore di enti da istituire, riferendosi così alla costituzione indiretta: in questo senso si vedano CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, p. 796; ALPA G., FUSARO A., *La costituzione di fondazione*, cit., p. 255.

soggetto, gravando la disposizione con l'onere di costituire la fondazione.

Tuttavia, non sempre dalla formulazione disposizione testamentaria è possibile distinguere tra costituzione diretta e indiretta: basti pensare al caso in cui il *de cuius* preveda dettagliatamente tutti i requisiti richiesti dalla legge per l'atto costitutivo e la destinazione a favore di terzi degli utili dei beni che costituiscono la dotazione dell'ente⁴⁴¹: si potrebbe sostenere sia che ciò vale a individuare lo scopo della fondazione e a ritenere il testamento la sua fonte costitutiva diretta ovvero, al contrario, ritenere che essa si limiti a imporre un onere. Data la diversità in ordine all'efficacia (rispettivamente reale e obbligatoria) e alla disciplina applicabile alle due ipotesi descritte, diviene di fondamentale importanza individuare degli indici di riconoscibilità della volontà espressa nel testamento, per evitare che la scelta sia rimessa all'arbitrio dell'interprete o alla valutazione di interessi ultronei rispetto a quelli avuti di mira dal testatore⁴⁴².

Per concludere il discorso, appare proficuo sottolineare che anche sotto questo particolare profilo il *modus* presenta problematiche diverse qualora sia apposto a una donazione, anziché al un testamento: la distinzione tra clausola modale a atto di dotazione di una fondazione può risultare incerta in materia di testamento, ma non ove venga in considerazione una donazione, poiché nel primo caso si è in presenza di una struttura contrattuale, mentre nel secondo di un atto unilaterale⁴⁴³.

Nelle ipotesi in cui il donante abbia effettuato un'attribuzione patrimoniale al donante con l'intesa che questa dovesse essere

⁴⁴¹ Esempio tratto da Cass. civ., 05.03.1996, n. 1737, in *Giur. it.*, 1997, I, pp. 54 ss.

⁴⁴² A queste tematiche è dedicato il capitolo V.

⁴⁴³ PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., p. 408; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 166, il quale aggiunge come differenza anche il fatto che il *modus* da luogo solamente a un obbligo, mentre la costituzione di una fondazione imprime un vincolo di destinazione di carattere reale. Questa è, tuttavia, un aspetto che viene in rilievo solo in un secondo momento, come conseguenza di una certa qualificazione, dunque, il richiamo ad esso non appare utile ai fini di operare un distinguo.

destinata al perseguimento di un fine altruistico, bisogna, invece distinguere a seconda che il soggetto beneficiario sia una persona fisica o una persona giuridica, che tra le sue finalità contempla anche quella indicata nel *modus*, ovvero un ente che persegue scopi differenti rispetto a quest'ultima. Nel primo caso non si dubita dell'ammissibilità di una siffatta previsione, poiché si tratta di *pactum fiduciae*, la cui presenza viene a qualificare la donazione modale di un carattere speciale⁴⁴⁴, ma non incompatibile con la funzione riconosciuta dall'ordinamento giuridico. Nel secondo caso, invece, si ripropongono gli stessi dubbi sollevati a proposito dell'onere testamentario circa l'ammissibilità della fondazione fiduciaria, in quanto fondazione di fatto⁴⁴⁵.

CAPITOLO IV:

PER UNA TEORICA DELL'ONERE TESTAMENTARIO.

Sommario: 4.1. EVOLUZIONE DEL SISTEMA SUCCESSORIO E ONERE TESTAMENTARIO. – 4.2. LA NORMALE AUTONOMIA DEL *MODUS*. – 4.3. LA DISCIPLINA APPLICABILE ALL'ONERE TESTAMENTARIO. IN PARTICOLARE, IL PROBLEMA DEL COORDINAMENTO TRA GLI ARTT. 647 – 648 C.C. E LE NORME PREVISTE NEL CODICE CIVILE IN TEMA DI RISOLUZIONE DEI CONTRATTI A PRESTAZIONI CORRISPETTIVE. – 4.4. LA RESPONSABILITÀ DELL'EREDE ONERATO. – 4.5. AUTONOMIA TESTAMENTARIA E LIMITI DERIVANTI DALL'APPLICAZIONE DELLE NORME A TUTELA DEI LEGITTIMARI. – 4.6.

⁴⁴⁴ Secondo la dottrina maggioritaria la donazione fiduciaria costituisce una *species* del *genus* donazione modale: si vedano GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., pp. 86 ss.; PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., pp. 405 ss. Il problema diviene, quindi, quello di stabilire quale sia l'elemento di specificazione della donazione modale fiduciaria. Una voce autorevole (PALAZZO A., *Le donazioni*, cit., pp. 407 ss.) ha ritenuto che la differenza vada individuata nella circostanza che, mentre dal modo derivano situazioni giuridiche che fanno capo a soggetti diversi dal donante e dal donatario, dal momento che anche un terzo interessato può pretendere l'adempimento dell'onere; nella donazione fiduciaria il *pactum fiduciae* produce effetti solo interni, legittimando esclusivamente il donante a chiedere al donatario il risarcimento del danno in caso di inadempimento.

⁴⁴⁵ GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., pp. 429 ss.

INTERPRETAZIONE DEL TESTAMENTO E CRITERI DI RICONOSCIBILITA' DELLA VOLONTA' DI PREVEDERE UN *MODUS*.

4.1. EVOLUZIONE DEL SISTEMA SUCCESSORIO E ONERE TESTAMENTARIO.

Nei paragrafi precedenti abbiamo avuto modo di vedere come la questione centrale, attorno alla quale finiscono per ruotare tutti i problemi in materia di onere testamentario, sia quella della determinazione della natura accidentale ovvero autonoma dello stesso; questione che risulta strettamente connessa, in generale, con il modo di intendere il sistema successorio e, in particolare, con la definizione accolta di testamento.

In ragione di ciò, appare proficuo soffermarsi, seppur brevemente, su come è stato interpretato l'art. 587, comma 1, c.c., dal momento che dalle soluzioni prospettate discendono conclusioni diverse in ordine alla possibilità che il *modus* possa costituire l'unico contenuto del testamento: argomento che è stato utilizzato dalla dottrina ora per negare ora per affermare la natura di autonoma disposizione *mortis causa*.

La tradizione, attraverso l'interpretazione coordinata degli artt. 587, comma 1 e 588 c.c., suole considerare il testamento come l'atto di attribuzione patrimoniale a causa di morte, che opera mediante l'istituzione di erede e il legato⁴⁴⁶.

In guisa di ciò, l'autonomia testamentaria risulterebbe limitata sotto un duplice aspetto: tutte le disposizioni non solo dovrebbero presentare una funzione attributiva, ma anche rientrare in uno dei tipi indicati all'art. 588 c.c.; conseguentemente le dichiarazioni di diverso contenuto, che pur possono compiersi in

⁴⁴⁶ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 326 e 333; LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, cit., p. 156 nota 65; GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 31; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 96 ss.; MENGONI L., *Successione legittima*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo Giuffrè, Milano, 1993, pp. 22 ss.

forma testamentaria, non dovrebbero ritenersi parte del testamento⁴⁴⁷.

Poiché la funzione attributiva va identificata con la produzione a favore di un soggetto di un vantaggio di ordine patrimoniale in modo diretto e non meramente riflesso⁴⁴⁸, si dovrebbe negare che possano costituire contenuto esclusivo del testamento tutte le disposizioni di natura dispositiva, tra le quali vi è anche l'onere testamentario.

Questa ricostruzione del dettato legislativo è stata criticata, innanzitutto, perché avrebbe frainteso il significato dell'utilizzo del termine "disporre" da parte del legislatore nell'art. 587 c.c.: quest'ultimo non sarebbe stato introdotto intenzionalmente nella norma per configurare il testamento come negozio avente le caratteristiche dell'atto di disposizione ovvero sia come fonte di una o più attribuzioni patrimoniali, bensì per indicare la possibilità del testatore di stabilire con tale atto un regolamento in ordine alla sorte del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 326.

⁴⁴⁸ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 131. Si veda anche NICOLO' R., voce «*Attribuzione patrimoniale*», in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Varese, 1959, p. 283.

⁴⁴⁹ BIN M., *La diseredazione*, cit., pp. 223 ss., il quale ha messo in evidenza che «quando si comprende il testamento fra i negozi di disposizione attributiva si è nel contempo costretti a delineare una categoria di trasmissione in senso stretto, distinta da quella dell'alienazione, appunto per farvi rientrare il caso del testamento, dovendosi riconoscere che nella tracciata sistematica quest'ultimo assume una posizione propria». In questo senso si era già espresso SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 217. Bin sostiene, inoltre, che la qualificazione di atto di disposizione risulta incongrua allorché si tenga presente che la disposizione testamentaria non riguarda necessariamente beni o diritti appartenenti al testatore. Infine, secondo l'autore, «il concetto di atto di disposizione è stato elaborato per designare una categoria di negozi contrapposti ai negozi obbligatori, ed anzi proprio in questa antitesi si concentra notoriamente l'intero significato tecnico della nozione. Appare, perciò, chiaro che, comunque sia, ad essa non può riportarsi in via di principio il concetto normativo di testamento, avendo la legge medesima assegnato a tale negozio, accanto a quella efficacia diretta, un'ampia sfera di efficacia obbligatoria. (...) Ed invero definire come atto di disposizione in senso tecnico un negozio i cui effetti possono essere meramente obbligatori, equivarrebbe a cadere in una stridente contraddizione in termini».

Determinante mi sembra l'osservazione secondo la quale l'art. 588 c.c. non può essere utilizzato per chiarire il significato dell'art. 587, comma 1, c.c., in quanto il primo si limita a offrire un criterio discrezionale tra le disposizioni patrimoniali di ultima volontà più rilevanti, senza pretesa di tracciare una *summa divisio*, esaustiva del possibile contenuto dell'atto *mortis causa*⁴⁵⁰. Ciò trova conferma nella circostanza che nel nostro ordinamento giuridico vi sono numerose disposizioni di carattere non attributivo e che dunque non possono inquadarsi nell'alternativa istituzione di erede – legato, rispetto alle quali non possono sorgere dubbi circa la loro idoneità ad esaurire il contenuto del testamento⁴⁵¹: basti pensare ai divieti testamentari di divisione (art. 713, commi 2 e 3, c.c.), ai c.d. assegni divisionali semplici (art. 733 c.c.) e, non da ultimo, all'onere testamentario⁴⁵². Se ciò è vero, è necessario adottare una nozione ampia di testamento, idonea a ricomprendere ogni disposizione patrimoniale di ultima volontà⁴⁵³.

Una voce autorevole, pur concordando con la definizione di testamento testé indicata ha ritenuto che ciò non comporterebbe comunque il superamento del principio di tipicità, poiché si dovrebbero applicare anche in questo ambito i principi che governano i limiti di ammissibilità dei negozi unilaterali atipici *inter vivos*: di conseguenza, all'autonomia testamentaria sarebbe concesso creare disposizioni diverse da quelle previste dalla legge,

⁴⁵⁰ BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 244; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 128.

⁴⁵¹ BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 244; GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 921.

⁴⁵² A tal proposito si vedano: BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 244; LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, cit., pp. 158 ss.; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 132 ss.; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 126, il quale aggiunge, «sebbene con qualche maggiore perplessità, la dispensa testamentaria all'obbligo di collazione (art. 737 c.c.), nonché le disposizioni dirette a stabilire la misura secondo cui ciascun coerede risponde dei debiti ereditari (art. 752 c.c.)».

⁴⁵³ BIN M., *La diseredazione*, cit., pp. 246 – 247; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 126; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 146; TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 43.

purché esse producano effetti incrementativi a vantaggio di terzi e sia concessa a questi ultimi la facoltà di rifiutarli⁴⁵⁴.

Sennonché dopo aver affermato ciò, questa dottrina è costretta a smentire, almeno in parte, tali conclusioni per non porsi in contraddizione con la propria definizione di testamento e per giustificare la possibilità di imporre tramite testamento obbligazioni a carico di un terzo: le disposizioni atipiche con efficacia obbligatoria non contrasterebbero con il principio di tipicità perché attraverso di esse verrebbero forniti i mezzi economici per l'adempimento e l'onere potrebbe scegliere se assumere o meno la posizione debitoria, attraverso l'accettazione o la rinuncia all'eredità⁴⁵⁵.

Se l'ultima delle due considerazioni è senz'altro veritiera, la prima risulta smentita allorquando il soggetto onerato sia un'erede, che non ha accettato l'eredità con beneficio d'inventario, e l'onere superi il valore del lascito, poiché in tal caso il valore del lascito non sarebbe sufficiente a fornire le sostanze per l'esecuzione dell'obbligazione.

A ben vedere, l'esigenza di far salvo il principio di tipicità, nel pensiero qui considerato, risulta direttamente collegata con il problema della natura dell'onere testamentario: infatti, solo smentendo la possibilità che quest'ultimo possa costituire l'unico contenuto del testamento si è ritenuto possibile affermare l'accidentalità quale carattere connaturato e ineliminabile del *modus*, il quale, in quanto peso che limita o annulla il valore dell'attribuzione, dovrebbe sempre essere apposto a una disposizione attributiva⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 146, secondo il quale le conclusioni sopra riportate sarebbero giustificate anche in materia successoria in virtù del principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica.

⁴⁵⁵ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 151 – 152.

⁴⁵⁶ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 165.

Infine, non è mancato chi ha proposto una concezione c.d. atomistica del testamento, in virtù della quale quest'ultimo costituirebbe una forma atta a raccogliere una pluralità di negozi *mortis causa*⁴⁵⁷, autonomi e indipendenti, con una propria struttura e un diverso regime⁴⁵⁸.

Seppur suggestiva tale concezione non merita di essere seguita, perché il legislatore ha definito il testamento come un unitario tipo negoziale con propri presupposti e una disciplina peculiare⁴⁵⁹.

Preso atto che il sistema successorio non comprende solo l'aspetto devolutivo, ma anche quello obbligatorio e che il testamento può presentare una varietà di regolamenti *mortis causa*, che vanno ben al di là di quelli indicati all'art. 588 c.c., rimane da stabilire quale sia lo spazio riservato al legittimo esercizio dell'autonomia testamentaria.

La natura negoziale⁴⁶⁰ e di atto di autonomia⁴⁶¹ del testamento è un dato ormai acquisito, mentre risulta discusso se

⁴⁵⁷ BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 311.

⁴⁵⁸ BIONDI B., *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 526.

⁴⁵⁹ BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 309 ss.; GIAMPICCOLO A., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 327.

⁴⁶⁰ FERRI G. B., *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova, 2001, p. 12 ss. e 90; BIANCA C. M., *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 645; BONILINI G., voce «Testamento», cit., pp. 338 ss.; ID, *Il testamento. Lineamenti*, Cedam, Padova, 1995, p. 55; CRISCUOLI G., voce «Testamento», cit., p. 3; GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., pp. 16 e 33 ss.; CICU A., *Testamento*, cit., pp. 5 ss.; CARIOTA – FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pp. 37 ss.; STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 3 ss e 45; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 95; BRANCA G., *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1986, p. 55; BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Sclesinger, Giuffrè, Milano, 1991, p. 58; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 43. Una minoritaria, seppur autorevole dottrina, critica la riconduzione del testamento alla categoria del negozio giuridico: LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, cit., pp. 27 ss.; RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, cit., p. 147.

⁴⁶¹ BIN M., *La diseredazione*, cit., pp. 144 ss.; BONILINI G., *Il negozio testamentario*, in *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 9 ss.; TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., pp. 41 ss.; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 310 ss.; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 43 ss., il quale avverte che dalla natura negoziale di un atto non si può ricavare

esso possa definirsi anche come autoregolamento di interessi. Il dubbio potrebbe sorgere laddove si consideri che il contenuto del testamento non è determinabile del tutto liberamente e che la sua efficacia riguarda soggetti diversi dall'autore dello stesso.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, una dottrina ha affermato che la formula «autoregolamento d'interessi privati con carattere d'impegnatività» sarebbe corretta per il negozio patrimoniale tra vivi, ma non sarebbe idonea a spiegare il negozio testamentario, il quale per sua natura si caratterizzerebbe, invece, per produrre i suoi effetti nei confronti di soggetti diversi dal suo autore, per cui si dovrebbe parlare di eteronomia più che di autonomia⁴⁶². Tuttavia, a ciò si può obiettare che l'autoregolamento va riferito all'autore del negozio («regolamento posto da se stesso») e non al destinatario della regola («regolamento imposto a se stesso»)⁴⁶³.

Vi è stato poi chi ha contrapposto il contratto al testamento, affermando che mentre il primo sarebbe il negozio mediante il quale «le parti creano qualcosa che prima non c'era e che senza il loro intervento non si sarebbe mai verificata», di modo che esso possa considerarsi sia la fonte sia la regola del rapporto, nel testamento la «forza creatrice» dovrebbe ritenersi più apparente che reale, limitandosi lo stesso a una funzione di indirizzo della vocazione ereditaria, tra l'altro non sempre vincolante per l'ordinamento giuridico⁴⁶⁴. Risulta evidente che un simile modo di

automaticamente che esso sia strumento dell'autonomia privata e ciò su cui si deve riflettere se il testamento abbia la sostanza dell'autoregolamento di interessi.

⁴⁶² RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, cit., p. 205; LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, cit., p. 181.

⁴⁶³ BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 149. Conforme: DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 45; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 13; BIGLIAZI GERI L., *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1993, p. 48; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 413 ss.

⁴⁶⁴ FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 40 ss., secondo il quale «se il testamento non crea il rapporto (...) e se la volontà del testatore si limita dunque a determinare, e non direttamente, una direttrice della vocazione, la forza regolatrice del testamento appare di portata ridotta rispetto a quella del contratto».

pensare sottende l'idea che il testamento non sia la fonte diretta della vocazione testamentaria, la quale dovrebbe rinvenirsi in ogni caso nella legge.

Ciò nondimeno, può agevolmente osservarsi che per tutti i negozi giuridici, e non solo per il testamento, gli effetti si producono in forza di un previo processo di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico, che legittima l'autonomia privata ad agire in un certo modo, fissandone i limiti⁴⁶⁵. Inoltre, affinché si abbia esplicazione di autonomia privata non è necessario che l'atto crei dal nulla una nuova vicenda⁴⁶⁶.

Per quanto riguarda, infine, l'obiezione che il testamento non comporta l'insorgere di alcun rapporto riconducibile all'ereditando⁴⁶⁷, essa è superabile considerando che genera comunque effetti attinenti alle situazioni giuridiche di cui era titolare⁴⁶⁸.

Dissipati i dubbi sulla natura di autoregolamento di interessi del negozio testamentario, sorge spontaneo chiedersi quali siano i limiti generali a cui va incontro l'esercizio dell'autonomia testamentaria. Una simile indagine non può che prendere le mosse dalla domanda se al testamento possa estendersi l'art. 1322 c.c., con conseguente applicazione del sindacato sulla meritevolezza dell'interesse perseguito. Nell'affrontare questo problema la dottrina spesso ha chiamato in causa la questione della legittimità del testamento volto a perseguire interessi bizzarri o futili, come

⁴⁶⁵ BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 154; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 8; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 32 ss.

⁴⁶⁶ BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 155, il quale porta come esempi le convenzioni matrimoniali e il contratto successorio per quei sistemi nei quali esso è ammesso. L'autore afferma che «è vero piuttosto che il testamento, a differenza del contratto e di altri negozi *inter vivos*, non è destinato a creare un rapporto fra più soggetti interessati al negozio. Ma ciò dipende semplicemente dalla già ripetuta circostanza che nel testamento manca un conflitto d'interessi rilevante sul piano negoziale; né d'altro canto può dirsi che la direzione a porre in essere un rapporto giuridico sia essenziale alla figura dell'atto di autonomia privata». In tal senso si veda anche CICU A., *Testamento*, cit., p. 3.

⁴⁶⁷ FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 40 ss.

⁴⁶⁸ DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 46;

dovrebbe considerarsi – secondo taluno – quel testamento con il quale si impone la cura dell'animale domestico, la celebrazione di certe ricorrenze o la costruzione di un monumento in memoria del testatore⁴⁶⁹: i tipici interessi che nella maggior parte dei casi trovano espressione attraverso l'imposizione di un *modus*.

Coloro che ritengono che al testamento non possano applicarsi le regole previste per il contratto in generale, partendo dall'idea che l'art. 1324 c.c. riguardi soltanto agli atti unilaterali aventi contenuto patrimoniale tra vivi, escludono che il negozio testamentario possa essere sindacato, oltre che sotto il profilo della liceità dei motivi, anche in termini di meritevolezza dell'interesse perseguito⁴⁷⁰: l'autonomia testamentaria incontrerebbe limiti di minor intensità rispetto a quella contrattuale sia perché il legislatore cercherebbe di valorizzare la libertà di disciplinare i propri interessi per il momento successivo alla morte, sia perché in tale ambito sarebbe assente l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi⁴⁷¹. La logica conseguenza di questo modo di ragionare è l'affermazione della legittimità del testamento volto a perseguire interessi bizzarri o capricciosi⁴⁷².

Più aderente al nostro sistema normativo mi sembra, invece, la posizione di coloro i quali sostengono che l'art. 1324 c.c., imponendo un giudizio di compatibilità, richieda la necessità di una selezione delle norme sul contratto sulla base dell'*eadem ratio* rispetto alla fattispecie che non ha ricevuto alcuna disciplina, autorizzando così l'utilizzo dell'analogia anche con riguardo ai negozi non contemplati nella norma in esame⁴⁷³. Se, come abbiamo

⁴⁶⁹ Gli esempi sono tratti da BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 389 – 390.

⁴⁷⁰ TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., pp. 41 ss.

⁴⁷¹ BONILINI G., *Il negozio testamentario*, cit., pp. 9 ss., il quale tra i limiti all'autonomia testamentaria cita anche le norme sulla successione necessaria e il divieto di sostituzione fedecommissaria.

⁴⁷² RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, cit., p. 147.

⁴⁷³ BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 184; PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990, pp. 458 ss.; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 18 ss., secondo il quale «il giudizio di

avuto modo di vedere, l'art. 1324 c.c. non impedisce che le *regulae iuris* disciplinanti il contratto possano essere estese al testamento, non si riescono a scorgere ragioni⁴⁷⁴ per negare la compatibilità del giudizio di meritevolezza contenuto nell'art. 1322 c.c. con il negozio testamentario. Del resto, l'opinione secondo la quale il testamento avrebbe già scontato in origine il controllo di meritevolezza non tiene conto del ruolo rilevante svolto dall'autonomia nel negozio testamentario, la quale può legittimamente esplicitarsi nella previsione di disposizioni atipiche, diverse da quelle espressamente previste dalla legge, rispetto alle quali non può sostenersi essere intervenuto un previo giudizio di meritevolezza⁴⁷⁵.

In considerazione di ciò, deve ritenersi senz'altro inammissibile un testamento che persegua interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Tuttavia, a parere di chi scrive, la meritevolezza va valutata in modo elastico, tenendo conto delle diverse funzioni a cui risponde il testamento rispetto al contratto: infatti, attraverso di esso il testatore sovente, oltre alla trasmissione delle proprie sostanze, si preoccupa di tramandare la

compatibilità prospettata dall'art. 1324 c.c. si dispiega, secondo noi, attraverso una duplice fase: anzitutto, bisognerà domandarsi se la norma o il complesso di norme, di cui si ipotizza un possibile impiego al di fuori della materia contrattuale, palesino una connessione logicamente necessaria con il contratto in quanto fattispecie a struttura bilaterale o plurilaterale. Qualora una tale connessione risulti inesistente – sicché debba escludersi che venga in rilievo quel primo limite di contenuto negativo (applicabilità delle norme sui contratti agli atti giuridici unilaterali) del quale in precedenza abbiamo detto – si tratterà di stabilire se la norma prescelta si presenti, per riprendere una terminologia già introdotta, come congrua o adeguata rispetto alla regolamentazione dell'atto che appunto necessita di ricevere disciplina».

Si mostrano di contrario avviso: LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, cit., pp. 222 ss.; FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 35 ss.

⁴⁷⁴ RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, cit., p. 147.

⁴⁷⁵ Sono favorevoli all'estensione del giudizio di meritevolezza al testamento coloro che ritengono applicabili a tale negozio le regole sul contratto in generale per il tramite del procedimento analogico indicato nell'art. 1324 c.c.: BIN M., *La diseredazione*, cit., pp. 185 ss.; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 389 – 390; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 418. La negazione dell'ammissibilità del giudizio di meritevolezza con riferimento al testamento risulta collegata all'opinione che ritiene inapplicabili le regole sul contratto in generale: RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, cit., p. 147; FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 41 ss.; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 760; ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 461.

memoria di sé, piuttosto che della salvezza della propria anima - la cui meritevolezza risulta espressamente sancita per il mezzo dell'art. 629 c.c. - o ancora del perseguimento di finalità caritatevoli (art. 630 c.c.). Inoltre, bisogna tenere presente che il modo di pensare di un società muta nel tempo e ciò che in passato poteva apparire come futile al giorno d'oggi può rappresentare un aspetto importante della vita: basti pensare alla crescente importanza attribuita all'animale domestico, che viene spesso considerato come parte integrante del nucleo familiare.

Alla luce di ciò non mi sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene immeritevoli di tutela le disposizioni testamentarie con le quali si preveda la cura dell'animale, la costruzione di un monumento o la celebrazione di messe in memoria del *de cuius*⁴⁷⁶.

Quanto sopra esposto evidenzia che, una volta riconosciuto all'autonomia testamentaria il potere di prevedere disposizioni atipiche, seppur nei limiti indicati, non sussistono valide ragioni per negare che l'onere possa costituire l'unico contenuto del testamento.

Un argomento testuale a favore dell'ammissibilità di un onere isolato può rinvenirsi nell'art. 629 c.c., dal quale si ricava l'idoneità delle disposizioni a favore dell'anima a costituire l'unico contenuto del testamento e la loro assimilazione all'onere testamentario con conseguente applicazione della disciplina prevista all'art. 648 c.c.⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 389 – 390.

⁴⁷⁷ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 925; LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, cit., p. 161.

Solo una dottrina minoritaria, seppur autorevole, afferma la natura di legato della disposizione a favore dell'anima: PUGLIATTI S., *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, libro delle successioni e donazioni, Firenze, 1941, p. 515. Ritiengono, invece, che le pie disposizioni abbiano la natura di onere testamentario: GANGI C., *La successione testamentaria*, I, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 454 ss.; SCARPELLO G., voce «Anima (disposizioni a favore dell)», in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Varese, 1958, pp. 421 ss.; FALCO – A. BERTOLA, voce «Anima (disposizioni a favore dell)», in *Nuoviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 625; BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 245; CARNEVALI U., voce «Modo», cit., p. 688; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 207 ss.; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 225; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 385;

Una parte della dottrina, ritenendo che l'onere possa costituire una clausola isolata solo a condizione di sostenere la sua autonomia, per riaffermare la natura accidentale dello stesso ha vigorosamente negato la possibilità che il *modus* possa essere apposto all'eredità legittima, dovendo lo stesso essere sempre collegato a una disposizione testamentaria principale⁴⁷⁸.

Per giustificare tale conclusione si è affermato che la disposizione a favore dell'anima potrebbe presentare l'aspetto di un elemento accidentale del negozio testamentario e, allora, troverebbe applicazione la disciplina dell'onere testamentario, in virtù del richiamo dell'art. 629; oppure la pia disposizione potrebbe atteggiarsi a contenuto autonomo rispetto all'istituzione di erede e legato: di conseguenza, non potrebbe applicarsi l'art. 648 c.c., in primo luogo, perché non sarebbe possibile configurare una risoluzione della disposizione *ab intestato* e, in secondo luogo, perché mancherebbe quel nesso indispensabile tra disposizione principale e onere⁴⁷⁹.

Tale prospettiva risulta erronea qualora si consideri che l'onere, come si avrà modo di dimostrare nel paragrafo che segue, può assumere le sembianze di un elemento sia autonomo sia accidentale del testamento; tuttavia, anche in quest'ultimo caso l'imprescindibile collegamento tra disposizione modale e principale non viene meno, ma si viene a creare tra onere ed eredità legittima⁴⁸⁰.

GARUTTI M., *Il modus testamentario*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 84 ss.; COPPOLA C., *Le disposizioni a favore dell'anima*, in *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 331 e 332; GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 313 ss.

In giurisprudenza si vedano: Cass. civ., 20.04.1957, n. 1364, in *Mass. Foro it.*, p. 271; Cass. civ., 11.03.1972, n. 712, in *Mass. Foro it.*, p. 205.

⁴⁷⁸ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 165 ss.

⁴⁷⁹ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 170 ss.

⁴⁸⁰ In questo senso si è espressa anche Cass. civ., sez. II, 21.2.2007, n. 4022, cit. A tal proposito si rinvia al capitolo I, paragrafo 1.4, nel quale ci si è soffermati sul contenuto di tale pronuncia. E' pacifico per la dottrina tedesca l'ammissibilità dell'onere imposto all'eredità legittima: COING H., *Erbrecht*, cit., p.

Secondo una diversa prospettiva si è affermato che il *modus* dovrebbe considerarsi un'autonoma disposizione *mortis causa* solamente nel senso che essa potrebbe costituire l'unico contenuto del testamento, senza con ciò scalfire la natura accidentale dell'onere, il quale rimarrebbe pur sempre collegato a una disposizione principale, con l'unica differenza che la fonte di essa dovrebbe rinvenirsi nella legge e non nel testamento⁴⁸¹. Pur non condividendo tale conclusione, per i motivi che saranno di seguito chiariti, non si può non aderire all'osservazione secondo cui l'onere quale disposizione isolata si presenti, in realtà, meno spesso di quanto si sarebbe portati a pensare: infatti, la clausola con la quale ci si limiti a menzionare il destinatario della vocazione legittima come soggetto onerato, concreta, in realtà, un'ipotesi di *testamentum secundum legem*. A ben vedere, con una simile disposizione il testatore non fa altro che confermare in tutto o in parte le norme sulla successione legittima, facendo propria la volontà della legge: in queste ipotesi si avrà, dunque, un onere apposto a un'istituzione di erede *ex testamento* e non *ex lege*⁴⁸². La possibilità per la disposizione modale di costituire l'unico contenuto del negozio testamentario non risulta per questo negata: basti pensare al caso in cui vi sia un primo testamento con un'istituzione di erede o un legato, cui segua un secondo testamento con il quale ci si limiti ad imporre allo stesso soggetto un onere⁴⁸³.

A conclusione del nostro ragionamento preme evidenziare come l'opponibilità dell'onere all'erede legittimo sia stata vista spesso come indice della natura autonoma⁴⁸⁴ o accidentale⁴⁸⁵ dello stesso: così impostato l'argomento rischia, però, di essere

205; LANGE H., *Lehrbuch des Erbrechts*, München – Berlin, 1962, p. 282; BARTHOLOMEYCZIK H., *Erbrecht*, München – Berlin, 1954, p. 274.

⁴⁸¹ DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 152.

⁴⁸² DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 150 ss.

⁴⁸³ Esempio tratto da DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 152.

⁴⁸⁴ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 925.

⁴⁸⁵ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., pp. 170 ss.

fuorviante, poiché tale circostanza non può ritenersi determinante per concludere in un senso o nell'altro. Come avremmo modo di vedere nel paragrafo che segue, sono altri gli argomenti che devono portare alla revisione dell'opinione tradizionale che vede nel *modus* elusivamente un elemento accidentale e/o accessorio del negozio testamentario.

4.2. LA NORMALE AUTONOMIA DEL *MODUS*.

Nel paragrafo precedente si ha avuto modo di verificare come l'ammissibilità della previsione di un onere isolato non possa considerarsi un elemento decisivo ai fini della determinazione della natura dello stesso: esso potrebbe, infatti, costituire sia un'autonoma disposizione *mortis causa* sia un elemento accidentale del negozio testamentario e ciò nondimeno costituire l'unico contenuto del testamento.

Nonostante l'art. 647, comma 3, c.c. sia stato dai più considerato la riprova della natura accidentale del modo, in quanto espressione del principio di dipendenza del *modus* dalla disposizione principale⁴⁸⁶, a ben vedere tale norma risponde solo in parte a tale logica, potendosi in essa scorgere due regole diverse. L'affermazione secondo la quale «l'onere impossibile o illecito si considera non apposto», sancendo l'incomunicabilità dell'invalidità del primo alle altre due disposizioni, dimostra che il rapporto tra il *modus* e l'istituzione di erede o il legato va inteso in termini di normale autonomia dell'onere dalle altre due disposizioni, in ragione del fatto che tra di essi manca quel nesso di inscindibilità che caratterizza gli elementi accidentali del negozio⁴⁸⁷. Mentre, l'ultima parte della norma in esame, stabilendo che l'onere «rende tuttavia nulla la disposizione se ne ha costituito il solo motivo

⁴⁸⁶ *Amplius* capitolo III, paragrafo 3.4.

⁴⁸⁷ Seppur secondo una diversa prospettiva, che, come si avrà modo di vedere, non può essere seguita, interpreta in questo modo l'art. 647, comma 3, c.c.: GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 261 ss.; conforme: LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 394 ss.

determinante», evidenzia la presenza di un collegamento tra il *modus* e l'istituzione di erede o il legato, in virtù della particolare qualificazione assunta dal motivo; circostanza questa che giustifica la regola secondo cui l'invalidità del *modus* si rifletta sulla disposizione al quale risulta connesso⁴⁸⁸. Come è stato autorevolmente osservato, «non è tanto l'impossibilità o l'illiceità dell'onere che produce la nullità della disposizione, quanto l'intensità della connessione tra onere e legato (o istituzione di erede), così come voluta a manifestata dal testatore»⁴⁸⁹.

Detto in altri termini, all'autonomia testamentaria è concessa la possibilità di scegliere se perseguire un certo interesse attraverso la previsione di un onere che costituisca un elemento autonomo ovvero accidentale del testamento.

A questo punto del ragionamento appare utile fare una precisazione. Quando si è parlato di accidentalità poche righe più sopra si è fatto riferimento all'esistenza di un collegamento tra la disposizione principale e il *modus*, ma con ciò non si è voluto in alcun modo qualificare lo stesso in termini di subordinazione. L'onere qualora sia stato concepito dal *de cuius* come un elemento accidentale del testamento non si atteggia in modo diverso dalla condizione, per cui di accidentalità potrà propriamente parlarsi solo in astratto e il collegamento dovrà considerarsi alla stregua di un nesso di inscindibilità: si avrà, quindi, un'unica volontà, qualificata dalla presenza di un onere, che assolve la funzione di imprimere un particolare carattere all'assetto di interessi che esso intende regolare. E' proprio questa inscindibilità della volontà che spiega la regola dell'ultima parte dell'art. 647, comma 3, c.c., secondo cui la nullità del *modus* si riflette sulla disposizione testamentaria (*vitiatur et vitiat*).

⁴⁸⁸ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 633.

⁴⁸⁹ GARDANI CONTURSI LISI L., *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., p. 773.

Al testatore è rimessa, inoltre, un'altra possibilità, potendo concepire l'onere, non solo come elemento accidentale o autonomo, ma anche accessorio, qualora attraverso di esso costui persegua uno scopo secondario rispetto a quello preso di mira con l'istituzione di erede o il legato. Il ruolo meramente marginale svolto dal *modus* all'interno del negozio comporta la conseguenza che l'invalidità del primo non può ritenersi idonea a travolgere la disposizione principale, a differenza di quanto accade in caso di accidentalità dell'onere.

La legge nulla dice su quali siano le conseguenze dell'invalidità dell'istituzione di erede o del legato sul *modus*, per questa ragione spetta all'interprete ricavare la regola dal sistema.

Se ciò che abbiamo detto poche righe più sopra corrisponde al vero, si deve affermare che soltanto in presenza di un collegamento, qualificabile in termini di inscindibilità o di subordinazione, l'invalidità delle disposizioni di cui all'art. 588 c.c. si comunichi all'onere; mentre le vicende patologiche dell'istituzione di erede o del legato devono considerarsi del tutto irrilevanti per l'onere concepito quale elemento autonomo del testamento⁴⁹⁰.

E' compito dell'interprete stabilire in quale direzione si sia diretta la volontà del *de cuius*; tuttavia, qualora risulti che l'onere abbia costituito il solo motivo determinante, si dovrà certamente escludere sia una qualificazione in termini di accessorietà, in quanto ciò esclude di per se stesso sia che il modo rappresenti uno scopo meramente secondario rispetto a quello perseguito con la disposizione principale, sia che il *modus* si atteggi ad elemento autonomo, data la presenza di un legame particolarmente forte con l'istituzione di erede o il legato⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ In senso contrario si esprimono: MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., pp. 178 - 179; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 153.

⁴⁹¹ Sull'accessorietà dell'onere testamentario ci si è già soffermati al capitolo III, paragrafo 3.4, al quale si rinvia.

Potrebbero sorgere dei dubbi sulla fondatezza della soluzione prospettata laddove si consideri che gli artt. 626 e 634 c.c., dettati in tema di condizione, presentano in sostanza lo stesso contenuto dell'art. 647, comma 3, c.c., anche se per il solo caso di illiceità del motivo.

Secondo taluno⁴⁹² la previsione di una regola parallela per l'illiceità del motivo nella condizione e nel *modus* sarebbe coerente con la lettura testé prospettata dell'art. 647, comma 3, c.c., almeno se si ipotizza che con il Codice civile del 1942 il nostro ordinamento giuridico si sarebbe conformato a una concezione ampia di peso, idonea a ricomprendere al suo interno sia la condizione sia l'onere testamentario: entrambi gli elementi potrebbero, infatti, presentarsi o come valori condizionanti la volontà del *de cuius* o come una volontà che si aggiunge a quella espressa nell'istituzione di erede o nel legato per la realizzazione di un determinato scopo. In conseguenza di ciò, non avrebbe più senso parlare dell'inscindibilità quale caratteristica propria del fenomeno condizionale⁴⁹³.

A parere di chi scrive, un tale ragionamento non può essere condiviso: infatti, se il legislatore avesse davvero previsto una nozione ampia di peso, ricomprendente la condizione e l'onere, non si comprende per quale ragione non abbia poi dotato tali elementi di un'unica disciplina normativa, contemplando regole differenti solo a seconda della diversa funzione (condizionante o volontà aggiunta) svolta dagli stessi. Così non è: onere e condizione sono, infatti, considerate dal nostro ordinamento giuridico come due

⁴⁹² GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 240 ss.

⁴⁹³ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 264 ss., secondo la quale «l'art. 626 c.c. non sta a segnare l'eccezionale rilevanza del motivo, ma indica piuttosto il duplice rilievo del motivo: sia in quanto esso operi all'interno del ciclo formativo della volontà (motivo unico e determinante), sia che venga formulato in espresse manifestazioni di volontà. Queste sono, per l'appunto, la condizione e l'onere: e ciò in virtù del richiamo all'art. 626, che compare nell'art. 634 per la condizione e nel secondo inciso (dell'art. 647, comma 3, c.c.) per l'onere».

realtà normative distinte, ciascuna delle quali conseguentemente dotata di una propria disciplina.

Pur essendo il contenuto dell'art. 647, comma 3, c.c. sostanzialmente coincidente con quello risultante dalla lettura coordinata degli artt. 626 e 634 c.c., una diversa declinazione delle regole contenute nella prima disposizione citata risulta giustificata alla luce del diverso contesto normativo in cui risulta inserita: mi riferisco, in particolare, al primo comma dell'art. 647 c.c. e all'ultimo comma dell'art. 648.

Con riguardo all'art. 647, comma 1, c.c., appare proficuo soffermarsi sull'espressione «l'onere può essere apposto»⁴⁹⁴ e, al fine di meglio comprenderne il significato, è utile scomporre i termini che la compongono: infatti, «apposto» evoca l'idea di un qualcosa che risulta aggiunto “a fianco” di una disposizione principale, in quanto ad essa collegato; se ciò corrisponde al vero, «può essere» in relazione ad «apposto» deve essere letto nel senso che il *modus* non deve essere necessariamente correlato a un'istituzione di erede ovvero a un legato o perché può non essere inserito nel testamento o perché può atteggiarsi come elemento «non apposto», vale a dire come elemento autonomo.

⁴⁹⁴ Abbiamo già avuto modo di vedere (capitolo III, paragrafo 3.3) come l'utilizzo dell'espressione apposto o non apposto sia stata tradizionalmente interpretata quale riprova dell'accidentalità dell'onere testamentario. A tal proposito si vedano: GELATO P., voce «*Modo*», cit., p. 391; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 243; GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., pp. 229 – 230; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 178; AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 519. Secondo GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 261, invece, «“può essere apposto” è indicazione terminologica scelta e formulata esclusivamente in funzione della regola *vitiatur sed non vitiat* del terzo comma. Non compare, dunque, come indicazione volta a qualificare di accessorietà o di accidentalità l'onere; ma è espressione letterale necessitata, per così dire, dalla regola subito dopo formulata e che dichiara non apposto l'onere (come già detto dall'art. 634 per la condizione). La regola stessa in entrambe le sedi sta ad esprimere l'autonomia delle due manifestazioni di volontà “condizione” e “onere”. Si che, infine, il “può essere apposto” compare, nella sua lettera, ad indicazione dell'onere che si aggiunge alle due disposizioni ex art. 588: vale a dire come ulteriore manifestazione di volontà “aggiunta”, in quanto esprime ed è volta a conseguire desideri e intenti diversi da quelli espressi nelle due istituzioni; ma non per questo espressione di volontà in posizione comunque subordinata (di accidentalità o accessorietà)».

Una conferma dell'interpretazione prospettata può rinvenirsi, inoltre, nella disciplina prevista all'ultimo comma dell'art. 648 c.c., il quale prevede che la risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento del *modus* è consentita solo ove espressamente prevista dal testatore oppure quando l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante la disposizione. Tale alternativa assume un significato ben preciso laddove si consideri che nell'ultima ipotesi citata non è prevista la necessità di una previsione esplicita per poter ottenere la risoluzione della disposizione testamentaria, perché la possibilità di azionare tale rimedio costituisce la logica conseguenza di quel nesso qualificato che lega l'onere all'istituzione di erede o al legato. L'espressa menzione della possibilità di chiedere la risoluzione è stata inserita dal legislatore per confutare ogni dubbio sulla esperibilità di tale rimedio tutte le volte in cui il nesso funzionale non risulti così fortemente caratterizzato – si pensi, ad esempio, a un onere accessorio –, ma soprattutto per l'evenienza in cui il *modus* presenti le caratteristiche di una disposizione autonoma. In tal caso, infatti, trattandosi di due disposizioni indipendenti l'una dall'altra, le vicende dell'onere non dovrebbero in alcun modo riflettersi sull'istituzione di erede o sul legato; tuttavia, così facendo il mancato rispetto della volontà del *de cuius* rimarrebbe privo di conseguenze e ne risulterebbe scalfita l'efficacia del *modus* quale strumento atto a conseguire interessi diversi rispetto a quelli perseguibili attraverso le disposizioni di cui all'art. 588 c.c. Per ovviare a tale pericolo, la legge ha stabilito quale sanzione per la mancata esecuzione della volontà del testatore da parte dell'onerato la possibilità di colpire l'istituzione di erede o il legato attraverso la risoluzione, anche se solamente ove sia stata espressamente previsto dal *de cuius*, non potendo costituire il riflesso della natura dell'onere, come invece accade qualora quest'ultimo abbia costituito il solo motivo determinante.

Se ciò corrisponde al vero, non può condividersi l'opinione di chi ha sostenuto che, pur ricavandosi dall'art. 647, comma 3, c.c. l'esigenza di un collegamento tra la disposizione testamentaria e il *modus*, questo non andrebbe qualificato in termini di accidentalità, poiché tale nesso sarebbe del tutto identico a quello che unisce istituzione di erede e legato o il sublegato al legato principale, perché, ragionando in questo modo, si finiscono col riunire sotto la medesima disciplina due situazioni differenti⁴⁹⁵. D'altra parte, nemmeno la posizione di coloro che affermano che la norma in esame preveda esclusivamente la necessità di un collegamento qualificato tra l'onere e una delle istituzioni di cui all'art. 588 c.c.⁴⁹⁶ appare soddisfacente, in quanto coglie soltanto un aspetto del dato normativo (l'ultima parte del terzo comma dell'art. 647 c.c.), omettendo di considerare che legge consente anche all'onere di comportarsi quale elemento autonomo del testamento (prima parte dell'articolo citato).

Resta, infine, da considerare un ultimo aspetto. I sostenitori dell'autonomia del *modus* sovente portano come argomento a sostegno della propria tesi gli artt. 676, comma 2, e 677, commi 2 e 3, c.c., i quali - stabilendo che in caso di accrescimento, di devoluzione dell'eredità agli eredi legittimi qualora non operi tale meccanismo ovvero di risoluzione delle disposizioni testamentarie, i coeredi o i legatari o gli eredi legittimi subentrano negli obblighi a cui era sottoposto l'erede o il legatario sostituito - sancirebbero la c.d. ambulatorietà dell'onere, che sarebbe incompatibile con il principio *accessorium sequitur principale*⁴⁹⁷. Sennonché è stato correttamente posto in evidenza che, in realtà, l'incidenza del *modus* su di un soggetto diverso si ricollega a una vicenda della

⁴⁹⁵ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 205.

⁴⁹⁶ DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 152 ss.

⁴⁹⁷ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., pp. 894 - 895; BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 245; CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 198.

disposizione principale, la cui validità è presupposta dalla legge⁴⁹⁸. Conseguentemente, dalle norme citate non può trarsi alcun argomento a favore dell'autonomia dell'onere.

Inoltre, nonostante gli artt. 647, comma 3, e 793, comma 1, c.c. presentino lo stesso contenuto, non si possono formulare con riferimento alla donazione modale le stesse conclusioni a cui si è giunti a proposito dell'onere testamentario sia perché l'eventuale autonomia del *modus* si porrebbe in contrasto con la natura liberale del negozio donativo, sia perché è diverso il contesto normativo in cui si inserisce la disposizione citata⁴⁹⁹.

Giunti a questo punto del nostro discorso, possiamo constatare come l'impostazione codicistica, che disciplina l'onere accanto alla condizione e al termine, sia il frutto dell'ossequio a una tradizione – quella Pandettistica – che deve ritenersi superata alla luce delle linee di evoluzione del sistema successorio, che consentono di leggere il dato normativo nel modo testé descritto. Il testamento ha smesso di essere lo strumento asservito esclusivamente alla trasmissione della ricchezza familiare, per divenire un mezzo utile per perseguire i più disparati interessi – nei limiti della liceità e della meritevolezza –, non solo attraverso l'attribuzione *mortis causa* delle sostanze del *de cuius*, ma anche attraverso l'imposizione di obblighi all'erede o al legatario.

Se, come poco sopra si ricordava, il *modus* può essere concepito dal testatore come un elemento autonomo del testamento, senza che ciò comporti alcuna alterazione alla struttura propria del testamento, l'esclusione dello stesso dal meccanismo della successione ereditaria non può trovare più giustificazione⁵⁰⁰. Una volta posto l'onere sullo stesso piano delle

⁴⁹⁸ DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 153 – 154; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit. 167.

⁴⁹⁹ Per le ragioni si vada il paragrafo 3.4 del capitolo III.

⁵⁰⁰ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 921, secondo il quale «l'esclusione del *modus* dal meccanismo della successione ereditaria poteva trovare giustificazione in un sistema in cui il fenomeno successorio era ricollegato elusivamente alla proprietà (o ad altri diritti c.d. reali) e regolava

disposizioni di cui all'art. 588 c.c., per descrivere il contenuto del testamento al binomio istituzione di erede – legato si dovrebbe preferire la distinzione, proposta da un illustre giurista, tra aspetto obbligatorio e reale della successione. Il secondo dei due termini citati comprenderebbe l'istituzione di erede e il legato ad efficacia reale; mentre, nel primo si dovrebbero annoverare l'onere testamentario e il legato obbligatorio, dal momento che la struttura di quest'ultimo è molto più vicina a quella del *modus* che a quella del legato reale, in quanto è attraverso l'imposizione di un obbligo che in entrambi l'interesse del testatore viene soddisfatto⁵⁰¹. Tale ragionamento è condivisibile, purché si tenga in debita considerazione che non sempre la previsione di un modo dà origine a una disposizione autonoma⁵⁰².

L'aspetto interessante di una siffatta conclusione risiede nel fatto che la vicinanza strutturale tra l'onere testamentario e il legato obbligatorio può giustificare la possibilità di reciproca applicazione analogica delle relative norme, in presenza di una lacuna legislativa⁵⁰³.

4.3. LA DISCIPLINA APPLICABILE ALL'ONERE TESTAMENTARIO. IN PARTICOLARE, IL PROBLEMA DEL COORDINAMENTO TRA GLI ARTT. 647 - 648

quindi la sorte del patrimonio in caso di morte del titolare. (...) Tale stadio, in parte superato dal codice abrogato, tanto più deve ritenersi superato da quello vigente. Non può, pertanto, non fare impressione che quella angusta nozione del fenomeno della successione ereditaria sia tutt'ora presente nella definizione legislativa del testamento, contenuta all'art. 587, comma 1, c.c. (...) A ben vedere si tratta, però, di una definizione innocua, tanto che dalle altre norme del codice deriva chiaramente che il testamento non ha la sola funzione di regolare il passaggio delle sostanze del testatore al momento della sua morte. Non vi è dubbio, in particolare, che il testatore può regolare la successione, oltre che disponendo dei suoi beni, imponendo obblighi all'erede o al legatario. Tale aspetto, diciamo così, "obbligatorio" della successione testamentaria è indubbiamente destinato ad avere, nella moderna economia, un posto sempre più rilevante». In questo senso si vedano anche BIN M., *La diseredazione*, cit., p. 245; LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, cit., p. 159.

⁵⁰¹ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 922.

⁵⁰² *Contra* GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., pp. 922 ss., secondo il quale l'onere testamentario è sempre un elemento autonomo del testamento.

⁵⁰³ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., pp. 926 - 927.

C.C. E LE NORME PREVISTE NEL CODICE CIVILE IN TEMA DI RISOLUZIONE DEI
CONTRATTI A PRESTAZIONI CORRISPETTIVE.

Abbiamo già avuto modo di accennare⁵⁰⁴ che il Codice civile del 1942, innovando rispetto a quello precedente, ha previsto espressamente un sistema atto a consentire la coercibilità dell'onere testamentario, il quale si concreta nella facoltà riservata all'interessato di scegliere se agire per l'adempimento del *modus* o per la risoluzione della disposizione testamentaria, qualora l'onere non esegua spontaneamente la prestazione modale. Ciò nondimeno gli artt. 647 e 648 c.c. non chiariscono né la disciplina in concreto applicabile ai rimedi testé indicati né in quale rapporto stiano le azioni di adempimento e di risoluzione: spetta, dunque, all'interprete ricostruire il sistema di tutela a partire dalle indicazioni normative e dalla considerazione della struttura della clausola modale.

Innanzitutto, occorre stabilire quali caratteristiche debba presentare l'inadempimento affinché il soggetto possa agire ai sensi dell'art. 648, comma 1, c.c.

Dal momento che l'onere presenta natura obbligatoria, per determinare il tempo e il modo dell'adempimento si potrà far ricorso alle norme dettate agli artt. 1173 ss. c.c. con gli opportuni adattamenti⁵⁰⁵, per tenere conto della particolare rilevanza che assume la volontà del testatore, in quanto l'obbligazione modale si

⁵⁰⁴ Si rinvia al capitolo II, paragrafi 2.2 e 2.3.

⁵⁰⁵ Sono favorevoli all'applicazione delle norme generali dettate in tema di obbligazione: SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 279; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 242; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 263; GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 914.

In questo senso si pronuncia anche la giurisprudenza maggioritaria: Cass. civ., 10.05.1921, cit.; Cass. civ., sez. I, 12.05.1941, cit.; Cass. civ., sez. II, 13.06.1950, n. 3510, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.01.1951, n. 133, cit.; Trib. Napoli, 06.06.1960, cit.; Cass. civ., 02.10.1974, n. 2561, cit.; Cass. civ., sez. II, 08.02.1986, n. 802, cit.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.; Cass. civ., sez. II, 25.05.1999, n. 5122, cit.; Cass. civ., sez. II, 14.12.1999, n. 14029, cit.; Cass. civ., sez. II, 20.02.2003, n. 2569, cit.; Cass. civ., sez. II, 28.06.2005, n. 13876, cit.; Trib. Bari, 21.09.2010, cit.; Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit.; Cass. civ., sez. II, 16.05.2013, n. 11906, cit.

caratterizza per essere prevista in vista della soddisfazione di un interesse di un soggetto che al momento in cui essa è destinata ad essere eseguita non è più in vita.

Non vi sono dubbi sul fatto che l'onerato debba adempiere l'obbligazione modale con la diligenza di cui all'art. 1176 c.c.; tuttavia, l'esatto adempimento va valutato in modo più elastico rispetto alle obbligazioni che sorgono per atto *inter vivos*, nel senso che non ogni esecuzione diversa da quella prospettata dal *de cuius* deve ritenersi inadempimento: così, qualora sulla base delle circostanze del caso concreto, risulti impossibile eseguire la prestazione modale secondo le precise modalità indicate dal testatore, ma sia comunque possibile realizzare l'intento di costui cambiando in parte l'esecuzione, si dovrà ritenere che l'onerato non possa considerarsi inadempiente ove si sia attivato per chiedere una mutazione in tal senso⁵⁰⁶.

Per determinare il tempo in cui sorge l'obbligazione modale non si deve guardare al momento in cui si apre la successione⁵⁰⁷, bensì a quello in cui la persona obbligata riceve effettivamente l'attribuzione fatta in suo favore, e ciò in considerazione del fatto che l'art. 671 c.c. pone un limite all'adempimento, il quale rischierebbe di essere vanificato qualora si anticipasse l'esecuzione della prestazione modale, poiché il mancato successivo conseguimento della cosa oggetto del legato finirebbe col tradursi

⁵⁰⁶ Si veda a tal proposito LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 510, che riporta a titolo di esempio il caso affrontato da Cass. civ., 20.04.1957, n. 1364, in *Mass. Giur. it.*, 1957, p. 301, in cui si è ritenuto che «se il testatore allo scopo di ottenere suffragi alla sua anima e a quella degli altri defunti indicati nel testamento abbia disposto un legato in favore del parroco, facendo però obbligo al medesimo di celebrare un certo numero di messe all'anno e di tenere perennemente accesa una lampada votiva, tale onere deve ritenersi egualmente adempiuto pur con la celebrazione di un numero inferiore di messe e con la limitata accensione della lampada, secondo riduzioni autorizzate dalla competente sede apostolica». Si registrano altre sentenze in cui è stato applicato il medesimo principio: App. Genova, 24.07.1908, in *Tem. gen.*, 1908, p. 554; Trib. Palermo, 30.06.1911, in *Rep. Foro it.*, 1911, voce «Successioni», p. 106.

⁵⁰⁷ Ritiene, invece, che l'obbligazione modale sorga al momento dell'apertura della successione Cass. civ., 12.05.1941, in *Giur. it.*, I, p. 751.

in una perdita netta per il patrimonio dell'onerato⁵⁰⁸. In ragione di ciò, si deve concludere che l'ordinamento giuridico pone un limite all'autonomia testamentaria, nel senso che non è ammesso prevedere un termine anticipato rispetto al momento sopra indicato per l'adempimento del *modus*.

Rimane da stabilire che cosa succeda allorché il *de cuius* non abbia indicato il termine entro il quale l'onere testamentario debba essere eseguito. Si deve escludere l'applicazione del principio *quod sine die debetur statim debetur*, tutte le volte in cui la prestazione modale presenti natura complessa: non potendo ritenersi la stessa immediatamente eseguibile, si deve ritenere che l'interessato, prima di chiedere l'esecuzione del *modus*, abbia l'onere di domandare al giudice la fissazione di un termine ai sensi dell'art. 1183 c.c.⁵⁰⁹. In mancanza di esso, non potrà ritenersi verificato l'inadempimento, salvo che dal comportamento dell'onerato non possa ricavarsi in modo inequivoco la volontà di non adempiere al modo⁵¹⁰. In definitiva, il creditore della prestazione modale potrebbe esigerne l'adempimento immediato soltanto nel caso in cui essa abbia natura semplice.

Ciò posto, secondo alcuni il soggetto legittimato in caso di inadempimento dell'onere non potrebbe costringere l'onerato all'adempimento, avendo soltanto la possibilità, ai sensi dell'art.

⁵⁰⁸ Così si esprime MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 244, secondo il quale la *ratio* degli artt. 671 e 793, comma 2, c.c. è evitare un impoverimento dell'onerato; di conseguenza, il momento dell'adempimento non può essere anticipato all'apertura della successione perché «il conseguimento della cosa (donata, attribuita in eredità o in legato) prima dell'adempimento del *modus*, mettendo al riparo l'onerato dal rischio di un eventuale inadempimento del donante o degli eredi e, quindi, di un possibile impoverimento del suo patrimonio risponde alle stesse finalità protettive che stanno alla base degli artt. 671 e 793, comma 2, c.c. Si può, cioè, affermare che l'esigenza sostanziale che il legislatore ha inteso soddisfare inderogabilmente potrebbe risultare vanificata qualora si ammettesse, invece, la possibilità di fissare per donazione o per testamento un obbligo di anticipato adempimento a carico dell'onerato del *modus*». Si veda, inoltre, LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 511.

⁵⁰⁹ PROTO M., *Il modo*, cit., p. 1233; BONILINI G., *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 58 ss.; LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 511. In giurisprudenza si veda: Cass. civ., 09.06.1997, n. 5124, in *Giust. civ.*, 1998, I, pp. 502 ss.

⁵¹⁰ Cass. civ., 09.06.1997, n. 5124, cit.; Cass. civ., 20.02.2003, n. 2569.

1218 c.c., di chiedere il risarcimento del danno⁵¹¹. Tale posizione non può trovare accoglimento, in primo luogo, perché l'art. 648, comma 1, c.c. è chiaro nell'attribuire il potere di agire per «l'adempimento dell'onere», quindi, semmai, si potrebbe dubitare della possibilità di chiedere il risarcimento del danno, stante il silenzio della legge sul punto; in secondo luogo, poiché in tal modo si finirebbe con il menomare una tutela prevista dalla legge, dal momento che potrebbe verificarsi il caso in cui l'attore abbia un interesse all'esecuzione del *modus* e ciò nonostante non patisca alcun pregiudizio economico dalla mancata esecuzione della prestazione modale: si pensi all'ipotesi in cui il figlio del *de cuius* chieda all'onerato di costruire il monumento in memoria del padre, oggetto dell'onere testamentario.

E' rimasta isolata l'opinione secondo la quale sarebbe esclusa la possibilità di chiedere l'adempimento coattivo⁵¹². A tal proposito è agevole osservare che se ciò corrispondesse al vero, il legislatore non avrebbe previsto il primo comma dell'art. 648 c.c. e si sarebbe limitato a sancire una forma di coazione indiretta, rappresentata dalla possibilità di chiedere la risoluzione della disposizione testamentaria⁵¹³.

Come si è accennato poc'anzi, della facoltà di esperire il rimedio risarcitorio si potrebbe dubitare dal momento che esso, a differenza dell'azione di adempimento e di risoluzione non è stato espressamente previsto. Così vi è stato chi ha risposto negativamente a tale interrogativo, ritenendo che l'onere testamentario dia vita ad un'obbligazione *ex lege*, che potrebbe trovare tutela soltanto attraverso i mezzi espressamente predisposti

⁵¹¹ MESSINEO F., *Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, Cedam, Padova, 1941, p. 645.

⁵¹² PUGLIATTI S., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 542; GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 233, secondo il quale non sarebbe possibile l'adempimento forzato, poiché l'onere non attribuirebbe un diritto di credito.

⁵¹³ AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 521.

dalla legge⁵¹⁴. Tale conclusione è facilmente contestabile considerando che l'obbligazione modale trova la sua fonte nella volontà del testatore e non nella legge⁵¹⁵: conseguentemente, non vi è alcun ostacolo a riconoscere all'interessato la facoltà di esperire il rimedio di cui all'art. 1218 c.c. Anzi, una conferma che la volontà legislativa si sia diretta in questa direzione può rinvenirsi nella Relazione della Commissione parlamentare al Codice civile del 1942, nella quale si legge che la sanzione espressa del risarcimento del danno è stata ritenuta superflua, potendo desumersi dai principi generali in materia di obbligazioni⁵¹⁶.

Si deve, quindi, concludere che l'interessato-creditore, secondo le regole generali possa scegliere se chiedere l'esecuzione forzata della prestazione di *dare, facere o non facere*, a meno che non si tratti di una prestazione di carattere infungibile, salvo in ogni caso il risarcimento del danno⁵¹⁷.

⁵¹⁴ PUGLIATTI S., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 541 ss. Anche DI MAJO A., voce «*Obbligazione*», cit., p. 29, esclude la possibilità di chiedere il risarcimento del danno, ma sulla base di un diverso argomento: egli ritiene, infatti, che l'onere non presenti struttura obbligatoria e quindi non ritiene applicabili gli artt. 1173 ss. c.c.

⁵¹⁵ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 916, secondo il quale la tesi di Pugliatti «costituisce l'espressione di una posizione scettica nei confronti della configurazione di obbligazioni attribuita dalla legge al *modus*. L'autore ritiene, infatti, che il legislatore avrebbe dovuto attribuire al *modus* la configurazione di un vero e proprio *onere*, e cioè di una condizione per la conservazione dei benefici attribuiti dal testatore. E' però discutibile che, se il *modus* fosse stato configurato come *onere* in senso tecnico, o come vera e propria condizione risolutiva, lo scopo avuto di mira dal testatore sarebbe stato meglio raggiunto. In verità, siffatta configurazione condurrebbe, in caso di mancato adempimento alla decadenza del lascito a vantaggio dei chiamati in subordine. Cosicché gli interessi che il testatore ebbe di mira con l'imposizione del *modus* godrebbero di una tutela esclusivamente indiretta. Il legislatore ha, invece, voluto conservare la tradizionale configurazione del *modus* come obbligo, proprio per assicurare il più possibile agli interessati gli strumenti per la soddisfazione del loro interesse in caso di inadempimento».

⁵¹⁶ LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 623.

⁵¹⁷ In questo stesso senso si pronunciano: LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 687; GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 915; CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1090; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 237; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 909, è ammesso ricorrere all'esecuzione forzata dell'onere, perché «il nostro ordinamento non ignora ipotesi in cui il titolare di un interesse morale può agire in giudizio, non solo per ottenere la generica affermazione delle proprie ragioni, ma anche per raggiungere una concreta tutela di quell'interesse attraverso l'esecuzione coattiva. Si è fatto l'esempio della protezione del diritto morale dell'autore dell'opera d'ingegno che, dopo la morte di questi, spetta ai

E' proprio a tutela dell'interesse all'adempimento che l'art. 647, comma 2, c.c. prevede che «se il testatore non ha diversamente disposto, l'autorità giudiziaria, qualora ne ravvisi l'opportunità può imporre all'erede o al legatario gravato dall'onere una cauzione»⁵¹⁸. Come è stato autorevolmente osservato, l'utilità di questa previsione si scorge soprattutto nel caso in cui l'esecuzione del *modus* sia stata differita nel tempo – poiché qualora la prestazione richieda un'esecuzione immediata l'interessato troverebbe una tutela immediata con l'esecuzione dell'azione di adempimento – ovvero qualora sia stata prevista la possibilità di chiedere la risoluzione della disposizione testamentaria⁵¹⁹. Se lo scopo della cauzione è garantire l'interessato contro gli eventuali danni da inadempimento, una volta corrisposta essa assolve all'ulteriore funzione di liquidazione anticipata⁵²⁰.

Inoltre, a parere di chi scrive siffatta norma, nell'inciso «se il testatore non ha diversamente disposto», sta a significare non solo che il giudice non può imporre una cauzione se il testatore ha manifestato volontà contraria, ma anche che costui può aver previsto un altro mezzo per stimolare l'onerato all'adempimento –

suoi parenti legittimi indipendentemente dal fatto che siano anche titolari di diritti economici di sfruttamento dell'opera, ossia di un diritto di credito; essi potranno anche procedere a esecuzione forzata nei modi che la legge espressamente prevede (artt. 20 e 23 L. 22 aprile 1941, n. 633)».

⁵¹⁸ SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., pp. 88 ss.; GARUTTI M., *Il modus testamentario*, cit., p. 113, avvertono che sotto il vigore del Codice civile del 1865 si discuteva, nel silenzio della legge, se il giudice potesse imporre misure cautelari per assicurare l'esecuzione dell'onere e, in particolare, se potesse trovare applicazione la *cautio muciana* di cui all'art. 855, il quale prevedeva che se il testatore ha lasciato l'eredità sotto obbligo di fare di non fare o di non dare, l'erede o il legatario era tenuto a dare cauzione o altra sufficiente cautela per l'esecuzione di tale volontà. La giurisprudenza e la dottrina dapprima erano orientate a dare risposta affermativa al quesito, mentre in seguito prevalse quella negativa. Il Codice del 1942 ha espressamente risolto il problema con la previsione dell'art. 647, comma 2, c.c.

⁵¹⁹ LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 510; AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 522; TRIOLA R., *Il testamento*, cit., p. 287.

⁵²⁰ GARUTTI M., *Il modus testamentario*, cit., p. 115.

come, ad esempio, la previsione di una penale⁵²¹ - tale da rendere superflua l'imposizione di una cauzione a favore dell'interessato.

Con riferimento alla risoluzione, il problema che si trova a dover affrontare l'interprete è quello di stabilire in che misura gli artt. 1453 ss. c.c., dettati in materia di contratti a prestazioni corrispettive, possano ritenersi compatibili con la struttura del negozio testamentario e, di conseguenza, trovare applicazione nella disciplina del rimedio risolutorio previsto all'art. 648, comma 2, c.c. Tale disposizione chiarisce soltanto che l'autorità giudiziaria può pronunciare la risoluzione della disposizione testamentaria nel caso di adempimento dell'onere, senza specificare quali caratteristiche debba presentare l'inadempimento affinché la domanda dell'interessato possa trovare accoglimento.

Come si è detto poco più sopra, l'inadempimento dev'essere definitivo e assoluto⁵²². Ciò significa che deve essere trascorso il termine indicato dal testatore o, in assenza, dal giudice *ex art.* 1183 c.c.⁵²³ e che non deve essere possibile conseguire un adempimento, anche con modalità diverse, ma pur sempre idonee a conseguire l'intessere del avuto di mira dal *de cuius*.

Se la materia è informata al principio secondo cui ciò che conta è consentire la realizzazione degli interessi avuti di mira dal testatore - sempre che siano leciti e meritevoli di tutela -, non deve stupire che il legislatore abbia concepito il rimedio risolutorio come *extrema ratio*, al quale è legittimo ricorrere qualora non sia più

⁵²¹ E' favorevole all'ammissibilità di una penale: GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 239; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 5; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 237. Secondo GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 915, la penale di solito viene imposta come un legato *poenae nomine relictum*; tuttavia, si tratta di un legato vero e proprio solo qualora essa sia prevista a favore di un terzo, mentre se il beneficiario non è indicato o essa è disposta a favore degli interessati, si è di fronte a un succedaneo del risarcimento del danno.

⁵²² In questo senso si veda: BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 237.

⁵²³ Ciò non è necessario nel caso in cui la prestazione modale sia semplice e, quindi, possa essere preteso immediatamente l'adempimento dell'onere da parte del soggetto interessato.

possibile ottenere con l'adempimento lo scopo che il defunto intendeva perseguire con l'imposizione del *modus*. Detto in altre parole, dalla sequenza normativa (art. 648 comma 1 e 2, c.c.) risulta che adempimento e risoluzione non sono stati posti dal legislatore sullo stesso piano come rimedi alternativi, bensì in ordine di esperibilità⁵²⁴.

Ciò posto, dobbiamo domandarci se l'inadempimento dell'onere debba presentare le caratteristiche dell'imputabilità a titolo di dolo e colpa e della gravità secondo quanto previsto per la risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive.

Secondo una voce autorevole, la risoluzione sarebbe il rimedio previsto dal legislatore quando il testatore abbia espressamente o implicitamente manifestato il valore unico e determinante del *modus*: di conseguenza, qualora il risultato conseguibile attraverso di esso non sia più realizzabile, si dovrebbe comunque far luogo a risoluzione, a prescindere dalla colpevolezza, perché in tal guisa si otterrebbe la sostituzione dell'onerato inadempiente con un altro soggetto (artt. 648 – 677 c.c.)⁵²⁵.

Altri hanno sostenuto una tesi che si potrebbe definire intermedia, affermando che il giudice dovrebbe interpretare la volontà del testatore per stabilire se si debba pronunciare la risoluzione anche in presenza di un inadempimento incolpevole ovvero solo allorché l'inadempimento sia ascrivibile all'onerato a titolo di colpa o dolo⁵²⁶.

Tali opinioni non possono essere condivise, innanzitutto, perché la risoluzione dell'onere non attiene esclusivamente ai casi in cui questo svolge un ruolo quale solo motivo determinante la disposizione, ma anche quelle situazioni in cui il *modus* è elemento autonomo (o accessorio) e la minaccia della risoluzione costituisce,

⁵²⁴ GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 315.

⁵²⁵ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., pp. 919 – 920; conformi: PROTO M., *Il modo*, cit., pp. 1237 ss.; GARUTTI M., *Il modus testamentario*, cit., pp. 170 ss.

⁵²⁶ COSTANZO L., voce «*Modo*», cit., p. 6.

quindi, il mezzo per indurre l'onere ad adempiere. Inoltre, bisogna considerare che tutte le volte in cui il legislatore ha voluto prevedere una disciplina particolare in ragione del valore determinante dell'onere, lo ha fatto espressamente.

In ogni caso mi sembra decisiva l'osservazione secondo la quale se la prestazione non può essere eseguita dall'onere per una causa che non dipende dalla sua colpa, la sostituzione di questo soggetto con un altro, che si ritroverebbe nella medesima situazione di non poter adempiere, non presenterebbe alcuna utilità⁵²⁷. Senza contare che la natura sanzionatoria della risoluzione⁵²⁸ presuppone che l'inadempimento sia colpevole ai sensi degli artt. 1218 e 1176 c.c. e non di lieve entità (art. 1455 c.c.): una soluzione diversa per i negozi *mortis causa* rispetto a quelli *inter vivos* finirebbe con il risolversi in una discriminazione ingiustificata alla luce della medesima funzione svolta dal rimedio risolutorio⁵²⁹.

⁵²⁷ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 285.

⁵²⁸ Coloro che postulano il carattere sanzionatorio della risoluzione esigono il carattere colposo dell'inadempimento: AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 137 ss.; NATOLI U., *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, p. 233; BUSNELLI F. D., voce «*Clausola risolutiva*», in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 198; BIANCA C. M., *La responsabilità*, cit. p. 263; BASINI G. F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 122 ss. e 255 ss. La dottrina che rinviene nella risoluzione un rimedio alla obiettiva mancata attuazione del rapporto, ritiene sufficiente l'inadempimento: MOSCO L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, pp. 12 ss.; SANTORO - PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 166; SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro - Passarelli, IV, 2, Torino, 1980, p. 270; GRASSO B., *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e "sanzione" per l'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 270 ss.

La tesi sanzionatoria risulta maggioritaria in giurisprudenza. Si vedano, a titolo esemplificativo: Cass. civ., 14.04.2006, n. 8418, in *Mass. Foro it.*, 2006, p. 681; Cass. civ., 30.03.2006, n. 7561 in *Mass. Foro it.*, 2006, p. 742; Cass. civ., 11.02.2005, n. 2853, in *Mass. Foro it.*, 2005, p. 188; Cass. civ., 27.10.2003, n. 16096, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, pp. 687 ss.; Cass. civ., 19.11.2002, n. 16291, in *Mass. Foro it.*, 2002, p. 1207; Cass. civ., 14.07.2000, n. 9356, in *Mass. Foro it.*, 2000, p. 864; Cass. civ., 26.11.1994, n. 10102, in *Contratti*, 1995, pp. 145 ss.; Cass. civ., 29.01.1993, n. 1119, in *Foro it.*, I, p. 1469; Cass. civ., 09.05.1991, n. 5192, in *Vita not.*, 1991, pp. 944 ss.; Cass. civ., 27.06.1987, n. 5710, in *Mass. Foro it.*, 1987, p. 967.

⁵²⁹ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 275. Richiedono che l'inadempimento sia grave e colpevole anche: COSTANZO L., voce «*Modo*», cit., p. 6; LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 627;

Se ciò corrisponde al vero, l'interessato potrà domandare la risoluzione della disposizione testamentaria qualora vi sia un inadempimento grave e colpevole dell'onerato; mentre, quando l'inadempimento dipende da impossibilità originaria o sopravvenuta della prestazione si applicherà, rispettivamente, la disciplina dell'art. 647, comma 3, c.c. o dell'art. 1256 c.c.⁵³⁰

Il dato qualificante della risoluzione prevista all'art. 648, comma 2, c.c. risulta dal coordinamento di quest'ultima norma con l'art. 677, comma 3, c.c.: infatti, a differenza della risoluzione contrattuale, la risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento dell'onere non comporta l'estinzione dell'obbligazione inadempita e il ripristino della situazione *quo ante*, bensì il passaggio dell'obbligazione modale in capo a un altro soggetto⁵³¹. Con l'esercizio di tale azione l'interessato può, dunque, ottenere la pronuncia della decadenza dell'onerato inadempiente dall'eredità o dal legato, in modo che sia il nuovo erede o legatario ad essere tenuto all'adempimento del modo⁵³².

Non è mancato chi ha sostenuto che il *modus* non potrebbe restare in vita allorché venga a cadere la disposizione principale, poiché, in quanto elemento accessorio del negozio testamentario, esso graverebbe personalmente ed esclusivamente sulla persona dell'onerato: di conseguenza, l'erede che subentri nel beneficio al posto dell'onerato inadempiente non potrebbe ritenersi obbligato all'adempimento dell'onere. Diverso sarebbe, invece, il caso in cui

BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 237; GOZZI B., *Impossibilità sopravvenuta del "modus" e risoluzione della disposizione testamentaria*, cit., pp. 56 ss.; VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., p. 828; BIANCA C. M., *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 818.

Dall'applicazione degli artt. 1453 ss. c.c. consegue la regola secondo la quale incombe sul debitore la prova liberatoria della non imputabilità dell'inadempimento: Cass. civ., 20.02.2003, n. 2569, cit.; Cass. civ., 09.06.1997, n. 5124, cit. Si rinvia, inoltre, alle pronunce indicate alla nota n. 201 (cap. III, par. 3.1).

⁵³⁰ Si rinvia ai paragrafi 3.3 e 3.4 del capitolo III.

⁵³¹ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 918; CICU A., *Testamento*, cit., p. 238; LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 623; GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 323.

⁵³² In questo senso: LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., pp. 624 ss.

l'erede o il legatario onerato rinuncino o non possano giovare della disposizione fatta a loro favore per altra causa (premorienza, indegnità), poiché, sia che si faccia luogo a rappresentazione ovvero a sostituzione o ad accrescimento, il *modus* non si estingue e gli interessati possono agire per l'adempimento contro il soggetto che subentra all'onerato inadempiente⁵³³.

Tale modo di ragionare risulta, tuttavia, erroneo almeno sotto due profili, in quanto, in primo luogo, presuppone l'accessorietà come caratteristica costante dell'onere testamentario; in secondo luogo, perché per sostenere questo punto di vista tale dottrina opera di fatto un'interpretazione abrogatrice dell'ultimo comma dell'art. 677 c.c., il quale non distingue le ipotesi dell'accrescimento e della rappresentazione dalla risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento dell'onere, ma accomuna le stesse sotto la medesima disciplina.

Avviandoci a concludere il nostro discorso, possiamo affermare che dalla lettura coordinata degli artt. 648 e 677 c.c. risulta che il legislatore, da un lato, ha voluto rafforzare il rapporto obbligatorio nascente dall'onere, facendo sì che l'esercizio dell'azione di risoluzione non comporti la sua estinzione, bensì la modifica del soggetto onerato; dall'altro, ha confermato la natura sanzionatoria del rimedio in questione: attraverso di esso il testatore può esercitare sull'onerato una sorta di pressione psicologica all'adempimento, dietro comminazione di una conseguenza sfavorevole in caso di mancata esecuzione della prestazione modale⁵³⁴.

A tal proposito è stato autorevolmente sostenuto che il profilo della c.d. ambulatorietà del *modus* sarebbe connesso alla risoluzione operante nel caso di onere con valore determinante. Ciò si ricaverebbe dal fatto che, mentre l'art. 793 c.c. prevede la

⁵³³ AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 523.

⁵³⁴ In questo senso si esprime anche GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 323.

possibilità di chiedere la risoluzione della donazione modale solo ove questa eventualità sia stata espressamente contemplata dal donante, l'art. 648 c.c. aggiunge anche il caso in cui l'onere abbia costituito il solo motivo determinante⁵³⁵.

A parere di chi scrive, la differenza tra la disciplina del *modus* donativo e testamentario trova giustificazione, invece, nella diversa caratterizzazione che assume la figura in esame a seconda del contesto in cui sia stata inserita. Poiché l'onere testamentario può atteggiarsi sia a elemento accidentale, accessorio o autonomo del testamento, diversamente a quanto accade per l'onere apposto a una donazione, è stata prevista una disciplina più articolata per soddisfare queste due diverse attitudini: se la risoluzione è una logica conseguenza del nesso di inscindibilità sussistente tra la disposizione testamentaria e l'onere in caso di valore determinante di quest'ultimo, altrettanto non può dirsi per l'onere quale autonoma disposizione *mortis causa* o quale elemento accessorio del negozio, che richiedono l'espressa previsione da parte del testatore del rimedio risolutorio in quanto unico mezzo per indurre all'adempimento l'onere.

La diversa previsione normativa in tema di donazione modale è stata dettata dalla considerazione di un altro ordine di ragioni e, in particolare, dal timore che una più ampia possibilità di ricorrere a tale rimedio avrebbe potuto avvicinare la disciplina della donazione *sub modo* a quella del contratto a prestazioni corrispettive.

Infine, per quanto riguarda l'efficacia verso i terzi, dal combinato disposto degli artt. 648, 2652 n. 1 e 2690, comma 1, c.c. si ricava che la retroattività della risoluzione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in base ad atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione⁵³⁶. Anche sotto

⁵³⁵ GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 323.

⁵³⁶ LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 623; GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 238; BONILINI G., *Manuale di*

questo profilo si può cogliere una smentita normativa di quella concezione lata di “peso”⁵³⁷, che abbiamo avuto modo di criticare poco più sopra: infatti, mentre la retroattività della condizione ha efficacia reale, quella della risoluzione della disposizione testamentaria ex art. 648 c.c. ha efficacia meramente obbligatoria. Inoltre, l’effetto risolutorio nella condizione opera *ipso iure* al realizzarsi dell’evento in essa dedotto, senza che sia necessario operare alcuna indagine in ordine all’imputabilità del inadempimento, a differenza di quanto accade in caso di mancata esecuzione del modo⁵³⁸.

Vi è stato chi ha autorevolmente sostenuto che dalla disciplina della risoluzione della disposizione testamentaria in caso di inadempimento dell’onere si ricaverebbe l’ulteriore conferma della natura accidentale del *modus*, in quanto con gli artt. 648, comma 2, e 647, comma 3, c.c. il legislatore avrebbe introdotto nel nostro ordinamento giuridico il principio di dipendenza dell’onere dalla liberalità e quello inverso della dipendenza della liberalità dall’onere, in considerazione della particolare rilevanza assunta dal motivo⁵³⁹. Vale la pena ribadire che ciò è vero soltanto allorché tra il *modus* e l’istituzione di erede o il legato sussista un nesso di inscindibilità; mentre, qualora per volontà del testatore l’onere assuma le vesti di un elemento autonomo, l’art. 647, comma 3, c.c. sancisce la non comunicabilità dei vizi tra le due disposizioni e l’art. 648, comma 2, c.c. la possibilità di chiedere la risoluzione, purché espressamente prevista, anche ove non sussista alcun collegamento tra il modo e le disposizioni di cui all’art. 588 c.c. Invece, in caso di accessorietà, abbiamo già avuto modo di

diritto ereditario e delle donazioni, cit., p. 237; CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1090.

⁵³⁷ Mi riferisco alla tesi di GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 320 ss.

⁵³⁸ Sul diverso operare dell’effetto risolutorio a seconda che si tratti di *modus* o condizione si veda: Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit. Sebbene tale pronuncia si occupi di un caso di donazione modale le considerazioni in essa contenute possono estendersi anche all’onere testamentario.

⁵³⁹ LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 624; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 275.

verificare che l'invalidità della disposizione principale travolge sempre la modalità, in virtù del principio *accessorium sequitur principale*; a differenza dell'invalidità dell'onere che non si riflette su di essa. Inoltre, il riconoscimento della possibilità di chiedere la risoluzione in caso di inadempimento, non potendo costituire la logica conseguenza della natura del nesso di mera subordinazione che lega la disposizione principale al *modus*, richiede l'espressa previsione da parte del testatore.

Quanto all'ammissibilità della domanda risarcitoria in caso di inadempimento dell'onere, non sussistono ragioni per negarla⁵⁴⁰. La difficoltà che può essere in concreto riscontrata nella liquidazione di un danno che spesso si riferisce alla lesione di un interesse di natura non patrimoniale, specie quando l'interessato agisce per la risoluzione di un onere previsto a vantaggio dello stesso defunto, è una valutazione che non può incidere sull'astratto riconoscimento della possibilità di chiedere il risarcimento del danno⁵⁴¹.

L'ultima questione che rimane da affrontare è quella del rapporto tra le due azioni previste all'art. 648 c.c. A tal riguardo è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 1453 c.c., poiché esso presupporrebbe l'esistenza di un sinallagma, incompatibile con la natura testamentaria della disposizione. La conseguenza che ne viene tratta è che potrebbe sempre essere chiesto l'adempimento, anche qualora sia stata chiesta in via principale la risoluzione⁵⁴². Senonché nonostante l'art. 1453 c.c. sia una norma dettata per i contratti a prestazioni corrispettive, essa è espressione di un principio che trascende questo ambito e può trovare applicazione

⁵⁴⁰ GIORGIANNI M., *Il "modus" testamentario*, cit., p. 918; mentre CICU A., *Testamento*, cit., p. 238 limita il risarcimento del danno al caso in cui l'onere è previsto a favore di una persona determinata.

⁵⁴¹ GABRIELLI G., *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, cit., pp. 169 ss., avverte la difficoltà a commisurare il danno subito in caso di inadempimento dell'onere testamentario.

⁵⁴² GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 246; LUPO M., *Il modus testamentario*, cit., p. 631; CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1091.

anche con riferimento all'onere testamentario: infatti, qualora l'attore domandi in giudizio la risoluzione con tale comportamento dimostra di non avere più interesse a ricevere l'adempimento, conseguentemente egli non può pretendere che il convenuto sia tenuto ad essere pronto ad eseguire la prestazione⁵⁴³. Un simile approdo risulta ancor più giustificato qualora si consideri che, in virtù della particolare rilevanza della volontà del testatore, la legge non ha previsto due rimedi alternativi, ma ha configurato la risoluzione come *extrema ratio*, alla quale è possibile ricorrere solo quando non sia più possibile ottenere l'adempimento dell'onere⁵⁴⁴.

4.4. LA RESPONSABILITÀ DELL'EREDE ONERATO.

Mentre la responsabilità del legatario tenuto all'adempimento del *modus* trova un'espressa disciplina all'art. 671 c.c., nessuna norma si occupa di tale problematica con riferimento all'erede onerato.

Va da sé che l'unica strada percorribile per colmare questa lacuna è quella di far riferimento alla disciplina dettata dal Codice civile a proposito della responsabilità dell'erede per l'adempimento delle passività connesse alla vicenda successoria, la quale prevede conseguenze diverse a seconda che costui abbia accettato l'eredità puramente e semplicemente o con beneficio d'inventario: nel primo caso l'erede risponderà *ultra vires*; mentre nel secondo caso la separazione del patrimonio dell'erede da quello del *de cuius* porta con sé la conseguenza che costui sarà tenuto all'adempimento dei debiti *intra vires* e *cum viribus* (artt. 490 e 497 c.c.)⁵⁴⁵.

⁵⁴³ NAPOLI M., *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., pp. 172 -173.

⁵⁴⁴ VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», cit., p. 829, secondo il quale le azioni di cui all'art. 648 c.c. hanno carattere alternativo e non cumulativo, poiché in tale contesto prevale la volontà del *de cuius*: di conseguenza, l'azione di risoluzione può essere proposta solo quando non sia più possibile ottenere l'adempimento, a suggello della definitiva insoddisfazione dello scopo perseguito dal disponente. I soggetti interessati possono scegliere entro tali limiti se esperire l'azione di adempimento o di risoluzione, ma *electa una via, non datur re cursus ad alteram*.

⁵⁴⁵ La tematica è stata trattata in modo più approfondito al capitolo III, paragrafo 3.2, al quale si rinvia.

A differenza di quanto si sarebbe portati a pensare, l'art. 490, comma 2, n. 2 c.c. non può ritenersi senz'altro applicabile qualora sull'erede gravi un onere testamentario, poiché, mentre l'art. 671 c.c. nomina espressamente l'onere, la norma testé citata fa esclusivo riferimento ai «debiti ereditari» e ai «legati»⁵⁴⁶. Poiché la norma citata contempla un'ipotesi di limitazione della responsabilità del debitore ai sensi dell'art. 2740, comma 2, c.c., che in quanto tale è soggetta al principio di tipicità, solamente ove si riconosca che il *modus* possa essere ricompreso in una delle locuzioni sopra indicate la regola enunciata potrà trovare applicazione anche con riferimento a quest'ultimo.

Per questo motivo, inizieremo con il domandarci se la parola «debiti ereditari» possa riferirsi anche all'onere testamentario. Preliminarmente appare proficuo dare atto che in senso tecnico tale espressione è adoperata per indicare quelle obbligazioni già sorte in capo al testatore prima dell'apertura della successione e che da questo momento si trasmettono *iure successionis* all'erede⁵⁴⁷. Il *modus*, invece, viene annoverato tra le c.d. obbligazioni testamentarie, vale a dire tra quei rapporti obbligatori che nascono per volontà del testatore e che sono posti a carico dell'erede o del legatario⁵⁴⁸, oppure sovente si trova nominato tra i pesi che possono gravare sull'eredità.

Ciò posto, occorre avvertire che la legge fa un uso promiscuo di tali termini: talvolta essa parla di «debiti» sia per indicare

⁵⁴⁶ Una parte non trascurabile della dottrina ritiene l'art. 490, comma 2, n. 2, c.c. applicabile anche all'ipotesi in cui l'erede sia gravato da un onere testamentario, senza porsi il problema se esso possa rientrare nella locuzione «debiti ereditari» o «legati»: GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 234; GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 247; MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 246; CARNEVALI U., voce «Modo», cit., p. 692. CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 356, invece, giunge a tale conclusione dall'analisi dell'art. 490 c.c.

⁵⁴⁷ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 11; BURDESE A., *La divisione ereditaria*, in *Tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Utet, Torino, 1980, p. 391; GAROFALO L., *La responsabilità dell'erede beneficiario per l'adempimento dell'onere testamentario*, in *Giur. it.*, 1995, I, pp. 537 ss.

⁵⁴⁸ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 11 - 12; BURDESE A., *La divisione ereditaria*, cit., p. 391.

esclusivamente le obbligazioni sorte anticipatamente all'apertura della successione, sia per riferirsi, oltre ai debiti ereditari, anche alle obbligazioni testamentarie (art. 530). D'altra parte con "peso" il legislatore può riferirsi alle sole obbligazioni testamentarie (art. 549) o alle obbligazioni testamentarie e assistenziali⁵⁴⁹ (art. 374 n. 3 c.c.) ovvero a questi due tipi e ai debiti del defunto (art. 479 c.c.)⁵⁵⁰. La conseguenza che se ne deve trarre dal punto di vista interpretativo è la necessità di verificare caso per caso secondo quale accezione il legislatore abbia utilizzato la parola "debiti"⁵⁵¹.

La Suprema Corte di Cassazione, investita della questione, si è pronunciata, stabilendo che la locuzione «debiti ereditari» comprende, oltre alle obbligazioni già facenti capo al *de cuius*, anche quelle sorte *ex novo* con l'apertura della successione, tra le quali si deve annoverare l'onere testamentario⁵⁵². Pur essendo largamente condiviso anche dalla dottrina il punto d'arrivo del ragionamento dei giudici di legittimità, consistente nell'estendere la regola dell'art. 490, comma 2, n. 2, c.c. al *modus*, se ne sono criticate le motivazioni.

Nella sentenza citata si sostiene che riferendosi ai debiti ereditari il legislatore avrebbe voluto comprendere, oltre alle passività già facenti capo al *de cuius*, anche le obbligazioni imposte da quest'ultimo all'erede o al legatario: se così non fosse, l'art. 490,

⁵⁴⁹ Termine utilizzato da CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 11, per indicare quelle obbligazioni che si costituiscono *ex novo* in base alla legge in capo all'erede o al legatario, come quelle previste agli artt. 580, 585, 594 o 548 c.c. oppure l'assegno periodico spettante al coniuge superstite divorziato ex art. 3 della legge 01.08.1978, n. 436.

⁵⁵⁰ CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 14; BURDESE A., *La divisione ereditaria*, cit., p. 391.

⁵⁵¹ Non può, perciò, trovare accoglimento la posizione di chi ritiene che "debiti" indichi senz'altro le obbligazioni sorte prima dell'apertura della successione e "pesi" quelle collegate all'apertura della successione, come le obbligazioni *ex legato* o *ex modo*: CASULLI V. R., voce «*Divisione ereditaria (Diritto civile)*», in *Nuoviss. Dig. it.*, VI, Utet, Torino, 1960, p. 52 e FERRI L., *Successioni in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna - Roma, 1980, p. 38.

⁵⁵² Mi riferisco a Cass. civ., sez. II, 29.04.1993, n. 5067, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, pp. 1025 ss., con nota di BASINI G. F., *Responsabilità per l'adempimento del modo testamentario nel caso di eredità accettata con beneficio d'inventario*.

comma 2, n. 2, c.c. non potrebbe trovare applicazione per quei pesi ereditari che non si trovano ivi menzionati, nonostante altre disposizioni di legge (artt. 752, 712 e 461 c.c.) pongano gli stessi a carico dell'eredità. A questo argomento si è autorevolmente obiettato che la presenza di queste norme potrebbe anche dimostrare, al contrario, che il termine «debiti ereditari» sia stato utilizzato nel suo significato tecnico e ciò spiegherebbe il motivo per il quale il legislatore avrebbe sentito la necessità di precisare i casi in cui determinate passività avrebbero dovuto essere considerate alla stregua di debiti ereditari in apposite norme⁵⁵³.

La Cassazione argomenta, inoltre, affermando che quella dei pesi ereditari dovrebbe pur sempre ritenersi una categoria unitaria, in quanto le sue varie componenti sarebbero accomunate dall'essere passività strettamente consequenziali all'apertura della successione, previste per soddisfare l'esigenza di imputare agli eredi la responsabilità dell'adempimento di obbligazioni che altrimenti rischierebbero di rimanere inevase. In questo contesto l'art. 490, comma 2, n. 2, c.c. sarebbe stato introdotto per mitigare gli effetti di una rigida applicazione di tale principio.

Se non vi sono dubbi sul fatto che il beneficio d'inventario risponda allo scopo di evitare che il chiamato all'eredità per il timore di rispondere illimitatamente dei debiti ereditari sia portato a rifiutare, dando luogo a una serie di chiamate successive, fino ad arrivare allo Stato, e che, di conseguenza, sia apprezzabile un'interpretazione volta ad estendere il novero delle passività rientranti nell'art. 490 c.c.⁵⁵⁴, una parte della dottrina ha criticato la Cassazione perché non si sarebbe limitata a fare ciò: infatti, operando l'assimilazione di ipotesi analoghe alla luce dell'*eadem*

⁵⁵³ GAROFALO L., *La responsabilità dell'erede beneficiato per l'adempimento dell'onere testamentario*, cit., p. 539.

⁵⁵⁴ BASINI G. F., *Responsabilità per l'adempimento del modo testamentario nel caso di eredità accettata con beneficio d'inventario*, cit., p. 1032; GAROFALO L., *La responsabilità dell'erede beneficiato per l'adempimento dell'onere testamentario*, cit., p. 540.

*ratio*⁵⁵⁵, avrebbe fatto ricorso al meccanismo analogico, sebbene esso sia precluso dall'operare del principio di tipicità in materia di limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. In questa prospettiva, si è escluso che si possa ricondurre l'onere alla categoria dei debiti ereditari e si è affermato che questo dovrebbe, invece, essere ricompreso nell'espressione «legati»⁵⁵⁶. La ragione di siffatta conclusione dovrebbe rinvenirsi nelle numerose affinità che presenterebbero il legato obbligatorio e l'onere, le quali non sarebbero state ignorate dal legislatore, che avrebbe riservato a queste due figure un trattamento conforme sotto molteplici aspetti, tra cui quello della responsabilità del legatario per l'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto (art. 671 c.c.). Se ciò corrispondesse al vero, risulterebbe perfettamente coerente con il sistema l'equiparazione della disciplina delle due figure in esame sotto la dicitura «legati»⁵⁵⁷ per stabilire i limiti entro i quali l'erede onerato debba adempiere la prestazione modale.

Andrebbe, inoltre, considerato che a ragionare nel modo indicato si trarrebbe giovamento anche nell'interpretazione del secondo comma dell'art. 483 c.c., in base al quale, in caso di scoperta di un testamento di cui non si aveva notizia al momento dell'accettazione, l'erede che abbia accettato puramente e semplicemente l'eredità non è tenuto a soddisfare i legati scritti in esso oltre il valore dell'eredità o con pregiudizio della quota di legittima. Poiché l'erede non potrebbe invocare né l'errore sulla consistenza dell'eredità (art. 483, comma 1, c.c.), né usufruire del beneficio d'inventario, la norma introdurrebbe un temperamento, applicando una regola simile a quella dell'art. 490, comma 2, n. 2

⁵⁵⁵ GAROFALO L., *La responsabilità dell'erede beneficiato per l'adempimento dell'onere testamentario*, cit., p. 542.

⁵⁵⁶ GAROFALO L., *La responsabilità dell'erede beneficiato per l'adempimento dell'onere testamentario*, cit., p. 540.

⁵⁵⁷ Secondo BASINI G. F., *Responsabilità per l'adempimento del modo testamentario nel caso di eredità accettata con beneficio d'inventario*, cit., p. 1031, invece, la parola «legati» sarebbe indice della volontà del legislatore di non limitare l'applicabilità dell'art. 490, comma 2, n. 2 c.c. ai debiti sorti prima dell'apertura della successione.

c.c., sulla presunzione che, sapendo del testamento successivo, l'erede avrebbe probabilmente optato per l'accettazione beneficiata. Solo ritenendo che con «legato» il legislatore abbia inteso riferirsi anche alla figura affine dell'onere non si arriverebbe alla conclusione iniqua secondo cui, qualora l'erede sia tenuto all'adempimento di legati, egli risponderà nei limiti di cui all'art. 483, comma 2, c.c., mentre, quando l'obbligazione sia modale, l'erede sarà responsabile illimitatamente - nonostante si tratti di due passività che rientrano nella stessa categoria delle obbligazioni testamentarie - finendo così per frustrare la *ratio* della disposizione citata⁵⁵⁸.

Tale soluzione, apprezzabile dal punto di vista sistematico, in quanto propone un'interpretazione dell'art. 490, comma 2, n. 2, c.c. idonea a consentire una lettura dell'art. 483, comma 2, c.c. più equa rispetto a quella che si ricaverebbe dalla lettera della norma, potrebbe suscitare delle perplessità laddove si interpreti rigidamente il principio ricavabile dall'art. 2740, comma 2, c.c.: in una simile prospettiva affermare che le similitudini tra onere e legato obbligatorio - le quali sono senz'altro innegabili⁵⁵⁹ -

⁵⁵⁸ In questo senso si esprime GAROFALO L., *La responsabilità dell'erede beneficiato per l'adempimento dell'onere testamentario*, cit., p. 544, secondo il quale «si arriva così a cogliere l'intima connessione sussistente tra la disposizione di cui all'art. 490, comma 2, n. 2, c.c. e quella di cui all'art. 483, comma 2, c.c., che naturalmente ne impone una lettura esegetica armonica: ed ecco che a ricomprendere, con la Corte, gli oneri testamentari nei debiti ereditari ai quali fa riferimento il primo precetto, ci sarà poco spazio per sostenere che il secondo, dove si tace dei debiti, si applichi anche al caso in cui il testamento rinvenuto posteriormente all'acquisto puro e semplice dell'eredità contenga oneri a carico di chi vi abbia proceduto in quanto chiamato per legge o per testamento; viceversa, ad accostare gli oneri alla parola legati, in conformità all'enunciata opzione interpretativa, sarà agevole ritenere che quelli, come dei legati, che figurano infatti nell'uno e nell'altro testo normativo, l'erede risponda limitatamente tanto nell'ipotesi di accettazione beneficiata quanto nell'ipotesi delineata all'art. 483, comma 2, c.c.».

⁵⁵⁹ La vicinanza tra l'onere e il legato obbligatorio si coglie innanzitutto, dal punto di vista della struttura, poiché in entrambi i casi il testatore mira al conseguimento di una determinata finalità imponendo un obbligo all'erede o al legatario, tant'è che le due figure si distinguono solo sotto il profilo soggettivo. Un'ulteriore analogia può scorgersi anche in ordine al ruolo svolto nel meccanismo successorio, dal momento che quando il *modus* presenta natura autonoma si tratta pur sempre di due disposizioni *mortis causa* a titolo particolare con efficacia obbligatoria e non attributiva, a differenza del legato

consentano di ricomprendere il primo sotto il termine utilizzato per designare il secondo significherebbe far uso di un meccanismo – quello analogico – che risulterebbe precluso dalla legge. Tuttavia, ciò non tiene in debita considerazione che il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale è stato ampiamente messo in discussione alla luce dei numerosi interventi normativi che progressivamente hanno ampliato lo spazio di intervento dell'autonomia privata⁵⁶⁰. Rischia, quindi, di apparire una soluzione eccessivamente formalistica quella di ritenere che l'art. 485 c.c. si riferisca solamente ai legati e non anche agli oneri eventualmente apposti dal testatore: a ragionare in questo modo si finirebbe per tradire la ragione che ha indotto il legislatore a introdurre tale disposizione, vale a dire evitare che l'erede sia tenuto a rispondere illimitatamente di quelle passività di cui non poteva conoscere l'esistenza.

Tornando all'interpretazione dell'art. 490, comma 2, n. 2 c.c., anche applicando rigorosamente il principio di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., attraverso un'interpretazione estensiva della prima norma citata è possibile concludere che l'onere possa essere

reale e dell'istituzione di erede. Sul rapporto tra le due figure in esame si veda il capitolo II, paragrafo 3.5.1.

⁵⁶⁰ Il moltiplicarsi delle fattispecie di patrimoni separati e, in particolare l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c., ha portato la dottrina a ritenere superato il dogma dell'unicità del patrimonio e invertito lo schema di regola ad eccezione di cui all'art. 2740 c.c. a favore della specializzazione della responsabilità patrimoniale. Si vedano sul punto: OPPO G., *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, pp. 484 ss.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., pp. 34 ss.; PATTI F., *Gli atti di destinazione e il trust nel nuovo art. 2645 ter*, in *Vita not.*, 2006, pp. 990 ss.; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 397; MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 581; MORACE-PINELLI A., *Atto di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 72; MACARIO F., *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Tr. dir. civ.*, a cura di Lipari, Rescigno, Zoppini, IV, 2, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 190 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Rescigno, XIX, Giappichelli, Torino, 1985, p. 509; ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 544; DI SAPPPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Dir. e fam.*, 2007, pp. 1279 ss.

ricompreso nell'espressione «debiti ereditari». Infatti, a parere di chi scrive, per risolvere il problema della responsabilità dell'erede onerato è determinante considerare che il legislatore ha utilizzato in modo promiscuo il termine «debiti», quindi, con riferimento ad esso è maggiore lo spazio lasciato all'interprete per la determinazione del suo significato senza incorrere nel divieto di interpretazione analogica: infatti, se più sono i sensi a cui la legge si riferisce con la parola «debiti» e tra questi vi è anche quello di obbligazioni testamentarie, è sufficiente determinare a quale accezione essa si sia voluta riferire. Tale scelta non può che essere operata alla luce dello scopo per cui è stato previsto l'art. 490, comma 2, n. 2, c.c., che – come abbiamo avuto modo di accennare poche righe più sopra – è quello di prevedere una limitazione della responsabilità dell'erede, in modo da evitare che tutti i chiamati all'eredità siano indotti a rifiutare la stessa per timore di rispondere illimitatamente dei debiti ereditari.

Se ciò corrisponde al vero, l'interpretazione più adeguata al nostro sistema giuridico deve ritenersi quella che consente di estendere il novero delle passività rientranti nella norma da ultimo citata: per questo motivo, l'erede onerato che abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario sarà tenuto all'adempimento dell'onere *intra vires* e *cum viribus* ai sensi degli artt. 490 e 497 c.c.

4.5. AUTONOMIA TESTAMENTARIA E LIMITI DERIVANTI DALL'APPLICAZIONE DELLE NORME A TUTELA DEI LEGITTIMARI.

La possibilità riconosciuta al testatore di perseguire i propri interessi attraverso la previsione di un *modus* incontra un limite nel sistema di tutela che il nostro ordinamento giuridico appresta a favore dei legittimari.

Innanzitutto, occorre distinguere a seconda che l'onere gravi direttamente sulla quota di riserva ovvero su una disposizione testamentaria, la quale risulti lesiva del diritto alla legittima.

Nel primo caso la formulazione dell'art. 549 c.c. non lascia spazio a dubbi laddove prevede che il *de cuius* non possa imporre pesi alla quota spettante ai legittimari. Se è chiara la ragione dell'introduzione di un simile divieto, che mira a preservare l'intangibilità quantitativa di un diritto inderogabilmente attribuito al legittimario⁵⁶¹, i dubbi potrebbero riguardare le conseguenze che possano derivare dalla violazione dello stesso; essi sono stati, tuttavia, risolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie⁵⁶² nel senso che il mancato rispetto dell'art. 549 c.c. importi la nullità dell'atto⁵⁶³.

Nell'ipotesi in cui la disposizione testamentaria gravata dal *modus* sia lesiva della quota di riserva, se è senz'altro da escludere che la disposizione modale sia illecita, dal momento che la lesione dei diritti dei legittimari comporta in capo a quest'ultimi soltanto il riconoscimento della facoltà di esercitare l'azione di riduzione (artt. 553 ss. c.c.)⁵⁶⁴, non può dirsi di altrettanto facile soluzione il problema del concreto operare dell'onere in rapporto sia alla riunione fittizia sia alla legittimazione passiva dell'azione menzionata.

Partiremo con il domandarci in che misura debba tenersi conto del *modus* ai fini dell'operazione prevista all'art. 556 c.c. Tale disposizione prevede che per determinare la quota di cui il defunto poteva disporre si deve formare una massa di tutti i beni che gli

⁵⁶¹ DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 37 ss., secondo il quale «il principio di intangibilità quantitativa della legittima, che pure trova nel cennato divieto una sua particolare specificazione, in realtà è già inerente al concetto di legittima quale porzione di beni riservata al legittimario anche contro la volontà del defunto».

⁵⁶² Cass. civ., sez. II, 06.03.1992, n. 2708, cit.; App. Trieste, 23.11.1957, cit.; App. Palermo, 26.10.1956, in *Giust. civ.*, 1957, p. 459.

⁵⁶³ MENGONI L., *Successione legittima*, cit., p. 22, nota 59; BIGLIAZI GERI L., *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 95; BIN M., *La diseredazione*, cit., pp. 257 ss.; MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., pp. 40 ss.

⁵⁶⁴ Si è pronunciata espressamente in tal senso Cass. civ., sez. II, 06.03.1992, n. 2708, cit.

appartenevano al tempo della morte, detraendo i debiti e aggiungendo le donazioni fatte in vita.

Rispetto a un'eventuale donazione modale effettuata dal defunto non si pongono particolari problemi: qualora l'onere sia stato previsto a favore del donante, la donazione verrà computata solo per la porzione il cui valore non sia stato assorbito dalla modalità; conseguentemente, la liberalità sarà ridotta solo in parte. La ragione di ciò si deve rinvenire nel fatto che il depauperamento del donante, in questo caso, si riduce alla differenza tra il valore della donazione e quello del *modus* operante a suo vantaggio⁵⁶⁵. Mentre, se nella donazione *sub modo* questo è rivolto a vantaggio di un terzo o del donatario, essa si dovrà riunire fittiziamente al *relictum* e sarà soggetta a riduzione per il suo intero ammontare, senza dover tener conto del *modus*, poiché il depauperamento coincide con il valore totale del bene donato⁵⁶⁶.

Allorché venga in rilievo un'istituzione di erede o un legato modali, la formulazione dell'art. 556 c.c. non consente di tener conto dell'onere, in quanto essa stabilisce che dai beni appartenuti al defunto al momento dell'apertura della successione vadano sottratti soltanto i debiti ereditari, vale a dire quei rapporti obbligatori che già facevano capo al *de cuius*: di conseguenza, tutte le obbligazioni testamentarie (legato obbligatorio, sublegato) e non solo il *modus*, non potranno essere conteggiate come passività ai fini della riunione fittizia⁵⁶⁷. Inoltre, non si può omettere di

⁵⁶⁵ MENGONI L., *Successione necessaria*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 2000, p. 284; GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959, pp. 149 ss. In giurisprudenza si veda: Trib. Napoli, 04.05.2004, in *Giur. napoletana*, 2004, pp. 303 ss.

⁵⁶⁶ MENGONI L., *Successione necessaria*, cit., p. 284; GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, cit., p. 152; SALIS L., *La successione necessaria*, Cedam, Padova, 1929, p. 137.

⁵⁶⁷ GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, cit., p. 152, l'autore precisa che «qui non può operarsi alcuna detrazione, dato che l'attribuzione del bene all'erede o al legatario non può considerarsi giammai come corrispettivo di un vantaggio ricevuto in vita dal *de cuius*, salva l'ipotesi marginale in cui, attraverso il testamento, il testatore abbia voluto compiere un "pagamento"». *Contra*: CASULLI V. R., *Limitata capacità del coniuge binubio e attribuzione di quota gravata da oneri*, in *Giur. comm. Cass. civ.*, 1953, pp. 303

considerare che l'onere non è un peso che grava sull'eredità, bensì un obbligo personale imposto dal testatore all'erede o al legatario, insuscettibile in quanto tale di essere qualificato come disposizione lesiva della legittima: qualifica quest'ultima che può essere riferita esclusivamente alla clausola testamentaria *sub modo*⁵⁶⁸.

Una volta che, a seguito della riunione fittizia, sia stata accertata la lesione della quota di riserva per il tramite della disposizione modale, la particolare struttura di quest'ultima impone di domandarsi se il legittimario possa agire solo contro l'erede o il legatario onerati ovvero anche contro il beneficiario del *modus*.

Attraverso l'esercizio dell'azione di riduzione il legittimario mira ad ottenere una dichiarazione di inefficacia della disposizione lesiva nella misura in cui ciò è sufficiente per reintegrare la propria quota di riserva⁵⁶⁹. In altre parole, l'azione di riduzione può dirsi diretta a far rientrare il bene attribuito *mortis causa* o donato nella massa ereditaria. Come è stato autorevolmente osservato, tale sistema di tutela costituisce il riflesso di un modo di concepire la successione a causa di morte come incentrata nel suo aspetto devolutivo: coerentemente, la riduzione può essere domandata solo nei confronti dei soggetti a cui il bene è stato attribuito, vale a dire contro il donatario o i successori del defunto⁵⁷⁰.

ss., secondo il quale l'onere rientra tra i debiti ereditari e perciò se ne deve tener conto ai fini della riunione fittizia.

⁵⁶⁸ MENGONI L., *Successione necessaria*, cit., p. 284.

⁵⁶⁹ Mediante una sentenza di accertamento costitutivo il legittimario può ottenere che le disposizioni lesive siano dichiarate inefficaci nei propri confronti. A tal proposito si vedano: DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 44; SANTORO – PASSARELLI F., *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di D'Amelio e Finzi, Barbera Editore, Firenze, 1941, p. 308; PINO A., *La tutela del legittimario*, Cedam, Padova, 1954, p. 63, 76 e 126; CATTANEO G., *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Utet, Torino, 1997, p. 459; MENGONI L., *Successione necessaria*, cit., p. 231; PALAZZO A., *Le successioni*, I, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Zatti e Iudica, Giuffrè, Milano, 1996, p. 566; BIANCA C. M., *La famiglia. Le successioni*, cit., pp. 667 ss.; GABRIELLI G., TOMMASEO F., *Commentario della legge tavolare*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 118.

⁵⁷⁰ In questo senso: GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, cit., p. 153; MENGONI L., *Successione necessaria*, cit., p. 284.

Inoltre, a parere di chi scrive, se ciò che lede il diritto del legittimario non è il *modus* di per se stesso, ma la disposizione testamentaria sulla quale grava, la logica conseguenza deve essere l'attribuzione della legittimazione passiva all'azione di riduzione all'erede e al legatario e non al beneficiario dell'onere, poiché è quanto conferito ai primi che pregiudica il diritto alla quota di riserva e non la circostanza che l'onere sia poi tenuto ad eseguire una prestazione a favore di qualcun altro: per il legittimario è indifferente la presenza o meno di un *modus*. Il fatto che sia la disposizione e non l'onere a ledere il diritto del legittimario e che, conseguentemente, debba essere ridotta la prima senza tener conto del valore del *modus* risulta ancor più evidente quando quest'ultimo si attegga a elemento autonomo e non vi è, quindi, alcun collegamento con la disposizione istitutiva, se non il fatto che l'obbligo grava sull'istituto e l'eventuale previsione della risoluzione, quale strumento predisposto dal testatore per indurre all'adempimento.

Ciò posto, possiamo chiederci se l'onere dalla clausola testamentaria soggetta a riduzione abbia una qualche forma di tutela nei confronti del beneficiario del *modus*, il quale può pretendere da costui l'adempimento della prestazione modale, nonostante l'attribuzione sia stata ridotta.

Secondo una parte della dottrina⁵⁷¹, l'onere che ha subito la riduzione della propria attribuzione potrebbe ottenere una riduzione proporzionale dell'onere, perché a ragionare diversamente si graverebbe l'onere in misura non corrispondente al suo arricchimento, introducendo un'inammissibile deroga al principio di cui all'art. 558 c.c.⁵⁷². Infatti, la circostanza che il *modus* non si detrae dal *relictum* come se fosse un debito ereditario, non escluderebbe che esso possa essere detratto dall'ammontare della disposizione a cui accede e che possa subire

⁵⁷¹ GANGI C., *I legati*, cit., p. 319; FERRI L., *Dei legittimari*, cit., pp. 130 ss.

⁵⁷² FERRI L., *Dei legittimari*, cit., p. 130.

una proporzionale riduzione, salvo che il testatore abbia previsto diversamente⁵⁷³.

La soluzione testé esposta prende spunto dall'ordinamento giuridico tedesco, nel quale il § 2188 BGB ammette la riducibilità dell'onere nei rapporti interni tra erede o legatario e beneficiario dell'onere: da un lato, il legittimario ha facoltà di esperire l'azione di riduzione contro il successore; dall'altro, in seguito a ciò l'erede o il legatario possono chiedere la riduzione proporzionale dell'onere.

In mancanza di un'espressa disposizione, tale conclusione, seppur rispondente ad un'apprezzabile esigenza di equità, non può essere trasposta nel nostro sistema giuridico e la tutela del donatario o del legatario che abbiano subito la riduzione della propria attribuzione potrà venire esclusivamente dagli artt. 793, comma 2, e 671 c.c.: se l'onere non ha ancora adempiuto la prestazione, potrà rifiutarsi di adempiere il *modus* il cui valore ecceda quello della disposizione ridotta; mentre, qualora egli abbia già eseguito l'onere, potrà ripetere quanto pagato per l'eccedenza. L'erede, invece, potrà limitare la propria responsabilità soltanto laddove abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario (art. 490, comma 2, n. 2, c.c.)⁵⁷⁴.

Non si può che condividere il pensiero di quella dottrina che ha affermato che la soluzione prospettata, sebbene iniqua, perché fa ricadere le conseguenze della riduzione solo in capo al successore o al donatario, sia l'unica consentita dal nostro ordinamento giuridico. Per questa ragione è stato auspicato un ripensamento del sistema di tutela, il quale – a parere di chi scrive – non dovrebbe, però, passare attraverso la modificazione della legittimazione passiva dell'azione di riduzione⁵⁷⁵, in quanto

⁵⁷³ FERRI L., *Dei legittimari*, cit., pp. 130 – 131.

⁵⁷⁴ GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, cit., p. 153; MENGONI L., *Successione necessaria*, cit., p. 283.

⁵⁷⁵ Propone una modifica della legittimazione passiva: GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, cit., pp. 152 – 153.

attribuire al legittimario la possibilità di agire contro il beneficiario della disposizione modale risulterebbe contraddittorio, dal momento che la lesione dei suoi diritti deriva dalla disposizione istitutiva e non dal *modus*. Sarebbe più opportuno introdurre una disposizione sulla falsa riga del § 2188 BGB, poiché in questo modo sarebbe possibile bilanciare i due interessi in gioco: da un lato, quello del legittimario a far valere i propri diritti direttamente nei confronti dell'onorato dalla disposizione lesiva; dall'altro, l'erede e il legatario potrebbero ottenere una corrispondente riduzione della prestazione modale rispetto a quella subita per effetto dell'esercizio dell'azione di riduzione.

4.6. INTERPRETAZIONE DEL TESTAMENTO E CRITERI DI RICONOSCIBILITA' DELLA VOLONTA' DI PREVEDERE UN *MODUS*.

Nel capitolo precedente abbiamo avuto modo di mettere in relazione l'onere con alcune figure ad esso affini, quali il legato obbligatorio, la sostituzione fedecommissaria, il mandato *post mortem* (*rectius: mortis causa*) e la condizione. Riprendendo brevemente il filo del discorso, siamo giunti a constatare che la distinzione tra legato obbligatorio e *modus* può cogliersi dal punto di vista soggettivo, a seconda che il beneficiario della disposizione sia o meno un terzo determinato; mentre, rispetto al fedecommesso e al mandato *mortis causa* abbiamo potuto verificare che la corretta considerazione della struttura delle fattispecie in questione consente di tenere ben distinte le due figure da ultimo citate dall'onere testamentario⁵⁷⁶.

Era stato lasciato, invece, volutamente sospeso il discorso a proposito dell'individuazione del criterio discrezionale tra condizione e *modus*, poiché la soluzione del problema richiedeva la previa definizione della struttura e della natura dell'onere testamentario. A questo punto del lavoro è giunto il momento di prendere

⁵⁷⁶ *Amplius* capitolo III, paragrafi 3.5.1 e 3.5.3.

posizione compiutamente su quelle opinioni della dottrina che si erano potute soltanto accennare nelle pagine precedenti⁵⁷⁷.

Innanzitutto, conviene prendere le mosse dalla dottrina che ha visto nell'accessorietà il tratto caratterizzante il *modus*, idoneo a distinguerlo dalla condizione, nella quale sarebbe dato scorgere un'unica volontà condizionata e non una volontà principale, diretta ad ottenere effetti tipici del negozio, e una secondaria istitutiva della modalità⁵⁷⁸. Una siffatta conclusione non può essere accolta, perché l'accessorietà non può considerarsi una qualità costante del *modus*: è la stessa disciplina normativa che, prevedendo che l'onere possa assumere il ruolo di unico motivo determinante la disposizione, esclude che esso possa essere degradato a un intento meramente secondario. Se è una scelta rimessa all'autonomia testamentaria quella di concepire l'onere come un elemento accidentale, accessorio o autonomo del testamento, non si può ricavare alcun elemento differenziatore dalla circostanza che esso rivesta l'una o l'altra qualità⁵⁷⁹.

D'altra parte abbiamo già avuto modo di verificare che è criticabile l'affermazione secondo cui avrebbe senso distinguere le due figure in esame solo nell'ambito della donazione, ma non nel testamento, rispetto al quale il legislatore avrebbe adottato una concezione ampia di "peso", idonea a ricomprendere sia l'onere sia la condizione, in quanto valori condizionanti la volontà del *de cuius* ovvero manifestazioni di volontà che si aggiungerebbero all'istituzione di erede e al legato⁵⁸⁰. Questo modo di ragionare, seppur suggestivo, non risulta aderente al dettato normativo, che appresta una disciplina diversa per la condizione e l'onere testamentario: basti pensare all'effetto risolutorio, che nel primo

⁵⁷⁷ Per le posizioni dottrinali già esaustivamente esaminate nel capitolo III, paragrafo 3.5.2 non indugeremo ancora.

⁵⁷⁸ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 195. AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., pp. 515 ss.

⁵⁷⁹ Si rinvia al capitolo IV, paragrafi 4.1 e 4.2.

⁵⁸⁰ GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., pp. 227 ss.

caso è una conseguenza automatica del verificarsi dell'evento dedotto nella modalità e presenta efficacia retroattiva reale; mentre rispetto al *modus* la risoluzione opera con efficacia retroattiva obbligatoria (artt. 648, 2652 n. 1 e 2690, comma 1, c.c.) e soltanto a seguito di una pronuncia giudiziale, qualora il giudice abbia verificato che l'inadempimento presenti i requisiti necessari⁵⁸¹ e che tale rimedio sia stato espressamente previsto dal testatore o possa essere esperito in ragione del valore determinante del *modus*⁵⁸².

La diversità nella disciplina apprestata è ragione sufficiente per ritenere che debbano tenersi distinte le due figure in esame e per riaffermare la necessità di individuare degli indici di riconoscibilità della volontà espressa nella disposizione testamentaria.

Una voce autorevole ha, invece, sostenuto che ciò a cui bisogna guardare è la diversa intensità del collegamento tra il negozio e la sua componente: quando vi sia un nesso di subordinazione inscindibile la disposizione andrebbe qualificata come condizionale; mentre, ove il testatore si sia limitato ad aggiungere altri effetti rispetto a quello tipici ed essenziali del testamento, si sarebbe in presenza di un onere⁵⁸³.

Senonché tale criterio non mi sembra adeguato a svolgere la funzione di discriminare tra le due figure in esame, in quanto, qualora l'onere abbia valore determinante per la disposizione, siamo di fronte a un collegamento particolarmente qualificato, del tutto simile a quel nesso di inscindibilità che caratterizza la volontà condizionale: ciò trova conferma non appena si consideri che il legislatore ha apprestato la medesima disciplina per la condizione e

⁵⁸¹ L'inadempimento deve essere grave e imputabile a titolo di dolo o colpa: *amplius* capitolo IV, paragrafo 4.3.

⁵⁸² In questo senso si veda anche Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit., sebbene in tema di donazione modale, quanto sostenuto può ritenersi valido anche per l'onere testamentario.

⁵⁸³ MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 324.

l'onere testamentario in caso di illiceità del motivo unico e determinante (art. 626 e 647, comma 3, c.c.).

A parere di chi scrive, deve ritenersi apprezzabile la posizione della giurisprudenza⁵⁸⁴ nella parte in cui ha posto al centro del problema la volontà del testatore, sostenendo che distinguere tra condizione e onere è *quaestio voluntatis*, da risolversi in concreto, tenendo conto della particolare struttura della clausola modale⁵⁸⁵. Tuttavia, essa non ha affrontato un aspetto fondamentale della questione, poiché non ha indicato, nel caso in cui dal testamento non siano ricavabili indici idonei a chiarire se la volontà del testatore fosse quella di far sorgere un obbligo ovvero di imporre una condizione, quale sia la via da seguire per superare l'*impasse*.

Prima di entrare nel merito della questione, giova ribadire che il problema del rapporto tra le due figure in esame si pone soltanto allorché la prestazione oggetto della disposizione testamentaria di dubbia qualificazione presenti un contenuto economicamente valutabile e valore determinante: infatti, da un lato, essendo l'onere un'obbligazione in senso tecnico deve sussistere il requisito di cui all'art. 1174 c.c.; dall'altro, se il comportamento richiesto rappresenta o il contenuto di un'autonoma disposizione o uno scopo puramente marginale del *de cuius*, è esclusa alla radice la possibilità di configurare una condizione, non potendo scorgersi in entrambi i casi uno dei tratti caratterizzanti la stessa, dato dall'inscindibilità di quest'ultima

⁵⁸⁴ Tale principio si trova espresso tanto in tema di donazione modale quanto di onere testamentario. Si vedano: Trib. Napoli, 06.06.1960, cit.; Trib. Firenze, 06.11.1965, cit.; App. Napoli, 29.01.1967, n. 114, cit.; Cass. civ., 21.10.1971, n. 2966, cit.; Cass. civ., 29.05.1973, n. 1602, cit.; Cas. Civ., 02.10.1974, n. 2561, cit.; Cass. civ., sez. II, 30.03.1985, n. 2237, cit.; Cass. civ., sez. II, 17.11.1999, n. 12769, cit.; Cass. civ., sez. II, 26.05.1999, n. 5122 cit.; Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit.; Cass. civ., sez. II, 08.02.1986, n. 802, cit.; Cass. civ., sez. II, 18.03.1999, n. 2487, cit.

⁵⁸⁵ Così: Cass. civ., sez. un., 11.04.2012, n. 5702, cit. La ricerca della volontà del testatore non viene, però, sempre associata dalla giurisprudenza alla struttura obbligatoria del *modus*, ma anche ad altri elementi, come l'accidentalità della modalità o sull'interesse che la disposizione mira a soddisfare. A tal proposito si veda la giurisprudenza citata alle note nn. 372, 373 e 374.

rispetto al regolamento negoziale⁵⁸⁶. Qualora difetti il requisito della patrimonialità della prestazione si dovrà ritenere di essere in presenza di una condizione, ove ne sussistano i presupposti, oppure di una mera raccomandazione, non giuridicamente vincolante; mentre, nelle altre due ipotesi prospettate si avrà senz'altro un onere testamentario, concepito rispettivamente come elemento autonomo ovvero accessorio del testamento, essendo l'accessorietà e l'autonomia due caratteri che non sono propri della condizione.

Una volta circoscritto l'ambito del problema, il metodo per stabilire quale sia la qualificazione corretta da dare alla disposizione testamentaria, come si è accennato poc'anzi, non può prescindere dall'indagare la volontà del testatore, per individuare la quale ci si potrà avvalere delle regole espresse agli artt. 1362 ss. c.c., con gli opportuni aggiustamenti in modo da tenere conto delle particolarità del negozio testamentario⁵⁸⁷.

E' un dato ormai acquisito che nel cercare la reale intenzione del *de cuius* non ci si debba fermare al significato letterale delle espressioni utilizzate nel testamento⁵⁸⁸: di conseguenza, la circostanza che l'autore della disposizione abbia utilizzato il termine "condizione" piuttosto che "onere" non può considerarsi determinante.

Per stabilire se si tratti di una disposizione condizionale oppure modale l'interprete dovrà ricercare, considerando il testamento nel suo complesso, la presenza di quegli elementi che possano indicare la volontà di imporre un'obbligazione, piuttosto

⁵⁸⁶ In questo senso si esprime: CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., pp. 254 ss.

⁵⁸⁷ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 54; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 485; GANGI C., *La successione testamentaria*, cit., p. 229; GIANNATTASIO C., *delle successioni*, cit., p. 238; BIGLIAZZI GERI L., *La volontà nel testamento e l'interpretazione*, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Rescigno, II, Torino, 1997, p. 156. Criticano la generale estensione al testamento delle norme sull'interpretazione dei contratti: RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, cit., pp. 19 ss.; BONILINI G., voce «Testamento», cit., p. 370.

⁵⁸⁸ BONILINI G., voce «Testamento», cit., p. 370; TAMBURRINO G., voce «Testamento (dir. priv.)», cit., p. 476; CRISCUOLI G., voce «Testamento», cit., p. 31; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., p. 759.

che di subordinare l'efficacia dell'istituzione di erede o il legato al verificarsi di un certo evento.

Qualora questo tentativo si dimostri infruttuoso, si dovrà cercare un criterio, all'interno delle regole dettate in materia di interpretazione c.d. oggettiva del contratto, che sia al contempo compatibile con la particolare struttura del testamento e capace di risolvere l'incertezza in ordine alla qualificazione da dare alla disposizione testamentaria.

Pur essendo ormai pacifica⁵⁸⁹ l'applicazione del principio di conservazione al testamento, si continua a discutere sulla reale portata dell'art. 1367 c.c. L'interpretazione più aderente alla lettera della norma la ritiene applicabile esclusivamente ove ad una certa qualificazione consegua l'invalidità della disposizione testamentaria⁵⁹⁰. Mentre, secondo un'altra opinione l'art. 1367 c.c. potrebbe essere utilizzato anche nelle ipotesi in cui l'incertezza riguardi due significati utili, per accordare la preferenza a quello che assicuri la massima efficacia alla disposizione⁵⁹¹. A tal riguardo

⁵⁸⁹ Tuttavia, vi è stato chi ha autorevolmente sostenuto l'inapplicabilità dei criteri dell'interpretazione oggettiva al testamento: VINCENTI U., *L'interpretazione della volontà testamentaria*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, a cura di Vincenti, Cedam, Padova, 2005, pp. 425 ss. *Contra*: MUSOLINO G., *L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, pp. 467 ss., secondo il quale una conferma dell'applicabilità al testamento dell'art. 1367 c.c. può ricavarsi da alcune disposizioni di legge, che costituiscono esplicitazione del principio di conservazione. Tra queste l'autore nomina l'art. 634 c.c. La giurisprudenza si è mostrata per lo più favorevole all'applicazione del principio di cui all'art. 1367 c.c.: Cass. civ., sez. II, 14.10.2013, n. 23278, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. civ., sez. II, 11.05.2009, n. 10797, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 752; Cass. civ., sez. II., 04.12.2007, n. 25275, in *Riv. not.*, 2009, pp. 232 ss.; Cass. civ., sez. II, 28.06.2004, n. 11968, in *Giust. civ.*, 2005, pp. 707 ss.; Trib. Treviso, 27.03.1999, in *Corr. Giur.*, 2000, pp. 1232 ss.; Cass. civ., sez. II, 26.05.1989, n. 2556, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, pp. 78 ss.; Cass. civ., sez. II, 21.03.1989, n. 1409, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, pp. 1714 ss.; Cass. civ., sez. II, 21.01.1985, n. 207, in *Giust. civ. Mass.*, 1985; Cass. civ., 28.02.1972, n. 595, in *Rep. Foro it.*, 1972, p. 2825; Cass. civ., 05.03.1955, n. 652, in *Giur. it.*, 1956, pp. 446 ss.; Cass. civ., sez. II, 26.11.1949, n. 2516, in *Foro it.*, 1950, pp. 231 ss.; *Contra*: Cass. civ., 30.05.1967, n. 1181, in *Rep. Foro it.*, 1967, p. 2648.

⁵⁹⁰ BIGLIAZZI GERI L., *La volontà nel testamento e l'interpretazione*, cit., p. 90; TRIOLA R., *Il testamento*, cit., p. 324.

⁵⁹¹ GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 54; TORRENTE A., *La donazione*, cit., p. 485. Secondo CRISCUOLI G., voce «Testamento», cit., p. 31, la norma sta a sancire «il dovere dell'interprete di impegnarsi nel senso in cui la disposizione abbia un effetto con un minimo di contenuto ragionevole in

è stato, però, osservato che ciò che il legislatore intendeva esprimere tramite l'art. 1367 c.c. si traduce nel noto broccardo *magis valeat quam pereat*⁵⁹². Inoltre, non si può omettere di considerare che può risultare difficile stabilire in astratto se assicuri una maggior efficacia l'onere o la condizione, perché questo dipende da diversi fattori e *in primis* dal risultato concreto avuto di mira dal testatore⁵⁹³.

Ciò significa che il principio di conservazione potrà essere invocato soltanto laddove una delle due alternative conduca all'invalidità della disposizione testamentaria: ad esempio, se il comportamento richiesto dal testatore è impossibile e ha costituito l'unico motivo determinante, si dovrà propendere per una qualificazione in termini di condizione, perché solo in questo modo si potrà evitare la nullità, dal momento che la condizione impossibile si considera non apposta (art. 626 c.c.); mentre nelle stesse condizioni un'interpretazione della disposizione come modale avrebbe comportato la sua nullità ai sensi dell'art. 647, comma 3, c.c.⁵⁹⁴.

A questo punto potrebbe soccorrere l'art. 1371 c.c., nella parte in cui afferma che nel caso in cui il significato sia rimasto oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato.

Preliminarmente bisogna dar conto che l'applicabilità del suddetto principio al testamento non è pacifica: una parte della giurisprudenza⁵⁹⁵ e dalla dottrina⁵⁹⁶ ritengono che esso

rapporto alle *surrounding circumstances* o circostanze di contorno». Sul tema si veda, inoltre, DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., pp. 10 ss.

⁵⁹² BIGLIAZZI GERI L., *La volontà nel testamento e l'interpretazione*, cit., p. 90.

⁵⁹³ CARNEVALI U., *La donazione modale*, cit., p. 252.

⁵⁹⁴ Le stesse considerazioni non valgono qualora il comportamento richiesto sia illecito e abbia costituito l'unico motivo determinante, poiché dal combinato disposto degli artt. 626 e 634 c.c. si ricava l'applicazione della regola *vitiatur et vitiat*.

⁵⁹⁵ Cass. civ., 13.01.1959, n. 162, in *Mass. Giur. it.*, 1959, p. 36; Cass. civ., 28.02.1972, n. 595, cit.; Cass. civ., sez. II, 27.03. 2002, n. 4373, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 532.

⁵⁹⁶ TAMBURRINO G., voce «Testamento (*dir. priv.*)», cit., p. 477; GRASSETTI C., voce «Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (*Diritto civile*)», in *Nuoviss.*

presupponga l'esistenza di un conflitto di interessi, che nel negozio testamentario sarebbe inconcepibile. Ma, a ciò si è obiettato che, in realtà, il testamento può originare un conflitto di interessi tra gli aventi causa del *de cuius*, che può essere risolto alla stregua dell'art. 1371 c.c.⁵⁹⁷.

A parere di chi scrive, un apporto proficuo ai fini della soluzione del problema può venire dalla considerazione che se l'interpretazione del testamento deve tendere alla piena realizzazione della volontà del suo autore, allora anche nella scelta tra onere e condizione si dovrà tenere conto di ciò. Conseguentemente, se il comportamento imposto al beneficiario della disposizione è un *dare*, un *facere* ovvero un *non facere* fungibile l'interprete dovrà optare a favore dell'onere testamentario, in quanto l'art. 648 c.c. permette di costringere l'onereato all'adempimento, consentendo così alla volontà del *de cuius* di trovare pieno compimento. Mentre, se la prestazione ha carattere infungibile, in caso di inadempimento, la condizione consentirebbe una sanzione più efficace al mancato raggiungimento del risultato avuto di mira dal testatore, attraverso la risoluzione *ipso iure* con efficacia retroattiva reale della disposizione, rispetto al mero risarcimento del danno o all'eventuale – nel caso in cui sia stata contemplato o la modalità abbia costituito l'unico motivo determinante – risoluzione con efficacia retroattiva obbligatoria.

CAPITOLO V:

DISPOSIZIONE MODALE E VINCOLI DI DESTINAZIONE.

Dig. it., VIII, Utet, Torino, 1962, p. 909; RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, cit., p. 92.

⁵⁹⁷ SANTORO - PASSERELLI *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 234; BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1955, 944; BIGLIAZZI GERI L., *La volontà nel testamento e l'interpretazione*, cit., p. 95; CAPOZZI G., *successioni e donazioni*, cit., p. 761; DELLE MONACHE S., *Il testamento*, cit., p. 199. In giurisprudenza: Cass. civ., sez. II, 16.02.2005, in *CED*, n. 3099; App. Perugia, 06.11.1998, in *Rass. Giur. Umbra*, 1999, p. 20; Cass. Civ., 20.02.1974, n. 458, cit.; Cass. civ., 05.03.1955, n. 652, cit.; Cass. civ., sez. II, 26.11.1949, n. 2516, cit.; Cass. civ., 29.11.1948, n. 1842, in *Mass. Giur. it.*, 1948, p. 448.

Sommario: 5.1. ONERE TESTAMENTARIO E DIVIETO DI ALIENAZIONE. – 5.2. L'IDONEITA' DEL *MODUS* A IMPRIMERE UN VINCOLO DI DESTINAZIONE SU UN PATRIMONIO PER IL SODDISFACIMENTO DI UN DETERMINATO SCOPO. – 5.3. CLAUSOLA MODALE E FONDAZIONE FIDUCIARIA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI DI UN RAPPORTO CONTROVERSO.

5.1. ONERE TESTAMENTARIO E DIVIETO DI ALIENAZIONE.

Con un testamento olografo il *de cuius* legava un caseggiato di sua proprietà a un istituto di suore, disponendo che per nessuna ragione esso doveva essere venduto. Il Tribunale di Cagliari, chiamato a pronunciarsi sulla vicenda, qualificava la clausola come un legato *sub condicione* e concludeva per la nullità dell'intero testamento, dal momento che la previsione di un divieto di alienazione non era stata contenuta entro convenienti limiti di tempo e non rispondeva a un apprezzabile interesse delle parti ai sensi dell'art. 1379 c.c.⁵⁹⁸. L'interpretazione proposta suscita, però, qualche perplessità ove si consideri che il testatore con questo lascito aveva inteso mantenere vivo il ricordo della sorella morta, prevedendo che all'immobile fosse apposta una targa e fossero compiute opere pie in sua memoria: in assenza di indicazioni circa la volontà di sospendere o far venir meno gli effetti della disposizione al verificarsi dell'evento, si sarebbe potuto sostenere di essere in presenza di un onere posto a vantaggio del testatore, facendo capo a costui l'interesse alla commemorazione della sorella defunta⁵⁹⁹.

La soluzione del caso testé citato impone, tuttavia, di risolvere preliminarmente alcune questioni: innanzitutto, ci si dovrà domandare se sia ammissibile imporre tramite testamento un divieto di alienazione; in caso di risposta affermativa, si dovrà stabilire se esso debba essere mantenuto nei limiti di cui all'art.

⁵⁹⁸ Trib. Cagliari, 21.09.1998, n. 1503, cit.

⁵⁹⁹ Sul rapporto tra onere e condizione si vedano al capitolo III il paragrafo 3.5.2 e al capitolo IV il paragrafo 4.6.

1379 c.c.; infine, ci si dovrà interrogare se onere e condizione siano entrambi strumenti idonei a introdurre un simile divieto nel negozio testamentario.

Il nostro discorso non può che prendere le mosse dalla considerazione che è opportuno distinguere tra divieto di disposizione e divieto di alienazione: il primo fa riferimento a un'ampia categoria che comprende limitazioni sia al potere di disposizione sia al godimento o all'utilizzazione dei beni *mortis causa* o *inter vivos*; a differenza del secondo con il quale si indica la preclusione a trasmettere o a trasferire per atto tra vivi una determinata situazione giuridica attiva da un patrimonio all'altro⁶⁰⁰.

Il divieto di disposizione *mortis causa* deve senz'altro ritenersi inammissibile, in quanto attraverso di esso si possono conseguire gli stessi effetti di un fedecommesso *de residuo*, vale a dire di quella disposizione con la quale il testatore lascia l'istituto libero di disporre per atti tra vivi quanto ricevuto, prevedendo che saranno solo i beni rimanenti a devolversi al sostituto. Poiché in entrambi i casi al primo istituito è di fatto preclusa la libertà di disporre dei beni ricevuti *mortis causa*, le clausole devono considerarsi nulle ai sensi dell'art. 692, ultimo comma, c.c.⁶⁰¹.

Se non vi possono essere dubbi circa la nullità di una clausola con la quale si vieti all'erede o al legatario di disporre

⁶⁰⁰ FUNAJOLI C. A., voce «*Divieto di alienazione (dir. priv.)*», cit., pp. 401 ss., secondo il quale l'alienazione può essere totale o parziale, traslativa o c.d. costitutiva (costituzione di usufrutto), onerosa o gratuita (es. vendita o donazione). Nello stesso senso si vedano: LOJACONO V., voce «*Inalienabilità (clausole di)*», in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Varese, 1970, pp. 892 ss.; MOSCATI E., voce «*Alienazione (divieto di)*», in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, pp. 1 ss.; NATALE A., *L'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c. al divieto testamentario di alienazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, pp. 1013 ss.; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., pp. 403 ss., che individua il rapporto tra divieto di disposizione e quello di alienazione in un rapporto di genere a specie.

⁶⁰¹ QUARGNOLO M., *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, Cedam, Padova, 2007, p. 20, secondo il quale l'espressione «conservare e restituire» contenuta nell'art. 692 c.c. non va intesa in senso letterale, ma nel senso di introdurre un vincolo di indisponibilità sui beni. TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, cit., pp. 330 ss., il quale sottolinea che il divieto di disporre *mortis causa* e il fedecommesso *de residuo*, pur realizzando effetti analoghi, vanno tenuti concettualmente distinti.

mortis causa di un bene, dopo la legge 19 maggio 1975, n. 151 - con la quale si è abrogato il quarto comma dell'art. 692 c.c., che prevedeva la nullità di ogni disposizione con la quale il testatore avesse proibito all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari - è tornata attuale la discussione sull'ammissibilità del divieto testamentario di disposizione *inter vivos*⁶⁰².

Una parte della dottrina ha ritenuto che all'intervento legislativo non si possa attribuire il significato di consentire l'ingresso nel testamento di siffatte previsioni, in quanto ciò sarebbe comunque precluso da quel principio di ordine pubblico che impone la libera circolazione dei beni⁶⁰³. Sennonché è agevole osservare che a tale principio non può attribuirsi una portata assoluta: infatti, è lo stesso legislatore che con la previsione espressa dell'art. 1379 c.c. ha consentito delle eccezioni allo stesso in presenza di determinati presupposti⁶⁰⁴.

Secondo una voce autorevole, invece, il divieto che costituiva oggetto del comma soppresso avrebbe costituito un'inutile superfetazione dal momento che esso avrebbe potuto ricavarsi già

⁶⁰² Sulla portata della modifica normativa ci siamo già soffermati al capitolo III, paragrafo 3.6, al quale si rinvia.

⁶⁰³ BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, cit., pp. 445.

⁶⁰⁴ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., pp. 419 ss., secondo il quale «l'esame in una prospettiva storica dell'istituto dimostra l'attuale perdita della tutela della circolazione da parte della teorica dell'ordine pubblico. (...) La libera circolazione dei beni ha perduto, con il tramonto del puro liberalismo economico che è stato storicamente il primo nucleo di ordine pubblico, ogni riferibilità ai confini di quest'ultima regola. Il mutamento di rotta degli interpreti si coglie, molto chiaramente, nella diversa combinazione tra i due principi della libertà negoziale e della libera circolazione dei beni che si scontrano sulla questione dell'ammissibilità o meno del *pactum de non alienando*. In armonia con le scelte politiche del legislatore ottocentesco si afferma, pur in assenza di una norma espressa, la forza preminente della circolazione sull'autonomia negoziale, mentre già all'inizio di questo secolo, sopita la forza propulsiva delle idee contrarie all'*ancien régime*, si proclama l'esigenza di non mortificare il principio fondamentale dell'autonomia negoziale escludendo qualsiasi rilievo alla clausola di inalienabilità. La conferma di questa evoluzione storica, testimoniata dall'art. 1379 c.c., è fornita dalla degradazione della circolazione dei beni ad esigenza economica di interesse generale, che può essere sacrificata, tenendo conto della circoscritta importanza e del numero ridotto di clausole negoziali di inalienabilità, nonché degli esigui danni che provocano in un sistema di economia di mercato».

dall'ultimo comma dell'art. 692 c.c., secondo il quale la sostituzione fedecommissaria è nulla in ogni altro caso diverso da quello consentito ai commi precedenti⁶⁰⁵.

Un simile modo di vedere le cose presuppone l'idea che il divieto di alienazione concretizzi in ogni caso un'ipotesi di sostituzione fedecommissaria. Tuttavia, si può obiettare che tale istituto richiede che il testatore imponga al primo istituito l'obbligo di conservare e restituire quanto ricevuto al secondo istituito, mentre il divieto di alienazione comporta soltanto l'obbligo di conservare e non anche quello di restituire. A tale obiezione si è risposto che, in realtà, l'obbligo di restituire, nel silenzio del testatore, sarebbe imposto agli eredi legittimi⁶⁰⁶. Ma anche tale argomento rileva la sua inconsistenza, laddove si consideri che quest'ultimi non succedono al *de cuius* in virtù della disposizione sostitutiva come accade nel fedecommissato, bensì al soggetto gravato dal divieto di alienazione⁶⁰⁷.

Se il divieto di alienazione di per se stesso non è idoneo a realizzare una sostituzione fedecommissaria, tuttavia, può accadere che il testatore utilizzi lo stesso in combinazione con l'obbligo di restituire i beni ereditari alla persona da lui indicata per realizzare le finalità vietate dall'art. 492 c.c. Risulta, quindi, evidente che costituisce un problema di interpretazione della volontà espressa nella scheda testamentaria, che non può influire sulla diversa questione dell'astratta ammissibilità del *pactum de non alienando*⁶⁰⁸, stabilire quando quest'ultimo concreti un'inammissibile ipotesi di fedecommissato.

Una volta dimostrata l'infondatezza dei due argomenti in base a cui si nega l'ammissibilità del divieto testamentario di

⁶⁰⁵ GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 370.

⁶⁰⁶ GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, cit., p. 370.

⁶⁰⁷ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., pp. 423 ss.; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 411; TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, cit., p. 326; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 757.

⁶⁰⁸ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 424.

alienazione, si deve concludere che con l'abrogazione del quarto comma dell'art. 692 c.c. è stato rimosso l'unico ostacolo che impediva di introdurre nel testamento una simile limitazione al potere di disposizione *inter vivos* rispetto al bene devoluto tramite l'istituzione di erede o il legato⁶⁰⁹.

Se il testatore può scegliere se imporre o meno un divieto di alienazione, tale facoltà, però, non può considerarsi esente da limiti: come avremmo modo di dimostrare, i tre requisiti richiesti dall'art. 1379 c.c. rispondono ad altrettanti principi di portata generale, che trascendono l'ambito contrattuale e che, di conseguenza, devono considerarsi applicabili anche al testamento⁶¹⁰.

La disposizione citata stabilisce che il divieto di alienazione deve avere efficacia obbligatoria; ciò nondimeno, anche in assenza di un'esplicita previsione non avrebbe potuto essere diversamente: infatti, ammettere l'eventuale opponibilità *erga omnes* di tale clausola significherebbe dar vita a un nuovo diritto reale, in violazione del principio di tipicità che regola la materia⁶¹¹. Questo

⁶⁰⁹ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 419, afferma che per giungere a conclusioni diverse non è proficuo nemmeno richiamarsi alla diversa natura del contratto rispetto al testamento (si riferisce alla tesi di BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 445): «l'accordo contrattuale, nella dialettica che lo contraddistingue, comporterebbe un freno all'arbitrio del disponente, mancante nell'atto di ultima volontà, che può essere solo accettato o rifiutato dall'istituto. La giustificazione provava troppo, perché potrebbe adattarsi a qualsiasi clausola testamentaria che impone una condizione o un onere al lascito: gli elementi accidentali sono, sia pure con diverso grado di intensità, collegati alla disposizione attributiva il cui rifiuto impedisce il sorgere del gravame che il testatore intendeva imporre».

⁶¹⁰ Si è già avuto modo di vedere che l'art. 1324 c.c., imponendo un giudizio di compatibilità, richiede la necessità di una selezione delle norme sul contratto sulla base dell'*eadem ratio* rispetto alla fattispecie che non ha ricevuto alcuna disciplina, autorizzando così l'utilizzo dell'analogia anche con riguardo ai negozi non contemplati nella norma in esame. Si veda a tal proposito il capitolo IV, paragrafo 4.1. In questo senso si veda ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 436.

⁶¹¹ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., pp. 438 ss.; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 421; LOJACONO V., voce «Inalienabilità (clausole di)», cit., p. 896.

FUSARO A., *Il divieto contrattuale di alienazione*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, IV, 1, in *Giur. sistem. civ. e comm. Bigiavi*, Torino, 1991, pp. 57 ss., il quale evidenzia che secondo la Relazione del Guardasigilli (n. 630) è parso «esorbitante riconoscere al patto un'efficacia reale, data la difficoltà di

significa che l'unica conseguenza che può derivare dalla violazione del *pactum de non alienando* è il sorgere del diritto al risarcimento del danno⁶¹².

Inoltre, anche il requisito della temporaneità della limitazione del potere di disposizione avrebbe potuto comunque ricavarsi dal sistema, perché, da un lato, la temporaneità è una caratteristica comune a tutti i rapporti obbligatori⁶¹³ e, dall'altro, una compressione nel tempo illimitata della facoltà di disposizione andrebbe a modificare il nucleo centrale del diritto di proprietà⁶¹⁴.

Se non sorgono dubbi circa la portata di principi generali dell'ordinamento giuridico dei requisiti dell'efficacia obbligatoria e della temporaneità del divieto, non risulta altrettanto pacifica l'estensione, al di là dell'ambito prettamente contrattuale, dell'esigenza che il divieto di alienazione corrisponda a un apprezzabile interesse di una delle parti. Secondo una parte della dottrina tale caratteristica non sarebbe un indice necessario di validità del divieto testamentario di alienazione, poiché esso richiederebbe un sindacato di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.⁶¹⁵, che non potrebbe essere esteso al testamento, sia

organizzare per esso un sistema di pubblicità che potesse attuarsi rispetto a ogni categoria di beni e diritti, perciò l'obbligo convenzionale di non alienare si è mantenuto nell'orbita delle semplici obbligazioni personali». L'efficacia reale del divieto appare poi inconcepibile, secondo l'autore, anche alla luce del principio del numero chiuso dei diritti reali e dell'impossibilità per i privati di porre un bene fuori commercio.

⁶¹² TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 421, specifica che il divieto di alienazione costituisce una semplice obbligazione personale negativa e una limitazione autonoma ed esterna al diritto di proprietà, senza produrre effetti nei confronti dei terzi acquirenti. In caso di inadempimento del divieto la vendita sarà comunque valida e il bene non dovrà essere restituito dall'avente causa.

⁶¹³ NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p.768; ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 448.

⁶¹⁴ TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 419; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 757, pur non ritenendo applicabile nemmeno in via analogica l'art. 1379 c.c. afferma la necessità della temporaneità del vincolo. In questo senso anche BONOLINI G., *Il testamento. Lineamenti*, Cedam, Padova, 1995, p. 161

⁶¹⁵ La dottrina è concorde nel ritenere che la meritevolezza dell'interesse richiesto dall'art. 1379 c.c. sia differente da quello postulato dall'art. 1174 c.c. sia per quanto concerne il profilo soggettivo (la disciplina dell'art. 1174 c.c. è dettata nell'interesse del creditore, mentre quella dell'art. 1379 c.c. in quello di una delle parti), sia in relazione alla natura dell'interesse (anche non patrimoniale per

perché l'autonomia testamentaria avrebbe un significato proprio, indipendente da quella contrattuale, sia perché il negozio testamentario avrebbe già scontato in sede normativa il giudizio di meritevolezza. In ragione di ciò, il confine della facoltà del testatore di introdurre una limitazione al potere di disposizione *inter vivos* sul bene attribuito per testamento dovrebbe rinvenirsi, oltre che nell'esigenza di rispettare la temporaneità e l'efficacia obbligatoria, nella circostanza che il *de cuius* sia mosso da un motivo lecito⁶¹⁶.

Tuttavia, come abbiamo già avuto modo di vedere⁶¹⁷, questo modo di ragionare parte da un falso presupposto, vale a dire che, in virtù della formulazione dell'art. 1324 c.c., non possano estendersi al testamento le norme dettate in materia contrattuale, mentre la norma da ultimo citata, imponendo un giudizio di compatibilità sulla base dell'*eadem ratio* rispetto alla fattispecie che non ha ricevuto alcuna disciplina, autorizza il ricorso all'analogia con riferimento ai negozi *mortis causa*⁶¹⁸. Se ciò corrisponde al vero, non vi è alcun ostacolo all'estensione della valutazione di meritevolezza al testamento, purché si tenga in debita considerazione il diverso significato che esso può assumere in tale contesto⁶¹⁹. Si deve, inoltre, considerare che la limitazione del sindacato alla sola legittimità rischierebbe di pregiudicare tutte quelle istanze la cui violazione non deriva dal mancato rispetto dei stretti confini dell'ordine pubblico, delle norme imperative e del buon costume, ma che pure non appaiono apprezzabili secondo

l'art. 1174 c.c.; meritevole per l'art. 1379 c.c.). La meritevolezza dell'interesse richiesta ai fini della validità del divieto di alienazione va, quindi, messa in relazione con il dettato dell'art. 1322 c.c., che richiede che l'autonomia privata realizzi interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. In questo senso si vedano: FUSARO A., *Il divieto contrattuale di alienazione*, cit., p. 64; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 766; ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., pp. 460 ss.; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 417.

⁶¹⁶ TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., pp. 39 ss. BONOLINI G., *Il testamento. Lineamenti*, cit., p. 158; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 760; ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 461.

⁶¹⁷ Si rinvia al capitolo IV, paragrafo 4.1.

⁶¹⁸ Si veda la dottrina citata al capitolo IV, paragrafo 4.1, nota n. 455.

⁶¹⁹ Cfr. capitolo IV, paragrafo 4.1.

l'ordinamento giuridico⁶²⁰. In altre parole, non sarebbe giusto sacrificare un interesse meritevole di tutela qualora ciò non corrisponda a un apprezzabile interesse di un altro soggetto, a prescindere dal fatto che la fonte del regolamento sia un atto *mortis causa* o *inter vivos*.

Quanto abbiamo avuto modo di vedere consente di concludere che l'art. 1379 c.c. può trovare applicazione analogica con riferimento ai divieti testamentari di disposizione *inter vivos*, segnando entro quali limiti essi possano ritenersi validi⁶²¹.

A questo punto possiamo chiederci quali siano gli strumenti di cui può legittimamente servirsi il *de cuius* per introdurre un divieto di alienazione nel testamento. A tal proposito è stato autorevolmente sostenuto che la clausola di cui si discute dovrebbe rivestire sempre una funzione accessoria (*rectius*: accidentale) rispetto a una disposizione testamentaria attributiva e, di conseguenza, dovrebbe inquadarsi in un *modus* o in una condizione⁶²². Sennonché sono evidenti i rischi ai quali si va incontro inserendo il divieto di alienazione nel meccanismo condizionale: infatti, poiché la risoluzione presenta efficacia retroattiva reale, la condizione potrebbe costituire il mezzo per aggirare il limite dell'efficacia obbligatoria del divieto di alienazione. In ragione di ciò, il divieto testamentario di alienazione risolutivamente condizionato dovrà ritenersi nullo, poiché travalica il limite dell'efficacia obbligatoria richiesto all'art. 1379 c.c.⁶²³.

⁶²⁰ In una recente pronuncia la giurisprudenza ha affermato espressamente che la valutazione dell'apprezzabilità dell'interesse di cui all'art. 1379 c.c. si estende anche al testamento: Trib. Palermo, sez. II, 11.12.2013, in *Riv. not.*, 2014, pp. 1286 ss.

⁶²¹ In questo senso si pronuncia anche la giurisprudenza: Trib. Palermo, sez. II, 11.12.2013, cit.; Trib. Verona, 15.12.2008, cit.; Cass. civ., 08.02.1986, n. 802, cit. In dottrina si veda: TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 418.

⁶²² ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 415.

⁶²³ FUNAJOLI C. A., voce «*Divieto di alienazione (dir. priv.)*», cit., p. 898; LOJACONO V., voce «*Inalienabilità (clausole di)*», cit., pp. 892 ss.; NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 762; GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 164; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 434.

D'altra parte nemmeno un legato obbligatorio o un sublegato possono costituire il veicolo idoneo per l'introduzione di un simile divieto tutte le volte in cui il vincolo al potere di disposizione imposto all'erede o al legatario riguardi la generalità dei soggetti e non un terzo determinato⁶²⁴.

Lo strumento più adatto a introdurre un divieto di alienazione nel testamento deve, quindi, ritenersi l'onere testamentario, poiché la struttura di questo elemento non si pone in contrasto con alcuno dei limiti previsti all'art. 1379 c.c.: in particolare, la risoluzione di cui all'art. 648 c.c. non pregiudica i diritti acquistati dai terzi dal soggetto che abbia violato l'obbligo di non vendere il bene, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione⁶²⁵.

Riprendendo l'esempio con cui abbiamo aperto questo paragrafo, il Tribunale avrebbe dovuto qualificare la disposizione come un onere testamentario e non come una condizione; inoltre, prima di giungere alla conclusione della sua invalidità per mancata fissazione del termine avrebbe almeno dovuto porsi il problema se la presenza di un termine ritenuto troppo ampio o il suo difetto assoluto debba senz'altro considerarsi insanabile oppure se vi sia la possibilità di porvi rimedio attraverso la riduzione o la fissazione di un limite temporale da parte del giudice.

A questo punto è necessario domandarsi come debba valutarsi la congruità del termine richiesta dall'art. 1379 c.c.

Stabilire quando il termine possa dirsi congruo è certamente una *quaestio facti*, da risolversi nel caso concreto in relazione agli interessi in gioco: qualora l'interesse del soggetto gravato dal divieto sia sacrificato senza che vi sia un apprezzabile interesse del

⁶²⁴ Configurano come un'ipotesi di prelazione testamentaria il legato obbligatorio con cui si imponga all'onereato di non alienare un bene se non a favore di un certo soggetto: BONILINI G., *La prelazione testamentaria*, cit., p. 224; TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 433.

⁶²⁵ NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 762; B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 434.

defunto o tale sacrificio appaia sproporzionato in considerazione all'interesse di costui, il divieto deve ritenersi illecito⁶²⁶.

La dottrina che esclude la possibilità di una valutazione circa di meritevolezza, coerentemente critica la conclusione sopra riportata e, in nome del *favor testamenti*, afferma che possa applicarsi in via analogica l'art. 713, comma 3, c.c., il quale prevede che il *de cuius* possa imporre che la divisione dell'eredità o di alcuni beni di essa non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un termine non eccedente il quinquennio. Poiché il divieto di divisione, al pari di quello di alienazione, costituirebbe una limitazione del potere di disposizione, ciò giustificherebbe il riferimento al termine di cinque anni quale parametro al di sopra del quale dovrebbe ritenersi invalida la clausola testamentaria⁶²⁷.

A ciò si è obiettato che il comma terzo dell'art. 713 c.c. non sarebbe utilizzabile ai fini della valutazione della congruità del termine, poiché tale disposizione non prevede l'automatica riduzione della durata del vincolo a cinque anni qualora il testatore lo abbia fissato in un tempo superiore. Si potrebbe, semmai, estendere l'applicabilità dell'ultimo comma della norma citata, laddove prevede che ove concorrano gravi circostanze l'autorità giudiziale può consentire che la divisione si effettui senza indugio o dopo un periodo di tempo inferiore a quello previsto dal testatore. Detto in altre parole, al giudice sarebbe rimesso il potere di scegliere se porre nel nulla il divieto di alienazione o ridurre il termine. La riprova della correttezza di tale ragionamento sarebbe costituita dall'art. 645 c.c., che consente all'autorità giudiziaria di stabilire quando la condizione possa dirsi realizzata: poiché in caso di divieto di alienazione introdotto tramite condizione sarebbe prevista siffatta possibilità, sarebbe incongruo non ammetterla

⁶²⁶ In questo senso si esprime ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 450. Appare, però, contraddittorio che l'autore escluda una valutazione di meritevolezza dell'interesse perseguito nel testamento e poi, per determinare la congruità del termine si richiami a un bilanciamento degli interessi in gioco.

⁶²⁷ NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 770.

allorché il veicolo sia costituito da un onere⁶²⁸. Tuttavia, il ricorso a tale argomento non può ritenersi convincente, dal momento che, come abbiamo avuto modo di dimostrare poco più sopra, vi sono forti dubbi sulla validità di un divieto di alienazione introdotto mediante il meccanismo condizionale.

Nonostante sia da apprezzare il tentativo di non porre nel nulla la volontà del testatore ove difetti solamente l'elemento della temporaneità del divieto così come configurato dall'art. 1379 c.c., non si può omettere di considerare che un siffatto intervento da parte dell'autorità giudiziaria risulterebbe inopportuno alla luce della natura del negozio testamentario, il quale si presenta come un atto personalissimo e irripetibile⁶²⁹.

Infine, consentire al giudice di sostituirsi al testatore nella determinazione di un termine in caso di assenza o incongruità dello stesso condurrebbe a una disparità di trattamento a seconda del tipo di limite che il divieto testamentario di alienazione si trovi a violare, poiché nelle ipotesi di efficacia reale e di non apprezzabilità dell'interesse perseguito dal disponente si dovrebbe senz'altro concludere per la nullità della disposizione, a differenza di quanto accadrebbe per l'assenza o l'incongruità del termine.

Per tutti questi motivi, deve concludersi che il mancato rispetto di uno qualsiasi dei requisiti di cui all'art. 1379 c.c. comporti la nullità della disposizione contenente il divieto di alienazione.

⁶²⁸ ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 453. *Contra*: NATALE A., *Il divieto di alienazione*, cit., pp. 770 ss., il quale, pur criticando le argomentazioni di Rocca, ritiene anch'esso che il giudice abbia la facoltà di porre nel nulla o ridurre il termine del divieto di divisione.

⁶²⁹ Sostiene l'intangibilità dell'autonomia testamentaria in virtù dei principi di personalità e completezza della volontà espressa nel testamento DI MAJO A., *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, cit., p. 208. TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 421, ritiene che l'autorità giudiziaria non possa stabilire un termine ai sensi dell'art. 1183 c.c., anche se sulla base di un diverso argomento: infatti, secondo l'autrice, le norme che legittimano il giudice a sostituirsi alle parti con una valutazione equitativa avrebbero carattere eccezionale e, conseguentemente, non potrebbero trovare applicazione analogica

Giunti a questo punto, rimane da stabilire se tale invalidità si rifletta sul testamento.

Poiché il mezzo attraverso il quale è introdotto l'obbligo di non alienare è un *modus*, deve ritenersi applicabile l'art. 647, comma 3, c.c., che prevede due regole diverse a seconda che l'onere si atteggi a elemento accidentale ovvero autonomo del negozio testamentario⁶³⁰: nel primo caso la nullità si comunicherà al testamento, in virtù di quel nesso di interdipendenza che lega le due disposizioni (e l'ipotesi in cui il modo abbia costituito il solo motivo determinante è solo quella emblematica); mentre nel secondo caso l'autonomia del modo rispetto alla disposizione istitutiva farà sì che l'invalidità della primo non si comunichi alla seconda.

5.2. L'IDONEITA' DEL *MODUS* A IMPRIMERE UN VINCOLO DI DESTINAZIONE SU UN PATRIMONIO PER IL SODDISFACIMENTO DI UN DETERMINATO SCOPO.

Abbiamo già avuto modo di vedere⁶³¹ come il divieto di alienazione imposto tramite una disposizione modale possa presentarsi come strumentale al perseguimento di un determinato scopo. Qualora il bene oggetto della disposizione testamentaria sia un immobile o un mobile registrato⁶³² destinato al soddisfacimento di uno degli interessi di cui all'art. 2645 *ter* c.c. ci si può trovare di fronte al problema di stabilire se il testatore abbia voluto dar vita a un vincolo di destinazione in modo diretto o indiretto, a seconda che la sua costituzione avvenga direttamente tramite testamento oppure mediante l'imposizione di un obbligo all'erede o al legatario.

⁶³⁰ Cfr. capitolo IV, paragrafo 4.1.

⁶³¹ Si veda il capitolo V, paragrafo 5.1.

⁶³² PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 171. Una parte della dottrina ritiene che il vincolo di destinazione possa essere costituito anche sui beni mobili per i quali sia prevista una qualche forma di pubblicità (es. quote della società a responsabilità limitata): si veda FRATTA PASINI C., *Il nuovo articolo 2645 ter del codice civile (le preoccupazioni del mondo bancario)*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quad. Fond. it. not.*, 2006, p. 56.

Detto con altre parole, per ottenere il risultato che un certo bene sia destinato a una determinata finalità il *de cuius* può scegliere tra due modalità, che presentano, però, conseguenze profondamente diverse sia dal punto di vista dell'opponibilità del vincolo sia da quello della responsabilità patrimoniale.

Infatti, con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. si è prevista espressamente la possibilità di trascrivere il vincolo di destinazione, rendendolo opponibile *erga omnes*. Dall'espletamento di tale forma di pubblicità derivano due importanti conseguenze: la separazione patrimoniale⁶³³ e la limitazione dei possibili impieghi del bene vincolato e dei suoi frutti a quelli compatibili con la destinazione⁶³⁴. Ciò comporta sul piano della responsabilità patrimoniale che il bene destinato non potrà essere aggredito dai creditori personali dell'erede o del legatario, a differenza di quanto accade nel caso in cui la destinazione sia stata impressa attraverso una clausola modale, dal momento che l'efficacia meramente obbligatoria non consente l'opponibilità del vincolo⁶³⁵.

Prima di interrogarsi sul problema del rapporto tra queste due diverse forme di destinazione, occorre dare atto che, nel silenzio della legge, la possibilità di costituire un vincolo *ex art.* 2645 *ter* è fortemente controversa.

Una parte della dottrina si è mostrata contraria a una simile eventualità, sostenendo che tutte le volte in cui il legislatore ha voluto consentire al testamento di dar vita a un vincolo di

⁶³³ La separazione patrimoniale prevista all'art. 2654 *ter* c.c. è unidirezionale «nel senso che i beni destinati possono essere aggrediti dai soli creditori il cui credito sia causalmente collegato alla destinazione e non già dai creditori diversi e personali del soggetto conferente, salvo quanto previsto dall'art. 2915 c.c.; mentre non è vero il contrario, in quanto i creditori causalmente collegati alla destinazione possono, seppure in via sussidiaria, aggredire il patrimonio del soggetto conferente» (CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., pp. 198 – 799).

⁶³⁴ AMADIO G., *L'atto di destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c.*, in *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 132.

⁶³⁵ BIANCA M., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 48; QUARGNOLO M., *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., pp. 91 ss.

destinazione lo ha fatto espressamente (es. art 167 o 14 c.c.)⁶³⁶. Inoltre, anche la collocazione della norma nel quadro della disciplina della trascrizione degli atti *inter vivos* sarebbe sintomatica della volontà legislativa di escludere la costituzione tramite testamento; circostanza che risulterebbe confermata laddove si consideri che l'art. 2648 c.c., nel disciplinare la trascrizione dell'accettazione dell'eredità e dell'acquisto del legato, rinvia solo all'art. 2643, nn. 1, 2, e 4 e non all'art. 2645 *ter*, impedendone la pubblicità in virtù del principio di tassatività che regola la materia.

Infine, la disciplina del testamento non risulterebbe compatibile con alcune delle caratteristiche della fattispecie indicata nell'ultima norma testé citata. In particolare, il requisito della forma pubblica imporrebbe il ricorso al testamento pubblico, in violazione della regola dell'equivalenza, quanto agli effetti giuridici, delle diverse forme testamentarie regolate nel nostro ordinamento giuridico. Per di più, l'attribuzione della legittimazione ad agire per la realizzazione dello scopo a «qualsiasi interessato, anche durante la vita del conferente stesso», presupporrebbe che il negozio costitutivo del vincolo sia

⁶³⁶ BARTOLI S., *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., p. 698; MERLO A., *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 509 ss., però, osserva che laddove il legislatore ha voluto vietare una determinata disposizione testamentaria non si è limitato a tacere a riguardo, ma l'ha indicato espressamente (ad es. si veda l'art. 2821 c.c.). L'autore esprime forti perplessità sulla possibilità di costituire tramite testamento il vincolo di cui all'art. 2645 *ter* c.c., in considerazione dell'inapplicabilità al testamento dell'art. 1322 c.c. Tuttavia, abbiamo già avuto modo di contestare questo modo di ragionare (cfr. capitolo IV, paragrafo 4.1 e capitolo V, paragrafo 5.1). Sul tema la dottrina è copiosa si vedano a titolo esemplificativo: LUPOI M., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, pp. 467 ss.; MORACE-PINELLI A., *Atto di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., pp. 72 ss.; PATTI F., *Gli atti di destinazione e il trust nel nuovo art. 2645 ter*, in *Vita not.*, 2006, pp. 797 ss.; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 775 ss.; VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, pp. 775 ss.; OBERTO G., *Atti di destinazione (art. 2645 ter) e trust: analogie e differenze*, in *contr. e impr. Eur.*, 2007, pp. 351 ss.; OPPO G., *Brevi note sulla trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 241 ss.; MOSCATI E., *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 269 ss.

immediatamente produttivo di effetti, mentre il testamento non può che essere efficace dal momento della morte del suo autore e non da quello in cui è stato confezionato⁶³⁷.

Un'altra parte della dottrina ritiene, invece, che l'art. 2645 *ter* non contenga alcuna limitazione riguardo alla natura (*mortis causa* o *inter vivos*) del titolo costitutivo, fatto salvo il requisito formale della forma pubblica, che risulterebbe soddisfatto con la scelta del testamento pubblico, il quale garantirebbe da parte del notaio quel controllo di meritevolezza richiesto dalla legge⁶³⁸.

Per quanto riguarda il mancato richiamo dell'art. 2645 *ter* da parte dell'art. 2648 c.c., esso sarebbe da attribuire a un difetto di coordinamento che potrebbe essere superato considerando che gli atti di separazione patrimoniale rappresentano un *minus* rispetto a quelli di alienazione previsti all'art. 2643 nn. 1, 2 e 4 nominati alla norma da ultimo citata⁶³⁹.

La disciplina dell'art. 2645 *ter* c.c. andrebbe comunque coordinata con le regole della successione testamentaria e, in particolare, con il fatto che il testamento è destinato a produrre effetti solo con la morte del suo autore: di conseguenza, la legittimazione ad agire non potrebbe essere attribuita prima di questo momento⁶⁴⁰.

Non è questa la sede adatta per poter giungere a una conclusione circa l'ammissibilità della costituzione tramite

⁶³⁷ BARTOLI S., *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., p. 689.

⁶³⁸ BIANCA M., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit., p. 46, la quale specifica che l'esigenza di un controllo di meritevolezza non potrebbe dirsi adeguatamente soddisfatta dal testamento olografo, il quale, intervenendo al momento della pubblicazione del testamento olografo, vale a dire quando la volontà testamentaria si è già formata e non è più modificabile, non sarebbe più possibile, non potrebbe più compiere le attività preventive necessarie ad evitare forme improprie di utilizzazione del vincolo di destinazione. Per una diversa chiave di lettura del ruolo del notaio nell'ambito del controllo di meritevolezza si veda: MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., pp. 1155 ss.

⁶³⁹ PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 164; BIANCA M., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit., p. 47.

⁶⁴⁰ BIANCA M., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit., p. 47

testamento di un vincolo *ex art. 2645 ter c.c.*; ciò nondimeno, l'aver accennato a questa problematica consente di domandarsi se l'onere testamentario possa rappresentare uno strumento alternativo per imprimere una destinazione a uno o più beni testamentari, ovviando così alle difficoltà sopra esposte.

Come abbiamo avuto modo di avvertire poche righe più sopra, l'efficacia del vincolo di destinazione creato attraverso il *modus* non può che essere obbligatoria⁶⁴¹: di conseguenza, la tutela che ne deriverebbe in caso di violazione è certamente meno pregnante di quella prevista per il caso di un vincolo di natura reale, qual è quello previsto all'*art. 2645 ter c.c.* La realizzazione dello scopo avuto di mira dal *de cuius* rimarrebbe, quindi, pur sempre legata alla volontà dell'onerato di dare esecuzione alla stessa, poiché in caso di inadempimento l'interessato potrebbe solamente chiedere il risarcimento del danno, con le connesse difficoltà che si riscontrano in queste ipotesi in ordine alla prova dell'entità del pregiudizio subito, oppure – nei limiti di cui all'*art. 648, comma 2, c.c.* – la risoluzione della disposizione testamentaria. Ciò nonostante, non vanno sottovalutate le potenzialità di quest'ultimo rimedio, il quale può svolgere una doppia funzione: da un lato, spingere l'onerato all'adempimento se non vuole perdere quanto ricevuto tramite l'istituzione di erede o il legato; dall'altro, anche qualora tale minaccia non sortisca l'effetto voluto, la risoluzione della disposizione testamentaria non determina l'estinzione dell'obbligazione modale, ma la sostituzione dell'onerato inadempiente con un altro soggetto (*art. 677 c.c.*). Tuttavia, tale meccanismo può dirsi soddisfacente dal punto di vista della realizzazione della volontà testamentaria solo laddove il nuovo onerato sia, per così dire, più diligente del precedente; è, però, evidente che il rischio di mancata esecuzione tanto più sarà

⁶⁴¹ Sul punto si veda Cass. civ., sez. II, 09.06.2014, n. 12959, in *De Jure*, secondo cui «la trascrizione della donazione modale non vale a far acquistare all'onere un carattere reale, atteso il principio della tipicità dei diritti reali e la riconducibilità della donazione modale all'ambito dei rapporti obbligatori».

elevato quanto più il valore dell'onere assorba o superi il valore della disposizione attributiva: è chiaro che in questo caso l'onere non riceverebbe alcun vantaggio economico e potrebbe ritenere meno pregiudizievole perdere il lascito piuttosto che affrontare le spese per la sua esecuzione.

In conclusione, l'efficacia obbligatoria della disposizione modale non appare sufficiente a garantire una piena esecuzione della volontà del defunto, qualora si tratti di assicurare la destinazione di uno o più beni a un determinato scopo, e ciò a differenza del vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, sicché sarebbe auspicabile superare le resistenze all'ammissibilità della costituzione di quest'ultimo tramite testamento.

Ciò nonostante, quanto appena detto non deve scambiarsi per una svalutazione del ruolo del *modus*, perché è pur sempre vero che è il tipo di scopo perseguito e, di conseguenza, il grado di vincolatività che si vuole imporre al soggetto onerato, che induce alla scelta di uno strumento piuttosto che dell'altro⁶⁴².

Ove si ritenga possibile dar vita a una destinazione allo scopo ai sensi dell'art. 2645 *ter c.c.* tramite testamento, il problema diviene quello di stabilire quale sia la linea di confine tra questa clausola e quella che prevede la destinazione indiretta di un bene.

Affinché si ponga un problema di qualificazione è necessario che la disposizione testamentaria presenti gli elementi fondamentali richiesti dall'art. 2645 *ter c.c.*: ciò significa che deve avere ad oggetto un bene immobile o mobile registrato, essere contenuta in un testamento pubblico ed essere stata prevista per il soddisfacimento di «un interesse meritevole di tutela riferibile a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.⁶⁴³».

⁶⁴² In questo senso si esprime CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., pp. 138 - 139.

⁶⁴³ Sull'interpretazione di questa parte dell'art. 2645 *ter c.c.* la discussione dottrinale è vivace. Si vedano a tal proposito: AMADIO G., *L'atto di destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c.*, in *Lezioni di diritto civile*, cit., pp. 117 ss.; MAGGILOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione*

E' da escludere che ci si possa trovare di fronte a un onere testamentario tutte le volte in cui la costituzione del vincolo di destinazione abbia come beneficiario un soggetto determinato: si tratterà, piuttosto, di un legato a carico dell'erede o del legatario, rispetto al quale ci si potrà semmai interrogare se l'intenzione del testatore sia stata quella di imporre un vincolo di carattere obbligatorio o reale, ai sensi dell'art. 2654 *ter* c.c. Mentre, qualora il destinatario del vincolo di destinazione sia una categoria di terzi genericamente individuata o lo stesso soggetto a cui è attribuito il bene, potrebbero sorgere dei dubbi in ordine alla corretta qualificazione della fattispecie.

Posto che il *modus* per la sua efficacia obbligatoria non può considerarsi uno strumento idoneo a imporre un vincolo di destinazione a carattere reale, quando la volontà del *de cuius* sia diretta in quest'ultimo senso, essa dovrà estrinsecarsi in un'istituzione di erede o in un legato (ad efficacia reale), a cui si accompagni la contestuale costituzione di un vincolo *ex art. 2645 ter* c.c.

Per esemplificare, potremmo pensare alle seguenti disposizioni: «la mia abitazione di campagna a Tizio in qualità di mio erede con l'obbligo di non venderla e di destinarla per almeno cinquant'anni dalla mia morte a casa di cura per i disabili della città di Venezia» e «costituisco sulla mia abitazione in campagna un vincolo di destinazione a casa di cura per i disabili della città di Venezia e attribuisco la stessa a Tizio a titolo di erede». In entrambi i casi non mi sembra che si possa dubitare in ordine all'interpretazione da dare al testamento, poiché la prima clausola richiama l'idea di un vincolo indiretto, il cui sorgere passa attraverso l'imposizione di un obbligo (non vendere e destinare) all'erede; mentre con la seconda il testatore destina direttamente il bene allo scopo desiderato. In questo stesso senso potrebbe

ex art. 2645 ter c.c., cit., pp. 1151 ss.; BIANCA M., voce «*Vincoli di destinazione del patrimonio*», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 2006, pp. 13 ss.; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., pp. 797 ss.

qualificarsi una clausola del seguente tenore: «destinata a casa di cura per i disabili della città di Venezia per un periodo di almeno cinquant'anni la mia abitazione di campagna, quest'ultima spetta al mio erede Tizio». Mentre, «la mia casa di campagna legata al mio erede Tizio, sia destinata a casa di cura per i disabili della città di Venezia per almeno cinquant'anni», fa pensare che l'erede debba compiere un altro atto per dar vita al vincolo di destinazione, quindi si dovrebbe propendere per una qualificazione in termini di clausola modale.

In conclusione, a parere di chi scrive, individuare il confine tra una disposizione modale e una destinazione testamentaria è una *quaestio voluntatis*, che va risolta caso per caso, prestando particolare attenzione al fatto se il testatore abbia inteso creare un vincolo imponendo all'erede o al legatario un'ulteriore attività da svolgersi dopo la sua morte oppure se il testamento sia la fonte diretta della destinazione, di modo che l'onere non debba fare alcunché se non rispettare la volontà del *de cuius*.

5.3. CLAUSOLA MODALE E FONDAZIONE FIDUCIARIA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI DI UN RAPPORTO CONTROVERSO.

Il testatore nell'esercizio della propria autonomia testamentaria può scegliere se dar vita a una fondazione in via diretta ovvero indiretta. Nel primo caso il testamento costituirà insieme l'atto di fondazione e di dotazione dell'ente⁶⁴⁴ (art. 14 c.c.)

⁶⁴⁴ La dottrina maggioritaria distingue tra atto di fondazione, con il quale il fondatore manifesta la volontà di costituire l'ente, che ha natura di atto *post mortem* o di disposizione non patrimoniale ai sensi dell'art. 587, comma 2, c.c., dal negozio di dotazione, che si traduce in un'istituzione di erede da accettare o da rinunciare o in un legato rinunciabile *ex art.* 649 c.c. Si tratta di due atti distinti, ma funzionalmente collegati, di modo che la nullità del negozio di fondazione si riflette sull'atto di dotazione, mentre l'invalidità di quest'ultimo rende impossibile il perseguimento dello scopo stabilito. Si vedano a tal proposito: NICOLÒ R., *Negozio di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, pp. 386 ss.; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 279; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 10 ss.; RESCIGNO P., voce «*Fondazione (dir. civ.)*», XVII; Giuffrè, Varese, 1968, p. 801. Altra autorevole dottrina (GALGANO F., voce «*Fondazione*», in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988, pp. 1 ss.) considera l'atto di dotazione parte integrante dell'atto di

e, in ragione di ciò, dovrà contenere tutti gli elementi richiesti a tal fine dalla legge (art. 16 c.c.). Mentre, la costituzione indiretta può aversi o perché il *de cuius* si limita a fissare lo scopo della fondazione, demandando a un terzo arbitratore la definizione delle norme di governo dell'ente⁶⁴⁵, o perché costui tramite una disposizione modale imponga la destinazione di un bene a un determinato scopo.

Se in astratto non è difficile tenere distinte le ipotesi testé indicate, il compito dell'interprete può presentarsi non altrettanto agevole qualora si tratti di stabilire in concreto quale sia stata la via prescelta dal testatore. Infatti, la distinzione tra la costituzione diretta e quella indiretta, in cui la determinazione di alcuni degli elementi è stata demandata a un terzo, può apparire sottile in ragione del fatto che sovente l'atto costitutivo necessita di essere integrato, salvo che il defunto non abbia allegato alla scheda testamentaria uno statuto completo⁶⁴⁶. Diversa da queste ipotesi, in cui il testatore attribuisce in modo più o meno diretto i beni a un nuovo ente, è quella della c.d. fondazione modale, in cui egli conferisce il patrimonio a un soggetto già esistente (persona fisica o giuridica) che assume l'obbligo di costituire il vero destinatario dei

fondazione: si tratterebbe di una fattispecie complessa, con cui il fondatore fissa un determinato scopo, predisponendo la struttura organizzativa, dotandola dei mezzi necessari. Non essendo la dotazione un atto autonomo, non potrebbe essere qualificata come né come istituzione di erede né come legato: «si deve abbandonare il tradizionale postulato secondo il quale il testamento non può contenere altri atti di disposizione patrimoniale che non siano l'istituzione di erede o il legato: si deve ammettere l'esistenza, in forma di testamento, di quella ulteriore figura negoziale implicante una disposizione patrimoniale, che prende il nome di atto di fondazione. Questa ulteriore figura ha in comune con l'istituzione di erede e con il legato solo il fatto di essere un atto di liberalità: è soggetta solo alle norme che – come quelle che regolano l'azione di riduzione per lesione di legittima – sono dettate per l'istituzione di erede e per il legato (oltre che per la donazione) in quanto atti di liberalità».

⁶⁴⁵ ALPA G., FUSARO A., *La costituzione di fondazione*, cit., p. 261. L'arbitratore sarà il soggetto incaricato dal testatore di amministrare il patrimonio fino al riconoscimento (di solito l'esecutore testamentario) oppure, laddove difetti un'apposita previsione a riguardo, tale ruolo è impersonato dall'Autorità amministrativa ai sensi dell'art. 3 disp. att. c.c. La qualificazione come arbitratore comporta l'applicazione dell'art. 1349 c.c.

⁶⁴⁶ ALPA G., FUSARO A., *La costituzione di fondazione*, cit., p. 262.

beni⁶⁴⁷. Qualora il beneficiario della disposizione sia costituito da un ente, il nodo problematico da sciogliere diviene quello stabilire come debba essere qualificata la disposizione con cui si attribuiscono uno o più beni ereditari al fine di destinarli alla soddisfazione di uno scopo individuato⁶⁴⁸, a cui spesso si accompagna – al fine di evitare l’elusione della volontà testamentaria – il divieto di alienazione di quanto attribuito, poiché tale clausola potrebbe essere interpretata sia come un onere testamentario sia come una fondazione fiduciaria.

Con il termine fondazione fiduciaria si indica un ente di fatto, quindi privo di personalità giuridica, che al pari della fondazione riconosciuta crea un vincolo di destinazione sul patrimonio, ma a differenza di quest’ultima difetta di un autonomo centro di imputazione. Il problema dell’ammissibilità di questa tipologia di fondazione risulta legato, da un lato, alla difficoltà concettuale di ammettere la possibilità di imporre un vincolo reale su un patrimonio in assenza di un soggetto a cui imputare lo stesso⁶⁴⁹ e, dall’altro, dal timore di violare il principio di tipicità, che regola la materia sia dei diritti reali sia delle limitazioni alla garanzia patrimoniale dei creditori (art. 2740, comma 2, c.c.)⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, Padova, 2005, p. 19.

⁶⁴⁸ La dottrina pressoché unanime ritiene che la fondazione possa essere costituita solo per il perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, sul presupposto che l’ordinamento giuridico guarda con sfavore alla destinazione di un patrimonio per un periodo di tempo indefinito e potenzialmente perpetuo. A tal proposito si veda GALGANO F., voce «*Fondazione*», cit., p. 4. *Contra*: RESCIGNO P., voce «*Fondazione (dir. civ.)*», cit., pp. 811 ss. Con il D.P.R. 10.02.2000, n. 361 si è, invece, stabilito che è requisito necessario e sufficiente che lo scopo dell’ente sia possibile e lecito (art. 1, comma 3). Secondo l’opinione prevalente tale esigenza non sarebbe mutata nemmeno con l’entrata in vigore del D.P.R. 10.02.2000, n. 361, che prevede solamente che lo scopo della fondazione debba essere possibile e lecito: di conseguenza, sarebbe comunque necessario che il fine presenti una qualche rilevanza pubblica, in quanto solo in questo modo si potrebbe giustificare la compressione tendenzialmente illimitata delle facoltà dominicali. A tal proposito si veda MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., pp. 20 ss.

⁶⁴⁹ ZOPPINI A., *Le fondazioni*, cit., p. 286, nota n. 127.

⁶⁵⁰ MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell’atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 1148.

Le soluzioni date a tale interrogativo sono state profondamente diverse.

Un illustre giurista ha sostenuto che la fondazione fiduciaria andrebbe collocata all'interno del diritto successorio, traducendosi in una disposizione modale, che imprime sui beni oggetto della stessa un vincolo di natura obbligatoria e personale. Nell'ipotesi in cui il beneficiario del *modus* sia un ente, tale vincolo acquisterebbe una particolare intensità, gravando in perpetuo sul patrimonio destinato e resistendo anche all'eventuale estinzione dello stesso, in virtù del disposto dell'art. 32 c.c., secondo cui il patrimonio dell'ente fiduciario si trasferirebbe ad un altro ente, che risulterebbe comunque obbligato all'adempimento dell'onere⁶⁵¹. La distinzione tra la fondazione riconosciuta e quella fiduciaria riguarderebbe essenzialmente l'ambito - essendo nel primo caso collocata nella teoria delle persone giuridiche e nel secondo caso nel diritto delle successioni a causa di morte - e l'organizzazione, presente solo nell'ente riconosciuto⁶⁵².

A parere di chi scrive a ragionare questo modo la figura dell'onere testamentario e quella della fondazione fiduciaria tendono a confondersi nell'indistinzione: se davvero l'art. 32 c.c. contempla un'ipotesi di speciale intensità del *modus* non si vede quale sia l'utilità di utilizzare anche lo schema della fondazione fiduciaria, che risulterebbe un'inutile superfetazione. Inoltre, il fatto che la destinazione non subisca la stessa sorte dell'ente estinto (art. 32 c.c.) fa pensare a un vincolo di natura reale, il quale non potrebbe considerarsi in alcun modo compatibile con la natura obbligatoria del *modus*⁶⁵³. Ciò non risulta smentito dalla previsione

⁶⁵¹ FERRARA F., *Le persone giuridiche*, in *tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, II, 2, Utet, Torino, 1958, pp. 105 ss.

⁶⁵² FERRARA F., *Le persone giuridiche*, cit., pp. 105 ss.

⁶⁵³ In questo senso è criticabile la tesi di ZOPPINI A., *Le fondazioni*, cit., p. 289, secondo il quale la natura reale del vincolo dell'art. 32 non configgerebbe con la qualificazione dell'atto di destinazione in termini di *modus*. Tale norma riguarderebbe anche l'ipotesi in cui la destinazione iniziale dei beni sia quella di costituire in substrato di un ente autonomo: l'impossibilità sopravvenuta dell'onere (il mancato riconoscimento dell'ente) imporrebbe la sopravvivenza del

dell'art. 699 c.c.: infatti, posto che è sottratta all'autonomia privata la possibilità di creare un onere a carattere reale, la legge, in considerazione della pubblica utilità dello scopo perseguito dal defunto, ha consentito la creazione di un vincolo di particolare intensità. La norma citata disciplina l'ipotesi in cui il testatore imponga all'erede - che a sua volta a tenuto a imporre al proprio erede - di erogare determinate somme di denaro per «premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento a una professione o a un'arte, opere di assistenza, o per altri fini di pubblica utilità, a favore di persone da scegliersi entro una determinata categoria o tra i discendenti di determinate famiglie»⁶⁵⁴. Tale disposizione presenta, però due fondamentali differenze rispetto alla fondazione fiduciaria: in primo luogo, la destinazione, che può essere anche perpetua, non è opponibile *erga omnes*, ma solo a tutti i successivi eredi; in secondo luogo, manca la creazione di un ente autonomo, incaricato di amministrare il patrimonio.

Tutto ciò porta a concludere che le figure del *modus* e della fondazione fiduciaria, presentando diversa struttura ed efficacia, vanno tenute distinte.

Una parte della dottrina ha proposto di interpretare in modo diverso l'art. 32 c.c., in quanto il linguaggio legislativo si sarebbe espresso in modo impreciso riferendosi ai termini «donazioni» e «lasciti», laddove si tratterebbe, in realtà, di atti che imprimono un

programma fondazionale, salvo l'ipotesi in cui la costituzione della fondazione riconosciuta abbia costituito l'unico motivo determinante la disposizione. Secondo l'autore in quest'ultimo caso la conseguenza sarebbe la risoluzione. Anche questo assunto non può condividersi: la conseguenza per l'impossibilità dell'onere con valore determinante è individuata dall'art. 647, comma 3, c.c. nella nullità della disposizione testamentaria.

Secondo RASCIO R., *Destinazione dei beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, pp. 22 ss. l'art. 32 non contemplerebbe un caso di fondazione fiduciaria, ma un vincolo di peculiare natura ed intensità, non essendo né reale né obbligatorio, derivante dal fatto che il *modus* è stato imposto a una persona giuridica. La diversità dello scopo impresso dall'onere rispetto a quello dell'ente beneficiario determinerebbe l'autonomia dei rapporti giuridici e la destinazione dei beni allo scopo.

⁶⁵⁴ A tal proposito si vedano: GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., p. 431; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., pp. 58 ss.

vincolo reale di destinazione sui beni attribuiti anche nell'ipotesi di estinzione dell'ente, dal momento che in tal caso l'autorità amministrativa devolve i beni con destinazione particolare ad altre persone giuridiche con finalità analoghe, sottraendo così gli stessi all'applicazione delle clausole dello statuto o dell'atto costitutivo dell'ente. Quest'ultimo è considerato dall'art. 32 c.c. come «donatario» o destinatario di un «lascito» e, perciò, come proprietario dei beni ricevuti. Tuttavia, si tratterebbe di una proprietà diversa da quella di diritto comune, in quanto piegata allo svolgimento di una funzione. Ancorché la legge parli di onere, la destinazione di cui all'art. 32 c.c. non ne possiederebbe le caratteristiche, poiché l'ente proprietario non può servirsi di questi beni se non per realizzare lo scopo al quale sono destinati e il vincolo non viene meno con l'estinzione dello stesso. Si sarebbe, dunque, in presenza di un vincolo reale: da ciò deriva che i beni con destinazione particolare sono separati dal patrimonio dell'ente affidatario e non possono essere aggrediti dai creditori di quest'ultimo. D'altra parte l'ente destinatario non potrebbe servirsi dei beni se non per la realizzazione dello scopo al quale sono stati destinati. Da tale situazione si ricaverebbe che il presunto lascito non è nient'altro che un vero e proprio atto di fondazione e che l'ente destinatario ne è l'amministratore⁶⁵⁵.

La disposizione testamentaria a favore di un ente benefico che preveda il divieto di alienabilità del bene, nonché la destinazione delle rendite al perseguimento di una finalità di pubblica utilità, corrispondente alle finalità istituzionali dell'ente, dovrebbe considerarsi una fondazione fiduciaria disposta sotto le mentite spoglie di un onere testamentario, dal momento che il primo obbligo si presenterebbe come meramente strumentale alla realizzazione del vincolo di destinazione⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., pp. 429 ss.

⁶⁵⁶ GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., p. 431, il quale chiarisce che la fondazione fiduciaria non dà luogo ad un apposito ente, poiché è atto di liberalità con il quale «si destina in perpetuo un bene ad uno scopo di

A questo punto si pone il problema di giustificare l'ammissibilità della fondazione non riconosciuta nel nostro ordinamento giuridico in mancanza di una espressa previsione legislativa.

La dottrina in esame parte dalla disciplina degli artt. 32 e 39 – 42 c.c. per dimostrare che tali fattispecie potrebbero essere ricondotte al paradigma della fondazione fiduciaria: in entrambi i casi la legge prevedrebbe uno speciale statuto proprietario, che si caratterizzerebbe per la dissociazione tra l'attribuzione del diritto di proprietà e la realizzazione dell'interesse, che non farebbe capo al titolare, bensì ad altri⁶⁵⁷.

A ciò si è obiettato che l'identità di struttura e di funzione sussistente tra la fondazione fiduciaria e l'ipotesi di cui agli artt. 39 – 42 c.c. non toglie che alla base della disciplina dei comitati privi di personalità giuridica vi sia una giustificazione che non potrebbe valere per la fondazione fiduciaria, vale a dire il carattere di temporaneità dell'attività e dei fini. Inoltre, l'ammissibilità delle fondazioni di fatto nel nostro ordinamento giuridico, oltre a porsi in contrasto con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, porrebbe seri problemi in ordine alla definizione della forma di comproprietà dei soggetti componenti l'ente sui beni del patrimonio comune. Infine, giocherebbe a sfavore delle fondazioni fiduciarie

pubblica utilità, affidandolo ad un ente (o a una persona fisica) affinché lo amministri e ne devolva le rendite in conformità allo scopo».

⁶⁵⁷ GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., pp. 434 ss.; ZOPPINI A., *Le fondazioni*, cit., pp. 286 ss. Tra le ipotesi normative che costituirebbero presenterebbero le caratteristiche della fondazione di fatto la dottrina ha annoverato anche i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza di cui all'art. 2117 c.c. e la fondazione in attesa di riconoscimento (art. 15 c.c.). Particolarmente discussa risulta quest'ultima ipotesi: mentre secondo una parte della dottrina (ZOPPINI A., *Le fondazioni*, cit., pp. 286 ss.), la fondazione in attesa di riconoscimento configura un'ipotesi tipica di patrimonio destinato senza che ciò implichi anche la creazione di un'organizzazione autonoma; un'altra parte ha sostenuto che l'ente in attesa di riconoscimento non può essere paragonato all'ente di fatto, poiché nel primo caso si è in presenza di una fase transitoria di attesa dell'attribuzione giuridica; nel secondo, invece, l'ente è costituito per vivere come non riconosciuto. In questo senso si vedano: DE GIORGI M. V., *Le persone giuridiche*, cit., pp. 438 ss.; GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., p. 434; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimonio allo scopo*, cit., pp. 70 ss.

soprattutto la forma organizzativa, caratterizzata dalla prevalenza dell'elemento patrimoniale su quello personale⁶⁵⁸: il legislatore avrebbe previsto le associazioni non riconosciute e non le fondazioni, perché solo nella prima tipologia di ente citato l'esistenza della componente personale consentirebbe di configurare un centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive anche in assenza di riconoscimento⁶⁵⁹.

Tuttavia, a parere di chi scrive, ciò non spiega il motivo per il quale il patrimonio destinato possa sopravvivere all'estinzione dell'ente: conseguentemente, appare più utile prendere in considerazione l'ipotesi che da tale norma e dagli artt. 39 – 42 c.c. si ricavi l'esistenza di un vincolo reale di destinazione, per verificarne la tenuta all'interno del nostro sistema giuridico. Innanzitutto, occorre tener presente che nelle norme citate si assiste a una scissione tra la titolarità del diritto e l'interesse per il soddisfacimento del quale esso è stato attribuito, senza che ciò sia finalizzato all'acquisto della personalità giuridica: in altre parole, ci troviamo di fronte a una proprietà fiduciaria, in quanto detenuta nell'altrui interesse⁶⁶⁰. Si può, allora, pensare che le disposizioni citate costituiscano insieme il fondamento normativo e la disciplina del vincolo di destinazione reale, imposto per il perseguimento di un fine di pubblica utilità: se ciò corrisponde al vero, tale normativa potrebbe ritenersi applicabile in tutti i casi in cui all'interno di un patrimonio siano stati segregati dei beni per destinarli a uno scopo altruistico.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ DE GIORGI M. V., *Le persone giuridiche*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, 2, Utet, Torino, 1999, pp. 438 ss. Si sono mostrati contrari all'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico della fondazione fiduciaria anche: BIANCA C.M., *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 35; TAMBURRINO G., *Persono giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1997, p. 401; BASILE M., *Le persone giuridiche*, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 191 ss.; DELLE MONACHE S., *Costituzione di un ente fondazionale da parte dell'erede a scopo di adempimento di un modus testamentario*, cit., p. 1088.

⁶⁵⁹ MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 308; DE GIORGI M. V., *Le persone giuridiche*, cit., p. 440.

⁶⁶⁰ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., p. 30.

⁶⁶¹ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., p. 41.

Come abbiamo già avuto modo di vedere, le resistenze che si oppongono all'ammissibilità della fondazione fiduciaria sono collegate essenzialmente all'idea che non si possano creare vincoli a carattere reale senza la contestuale attribuzione della personalità giuridica: sarebbe, infatti, improponibile dal punto di vista logico e tecnico-giuridico un patrimonio senza un titolare⁶⁶².

Questa prospettiva merita di essere rivista, poiché la presenza o l'assenza di personalità giuridica non incide sul profilo della titolarità, ma esclusivamente su quello della responsabilità limitata. Inoltre, l'autonomia patrimoniale, intesa come divisione tra il patrimonio dell'ente e quello dei singoli componenti, è effetto immediato della soggettività e non della personalità giuridica, la quale muta, piuttosto, il regime della responsabilità, attribuendo agli amministratori il beneficio della responsabilità limitata⁶⁶³.

Come è stato osservato, il problema della patrimonio destinato a uno scopo è stato storicamente risolto in due modi diversi: attraverso lo schema della persona giuridica ovvero attraverso il ricorso alla proprietà fiduciaria degli amministratori. Se la prima modalità non si mostra idonea a risolvere il problema prospettato, dal momento che ci troviamo di fronte a un ente di fatto, la seconda può rivelarsi una via praticabile soltanto a condizione che si dimostri la compatibilità della proprietà fiduciaria rispetto al nostro ordinamento giuridico e, in particolare, rispetto al principio di tipicità dei diritti reali. A tal proposito, si è affermato che il *numerus clausus* non risulta smentito, poiché nel nostro ordinamento giuridico possono rinvenirsi diversi statuti proprietari: vi è quello di cui al libro terzo del Codice civile (artt. 832 ss.) e quello disciplinato al libro primo, caratterizzato dalla scissione tra titolarità e interesse. Del resto è logico pensare che il diritto di

⁶⁶² Trib. Genova, 09.07.1971, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, pp. 297 ss., con nota di DE GIORGI M. V. Vi sono casi, seppur marginali, in cui la giurisprudenza ricorre alla figura della fondazione fiduciaria: Cass. civ., 25.06.1953, n. 1975, in *Foro it.*, 1954, I, pp. 1464 ss.; Cass. civ., 26.05.1999, n. 5122, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 2289 ss.

⁶⁶³ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., pp. 80 ss.

proprietà non possa atteggiarsi in modo identico allorché si riferisca a fattispecie diverse: così, la posizione dominicale, qualora riguardi delle persone quali membri di un gruppo, sarà integrata dalla disciplina delle persone giuridiche⁶⁶⁴.

La possibilità di limitare le facoltà dominicali attraverso l'apposizione di un vincolo reale di destinazione su un patrimonio si ricava, dunque, dallo stesso sistema e gli artt. 32 e 39 – 42 possono considerarsi il paradigma di riferimento per tutte le proprietà collettive che perseguono interessi meta individuali.

Si è così evidenziato che tale conclusione risulta confermata anche dalla disciplina del mandato senza rappresentanza: quest'ultimo condivide con la fiducia il fatto di rappresentare un'ipotesi di proprietà nell'interesse altrui, pur distinguendosi dal punto di vista dell'efficacia del vincolo (obbligatoria per il primo e reale per la seconda) e del tipo (individuale o non solo collettivo, ma anche di pubblico rilievo). Ciò nonostante, la distanza tra la tutela reale e quella obbligatoria è attenuata dalla circostanza che la proprietà del mandatario è vincolata nel suo godimento in ragione della tutela accordata al mandante, di modo che si assiste a un avvicinamento tra i due paradigmi attraverso le regole sulla trascrizione delle domande giudiziali e la tutela aquiliana del diritto al ritrasferimento del bene al mandante⁶⁶⁵.

La proprietà acquistata dal mandatario senza rappresentanza non presenta le caratteristiche di cui agli artt. 832 ss. c.c., in quanto il titolare del diritto non può godere della cosa ed

⁶⁶⁴ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., pp. 96 ss.

⁶⁶⁵ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., p. 137, la quale evidenzia che «il mandante non solo è titolare dell'azione di rivendicazione secondo l'art. 1706 c.c., ma le cui ragioni sono destinate a prevalere su quelle dei creditori personali del mandatario se, in caso di beni mobili, il mandato abbia data certa anteriore al pignoramento, o in caso di immobili l'atto di ritrasferimento o la domanda giudiziale siano anteriori al pignoramento (art. 1707 c.c.). E la cui posizione è garantita addirittura dalla sanzione penale dell'appropriazione indebita se il mandatario dispone delle cose ricevute per conto del mandante». Secondo l'autrice, in presenza di un'espressa previsione di legge alcuni diritti di credito possono essere vantati anche nei confronti del terzo avente causa. Questo trova spiegazione nel fatto che l'opponibilità non è tanto legata alla natura del diritto, quanto ad una valutazione operata dall'ordinamento giuridico in ordine alla rilevanza di certi interessi.

è obbligato a trasferirla al mandante, ma si inquadra, piuttosto, nello schema degli artt. 32 e 39 – 42 c.c., che costituiscono la proiezione in ambito meta individuale del modello di proprietà nell'interesse altrui disciplinata agli artt. 1706 e 1707 c.c.⁶⁶⁶.

Infine, come è stato autorevolmente osservato, un'ulteriore conferma dell'ammissibilità della fondazione fiduciaria può ricavarsi dall'art. 2645 *ter* c.c., il quale presenta il nucleo essenziale della struttura fondazionale, vale a dire la destinazione di un patrimonio a uno scopo di pubblica utilità⁶⁶⁷. Tale norma descrive, infatti, un frammento di disciplina⁶⁶⁸, corrispondente a una fattispecie suscettibile di essere arricchita da ulteriori elementi, i quali potrebbero portare alla configurazione di una forma giuridica più complessa che comprenda in sé l'atto di destinazione, come accade con la fondazione fiduciaria, oppure l'atto di destinazione potrebbe anche inserirsi in una forma giuridica non ancora esistente, essendo in questo caso l'atto di destinazione *ex art. 2645 ter* c.c. configurato come atto isolato e tipico⁶⁶⁹.

L'utilità di ammettere una fondazione fiduciaria può scorgersi sotto molteplici aspetti. Innanzitutto, la natura reale del vincolo consentirebbe la sua opponibilità *erga omnes*, di modo che i creditori dell'erede o del legatario non potrebbero far valere le proprie ragioni sul patrimonio separato. Inoltre, i beni ereditari formerebbero un patrimonio separato rispetto a quello dell'ente onerato dalla disposizione: conseguentemente, i creditori di quest'ultimo non potrebbero soddisfarsi sui beni con destinazione

⁶⁶⁶ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., p. 151 – 152. Secondo l'autrice la proprietà di una fondazione fiduciaria e quella del mandatario senza rappresentanza presentano le seguenti analogie: la dissociazione tra titolarità e interesse; la fonte legale delle limitazioni proprietarie (artt. 32 e 39 – 42, nonché 1706 – 1707 c.c.); il diritto di proprietà è limitato in ragione del perseguimento di un interesse, sebbene di diversa natura.

⁶⁶⁷ MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., pp. 1148 ss.

⁶⁶⁸ In questo senso si è espressa BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in www.scuoladinotariatodellalombardia.org/relazioni.htm, p. 5.

⁶⁶⁹ MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 1152.

particolare, a differenza di coloro che hanno acquistato ragioni di credito in relazione alla attività di gestione del patrimonio destinato⁶⁷⁰.

In caso di estinzione dell'ente amministratore i beni con destinazione particolare non seguirebbero la stessa sorte di quest'ultimo, bensì verrebbero devoluti dall'autorità amministrativa ad altre persone giuridiche che perseguano finalità analoghe (art. 32 c.c.), garantendo così il pieno soddisfacimento della volontà espressa dal *de cuius* nel testamento.

Infine, non è da sottovalutare il vantaggio che potrebbe derivare dalla circostanza che la fondazione non riconosciuta consentirebbe di risparmiare i costi di amministrazione di una fondazione personificata, il valore dei quali, invece di dover essere impiegato per l'amministrazione dell'ente, potrebbe essere utilizzato per il perseguimento dello scopo della fondazione⁶⁷¹.

Una volta verificato che il sistema legislativo ha finito per accogliere la proprietà fiduciaria non ci sono motivi per non ammettere la forma della fondazione non riconosciuta; tuttavia, rimane da chiarire quale sia il rapporto con l'onere testamentario.

L'ipotesi in cui vi può essere un problema di qualificazione è quella nella quale il testatore attribuisca a un ente già esistente uno o più beni ereditari con il divieto di alienarli e l'obbligo di destinarli a uno scopo di pubblica utilità. Il testatore potrebbe aver voluto costituire una fondazione fiduciaria - in tal caso la disposizione testamentaria dovrebbe considerarsi l'atto di fondazione e di dotazione dell'ente e l'ente beneficiario il gestore

⁶⁷⁰ Sul punto si veda GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., p. 435.

⁶⁷¹ MAGGILOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 1165, il quale aggiunge l'ulteriore vantaggio «di evitare i controlli pubblici sull'amministrazione (art. 25 c.c.), e al di là del fatto di poter sorgere ed operare in tempi ristretti, la circostanza che la fondazione non riconosciuta può utilizzare per la realizzazione dello scopo non solo il reddito, ma anche il capitale oggetto della donazione, senza incorrere nel provvedimento amministrativo di trasformazione provocata dalla insufficienza del patrimonio (art. 28 c.c.), o addirittura di estinzione con devoluzione dei beni ad altra fondazione, contemplato dal combinato disposto degli artt. 27 e 31, comma 2, c.c.».

della fondazione fiduciaria – oppure obbligare l’onerato a destinare i beni al soddisfacimento del fine indicato attraverso la costituzione di una persona giuridica.

Prendiamo ad esempio le seguenti disposizioni: «all’ente Alfa il mio attico in centro città con il divieto di alienarlo per sessant’anni allo scopo di destinarlo ad ospedale pediatrico» e «all’ente Alfa il mio attico in città con il divieto di alienarlo per destinarlo ad ospedale pediatrico». Solamente rispetto alla seconda formulazione può dirsi dubbia la qualificazione, dal momento che la temporaneità del vincolo esclude la possibilità di configurare una fondazione fiduciaria, mentre tale caratteristica risulta perfettamente compatibile con un onere che introduca un divieto di alienazione valido, perché contenuto entro convenienti limiti di tempo.

Se la seconda disposizione può interpretarsi sia come un *modus* sia come una fondazione fiduciaria, ciò nondimeno nel dubbio deve preferirsi una attribuzione di quest’ultimo significato in applicazione dell’art. 1367 c.c., il quale impone di preferire tra due qualificazioni quella che consente al negozio di produrre un qualche effetto: poiché l’onere testamentario così formulato dovrebbe considerarsi nullo ai sensi dell’art. 1379 c.c., con conseguente definitiva impossibilità di attuare la volontà del testatore, si deve concludere di essere in presenza di una fondazione fiduciaria.

BIBLIOGRAFIA

ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 1955.

ALLARA M., *Sulla impossibilità sopravvenuta del modus*, in *Foro pad.*, 1952.

ALPA G., FUSARO A., *La costituzione di fondazione*, in *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009.

AMADIO G., *L'atto di destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c.*, in *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2014.

AQUARO G., *Onere testamentario e legato tra accessorietà e autonomia*, in *Rass. dir. civ.*, 2003.

AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.

AZZARITI G., *Le successioni e le donazioni*, Cedam, Padova, 1982.

AZZARITI F. S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1979.

BALBI G., *La donazione*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro - Passarelli, II, Casa Editrice Francesco Vallardi, Milano, 1964.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1948.

BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1947.

BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1955.

BARBERO D., *Contributo alla teoria della condizione*, Giuffrè, Milano, 1937.

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 64 ss.

BARTHOLOMEYCZIK H., *Erbrecht*, München – Berlin, 1954.

BARTOLI S., *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. Merito*, 2006.

BASILE M., *Le persone giuridiche*, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2003.

BASINI G. F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Giuffrè, Milano, 2001.

BELLONI PERESUTTI G. P., *Gli elementi accidentali nel testamento*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, a cura di Vincenti, Cedam, Padova, 2005.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1979.

BIANCA C. M., *La famiglia. Le successioni*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2005.

BIANCA C.M., *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2002.

BIANCA C. M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

BIANCA M., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Giuffrè, Milano, 2007.

BIANCA M., voce «*Vincoli di destinazione del patrimonio*», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 2006.

BIGLIAZI GERI L., *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1993.

BIGLIAZZI GERI L., *La volontà nel testamento e l'interpretazione*, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Rescigno, II, Torino, 1997.

BIGLIAZZI GERI L., *Il contenuto del testamento*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno, VI, 2, Utet, Torino.

BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1991.

BIN M., *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Giappichelli, Torino, 1965.

BIONDI B., *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1965.

BIONDI B., *Le donazioni*, in *Tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli F., XII, Utet, Torino, 1961.

BIONDI B., voce «*Donazione (Dir. civ.)*», in *Nuovissimo Dig. it.*, VI, Utet, Torino, 1957.

BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

BONILINI G., *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2001.

BONILINI G., *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I.

BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Torino, 2006.

BONILINI G., voce «Testamento», in *Dig. discipl. priv., sez. civ.*, XIX, Utet, Torino, 1999.

BONILINI G., *Il testamento. Lineamenti*, Cedam, Padova, 1995.

BONILINI G., *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, II.

BRANCA G., *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1986.

BREDARIOL E., *Onere illecito e invalidità della donazione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011.

BRUNO G. B., *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giust. civ.*, 2000, I.

BRUNORI E., *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I.

BURDESE A., *La divisione ereditaria*, in *Tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Utet, Torino, 1980.

BUSNELLI F. D., voce «*Clausola risolutiva*», in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009.

CARBONE V., voce «*Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Utet, Torino, 1998.

CARIOTA - FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, Napoli, 1966.

CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, Morano Editore, Napoli, 1977.

CARNELUTTI F., *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, in *Foro it.*, 1958.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1961.

CARNEVALI U., voce «*Donazione*», in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988.

CARNEVALI U., *La donazione modale*, Giuffrè, Milano, 1969.

CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, VI, Giuffrè, Milano, 2009.

CARNEVALI U., voce «*Liberalità (atti di)*», in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Varese, 1974.

CARNEVALI U., voce «*Mandato*», in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1988.

CARNEVALI U., voce «*Modo*», in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Varese, 1976.

CARRARESI F., *Trattamento del modus impossibile o illecito che ha costituito il solo motivo determinante della disposizione modale secondo il cod. civ. del 1865*, in *Temì*, 1952.

CASULLI V. R., voce «*Divisione ereditaria (Diritto civile)*», in *Nuoviss. Dig. it.*, VI, Utet, Torino, 1960.

CASULLI V. R., voce «*Donazione (Dir. civ.)*», in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Varese, 1964.

CASULLI V. R., *Limitata capacità del coniuge binubio e attribuzione di quota gravata da oneri*, in *Giur. comm. Cass. civ.*, 1953.

CATTANEO G., *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Utet, Torino, 1997.

CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Cedam, Padova, 2010.

CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II.

CHELO A., *Brevi considerazioni sul divieto di alienazione imposto al testatore*, in *Riv. giur. sarda*, 2000.

CICU A., *Testamento*, Giuffrè, Milano, 1951.

CIRILLO F., *Disposizioni condizionali e modali*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno P., I, Cedam, Padova, 1994.

COING H., *Erbrecht*, in *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, a cura di Enneccerus – Kipp - Wolff, Tübingen, 1953.

COPPOLA C., *Le disposizioni a favore dell'anima*, in *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009.

- COSTANZO L., voce «*Modo*», in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1988.
- COSTANZO L., *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.* 1978, II.
- COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929.
- CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano, 1980.
- CRISCUOLI G., voce «*Testamento*», in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, 1988.
- CROME C., *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1912
- D'ANGELO A., *Le promesse unilaterali*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1996.
- DE DONATO A., *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca M., Giuffrè, Milano, 2007.
- DE GIORGI M. V., *Le persone giuridiche*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, 2, Utet, Torino, 1999.
- DE MARTINI A., *Sull'ammissibilità di un comodato modale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944.
- DE MAURO A., *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al creditore*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano.

DE PASCALIS C. G., *Onere testamentario: legittimazione ad agire e divieto di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010.

DE SIMONE M., *Il legato a carico del legatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I.

DELLE MONACHE S., *Costituzione di un ente fondazionale da parte dell'erede a scopo di adempimento di un modus testamentario*, in *Studium iuris*, 2004.

DELLE MONACHE S., *Il testamento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2005.

DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, Milano, 2008.

DI MAJO A., voce «*Obbligazione*», in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991.

DI MAJO A., *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Giuffrè, Milano, 1972.

DI MARZIO M., *L'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario*, Giuffrè, Milano, 2013.

DI SAPPPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Dir. e fam.*, 2007.

DOMINEDO' F., voce «*Mandato*», in *Nuoviss. Dig. it.*, X, Utet, Torino, 1968.

ENNECCERUS L., *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, I, Marburg, 1888.

ENNECCERUS L. – NIPPERDEY H. K., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1959.

ERMANN – WESTERMANN - KUCHENHOFF, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Münster, 1972.

FADDA C. – BENZA P. E., *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, IV, Utet, Torino, 1926.

FALCO – A. BERTOLA, voce «*Anima (disposizioni a favore dell')*», in *Nuoviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957.

FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941.

FERRARA F., *Le persone giuridiche*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Utet, Torino, 1958.

FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

FERRI G. B., *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova, 2001.

FERRI G. B., voce «*Negozio giuridico*», in *Dig. delle discipl. priv., sez. civ.*, XII, Utet, Torino, 1995.

FERRI L., *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1981.

FERRI L., *Disposizioni sulle successioni*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1997.

FERRI L., *Successioni in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1980.

FILIPPON E., *Rapporti tra il legato e il modus*, in *Giur. it.*, 1938.

FLUME W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, Berlin – Heidelberg – New York, 1979.

FLUME W., *Das Rechtsgeschäftes*, Berlin – Heidelberg – New York, 1965.

FRAGALI M., *Del comodato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1970.

FRANZONI M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988.

FRATTA PASINI C., *Il nuovo articolo 2645 ter del codice civile (le preoccupazioni del mondo bancario)*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quad. Fond. it. not.*, 2006.

FUNAJOLI C. A., voce «*Divieto di alienazione (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964.

FUSARO A., *Il divieto contrattuale di alienazione*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, IV, 1, in *Giur. sistem. civ. e comm. Bigiavi*, Torino, 1991.

GABRIELLI G., *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986.

GABRIELLI G., TOMMASEO F., *Commentario della legge tavolare*, Giuffrè, Milano, 1999.

GALGANO F., *Delle associazioni e delle fondazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja – Branca, a cura di Galgano, Zanichelli, Bologna – Roma, 2006.

GALGANO F., voce «*Fondazione*», in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988.

GALGANO S., *Le sostituzioni subordinate alla clausola "si sine liberis decesserit" e il fedecommesso condizionale*, in *Foro it.*, 1928, I.

GANGI C., *I legati*, II, Cedam, Padova, 1932.

GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1964.

GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1964.

GAZZONI F., *Patti successori: conferma di un'erosione*, in *Riv. not.*, 2001, I.

GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, artt. 633 – 648 c.c., in *Comm. al cod. civ.*, diretto da Scialoja A. – Branca G., Zanichelli Editore, Bologna - Roma, 1992, pp. 227 ss.

GARDANI CONTURSI – LISI L., *Delle donazioni*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da Scialoja A. – Branca G., Zanichelli Editore, Bologna - Roma, 1976.

GAROFALO L., *La responsabilità dell'erede beneficiato per l'adempimento dell'onere testamentario*, in *Giur. it.*, 1995, I, pp. 537 ss.

GARUTTI M., *Il modus testamentario*, Jovene, Napoli, 1990.

GELATO P., voce «*Modo*», in *Dig. discipl. priv.*, sez. civ., XI, Utet, Torino, 1994.

GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954.

GIANNATTASIO C., *Delle successioni*, II, 2, Utet, Torino, 1978.

GIORDANO - MONDELLO A., voce «*Legato (dir. civ.)*», in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1973.

GIORGIANNI M., *Il “modus” testamentario*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1957, II.

GIORGIANNI M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959.

GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1975.

GIORGIANNI M., voce «*Obbligazione (diritto privato)*», in *Nuoviss. Dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1968.

GORLA G., *Il contratto*, I, Giuffrè, Milano, 1954.

GOZZI B., *Impossibilità sopravvenuta del “modus” e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Giur. it.*, 1954.

GRADASSI F., *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990.

GRASSETTI C., *Donazione modale e fiduciaria*, Giuffrè, Milano, 1941.

GRASSETTI C., voce «*Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (Diritto civile)*», in *Nuoviss. Dig. it.*, VIII, Utet, Torino, 1962.

GRASSO B., *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e “sanzione” per l'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1990.

GROSSO G., BURDESE A., *Le successioni*, in *Tr. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli F., XI, Utet, Torino, 1977.

HOENIGER H., *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim – Leipzig, 1910.

HOEREN T., *BGB §1940*, in *Online Bürgerliches Gesetzbuch*, a cura di Schulze e altri.

HOEREN T., *§ 2194 BGB*, in *Online Bürgerliches Gesetzbuch*, a cura di Schulze e altri.

HÖLDER E., *Pandekten*, Freiburg, 1891.

IEVA M., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Cedam, Padova, 1994.

IRTI N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Giuffrè, Milano, 1967.

JACOBI E., *Theorie der Willenserklärung*, München, 1910.

JEMOLO A. C., *Lo spirito di liberalità*, in *Studi giuridici in memoria di Vassalli*, II, Utet, Torino, 1960.

KIPP T. – COING H., *Erbrecht*, in Enneccerus – Kipp - Wolf, *Lehrbuch des Bürgerlichen Recht*, Tübingen, 1971.

LANGE H., *Lehrbuch des Erbrechts*, München – Berlin, 1962.

LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, Giuffrè, Milano, 1966.

LOJACONO V., voce «*Inalienabilità (clausole di)*», in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Varese, 1970.

LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *tr. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXXII, Giuffrè, Milano, 1984.

LUPO M., *Il modus testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II.

LUPOI M., *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006.

MACARIO F., *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Tr. dir. civ.*, a cura di Lipari, Rescigno, Zoppini, IV, 2, Giuffrè, Milano, 2009.

MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell’atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007.

MAJELLO U., *L’interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Jovene, Napoli, 1962.

MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, Padova, 2005.

MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002.

MARINI A., *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1976.

MASI A., *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1979.

MEMMO D., *La responsabilità del debitore per inadempimento*, in *Le obbligazioni*, I, a cura di Franzoni, Torino, 2004.

MENGONI L., *Successione legittima*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo Giuffrè, Milano, 1993.

MENGONI L., *Successione necessaria*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, 1967.

MERLO A., *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell’art. 2645 ter*, in *Riv. not.*, 2007.

MESSINEO F., *Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, Cedam, Padova, 1941.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1943.

MIRABELLI G., voce «*Negoziio giuridico (teoria)*», in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Varese, 1978.

MORA A., *Il comodato modale*, Giuffrè, Milano, 2001.

MORACE-PINELLI A., *Atto di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Giuffrè, Milano, 1998.

MOSCATI E., voce «*Alienazione (divieto di)*», in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988.

MOSCATI E., *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I.

MOSCO L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950.

MOSCO L., *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942.

MUSOLINO G., *Il legato modale e l'inadempimento del modus*, in *Riv. not.*, 2013.

MUSOLINO G., *L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II.

MUSOLINO G., *Sublegato e legato modale. I limiti ex lege agli oneri imposti al legatario*, in *Riv. not.*, 2008.

MÜLLER-CHRISTMANN B., *BGB §1940*, in *Beck's Online-Kommentar BGB*, a cura di Bamberger e Roth.

NAPOLI M., *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie*, testo coordinato da Bianca, Utet, Torino, 1983.

NATALE A., *L'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c. al divieto testamentario di alienazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007.

NATALE A., *Il divieto di alienazione*, in *Tr. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009.

NATOLI U., *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1975.

NATOLI U., *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947.

NATOLI U., *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Giuffrè, Milano.

NICOLO' R., voce «*Attribuzione patrimoniale*», in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Varese, 1959.

NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli Editore, Bologna – Roma, 1945.

NICOLO' R., *Negoziato di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941.

OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1947.

OPPO G., *Brevi note sulla trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. not.*, 2007.

OPPO G., *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I.

OSTI G., voce «Contratto», in *Nuoviss. Dig. it.*, IV, Utet, Torino, 1968.

OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954.

OSTI G., *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918.

PALAZZO A., voce «Donazione», in *Dig. discipl. priv., sez. civ.*, VII, Utet, Torino, 1991.

PALAZZO A., *Le donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000.

PALAZZO A., *Le successioni*, I, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Zatti e Iudica, Giuffrè, Milano, 1996.

PALAZZOLO G., *Interessi familiari e tutela dell'attribuente nella donazione modale*, in *Dir. fam.*, 2005.

PASCALIS C. G., *Onere testamentario: legittimazione ad agire e divieto di alienazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010.

PATTI F., *Gli atti di destinazione e il trust nel nuovo art. 2645 ter*, in *Vita not.*, 2006.

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990.

PINO A., *La tutela del legittimario*, Cedam, Padova, 1954.

PIOLA G., voce «Donazione», in *Dig. it.*, IX, III, Utet, Torino, 1899-1902.

POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914.

PROTO M., *Il modo*, in *Le donazioni*, in *Tr. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano, 2009.

PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.*, diretto da Allorio, II, 2, Utet, Torino, 1973.

PUGLIATTI S., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di D'Amelio, Barbera Editore, Firenze, 1941.

PUGLIATTI S., *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di D'Amelio, Barbera Editore, Firenze, 1941.

PUGLIATTI S., *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1940.

QUADRI R., *L' art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006.

QUARGNOLO M., *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, Cedam, Padova, 2007.

RASCIO R., *Destinazione dei beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971.

RESCIGNO P., voce «Condizione (dir. vig.)», in *Enc. del dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1961.

RESCIGNO P., voce «Fondazione (dir. civ.)», XVII; Giuffrè, Varese, 1968, pp. 801 ss.

RESCIGNO P., voce «*Obbligazioni (nozioni)*», in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979.

RICCA L., voce «*Fedecommesso (dir. civ.)*», in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Varese, 1968.

ROCCA G., *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982.

ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tr. dir. priv.*, a cura di Rescigno, XIX, Giappichelli, Torino, 1985.

SALIS L., *La successione necessaria*, Cedam, Padova, 1929.

SANDEI C., *Autonomia dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II.

SANTARSIERE V., *Disposizioni del legato con onere. Se il ritardato adempimento possa determinare la risoluzione*, in *Arch. civ.*, 1998.

SANTORO – PASSARELLI F., *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di D'Amelio e Finzi, Barbera Editore, Firenze, 1941.

SANTORO - PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1997.

SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di Scialoja A., Utet, Torino, 1889.

SCACCHI A., voce «*Modo*», in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 2008.

SCARPELLO G., voce «*Anima (disposizioni a favore dell')*», in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Varese, 1958.

SCHULTZE A., *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, in *Iherings Iharbücher für die Dogmatek des bürgerlichen Rechts*, 1901.

SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1933.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro - Passarelli, IV, 2, Torino, 1980.

SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1950.

SCOGNAMIGLIO R., voce «*Negozio giuridico (profili generali)*», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1988.

SCOZZAFAVA O. T., *La funzione del modo nel contratto di donazione*, in *Temi*, 1978.

SCUTO C., *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947.

STROHAL E., *Planck's Kommentar zum BGB*, V, Berlin, 1930.

TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, 1969, Zanichelli, Bologna – Roma, 1969.

TAMBURRINO G., *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1997.

TAMBURRINO G., voce «*Testamento (dir. priv.)*», in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992.

TERRANOVA C. G., *La validità della clausola "si sine liberis decesserit" nelle disposizioni testamentarie*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, pp. 521 ss.

THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1939.

TORRENTE A., *La donazione*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, XII, Giuffrè, Milano, 1956.

TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, Giuffrè, Milano, 2004.

TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I.

TRIOLA R., *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 2012.

TUHR A., *Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1, München – Leipzig, 1914.

VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006.

VINCENTI U., *L'interpretazione della volontà testamentaria*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, a cura di Vincenti, Cedam, Padova, 2005.

VINDIGNI G., voce «*Modo (Diritto civile)*», in *Nuovissimo Dig. it.*, X, Utet, Torino, 1957.

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2006.

WÄCHTER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1880.

WINDSCEID B., *Diritto delle pandette*, traduzione a cura di Fadda C. e Bensa P. E., Utet, Torino, 1925.

ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I.

ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, Napoli, 1995.