

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA**



**Dottorato in Diritto Privato, Diritto Romano e Cultura  
Giuridica Europea**

*Il modus* nel quadro dei vincoli testamentari

Tutor:  
*Prof. Umberto Stefini*

Tesi di  
*Matteo Patrone*

Anno Accademico 2015/2016

## Sommario

INTRODUZIONE .....	4
Capitolo I – Cenni storici e natura giuridica del <i>modus</i> testamentario.....	12
Parte I - Inquadramento storico dell'istituto.....	12
1. Le prime applicazioni dell'onere nel diritto romano: eterogeneità delle situazioni ad esso riconducibili e difficoltà classificatorie. ....	12
2. La cauzione quale elemento “quasi” necessario e la tutela dell'onere. ....	15
3. L'onere testamentario nel diritto post-classico e giustiniano. ....	18
4. Il Codice Pisanelli del 1865.....	23
Parte II - Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale.....	34
1. La disciplina puntuale dell'istituto nel Codice civile del 1942. ....	34
2. Il dibattito sulla natura giuridica dell'onere testamentario.....	39
2.1. L'onere testamentario come elemento accidentale.....	41
2.2. L'onere testamentario come disposizione autonoma. ....	46
2.3. Ancora, a favore dell'autonomia dell'onere testamentario.....	50
3. La distinzione fra onere testamentario e condizione.....	67
4. La distinzione fra onere testamentario, legato e sub-legato.....	78
5. La distinzione fra onere e altre figure affini. ....	96
5.1. Onere testamentario e termine. ....	96
5.2. Onere testamentario e sostituzione fedecommissaria. ....	98
5.3. Onere testamentario e mandato post mortem. ....	101
5.4. Onere testamentario e mera raccomandazione.....	103
5.5. Onere testamentario e presupposizione. ....	104
Capitolo II – Le problematiche applicative del <i>modus</i> testamentario.....	107
1. <i>L'impossibilità della prestazione</i> .....	107
1.1. <i>Il modus quale motivo della disposizione</i> . ....	108
1.2. <i>I concetti di “illecito” o “impossibile”</i> . ....	112
1.3. <i>L'impossibilità (o illiceità) sopravvenuta del modus testamentario</i> . ....	115
2. <i>L'adempimento del modus testamentario</i> . ....	133
2.1. <i>L'adempimento dell'obbligazione</i> . ....	133
2.2. <i>La cauzione a garanzia dell'adempimento</i> . ....	141
2.3. <i>La coercibilità del modus e i soggetti legittimati all'azione</i> .....	148
2.4. <i>Segue: il risarcimento dei danni e l'esecuzione in forma specifica</i> . ....	164
3. <i>Modus testamentario e art. 590 cod. civ.</i> ....	167
4. <i>Inadempimento del modus e “risoluzione” della disposizione testamentaria</i> .....	172
4.1. <i>L'imputabilità dell'inadempimento</i> . ....	177
4.2. <i>L'importanza dell'inadempimento</i> . ....	180
4.3. <i>I rapporti fra l'azione di risoluzione e quella di adempimento del modus</i> . ....	182
4.4. <i>I legittimati a esperire l'azione di risoluzione</i> . ....	185
4.5. <i>Gli effetti della risoluzione del modus</i> . ....	194
Capitolo III – I vincoli testamentari.....	199
1. <i>Il problema dei vincoli testamentari nel nostro ordinamento</i> .....	199
2. <i>La mera raccomandazione</i> ....	203
3. <i>La fiducia testamentaria</i> . ....	204

3.1. Il negozio fiduciario.....	204
3.2. La fiducia e il testamento. ....	209
4. Il modus e le altre obbligazioni testamentarie.....	216
4.1. Le disposizioni testamentarie rafforzative.....	219
5. La fondazione testamentaria.....	226
5.1. La natura del negozio di fondazione.....	228
5.2. Il riconoscimento della fondazione testamentaria. ....	236
5.3. Il vincolo nella fondazione e le applicazioni dell'istituto.....	238
6. Il fondo patrimoniale costituito per testamento da un terzo. ....	241
7. Vincolo testamentario ex art. 2645-ter cod. civ.....	246
7.1. Cenni sulla disciplina dell'art. 2645-ter cod. civ.....	274
7.2. La dibattuta imposizione del vincolo per testamento. ....	289
8. Il trust testamentario "interno". ....	246
8.1. Cenni sul sistema successorio inglese e trust. ....	248
8.2. Il trust testamentario in Italia.....	253
8.3. Il trust e le obbligazioni testamentarie.....	264
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>299</b>

## INTRODUZIONE

“Fin dai tempi più antichi è stato tentato l'impossibile, di dare ed allo stesso tempo di trattenere, di attribuire al ricevente un diritto assoluto ed al tempo stesso di riprendersi la proprietà o controllare l'ulteriore destinazione del bene”<sup>1</sup>.

Questo passo di una nota sentenza canadese, riesce forse a cogliere adeguatamente l'argomento affrontato in questa trattazione. Infatti, da sempre ci si è interrogati su quali limiti possa o debba trovare l'autonomia privata del testatore nell'imporre all'erede o al legatario un determinato *modus* o, meglio, una determinata obbligazione modale.

È proprio in tale ambito che quanti decidono di testare esprimono al meglio la propria fantasia<sup>2</sup>; basti pensare al brano di J. Gilbert (riportato da Bigiavi) nel quale si racconta che Vaugelas in punto di morte dettò il proprio testamento e, dopo aver disposto di tutti i suoi beni per onorare i debiti, aggiunse “siccome è probabile che gran numero dei creditori non potrà essere pagato malgrado la ripartizione di ogni mio avere; in tal caso la mia ultima volontà è che si venda il mio corpo ai chirurghi al miglior prezzo possibile, e col ricavato si saldino almeno in parte i debiti che ho verso la società, di guisa che, se non ho potuto rendermi utile vita natural durante, io lo divenga dopo la morte”<sup>3</sup>.

Il campo di indagine si colloca quindi fra due estremi: quello che è stato considerato “poco”, e cioè la disposizione testamentaria attributiva che si

---

<sup>1</sup> *In Re Walker*, [1925] O.J. No. 159, 56 O.L.R. 517.

<sup>2</sup> G. Bonilini, *Il legato*, in G. Bonilini (cur.), *La successione testamentaria*, Milano, 2009, V, I, 1, 395.

<sup>3</sup> W. Bigiavi, *Cose lette*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 763.

divide in legato<sup>4</sup> e istituzione di erede, e quello che è stato considerato “troppo”<sup>5</sup>, ossia la fondazione testamentaria.

Nel corso dei secoli, tale zona c.d. “grigia” è stata riempita, nei paesi di diritto civile, per lo più, dall'onere o, in latino, *modus*. Per tale ragione, la presente trattazione sarà dedicata, principalmente, a tale figura che però, in passato è stata considerata “troppo poco”<sup>6</sup>.

Il *modus* testamentario viene definito come una disposizione con la quale il testatore impone all'erede o al legatario un'obbligazione di dare, di fare o anche di non fare qualcosa nell'interesse del disponente, di terzi, o dell'onerato stesso; il modo limita quindi la portata giuridica o economica dell'attribuzione<sup>7</sup>.

Il concetto risale al diritto romano dove, si anticipa, in ambito successorio, il pretore, al fine di rendere coercibile il *modus*, negò al legatario modale l'azione nei confronti dell'erede se il legatario stesso non si fosse impegnato a prestare una garanzia per l'adempimento del *modus*. Inoltre, si cominciò a riconoscere al beneficiario del *modus* la *petitio fideicommissi*, ossia l'azione per ottenerne l'adempimento. Tuttavia, già allora, l'istituto appariva estremamente complesso e di difficile classificazione<sup>8</sup>.

La disciplina del modo nel c.d. diritto intermedio è poco studiata; ciò probabilmente è dovuto alla creazione del fedecommesso testamentario, *non senit commodum*<sup>9</sup>, figura che permetteva di raggiungere tranquillamente gli obiettivi in passato perseguiti con il *modus*. La figura però non è più

---

<sup>4</sup> Discorso a parte verrà fatto per il legato obbligatorio. V. *infra*.

<sup>5</sup> A. Zoppini, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Bneneventi, Milano, 1996, 161

<sup>6</sup> A. Zoppini, *op. loc. ult. cit.*

<sup>7</sup> Cass. 7 settembre 1992, n. 10281, in *Mass. Foro it.*, 1992, 878.

<sup>8</sup> B. Biondi, *Successione testamentaria, donazioni*, in *Trattato di diritto romano*, Milano, 1943, 820 e ss.

<sup>9</sup> V. per tutti G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

ammissibile, seppur con qualche eccezione, negli ordinamenti di diritto civile. Per cui a partire dall'ottocento in poi, almeno nel nostro paese, si è assistito ad un ritorno della fattispecie modale.

È interessante, poi, notare come, alcune problematiche già riscontrate in epoca romana si ripropongono anche dopo l'entrata in vigore del codice civile attuale, che per la prima volta ha dato - in materia testamentaria (e di donazione) - una disciplina positiva dell'istituto. Sul punto, sarebbe anche interessante verificare le motivazioni che hanno spinto il legislatore del '42 ad inserire nel codice civile tale disciplina.

Come noto il codice non offre una definizione del *modus* testamentario, ma si limita a stabilire che "Tanto all'istituzione di erede, quanto al legato, può essere apposto un onere" (art. 647, comma 1, cod. civ.).

Da allora, si sono sviluppate due ricostruzioni dell'istituto.

La prima, quella tradizionale, qualifica l'onere come un elemento accessorio all'istituzione di erede o al legato, con il quale il testatore limita il vantaggio attribuito imponendo al beneficiario di una certa disposizione l'obbligo di eseguire una determinata prestazione<sup>10</sup>. L'accessorietà risulterebbe dalla lettera dell'art. 647 cod. civ., che - come si è visto - prevede che può essere "apposto" un onere. Altro elemento che fa propendere per l'accessorietà è il dettato dell'art. 588 cod. civ. secondo cui "Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario"; la norma, secondo parte della dottrina, delimiterebbe alle due indicate le possibili forme di disposizioni a causa di morte, escludendo quindi l'onere. Inoltre, alcune accezioni del *modus* troppo indeterminate - come ad esempio quelle in favore

---

<sup>10</sup> F. Cirillo, *Disposizioni condizionali e modali*, in P. Riscigno (cur.), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 1082.

genericamente dei bisognosi, oppure quelle in favore dell'anima - qualora l'onere fosse considerato una disposizione a sé stante, sarebbero nulle ai sensi dell'art. 628 cod. civ. in quanto a favore di persone che non possono essere determinate. Infine, la circostanza che ai sensi dell'art. 548 cod. civ. per l'adempimento dell'onere possa agire qualsiasi interessato renderebbe persino complicato individuare un vero e proprio creditore e, quindi, un vero e proprio rapporto obbligatorio. In sostanza, il *modus testamentario* sarebbe una semplice clausola accessoria all'istituzione d'erede e al legato.

Tale imposizione tradizionale è quella tutt'ora seguita dalla giurisprudenza<sup>11</sup>.

Accanto all'interpretazione sopra delineata, dalla seconda metà del secolo scorso - come già anticipato - si è sviluppata, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, una nuova impostazione dottrinale<sup>12</sup>, forse più attenta a valorizzare l'autonomia privata del testamento e i diversi strumenti negoziali che il testatore ha a disposizione per disporre del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Secondo tale impostazione l'onere è una disposizione *mortis causa* a sé stante rispetto all'istituzione di erede ed al legato. Tale teoria trova fondamento nell'attenta interpretazione degli artt. 676, comma 2, e 677, comma 2, cod. civ. secondo i quali, nel caso in cui venga meno l'erede o il legatario, l'obbligo di adempiere all'onere (di carattere non personale) gravante su tale soggetto, ricade sui coeredi o altri legatari: soggetti che non erano obbligati dal testamento. A ciò si aggiunga che l'art. 671 cod. civ. è rubricato "Legati e oneri a carico del legatario" e ciò può indicare che si tratta di due istituti diversi.

In tale ottica l'art. 588 cod. civ. farebbe riferimento soltanto alle disposizioni successorie in senso stretto, ovvero che determinano una successione patrimoniale vuoi a titolo generale, vuoi a titolo particolare e non a

---

<sup>11</sup> Ad eccezione della contraddittoria Cass. 21 febbraio 2007, n. 4022, in *Vita not.*, 2007, 2, 747.

<sup>12</sup> V. per tutti M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 889 e ss.

qualsiasi disposizione testamentaria; quali ad esempio la nomina di esecutore testamentario, la divisione effettuata dal testatore, ecc..

Tale distinzione è rilevante perché dalla differente qualificazione del *modus* derivano diversi tratti distintivi fra questo e il legato<sup>13</sup>.

Qualificando il modo come elemento accessorio dell'istituzione di erede o del legato, quest'ultimo se ne distinguerebbe in primo luogo in quanto disposizione autonoma, in secondo luogo, perché il legato sarebbe idoneo ad attribuire direttamente al legatario, che è successore particolare del testatore, un vantaggio; invece, nel caso di onere il vantaggio al beneficiario non sarebbe immediato, ma deriverebbe da un'attività dell'onerato<sup>14</sup>. Tale distinzione, in teoria netta, coglie nel segno soltanto con riferimento al legato reale, ma pone diversi problemi in relazione al legato c.d. obbligatorio; ossia il legato che non determina effetti reali immediati, ma fa semplicemente sorgere delle obbligazioni a favore del legatario.

Nel caso in cui il *modus* venga concepito come una disposizione autonoma, la distinzione fra le due figure sarebbe da individuarsi in relazione all'interesse del soggetto che è stato preso in considerazione dal testatore<sup>15</sup>. Tuttavia, il criterio che meglio sembra permettere di distinguere le due figure è quello della determinatezza del soggetto beneficiario. Su questa linea, si ha un legato quando il soggetto beneficiario è sempre determinato o determinabile; mentre si avrà una disposizione modale quando i beneficiari dell'obbligazione sono indicati soltanto genericamente<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> M. Proto, *Il modo*, in G. Bonilini (cur.), *La successione testamentaria*, Milano, 2009, VIII, IV, 1, 1225.

<sup>14</sup> V. per tutte Cass. 30 luglio 1999 n. 8284, inedita.

<sup>15</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, [supra, nota 11], 895.

<sup>16</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 896.



Tale criterio è oggi accolto anche da parte della dottrina<sup>17</sup> che sostiene l'accessorietà del modo.

Un'altra problematica che ha interessato l'istituto è stata quella di distinguere il *modus* dalla condizione. Secondo la giurisprudenza, l'onere testamentario si distingue dalla condizione sospensiva, in quanto non sospende affatto la disposizione di ultima volontà fino all'esatto adempimento dello stesso. E dalla condizione risolutiva perché mentre l'evento dedotto in condizione determina *ex lege* la cessazione retroattiva degli effetti della disposizione, l'inadempimento dell'onere, anche nei casi in cui assuma rilevanza risolutoria, non determina la cessazione automatica degli effetti della disposizione, ma abbisogna di una pronuncia costitutiva<sup>18</sup>. Inoltre, la condizione non obbliga il beneficiario della disposizione ad un determinato adempimento.

Analizzando però con metodo casistico la giurisprudenza di legittimità, in molti casi, si scopre che diverse problematiche del *modus*, spesso poco trattate sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, sono relative alla fase di adempimento; o meglio alla coercibilità del modo e ai rimedi in caso di inadempimento.

Un primo punto - forse sottovalutato - è quello relativo alla legittimazione ad agire per l'adempimento del modo: secondo l'art. 648 cod. civ. può agire qualsiasi interessato.

La statuizione sembra porre due tipi di problemi: da un lato se l'interesse individuato da tale norma indica l'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c., oppure si intenda attribuire un diritto ad un determinato soggetto.

Dall'altro, cosa debba intendersi per "interessati". Secondo l'interpretazione restrittiva adottata dalla giurisprudenza questi sono coloro che ricevono un "vantaggio dall'esecuzione della prestazione assunta ad

---

<sup>17</sup> A. Marini, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1975, 156 e ss.

<sup>18</sup> V. per tutte Cass. 11 giugno 1975 n. 2306.

oggetto dell'obbligazione modale"<sup>19</sup>. Ma in tal modo la norma finirebbe per affermare l'ovvio.

Ancora, è necessario verificare se gli interessati all'adempimento coincidono con gli interessati alla risoluzione.

Un ulteriore punto, forse anch'esso sottovaluto, è quello circa la possibilità di inserire una sorta di clausola risolutiva espressa. L'art. 648, comma 2, cod. civ. prevede che, in caso di inadempimento, la possibilità per il giudice di pronunciare la risoluzione della disposizione, ma nulla dice sulla possibilità di prevedere una risoluzione *ex lege*. Sul punto, pur in tema di donazione modale, si rivengono pronunce contrastanti<sup>20</sup>, mentre per quanto riguarda il testamento non sembrano esserci casi.

Altra tematica interessante è quella dell'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ. alla disposizione modale. Al momento una pronuncia della Corte di Cassazione<sup>21</sup> ammette tale possibilità, ma le circostanze del caso erano particolari.

Infine, ci si chiede se l'adempimento del *modus* possa essere garantito con l'apposizione di un vincolo ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ. La questione è rilevante, perché di recente, l'unica pronuncia conosciuta in merito<sup>22</sup>, basandosi su un'interpretazione letterale della norma, ha negato la possibilità di creare un vincolo di destinazione *mortis causa ex art. 2645-ter* cod. civ.

È altresì evidente che a quanto sopra evidenziato si aggiungono gli annosi problemi dell'eventuale confusione patrimoniale fra la disposizione gravata da onere ed il patrimonio dell'onerato e le possibili eventuali interferenze dei diritti dei legittimari.

---

<sup>19</sup> Cass. 14 dicembre 1999 n. 14029, in *Riv. not.*, 2000, 1006.

<sup>20</sup> Cass. 26 aprile 2011 n. 9330, in *I Contratti*, 2011, 1123 contra Cass. 20 giugno 2014 n. 14120 con commento di G.F. Aiello, su *I Contratti*, 2015, 161 e ss.

<sup>21</sup> Cass. 10 aprile 2014 n. 8483.

<sup>22</sup> Trib. Roma 18 maggio 2013, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2014, I, 89.

Una volta analizzate le questioni sopra esposte, può forse rivelarsi utile una breve parte comparatistica. Questo per due ordini di ragioni: innanzi tutto perché il *modus testamentario*, almeno per quanto riguarda la dottrina italiana, è poco studiato da un punto di vista comparato<sup>23</sup>. Inoltre, può essere interessante studiare le soluzioni agli stessi problemi adottate da altri sistemi giuridici in cui - contrariamente al nostro paese - non sono state adottate norme *ad hoc* per la disciplina dell'onere testamentario.

Infine, uno sguardo alle soluzioni adottate nei sistemi di *common law* può forse aiutare a capire per quali ragioni si sta assistendo ad un flusso giuridici<sup>24</sup> delle soluzioni ivi adottate (principalmente il trust sia espressamente istituito, sia *constructive*) e se tale flusso sia giustificato o meno.

Verrà quindi effettuato un confronto con la figura del *trust* interno.

---

<sup>23</sup> V. A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, in R. Sacco (cur.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2002.

<sup>24</sup> Per la nozione di "flusso giuridico" v. M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, 60 e, più in generale, II, § 2.

## Capitolo I - Cenni storici e natura giuridica del *modus* testamentario

### Parte I - Inquadramento storico dell'istituto

1. Le prime applicazioni dell'onere nel diritto romano: eterogeneità delle situazioni ad esso riconducibili e difficoltà classificatorie. 2. La cauzione quale elemento "quasi" necessario e la tutela dell'onere. 4. L'onere nel diritto comune e nel periodo successivo. 5. Mancanza di disciplina ad hoc nel Code civil e nei codici da esso derivati. 6. Il Codice Pisanelli del 1865.

1. Le prime applicazioni dell'onere nel diritto romano: eterogeneità delle situazioni ad esso riconducibili e difficoltà classificatorie.

Nel diritto romano, secondo l'impostazione tradizionale, i giuristi di età classica erano restii a una definizione dogmatica di onere testamentario<sup>1</sup>. Poi, nel periodo successivo il termine *modus* viene usato da alcuni giuristi - fra cui Gaio, Ulpiano, Caracalla e Giordano - nel significato di onere testamentario, ma il termine non veniva utilizzato esclusivamente in senso tecnico<sup>2</sup>. Soltanto nella compilazione giustiniana - come risulta dalle rubriche del Digesto e del Codice<sup>3</sup> - il *modus* assurge a un significato tecnico assimilabile a quello odierno<sup>4</sup>.

Tuttavia, una ricostruzione più recente, e forse più condivisibile, ritiene che, da un'attenta disamina delle fonti, si evince che già in età classica i giuristi conoscessero la figura dell'onere testamentario e addirittura arrivassero a distinguere lo stesso dalla condizione. Questa chiarezza definitoria si perse però in età post-classica, per essere poi ripresa - con le ovvie interpolazioni - dai compilatori bizantini<sup>5</sup>.

Tale divergenza dottrinale è forse riconducibile alle modalità con cui la giurisprudenza romana elaborava i concetti: ossia concentrandosi sugli effetti

---

<sup>1</sup>A. Pernice, Labeo. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III, Halle, 1873, I.

<sup>2</sup>L. Matteis, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Berlin, 1908, 194 e n. 12.

<sup>3</sup>D. 35.1 e CI. 6.45; 8.54.

<sup>4</sup>A. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsi di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 258.

<sup>5</sup>S. Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973, 22.

piuttosto che sulla fase c.d. negoziale. Nella mentalità antica sono gli effetti prodotti che vengono presi come elemento determinante a fini classificatori<sup>6</sup>.

Pertanto, qualora si prenda come punto di riferimento la definizione di *modus*, si giunge alla conclusione che le fonti classiche utilizzano il termine in senso "non tecnico", in quanto, a volte, viene accomunato (o, meglio, non viene distinto) ad altri istituti, come, ad esempio, la condizione; all'opposto, vengono distinte fattispecie ricollegabili alla fattispecie modale, prevedendo, addirittura rimedi diversi. Qualora, invece, si prendano in considerazione gli effetti, la prospettiva si ribalta: il termine *modus* è, nella maggioranza dei casi, utilizzato in un'accezione moderna (o, meglio, tecnica); tuttavia alcune fattispecie modali - pur mantenendo una distinzione teorica - vengono accomunate ad altre, come ad esempio le fattispecie condizionali, soltanto perché, in alcuni casi, entrambe producono gli stessi effetti.

In ogni caso, le fonti tramandano numerose e diverse fattispecie in cui il testatore impone un qualche onere ai suoi successori. Le ipotesi che ricorrono più di frequente sono le seguenti:

- 1) principalmente, l'onere di curare le onoranze funebri del disponente, o l'erezione di un monumento funebre in suo favore;
- 2) l'onere di trasferire quanto ricevuto, in tutto o in parte, a un soggetto terzo;
- 3) l'onere di assumere una tutela o di occuparsi dell'educazione di un minore; oppure
- 4) oneri di compiere altre prestazioni di fare<sup>7</sup>.

È evidente che le ipotesi di cui sopra si riferiscono a fattispecie completamente eterogenee e, per tale ragione, non sono soggette allo stesso regime. Ciò, come anticipato, ha contribuito a creare le divergenze dottrinali di cui sopra.

---

<sup>6</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 25 e ss.

<sup>7</sup> Seppur con qualche modifica, l'elencazione viene sempre da S. Di Salvo, *op. cit.*, 3.

Solo con Gaio si giungerà ad una definizione tendenzialmente unitaria di legato modale<sup>8</sup>. Tale definizione, ripresa dai compilatori bizantini<sup>9</sup>, descrive il *modus* testamentario come un lascito (legato) che impone all'onerato di svolgere una determinata attività con un bene ereditato.

Per quanto riguarda le tutele che l'ordinamento riconosceva, occorre precisare che in età arcaica la coercizione veniva garantita dal rispetto della volontà del defunto e dalla moralità degli obbligati. Il fenomeno era tanto più marcato quanto più si risale ai tempi antichi, ed era sufficiente in tutti i casi in cui l'onere gravava su quello che oggi definiremmo un ente pubblico: ciò in quanto l'ente ha sempre un patrimonio sufficiente a garantire l'adempimento dell'onere<sup>10</sup>.

Successivamente era il testatore stesso che prevedeva mezzi per obbligare l'onerato all'adempimento: ad esempio, le iscrizioni funebri dimostrano come, in alcuni casi, il testatore imponesse all'onerato inadempiente di versare, a titolo di pena, una c.d. multa a favore di un ente<sup>11</sup>.

Altre volte il testatore prevedeva - in caso di inadempimento - l'*exhereditatio* (nel caso in cui l'onerato fosse l'erede) oppure la *translatio* o *ademptio legati* (nel caso in cui l'onerato fosse il legatario)<sup>12</sup>.

In alcuni casi, il testatore imponeva la *conditio iurisiuradi*, ossia la condizione che imponeva all'erede (o al legatario) di prestare il giuramento di

---

<sup>8</sup> "Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur".

<sup>9</sup> D. 31.1.17.4.

<sup>10</sup> B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1955, 568.

<sup>11</sup> G. Giorgi, *Le multe sepolcrali in diritto romano*, Bologna, 1910, 90.

<sup>12</sup> La prima, infatti, comportava la perdita della qualità di erede; la seconda il trasferimento del legato in capo ad un altro soggetto e la terza la cancellazione del legato stesso. In tal modo, in caso di inadempimento, la disposizione si risolveva.

rispettare le volontà del testatore<sup>13</sup>; in tal modo il pretore poteva costringere l'onerato all'adempimento.

I problemi si presentavano quando il testatore nulla aveva disposto.

I casi in cui l'onere consisteva nell'obbligo di trasferire quanto ricevuto, in tutto o in parte, ad un soggetto terzo (oppure in una manomissione<sup>14</sup>) vennero, in seguito, ricondotti alle disposizioni fiduciarie, e troveranno tutela soltanto dopo il riconoscimento giuridico dei fedecommessi. Anche il divieto di alienare venne reso coercibile riconducendolo al fedecommesso, ma solo nei casi in cui venisse specificato il soggetto a cui vantaggio andasse la disposizione<sup>15</sup>.

Fra le altre ipotesi, occorre soffermarsi principalmente sull'onere relativo alla costruzione di monumenti funebri; questo per due ragioni: la prima è che tali imposizioni costituiscono la stragrande maggioranza delle disposizioni modali (almeno fino all'età classica); la seconda è che, in ragione di ciò, la tutela vera e propria dell'onere testamentario nasce proprio in relazione a tali disposizioni<sup>16</sup>.

## 2. La cauzione quale elemento "quasi" necessario e la tutela dell'onere.

Secondo l'impostazione tradizionale, è stato Trebazio il primo a interpretare la disposizione modale, con cui il testatore lasciava una determinata somma di denaro allo scopo di edificargli un monumento, come se il legato fosse sottoposto alla condizione *si satisdedissent se ita id monumentum ex ea pecunia*

---

<sup>13</sup> V. A. Calore (cur.), *La rimozione del giuramento. Conditio iurisiurandi e conditio turpis nel testamento romano*, Milano, 1988, 81 e ss.

<sup>14</sup> Il lascito è lo schiavo, ma chi riceve ha l'obbligo di liberarlo. Era la modalità con cui il testatore poteva disporre la liberazione dei suoi schiavi.

<sup>15</sup> B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, [cit.], 1955, 569: v. soprattutto la nota 2 e i frammenti ivi citati.

<sup>16</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 28.

*facturos*<sup>17</sup>. In forza di ciò l'onere viene interpretato come se la disposizione fosse sottoposta alla condizione di promettere – con garanzia – l'adempimento.

Il frammento è tratto dal commento di Giavoleno ai *posteriores* di Labeone<sup>18</sup> e merita forse di essere qui riportato: “Termo il Minore aveva nominato nel testamento le persone ad arbitrio delle quali voleva che fosse eretto un monumento funebre a sé stesso, perciò legò così: «il mio erede dia la somma di mille [aurei] a Lucio, Publio e Cornelio per l'edificazione del mio monumento». Trebazio rispose che la disposizione andava interpretata come se il legato obbligasse a prestare garanzia per la costruzione del monumento. Labeone approva il *responsa* di Trebazio, perché l'intenzione del testatore era che la somma si impiegasse per quel monumento. Della stessa opinione siamo io e Proculo”<sup>19</sup>.

All'epoca la tesi di Trebazio dovette avere senza dubbio carattere innovativo, e ciò sia da un punto di vista strettamente di diritto, in quanto introduceva, finalmente, una tutela – la *cautio* di adempimento imposta all'onere – al *modus* testamentario (o, meglio, ai legati modali); sia da un punto di vista meramente pratico, in quanto rendeva finalmente coercibili gli obblighi di *monumentum facere*<sup>20</sup>.

Tale tutela, quantomeno per il periodo in esame (quello della fine della repubblica), è, per ovvi motivi, limitata soltanto ai legati e, fra questi, soltanto a quelli che comportano un “consumazione” del lascito<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Se garantiranno di erigere, con quella somma, quel monumento.

<sup>18</sup> F. Shultz, *Storia della giurisprudenza romana*, Nocera (tr.), Firenze, 1968, 369.

<sup>19</sup> Traduzione non letterale dell'originale “*Thermus minor quorum arbitrato monumentum sibi fieri vellet testamento scripserat, deinde ita legaverat: «Luciis Publiis Corneliis ad monumentum meum aedificandum mille heres meus dato». trebatius respondit pro eo habendum ac si ita legatum esset, si satisdissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat, quia haec mens testantis fuisset, ut ea pecunia in monumentum consumeretur: idem et ego et Proculus probamus*” (D. 35.1.40.5).

<sup>20</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 40 e ss.

<sup>21</sup> G. Grosso, *I legati nel diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1962, pp. 31 e ss.



Pare anche ragionevole escludere dalla tutela, almeno in una prima fase, gli oneri imposti a *civitates*; ciò non soltanto per il silenzio delle fonti sul punto, ma anche perché non è chiaro in quale epoca la tutela di tali disposizioni avesse iniziato ad essere garantita attraverso la *cautio*, e soprattutto perché è improbabile che, nella tarda repubblica, fosse possibile legare a municipi e colonie<sup>22</sup>.

Infine, come già rilevato, gli oneri di trasferire quanto ricevuto, in tutto o in parte, ad un soggetto terzo e quelli relativi a manomissioni troveranno tutela solo con il riconoscimento del fedecommesso, che, come noto, avverrà grazie ad Augusto<sup>23</sup>.

Successivamente furono Nerva e Atilicino ad estendere la tutela garantita all'onere di costruire un monumento funebre - la *cautio* - a tutte le fattispecie in cui un soggetto ricevesse un legato<sup>24</sup> affinché con il lascito adempisse ad una determinata prestazione<sup>25</sup>. Secondo il frammento, qualora il legatario non avesse prestato garanzia per l'adempimento, gli sarebbe stata negata l'azione per ottenere il bene oggetto della disposizione.

Nel II secolo il giurista Africano estese la tutela anche alle disposizioni che non comportavano il subentro di un soggetto ad un altro nell'attribuzione testamentaria<sup>26</sup>.

La *cautio* era quindi un elemento quasi necessario, in quanto soltanto con essa si poteva garantire l'adempimento dell'onere<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Infatti le prime testimonianze dubbie risalgono all'età di Tiberio; mentre tradizionalmente i legati a *civitas* si fanno risalire a provvedimenti di Nerva e Adriano. Sul punto v. M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, vol. 1, Firenze, 1966, 122; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1960, vol. I, 421 e ss.; G. Grosso, *op. cit.*, 196 e ss.

<sup>23</sup> I. 2.23.1.

<sup>24</sup> Oppure anche un fedecommesso.

<sup>25</sup> "Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, nerva et atilicinus recte putaverunt" (D. 32.19).

<sup>26</sup> D.35.1.71.

Ovviamente tale sistema presenta una falla: non vi era modo di imporre l'onere all'erede; o meglio, non vi era un rimedio che potesse garantire l'adempimento dell'onere posto in capo all'erede (salvo l'eventualità di una pluralità di coeredi<sup>28</sup>). Sul punto i giuristi classici affermavano il valore puramente morale di tali imposizioni, rimandandole all'*auctoritas scribens*<sup>29</sup>.

In conclusione, si può osservare al riguardo che, fatta eccezione per alcune fattispecie, i problemi relativi al *modus* (o meglio al legato modale) possono ricollegarsi tutti alla necessità o meno di prestazione della *cautio* da parte dell'onerato.

Si assiste quindi ad un' "immedesimazione" del legato modale con quella che è la sua tutela. Il *modus* aveva una sua collocazione precisa (fra le disposizioni accessorie) e si caratterizzava proprio sulla base degli effetti che produceva<sup>30</sup>. In questo contesto, infatti, nasce la definizione gaiana<sup>31</sup>, in relazione alla quale le diverse fattispecie fattuali trovano il loro elemento unificante negli effetti che producono<sup>32</sup>.

### 3. L'onere testamentario nel diritto post-classico e giustiniano.

La linea evolutiva delle disposizioni testamentarie modali, nel periodo che va dalla tarda repubblica all'età dei Severi, può forse riassumersi in tre filoni: *a*) un graduale attenuarsi delle tutele relative alle disposizioni per la realizzazione di monumenti funebri; *b*) una tendenza a limitare gli oneri imposti a *civitates* e, almeno in un secondo periodo, *c*) un atteggiamento

---

<sup>27</sup> Sul punto è già interessante notare che anche il nostro codice, al secondo comma dell'art. 647 cod. civ., prevede la possibilità, per il giudice, di imporre una cauzione all'onerato.

<sup>28</sup> D. 33.1.7.

<sup>29</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 215.

<sup>30</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 95.

<sup>31</sup> D. 35.1.17.4: v. *supra*, n. 1.

<sup>32</sup> Tale impostazione verrà richiamata e attualizzata nel prosieguo.

cautelativo in relazione agli obblighi di affrancazione<sup>33</sup>. A ciò si aggiunga, per quanto riguarda il periodo successivo a Marco Aurelio<sup>34</sup>, una tendenza a favorire, invece, disposizioni modali relative ad investimenti sia in denaro, sia immobiliari, in particolar modo se a vantaggio di componenti della famiglia (nel senso romano del termine)<sup>35</sup>.

Con l'età post-classica, scompaiono quelle esigenze, come ad esempio la volontà di vedersi edificare un monumento funebre, che – come si è visto – hanno determinato lo sviluppo delle disposizioni testamentarie modali. Probabilmente la scomparsa è da ricollegarsi sia al declino delle attività economiche e della vita cittadina in generale, sia alla sostituzione di un'impostazione della vita tendenzialmente pagana con quella cristiana<sup>36</sup>.

Inoltre, per quanto riguarda il diritto in generale, come noto, si assiste ad un fenomeno particolare: l'adeguamento dell'ordinamento alle nuove esigenze non avviene più tramite l'adattamento di schemi giurisprudenziali tendenzialmente duttili e adattabili a situazioni diverse, ma, anzi, tali schemi vengono travolti e addirittura neppure tanto compresi<sup>37</sup>.

Per quanto riguarda l'argomento trattato, è necessario soffermarsi sulla definizione di *condicio*: per i post-classici tale definizione ha, in ambito successorio, sicuramente perso il suo significato tecnico, e viene intesa

---

<sup>33</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 172 e ss.

<sup>34</sup> G. Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 32 e ss; nel quale però si precisa che tale tendenza si sviluppa soprattutto nel campo dei fedecommessi e, solo marginalmente, nell'ambito delle disposizioni modali.

<sup>35</sup> V., per tutti, il frammento di Papiniano in tema di obbligo di utilizzare una determinata somma per l'acquisto di un terreno ed eventuale esenzione dall'obbligo di prestare cauzione (D. 35.1.71).

<sup>36</sup> Sull'influsso dell'avvento del cristianesimo in materia successoria v. B. Biondi, *Diritto romano Cristiano*, Milano, 1952, vol. 3, 323 e ss.

<sup>37</sup> G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, 469 e ss.

genericamente come un'imposizione da eseguire dopo l'acquisto dell'eredità o del legato<sup>38</sup>.

Pertanto, da un lato, nella prassi, le necessità e le fattispecie che hanno determinato l'evoluzione del *modus* sono venute meno, facendo sì che l'attenzione si spostasse su fenomeni in cui l'intento del testatore è quello di far pervenire – a mezzo dell'erede o del legatario – un lascito ad un soggetto terzo, e che chiaramente trovavano – almeno in età classica – tutela nell'ambito dei fedecommessi. Dall'altro si assiste ad un accomunamento, sotto la nuova definizione di *condicio*, della tutela offerta a fattispecie che oggi (ma anche in età classica) sarebbero state classificate sia come *modus*, sia come fedecommesso oppure come condizione<sup>39</sup>.

Al di là delle motivazioni, in definitiva, si afferma quindi un generale obbligo di adempiere all'obbligazione testamentaria, pena la risoluzione della disposizione<sup>40</sup>. Tale impostazione, nata in relazione a fattispecie in cui il testatore prevede soltanto un trasferimento successivo ad un terzo, viene applicata anche alle ipotesi "tradizionali" di *modus*, anche se ormai residuali<sup>41</sup>.

Nel diritto giustiniano, o meglio nella compilazione giustiniana, in tema di onere testamentario troviamo un'impostazione tendenzialmente classica, contaminata però sia dalla concezione post-classica, sia – ovviamente – dall'elaborazione dei giuristi bizantini<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> V. per tutti W. Levy, *Zum Wesen des westromischen Vulgarrechtes*, in *ACIR '33*, Pavia, 1934, 31 e ss. Sul punto v. anche P. Voci, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1960, vol. 2, 630 e ss, secondo cui "*condicio*" ha perso soltanto il significato classico senza assumerne uno nuovo, ma limitandosi ad assumere quello comune; tuttavia, tale impostazione non è condivisa dalla dottrina maggioritaria.

<sup>39</sup> V. S. Di Salvo, *op. cit.*, 199 e ss., secondo cui l'elaborazione post-classica del legato modale non deriverebbe tanto dalla definizione di "*condicio*", ma piuttosto dalle "*più generali tendenze dell'ordinamento e della società postclassici che questa nozione sottende*".

<sup>40</sup> V., a titolo esemplificativo, D. 35.1.92 e D. 37.5.3.6.

<sup>41</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 205.

<sup>42</sup> G.G. Archi, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 151 e ss.

Un primo elemento fondamentale per la presente trattazione è che, tanto nella rubrica del Digesto<sup>43</sup> quanto in quelle del *Codex*<sup>44</sup>, l'elencazione delle clausole ricalca (con qualche variazione nell'ordine) quelle proprie delle fonti classiche<sup>45</sup>: infatti, l'ordine gaiano (*demonstratio, causa e modus*), al quale viene però premessa la *condicio*, è riportato immutato nella rubrica del Digesto. Si ritorna quindi al concetto tecnico (o, meglio, classico) di *modus*.

Però, rispetto alla tendenziale impostazione classica, si presenta subito un elemento di novità: nella rubrica viene indicato che la stessa si riferisce alle disposizioni "*quae in testamento scribuntur*"<sup>46</sup>. In altre parole, si raggruppano tutte le regole elaborate dalla giurisprudenza classica in relazione a quelle che oggi definiremmo clausole accessorie.

Interessante è notare che i compilatori, nella rubrica in questione (D. 35.1), hanno eliminato dalle fonti classiche ogni riferimento all'*exceptio doli*. Tale mancanza è quasi certamente riferibile al mutamento (verificatosi ormai da secoli) del processo civile, che aveva reso ormai superfluo l'utilizzo di tale eccezione<sup>47</sup>: ormai, infatti, non è più necessaria l'eccezione in senso tecnico per far promettere all'oneroso attore l'adempimento del *modus*, in quanto tale obbligo è rilevabile *ex officio iudicis*<sup>48</sup>.

Rimane, invece, la *cautio* che i giustinianeî continueranno ad utilizzare (seppur come mezzo soltanto complementare) anche dopo il successivo

---

<sup>43</sup> D. 35.1.

<sup>44</sup> CI. 6.44; CI. 6.45 e CI. 6.46.

<sup>45</sup> V. il frammento di Gaio, poi riportato *sub* D. 35.1.17.

<sup>46</sup> D. 35.1.

<sup>47</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 212 e ss.

<sup>48</sup> L'*officium iudicis* è addirittura citato relativamente al *modus* non testamentario in alcuni frammenti (chiaramente manipolati) come ad esempio: D. 40.4.44 e D.33.1.17. Più in generale sul punto v. S. Puliatti, «*Officium iudicis*» e certezza del diritto in età giustiniana, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del convegno. Modena, 21-22- maggio 1998*, cur. S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, 456 e ss. e A. Burdese, *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Noviss. Dig.*, vol. 6, Torino, 1960, 1074.

intervento legislativo nelle Novelle<sup>49</sup>. Come si è già rilevato, però, la *cautio* trovava applicazione - ovviamente - soltanto ai legati modali; per cui i compilatori hanno inserito un generico principio di coercibilità dell'onere (lecito) da valutarsi caso per caso dal giudicante. Tale innovazione avviene attraverso l'inserimento di un frammento di Pomponio (collocato però in un altro libro) secondo cui "in tutti i casi in cui si ravvisa soltanto la volontà del testatore, a questa non deve né sempre essere garantita tutela, né sempre rifiutata tutela, ma la questione deve essere valutata dal giudice e la volontà deve essere coercibile quando non è relativa a qualcosa di disonorevole"<sup>50</sup>. Ed è per tale ragione che la *cautio* pare avere carattere soltanto residuale.

Tuttavia, l'inserimento del principio nel trentatreesimo libro anziché in quello relativo al *modus* (trentacinquesimo) ha portato parte della dottrina a dubitare dell'effettiva applicazione del principio ai casi di disposizioni modali<sup>51</sup>.

In sostanza dalla disciplina contenuta nel Digesto si può desumere - e riassumere - che l'impostazione classica ha permesso di recuperare la definizione tecnica di *modus*, superando il concetto di *condicio* proprio del diritto post-classico. Tuttavia, la stessa, d'altronde, ha determinato l'incapacità di formulare una disciplina unitaria e coerente dell'onere testamentario; anzi, la disciplina del Digesto risulta addirittura incoerente con il mutato regime delle tutele civilistiche<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> V. *infra*.

<sup>50</sup> Traduzione non letterale dell'originale "*in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est, sed interuentu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci*" (D. 33.1.7).

<sup>51</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 216 e ss.

<sup>52</sup> S. Di Salvo, *op. cit.*, 221.

#### 4. Il Codice Pisanelli del 1865.

Nel diritto intermedio, la possibilità di apporre oneri alle disposizioni testamentarie era la regola<sup>53</sup>. Successivamente, però, il Code Napoléon non presenta una disciplina ad hoc per l'istituto<sup>54</sup>.

Probabilmente è solo con il codice Pisanelli che dottrina e giurisprudenza affrontano in maniera sostanziale la figura in esame, rifacendosi spesso, come accadeva allora, al diritto romano.

In maniera tendenzialmente analoga al codice albertino<sup>55</sup>, la possibilità di prevedere oneri testamentari non era espressamente disciplinata dal codice civile del 1865, ma veniva presupposta, soprattutto in forza dell'art. 897, secondo il quale, in caso di sostituzione, i sostituiti devono adempiere i "pesi" imposti a coloro ai quali sono sostituiti<sup>56</sup>.

Altre norme, poi, descrivevano fattispecie assimilabili, seppur tramite l'adozione di termini che si potrebbero definire generici: si vedano ad esempio gli artt. 855<sup>57</sup> (in tema di obbligo di "non fare" o "non dare"), 882<sup>58</sup>, 883, secondo comma<sup>59</sup>, e 887<sup>60</sup> (in tema di accrescimento) cod. civ. 1865, i quali utilizzano il termine "obbligo" o "carico". Altri articoli utilizzano, invece, il

---

<sup>53</sup> G. Chiodi, *L'interpretazione del testamento nei Glossatori*, Milano, 1997, 225.

<sup>54</sup> Addirittura, la dottrina immediatamente successiva faticava a distinguere *modus* e condizione (C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, Catania, 1909, 135).

<sup>55</sup> Il quale, sul punto, altro non era che la traduzione italiana del *Code Napoléon*.

<sup>56</sup> La previsione, così come il principio che ne veniva fatto discendere, era tendenzialmente analoga a quella di cui all'art. 876 del codice albertino.

<sup>57</sup> "Se il testatore ha lasciato l'eredità o il legato sotto l'obbligo all'erede o al legatario di non fare o non dare, l'erede o il legatario è tenuto a dare cauzione o altra sufficiente cautela per l'esecuzione di tale volontà a favore di quelli, ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi in caso di non adempimento".

<sup>58</sup> "I coeredi ai quali in forza del diritto di accrescimento è devoluta la porzione dell'erede mancante, sottraggono negli obblighi e nei carichi a cui egli sarebbe sottoposto".

<sup>59</sup> "Questi sottraggono nei carichi e negli obblighi a cui era sottoposto l'erede mancante".

<sup>60</sup> "La disposizione dell'articolo 882 riguardo agli obblighi cui fosse sottoposto il coerede mancante, si estende anche al collegatario a cui favore si verifica il diritto di accrescimento, ed all'erede o al legatario a cui favore si rende caduco il legato".

termine “pesi” (artt. 897, primo comma<sup>61</sup>, 1027<sup>62</sup> e 1029<sup>63</sup> cod. civ. 1865, in tema di sostituzione ordinaria). A ciò si aggiunga poi che il legislatore del 1865, a volte, ha utilizzato il termine “condizione” in maniera atecnica e sufficientemente ampia da farvi ricomprendere anche quello che oggi definiamo *modus*<sup>64</sup>.

In assenza di una disciplina specifica, ovviamente, dottrina e giurisprudenza dovevano confrontarsi con svariate problematiche, quali ad esempio la qualificazione giuridica del *modus*, l’eventuale efficacia obbligatoria, la possibilità che l’obbligo assorbisse o meno l’intera attribuzione all’onerato, l’azione di adempimento e la risoluzione della disposizione<sup>65</sup>.

Per la giurisprudenza maggioritaria l’onere era quell’elemento accessorio agli atti di liberalità, sia a causa di morte sia fra vivi, che determina una limitazione all’attribuzione patrimoniale, in modo tale che il beneficiario della disposizione non può godere appieno della liberalità, ma è obbligato ad utilizzarla, almeno in parte, per uno scopo determinato<sup>66</sup>.

Tendenzialmente, la disciplina del *modus* testamentario è stata delineata rifacendosi, per certi aspetti, a quella prevista per le disposizioni condizionate (si è visto che nei secoli l’onere è sempre stato considerato affine alla

---

<sup>61</sup> “I sostituiti devo adempiere i pesi imposti a coloro ai quali sono sostituiti, purché non apparisca la volontà del testatore di limitare quei pesi alla persona de’ primi chiamati”.

<sup>62</sup> “I coeredi contribuiscono fra essi al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione alle loro quote ereditarie, salvoché il testatore abbia altrimenti determinato”.

<sup>63</sup> “Gli eredi sono tenuti a’ debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione alla loro quota, ed ipotecariamente per l’intero, salvo il loro regresso, se vi ha luogo, contro i coeredi in ragione della parte per cui essi debbono contribuire”.

<sup>64</sup> V. C. Scuto, *op. cit.*, 14, il quale fa riferimento agli artt. 849 e 897, secondo comma, cod. civ. 1865.

<sup>65</sup> Sul punto si v. in particolare C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, vol. 1, Padova, 1933, 36 e ss.; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1990, 192; C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1978, 240.

<sup>66</sup> V. in particolar modo Cass., 10 maggio 1921, in *Foro it.*, 1921, I, 894.



condizione) e, per altri, a quella delle donazioni sottoposte a *modus*<sup>67</sup>, e ciò in quanto si riteneva che l'inadempimento del *modus* testamentario, al pari di quello donativo, potesse determinare, perlomeno in alcuni casi, la risoluzione giudiziale della disposizione testamentaria<sup>68</sup>. Si potrebbe sostenere che, da questo punto di vista, l'onere testamentario fosse ritenuto una "condizione risolutiva impropria"<sup>69</sup>.

Tale interpretazione - secondo cui l'onere testamentario è analogo a quello donativo e viene inquadrato come elemento accessorio avente molte similitudini con la condizione - ha avuto importanti conseguenze sul piano meramente applicativo.

Alcune norme in tema di donazione sono state, come detto, considerate pacificamente applicabili anche agli oneri testamentari<sup>70</sup>. Tuttavia, malgrado ciò, la dottrina aveva elaborato per l'onere testamentario soluzioni diverse da quelle adottate per quello donativo.

Si prenda ad esempio l'art. 1080<sup>71</sup> cod. civ. 1865, in tema di inadempimento dei "pesi" imposti al donatario.

---

<sup>67</sup> Sul punto, sembra utile riportare anche la diatriba che si è avuta in seno alla dottrina tedesca proprio con riguardo alla traduzione del termine latino *modus*. L'opinione maggioritaria ha optato per tradurre il termine con l'espressione *auflage* (letteralmente "obbligo" o "condizione"); tuttavia Savigny espresse il suo parere contrario, poiché avendo riguardo più alla disciplina dell'istituto che a una traduzione squisitamente semantica, sarebbe stato più corretto utilizzare il termine *verwendung* (letteralmente "uso" "impiego" o "utilizzazione") che è assimilabile al termine italiano "erogazione" (F.K. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 3, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1891, 303, in particolare la nota f). Anche se sembrerebbe più coerente tradurlo con "impiego" o "utilizzazione".

<sup>68</sup> A livello dogmatico, tuttavia, la dottrina più attenta aveva però bene presente la differenza fra le due figure: C. Scuto, *op. cit.*, 70, 90 e 314. V. anche S. Pugliatti, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, nel Comm. D'Amelio-Barbéra, 1941, 539; N. Coviello, *Corso completo di diritto delle successioni*, 2a ed., Napoli, 1915, 671.

<sup>69</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, Napoli, 1990, 8.

<sup>70</sup> C. Scuto, *op. cit.*, 315 e ss.; U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, 138.

<sup>71</sup> "Se la condizione risolutiva espressa o tacita, si verifica per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario, il donante può proporre la domanda di revocazione della donazione, senza pregiudizio però dei terzi che hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda".

La norma prevedeva la possibilità per il donante di esperire l'azione di revocazione (o "rivocazione" nel linguaggio del codice Pisanelli) quando il donatario non avesse adempiuto all'onere. Tale azione poteva essere esercitata anche nei casi di onere testamentario, ma l'inadempimento dell'obbligazione modale determinava il venir meno della disposizione soltanto quando ciò fosse stato previsto, anche in maniera implicita, dal testatore; oppure nelle ipotesi di cui all'art. 828<sup>72</sup> cod. civ. 1865, in tema di errore<sup>73</sup>.

È interessante notare come in tal modo dottrina e giurisprudenza avessero già previsto che, nel *modus* testamentario, la risoluzione non determina sempre il venir meno dell'obbligazione modale, ma questa viene trasferita in capo ad un nuovo onerato<sup>74</sup>.

Le differenze fra onere testamentario e donativo diventarono quindi talmente marcate da rendere difficile qualsiasi riconduzione ad un *unicum* delle due fattispecie<sup>75</sup>. Basti solo aggiungere che, ai sensi dall'art. 1065<sup>76</sup> cod. civ. 1865, l'onere donativo impossibile o illecito rendeva nullo l'intero negozio<sup>77</sup>; mentre, invece, l'onere testamentario impossibile o illecito si considerava semplicemente non apposto<sup>78</sup>.

Oltre che la disciplina donativa, come visto, anche alcune soluzioni relative alla condizione venivano applicate in tema di *modus* testamentario: ad esempio la dottrina riteneva che la disciplina delle condizioni impossibili o

---

<sup>72</sup> "Le disposizioni a titolo universale o particolare fondate sopra una causa espressa che risulti erronea, quando questa sia la sola che vi abbia determinato il testatore, non hanno alcun effetto".

<sup>73</sup> C. Scuto, *op. cit.*, 315-316; C. Zappulli, *Modus (voce)*, cit., 684.

<sup>74</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 990.

<sup>75</sup> U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, 140.

<sup>76</sup> "È nulla qualunque donazione fatta sotto condizioni impossibili o contrarie alla legge od al buon costume".

<sup>77</sup> La norma, in realtà, esplicita che il principio previsto in via generale dall'art. 1160 cod. civ. 1865 ("Qualunque condizione contraria al buon costume od alla legge, o che impone di fare una cosa impossibile, è nulla e rende nulla l'obbligazione da essa dipendente") era applicabile anche alla donazione.

<sup>78</sup> C. Zappulli, *op. cit.*, 683-684.

illecite di cui all'art. 849<sup>79</sup> cod. civ. 1865 potesse essere applicata anche alle disposizioni modali<sup>80</sup>.

Chiaramente, poi, sia a livello dogmatico, sia a livello pratico, si avvertiva la necessità di distinguere l'onere testamentario dalla condizione risolutiva apposta ad una disposizione di ultima volontà. Anche a prescindere da qualsiasi distinzione dogmatica, era infatti ovvio che il testatore poteva, in alternativa, subordinare a una condizione risolutiva, oppure imporre un *modus*<sup>81</sup>.

E così, partendo dalla disciplina, la differenza fra le due figure veniva ravvisata nel fatto che la condizione sospensiva sospende (appunto), ma non obbliga; mentre l'onere testamentario obbliga, ma non sospende. Tale distinzione era anche accolta dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>82</sup>, seppur – almeno per un primo periodo – con qualche incertezza terminologica<sup>83</sup>.

Alcune decisioni di merito, poi, hanno ravvisato la differenza fra i due istituti focalizzandosi sul fatto che l'avveramento o meno della condizione influisce direttamente sul conseguimento definitivo del lascito testamentario;

---

<sup>79</sup> “Nel testamento si hanno per non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi od al buon costume”.

<sup>80</sup> C. Scuto, *op. cit.*, 332.

<sup>81</sup> Sul punto v. W. D'Avanzo, *Delle successioni*, Firenze, 1941, 732.

<sup>82</sup> Cass., 27 dicembre 1899, in *Rep. Foro it.*, 1900, voce *Successione*, n. 112. La Suprema Corte ha esplicitato poi che l'apposizione dell'onere non sospende l'esecuzione del legato (Cass. 19 dicembre 1908, in *Foro it.*, 1909, I, 13; Cass. 19 febbraio 1909, in *Foro it.*, 1909, I, 496) e addirittura presuppone l'efficacia del negozio a cui è apposto (Cass. 11 luglio 1942, n. 1964, in *Foro it.*, 1943, I, 334). Si segnala però che la Corte d'Appello di Venezia stabilì che l'obbligo dell'erede di prendersi cura delle sorelle nubili, in caso di bisogno di queste, fosse un onere, sottoposto però alla condizione sospensiva dello stato di bisogno (App. Venezia 10 giugno 1932, in *Foro ven.*, 1932, 567).

<sup>83</sup> Ad esempio, nel 1901, la Cassazione affermò che “le modalità della istituzione di erede e del legato non si possono confondere con la condizione giacché da questa si fa dipendere il conseguimento oppure no del lascito e le modalità non riguardano che gli obblighi imposti a colui che è già erede o legatario” (Cass. 14 dicembre 1901, in *Giur. It.*, 1902, 311). Secondo Garutti, nel suo *Il modus testamentario*, cit., 9, il termine “modalità” sta ad indicare un onere.

mentre nel *modus* l'erede o il legatario hanno già acquisito quanto gli spetta e l'onere riguarda soltanto obbligazioni a loro imposte dal testatore<sup>84</sup>.

Un ulteriore criterio distintivo adottato da parte della giurisprudenza era quello secondo il quale nella disposizione modale si ha un obbligo giuridico "congiunto alla disposizione come semplice limite della liberalità voluta puramente e incondizionatamente"; mentre, nella disposizione sottoposta a condizione, la volontà, seppur condizionata, è unica<sup>85</sup>. L'impostazione avrebbe poi potuto portare ad una configurazione del *modus* quale autonoma disposizione *mortis causa*<sup>86</sup>; tuttavia tale possibile interpretazione non è stata accolta né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza dell'epoca e, anzi, tale assunto sembra rinvenirsi soltanto nella pronuncia indicata.

Ancora, un altro precedente giurisprudenziale, forse più attento al momento interpretativo delle disposizioni testamentarie, riteneva che per distinguere la disposizione modale da quella condizionata, fosse necessario indagare la volontà del testatore: se questo avesse inteso far dipendere l'esecuzione della disposizione da un evento futuro e incerto, allora - chiaramente - ci si sarebbe trovati di fronte ad una disposizione condizionata; invece, nel caso in cui il testatore avesse voluto che l'attribuzione avesse

---

<sup>84</sup> App. Bologna, 17 marzo 1924, in *Temi emiliani*, 1924, 82, secondo la quale il mancato avveramento della condizione sospensiva impedisce all'erede o al legatario di conseguire effettivamente quanto gli spetta; mentre l'impossibilità sopravvenuta di eseguire il *modus* - solitamente - non implica anche il venir meno del lascito. App. Venezia, 18 febbraio 1936, in *Foro ven.*, 1936, 756, ha ritenuto che in caso di inadempimento dell'onere, contrariamente a quanto avviene per la condizione risolutiva, determina la risoluzione del negozio modale. Ancora, Trib. Venezia, 3 aprile 1937, in *Foro ven.*, 1937, 681, ha ritenuto che contrariamente alla condizione, l'inadempimento del *modus* non travolge la disposizione con effetto retroattivo.

<sup>85</sup> Cass. 13 gennaio 1925, in *Foro it.*, 1925, I, 195.

<sup>86</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 11, secondo il quale l'uso, da parte della Suprema Corte, della locuzione "obbligo giuridico congiunto alla disposizione" (Cass. 13 gennaio 1925 cit.) determinerebbe, o almeno potrebbe determinare, un rapporto di "pari dignità (e quindi di coordinazione) e non di mera accessorialità (e quindi di subordinazione)".

efficacia immediata, anche se gravata dall'onere, allora la disposizione avrebbe dovuto essere considerata *sub modo*<sup>87</sup>.

Infine, altre pronunce prevedevano un criterio basato sul tempo dell'esecuzione della disposizione testamentaria: nei casi in cui un determinato evento debba verificarsi per l'azione del legatario o dell'erede, se questo deve verificarsi prima dell'attribuzione allora la disposizione è condizionata; quando l'evento deve, invece, verificarsi in un secondo momento, allora la disposizione è modale<sup>88</sup>.

Dal lato pratico, poi, in caso di disposizione dubbia, si applicava il principio *semper in obscuris quod minimum est sequimur*, secondo il quale la disposizione doveva essere interpretata nel senso meno gravoso per l'obbligato. La dottrina riteneva quindi che in caso di dubbio dovesse optarsi per la disposizione modale, in quanto meno limitativa degli effetti del negozio attributivo<sup>89</sup>.

Una volta individuata la disciplina e delineate le differenze con la condizione, il *modus* testamentario veniva messo a confronto con un'altra figura ad esso affine: il legato.

La dottrina si è concentrata sullo studio delle divergenze fra le due figure, elaborando una serie di criteri. Questi, sono stati recepiti dalla giurisprudenza soltanto in parte: infatti quest'ultima si è spesso limitata a ripetere stancamente elaborazioni datate senza alcuna riflessione ulteriore<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> V. Cass. 16 febbraio 1905, in *Foro it.*, 1905, I, 471 e Cass. 21 giugno 1910, in *Rep. Foro it.*, 1910, voce *Successione*, n. 123-bis.

<sup>88</sup> Cass. 19 dicembre 1908, cit..

<sup>89</sup> E. Gianturco, *Sistema di diritto civile*, Napoli, 1894, 201 e ss.; C. Scuto, *op. cit.*, 103; F. Degni, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte, II. La successione testamentaria*, 2° ed., Padova, 1936, 130 e ss; C. Zappulli, *Condizione (voce)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. 3, Torino, 1938, 728; e anche se con riferimento alla donazione, C. Grasseti, *La donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941, 55 e ss.

<sup>90</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 32, secondo il quale la giurisprudenza dell'epoca, contrariamente alla dottrina, avrebbe raggiunto risultati "poco soddisfacenti".

Un primo criterio elaborato dalla dottrina, quello che poi è stato definito “classico”<sup>91</sup>, vede la distinzione fra le due figure focalizzarsi sul fatto che il legatario è un successore a titolo particolare diretto del defunto, mentre il beneficiario della disposizione modale sarebbe, al massimo, successore dell’onerato<sup>92</sup>. In realtà, tale criterio non sembra cogliere nel segno nelle ipotesi di legato senza successione, quali ad esempio il legato di rimessione del debito, o il legato obbligatorio; oppure nei casi in cui nel legato vi è una successione, ma non a causa di morte, come nel legato di bene appartenente ad un terzo<sup>93</sup>.

Una dottrina minoritaria<sup>94</sup>, seguita però da parte della giurisprudenza<sup>95</sup>, riteneva, invece, che nel legato, in quanto disposizione testamentaria autonoma, il legatario ricevesse il beneficio in via diretta; nel *modus*, invece, che veniva visto come una disposizione accessoria, il beneficiario avrebbe ottenuto il vantaggio in via mediata, e cioè in seguito all’attività dell’onerato. Anche tale criterio, però, non era esente da critiche: gli artt. 882, 883, secondo comma, 887 e 897, primo comma, cod. civ. 1865<sup>96</sup> stabilivano espressamente che gli eredi e/o i legatari con diritto di accrescimento, e coloro i quali subentrano nella posizione dell’erede o del legatario mancante, sono obbligati ad adempiere i “carichi” e gli “obblighi” previsti per il successore originario, e le norme nel far ciò non operano alcuna distinzione fra legato e disposizione modale<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> La definizione è di M. Giorgianni, op. cit., 893.

<sup>92</sup> C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 41; N. Coviello, *Delle successioni*, Napoli, 1915, 758; C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., 210.

<sup>93</sup> E. Filippon, *Rapporti fra il legato e il «modus»*, in *Giur. it.*, 1938, VI, 232.

<sup>94</sup> Polacco, *Delle successioni*, Milano, 1937, 330 e ss.

<sup>95</sup> V. Cass. 7 marzo 1901, in *Foro it.*, 1901, I, 750, la quale ha ritenuto che il legato è quella liberalità che il legatario riceve direttamente dal defunto senza alcun “intermediario”; mentre il *modus* è una liberalità indiretta fatta ad un terzo mediante l’imposizione di un’obbligazione all’onerato. Negli stessi termini v. anche App. Venezia 10 giugno 1932, in *Foro veneziano*, 1932, 567 e App. Bologna 26 gennaio 1939, in *Temi emiliani*, 1939, 84.

<sup>96</sup> V. *supra*, note da 58 a 61.

<sup>97</sup> E. Filippon, op. cit., 241.

Si è ritenuto anche che la differenza fra *modus* e legato avrebbe potuto essere individuata nell'oggetto della disposizione: il *modus* infatti potrebbe avere il contenuto più vario, addirittura anche non patrimoniale, laddove il legatario avrebbe come oggetto soltanto un'attribuzione patrimoniale<sup>98</sup>. Il criterio in esame è però stato confutato sottolineando che anche l'oggetto del *modus* richiede il requisito della patrimonialità, e quindi l'oggetto dell'onere e del legato obbligatorio è identico a quello di qualsiasi rapporto obbligatorio<sup>99</sup>.

Secondo altri, il legato sarebbe una diminuzione dell'asse ereditario: una *delibatio hereditatis*. E il *modus*, al contrario, non determinerebbe alcuna diminuzione, in quanto il suo oggetto è un mero obbligo (forse anche di non fare) e consiste quindi in un peso che non grava direttamente sull'asse, ma grava personalmente sull'onerato<sup>100</sup>. Tale criterio ha trovato un parziale seguito nella giurisprudenza di merito<sup>101</sup>. Anche in questo caso, però, è stato fatto notare che non sempre il legato comporta una diminuzione dell'asse ereditario: ciò accade, ad esempio, quando il bene oggetto del legato appartiene a un terzo, o quando l'oggetto è una prestazione di fare o non fare<sup>102</sup>.

Anche sotto l'impero del codice Pisanelli, poi, si faceva già strada l'impostazione secondo la quale il legato ha come beneficiario soltanto un soggetto determinato (o determinabile); mentre l'onere testamentario può essere rivolto a favore di una collettività e – almeno in parte – può essere

---

<sup>98</sup> C. Gangi, *op. cit.*, 36; C. Scuto, *op. cit.*, 261.

<sup>99</sup> E. Filippin, *op. cit.*, 237.

<sup>100</sup> N. Coviello, *Delle successioni*, Napoli, 1915, 758. Tale criterio distintivo porterebbe alla conseguenza che la regola secondo cui l'erede che ha accettato l'eredità con beneficio di inventario non è obbligato a pagare i legati se non con l'asse ereditario, non si applicherebbe al *modus* in favore di un terzo, proprio perché questo non sarebbe un debito ereditario, ma un'obbligazione personale dell'onerato. Sul punto v. C. Zappulli, *Modus (voce)*, cit., 1170.

<sup>101</sup> App. Venezia 10 giugno 1932, cit.

<sup>102</sup> E. Filippin, *op. cit.*, 239.

demandato all'arbitrio dell'onerato<sup>103</sup>. Tuttavia, il codice in esame prevedeva all'art. 834 una regola secondo la quale "ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo" doveva essere considerata nulla e, secondo alcuni, la regola avrebbe dovuto essere applicata anche alle disposizioni modali<sup>104</sup>.

Sul punto, però, occorre rilevare che, secondo un orientamento giurisprudenziale<sup>105</sup>, quando la disposizione modale consiste in una prestazione da rendersi a favore di un soggetto terzo determinato, questa non può più essere considerata un *modus* in senso proprio in quanto in realtà si tratta di un legato, con la conseguenza che il beneficiario della disposizione assume la qualifica di legatario e ha a disposizione la c.d. *actio legati*<sup>106</sup>.

Infine, si rileva che la dottrina<sup>107</sup> e la giurisprudenza maggioritaria<sup>108</sup>, poi, ritenevano di escludere l'esistenza di un'eventuale azione di risoluzione della disposizione testamentaria modale, ammettendola però nei casi in cui questa fosse stata espressamente prevista dal testatore.

---

<sup>103</sup> C. Scuto, *op. cit.*, 212; M. Allara, *Il testamento*, Padova, 1936, 121.

<sup>104</sup> E. Filippon, *op. cit.*, 242.

<sup>105</sup> Cass. 17 giugno 1890, in *Corte Suprema di Roma*, 1890, 597, e Cass. 24 maggio 1923, in *Mon. trib.*, 1924, 305.

<sup>106</sup> V. per tutti E. Brunori, *Appunti sulle disposizioni modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 470 e ss., il quale ritiene che già in diritto romano quando il modo era a favore di un terzo determinato allora veniva considerato un legato.

<sup>107</sup> B. Biondi, *Modus e diritto romani*, in *Foro pad.*, 1954, 76-77; C. Scuto, *Il modus nel diritto italiano*, cit., 319.

<sup>108</sup> V. Cass. 25 giugno 1921, in *Giur. it.*, 1921, I, 1, 664; Cass. 14 febbraio 1912, cit. in *Foro it.*, 1912, I, 462, secondo la quale, in caso di impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile all'onerato non è possibile risolvere il *modus*, e nel merito, v. App. Bari, 29 novembre 1940, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione*, n. 147; App. Genova, 22 maggio 1936, in *Temi gen.*, 1936, 472, la quale ha disposto che non è sufficiente una generica apposizione di un termine per l'adempimento dell'onere, ma è necessaria una disposizione vera e propria; App. Lecce, 17 luglio 1933, in *Rep. Foro it.*, 1934, voce *Successione*, n. 138; App. Bologna, 19 marzo 1924, in *Temi emiliani*, 1924, 82.



Un indirizzo di merito<sup>109</sup>, invece, ammetteva la risoluzione del *modus* testamentario quando tale opzione era prevista espressamente dal testatore applicandovi analogicamente il disposto di cui all'art. 828 cod. civ. 1865<sup>110</sup> (in tema di errore sulla causa determinante la disposizione); l'inadempimento, però, per determinare la risoluzione avrebbe dovuto essere doloso o – quantomeno – colposo<sup>111</sup>. Tuttavia, la dottrina si è espressa in senso contrario, poiché non si sarebbe potuto far ricorso ai principi dettati in tema di causa determinante<sup>112</sup>.

Per i fini del presente lavoro è interessante notare, come la casistica dell'epoca dimostra che, già allora, l'apposizione dell'onere, nella prassi, fosse effettivamente utilizzata dai disponenti per imprimere un'ulteriore destinazione ai beni, o parte di questi, devoluti all'erede o al legatario (stessa cosa vale anche per il donatario, ma il *modus* donativo è estraneo all'oggetto del presente lavoro). Tale realtà viene confermata anche dalle definizioni di *modus* elaborate dalla dottrina dell'epoca: secondo alcuni autori l'istituto “*pel diritto italiano può analogamente definirsi: un onere o peso annesso ad un negozio a titolo gratuito, pel quale è fatto obbligo all'onerato di impiegare tutti o parte dei beni ricevuti nella maniera o per lo scopo indicato dall'autore dell'atto*”<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> App. Napoli, 19 dicembre 1941, in *Mon. Trib.*, 1942, 245, secondo la quale nel caso esaminato “*occorreva far capo in via analogica al disposto dell'art. 828, riguardante l'erroneità della causa determinante della disposizione espressa nella medesima. Si parificava a questa l'onere il cui adempimento fosse stato il motivo unico della disposizione*”. È rilevante notare che la sentenza parla di onere quale “*unico motivo*” in maniera quasi analoga a quanto fanno, oggi, gli art. 647 e 648 cod. civ. E in, senso conforme, App. Milano, 10 maggio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, 532; App. Bologna, 17 marzo 1924, cit.; Trib. Modica, 13 giugno 1903, in *Rep. Foro it.*, 1903, voce *Successione*, n. 118.

<sup>110</sup> “*Le disposizioni a titolo universale o particolare fondate sopra una causa espressa che risulti erronea quando questa sia la sola che vi abbia determinato il testatore, non hanno alcun effetto*”.

<sup>111</sup> App. Milano, 10 maggio 1937, cit.; App. Bologna, 17 marzo 1924, cit.; Trib. Modica, 13 giugno 1903, cit.

<sup>112</sup> B. Biondi, *Modus e diritto romani*, cit., 77; C. Scuto, *Il modus nel diritto italiano*, cit., 319.

<sup>113</sup> C. Zappulli, *Modus (voce)*, cit., 681.

## Parte II - Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale

1. *La disciplina puntuale dell'istituto nel Codice civile del 1942.* 2. *Il dibattito sulla natura giuridica dell'onere testamentario.* 3. *La distinzione fra onere e condizione.* 4. *La distinzione fra onere, legato e sub-legato.* 5. *La distinzione fra onere e altre figure affini.*

1. *La disciplina puntuale dell'istituto nel Codice civile del 1942.*

Come noto col codice civile del 1942 venne introdotta una disciplina *ad hoc* per il *modus*. Le nuove norme intendevano risolvere i dubbi della dottrina precedente relativi sia all'esistenza di un'eventuale azione di adempimento, sia alla possibilità di ottenere la risoluzione della disposizione<sup>114</sup>. Pare poi che - in controtendenza con quanto sostenuto dalla dottrina - il legislatore del 1942 volesse avvicinare la disciplina dell'onere testamentario a quella dell'onere donativo, attribuendo esplicitamente al primo gli effetti di un rapporto obbligatorio, già riconosciuti al secondo<sup>115</sup>.

Il *modus* testamentario nel codice trova la sua disciplina principalmente negli articoli 647 e 648<sup>116</sup>. Ma non solo: si occupano di *modus* anche altre norme, le quali disciplinano l'istituto in esame, a volte anche senza identificarlo con il preciso *nomen iuris*, ma definendolo come "peso" oppure "obbligo"<sup>117</sup>: fra queste troviamo gli artt. 549<sup>118</sup>, 554<sup>119</sup>, 629, 671, 676, secondo

---

<sup>114</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 889.

<sup>115</sup> M. Giorgianni, *op. cit.*, 900.

<sup>116</sup> Il contenuto delle norme si trova sostanzialmente riprodotto - con alcune minime divergenze - negli articoli 793 e 794 cod. civ. in tema di donazione modale. Alla figura in esame fa poi riferimento anche il secondo comma dell'art. 1861 cod. civ. ai sensi del quale "La rendita perpetua può essere costituita anche quale onere dell'alienazione gratuita di un immobile o della cessione gratuita di un capitale".

<sup>117</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 407.

<sup>118</sup> Sul fatto che la norma ricomprenda anche il *modus* testamentario non paiono esserci dubbi. Pertanto, nei limiti della legittima, il *modus* sarà considerato o nullo (che è l'opinione di S.

comma, 677, secondo e terzo comma, 690, 752, e 754, secondo comma, cod. civ. Alcune di queste sono poi interessanti perché costituiscono la vera portata innovativa della nuova disciplina.

Limitandoci, per ora, alle sole norme che disciplinano direttamente l'istituto, si rileva che l'art. 647 cod. civ., primo comma, stabilisce soltanto che l'onere può essere apposto tanto al legato, quanto all'istituzione di erede. L'unica utilità della norma sembra essere quella di sancire positivamente una volta per tutte l'esistenza del *modus* testamentario<sup>120</sup>. Il secondo comma, invece, prevede che, salvo che non sia stato voluto diversamente dal testatore, il giudice può imporre una cauzione all'onerato come garanzia dell'adempimento<sup>121</sup>. Infine, l'ultimo comma, da un lato, recepisce i risultati raggiunti da dottrina e giurisprudenza (sotto l'impero del vecchio codice)<sup>122</sup>, visto che esplicita che l'onere impossibile o illecito si considera non apposto; dall'altro, la norma introduce la regola secondo la quale, nei casi in cui il *modus* è stato l'unico "motivo determinante", rende nulla la disposizione.

Più innovativo è forse il primo comma dell'art. 648, il quale stabilisce che per l'adempimento dell'onere può agire "qualsiasi interessato"<sup>123</sup>. Il secondo comma, poi, recependo *in toto* l'opinione della dottrina e della

---

Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano, 2007, 29 e ss.; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, successione necessaria*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1999, 90 e ss.; L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 103); o annullabile (secondo l'opinione di L. Cariota-Ferrara, *Un caso di legato a carico dei legittimari*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 511, in particolare modo v. la nota 8); oppure inefficace (v. G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997, 453 e ss.; V.E. Cantelmo, *I legittimari*, Padova, 1991, 85 e ss.).

<sup>119</sup> Va però detto che l'applicabilità dell'art. 554 cod. civ. alle disposizioni modali è molto discusso in dottrina. Per ragioni sistematiche, la questione verrà affrontata ampiamente nel secondo capitolo.

<sup>120</sup> N. Di Mauro, *op. cit.*, 408.

<sup>121</sup> Anche tale questione verrà analizzata analiticamente nel secondo capitolo.

<sup>122</sup> V. *supra*, parte I n. 4.

<sup>123</sup> Ad oggi occorre però rilevare che sull'identificazione della categoria degli interessati giurisprudenza e dottrina non paiono aver raggiunto risultati soddisfacenti e - anche per tale ragione - si rimanda al paragrafo dedicato a tale problematica.

giurisprudenza<sup>124</sup>, statuisce che in caso di inadempimento dell'onere, la risoluzione della disposizione può essere disposta soltanto se è stata prevista dal testatore oppure se l'esecuzione dell'obbligazione è stato il solo motivo determinante della disposizione.

Come si può notare, neppure la "nuova" disciplina fornisce alcuna definizione dell'onere testamentario, la cui elaborazione è tutt'ora affidata alla dottrina e alla giurisprudenza.

La definizione comunemente accettata qualifica l'onere come il peso apposto ad un atto di liberalità, o comunque ad un atto a titolo gratuito<sup>125</sup>, con lo scopo e/o l'effetto di limitarne la portata in senso c.d. economico<sup>126</sup>.

Tale definizione, però, da un lato, pecca di troppa generalità, in quanto è riferibile sia all'onere apposto ai negozi fra vivi, sia a quello apposto alle disposizioni a causa di morte; mentre dall'altro – anziché cogliere l'essenza giuridica dell'istituto – si focalizza sulle sue conseguenze da un piano che possiamo definire economico<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> V. *supra*, parte I n. 4.

<sup>125</sup> L'opinione della giurisprudenza maggioritaria, infatti, ritiene che l'onere possa essere apposto non solo alle liberalità in senso stretto, ma, più in generale, a tutti gli atti a titolo gratuito. V. sul punto Cass. 25 settembre 1990, n. 9718, in *Mass. Foro it.*, 1990, 1106, la quale, nell'ambito di un comodato gratuito, ha ritenuto ammissibile un *modus* posto a carico del comodatario e, in senso sostanzialmente analogo, Cass. 2 marzo 2001, n. 3021, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 240, secondo cui "in presenza di un "modus" a carico del comodatario il carattere di essenziale gratuità del comodato viene meno solo se il vantaggio conseguito dal comodante si pone come corrispettivo del godimento della cosa con natura di controprestazione e non certamente allorché il comodatario si limiti al pagamento di una somma periodica a titolo di rimborso spese". Sempre in senso conforme, senza pretese di esaustività, v. Cass. 4 giugno 1997, n. n. 4976, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 914; Cass. 5 febbraio 1987, n. 1132, in *Mass. Foro it.*, 1987, 196; Cass. 2 aprile, 1984, n. 2151, in *Giur. agr.*, 1985, 157; Cass. 20 gennaio 1984, n. 491, in *Mass. Foro it.*, 1984, 102; Cass. 24 marzo 1981, n. 1693, in *Mass. Foro it.*, 1981, 375; Cass. 17 giugno 1980, in *Mass. Foro it.*, 1980, 761. Per quanto riguarda la dottrina v. A. Marini, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, 187 e ss.

<sup>126</sup> La definizione è ripresa, per tutti, da C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., 107 e ss., per quanto riguarda l'"impero" del codice Pisanelli; mentre, per quanto riguarda il codice vigente si veda M. Garutti, *Il modus testamentario*, 1.

<sup>127</sup> G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, Napoli, 2015, 3.

Forse per tale ragione, la dottrina<sup>128</sup> e la giurisprudenza<sup>129</sup>, hanno precisato che l'onere è comunque fonte di obbligazioni (in senso tecnico<sup>130</sup>) a carico del beneficiario della disposizione<sup>131</sup>. Un'obbligazione vera e propria quindi, ex art. 1174 cod. civ., può avere il contenuto più vario<sup>132</sup>, ma l'oggetto deve corrispondere ad un interesse (anche non patrimoniale)<sup>133</sup> del testatore e deve essere suscettibile di valutazione economica<sup>134</sup>. I comportamenti che non

---

<sup>128</sup> V. per tutti C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1947, 228; N. Coviello, *Corso complete di diritto delle successioni*, 2a ed., Napoli, 1915, 756-757; C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, [supra, nota X], 121 e ss.

<sup>129</sup> V. per tutte Cass. 7 settembre 1992, n. 10281, cit., ("L'onere o modus è da considerare, come è noto, come un motivo particolarmente rilevante, che limita la portata economica o giuridica della liberalità con l'imposizione di un obbligo giuridico di dare, di fare o non di fare a carico dell'onorato (che diventa, quindi, anche onerato, cioè, in sostanza, obbligato all'adempimento dell'onere e soggetto, nel caso di inadempimento, all'azione di risoluzione prevista dall'art. 648 c.c.)"; v. anche Cass. 29 aprile 1993, n. 5067, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1388, la quale sembra ritenere che l'onere testamentario rientri addirittura fra i debiti ereditari ("in quanto il fine, quanto consista nel beneficiare un terzo, è lo stesso sia nella disposizione modale che nel legato e persino nella donazione, che però sono negozi nei cui riguardi è espressamente prevista una limitazione della responsabilità dell'adempimento pari a quella provocata dall'accettazione col beneficio di inventario: artt. 671 e 793 cod. civ.") e la più risalente Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1968. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, si segnala Trib. Asti 14 gennaio 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2422.

<sup>130</sup> La questione è stata trattata in particolare da G. Criscuoli nel suo *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 11. Tale impostazione permette anche di evidenziare lo stretto rapporto fra il *modus* testamentario e il legato obbligatorio e quindi le relative conseguenze sul piano pratico-applicativo. Tali temi verranno affrontati più analiticamente nel prosieguo.

<sup>131</sup> Non importa, da questo punto di vista che la disposizione sia testamentaria, liberale, oppure gratuita.

<sup>132</sup> C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 36 e ss.

<sup>133</sup> V. Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit., secondo la quale "dal modo deriva a carico dell'onerato un'obbligazione, e che questa ha come contenuto una prestazione suscettibile di valutazione economica, corrispondente ad un interesse anche non patrimoniale, è a tale interesse che deve aversi riguardo per identificare il soggetto che traendo comunque vantaggio dall'esecuzione della prestazione, può considerarsi interessato all'adempimento" in senso analogo, Cass. 13 agosto 1980, n. 4936, in *Mass. Foro it.*, 1980, 964.

<sup>134</sup> Il punto si evince dai lavori preparatori: inizialmente l'art. 426 del Progetto alla Commissione Reale ammetteva espressamente la configurabilità di un onere privo di contenuto patrimoniale, ma tale norma è stata poi espunta dal progetto definitivo. Inoltre, è la stessa relazione del Guardasigilli al Re ad esplicitare le ragioni di tale scelta: "tale enunciazione espressa, infatti, presupporrebbe l'esistenza nella legge di una regola che prescrivesse la patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni. Poiché questa regola non c'è, è inutile porre l'eccezione, la quale potrebbe anzi pregiudicare la risoluzione del problema della patrimonialità della prestazione in generale". In realtà, poi la regola è stata inserita nell'art. 1174 cod. civ.

sono suscettibili di tale valutazione, quindi, non possono essere dedotti quali oneri<sup>135</sup>.

Inoltre, per quanto riguarda l'oggetto del presente contributo, la definizione non coglie le caratteristiche peculiari dell'onere testamentario; caratteristiche che – forse per la particolare natura dei negozi *mortis causa*, nei quali, a causa della loro indefettibilità, l'autonomia privata gode di una tutela addirittura superiore rispetto a quella in ambito contrattuale<sup>136</sup> – non si rinvencono nell'onere apposto agli atti tra vivi.

In questi termini, da un punto di vista non strettamente formale, ma basato sulla funzionalità dell'istituto, si nota che l'onere testamentario è – ed è sempre stato<sup>137</sup> – lo strumento impiegato per la realizzazione di un ventaglio di interessi del *de cuius* molto ampio<sup>138</sup>. Ed è proprio questo dato a spiegare e giustificare il fatto che la disciplina delle disposizioni modali testamentarie permette a queste di “separarsi” dall'attribuzione a favore dell'onere in maniera assolutamente non riscontrabile negli oneri apposti ad atti fra vivi<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Alcuni autori ritengono però che, da un punto di vista meramente pratico, un onere non suscettibile *ex se* di valutazione economica potrebbe diventare coercibile qualora la carenza fosse sopperita facendo ricorso alla condizione (è l'idea di A. Palazzo nel suo *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, vol. II, 2 ed., Milano, 2000, 673); oppure prevedendo una clausola penale (come previsto da G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, vol. 1, 4a ed., Milano, 2015, 898). L'esperibilità di questa seconda soluzione, verrà trattata più approfonditamente in seguito.

<sup>136</sup> Sul punto si veda G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 16, secondo cui in ambito successorio la libertà testamentaria non può essere oggetto di verifica in termini di “socialità” e/o “meritevolezza” dell'intenzione o dello scopo del testatore essendo l'unico limite previsto quello della liceità dei motivi.

<sup>137</sup> Come si spera di aver dimostrato nella prima parte del presente lavoro.

<sup>138</sup> E. Perego, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 180 e A. Marini, *op. cit.*, 330, il quale, pur aderendo alla tesi tradizionale secondo cui il *modus* è una disposizione testamentaria meramente accessoria, riconosce che l'istituto è dotato di una sua “specifica individualità”.

<sup>139</sup> C. Romano, *Il modus*, in G. Tatarano e C. Romano, *Condizione e modus*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, Napoli, 2009, 209 e ss.

Occorre tenere presente, sul punto, che la moderna nozione di cuasa del testamento viene ravvisata nella regolamentazione per il tempo in cui il testatore avrà cessato di vivere, degli interessi di quest'ultimo<sup>140</sup>.

La funzionalità del *modus* o, se vogliamo, la sua specifica caratterizzazione funzionale<sup>141</sup>, deve essere tenuta in considerazione quando si affronta la questione relativa alla configurazione strutturale dell'istituto, che – almeno fino ad oggi – costituisce l'aspetto più controverso della figura. Infatti, è noto che la struttura di un istituto giuridico è indissolubilmente e reciprocamente legata alla sua funzione; così lo studio separato dei due aspetti ha quantomeno bisogno di un'integrazione<sup>142</sup>.

Tenendo presente tale insegnamento, l'analisi dell'istituto verrà affrontata con un particolare occhio di riguardo al lato funzionale della disposizione modale testamentaria.

## 2. Il dibattito sulla natura giuridica dell'onere testamentario.

Come si è già rimarcato, anche in considerazione di quanto espresso nel paragrafo precedente, le particolarità del *modus* testamentario – sia *ex se*, sia in quanto previsto nell'ambito di un negozio a causa di morte – impediscono di estendere a questo le soluzioni adottate in materia di onere apposto agli atti fra vivi, donazione compresa<sup>143</sup>. Anzi, proprio per tale ragione è preferibile affrontare lo studio degli istituti in maniera separata<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> V. per tutti L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, cit., 127 e ss.

<sup>141</sup> G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, cit., 5.

<sup>142</sup> S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1960, 300.

<sup>143</sup> V. Per tutti M. Giorgianni, *op. cit.*, 889 e ss. e, con tesi opposte, A. Marini, *op. cit.*, 110-111, il quale ritiene che soltanto la riconducibilità dell'onere "al minimo comune denominatore dell'accidentalità" rispetto al contenuto tipico del negozio può giustificare una configurazione unitaria del *modus*, ma non può certo considerarsi appagante. Per quanto riguarda la generale impossibilità di applicare al testamento le soluzioni previste per gli atti fra vivi, v. M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Milano, 1966, 193 e ss.

<sup>144</sup> Sul punto pare rilevante citare A. Palazzo nel suo *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Dir. civ. Sacco (curr.)*, Torino, 2000, 244, secondo cui "il *modus* testamentario e quello donativo hanno

Infatti, mentre la dottrina sembra essere d'accordo sulla natura accessoria dell'onere apposto agli atti *inter vivos*<sup>145</sup>, al centro del dibattito sul *modus* testamentario vi è la problematica sull'idoneità dell'istituto ad essere considerato un disposizione *mortis causa* autonoma rispetto all'istituzione di erede e al legato, in modo così da ampliare lo schema tradizionale del negozio testamentario<sup>146</sup>.

L'indagine sulla natura dell'onere testamentario, oltre a rivestire grande interesse dal punto di vista strettamente dogmatico<sup>147</sup>, appare estremamente rilevante anche da un punto di vista pratico, poiché in svariate situazioni la scelta della soluzione interpretativa determina differenti conseguenze applicative<sup>148</sup>.

In merito a tale profilo si hanno due orientamenti differenti: quello tradizionale, più risalente nel tempo, ritiene che l'onere testamentario costituisca unicamente un elemento accidentale apposto all'istituzione di erede o al legato; l'altro che - per ragioni classificatorie - si potrebbe definire "evolutivo"<sup>149</sup>, considera il *modus* come un negozio testamentario autonomo rispetto alla disposizione a cui accede<sup>150</sup>.

---

*ricevuto nel codice del '42 una disciplina pressoché identica che tuttavia sconta qualche margine di problematicità che inevitabilmente deriva dalla preordinazione di una disciplina unitaria per due negozi tipicamente differenti".* Tendenzialmente contrario è invece A. Marini, *op. cit.*, 16 e ss.

<sup>145</sup> V. per tutti U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 212.

<sup>146</sup> V. per tutti, M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 889 e ss. e, con tesi opposta, A. Marini, *op. cit.*, 28 e ss.

<sup>147</sup> Come si cerca di esplicitare nel presente contributo, l'eventuale riconoscimento della natura autonoma all'onere testamentario determinerebbe un ripensamento del tradizionale modo di concepire i negozi a causa di morte. Tale argomento verrà approfondito nel prosieguo, una volta terminata l'analisi dell'istituto e delle sue problematiche.

<sup>148</sup> Conseguenze che verranno analizzate nella seconda parte del presente lavoro, dedicata appunto alle problematiche applicative dell'onere testamentario.

<sup>149</sup> Così U. Stefani, *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 841.

<sup>150</sup> Come noto M. Giorgianni, con il suo *Il modus Testamentario*, cit., 889 e ss., ha dato risonanza a tale tesi. La tesi, però, fonda le sue radici su alcuni contributi precedenti come C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 38 e ss.; E. Filippin, *Rapporti fra il legato e il «modus»*, cit., 241 e ss.; nonché C. Fadda, *Il diritto romano nella pratica*, in *Il Filangieri*, 1896, 260 e ss. In seguito, fra i



## 2.1. L'onere testamentario come elemento accidentale.

L'impostazione tradizionale - tutt'ora prevalente, almeno in giurisprudenza<sup>151</sup> - considera l'onere testamentario, al pari di quello apposto agli atti fra vivi, come un elemento accidentale e/o accessorio rispetto al negozio a cui è apposto<sup>152</sup>. Tale rapporto può anche essere definito come dipendenza unilaterale in quanto l'onere dipende dall'attribuzione patrimoniale a cui è apposto, ma non vice versa<sup>153</sup>.

Per una corretta comprensione del fenomeno, occorre però soffermarsi brevemente sulla portata dei termini "accidentale" e "accessorio".

La locuzione "accidentale" sottolinea l'estraneità dell'onere rispetto alla disposizione testamentaria a cui è apposto<sup>154</sup>. In tal guisa, il *modus*, al pari della condizione e del termine, non appartiene alla configurazione legale tipica della disposizione a cui accede, ma costituisce una previsione ulteriore, aggiunta dal

---

tanti, hanno aderito all'impostazione in esame M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 231 e ss.; M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 43 e ss.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 485; M. Lupo, *Il modus testamentario. I. La figura giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 415 e ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 1390 e ss.; S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, 83 e ss.; E. Perego, *Favor legis e testamento*, cit., 181 e ss.; A. Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 159 e ss.

<sup>151</sup> V., senza pretese di esaustività, Cass., 26 maggio 2015, n. 10803; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4022, cit., (salvo quanto *infra*); Cass., 18 marzo 1999, n. 2487, in *Notariato*, 2000, 148; Cass., 7 settembre 1992, n. 10281, cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1968; Cass. 28 luglio 1950, n. 2146, in *Foro it.*, 1951, I, 921; Cass. 13 giugno 1950, n. 1498, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, 1058.

<sup>152</sup> Secondo la definizione più condivisa, si dicono accidentali gli elementi che non appartengono al tipo negoziale astratto, ma che possono essere inseriti dalle parti venendo ad incidere sul piano dell'efficacia: sono quindi strumenti volti ad orientare gli effetti del negozio giuridico in modo da farli meglio corrispondere ai loro interessi in concreto. Per la definizione v. A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 71 e ss.; e A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, 2ª ed., Milano, 2015, 628. In senso analogo v. anche E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, 503; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 12 e 13; F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, fondato da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1988, 127 e 128; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1966, 193.

<sup>153</sup> Cass., 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>154</sup> E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, 503.

testatore (in forza dell'autonomia negoziale riconosciutagli dall'ordinamento) per meglio regolamentare i suoi interessi.

Diversamente, il termine "accessorio" pone al centro dell'attenzione le caratteristiche funzionali dell'istituto<sup>155</sup>, che viene visto come un elemento aggiuntivo rispetto alla disposizione principale e tende alla realizzazione di una finalità ulteriore rispetto a quella propria del negozio a cui accede. Si parla anche di accessorietà degli interessi: l'interesse perseguito dall'onere, in tal senso, è accessorio rispetto a quello che si intende soddisfare mediante la disposizione patrimoniale gratuita<sup>156</sup>.

In tali termini, si può affermare che l'impostazione in esame vede il *modus* testamentario come un elemento ulteriore rispetto alla disposizione attributiva a cui deve necessariamente essere apposto, il quale, da un punto di vista dogmatico, viene definito accidentale, mentre da un punto di vista funzionale può anche essere definito accessorio.

---

<sup>155</sup> In questo senso v. per tutti S. Pugliatti, *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, 128. In senso parzialmente contrario v. A. Marini, *op. cit.*, 107, secondo il quale il concetto di accessorietà "può ritenersi una notazione solo di quelle specie di *modus* in cui quest'ultimo non abbia rappresentato il solo motivo determinante della disposizione gratuita e, quindi, appare inidoneo a caratterizzare la figura generale del *modus* in quanto tale". Critico è invece G. Vindigni, il quale, nel suo *Modo (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. 10, Torino, 1984, 822, ritiene che "il significato di determinazioni accessorie, se consente di spiegare l'efficacia giuridica e la disciplina legislativa nel caso in cui trattasi di negozio munito di speciale favor legis, tuttavia può generare l'equivoco di configurare la fattispecie negoziale come formata per tappe successive. Alcuni Autori hanno infatti ritenuto che il negozio modale, e più ancora quello sub modo in senso stretto, consti di due volontà, si fondi cioè su due cause e si componga perciò di due atti negoziali variamente connessi fra loro"; tale ultima tesi è però in contrasto con quanto stabilito dalla Corte di Cassazione secondo la quale "il rapporto di accessorietà che l'interesse perseguito dal modo presenta rispetto a quello che si intende soddisfare mediante l'attribuzione patrimoniale gratuita esclude la configurabilità di una duplicità di cause e, quindi, di negozi" (Cass., 11 giugno 1975, n. 2306, cit.).

<sup>156</sup> V. in tal senso Cass., 11 giugno 1975, n. 2306, cit.; e in senso analogo Cass. 21 giugno 1985, n. 3735, in *Mass. Foro it.*, secondo la quale "le limitazioni alla disponibilità del bene oggetto di donazione, eredità o legato, che vengono imposte da donante o dal testatore, non incidono sulla natura sostanziale dell'atto di liberalità, e configurano mero onere o *modus* con esso compatibile, qualora, pur traducendosi in una riduzione o perdita dell'utilità economica ricevuta dal donatario, erede o legatario, svolgono per il medesimo donante o testatore una funzione soltanto accessoria, in quanto sono rivolte a perseguire una finalità aggiuntiva ed ulteriore rispetto a quella principale di beneficiare l'onerato con la diretta attribuzione in suo favore del predetto bene".

La tesi in esame ritiene che le norme del codice civile che regolano specificamente l'istituto rilevano necessariamente un rapporto di dipendenza – sia funzionale sia strutturale – del *modus* rispetto alla disposizione testamentaria a cui è apposto, tale da determinare inequivocabilmente la natura accidentale dell'onere.

In primo luogo occorre considerare la collocazione sistematica della disciplina relativa all'onere testamentario.

Infatti, da un lato, il titolo del Capo V del Titolo III del Secondo Libro del Codice civile “Dell'istituzione di erede e dei legati”, non fa alcuna menzione del *modus*; dall'altro, invece, la disciplina di quest'ultimo trova la sua collocazione, insieme agli altri elementi accidentali, nella Sezione II del Capo V dello stesso Titolo, intitolata appunto “Delle disposizioni condizionali, a termine e modali”<sup>157</sup>. A ciò si aggiunga che il legislatore del 1942, utilizzando la locuzione “disposizioni modali”, mette in primo piano la disposizione testamentaria “principale” affermando in maniera implicita che il modo costituisce una declinazione della stessa.

Secondo i sostenitori della tesi in esame, la natura accidentale del *modus*, oltre che nella *sedes materiae*, troverebbe conferma anche – e soprattutto – nella disciplina dettata da quegli articoli del codice che si occupano direttamente dell'onere testamentario: gli artt. 647 e 648 cod. civ.

L'art. 647 cod. civ., si è visto, al primo comma stabilisce “tanto all'istituzione di erede quanto al legato può essere **apposto un onere**”. La norma, per come è formulata, sembra comprovare la natura accessoria del *modus*. In primo luogo, infatti, si stabilisce in maniera implicita che è impossibile concepire un *modus* in assenza di una disposizione istitutiva di erede o di un legato. Poi, sotto il profilo strettamente lessicale, l'utilizzo del verbo “apporre” esprime

---

<sup>157</sup> In dottrina gli autori che concentrano le loro argomentazioni sulla *sedes materiae* sono principalmente F. Cirillo, *Disposizioni condizionale e modali*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 1049 e ss.; e A. Giordano-Mondello, *Legato (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. 23, Milano, 1973, 727. Per la giurisprudenza v. Cass., 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

necessariamente un rapporto di stretta dipendenza<sup>158</sup> dell'onere rispetto alla disposizione a cui accede<sup>159</sup>.

Non solo, un ulteriore riscontro a tale dipendenza viene individuato anche nell'ultimo comma dell'art. 647 cod. civ.; il quale considera l'onere impossibile o illecito come "non apposto"<sup>160</sup>, per cui, venendo meno l'elemento accessorio, si ri-espanderebbe la portata del negozio principale. Tale effetto non sarebbe possibile se l'onere fosse una disposizione autonoma<sup>161</sup>.

Venendo poi all'art. 648 cod. civ., è noto che il suo secondo comma stabilisce espressamente che l'inadempimento dell'onere, qualora la risoluzione sia "stata prevista dal testatore, o se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione", determina la risoluzione<sup>162</sup> della disposizione testamentaria a cui accede. Anche tale norma confermerebbe, in una qualche misura, il carattere subordinato del *modus* rispetto alla disposizione testamentaria "principale"<sup>163</sup>.

Riassumendo, per i sostenitori della posizione in esame, la stessa *sedes materiae*, unita all'esame delle norme specificamente indirizzate a disciplinare il *modus* testamentario, dimostrerebbero senza dubbio che il legislatore del 1942 non abbia voluto istituire l'onere come una figura autonoma; ciò in

---

<sup>158</sup> "Logica, ancora prima che giuridica": così F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 207.

<sup>159</sup> In particolare, F. Santoro-Passarelli, *loc. cit.*, e F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 6, Milano, 1965, 194.

<sup>160</sup> A meno che, come è noto, non abbia costituito "il solo motivo determinante" dell'attribuzione; nel caso l'intera disposizione è nulla.

<sup>161</sup> Sul punto v. *infra*.

<sup>162</sup> Nonostante l'esplicito termine utilizzato dal legislatore, la dottrina ritiene che, dati i numerosi profili di divergenza, la risoluzione a cui fa riferimento la norma in esame non può essere assimilata in tutto e per tutto a quella prevista in ambito contrattuale. V. M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, *cit.*, 902-903 e G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, *cit.*, 902 e s. L'argomento verrà poi ripreso, più approfonditamente, nel prosieguo.

<sup>163</sup> G. Tamburrino, *Testamento (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. 44, Milano, 1992, 487; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, *cit.*, 194.

quanto nel dettato codicistico quest'ultimo non prescinde mai da un legame con un'altra disposizione testamentaria, sia essa istituzione di erede o legato.

Da ciò deriva che l'onere testamentario deve necessariamente essere apposto a una disposizione testamentaria "principale"<sup>164</sup> e, di conseguenza, è impossibile prevedere un testamento che contenga la sola istituzione di un *modus*<sup>165</sup>.

Inoltre, in termini più generali, la natura accidentale dell'onere testamentario sembra trovare conferma sia dalla definizione di testamento offerta dall'art. 587 cod. civ., sia dalla bipartizione di cui all'art. 588 cod. civ.<sup>166</sup>. Il primo comma dell'art. 587, definisce il testamento come "*un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le sue sostanze o di parte di esse*", e all'art. 588, primo comma, stabilisce che "*le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario*". La crasi delle due norme indurrebbe a definire il testamento come "*l'atto di attribuzione patrimoniale a causa di morte che opera mediante l'istituzione di erede e il legato*"<sup>167</sup>.

Da ciò, parte della dottrina<sup>168</sup>, trae la conclusione secondo cui il contenuto tipico del testamento<sup>169</sup> è costituito unicamente dall'istituzione de erede e dal

---

<sup>164</sup> Questo secondo il noto principio *accessorium sequitur principale*.

<sup>165</sup> A. Marini, *op. cit.*, 179. In senso differente vedi C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 36 e 37, in particolare, la nota 3.

<sup>166</sup> Cass., 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>167</sup> La locuzione si trova in C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., I, 31; v. anche G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit. 326; A. Marini, *op. cit.*, 130.

<sup>168</sup> F.P. Lops, *Il legato*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, vol. 1, 2a ed., Padova, 2010, 1086; M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie*, a cura di M. Bianca, in *Giur. sist. civ. e comm.*, 1983, 159; A. Giordano-Mondello, *Legato (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 23, Milano, 1973, 727; E. Brunori, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, cit., 472.

legato, con la conseguente impossibilità di ammettere un *tertium genus* di disposizione testamentarie.

L'impostazione tradizionale, quindi, offre una ricostruzione ancorata in parte alla nozione romanistica di *modus* quale elemento tipicamente accessorio<sup>170</sup>, e lo considera come un motivo che la legge ha fatto "penetrare" nella struttura negoziale, acquistando quindi rilevanza giuridica<sup>171</sup>.

L'onere viene in questo senso visto come un elemento accidentale in grado di incidere sugli effetti del negozio dispositivo, limitando l'attribuzione patrimoniale mediante l'apposizione di un'obbligazione<sup>172</sup>.

Queste caratteristiche hanno costituito per un lungo periodo (e in alcuni casi tutt'ora) la base di ogni tipo di riflessione sull'onere testamentario.

## 2.2. *L'onere testamentario come disposizione autonoma.*

L'impostazione tradizionale appena esposta, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, è parsa poco rispondente alle caratteristiche dell'onere testamentario. È infatti evidente che, per quanto riguarda determinate situazioni, il *modus* (testamentario) mostra una certa indipendenza dalle disposizioni a cui accede; indipendenza non ravvisabile negli altri elementi accidentali.

Come anticipato, infatti, cercando di tener conto degli aspetti del tutto peculiari dell'istituto, si è giunti alla conclusione secondo cui il *modus*

---

<sup>169</sup> Anche in questo caso sembra utile specificare che in ambito successorio il termine "tipico" assume una connotazione parzialmente diversa da quella utilizzata per gli atti fra vivi. V. G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., 1 e ss.

<sup>170</sup> V. *supra*, Parte Prima.

<sup>171</sup> F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 195; S. Pugliatti, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., 534.

<sup>172</sup> V. per tutti C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 47 ss.; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1990, 579; F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 193 ss., 205 s.; A. Marini, *op. cit.*, 155 ss.

costituisce un'autonoma disposizione a causa di morte, che va quindi ad aggiungersi all'istituzione di erede e al legato<sup>173</sup>.

C'è quindi stata un'evoluzione ricostruttiva, da una concezione che poneva l'accento sull'inquadramento del *modus* tra gli elementi accidentali del negozio giuridico ad una, più moderna, che ne riconosce l'autonomia e la natura a sua volta negoziale.

Questa nuova concezione trova fondamento, non nelle norme specificamente dettate in tema di onere testamentario (che si è visto sono gli artt. 647 e 648 cod. civ.), ma in altre disposizioni del Libro II del codice, le quali disciplinano l'onere soltanto in via indiretta e/o implicita.

Da questo punto di vista, assumono rilevanza, innanzitutto, le disposizioni che prevedono una c.d. "ambulatorietà" dell'onere<sup>174</sup>. Tali disposizioni sono: il secondo comma dell'art. 676 cod. civ. e i commi secondo e terzo dell'art. 677 cod. civ.

La prima norma prevede che, salvo che si tratti di obblighi a carattere personale, in caso di accrescimento, l'onere, che originariamente gravava sul chiamato all'eredità o sul legatario che non può o non vuole accettare l'eredità o ricevere il legato, va a gravare in capo a coloro i quali, coeredi o legatari, vedono incrementati i loro diritti ereditari per effetto dell'accrescimento<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Come è noto il cambio di rotta è da attribuire a M. Giorgianni con il suo *Il modus testamentario*, cit., 889 e ss. Occorre però ricordare che, già sotto l'impero del codice precedente, un autore aveva mostrato alcune aperture in tal senso (C. Fadda, *Il diritto romano nella pratica*, cit., 260 e ss.)

<sup>174</sup> Principalmente si muovono da questo punto di vista M. Giorgianni, *op. cit.*, 901; M. Garutti, *Il modus testamentario*, *op. cit.*, 47; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 202; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, *op. cit.*, I, 892 e ss.; M.C. Tatarano, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, Napoli, 2004, 337; C. Romano, *Il modus*, cit., 369-370.

<sup>175</sup> Nello stesso senso di veda anche, più in generale, l'art. 690 cod. civ., secondo il quale, in tema di sostituzione, sempre salvi i casi di obblighi personali, "i sostituiti devono adempiere agli obblighi imposti agli istituiti", a meno che il testatore non abbia diversamente disposto. In forza dell'art. 691 cod. civ., le norme sulla sostituzione, ivi compreso l'articolo citato nel testo, si applicano anche ai legati.

Il secondo comma dell'art. 677 cod. civ., invece, qualora non si ravvisino obblighi di carattere personale, prevede che *“gli eredi legittimi e l'onerato subentrano negli obblighi che gravavano sull'erede o sul legatario mancante”*.

Un altro indice dell'ambulatorietà – e quindi dell'autonomia – del *modus* si ritrova poi nella previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 677 cod. civ.<sup>176</sup>. Infatti, nel caso in cui la disposizione testamentaria venga risolta a causa dell'inadempimento dell'onere apposto alla stessa, la norma, anziché prevedere il venir meno anche dell'onere ad essa apposto, impone l'adempimento dell'obbligo a carico di coloro che subentrano nella posizione dell'onerato originario.

In tal senso si è parlato di ambulatorietà: infatti, le disposizioni citate sanciscono il passaggio del *modus* in capo a soggetti diversi rispetto all'onerato originario. Le prime due disposizioni citate prevedono tale trasmigrazione nei casi in cui l'onerato originario non possa o non voglia ricevere la disposizione *sub modo*; mentre la terza prevede addirittura che l'onere “sopravviva” anche alla risoluzione della disposizione a cui è apposto<sup>177</sup>.

Tali fattispecie sono, chiaramente, inconciliabili con la presunta accessorietà dell'onere.

Ad ulteriore conferma della tesi evolutiva si è soliti far riferimento anche alla rubrica dell'art. 671 cod. civ. (*“Legati e oneri a carico del legatario”*)<sup>178</sup>, la quale sembra mettere sullo stesso piano legato e *modus*, come se si trattasse di

---

<sup>176</sup> M. Giorgianni, *op. cit.*, 903; G. Criscuoli, *op. cit.*, 202. In senso tendenzialmente analogo v. anche G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, *op. cit.*, 17-18, il quale però divide le norme in due categorie: l'art. 676, comma 2, cod. civ. e l'art. 677, comma 2, cod. civ., da un lato, e l'art. 677, comma tre, cod. civ., dall'altro.

<sup>177</sup> S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, cit., 84.

<sup>178</sup> Ovviamente tale argomentazione presuppone che il termine “onere” utilizzato sia nella rubrica, sia nel testo dell'articolo, debba intendersi in senso tecnico e quindi faccia riferimento esclusivo all'istituto in esame. La dottrina maggioritaria (v. per tutti A. Masi, *I legati*, artt. 649-673, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 148; E. Perego, *I legati*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 6, 2° ed., Torino, 1997, 273) propende per questa accezione. In senso contrario, si segnala, però, la posizione di G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 317.



disposizioni paritetiche<sup>179</sup>. Deve però riconoscersi che tale parificazione non può, *ex se*, dimostrare l'autonomia della disposizione modale testamentaria<sup>180</sup>, ma non si può trascurare come la stessa costituisca un elemento che, unitamente alle norme sopra citate, concorre a rafforzare l'interpretazione evolutiva del *modus* testamentario.

L'intera ricostruzione, ovviamente, presuppone l'idea che l'art. 588 cod. civ. disciplini solo le disposizioni che determinano una successione, vuoi a titolo generale, vuoi a titolo particolare, ma non esaurisca il novero dei negozi dispositivi che il codice mette a disposizione del testatore<sup>181</sup>. E, soprattutto, a discapito dell'impostazione tradizionale di matrice romanistica, è necessario considerare in maniera completamente diversa l'onere testamentario da quello donativo<sup>182</sup>. Sul punto, si ribadisce come il fatto che il *modus* testamentario sollevi problematiche autonome e distinte rispetto a quello contrattuale, in generale, e donativo in particolare, costituisca un'impostazione da tempo accettata<sup>183</sup>.

L'autonomia del *modus* consente di ammettere anche un testamento che contenga esclusivamente un modo, che naturalmente andrà a gravare sugli eredi legittimi<sup>184</sup>.

Questa nuova concezione della fattispecie ha caratterizzato più la riflessione dottrinale che non la giurisprudenza, rimasta invece legata

---

<sup>179</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 45; L. Costanzo, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 304.

<sup>180</sup> M. Corona, *La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, in *Riv. not.*, 1992, 623; S. Pagliantini, *op. cit.*, 84 (in particolare la nota 56).

<sup>181</sup> M. Giorgianni, *op. cit.*, 892; U. Carnevali, *La donazione modale*, *cit.*, 688.

<sup>182</sup> U. Carnevali, *op. cit.*, 688; L. Costanzo, *op. cit.*, 312.

<sup>183</sup> C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, *cit.*, 149 e ss.; C. Grassetti, *La donazione modale e fiduciaria*, *cit.*, 19 e ss.; M. Giorgianni, *op. cit.*, 892; U. Carnevali, *op. cit.*, 923-924; A. Marini, *op. cit.*, 110 e 111.

<sup>184</sup> G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, *cit.*, 901, il quale riporta il seguente esempio: "voglio che venga costruito un ospedale con venti letti nel mio paese". V. anche M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, *cit.*, 924.

all'impostazione tradizionale, meno propensa ad abbandonare l'idea di un onere sostanzialmente accessorio e subalterno rispetto al negozio cui accede, e quindi portata, in presenza di vizi del *modus*, ad applicare la regola sabiniana del *vitiatur sed non vitiat*<sup>185</sup>.

La ricostruzione che vede il *modus* come una disposizione testamentaria autonoma, pur condivisa dalla dottrina maggioritaria<sup>186</sup>, continua ad essere osteggiata da una parte della dottrina<sup>187</sup> e, soprattutto non pare trovare riscontri in giurisprudenza<sup>188</sup>.

Di recente, però, la Corte di Cassazione<sup>189</sup>, pur ribadendo il carattere accessorio della disposizione modale, ha affermato che l'onere può gravare anche sull'erede legittimo. La sentenza potrebbe sembrare incoerente, in quanto, da un lato, sostiene la natura accessoria del modo; dall'altro, stabilisce che l'onere può costituire l'unico contenuto del testamento. La Suprema Corte, senza cambiare orientamento, si appropria però di una delle conclusioni che presuppongono un *modus* visto come disposizione autonoma. Potrebbe forse trattarsi di una prima timida apertura a un nuovo filone giurisprudenziale più aderente all'interpretazione evolutiva dell'onere testamentario.

### 2.3. Ancora, a favore dell'autonomia dell'onere testamentario.

Oltre che dai dati desumibili dalle norme codicistiche, le resistenze maggiori al superamento dell'impostazione tradizionale paiono essere rinvenibili non solo in argomenti di natura giuridica, ma forse anche a ragioni

---

<sup>185</sup> V. Cass., 15 ottobre 1954, n. 3741, in *Foro it.*, 1955, I, 190, citata ancora di recente in Cass., 16 maggio 2013, n. 11906, in *Riv. not.*, 2013, 995.

<sup>186</sup> Si è già detto che il definitivo cambio di rotta è avvenuto con M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 889, ma un qualche accenno si poteva già riscontrare in C. Fadda, *Il diritto romano nella pratica*, cit., 260 e ss.

<sup>187</sup> V. per tutti A. Marini, *op. cit.*, 22 e ss.; N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, cit., 411 e ss.

<sup>188</sup> Ad oggi, l'unica pronuncia che aderisce alla tesi sull'autonomia del *modus* testamentario continua ad essere App. Napoli, 18 gennaio 1966, in *Dir. e giur.*, 1966, 199.

<sup>189</sup> Cass., 21 febbraio 2007, n. 4022, cit.

che si possono definire “culturali”; ossia in elementi che ormai sono radicati nel pensiero comune dei giuristi, ma che probabilmente non hanno più riscontri nel dato positivo. Pertanto, si è proposto di ampliare lo spettro di indagine rivolgendo l’attenzione a questioni più generali<sup>190</sup>.

Si è visto come l’esame della disciplina codicistica riveli, da un lato, che il codice civile presenta elementi che portano a ritenere il *modus* testamentario come un elemento accessorio; dall’altro, lo stesso codice presenta altri elementi che lasciano intendere un’autonomia dello stesso. È poi vero che, mentre i primi si rinvergono nelle norme che disciplinano specificamente l’istituto in esame, gli altri si trovano disseminati per il Libro II del codice.

Al di là del fatto che si propenda per l’accessorietà o per l’autonomia della disposizione testamentaria modale, rimane innegabile che, sulla questione, il codice presenti un’antinomia<sup>191</sup>. Tuttavia, l’incompatibilità appena delineata può trovare una spiegazione nel dato storico: questo implica una lettura dei dati normativi avendo particolare riguardo alla storia in generale, e al momento storico particolare in cui le norme sono state redatte. A ciò si aggiunga che è stato autorevolmente sostenuto come le regole

---

<sup>190</sup> G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, cit., 19.

<sup>191</sup> Ciò presuppone che si aderisca alla definizione di antinomia sostenuta da Bobbio che descrive il fenomeno come “situazione di norme tra loro incompatibili” (N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 82); oppure a quella di Tarello, secondo cui l’antinomia è quel “conflitto di leggi o incompatibilità fra leggi si verifica allor quando due leggi qualificano uno stesso comportamento secondo modalità confliggenti o incompatibili (rispettivamente obbligatorio e vietato, facoltativo e vietato, facoltativo e obbligatorio) o qualificano giuridicamente una stessa situazione con due qualificazioni, da cui discendono rispettivamente qualificazioni confliggenti o incompatibili di uno stesso comportamento” (G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 29). Si segnala però la tendenzialmente differente opinione di Guastini: “si può definire «antinomia» nell’uno o nell’altro dei modi seguenti: (a) in un sistema giuridico vi è una antinomia allorché un dato comportamento è deonticamente qualificato in due modi incompatibili da due diverse norme appartenenti al sistema; oppure (b) in un sistema giuridico vi è una antinomia allorché per una data fattispecie sono previste due conseguenze giuridiche incompatibili da due diverse norme appartenenti al sistema” (R. Guastini, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica-Zatti (curr.), Milano, 1993, 409 e s.); nello stesso senso v. anche T. Mazzaresse, *Antinomia (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, 1987, 34 e ss.

successorie, più delle altre, appaiono spiegabili soltanto attraverso una ricostruzione dello sviluppo storico degli istituti<sup>192</sup>.

Per comprendere la questione che ci occupa è sufficiente fare riferimento alla storia recente<sup>193</sup>.

In via generale, occorre considerare che all'epoca della compilazione del codice (ma anche sotto l'impero del codice precedente) era ben radicata l'idea post-rivoluzionaria affermata dalla struttura stessa del *Code Napoleon*<sup>194</sup>, secondo cui la sola e unica funzione delle successioni *mortis causa* era quella di consentire il trasferimento del patrimonio in seguito alla morte di un individuo<sup>195</sup>. Tenendo a mente ciò è facile spiegare il disposto dell'art. 587 cod. civ.<sup>196</sup>, il quale, recependo il contenuto dell'art. 759<sup>197</sup> cod. civ. 1865, definisce il testamento come l'atto attraverso il quale "taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse"<sup>198</sup>. Sullo stesso piano,

---

<sup>192</sup> A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, a cura di R. Sacco (cur.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2002, 2, secondo cui, sempre nelle regole successorie, "sembra riflettersi – più che in qualsiasi altro dato giuridico – l'economia, la demografia e la struttura sociale dell'ordinamento considerato".

<sup>193</sup> V. *supra*, parte I, n. 4.

<sup>194</sup> La materia successoria si trova nel terzo libro, rubricato, appunto "*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*".

<sup>195</sup> A. Liserre, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in *Jus*, 1979, 218 e ss., secondo il quale l'esigenza era particolarmente avvertita nel nostro paese in quanto, nel XIX secolo, era una di quelle società fondata su quello che viene definito lo "sfruttamento statico delle risorse fondiari". Al momento della codificazione, tale esigenza stava via via venendo meno, in quanto il sistema produttivo si stava già orientando verso un sistema produttivo più moderno, ossia basato sullo sfruttamento di altre risorse economiche, ivi compresi i beni immateriali.

<sup>196</sup> Rubricato, appunto, "Testamento".

<sup>197</sup> "Il testamento è un atto revocabile, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o più persone". Come si può vedere, il nuovo articolo non riporta però le locuzioni "secondo le regole stabilite dalla legge" e "in favore di una o più persone", ma i lavori preparatori non ne chiariscono il motivo.

<sup>198</sup> Per l'impostazione che vede il testamento come un negozio attributivo v. F. Cisotti, *La disposizione di beni come elemento del concetto di testamento*, in *Rendiconti del reale istituto lombardo di scienze e lettere*, 1943-1944, 218 e ss.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., 236 e ss.; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 31 ss. Secondo altri, il testamento è il

si può comprendere come mai l'art. 588 cod. civ. indichi, quali disposizioni testamentarie, esclusivamente l'istituzione di erede ed il legato<sup>199</sup>.

Tuttavia, per quanto riguarda più strettamente l'art. 587 cod. civ., non si può non rilevare che lo stesso è composto da due commi<sup>200</sup>. Pertanto, sarebbe illogico cercare di estrapolare una definizione, o comunque una nozione, di testamento basandosi esclusivamente sul primo comma<sup>201</sup>. Cosa debba intendersi per testamento deve quindi essere desunto, quantomeno, dall'articolo nella sua interezza: il testamento può essere formato, o meglio, può presentare come contenuto c.d. tipico, sia disposizioni con le quali il testatore dispone<sup>202</sup> delle "proprie sostanze"<sup>203</sup>, sia - in generale - di disposizioni di altro tipo aventi carattere patrimoniale e, in taluni casi, anche non patrimoniale<sup>204</sup>.

---

negozio attributivo che, almeno di regola, consiste in un atto di liberalità: v. G. Bonilini, *Dei legati* (Artt. 649-673), in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 18 e ss.; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 350; A. Cicu, *Legato e liberalità*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1965, 169).

<sup>199</sup> A. Cicu, *La nozione di erede nel diritto italiano vigente*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1965, 4 e ss., secondo cui, diversamente da quanto accade oggi, in realtà originariamente l'istituzione di erede aveva un connotato più strettamente personale e l'acquisto del patrimonio ereditario era una mera conseguenza.

<sup>200</sup> Sul punto v. in particolar modo G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, cit., 13 e ss., secondo cui i due commi dell'articolo 587 cod. civ. devono essere letti quasi come un *unicum*, in quanto l'intera disposizione stabilisce che con il testamento si possono soddisfare le più varie esigenze sentite per il *post mortem* mediante la predisposizione di disposizioni testamentarie sia a contenuto patrimoniale, sia non patrimoniale.

<sup>201</sup> Sul punto v. in particolare modo A. Palazzo nel suo *Le successioni*, cit., 673.

<sup>202</sup> Addirittura non è mancato chi ha evidenziato che, anche se si volesse limitarsi alla lettura del primo comma, il senso del verbo "disporre" non dovrebbe essere inteso quale mero sinonimo di "trasferire" o "attribuire", ciò in quanto sia l'istituzione di erede, sia il legato non hanno ambiti di applicazione circoscritti ad una mera funzione attributiva (D. Russo, *La diseredazione*, Torino, 1998, 144).

<sup>203</sup> Questa è la parte che si può ricavare dalla lettura del primo comma dell'art. 587 cod. civ.

<sup>204</sup> Questa, invece, è la parte che si può ricavare dalla lettura del secondo comma dell'art. 587 cod. civ.

In forza di ciò, il testamento sarebbe quell'atto che può contenere ogni disposizione patrimoniale (e in alcuni casi anche quelle non patrimoniali) a causa di morte, anche se non immediatamente attributiva di un diritto<sup>205</sup>.

Questa impostazione, però, sembra essere contraddetta dal disposto di cui all'art. 588 cod. civ., ma il contrasto fra norme è solo apparente. L'articolo, in realtà, ha un peso molto minore di quello che solitamente gli viene attribuito. Dal punto di vista strettamente lessicale, infatti, l'articolo si limita a stabilire che le disposizioni testamentarie quando "comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore" sono a titolo universale e quindi attribuiscono la qualità di erede; mentre, le altre disposizioni, che quindi sono quelle che non comprendono l'universalità o una quota dei beni, sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario.

Pertanto, se si affronta la lettura della norma senza alcun preconcetto, soffermandosi *sic et simpliciter* sul dato testuale<sup>206</sup>, bisogna ammettere che l'articolo si limita ad effettuare una *summa divisio* fra le disposizioni testamentarie che determinano una successione in senso stretto, senza mai affermare che le stesse debbano esaurire il novero delle disposizioni a causa di morte<sup>207</sup>. Anche la rubrica dell'articolo ("Disposizioni a titolo universale e particolare") conferma tale impostazione; questa infatti sembra evidenziare

---

<sup>205</sup> In questo senso v. in particolare M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, Art. 679-712, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, 679 e ss.; M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Milano, 1966, 246 e ss.; L. Bigliazzi-Geri, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 6, Tomo II, 131 e ss. In senso contrario, però v. G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., 328, secondo il quale anche leggendo congiuntamente i due commi dell'art. 587 cod. civ., soltanto le parti dispositive possono essere qualificate come testamento; al contrario, non potranno godere di tale qualifica le disposizioni che, pur essendo patrimoniali, non sono attributive.

<sup>206</sup> In senso parzialmente contrario v. M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 50 e ss., il quale, pur concordando sul fatto che l'art. 588 cod. civ. non ostacola la concezione del *modus testamentario* come figura autonoma, ritiene che un'interpretazione meramente letterale dell'articolo porterebbe in realtà al risultato opposto.

<sup>207</sup> Sul punto v. G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 53 e ss., secondo cui l'art. 588 cod. civ. a bene vedere non indicherebbe neppure i casi in cui oggetto del legato sia una prestazione.

che la norma si limita ad indicare i criteri per distinguere le disposizioni successorie a titolo universale da quelle a titolo particolare.

L'art. 588 cod. civ., così interpretato, non impedisce quindi di configurare disposizioni testamentarie diverse dall'istituzione di erede o dal legato.

Di conseguenza, non sembra potersi più sostenere che il contenuto tipico del testamento sia limitato solamente all'istituzione di erede e al legato, e che quindi il *modus* testamentario non possa essere qualificato come un'autonoma disposizione a causa di morte in quanto, in tal modo, si configurerebbe come un - inammissibile - *tertium genus*.

E ciò, senza considerare che esistono altre tipologia di negozi *mortis causa* che non rientrano nella bipartizione apparentemente sancita dall'art. 588 cod. civ. Per quanto riguarda le ipotesi previste direttamente dalla legge, si prendano ad esempio la dispensa dalla collazione (art. 737, secondo comma, cod. civ.)<sup>208</sup>, la possibilità di suddividere i debiti ereditari fra i coeredi in maniera diversa rispetto alle quote (art. 752 cod. civ.)<sup>209</sup>, la possibilità di non trasferire la ditta in capo a chi succede nell'azienda (art. 2565, terzo comma,

---

<sup>208</sup> Infatti, la dispensa dalla collazione può essere contenuta nella donazione stessa, nel testamento o in un successivo autonomo negozio (v. Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013, in *Riv. not.*, 2007, 1, 194; Cass. 18 marzo 2000, n. 3235, in *Riv. not.*, 2001, 163; Cass. 27 gennaio 1995, n. 989, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 269; e in dottrina U. Carnevali, *Collazione* (voce), in *Digesto*, vol. 2, Torino, 1988, 472; C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 2, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1985, 650). La dottrina maggioritaria ritiene che la dispensa sia proprio un negozio a causa di morte autonomo (v. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., II, 1390 e ss.; F. Angeloni e P. Forchielli, *Della divisione*, artt. 713 - 768, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000, 516 e ss.; G. Gazzara, *Collazione* (voce), in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 337 e ss.; P. Forchielli, *La collazione*, Padova, 1958, 263 e ss.). Tuttavia, non mancano altresì le opinioni contrarie, secondo le quali la dispensa dalla collazione sia in realtà una particolare forma di legato, in maniera del tutto simile ad un legato di liberazione del debito (v. A. Minoli, *Se la dispensa da collazione debba essere espressa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 84 e ss.; A. Cicu, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, 128 e ss.; G. Andreoli, *Contributo alla teoria della collazione nelle donazioni*, Milano, 1942, 8 e ss.).

<sup>209</sup> Anche tale figura è però riconducibile al legato, infatti in dottrina si è sostenuto che quando il testatore ripartisce i debiti ereditari in maniera diversa rispetto alle quote, di fatto sta imponendo in capo agli eredi che vedono aggravata la loro posizione un legato in favore degli altri (A. Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, vol. 12, Torino, 1980, 133).

cod. civ.)<sup>210</sup>, e la possibilità per l'autore di regolare le sorti del diritto di utilizzare l'opera dopo la sua morte (art. 115, primo comma, L. n. 633/41). Volgendo invece lo sguardo anche alle ipotesi individuate dalla dottrina o dalla giurisprudenza, si ricordano principalmente la clausola di diseredazione<sup>211</sup>, la revoca del testamento<sup>212</sup>, il legato di contratto<sup>213</sup>, divisione testamentaria nomina dell'esecutore testamentario, i legati obbligatori in generale o di liberazione del debito (art. 658 cod. civ.), ecc.. Infine, c'è anche chi ritiene che l'art. 1062, secondo comma, cod. civ. consenta al testatore di

---

<sup>210</sup> Sul punto v. M. Corona, *La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, cit., 527 e ss.; A. Marini, *op. cit.*, 135 e ss.; M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 234 e ss.

<sup>211</sup> Si evidenzia che ormai la giurisprudenza di merito (v. per tutte App. Genova, 16 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2001, 937; Trib. Catania, 28 marzo 2000, in *Famiglia*, 2001, 1210; App. Cagliari 12 gennaio 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 1; in senso contrario Trib. Reggio Emilia 27 settembre 2000, in *Vita not.*, 2001, 694) e la dottrina maggioritaria (per tutti v. D. Russo, *La diseredazione*, Torino, 1998, 53 e ss.; M. Corona, *La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, cit., 527 e ss.; F.M. Bandiera, *Sulla validità della diseredazione*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 407 e ss.; A. Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 39 e ss.; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 240; M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Milano, 1966, 193 e ss.; A. Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 168 e ss.) ritengono la clausola ammissibile anche qualora dal testamento non emerga la volontà di istituire altri successibili. Tale impostazione, però, non è stata recepita dalla Corte di Cassazione, la quale continua a ritenere il contrario (Cass. 18 giugno 1994, n. 5895, in *Riv. not.*, 1995, 342; Cass. 23 novembre 1982, n. 6339, in *Foro it.*, 1983, I, 1652.).

<sup>212</sup> La dottrina maggioritaria ritiene che la revoca abbia natura negoziale a contenuto patrimoniale (G. Patti, *La revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie Bianca* (curr.), Torino, 1983, 328; M. Allara, *La revoca delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, 111) e non pare essere riconducibile né all'istituzione di erede, né al legato. In senso contrario v. però V. Scalsi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 400; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., 74.

<sup>213</sup> V. M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 893, il quale ha affrontato il tema con riguardo proprio all'onere testamentario, ma anche G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, 18 e 108 e ss.; E.V. Napoli, *Il legato di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 738 e ss.; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 154 e ss. Per quanto riguarda la vigenza del codice Pisanelli v. C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 157 e ss.; A. Brunetti, *Legato di un contratto*, in *Foro Ven.*, 1926, 49 ss. C. Scuto, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, I, 77 e ss. e addirittura C. Fadda, *Legato del diritto di continuare una locazione*, in *Filangieri*, 1894, I, 228 e ss.



impedire che si costituisca una servitù per destinazione del padre di famiglia<sup>214</sup>.

Allargando ancora la visuale al concetto stesso di testamento, si può notare che, malgrado la concezione dominante ritenesse questo uno strumento utile soltanto al passaggio generazionale della ricchezza, in realtà il testamento ha sempre svolto funzioni assai più complesse. È noto che il codice riconosce ai privati il potere di regolamentare i propri interessi *post mortem*, sia mediante i classici istituti immediatamente dispositivi (istituzione di erede e legato), sia imponendo obblighi ad altri soggetti che possono essere gli eredi o i legatari<sup>215</sup>, ma anche a soggetti terzi come l'esecutore testamentario<sup>216</sup>.

Pertanto il momento devolutivo/attributivo dell'asse ereditario ha sicuramente un ruolo preminente, ma non esclusivo<sup>217</sup>. Inoltre, in ambito successorio, le disposizioni non direttamente attributive sono in costante aumento, e c'è chi ritiene che quelle attributive siano destinate a perdere il loro ruolo centrale in ambito successorio<sup>218</sup>.

Anche la tendenza legislativa è quella di disciplinare nuovi istituti successori nei quali non si ravvisa alcun fenomeno direttamente attributivo o, se si preferisce, successorio in senso stretto: si pensi ai legati (obbligatori<sup>219</sup>) *ex*

---

<sup>214</sup> G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, cit., 42 (in particolare, la nota 124).

<sup>215</sup> Sul punto si rimanda a G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I così detti legati atipici*, Milano, 1990, 64 e ss.

<sup>216</sup> Si rimanda a G. Bonilini, *Degli esecutori testamentari (Artt. 700-712)*, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, 18 e ss.

<sup>217</sup> P. Rescigno, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 216 e, per quanto riguarda la vigenza del codice Pisanelli, M. Allara, *Il testamento*, cit., 4 e ss.

<sup>218</sup> F. Gerbo, *Prelegato e funzione del testamento*, Padova, 1996, 195 e ss.

<sup>219</sup> Si intende escludere quindi i legati di uso e abitazione previsti dal secondo comma dell'art. 540 cod. civ., poiché questi, in forza del principio dell'elasticità del diritto di proprietà, implicano il trasferimento di una situazione giuridica presente nell'asse ereditario e pertanto possono essere collocati fra le disposizioni direttamente attributive. Sul punto v. A. Masi, *Dei legati (art. 649-673)*, cit., 23 e ss.

*lege*<sup>220</sup>. L'istituzione di tali figure può essere letta come una conseguenza dell'inadeguatezza di un fenomeno successorio meramente dispositivo/attributivo, e dell'incapacità delle originarie norme codicistiche di soddisfare al meglio le esigenze avvertite dai consociati in ambito successorio, soprattutto per quanto riguarda gli interessi non strettamente patrimoniali; quasi come se il codice non fosse in grado di tenere il passo con l'evoluzione della società<sup>221</sup>.

Alla luce di ciò, si può dire che il momento dispositivo/attributivo vede il suo ruolo nel fenomeno successorio sempre più ridotto, in favore di disposizioni che non determinano un mero trasferimento di una situazione giuridica.

In conclusione, pare potersi affermare che il testamento deve essere visto come il negozio giuridico con il quale il defunto organizza e determina l'assetto dei suoi interessi - sia patrimoniali che non - per il periodo successivo alla sua dipartita, attraverso disposizioni non soltanto attributive dell'asse ereditario<sup>222</sup>, ma anche - e in maniera sempre maggiore - meramente obbligatorie o addirittura non patrimoniali. In tal modo il fenomeno

---

<sup>220</sup> Tra questi ricordiamo l'assegno vitalizio spettante al coniuge separato con addebito (artt. 548, secondo comma, cod. civ., modificato dall'art. 182 della L. n. 151/75, e 585, secondo comma, cod. civ., sostituito dall'art. 193 della stessa legge); oppure al coniuge divorziato (art. 3 della L. n. 436/78); l'assegno vitalizio spettante ai figli nati fuori dal matrimonio non riconoscibili (artt. 580, primo comma, cod. civ., sostituito dall'art. 188 della L. n. 151/75 e 594 cod. civ.); il sub-ingresso nel contratto di locazione di immobili urbani (artt. 6 e 37 della L. n. 392/78) e nei contratti agrari (art. 49 della L. n. 203/82) e, secondo alcuni, anche il diritto del convivente dell'assegnatario alla cessione in proprietà dell'alloggio di edilizia popolare (art. 29 della L. n. 513/77); nonché l'acquisto coattivo della proprietà ai sensi dell'art. 4 della L. n. 97/94. Tali legati, infatti, inizialmente assai pochi, sono aumentati sensibilmente per intervento del legislatore nel dopo-guerra, il quale ha inserito nuove figure sia nel codice, sia nella legislazione speciale

<sup>221</sup> In senso analogo, ma con accenni anche all'influenza del dettato costituzionale, v. P. Perlingeri, *La funzione sociale del diritto ereditario*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 134 e ss.

<sup>222</sup> Per tutti v. M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 1957, 308 e ss. e L. Bigliuzzi-Geri, *Il testamento*, cit., 128.

testamentario trova nuova linfa e diventa idoneo a realizzare tutti gli interessi del defunto, sempre più mutevoli e spesso difficilmente realizzabili<sup>223</sup>.

Da un punto di vista pratico poi, tale lettura del fenomeno, permetterebbe, quantomeno, di rallentare la crisi degli atti *mortis causa*; crisi che infatti deriva dalla concezione del testamento quale mero negozio attributivo, utile soltanto al passaggio generazionale del patrimonio<sup>224</sup>. La nuova "veste" del testamento gli consentirebbe di essere recuperato per assurgere a funzioni diverse rispetto a quelle classiche appena viste.

Sotto questo aspetto, la configurazione dell'onere testamentario quale disposizione autonoma si trova maggiormente in linea con la nuova concezione del testamento, e, anzi, in tal senso proprio le disposizioni modali potrebbero essere chiamate ad assolvere le nuove funzioni dell'istituto. Infatti, il *modus*, per la sua duttilità ed ecletticità, si presta a essere il mezzo ideale<sup>225</sup> per il raggiungimento di degli interessi dal contenuto più vario, anche qualora fossero riferibili ad una molteplicità indeterminata di soggetti<sup>226</sup>.

Focalizzando invece l'attenzione sull'onere testamentario, si è visto come il codice civile del 1865 non prevedesse alcuna disciplina specifica per l'onere, fosse questo testamentario o donativo<sup>227</sup>. Tale situazione, pur in assenza di un

---

<sup>223</sup> Sul punto v. A. Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., 49 e ss.; nonché gli spunti di G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, cit., 6 e ss., secondo il quale rientrerebbero nel concetto di testamento anche le disposizioni non patrimoniali.

<sup>224</sup> M. Giorgianni, loc. cit. e L. Bigliuzzi-Geri, loc. cit.

<sup>225</sup> V. B. Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, 648, secondo il quale il modo ha la sua "funzione e ragione di essere" in tutti quei casi in cui il disponente vuole perseguire obiettivi e tutelare interessi che altrimenti non potrebbe conseguire.

<sup>226</sup> Come si vedrà meglio nel prosieguo, infatti, attraverso l'onere testamentario il defunto può beneficiare categorie di soggetti determinati anche solo genericamente, oppure può perseguire i propri interessi morali, o di altra persona defunta, come il compimento di attività atte ad onorarne la memoria; oppure a favore di animali. Sul punto v. già M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 910; C. Scuto, *Il modus nel diritto italiano*, cit., 262.

<sup>227</sup> Anche se vi erano alcune norme che prevedevano la possibilità per il donante di imporre limiti alla liberalità: v. per tutti gli artt. 1051 e 1077 (n. 3) cod. civ. 1986 in cui viene addirittura utilizzato il termine "onere".

preciso riconoscimento normativo, ha permesso di concepire l'onere testamentario sia in senso strettamente giuridico (in quanto, si è visto, l'onere è fonte di obbligazioni in senso stretto), ma anche in senso più economico-funzionale (poiché l'onere era considerato come una limitazione – in senso economico – della disposizione patrimoniale sulla quale insiste<sup>228</sup>).

In quest'ottica, poi, il *modus* è stato inquadrato come un elemento accessorio alla disposizione cui accede e ad esso veniva considerata applicabile la disciplina della condizione<sup>229</sup>.

Tuttavia, la prassi applicativa ci ha dimostrato che l'onere testamentario, nella maggior parte dei casi è stato – ed è tutt'ora – utilizzato per la realizzazioni di un sistema di interessi spesso complesso, con finalità e in maniera assolutamente diverse rispetto a quanto accade nei negozi tra vivi<sup>230</sup>.

In tale ottica, al contrario di quanto accade nella donazione, l'affermare che con l'apposizione di un onere, il testatore intende implementare e/o limitare gli effetti della disposizione principale con effetti ulteriori che, in senso economico, riducono il valore dell'attribuzione, non corrisponde (forse più) alla realtà. O quantomeno, tali situazioni, che si ripete in ambito donativo costituiscono (ancora) la quasi totalità dei casi, in ambito testamentario sono, quantomeno di fatto, relegati al rango di eccezione<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> C. Scuto, *op. cit.*, 1 e ss.; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 451, i quali elaborano la definizione dell'onere "limitativo" basandosi sulla semantica del termine: il termine utilizzato in diritto romano, appunto *modus*, indica anche i concetti di "limitazione" e "misura".

<sup>229</sup> V. *amplius supra*.

<sup>230</sup> Sul punto v. A. Trabucchi, *Il valore attuale della regola sabiniana*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 843.

<sup>231</sup> Rimandando alla prima parte del presente lavoro, si può notare che tale situazione – nella prassi – connota la figura dell'onere testamentario fin dalle sue origini. Quindi, pare più corretto forse affermare che l'utilizzo dell'onere testamentario come una mera limitazione (seppur in senso economico) a un'attribuzione di carattere liberale, al pari di quanto accade nella donazione, fosse un andamento riscontrabile solo, o quantomeno in prevalenza, nella società liberale del XIX secolo. Sul punto v. C. Fadda, *Il diritto romano nella pratica*, cit., 261-262. Senza considerare che già Windscheid, nel suo *Die Lehre des römischen der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, n. 58, 83, affermava, in generale, che "le disposizioni di ultima volontà non sono invero generalmente rivolte ad assegnare qualche cosa ad una persona, quanto piuttosto a regolare la sorte del patrimonio dopo la morte" (in originale: "Die letztwilligen Verfügungen sind überhaupt

Sul punto parte della dottrina, seppur in termini generali, ha proprio esplicitato che il *modus* – contrariamente al termine e alla condizione – per le sue caratteristiche peculiari, non restringe gli effetti della disposizione a cui accede, ma ne aggiunge ulteriori<sup>232</sup>.

Solitamente infatti, attraverso il *modus* testamentario, il defunto mira a realizzare nel periodo successivo alla sua morte un disegno piuttosto articolato, e solo in un limitato numero di casi egli intende beneficiare (in senso economico) l'onerato, il quale solitamente si ritrova ad essere un "mezzo" utilizzato dal testatore per realizzare la sua volontà<sup>233</sup>; in tal modo l'attribuzione all'onerato diventa una semplice dotazione di mezzi per la realizzazione di uno scopo<sup>234</sup>.

Sul tema, sembra utile rimarcare come nella donazione si deve escludere che il *modus* possa essere il "solo motivo determinante"<sup>235</sup> dell'attribuzione, poiché la stessa non sarebbe più qualificabile come donazione in quanto priva dell'*animus donandi*<sup>236</sup>. Nelle successioni, invece, l'attribuzione patrimoniale all'onerato, come detto, ha spesso una funzione meramente strumentale (o, preparatoria) all'adempimento dell'obbligazione dedotta in onere, la quale costituisce il vero obiettivo al cui raggiungimento mira la volontà del defunto.

---

nicht sowohl dazu bestimmt, einer Person Etwas zuzuwenden, als vielmehr dazu, das Schicksal des Vermögens nach dem Tode zu ordnen").

<sup>232</sup> F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 205 e ss. L'Autore parla di estensione della volontà del disponente, anziché di una sua limitazione.

<sup>233</sup> Questa situazione trova riscontro normativo nel codice civile all'art. 823, ossia in quella norma che prevede proprio per il *modus* l'unica ipotesi di risoluzione delle disposizioni a causa di morte. Sul punto, si è occupato della questione in termini analoghi, seppur marginalmente, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 193 e 268.

<sup>234</sup> L. Barassi, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1947, 418, secondo cui il *modus* testamentario può essere "l'unico fine essenzialmente ed esclusivamente voluto dal testatore (causa) e rispetto a cui l'istituzione dell'erede o del legatario è il solo mezzo a fine".

<sup>235</sup> Infatti, l'ultimo comma dell'art. 793 cod. civ., al contrario del suo omologo in tema di testamento (art. 647 cod. civ.) non disciplina il caso in cui l'onere è il "solo motivo determinante".

<sup>236</sup> È in tal senso che deve essere letta la disposizione di cui all'art. 794 cod. civ. Si veda U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 143, secondo cui di tale distinzione non si tiene conto unicamente per "effetto della concezione unitaria del *modus*".

Ciò sembra essere poi il fondamento delle disposizioni di cui al terzo comma dell'art. 647 cod. civ. e al secondo comma dell'art. 648 cod. civ.; specialmente con riguardo a questa seconda norma, si può affermare che la *ratio* sottostante la previsione secondo cui l'inadempimento dell'obbligazione modale determina la risoluzione della disposizione testamentaria solo quando ne abbia costituito l'unico motivo determinante (oppure quando è stata prevista appositamente dal testatore<sup>237</sup>) è da rinvenire nella considerazione secondo cui, in tali fattispecie, l'attribuzione è stata prevista soltanto in funzione dell'adempimento dell'obbligazione modale<sup>238</sup>.

Ancora, se si prende il via dall'indefettibilità del fenomeno successorio e si considera, di conseguenza, il particolare rilievo che viene dato agli interessi del defunto<sup>239</sup>, unitamente a quanto appena esposto, si può agevolmente concludere che – sempre con riferimento alla quasi totalità dei casi – il rapporto fra la disposizione c.d. principale e l'onere, nelle disposizioni testamentarie, è sostanzialmente invertito rispetto a quanto solitamente previsto nei negozio fra vivi.

Sono proprio tali peculiarità che, già sotto l'impero del precedente codice, hanno portato la dottrina e la giurisprudenza a confrontarsi con problematiche assolutamente diverse rispetto a quelle riscontrate nell'ambito dell'onere donativo. Problematiche che, di conseguenza, hanno richiesto – e ottenuto – soluzioni differenti<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Non sembra azzardato sostenere che nei casi in cui il testatore prevede espressamente la risoluzione della disposizione, quantomeno di fatto, esplicita che l'onere deve essere considerato il “*solo motivo determinante*” della stessa. In ogni caso, è indubbio che una tale previsione costituisce comunque un grave indizio in tal senso.

<sup>238</sup> L. Barassi, *Le successioni a causa di morte*, cit., 418.

<sup>239</sup> Anche qualora si propendesse per la tesi secondo cui il *modus* ha natura meramente accidentale, non si può non ammettere che le regole sulla c.d. ambulatorietà dell'onere testamentario riflette la volontà di salvaguardare il più possibile l'interesse che il testatore ha voluto perseguire attraverso l'onere. E, non a caso, tale ambulatorietà è previsto solo ed esclusivamente per l'onere testamentario.

<sup>240</sup> V. *supra*, 4, parte I, n. 4.

Adirittura si era già prevista, per il caso di inadempimento, quella che sarebbe poi stata definita ambulatorietà del *modus*<sup>241</sup>.

In altre parole, le differenze sia a livello dogmatico, sia a livello funzionale, fra disposizioni testamentarie e donazioni modali, ha assunto nel corso del tempo una rilevanza tale da rendere la loro equiparazione quantomeno complicata, ed effettuabile soltanto ignorando, o cercando di ignorare, le peculiarità proprie dei due istituti<sup>242</sup>.

Contemporaneamente, le stesse circostanze hanno contribuito a far dubitare dell'impostazione secondo la quale l'onere testamentario sarebbe un elemento meramente accidentale della disposizione attributiva e hanno costituito le basi per l'interpretazione evolutiva che vede valorizzate le caratteristiche peculiari dell'istituto e rivaluta la sua funzione nell'ambito delle disposizioni a causa di morte<sup>243</sup>.

Questo percorso evolutivo, all'epoca della redazione del codice civile vigente, si trovava in una fase di transizione: si differenziava l'onere testamentario da quello donativo e se ne riconoscevano le differenze strutturali e di disciplina, ma non si era ancora definitivamente giunti alla conclusione secondo cui il *modus* testamentario non poteva essere un elemento meramente accessorio<sup>244</sup>.

Sembra che ciò sia la ragione per cui il legislatore del 1942 non abbia inserito nel codice alcuna definizione del *modus* testamentario, provvedendo però a dettarne una - seppur minimale - disciplina, che, si ricorda, porta a considerare l'onere testamentario come una disposizione autonoma. Probabilmente, i compilatori non hanno compreso appieno l'impatto che tale

---

<sup>241</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 900. E *amplius, supra*, § 7.

<sup>242</sup> U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 140 e 668; C. Grassetti, *La donazione modale e fiduciaria*, cit., 20.

<sup>243</sup> G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, cit., 19.

<sup>244</sup> Si veda più in generale, R. Nicolò, *Codice civile* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 248, secondo il quale al tempo della redazione del codice del 1942 alcune idee erano già "logore", ma quelle che avrebbero dovuto sostituirle non erano ancora "mature".

disciplina avrebbe potuto avere sull'intero sistema delle successioni a causa di morte<sup>245</sup>. Sul punto è interessante notare come, l'elaborazione delle nuove norme sul *modus* testamentario non sia stata sostenuta da una necessaria riflessione dogmatica sull'istituto, o meglio sul suo inquadramento teorico e sulla configurazione funzionale che all'epoca l'onere testamentario stava assumendo<sup>246</sup>.

Tale carenza, oltre a giustificare l'assenza di una definizione normativa, spiega anche il perché di una disciplina così frammentaria, che si limita, nella maggior parte dei casi, a recepire a livello codicistico soluzioni che erano già state adottate dalla prassi giurisprudenziale<sup>247</sup>.

---

<sup>245</sup> Sul punto è stato rilevato che, tenuto conto dei problemi derivati dal codice del 1865, il nuovo codice necessitava sicuramente di una disciplina *ad hoc* per il *modus* testamentario e che, però, i compilatori dettano una disciplina dell'istituto tale da alterare sensibilmente quello che, almeno in teoria, era la concezione dell'onere, ossia un elemento accessorio (S. Pugliatti, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., 539).

<sup>246</sup> G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, cit., 29. Secondo l'Autore, tale "scarsa riflessione" dottrinale ha probabilmente determinato anche l'incertezza della disciplina sulle disposizioni in favore dell'anima: infatti, queste ultime, sia nella Relazione al Re (n. 82), sia nell'art. 171 del *Progetto Definitivo*, così come nell'art. 175 del *Libro separato Delle successioni e delle donazioni* (il quale stabiliva che le disposizioni a favore dell'anima "costituiscono a carico dell'erede o del legatario un onere"), sono state accomunate all'onere testamentario. In sede di coordinamento fra i vari libri del codice, poi, sono state apportate le modifiche che hanno portato all'attuale formulazione dell'art. 629 cod. civ., ai sensi del quale, si ricorda, "le disposizioni a favore dell'anima si considerano come un onere". La nuova formulazione, come confermato dalla Relazione al Re (n. 307), stabilisce che le disposizioni a favore dell'anima, pur condividendone la disciplina, sono qualcosa di diverso rispetto all'onere testamentario. La differenza principale, secondo alcuni autore, sarebbe da rinvenire nel fatto che le disposizioni a favore dell'anima, contrariamente a quanto accade per quelle modali, potrebbero essere l'unica disposizione contenuta nel testamento e sarebbero vincolanti per l'erede (S. Pugliatti, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., 515; G. Scarpello, *Anima, disposizioni a favore dell'* (voce), in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 421 e, in maniera tendenzialmente analoga, C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 458). Si segnala però che adottando l'interpretazione evolutiva del *modus* testamentario anche tale differenza fra i due istituti è destinata a scomparire.

<sup>247</sup> V. *supra*, parte I, n. 4. Sul punto si segnala che alcune pronunce rese nel primo ventennio di entrata in vigore del codice vigente hanno addirittura negato il carattere innovativo alle nuove norme codicistiche (v. Cass. 1° agosto 1942, n. 2327, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione legittima e testamentaria*, nn. 182 e 183; Cass. 14 ottobre 1954, n. 3741, in *Foro it.*, 1955, I, 189; Cass. 18 ottobre 1955, n. 3281, in *Mass. Foro it.*, 1955, 801 e per il merito v. App. Torino 6 maggio 1952, in *Foro pad.*, 1952, I, 990; App. Venezia 8 gennaio 1954, in *Temi*, 1955, 276; App. Bologna 28 febbraio 1957, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, 92).



Di pari passo si capisce anche il motivo per cui la disciplina dell'onere testamentario sia stata collocata unitamente a quella della condizione e del termine: all'epoca l'impostazione dominante classificava l'onere fra gli elementi c.d. accidentali<sup>248</sup>. Ed è anche la ragione per cui i compilatori hanno deciso di disciplinare in maniera tendenzialmente analoga l'onere testamentario e quello donativo<sup>249</sup>.

Ma ancor più interessante, forse, è che in questo modo si spiega la ragione per cui le norme più innovative, ossia quelle da cui si evince l'autonomia del *modus* testamentario, non sono state collocate nella *sedes materiae* dell'istituto.

In conclusione, sembra potersi sostenere che all'epoca in cui il codice del '42 è stato redatto l'elaborazione concettuale del *modus* testamentario e della sua disciplina fosse un processo in divenire. È infatti vero che, da un lato, la concezione tradizionale della figura in esame – pur condivisa dalla quasi totalità della dottrina<sup>250</sup> e dalla giurisprudenza – stava cominciando a mostrare le sue falle e i suoi limiti, ma è altresì inconfutabile che, dall'altro lato, la concezione evolutiva del *modus* testamentario era solo accennata e non aveva neppure lontanamente quel livello di maturazione che le avrebbe permesso di soppiantare quella tradizionale, e magari di introdurre una definizione di onere nel codice. Si è visto poi che quest'ultima avrebbe potuto emergere se, in

---

<sup>248</sup> È interessante però notare che in quella che viene ritenuta come la prima classificazione che ha introdotto la *summa divisio*, fra elementi essenziali ed elementi accidentali del negozio, ossia B. Windshield, *Diritto delle Pandette*, trad. da C. Fadda e P.E. Bensa, vol. 1, Torino, 1902, 354 e ss., l'onere non è stato inserito fra gli elementi accidentali. Il primo ad aver inserito l'onere fra gli elementi accidentali è probabilmente F.K. Savigny nel suo *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 3, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1891, 99 e ss.

<sup>249</sup> Sul punto v. U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 4, secondo cui "la classificazione tradizionale, mantenuta invariata nella manualistica anche recente, non ha mancato probabilmente di esercitare un influsso anche sullo stesso legislatore del 1940, il quale ha dettato una disciplina pressoché identica del *modus* apposto ad un testamento e di quello apposto ad una donazione, trascurando di considerare le profonde differenze fra i due negozi e le implicazioni che una disciplina unitaria comporta".

<sup>250</sup> In senso contrario si segnala il solito C. Fadda, *Il diritto romano nella pratica*, cit., , 260 e ss.

seno alla redazione del nuovo codice, vi fosse stata un'attenta riflessione sulla figura, ma così non è stato.

Alla luce di ciò, si spiega anche la compresenza all'interno del codice di elementi che confermano l'impostazione tradizionale al fianco di altri che disciplinano il *modus* testamentario inequivocabilmente come un elemento autonomo. Di conseguenza trova una motivazione anche il fatto che, mentre gli elementi appartenenti al primo gruppo sono racchiusi negli articoli che disciplinano specificamente l'istituto in esame, gli altri si rinvergono in norme sparse in diverse parti del Libro II del codice.

Da questo punto di vista sembra possibile trarre una prima conclusione: i dati su cui si basa sostanzialmente la tesi tradizionale devono essere correttamente collocati temporalmente nel periodo in cui il codice è stato redatto. E si è visto che in tale contesto il *modus* testamentario, che all'epoca era in una fase che si potrebbe dire evolutiva o, meglio, di transizione, non è stato oggetto di alcuna riflessione, e ciò anche se la stesura della nuova disciplina avrebbe richiesto quanto meno uno studio approfondito sulla materia.

Di conseguenza, una volta stabilito quanto sopra, sembra evidente che la teoria secondo cui l'onere testamentario costituisce una disposizione autonoma, o meglio, non accessoria, appare, se possibile, ancor più convincente. Essa infatti permette di liberarsi della vecchia impostazione che, al momento della stesura del codice era in via di superamento<sup>251</sup>, e di portare a compimento quel percorso che era già stato intrapreso da dottrina e giurisprudenza e cristallizzato - seppur involontariamente - in alcune norme del codice civile.

---

<sup>251</sup> Si ribadisce che la questione è sfuggita ai compilatori a causa della mancanza di una riflessione *ad hoc* sull'istituto.

### 3. La distinzione fra onere testamentario e condizione.

Si è già rilevato come il codice del '42 preveda espressamente la disciplina dell'onere testamentario accanto a quella della condizione e del termine. Tuttavia, è ancora necessario individuare secondo quali criteri il *modus* possa essere distinto dalla condizione, non solo a livello dogmatico, ma anche perché a seconda dell'istituto, le regole da applicare divergono in maniera sensibile<sup>252</sup>.

Nel delineare la distinzione fra *modus* e condizione testamentari, è utile premettere che si fa riferimento solo al raffronto fra il primo e la condizione potestativa, perché soltanto in quest'ultima gli effetti della disposizione sono ricollegati al comportamento e alla volontà di un determinato soggetto<sup>253</sup>, così come nell'onere.

Premesso ciò, il problema qui affrontato ossia quello dell'individuazione delle linee distintive tra i due istituti può essere esaminato da tre differenti angolazioni: si possono infatti individuare *i*) differenze di tipo strutturale, *ii*) differenze in relazione agli effetti e *iii*) differenze in relazione all'interpretazione delle disposizioni<sup>254</sup>.

Per quanto riguarda il primo di tali aspetti, secondo l'orientamento dottrinale "evolutivo", la differenza fra i due istituti è la seguente: l'onere è una disposizione autonoma; mentre la condizione (potestativa) è un elemento accidentale<sup>255</sup>.

Le differenze tra i due istituti sul piano degli effetti sono più marcate: la condizione rende incerti gli effetti tipici del negozio a cui è apposta, mentre l'onere non modifica tali effetti, ma a questi ne aggiunge altri, che non

---

<sup>252</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 12; A. Marini, *op. cit.*, 319 e ss.

<sup>253</sup> G. Corradi, *L'onere testamentario*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011,12, 855.

<sup>254</sup> G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 902.

<sup>255</sup> Tale distinzione, come si è visto, non è però accolta né dalla giurisprudenza, né da parte della dottrina. V. *amplius supra n. 2*.

reagiscono sui primi, ma che limitano - in senso economico - l'attribuzione<sup>256</sup>. In tal senso, per una più agevole comprensione, pare opportuno distinguere fra condizione (potestativa) sospensiva e condizione (potestativa) risolutiva.

Il criterio da utilizzare per distinguere l'onere dalla condizione sospensiva (criterio che, vista la sua comune accettazione, può ormai essere definito come "tradizionale"<sup>257</sup>), dottrina<sup>258</sup> e giurisprudenza<sup>259</sup> concordano che la differenza sul piano effettuale è chiara: la condizione "sospende ma non costringe"; mentre l'onere "costringe, ma non sospende". In altre parole, la condizione sospende l'efficacia del negozio senza alcuna valenza obbligatoria, laddove nell'onere gli effetti si producono immediatamente, anche se l'onere è obbligato a effettuare una determinata prestazione. Si è anche sostenuto, sotto un altro punto di vista, che la condizione limita l'efficacia del negozio; mentre il *modus* limita la portata dell'arricchimento<sup>260</sup>.

La differenza fra onere e condizione (potestativa) risolutiva è forse ancor più marcata<sup>261</sup>. Anche in questo caso - come già evidenziato per la condizione

---

<sup>256</sup> U. Carnevali, *Modo (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. 26, Milano, 1976, 689; M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 13; P. Gelato, *Modo (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, X, 1994, 389, ma più in generale anche F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 205.

<sup>257</sup> La definizione è di M. Garutti, *op. cit.*, 13, nota 13.

<sup>258</sup> Il criterio, che sembra risalire addirittura a F.K. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 3, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1891, 304, è ormai ripreso dalla quasi totalità della dottrina successiva.

<sup>259</sup> V. per tutte Cass. 26 luglio 2005, n. 15599, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6, e Cass. 11 giugno 1975, n. 2036, in *Giust. civ.*, 1975, 1, 1479, secondo la quale "la condizione se sospensiva, impedisce il verificarsi degli effetti fino a quando l'evento dedotto in condizione non si sia verificato, il modo apposto a una disposizione testamentaria non ne sospende l'efficacia, indipendentemente dal suo adempimento o meno".

<sup>260</sup> In particolare G. Vindigni, il quale, nel suo *Modo (voce)*, cit., 824, partendo dal fatto che la condizione sospensiva subordina l'efficacia del negozio condizionato al verificarsi, o meno, di un evento futuro e incerto, laddove l'onere presuppone l'efficacia del negozio al quale è apposto, ha ritenuto che la condizione deve essere considerata "un *maius*" rispetto al *modus*. In senso tendenzialmente analogo v. anche C. Giannattasio, *op. cit.*, 239.

<sup>261</sup> È interessante notare sul punto che la questione sui criteri distintivi fra onere e condizione risolutiva non si pone, o si pone in maniera ancor minore, nell'ordinamento spagnolo, laddove è lo stesso *Código civil* che, al primo comma dell'art. 797, stabilisce espressamente che l'onere non può essere assimilato alla condizione risolutiva in quanto non può essere inteso "*como condición, a no parecer que èsta era su voluntad*". Per quanto riguarda il *modus* nel diritto

sospensiva – il soggetto passivo della condizione, a differenza di quanto accade all'onerato, non è soggetto ad alcun obbligo: egli dovrà tenere un determinato comportamento soltanto se non voglia che il negozio attributivo diventi inefficace<sup>262</sup>. Inoltre, la condizione risolutiva opera automaticamente, qualora il soggetto passivo non abbia tenuto il comportamento ivi dedotto. Al contrario, l'inadempimento dell'onere non produce l'automatica risoluzione del negozio, ma necessita di una apposita pronuncia dell'autorità giudiziaria, pronuncia di cui l'inadempimento è mero presupposto<sup>263</sup>; peraltro, ai sensi dell'art. 648 cod. civ., la risoluzione può essere pronunciata soltanto se "è stata prevista dal testatore, o se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione"<sup>264</sup>.

Infine, la condizione (potestativa) risolutiva ha efficacia retroattiva c.d. "reale"; invece, la risoluzione dell'onere non potrà che avere efficacia retroattiva soltanto fra le parti, ex art. 1458 cod. civ., facendo salvi i diritti acquistati *medio tempore* dai terzi<sup>265</sup>, come qualsiasi altra risoluzione per inadempimento<sup>266</sup>. Sulla questione dottrina e giurisprudenza sono concordi<sup>267</sup>.

---

spagnolo v. per tutti M. Albaladejo García, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albaladejo)*, art. 797 y 798, tomo X, vol. 2, Madrid, 1984, 484 e ss.

<sup>262</sup> G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit. 902.

<sup>263</sup> In tal senso v. ad esempio M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 160 e ss., ripresa da G. Corradi, *L'onere testamentario*, cit., 855.

<sup>264</sup> Per quanto riguarda l'inadempimento dell'onere v. *infra*, cap. II, n. 4.

<sup>265</sup> A meno che non si verta su beni trascrivibili e la domanda di risoluzione sia stata trascritta prima dell'acquisto dei terzi, ex art. 2652 cod. civ.

<sup>266</sup> V. ancora M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 160 e ss., ma anche G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 902; U. Carnevali, *Modo (voce)*, [*supra*, nota X], 689; M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 13.

<sup>267</sup> V. ancora Cass., 11 giugno 1975, n. 2036, cit., ripresa da Cass., 26 luglio 2005, n. 15599, cit., secondo la quale "Riguardo alla condizione risolutiva, poi, mentre il verificarsi dell'evento dedotto in condizione determina automaticamente la cessazione ex tunc degli effetti del negozio e la sentenza che può essere richiesta al giudice è una sentenza di mero accertamento, l'inadempimento del modo, anche quando assume rilevanza risolutoria (art. 648, 2° comma, cod. civ.), non determina ope legis la risoluzione della disposizione testamentaria modale, ma costituisce il presupposto della pronuncia risolutiva del giudice, la quale ha carattere di sentenza costitutiva e produce i suoi effetti ex nunc".

Per quanto riguarda più strettamente gli orientamenti giurisprudenziali, occorre rilevare che quello immediatamente successivo all'entrata in vigore del codice non è stato molto attento ad approfondire la distinzione tra condizione e *modus*<sup>268</sup>: anzi, la maggior parte delle pronunce si limita ripetere il *dictum* secondo cui l'onere, contrariamente alla condizione, non incide sull'efficacia del negozio a cui è apposto<sup>269</sup>. In un secondo momento, dagli anni '70 del secolo scorso in poi, la giurisprudenza sembra avere optato per il criterio distintivo basato sulle conseguenze dell' "inadempimento"<sup>270</sup>: si è detto infatti che l'inadempimento dell'onere non determina la risoluzione di diritto della disposizione modale, ma è soltanto il presupposto per la pronuncia costitutiva in tal senso e, poi, opera con efficacia *ex nunc*. Il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione (risolutiva), invece, determina automaticamente il venir meno degli effetti della disposizione con efficacia *ex tunc* e, pertanto, la relativa pronuncia è di mero accertamento<sup>271</sup>.

Un ultimo criterio si basa, poi, sulla patrimonialità dell'oggetto della disposizione. Infatti, se il comportamento in oggetto non ha carattere patrimoniale, è chiaro che siamo di fronte ad una disposizione risolutivamente

---

<sup>268</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 13-14.

<sup>269</sup> V. senza pretese di esaustività Cass., 13 giugno 1950, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, XXIX, 3, 1051; Cass., 8 agosto 1953, n. 2672, in *Giust. civ.*, 1953, 2670. Interessante è poi Trib. Aquila 24 novembre 1955 (confermata sul punto da App. Aquila, 31 luglio 1956), citata da M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 14. Il tribunale ha ritenuto che la disposizione con la quale il testatore, dopo aver obbligato alcuni eredi a pagare i debiti, ha imposto agli altri eredi di rimborsare i primi per quanto effettivamente pagato, avrebbe dovuto essere qualificato come un onere sottoposto a condizione sospensiva, in quanto per la seconda categoria di eredi, finché i primi non avessero pagato almeno una parte dei debiti, non sarebbe sorto alcun obbligo.

<sup>270</sup> Il termine è utilizzato fra virgolette, proprio perché in tema di condizione sarebbe scorretto parlare di inadempimento in senso tecnico, in quanto la fattispecie riscontrabile sarebbe un mancato avveramento della condizione causato dall'inerzia di un soggetto.

<sup>271</sup> V. ancora Cass., 11 giugno 1975, n. 2036, cit. La pronuncia è stata richiamata più volte nel presente lavoro in quanto spesso citata dalle pronunce successive, proprio per l'ampiezza e il - poco comune - approfondimento con cui sono stati trattati i temi in esame quali ad esempio: la natura giuridica dell'onere testamentario, la distinzione di questo con altri istituti quali, appunto, la condizione e il legato, la sua collocazione, ecc.

condizionata; ciò perché, avendo l'onere effetti obbligatori, l'obbligazione - in quanto tale - deve essere sempre suscettibile di valutazione economica *ex art.* 1174 cod. civ.<sup>272</sup>. Ovviamente tale criterio presuppone che l'onere debba aver sempre contenuto patrimoniale.

I criteri distintivi appena esaminati, appaiono cogliere nel segno da un punto di vista concettuale. Ma, da un punto di vista più strettamente indirizzato alla funzionalità pratica, si rivelano fallaci, in quanto presuppongono che la natura condizionale o modale del negozio sia già stata accertata<sup>273</sup>: chiariscono la differenza fra condizione e onere, ma non forniscono alcun criterio pratico per operare tale distinzione nella prassi; ossia per stabilire se una certa disposizione debba essere qualificata come modale o condizionata, con le relative conseguenze sul piano della disciplina<sup>274</sup>.

In linea prettamente teorica, pertanto, la distinzione tra onere e condizione potestativa può essere chiaramente delineata, ma il vero nodo problematico è quello relativo all'interpretazione<sup>275</sup>: ossia capire, nei fatti, se il testatore abbia voluto istituire una disposizione condizionata o modale. Sul punto, sono stati proposti diversi criteri interpretativi.

Il criterio maggiormente utilizzato è quello di attribuire il più ampio rilievo possibile alla volontà del testatore. In tal senso, secondo parte della giurisprudenza<sup>276</sup>, si avrebbe una disposizione modale tutte le volte in cui

---

<sup>272</sup> U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 253.

<sup>273</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 15.

<sup>274</sup> Anche se con riguardo alla donazione, sul punto, v. U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 689, e C. Grassetti, *Donazione modale e fiduciaria*, cit., 43 e ss.

<sup>275</sup> U. Stefini, *Natura giuridica del *modus* testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., 841.

<sup>276</sup> In giurisprudenza tale criterio è stato utilizzato ancora di recente da Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Riv. not.*, 2000, 369, la quale - con riferimento però ad una donazione - ha ritenuto che "In proposito la corte ha osservato che la clausola in base alla quale l'immobile doveva conservare in perpetuo la destinazione a casa di riposo per vecchi doveva considerarsi una vera e propria condizione risolutiva, non solo perché nell'atto pubblico, rogato da un notaio, veniva usato il termine condizione, ma anche e soprattutto perché doveva escludersi che si trattasse di un onere o *modus*, posto che dall'esame congiunto della convenzione stipulata tra le stesse parti nel 1960 e della successiva

risulta preminente l'intento di arricchire l'onere e l' "adempimento" (o avveramento dell'evento) corrisponde, invece, ad un interesse secondario. Viceversa, quando l'evento (o l'adempimento) è stato l'unica causa che ha determinato la disposizione, saremmo davanti ad una disposizione condizionata. In realtà, tale criterio distintivo, più che sulla volontà del testatore, sembra essere basato sul presunto carattere determinante della disposizione condizionata, in contrapposizione a quello accessorio e secondario di quella modale. In altre parole, tale indirizzo ritiene che si abbia una condizione risolutiva quando la clausola è stata la causa unica e determinante della disposizione testamentaria; mentre si configurerebbe il *modus* in tutti i casi in cui è preminente l'intento di arricchire il soggetto "passivo"; l'adempimento dell'onere, infatti, costituirebbe soltanto un interesse di rango secondario<sup>277</sup>.

Il criterio non appare convincente, poiché, come si è detto, l'impostazione in esame poggia sulla discutibile premessa secondo cui l'obbligazione imposta all'onere - a prescindere dalla sua natura di disposizione accessoria o autonoma - abbia un ruolo meramente accessorio e serva a raggiungere scopi marginali, non essenziali e aggiuntivi rispetto alla disposizione a cui è apposto.

In realtà, così non è, per due ordini di ragioni, o meglio per la stessa ragione, ma vista da due angolazioni diverse. Da un lato, è lo stesso dettato codicistico a contraddire l'interpretazione in esame: sia il terzo comma dell'art. 647 cod. civ., sia il secondo comma dell'art. 648 cod. civ., infatti, stabiliscono espressamente che il *modus* può costituire il solo motivo determinante della

---

*donazione considerata nel suo contenuto complessivo, emergeva chiaramente che l'intento del donante non era quello di beneficiare l'istituto donatario attribuendogli gratuitamente la proprietà di un bene, ma quello - come già visto innanzi - di dare vita ad una istituzione benefica a favore degli anziani, soprattutto sacerdoti". V. anche App. Napoli 28 gennaio 1967, in Dir. e giur., 1967, 694; Trib. Napoli 6 giugno 1960, in Foro pad., 1961, I, 1218; le quali si richiamano a Cass. 18 gennaio 1951, n. 133, in Giur. it., 1951, I, 1, 97.*

<sup>277</sup> G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 903.



disposizione testamentaria. Dall'altro lato, nella prassi applicativa, la maggior parte delle fattispecie di onere testamentario riguarda appunto casi in cui l'onere ha costituito l'unico motivo della disposizione<sup>278</sup>. Di conseguenza il criterio in esame può essere utilizzato solo in quei casi (che, tra l'altro, nella prassi sembrano essere del tutto marginali) in cui l'obbligazione modale svolge un ruolo meramente accessorio o ulteriore rispetto alla disposizione principale; si distingue così dalla condizione, in quanto questa è caratterizzata dall'inscindibilità con la disposizione a cui è apposta<sup>279</sup>.

Quando, invece, il *modus* è l'unico motivo determinante, la stessa disposizione potrebbe in astratto essere qualificata sia come modale, sia come condizionata: ecco perché il criterio non convince.

Parte della dottrina ha proposto un correttivo al criterio in esame che interviene appunto in questi casi: in tale ipotesi si deve prendere in considerazione l'interesse del disponente<sup>280</sup>. Così, se la prestazione è un obbligo di dare o fare fungibile, l'interesse del disponente sarebbe maggiormente soddisfatto se si configurasse un'obbligazione modale, poiché soltanto così il beneficiario della disposizione potrebbe essere costretto ad

---

<sup>278</sup> V. *amplius* nel secondo capitolo. Pare utile, poi rilevare che il Tribunale di Firenze (6 novembre 1961, in *Giur. tosc.*, 1961, 647) ha ritenuto che il codice civile del 1942 avrebbe abbandonato il principio secondo cui la differenza fra *modus* e condizione andrebbe ricercata nel fatto che l'"inadempimento" dell'onere non determinerebbe l'invalidità della disposizione a cui è apposto, per introdurre il diverso principio secondo cui occorre sempre guardare alla volontà del disponente (o del donante) con particolare riguardo all'evento che costituisce l'elemento accidentale del negozio: "Se questo consiste in un particolare vantaggio che il donante o il testatore vogliono assicurare a se stessi o a terzi, cioè in una prestazione 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 sulla efficacia del negozio, sembra preferibile la soluzione opposta".

<sup>279</sup> V., per quanto riguarda specificamente il *modus* testamentario, M. Garutti, *op. cit.*, 16. Con riferimento alla donazione, ma con risultati applicabili anche al testamento v. poi, U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 253; Id., *Modo* (voce), cit., 689 e F. Bocchini, *Sulla donazione modale*, in *Dir. e giur.*, 1967, 960 e ss.

<sup>280</sup> U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 689, ripreso poi, con riferimento specifico all'onere testamentario, da M. Garutti, *Il *modus* testamentario*, cit., 17.

adempiere anche in via coattiva, oppure si avrebbe una sostituzione dell'onerato in seguito alla risoluzione<sup>281</sup>. Quando, invece, l'obbligo è infungibile, allora è preferibile inquadrare la fattispecie nell'ambito della condizione risolutiva; in tal modo si otterrebbe una risoluzione della disposizione con effetto retroattivo "reale", arrivando a recuperare il bene anche nelle mani di terzi<sup>282</sup>, preferibile rispetto al semplice risarcimento del danno da inadempimento previsto in caso di inadempimento del *modus*<sup>283</sup>. Ma anche così corretta la teoria non sembra convincente, soprattutto in ambito testamentario, dove soltanto raramente il testatore intende utilizzare il *modus* per beneficiare l'onerato, ma lo utilizza sempre più spesso per uno scopo diverso e ulteriore.

Un secondo criterio, poi, prevede che, se l'azione che chi riceve la disposizione deve compiere deve essere espletata dopo l'acquisto della stessa, allora siamo nell'ambito del *modus*; se, invece, l'atto deve precedere tale acquisto, allora la disposizione è condizionata<sup>284</sup>. Il criterio, però, sembra utile soltanto per distinguere il *modus* dalla condizione sospensiva.

---

<sup>281</sup> V. *amplius infra*.

<sup>282</sup> A. Torrente, *La donazione*, 2<sup>a</sup> ed. aggiornata a cura di Carnevali e Mora, nel Trattato Cicu-Messineo, XXII, Milano, 2006, 589 e U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 221.

<sup>283</sup> V. *supra*.

<sup>284</sup> In una sentenza, resa nell'ambito di una delle ormai rare fattispecie in cui il testatore voleva effettivamente beneficiare il destinatario della disposizione, la Corte di Cassazione ha ritenuto, in primo luogo, che il criterio principe è comunque quello di individuare la volontà del testatore, poiché l'efficacia e il contenuto dell'onere dipendono esclusivamente da questa, soprattutto in tema di risoluzione per inadempimento. In secondo luogo, la Suprema Corte ha ritenuto che la disposizione secondo cui il successore, per continuare a godere della disposizione a suo favore, avrebbe dovuto comportarsi secondo buona condotta e dimostrare amore per lo studio, non poteva essere una disposizione condizionata, ma una modale; e ciò in quanto il testatore ha espressamente previsto che in caso di inadempimento avrebbe voluto che il beneficio cessasse "solo per l'avvenire e non anche con effetto retroattivo" (Cass. 13 giugno 1950, n. 1498, cit.). Si segnala però che, nel commento alla sentenza, un Autore ha ritenuto che la disposizione, pur non potendo essere qualificata come condizione risolutiva, avrebbe dovuto essere interpretata come una condizione "avente funzione meramente estintiva degli effetti" (A. Natoli, *In tema di modo condizionale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, 1065).

Un ulteriore criterio interpretativo per distinguere l'onere dalla condizione può essere fornito dall'art. 1371 cod. civ., secondo il quale, in caso di dubbio, il negozio "deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso"<sup>285</sup>.

Sulle conclusioni, tuttavia, la dottrina è divisa. Secondo l'opinione prevalente, la disposizione oscura deve essere qualificata come onere, il quale sarebbe meno gravoso perché inciderebbe meno sull'efficacia dell'attribuzione gratuita a favore dell'onerato<sup>286</sup>. All'opinione di tali Autori, prevalentemente negli anni '50 del secolo scorso, si è accodata anche parte della giurisprudenza<sup>287</sup>.

Tuttavia, secondo altri Autori, la disposizione controversa dovrebbe essere interpretata come condizione, in quanto, non avendo alcuna portata obbligatoria, sarebbe meno onerosa per il soggetto "passivo"<sup>288</sup>.

Per analizzare al meglio la questione pare utile fissare alcuni punti fermi.

Non vi è dubbio che, verificatosi l'evento dedotto in condizione risolutiva, la relativa disposizione testamentaria perda di diritto qualsiasi

---

<sup>285</sup> La norma prevista per l'interpretazione del contratto viene, dalla dottrina, ritenuta applicabile anche al testamento. Questa infatti, traduce a livello legislativo il noto principio latino *semper in obscuris quod minimum est sequimur*. Per tutti v. F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 233 e ss.

<sup>286</sup> Per quanto riguarda la vigenza del Codice Pisanelli, si rimanda a quanto detto *supra* al n. 4. Per quanto riguarda il codice attuale, v. per tutti C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 48; M. Andreoli, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. proc. civ.*, 1949, 334; E. Brunori, *Appunti sulle disposizioni modali e sul legato*, cit., 475 e ss.; G. Vindigni, il quale, nel suo *Modo (voce)*, cit., 825; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 573.

<sup>287</sup> Cass. 26 aprile 1950, n. 1109, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1950, XXIX, 3, 341; Cass. 26 luglio 1952, n. 2359, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1952, XXXI, 2, 1384; Cass. 28 maggio 1954, n. 2187, in *Giust. civ.*, 1954, 1916; per quanto riguarda il merito, v. App. Firenze, 3 agosto 1955, in *Mass. Giust. civ.*, 1955, 91.

<sup>288</sup> A. Torrente, cit., 485; M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 16. E, con qualche distinguo, anche W. D'Avanzo, *Delle successioni*, Firenze, 1941, 732, secondo cui il criterio deve essere utilizzato soltanto quando non si può in altro modo distinguere avendo riferimento alla volontà del testatore.

efficacia. Invece, la disposizione modale può essere risolta<sup>289</sup> soltanto se ciò è stato previsto dal testatore o l'onere costituisce l'unico motivo determinante la disposizione (art. 648, secondo comma, cod. civ.). Occorre però tener presente che, in caso di inadempimento dell'obbligazione modale, "qualsiasi interessato" può agire in giudizio per ottenerne l'adempimento coattivo ex art. 648, primo comma, cod. civ.<sup>290</sup>.

Quanto poi alle conseguenze sul piano soggettivo, in caso di avveramento dell'evento nell'ambito di una disposizione testamentaria risolutivamente condizionata, la disposizione spetta agli ulteriori successibili libera da qualsiasi vincolo e/o condizione. In caso di inadempimento della disposizione modale<sup>291</sup>, invece, l'obbligo di adempiere l'obbligazione si trasferisce a coloro che subentrano nella disposizione e, quindi, il *modus* dovrà essere adempiuto da soggetti diversi rispetto a quelli originariamente designati dal testatore<sup>292</sup>.

Da queste premesse, parte della dottrina ha ritenuto che in caso di dubbio, occorra dare prevalenza alla condizione, in quanto l'ambulatorietà dell'onere ex art. 677, terzo comma, cod. civ., cozzerebbe con la volontà del testatore, che intende in realtà attribuire un diritto all'onerato, e intende l'adempimento dell'onere quale un mero *quid pluris*<sup>293</sup>. In altre parole: la sostituzione del soggetto obbligato all'adempimento dell'onere è una

---

<sup>289</sup> Su cosa debba intendersi per risoluzione si rimanda al prosieguito, nel secondo capitolo.

<sup>290</sup> Anche sulla portata della locuzione "qualsiasi interessato", si rimanda al prosieguito nel secondo capitolo.

<sup>291</sup> Sempre che, ex art. 648 cod. civ., la risoluzione sia stata prevista dal testatore oppure l'onere costituisca il solo motivo determinante della disposizione.

<sup>292</sup> V. già M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 917-918, secondo il quale "a differenza della risoluzione per inadempimento del negozio inter vivos, la quale porta all'annientamento dell'obbligazione inadempita, la 'risoluzione' della disposizione testamentaria lascia perfettamente in vita l'obbligazione inadempita, operandone semplicemente il passaggio in testa a un nuovo debitore".

<sup>293</sup> M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 16-17, secondo cui l'adempimento dell'onere costituirebbe un "quid pluris rispetto alla volontà del testatore che, pur gravando l'istituto testamentario del modus, intese in primo luogo attribuirgli un diritto, anche se non necessariamente a scopo liberale e, solo in subordine, l'esecuzione dell'onere".

conseguenza non voluta dal testatore e l'esecuzione dell'obbligazione modale rappresenta, in qualsiasi ipotesi, soltanto un intento secondario del defunto.

L'opinione però non pare condivisibile.

Il primo assunto, secondo cui il testatore non prenderebbe in considerazione l'ambulatorietà dell'onere, infatti è completamente indimostrato (e indimostrabile) e anzi, in realtà, parrebbe più corrispondente al vero l'esatto contrario: l'ambulatorietà dell'obbligazione modale, in quanto espressamente prevista dal codice, si presume sia conosciuta dal testatore<sup>294</sup>, e ciò senza considerare i testamenti pubblici.

Anche il secondo assunto non è dimostrabile e anzi un'attentata analisi della casistica, parrebbe testimoniare il contrario: nella maggior parte dei casi, la disposizione patrimoniale a favore dell'onere è soltanto il "mezzo" che il testatore utilizza per raggiungere scopi ulteriori. Ma al di là di qualsiasi indagine sulla prassi, come più volte rilevato, è lo stesso codice a smentire l'assunto, stabilendo che il *modus* può essere il solo motivo determinante della disposizione testamentaria (artt. 647, terzo comma, e 648, secondo comma, cod. civ.)<sup>295</sup>.

Tuttavia, a ben vedere, non sembra che i criteri distintivi da ultimo elencati siano pienamente soddisfacenti, in quanto distinguono fra onere e condizione solo in relazione agli effetti che si pensa la disposizione dovrebbe avere *ex post*. Anche se, da un punto di vista pratico, è innegabile che questi consentano di individuare un confine fra i due istituti.

Pare preferibile ritenere che quando la volontà è quella di attribuire beni all'onere, allora siamo di fronte ad un onere (spesso non determinante); quando invece la volontà è di beneficiare il destinatario ultimo, occorre distinguere:

---

<sup>294</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 20.

<sup>295</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 20, il quale però ritiene che la questione andrebbe maggiormente approfondita.

- il caso in cui la prestazione è fungibile, nel quale ci si troverà di fronte ad un *modus*;
- nel caso opposto, invece, di fronte ad una disposizione condizionata.

Ovviamente, sempre salva la volontà espressa del testatore.

#### 4. La distinzione fra onere testamentario, legato e sub-legato.

Sul punto, occorre premettere che, nonostante l'entrata in vigore del codice civile del '42, dottrina e giurisprudenza, salvo alcune eccezioni, non si sono cimentate nella ricerca di nuove soluzioni interpretative per distinguere il *modus* testamentario dal legato<sup>296</sup>, limitandosi a riproporre le soluzioni proposte sotto l'impero del vecchio codice<sup>297</sup>. Forse anche in ragione di ciò, ad oggi, non si è ancora pervenuti a risultati tali da permettere all'interprete di orientarsi adeguatamente<sup>298</sup>.

È chiaro che le difficoltà maggiori nel distinguere fra le due figure sorgono nei casi in cui il beneficiario dell'obbligazione modale sia un soggetto diverso dall'onerato<sup>299</sup>, e il legato per essere adempiuto richiede una specifica attività dell'obbligato<sup>300</sup>. La distinzione si rende necessaria, non tanto con il legato c.d. reale, che comporta l'immediato trasferimento in capo al legatario

---

<sup>296</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali* (Artt. 633-648), cit., 425-426.

<sup>297</sup> Per l'analisi delle quali si rimanda a quanto detto *supra*, parte I n. 4.

<sup>298</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, occorre però ammettere che un serio ostacolo ad una riflessione, e quindi alla funzione nomofilattica della Cassazione è rappresentato dal fatto che l'accertamento circa la sussistenza dell'una o dell'altra figura, effettuato dal giudice di merito, sostanziandosi nell'interpretazione della disposizione testamentaria, se correttamente motivato è insindacabile in sede di legittimità: v. per tutte Cass. 16 gennaio 1975, n. 168, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Successioni e donazioni (imposta sulle)*, 2742, n. 21 e Cass. 31 ottobre 1958, n. 3580, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Successione legittima o testamentaria*, 2596, n. 214.

<sup>299</sup> Ad esempio quando si impone all'erede di utilizzare una determinata somma a beneficio di soggetti terzi.

<sup>300</sup> Quando, ad esempio, l'erede deve individuare l'oggetto del legato: "una delle monete antiche della mia collezione" (l'esempio è di M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit. 35).

del diritto di proprietà o di altro diritto attribuitogli dal defunto, ma, soprattutto, dal legato obbligatorio, che comporta l'assunzione di un'obbligazione a favore del legatario<sup>301</sup>.

Inoltre, è il legislatore stesso a creare confusione, poiché quando parla del soggetto che - nel legato - è tenuto alla prestazione (l'erede, o, nel caso di sub-legato, il legatario) utilizza il termine "onerato"<sup>302</sup>.

Occorre poi aggiungere che, per lo meno dagli anni '70 del secolo scorso in poi, la distinzione fra *modus* e legato si declina in maniera diversa a seconda che si opti per la qualificazione dell'onere come elemento accessorio oppure come disposizione autonoma<sup>303</sup>.

Qualora l'onere fosse inteso come elemento accessorio alla disposizione testamentaria<sup>304</sup>, è evidente che questo si distinguerebbe dal legato, in primo luogo, proprio per il carattere di quest'ultimo di disposizione autonoma. Nell'ambito di tale interpretazione, poi, sono stati elaborati diversi criteri per distinguere, nella pratica, le due figure.

Un primo, e più risalente, orientamento dottrinale<sup>305</sup>, seguito da parte della giurisprudenza<sup>306</sup>, distingue le due figure sostenendo che mentre il legatario è un avente causa del testatore e, quindi, un successore a titolo

---

<sup>301</sup> V. anche G. Capozzi, *op. cit.*, 1126, il quale a queste due figure affianca anche quella del legato c.d. "reale costitutivo"; ossia quale legato che determina la costituzione di un diritto reale nuovo su un bene dell'asse: tale diritto non è già di titolarità del testatore, ma deriva da un diritto più ampio già del defunto (cioè la proprietà del bene sottoposto a vincolo).

<sup>302</sup> V. gli artt. 649, terzo comma; 651, primo comma; 656, terzo comma; 657, secondo comma; 662, secondo comma; 664, primo comma; 665; 666, primo comma; 669, secondo comma; 672; e 673, secondo comma, cod. civ.

<sup>303</sup> M. Proto, *Il modo*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. 2, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 1225.

<sup>304</sup> Si ripete: come continuano a fare la giurisprudenza e una parte minoritaria della dottrina.

<sup>305</sup> V. per tutti G. Vindigni, *Modo* (voce), *cit.*, 825

<sup>306</sup> V. Cass. 28 novembre 1984, n. 6194, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Successione ereditaria*, 2952, n. 60; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, *cit.*, (la sentenza è però interessante perché ritiene che "il legatario è, almeno di regola, un avente causa del de cuius", quindi ammette che ci possono essere dei casi in cui il legatario non è successore diretto del defunto); Cass. 5 marzo 1959, n. 629, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 520; Cass. 1° maggio 1958, n. 1706, in *Mass. Giur. it.*, 1958, 388; Cass. 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro it.*, 1955, I, 1609.

particolare dello stesso, il beneficiario dell'obbligazione modale è un avente causa dell'onerato. Il criterio è legato alla concezione di legato come di attribuzione di un bene compreso nell'asse ereditario ad un soggetto<sup>307</sup>.

La conseguenza diretta di tale impostazione è che quando la disposizione attributiva principale è invalida, l'obbligazione modale viene meno; mentre il legato rimane valido<sup>308</sup>.

Intrinsecamente collegato con tale criterio, tanto da essere invocati unitamente<sup>309</sup>, soprattutto dalla giurisprudenza<sup>310</sup>, vi è quello secondo cui il legato attribuisce un vantaggio in via immediata e diretta. Invece, il vantaggio in capo al beneficiario dell'onere non deriva in maniera diretta dal defunto, ma soltanto in via indiretta e in seguito all'adempimento dell'obbligazione posta in capo all'onerato<sup>311</sup>.

In altre parole, l'onere integra una liberalità indiretta, che si consegue per il tramite dell'onerato, e, in tal modo, il beneficiario della liberalità è un avente

---

<sup>307</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 36.

<sup>308</sup> A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 47<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, 862-863.

<sup>309</sup> Entrambi poi conseguono all'impostazione che vede il legato come una figura autonoma e il *modus* come una accessoria.

<sup>310</sup> Cass. 28 novembre 1984, n. 6194, cit., secondo la quale "mentre il legato è un'autonoma e diretta disposizione patrimoniale a favore del legatario, il quale è un avente causa del *de cuius*, l'onere o *modus* indica un liberalità indiretta che si consegue attraverso una obbligazione imposta all'onerato, per modo che il beneficiario della liberalità indiretta è un avente causa di quest'ultimo e non del testatore". V. anche Cass. 26 gennaio 1981, n. 576, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Successioni (imposta)*, n. 57 e Cass. 16 gennaio 1975, n. 168, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1408. V. ancora la più volte citata Cass. 11 giugno, 1975, n. 2306, cit., la quale esplicita che "la mancanza di autonomia del modo rispetto alla disposizione testamentaria e la circostanza che il primo costituisce un motivo della seconda (rilevante solo quando ne abbia costituito la ragione determinante) sono state assunte come criteri distintivi tra il modo e il legato, nei casi in cui l'obbligo è imposto con il modo sia a favore di un soggetto determinato o determinabile, e ciò in quanto il legato si configura come un'autonoma e diretta attribuzione patrimoniale a favore dell'onerato, il vantaggio del quale è stato direttamente considerato dal *de cuius* come scopo della sua disposizione; [...] il modo consiste, invece in una liberalità indiretta che si consegue attraverso un'obbligazione imposta all'onerato; e, come corollario dei principi anzidetti, [...] mentre il legatario è, almeno di regola, un avente causa del *de cuius*, il beneficiario dell'onere è un avente causa dell'onerato e non del disponente".

<sup>311</sup> V. per tutti, per quanto riguarda il codice Pisanelli M. Allara, *Il testamento*, cit., 121; e, per quanto riguarda il codice vigente, M. De Simone, *Il legato a carico del legatario (sub-legato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 100 e ss.



causa di quest'ultimo e non del testatore<sup>312</sup>. Occorre altresì tener presente che tale impostazione è quella tutt'ora accolta dalla giurisprudenza, che continua a ritenere il legato un'autonoma e diretta attribuzione patrimoniale e, di conseguenza, il legatario un avente causa del testatore<sup>313</sup>.

Nell'ambito di tale criterio (o meglio della commistione di tali criteri), per verificare se l'obbligazione imposta all'erede (o al legatario) a vantaggio di un terzo sia un legato (o un sub-legato) oppure un *modus*, occorre - come al solito - prestare attenzione alla volontà del testatore<sup>314</sup>. Quando questi non ha affatto considerato il vantaggio del terzo, oppure ne ha tenuto conto soltanto in via indiretta o secondaria, allora la disposizione sarà modale; nel caso contrario, ossia quando il vantaggio è stato contemplato dal testatore come scopo diretto della disposizione, allora si è di fronte ad un legato<sup>315</sup>.

Tuttavia, tale tesi non convince<sup>316</sup>. Infatti, si è visto che il codice prevede espressamente ipotesi di legati che non comportano una successione - in senso

---

<sup>312</sup> G. Vindigni, *Modo* (voce), cit., 825; A. Trabucchi, *Legato* (*dir. civ.*) (voce), in *Noviss. Dig. it.*, vol. 9, Torino, 1983; C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., , 257; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 535.

<sup>313</sup> Cass. 26 maggio 2015, n. 10803, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, (secondo la quale "Il legato è un'autonoma e diretta attribuzione patrimoniale a favore del legatario il quale è un avente causa del de cuius. L'onere o *modus* integra, invece, una liberalità indiretta che si consegue attraverso un'obbligazione imposta all'onerato, per modo che il beneficiario della liberalità indiretta è un avente causa di quest'ultimo e non del testatore"), salvo quanto *infra*; Cass., 28 novembre 1984, n. 6194, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Successione testamentaria*, n. 60; Cass. 28 gennaio 1983, n. 812, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Successione testamentaria*, n. 75; Cass. 26 gennaio 1981, n. 576, cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.; Cass. 16 gennaio 1975, n. 168, cit.; Cass. 21 maggio 1958, n. 1706, in *Rep. Giur. it.*, 1958, voce *Successione legittima e testamentaria*, 3481-3482; Cass. 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro it.*, 1955, I, 1609; Cass. 13 giugno 1950, n. 1498, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, XXIX, III, 1058. Per quanto riguarda il merito v. Trib. Bergamo, 21 aprile 1950, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Successione legittima o testamentaria*, 2062, n. 141.

<sup>314</sup> In proposito si osserva che non si deve dare eccessivo peso alle espressioni utilizzate dal testatore (che spesso possono essere ambigue e quindi valere sia per il *modus*, sia per il legato). Sul punto v. M. De Simone, *Il legato a carico del legatario (c.d. sublegato)*, cit., 101.

<sup>315</sup> In dottrina v. soprattutto A. Cicu, *Testamento*, Milano, 1951, 206; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, [*supra*, nota X], 35 e ss. Per la giurisprudenza si v. Cass. 21 gennaio 1981, n. 576, cit.; Cass. 16 gennaio 1975, n. 168, cit.

<sup>316</sup> F. Mastroberardino, *Attribuzione mortis causa del diritto di prelazione. Spunti per una distinzione fra legato e *modus* testamentario*, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2015, 784.

tecnico - fra defunto e legatario<sup>317</sup>: basti pensare al legato di liberazione del debito espressamente previsto dall'art. 658 cod. civ., oppure ad altri legati c.d. obbligatori, come ad esempio il legato di cosa di un terzo (art. 651 cod. civ.), quello di cosa determinata solo genericamente (art. 653 cod. civ.), di alimenti (art. 660 cod. civ.), quello di rendita vitalizia (art. 1872, secondo comma, cod. civ.), quello di cosa non esistente nell'asse (art. 654 cod. civ.)<sup>318</sup> e, secondo parte della dottrina, il c.d. legato di contratto<sup>319</sup>.

Si consideri, ancora, che nel legato *ex art.* 651 cod. civ., nel legato di *facere* e nel legato di contrarre, l'acquisto del legatario discende sì dalla volontà del testatore, ma è comunque un acquisto derivante da un negozio fra vivi, che, fra le altre cose, potrebbe anche essere trascritto<sup>320</sup>.

Parte della dottrina<sup>321</sup> si è allora concentrata sull'oggetto<sup>322</sup> della disposizione testamentaria. Il *modus*, a differenza del legato, potrebbe avere

---

<sup>317</sup> Senza considerare che la tesi rivela la sua fragilità - sul piano pratico - quando si tratta di discernere tra disposizione modale e legato obbligatorio. Per illustrare meglio il concetto si prendano ad esempio due disposizioni testamentarie assolutamente identiche, ma formulate in maniera differente: "lascio a Tizio il fondo Tuscolano con l'onere di dare cento a Mevio" la prima, e "lascio a Tizio il fondo Tuscolano e lego a Mevio cento che gli saranno dati da Tizio" la seconda. Se si utilizzasse il criterio in esame, il risultato interpretativo sarebbe quello di qualificare come disposizione modale la prima e come sub-legato la seconda; mentre è chiaro che le stesse hanno contenuto analogo (G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 904).

<sup>318</sup> C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 92 e ss.; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 199-200; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 892 e ss.

<sup>319</sup> G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 72.

<sup>320</sup> M. Lupo, *op. cit.*, 419; M. Costantino, *Titolo idoneo negli acquisti "a non domino" e negozio a causa di morte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 103 e ss.; L. Ferri, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951, 188 e ss.; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 189.

<sup>321</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 537; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 862 e ss.

<sup>322</sup> La dottrina spagnola, poi, ritiene che il legato è quella disposizione testamentaria che comporta l'attribuzione di un bene appartenente al patrimonio dello stesso testatore; mentre l'onere testamentario è la disposizione volta ad attribuire un bene non presente nell'asse ereditario. Pertanto l'erede potrebbe essere gravato sia da un legato, sia da una disposizione modale, e viceversa, il legatario potrebbe essere vincolato solo da un *modus* (F. Espinar Lafuente, *La herencia legal y el testamento. (Estudio doctrinal y de Derecho Positivo)*, Barcelona, 1956, 160 e ss.

per oggetto anche una prestazione c.d. “non economica”<sup>323</sup>. Alcuni autori ritengono che soltanto il *modus* possa consistere in un’obbligazione di “non fare”<sup>324</sup>.

Un ulteriore criterio che, come si è visto, è stato ripreso dalla dottrina anteriore<sup>325</sup>, seguito in parte anche dalla giurisprudenza<sup>326</sup>, è quello che vede l’onere come un peso personale e il legato come una detrazione dall’asse ereditario<sup>327</sup>. Ma neppure tale criterio tiene conto dei legati c.d. “non attributivi”.

Ancora, parte della dottrina<sup>328</sup> e della giurisprudenza<sup>329</sup> ritengono di distinguere le due figure basandosi sull’individuazione dell’intento perseguito dal testatore: se il vantaggio attribuito al beneficiario è stato considerato direttamente dal *de cuius* come obiettivo della disposizione, allora questa dovrà essere considerata un legato; se, invece, il vantaggio ottenuto dal terzo non fosse l’oggetto della diretta volontà del testatore, ma soltanto un effetto

---

<sup>323</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 537.

<sup>324</sup> A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 862. Altri, paradossalmente, ritengono che l’onere implica sempre una diminuzione della disposizione testamentaria a favore dell’onerato, mentre è il legato che può consistere in un *facere* o in un *non facere* (F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 485).

<sup>325</sup> V. *supra* 4. *I d. codici pre-unitari e il Codice Pisanelli*.

<sup>326</sup> Cass. 16 gennaio 1975, n. 168, cit.; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3964, in *Mass. Foro it.*, 1969, 1134; Cass. 5 marzo 1959, n. 629, cit.; Cass. 13 giugno 1950, n. 1498, cit.

<sup>327</sup> C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 239; ma in parte anche da G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 537

<sup>328</sup> A. Cicu, *Testamento*, cit., 206; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 35; M. De Simone, *Il legato a carico del legatario (c.d. sublegato)*, cit., 102 e ss.; P. Gelato, *op. cit.*, 393.

<sup>329</sup> Cass. 30 luglio 1999, n. 8284, in *Giur. it.*, 2000, I, 1,1175 (la quale esplicita che “*si versa nell’ipotesi di legato (o di prelegato) se il vantaggio del destinatario della disposizione è stato direttamente considerato dal testatore come scopo della sua disposizione, mentre si ha disposizione modale qualora il vantaggio del terzo (onorato), non costituisca l’oggetto diretto della volontà del de cuius, ma ne è solo un effetto indiretto*”); Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, in *Foro it.*, 1976, I, 759; Cass. 13 marzo 1970, n. 645, in *Rep. Foro it.*, 1970, voce, *Successione legittima o testamentaria*, 2357; Cass. 21 maggio 1958, n. 1706, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce, *Successione legittima o testamentaria*, 2231; Cass. 5 novembre 1955, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1771.

indiretto<sup>330</sup>, allora la disposizione sarà qualificata come modale. Il criterio, tuttavia, non aiuta a distinguere, di fatto, fra le due figure.

C'è poi chi, ancora, sostiene che il legato dovrebbe comportare una sottrazione di quanto presente nell'asse ereditario; mentre il *modus* testamentario potrebbe non comportare tale sottrazione<sup>331</sup>. Ma anche in questo caso, l'interpretazione non coglie nel segno, in quanto smentita da quelle disposizioni che prevedono legati al di fuori dell'asse ereditario (v. ad esempio il legato di cosa di un terzo e quello di cosa non esistente nell'asse).

Un'altra teoria ravvisa la differenza fra onere testamentario e legato “*in relazione al soggetto il cui interesse è stato preso di mira dal testatore*”<sup>332</sup>; ossia a seconda che il beneficiario della disposizione testamentaria sia un soggetto determinato o meno. Secondo tale criterio la disposizione sarà un legato (o un sub-legato o un legato obbligatorio) quando il beneficiario è un soggetto determinato (o determinabile entro i limiti di cui all'art. 631, secondo comma, cod. civ.); invece sarà una disposizione modale qualora l'obbligazione è a vantaggio di una categoria di soggetti determinati soltanto genericamente<sup>333</sup>, oppure volta a realizzare l'interesse del testatore o di un altro defunto<sup>334</sup>, dell'onerato stesso, o, addirittura, a favore di animali<sup>335</sup>.

---

<sup>330</sup> A. Marini, *op. cit.*, 160-161.

<sup>331</sup> In dottrina v. G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 537 e in giurisprudenza v. Cass. 13 giugno 1950, n. 1498, in *Giur. Cass. civ.*, 1950, III, 1058.

<sup>332</sup> M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 895. Nello stesso senso, parte della dottrina spagnola: v. M. Diaz Cruz, *Los legados*, Madrid, 1951, 471.

<sup>333</sup> Come ad esempio i poveri di un certo quartiere oppure le persone affette da una certa malattia. (gli esempi sono ripresi da M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 895)

<sup>334</sup> Come ad esempio attività per onorarne la memoria o il pubblicare o distruggere manoscritti (sempre in M. Giorgianni, loc. cit.).

<sup>335</sup> M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 893; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 209; L. Costanzo, *Problemi dell'onere testamentario*, cit., 310; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 904.

Pertanto, quando il testatore intende beneficiare un soggetto determinato (oppure determinabile ai sensi dell'art. 631 cod. civ.), la disposizione è un legato e nessun altro criterio è idoneo ad escludere tale natura<sup>336</sup>.

Secondo parte della dottrina, questa linea interpretativa è la sola che permette di distinguere efficacemente l'onere dal legato obbligatorio<sup>337</sup>.

Inoltre, il criterio distintivo in esame è quello che meglio si concilia con la teoria che vede nell'onere una disposizione testamentaria autonoma<sup>338</sup>, anche se, come visto, il criterio è accolto pure da una parte della dottrina che propende per l'accessorietà del *modus*<sup>339</sup>.

Sul punto è utile rilevare che in alcune pronunce, la Corte di Cassazione, pur rimanendo ancorata all'impostazione che si basa sull'asserita natura indiretta del beneficio a carico dell'onerato e diretta del beneficio a favore del legatario, in tema di distinzione fra le due fattispecie ha adottato il criterio distintivo basato sulla determinatezza del soggetto. La Suprema Corte, infatti, ha ritenuto che l'attribuzione è diretta (e quindi la disposizione è un legato) in tutti i casi in cui il beneficiario sia determinato o ad ogni modo determinabile *ex art. 631 cod. civ.*; mentre l'attribuzione è indiretta (è quindi la disposizione è modale) nei casi in cui la disposizione è a vantaggio di soggetti determinati solo genericamente<sup>340</sup>. Si precisa altresì, che il criterio era già stato adottato da

---

<sup>336</sup> M. Giorgianni, *op. cit.*, 895.

<sup>337</sup> V., per tutti, G. Bonilini, *Dei legati*, cit., 33 e M. Proto, *Il modo*, cit., 1227.

<sup>338</sup> M. Proto, loc. cit.

<sup>339</sup> G.B. Bruno, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giust. civ.*, 2000, 3315; F. Cirillo, *Disposizioni condizionale e modali*, cit., 1085 e soprattutto A. Marini, *op. cit.*, 156 e ss., il quale, addirittura, utilizza il carattere di indeterminatezza dei soggetti beneficiari per contestare il carattere direttamente attributivo della disposizione modale, che diventa quindi elemento "apponibile" soltanto al legato o all'istituzione di erede.

<sup>340</sup> Cass., 26 maggio 2015, n. 10803, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, 271.

alcune pronunce di merito<sup>341</sup> e da un precedente isolato della Corte di Cassazione stessa<sup>342</sup>.

Per quanto sia il criterio preferibile, anche quest'ultimo, tuttavia, non è esente da critiche<sup>343</sup>.

In primo luogo si è sostenuto che tale ricostruzione dell'onere testamentario sembra confliggere con l'art. 631 cod. civ., ai sensi del quale "ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario" è nulla. Da tale ampia formulazione, e soprattutto dal riferimento a "ogni disposizione testamentaria", parte della dottrina<sup>344</sup> desume che la norma sia applicabile anche alle disposizioni modali. Infatti, anche qualora il *modus* fosse configurato come disposizione autonoma, rispetto all'istituzione di erede o al legato, l'aggettivo indefinito "ogni" consentirebbe di ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma anche la categoria delle disposizioni modali<sup>345</sup>.

Tuttavia, la censura non pare cogliere nel segno. La dottrina in esame, sembra dimenticare che l'art. 631 cod. civ. dichiara nulle le disposizioni che fanno dipendere dall'arbitrio di un terzo "l'indicazione dell'erede o del legatario"; mentre nel *modus* l'essere beneficiario dell'obbligazione non attribuisce ad un soggetto alcuna delle due qualifiche.

Forse più mirate sono quelle critiche che prendono spunto dal secondo comma dell'art. 628 cod. civ., il quale dichiara nulle "tutte le disposizioni" a

---

<sup>341</sup> App. Napoli, 5 luglio 1988, in *Dir. e giur.*, 1989, 547 e Trib. Napoli, 18 gennaio 1966, in *Dir. e giur.*, 1966, 199.

<sup>342</sup> Cass., 5 agosto 1987, n. 6727, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1392.

<sup>343</sup> Con l'entrata in vigore del codice del 1942, infatti, l'affermazione secondo cui "mentre nel legato la determinazione della persona dell'onorato non può essere rimessa all'arbitrio del gravato o di un terzo, nel *modus* invece la determinazione delle persone, al cui vantaggio ritorna l'adempimento del *modus*, può essere lasciata all'arbitrio del gravato o del terzo" (M. Allara, *Il testamento*, cit., 121-122), per i motivi che verranno di seguito illustrati, non pare più condivisibile.

<sup>344</sup> M. Garutti, *Il *modus* testamentario*, cit., 81-82; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, [supra, nota X], 207; E. Brunori, *Appunti sulle disposizioni modali e sul legato*, cit., 478.

<sup>345</sup> M. Garutti, *Il *modus* testamentario*, cit., 82.

favore di soggetti indicati in modo da non poter essere determinati. Anche in questo caso, dal dato letterale si desume che la norma è applicabile anche alle disposizioni modali<sup>346</sup>.

In realtà la dottrina più attenta<sup>347</sup> non ha mai negato l'applicabilità dell'art. 628 cod. civ. al *modus*, sostenendo che anche il beneficiario della disposizione modale debba essere determinato o determinabile. Si ritiene soltanto che beneficiari della disposizione modale possono essere categorie di soggetti determinati solo genericamente, ma comunque al di fuori dei limiti imposti dal secondo comma dell'art. 631 cod. civ. per il legato.

In altre parole, tra l'individuazione esatta effettuata dal testatore, o la determinabilità del legato *ex art. 631*, secondo comma, cod. civ., e l'assoluta indeterminabilità di cui all'art. 628 cod. civ. esistono ipotesi intermedie<sup>348</sup> in cui la disposizione modale è valida anche se, ad esempio, il beneficiario deve essere individuato *per relationem*<sup>349</sup>.

La conferma di quanto sopra può essere trovata nel fatto che il legislatore stesso ha dettato una disciplina *ad hoc* per salvaguardare alcune disposizioni

---

<sup>346</sup> G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 207; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, artt. 456-511, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, 93-94; A. Marini, *op. cit.*, 164, quest'ultimo però ritiene che gli artt. 628, 630, 631 e 632 cod. civ., siano riferibili alle sole disposizioni testamentarie attributive, e che il *modus* non appare diretto ad attribuire un vantaggio ad un soggetto, ma ha carattere meramente dispositivo. Sul punto è interessante notare che la più volte citata Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit., ha utilizzato tale argomento proprio per negare l'autonomia del *modus*, il quale "sarebbe, come disposizione autonoma, nulla per indeterminatezza del soggetto, in applicazione del principio sancito dall'art. 628 c.c."

<sup>347</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 895 e L. Bigliazzi-Geri, *Il testamento*, cit., 116.

<sup>348</sup> In senso contrario v. F. Gradassi, *Onere testamentario e legittimazione all'azione di risoluzione*, in *Notariato*, 2000, 154-155, per il quale non può esistere una categoria di soggetti ricompresa fra i determinati o determinabili, che darebbero luogo a un legato, e le disposizioni testamentarie nulle per indeterminabilità dei beneficiari

<sup>349</sup> L. Costanzo, *Problemi dell'onere testamentario*, cit., 304; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., 87 e ss.; N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, 44 e ss.-196 e ss. V. specificamente sulle disposizioni *per relationem* A. Giordano-Mondello, *Il testamento per relazione: contributo alla teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966, 145 e ss.; E. Brunori, *Sulla integrazione della volontà testamentaria*, cit., 239 e ss.

che, in caso contrario, sarebbero sicuramente nulle *ex art. 628 cod. civ.*: gli artt. 629 (*Disposizioni a favore dell'anima*)<sup>350</sup> e 630 (*Disposizioni a favore dei poveri*) cod. civ.<sup>351</sup>. In particolar modo, quest'ultimo sancisce la validità delle disposizioni a favore dei poveri ("e altre simili") anche se espresse in termini generici; in tali casi, la disposizione si intende a favore dei poveri del luogo dove il testatore era domiciliato e l'ente comunale di assistenza è considerato *ex lege* onerato dell'adempimento<sup>352</sup>.

Il fatto che, nella fattispecie in esame, il legislatore abbia stabilito che la disposizione debba sempre essere in favore di un soggetto determinato o determinabile (i poveri di un luogo determinato), conferma quanto sopra sostenuto<sup>353</sup>.

Il criterio della distinzione a seconda della determinabilità del soggetto destinatario, sembra però essere quello preferibile.

---

<sup>350</sup> L'articolo, al secondo comma, sancisce che le disposizioni a favore dell'anima "si considerano come un onere a carico dell'erede o del legatario" e che "si applica l'art. 648". La norma merita un, seppur breve, approfondimento in quanto è singolare che le disposizioni in questione non vengono ricomprese nell'alveo dell'onere testamentario, ma sono a questo parificate. Inoltre, il legislatore, malgrado il fatto che l'accomunamento al *modus* fosse già sufficiente al raggiungimento dello scopo, precisa che ad esse si applica l'art. 648 cod. civ., senza nulla però riferire rispetto all'art. 647 cod. civ. e alle altre disposizioni sul *modus* testamentario (le quali però vengono ritenute ugualmente applicabili, v. S. Pardini, *La nozione civilistica delle disposizioni a favore dell'anima*, in Riv. not., 1992, 681 e ss.; T. Auletta, *Le disposizioni a favore dell'anima*, in *Le successioni testamentarie. Artt. 624-712 cod. civ.*, C. M. Bianca (curr.), in *Giur. sist. dir. civ. e comm. Bigiavi*, Torino, 1983, 56; A. Marini, *op. cit.*, 160).

<sup>351</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 84.

<sup>352</sup> Anche il Codice Pisanelli, all'art. 832 prevedeva un criterio analogo ("le disposizioni a favore dei poveri, od altre simili espresse genericamente senza che sia determinato l'uso, l'opera pia o il pubblico istituto in cui favore siano fatte, o quando la persona incaricata dal testatore di determinarlo non possa o non voglia accettare l'incarico, s'intendono fatte in favore dei poveri del luogo del domicilio del testatore al tempo della sua morte, e sono devolute all'istituto locale di carità"); così come una norma con gli stessi effetti è presente nel BGB (il § 2072 e nella legislazione speciale austriaca (V. M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 86-87, in particolar modo la nota 169).

<sup>353</sup> V. per tutti G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 208, M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 897.



Parte della dottrina, poi, si è preoccupata di distinguere specificamente il legato modale dal sub-legato (o legato in sottordine, che dir si voglia)<sup>354</sup>.

Già la disciplina codicistica distingue le due figure in maniera esplicita, quando, all'art. 622 cod. civ. stabilisce che il legato può essere posto a carico del legatario, e al primo comma dell'art. 647, prevede che a questo possa invece essere imposto un onere<sup>355</sup>. Ancora, l'art. 671 cod. civ. (rubricato appunto "*Legati e oneri a carico del legatario*") prevede, poi, che il legatario deve adempiere sia il legato, sia "ogni altro onere a lui imposto". Malgrado ciò, poi, la norma ne accomuna la disciplina<sup>356</sup>.

Ovviamente il problema si pone quando, nell'interpretare una determinata disposizione testamentaria, si renda necessario valutare se questa configuri un sub-legato o un legato modale. Ciò accade, per esempio, quando l'obbligazione modale imposta al legatario e/o il legato che deve essere adempiuto dallo stesso, consistono in una prestazione patrimoniale che comporta un beneficio economico ad un soggetto terzo<sup>357</sup>.

Anche in questo caso la dottrina ha ritenuto che, basandosi sulla volontà testamentaria, da un lato, si avrebbe un sub-legato in tutti i casi in cui risulta che il testatore abbia voluto beneficiare il terzo con un'attribuzione diretta e autonoma, ancorché gravante sul legatario. Dall'altro, si avrebbe un legato modale, nei casi in cui il defunto, anziché un'attribuzione immediata e diretta, abbia voluto beneficiare il terzo in modo autonomo e distinto rispetto a quanto

---

<sup>354</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, cit., 431 e ss.; M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 72 e ss.; M. De Simone, *Il legato a carico del legatario*, cit., 100 e ss.

<sup>355</sup> M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie*, cit., 72; M. De Simone, *Il legato a carico del legatario*, cit., 101.

<sup>356</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, cit., 432.

<sup>357</sup> V. in particolare M. De Simone, *Il legato a carico del legatario*, cit., 105, secondo cui tale difficoltà risulta essere ancora maggiore, in quanto sia il legato modale sia il sub-legato rappresentano un peso per il legato a cui sono apposti; senza considerare che, come si è detto, l'art. 671 cod. civ. accomuna le due discipline, trattando il *modus* alla stregua di un sub-legato.

fatto al legatario, con un'attribuzione indiretta effettuata per il tramite dell'onerato<sup>358</sup>.

Seppur in un caso soltanto, anche la giurisprudenza di legittimità ha applicato il criterio che fa leva sulla diretta attribuzione patrimoniale per identificare, in caso affermativo, un sub-legato e, nell'altro caso, un legato modale<sup>359</sup>.

Si segnala però che parte della citata dottrina<sup>360</sup> ha attinto altresì al criterio che trova il discrimine fra *modus* e legato nell'individuazione del soggetto beneficiario dalla disposizione: se quest'ultimo è determinato dal testatore, o, almeno, è determinabile, si avrà un sub-legato; se, invece, il beneficiario è un soggetto indeterminato, o determinabile, ma per il tramite dell'arbitraggio di un terzo, si avrà un legato modale.

Per quanto riguarda la disciplina, occorre premettere che il *sub*-legato è una disposizione a causa di morte che attua un'autonoma e diretta attribuzione a favore del *sub*-legatario, il quale, quindi, alla stregua del legatario, è successore a titolo particolare direttamente del testatore. Da ciò si deduce che, quando il sub-legato è c.d. "di specie", il sub-legatario acquista direttamente il suo diritto dal testatore, che è quindi il suo dante causa, senza necessità di alcuna intermediazione da parte del legatario; quando, invece, il sub-legato è c.d. "di genere", l'intervento del legatario ha soltanto una funzione strumentale all'acquisto del diritto<sup>361</sup>.

In caso di invalidità del legato, la nullità di quest'ultimo non si estende mai al sub-legato; al contrario, invece, in caso di legato modale, la nullità della disposizione attributiva, si è visto, può far venir meno anche l'obbligazione modale. Anche nell'ipotesi di inadempimento le discipline differiscono: se è

---

<sup>358</sup> M. De Simone, *Il legato a carico del legatario*, cit., 102-103.

<sup>359</sup> Seppur *in obiter*, la pronuncia è Cass. 5 agosto 1987, n. 6727, cit.

<sup>360</sup> M. De Simone, *Il legato a carico del legatario*, cit., 104.

<sup>361</sup> M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 72; M. De Simone, op. cit., 103.

inadempiente, il legatario *sub modo* può perdere il diritto all'attribuzione *ex art.* 648, secondo comma, cod. civ.; mentre ciò non accade nell'ambito del *sub-legato*. Inoltre, per l'adempimento dell'onere può agire qualsiasi interessato, laddove per il rispetto del *sub-legato* possono agire soltanto il *sub-legatario*, i suoi eredi o aventi causa<sup>362</sup>.

Concludendo sul punto, nessun criterio fra quelli elaborati fin'ora è idoneo a distinguere il *modus* a favore di un soggetto determinato o determinabile dal legato obbligatorio<sup>363</sup>; con la conseguenza che la disposizione modale in favore di un terzo determinato (o determinabile) è in realtà un legato obbligatorio<sup>364</sup>. Si può condividere l'opinione secondo cui, si avrà invece un *modus* quando il beneficiario della disposizione è lo stesso testatore, l'onerato, oppure una categoria di soggetti determinabili al di fuori dei limiti imposti dal secondo comma dell'art. 631 cod. civ.<sup>365</sup>.

Il criterio proposto è l'unico che permette di distinguere in maniera certa il *modus* dal legato, tuttavia, è stato giustamente osservato che la disciplina dei due istituti coincide solo parzialmente<sup>366</sup>; pertanto sembra utile interrogarsi se e quanto le regole sul *modus* possono essere applicate anche al legato obbligatorio o viceversa<sup>367</sup>.

---

<sup>362</sup> M. De Simone, loc. cit.

<sup>363</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 87-88.

<sup>364</sup> G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 209 e ss.; M. Lupo, *op. cit.*, 423; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 895 e ss. Sul punto v. anche M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 90 e M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 156 e ss.; secondo i quali il criterio non è biunivoco e quindi deve essere sempre integrato con un'attenta analisi della volontà del testatore. Tale ultima tesi, tuttavia, non sembra condivisibile.

<sup>365</sup> L. Costanzo, *Problemi dell'onere testamentario*, cit., 310; e soprattutto M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 899. Per quanto riguarda le problematiche che possono sorgere quando il *modus* è in favore del testatore o dell'onerato, si rimanda al secondo capitolo.

<sup>366</sup> M. Giorgianni, *op. cit.*, 926-927.

<sup>367</sup> La problematica verrà affrontata in conclusione del secondo capitolo.

Una volta esaminate le differenze fra le due figure, è lo stesso fine del presente lavoro ad imporre un'analisi delle affinità fra il *modus* e il legato<sup>368</sup>. In tal modo si potrebbero forse superare alcune incertezze in tema di *modus* applicando via analogica – con le dovute differenziazioni e adattamenti – la disciplina dettata appositamente per il legato; stessa cosa potrebbe valere anche per le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali; e, in maniera analoga, si potrebbe applicare al legato parte della disciplina dell'onere testamentario<sup>369</sup>.

Probabilmente il punto di vista che permette di cogliere di più le similitudini fra i due istituti è quello che si concentra sugli effetti prodotti nella sfera giuridica dell'obbligato<sup>370</sup>.

Come già rilevato, è indubbio che attraverso il *modus* testamentario<sup>371</sup> o il legato<sup>372</sup> si possano imporgano obbligazioni vere e proprie. Pertanto, in entrambe le situazioni, l'obbligato è il soggetto passivo di un'obbligazione in senso tecnico<sup>373</sup>, che – come si è detto – può avere il contenuto più svariato<sup>374</sup>.

---

<sup>368</sup> Sul punto si evidenzia che una recente dottrina ha optato per una trattazione unitaria dei due istituti: A. Palazzo, *Le successioni*, cit., 645 e ss.

<sup>369</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 893, secondo il quale “un problema del più alto interesse potrebbe, al riguardo, essere costituito dalla possibilità di reciproca applicazione analogica delle norme legislative sul *modus* e sul legato”.

<sup>370</sup> A. Marini, *op. cit.*, 160. In questa sede si è scelto poi di utilizzare il termine “obbligato” per ricomprendere sia l'onerato, sia colui che deve eseguire il legato. Sembra utile evidenziare poi che sia nel legato sia nel *modus* i possibili soggetti passivi (qui chiamati obbligati) sono coincidenti; in quanto la dottrina ritiene che, tanto nel *modus*, quanto nel legato, possono essere obbligati soltanto l'erede o il legatario: v. G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 226-227; A. Masi, *I legati*, cit.. In senso contrario v. C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 83 e ss.

<sup>371</sup> Per il *modus* si rimanda a quanto detto *supra* n. 1.

<sup>372</sup> Sul punto, oltre a rimandare a quanto detto *supra* in tema di legati non attributivi, si v. G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 49 e ss. È stato poi rilevato che anche i legati attributivi (o “reali” o “ad efficacia diretta” che dir si voglia) producono, oltre all'effetto reale, anche un effetto obbligatorio, come ad esempio l'obbligo di consegna del bene ex art. 649, secondo comma, cod. civ.; sul punto v. C. Argiroffi, *Legati obbligatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 785 e ss.; A. Masi, *I legati*, cit., 22; G. Grosso, *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 14.

<sup>373</sup> Si occupa in particolare di tale profilo G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 11 e ss.

<sup>374</sup> V. sul punto Cass. 7 settembre 1992, n. 10281, cit., la quale specifica che il contenuto può essere “l'imposizione di un obbligo giuridico di dare, di fare o non di fare”. E in dottrina v. G.

In entrambe le situazioni, poi, indipendentemente dalla loro qualificazione, vuoi di *modus*, vuoi di legato, l'obbligazione che il soggetto passivo deve adempiere - nella maggior parte dei casi<sup>375</sup> - ha carattere meramente strumentale al raggiungimento dello scopo prefisso dal testatore. In tali ipotesi (che sono la maggior parte), l'interesse del defunto si realizza soltanto in seguito all'adempimento da parte dell'obbligato<sup>376</sup>. Ciò significa che, nella maggior parte dei casi, il beneficiario del *modus* testamentario e/o del legato "non attributivo" non è mai un successore diretto del defunto.

È proprio prendendo spunto da queste affinità che si è mossa quella parte della dottrina che ritiene applicabili al legato (quantomeno a quello meramente obbligatorio) la disciplina di cui all'art. 648 cod. civ.<sup>377</sup>. Anche l'inadempimento del legato obbligatorio (nei casi in cui l'esecuzione della relativa obbligazione ha costituito il solo motivo che ha indotto il testatore a disporre), quindi, è idoneo a far decadere l'attribuzione dell'obbligato.

Specularmente, invece, la giurisprudenza ha ritenuto di applicare a disposizioni modali alcune norme espressamente previste per i legati. Ad esempio, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la limitazione di responsabilità, prevista dal secondo comma dell'art. 490 cod. civ., per l'erede che ha accettato l'eredità con beneficio di inventario, si applichi anche all'adempimento dell'onere testamentario, analogamente a quanto già previsto per il legatario (art. 671 cod. civ.) e per il donatario (art. 793 cod. civ.)<sup>378</sup>.

---

Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 823; G. Vindigni, il quale, nel suo *Modo (voce)*, cit., 823; A. Giordano-Mondello, *Legato (voce)*, cit., 742.

<sup>375</sup> Abbiamo visto che nel *modus* testamentario la maggior parte delle volte l'onerato è in realtà un mero strumento della volontà del testatore.

<sup>376</sup> Per quanto riguarda il legato ad effetti obbligatori v. A. Giordano-Mondello, *Legato (voce)*, cit., 728; A. Palazzo, *Le successioni*, cit., 655.

<sup>377</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 882 e S. Grassi, *La fattispecie modale*, Padova, 1976, 244 (in particolare v. la nota 1). Sul problema si tornerà ampiamente in seguito.

<sup>378</sup> Cass. 29 aprile 1993, n. 5067, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 536, la quale ha ritenuto che "Occorre piuttosto considerare che quella dei pesi ereditari è, ad onta di tale eterogeneità, pur sempre una categoria, perché i suoi componenti sono accomunati dall'essere tutti passività strettamente

Anche la dottrina ha evidenziato come il termine “legato” contenuto nel secondo comma dell’art. 483 cod. civ. non preclude la possibilità di applicare la limitazione di responsabilità ivi prevista anche al *modus* e – più in generale – a tutti i pesi imposti dal testatore<sup>379</sup>.

Inoltre, seguendo quell’orientamento – sia dottrinale<sup>380</sup>, sia giurisprudenziale<sup>381</sup> – che vede l’esecutore testamentario come capace di eseguire i legati<sup>382</sup>, si dovrebbe ammettere che quest’ultimo possa eseguire anche le disposizioni modali<sup>383</sup>.

---

*conseguenziali alla apertura di una successione; che essa soddisfa insieme ai debiti ereditari l'esigenza di imputare agli eredi la responsabilità dell'adempimento di obbligazioni che altrimenti rimarrebbero inevase; che con il beneficio di inventario si è inteso mitigare gli effetti di una rigida applicazione di codesta imputazione, dando al chiamato la possibilità di accettare l'eredità, e quindi di assumersene gli oneri, senza correre il rischio di subire un depauperamento del proprio personale patrimonio: se si rifletta su tutto ciò, la limitazione del beneficio ad alcune soltanto delle passività ereditarie appare incongrua, sia rispetto alle altre passività della stessa categoria, sia rispetto ai debiti ereditari veri e propri ed ai legati. Né è possibile isolare il modo - come si propone dalla ricorrente - per il fatto che esso sarebbe retto da uno specifico interesse del testatore tanto meritevole di tutela da dovere essere comunque soddisfatto, posto che l'interesse da realizzare con l'esecuzione dell'onere può essere bene quello di un terzo, invece che del testatore. Ed anche a ritenere che la ricorrente volesse riferirsi al fine perseguito con l'apposizione dell'onere, la conclusione non cambierebbe, in quanto il fine, quanto consista nel beneficiare un terzo, è lo stesso sia nella disposizione modale che nel legato e persino nella donazione, che però sono negozi nei cui riguardi è espressamente prevista una limitazione della responsabilità dell'adempimento pari a quella provocata dall'accettazione col beneficio di inventario: artt. 671 e 793 cod. civ.”.*

<sup>379</sup> L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, artt. 456-511, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, 329-330; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 362-363.

<sup>380</sup> G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell’attività negoziale*, vol. 3, *Scomparsa, assenza e uffici successori*, Milano, 1986, 595 e G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 1074. L’argomento verrà ripreso ampiamente nel prosieguo. In senso contrario v. L. Gardani Contursi-Lisi, *L’esecutore testamentario*, Padova, 1950, 137 e ss.

<sup>381</sup> Cass. 23 giugno 1960, n. 1661, in *Foro it.*, 1961, I, 2059; App. Brescia, 13 settembre 1953, in *Foro pad.*, 1953, I, 1036.

<sup>382</sup> Sotto la vigenza del Codice Pisanelli, v. A. Manca, *Degli esecutori testamentari*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Comm. D'Amelio*, Firenze, 1941, 637 e ss. Per quanto riguarda il codice vigente v. C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 552; M. Talamanca, *op. cit.*, 476 e ss. (il quale addirittura ritiene che l’esecutore testamentario possa adempiere ai legati in nome proprio); G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 663; V. Cuffaro, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, vol. 6, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1997, 366-367.

<sup>383</sup> Tale impostazione sembrerebbe confermata anche dai lavori preparatori del Codice civile: infatti vi si può leggere che “*le modificazioni che ne progetto definitivo sono state apportate ad alcune disposizioni del progetto preliminare tendono soprattutto a fissare più nettamente la figura*

In dottrina<sup>384</sup>, si è anche sostenuto che, sulla scorta del ragionamento sopra proposto, all'obbligazione modale potrebbe essere applicato anche il primo comma dell'art. 530 cod. civ.; cosicché il curatore dell'eredità giacente avrebbe il potere<sup>385</sup> di pagare – sempre dietro autorizzazione dell'autorità giudiziaria – oltre che i debiti ereditari e i legati, anche quanto dovuto a titolo di *modus*<sup>386</sup>.

Infine, sembra utile precisare che, sempre nell'ambito dei rapporti fra onere e legato, è pacifico che, quando l'onere assorbe l'intero valore del legato, quest'ultimo sarà ugualmente considerato valido<sup>387</sup>, anche se definibile come “decorativo”<sup>388</sup>. Anzi, si sostiene anche che qualora l'onere adempia integralmente all'obbligazione modale eccedente il valore della disposizione, nell'ipotesi in cui egli fosse a conoscenza di tale eccedenza del peso impostogli

---

*dell'esecutore, quel era nettamente delineata nella relazione della Commissione Reale. Come si è detto nel secondo comma dell'art. 241 (ora 249), l'esecutore è un amministratore dell'eredità: quindi il suo compito va necessariamente oltre i limiti tradizionali segnati dall'esecuzione dei legati e degli altri oneri stabiliti dal testatore. Come amministratore, l'esecutore deve curare la gestione dei beni ereditari, erogare spese, pagare eventualmente i creditori, specialmente quando il pagamento debba precedere l'esecuzione dei legati” (Rel. al Prog. def., n. 183).*

<sup>384</sup> G. Werther Romagno, *Modus e tutela del legittimario*, cit., 59-60.

<sup>385</sup> Malgrado la norma usi il verbo “potere”, si segnala che parte della dottrina (G. Santarcangelo, *op. cit.*, 288) ritiene che il curatore dell'eredità giacente non abbia il potere, ma l'obbligo di pagare i debiti ereditari e i legati.

<sup>386</sup> Almeno tutte le volte in cui l'obbligazione modale sia un'obbligazione pecuniaria.

<sup>387</sup> V. per tutte Cass. 30 luglio 2007, n. 16846, in *Riv. not.*, 2008, II, 933, secondo la quale “*tale evenienza è prevista come ammissibile dall'art. 671 c.c., che prescrive l'obbligo del legatario di adempiere al legato e ad ogni altro onere a lui imposto entro i limiti del valore della cosa legata; pertanto il fatto che l'onere a carico del legatario assorba l'intero valore del legato non comporta l'invalidità della disposizione stessa, né quindi da tale circostanza è legittimo concludere che un simile modo costituisca l'unico e determinante motivo del legato stesso (onde trame la conseguenza della nullità di quest'ultimo ai sensi dell'art. 647 c.c., comma 3)”; e anche Cass. 28 gennaio 1983, n. 812, cit., la quale ha ritenuto che la natura di legato non viene meno se questo è gravato da un onere che assorbe interamente il valore di quanto legato. Secondo la Suprema Corte, l'unico limite, infatti, è quello imposto dall'art. 671 cod. civ. e quindi il legatario è tenuto ad eseguire l'onere nei limiti del valore di quanto ricevuto.*

<sup>388</sup> Per la definizione v. G. Bonilini, *Dei legati (Artt. 649-673)*, cit., 476, il quale riprende A. Butera, *Il codice civile italiano commentato secondo gli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, 476.

rispetto al valore di quanto attribuitogli, non è ammessa l'azione di ripetizione dell'indebito<sup>389</sup>.

#### 5. La distinzione fra onere e altre figure affini.

Prima di concludere, sembra utile analizzare le differenze che intercorrono tra il *modus* testamentario e altri istituti “minori”, ma che presentano qualche caratteristica in comune con la figura in esame.

##### 5.1. Onere testamentario e termine.

Per quanto riguarda la distinzione fra onere testamentario e termine, ogni approfondimento pare superfluo. Infatti, il termine si limita a differire nel tempo l'esecuzione del negozio giuridico al quale è apposto (termine iniziale), oppure a porre una fine certa agli effetti di una determinata disposizione (termine finale)<sup>390</sup>. Il *modus* testamentario, invece, come si è visto, secondo l'opinione prevalente, non incide sull'efficacia della disposizione, ma aggiunge ad essa altri e ulteriori effetti<sup>391</sup>.

La dottrina ritiene poi che il termine non contenga una volontà, o forse meglio una dichiarazione di volontà, distinta da quella del negozio al quale è apposto; questa viene soltanto delimitata e “precisata” dall'apposizione di un limite temporale<sup>392</sup>. In altri termini, quando il negozio è sottoposto a termine, la volontà del disponente è unica; laddove nella disposizione modale troviamo

---

<sup>389</sup> V. G. Musolino, *Sublegato e legato modale: i limiti ex lege agli oneri imposti al legatario*, in *Riv. not.*, IV, 2008, 935 e ss. Sull'inderogabilità dell'art. 671 cod. civ., v. A. Masi, *I legati*, cit., 150; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 323; Perego, *I legati*, cit., 241, quest'ultimo anche sull'inammissibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito.

<sup>390</sup> V. per tutti G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 535; C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 240; G. Vindigni, *Modo (voce)*, cit., 825.

<sup>391</sup> V. *supra*.

<sup>392</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 535.



una volontà “principale”<sup>393</sup>, diretta all’attribuzione, e un’ulteriore e diversa volontà che è quella istitutiva del *modus* vero e proprio<sup>394</sup>.

Appare poi ovvio che la distinzione fra i due istituti diventa ancora più marcata in caso di accoglimento della – qui sostenuta – tesi evolutiva secondo la quale il *modus* testamentario avrebbe natura autonoma.

Discussa è poi la possibilità di apporre alla stessa disposizione testamentaria sia un *modus*, sia un termine<sup>395</sup>. Nell’unica pronuncia che risulta, la Corte di Cassazione ha optato per l’ipotesi negativa, sostenendo che il *modus* non consente la previsione di un termine di efficacia<sup>396</sup>.

Parte della dottrina ha però contestato tale impostazione, sostenendo che, ad esempio, stante l’immediata efficacia dell’istituzione di erede, non si vede quali ragioni giuridiche possano impedire che la disposizione modale non possa poter produrre i suoi effetti da una certa data in poi, oppure cessarli ad una certa data<sup>397</sup>.

È evidente poi, che questa seconda opzione, che, fra l’altro, appare maggiormente condivisibile, è influenzata dall’adesione all’impostazione che vede il modo testamentario come una disposizione autonoma; anzi, la dottrina in questione ritiene che il fatto di poter apporre un termine alle disposizioni modali sia una conferma dell’autonomia del *modus*<sup>398</sup>.

---

<sup>393</sup> Nonostante l’utilizzo del termine “principale”, si rammenta che in questa sede viene ritenuta preferibile l’impostazione secondo cui nel *modus* testamentario – almeno per quanto riguarda la maggioranza dei casi (che sono quelli in cui l’onere è il “solo motivo determinante”) – l’interesse principale del testatore è l’esecuzione dell’onere e non l’attribuzione all’onerato.

<sup>394</sup> F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 195.

<sup>395</sup> Si intende il termine di efficacia e non quello di adempimento dell’obbligazione modale.

<sup>396</sup> Cass. 13 giugno 1950, n. 1498, cit.

<sup>397</sup> L. Bigliazzi-Geri, *Il testamento*, cit., 157.

<sup>398</sup> V. *supra*.

## 5.2. Onere testamentario e sostituzione fedecommissaria.

L'onere testamentario deve poi essere distinto dalla sostituzione fedecommissaria.

Quest'ultima, come noto, è caratterizzata da tre elementi:

- 1) la doppia vocazione testamentaria (vuoi chiamata all'eredità o attribuzione di un legato) di due o più soggetti;
- 2) l'ordine successivo nella chiamata, cioè che entrambi i chiamati rivestono la qualifica di eredi o legatari del defunto, ma l'uno di seguito all'altro e non contemporaneamente;
- 3) l'obbligo di conservare i beni, in capo al primo chiamato, per poi devolverli al successivo.

Inoltre, nella sostituzione, il secondo istituito viene considerato quale successore diretto del primo testatore, come se non ci fosse alcun rapporto con il primo chiamato.

La dottrina ritiene che fra la sostituzione fedecommissaria e il *modus* testamentario vi siano differenze "non di poco conto"<sup>399</sup>. Il *modus* testamentario, infatti: *a)* non integra una duplice istituzione, ma una disposizione semplice e dalla quale, nei casi in cui l'onere consiste nell'obbligo di fare o dare qualcosa ad un terzo, può derivare un vantaggio ad un soggetto diverso dall'onerato; *b)* di conseguenza, in tali casi, la disposizione modale non attribuisce al terzo la qualifica di avente causa del testatore, ma dell'onerato, in

---

<sup>399</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali* (Artt. 633-648), cit., 436. Si segnala che, come già visto, neppure nel diritto romano classico l'onere veniva confuso col fedecommissario, seppure all'epoca, fra le due figure, vi fossero parecchie affinità. Sul punto v. C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., 202 e G. Grosso, *I legati nel diritto romano*, cit., 466 e ss. Cfr. *supra*, parte I.

quanto l'acquisto avviene a titolo derivativo da quest'ultimo<sup>400</sup>. Dello stesso avviso è anche la giurisprudenza<sup>401</sup>.

La differenza fra i due istituti è chiara da un punto di vista teorico, ma può portare a serie difficoltà nell'applicazione pratica; è per tale ragione che la Corte di Cassazione, in un caso, – pur avendo chiare le differenze – ha avuto difficoltà nel distinguere fra sostituzione ordinaria, sostituzione fedecommissaria e *modus*<sup>402</sup>. Per la Suprema Corte il criterio principe è ancora una volta l'indagine sulla corretta volontà del testatore<sup>403</sup>, ma è utile aggiungere che quando il trasferimento successivo deve avvenire – *a fortiori* – dopo la morte dell'obbligato, allora la disposizione è da considerare quasi certamente una sostituzione (ordinaria o fedecommissaria).

Infatti, la Suprema Corte ha ritenuto che la disposizione con cui si attribuisce un bene ad un soggetto, il quale ha l'obbligo di venderlo dopo un

---

<sup>400</sup> M.C. Tartarano, *Il testamento. Le successioni a causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, Napoli, 1994, 339-340; G. Vindigni, *Modo (voce)*, cit., 826; M. Garutti, *Il modo testamentario*, cit., 23 e ss.

<sup>401</sup> La distinzione è stata correttamente operata dalla Corte di Cassazione quando ha ritenuto che la sostituzione fedecommissaria “*ammessa nell'ordinamento vigente soltanto nei limiti di cui all'art. 692 c.c., è caratterizzata da tre elementi essenziali (duplice chiamata, ordine successivo, obbligo di conservare per restituire) e ricorre allorché uno stesso bene sia stato attribuito in ordine successivo a più soggetti, con l'obbligo, per il primo istituito, di conservarlo e di restituirlo al successivo istituito, il quale, però, lo consegue pur sempre come avente causa del de cuius. Nel modo, invece, il bene è attribuito dal testatore soltanto al beneficiario della disposizione testamentaria, il quale – nella configurazione del modo più affine al fedecommissario – ha soltanto l'obbligo di trasferirlo in tutto o in parte ad un terzo, che assume però la veste di avente causa dell'onerato e non già del disponente*” (Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.). In senso tendenzialmente analogo v. Trib. Genova 29 febbraio 1952, in *Foro pad.*, 1952, I, 871, il quale ha ritenuto che la disposizione con la quale il testatore imponeva all'erede di lasciare, alla sua morte, la “*metà di quanto possederà*” ad un terzo, non potesse essere qualificata come modale, ma integrasse in realtà una sostituzione fedecommissaria, che è stata quindi dichiarata illecita.

<sup>402</sup> Cass. 11 luglio 1980, n. 4443, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1873. La disposizione che ha posto i detti problemi interpretativi era la seguente: il testatore aveva disposto che se l'erede istituito non avesse mai avuto figli, allora avrebbe dovuto istituire una fondazione benefica e devolverti quanto ereditato.

<sup>403</sup> V. *supra*, nota 398.

certo periodo di tempo, per poi versarne il ricavato ad un terzo, non integra una sostituzione fedecommissaria, ma un *modus*<sup>404</sup>.

Una pronuncia successiva<sup>405</sup>, tuttavia, mostra più incertezza nell'applicazione dei principi sopra delineati: una disposizione è stata qualificata come sostituzione fedecommissaria, ma la Corte di Cassazione ha ritenuto che, in tali casi, al contrario di quanto accade nella sostituzione ordinaria, siccome il secondo istituito è chiamato successivamente al primo (e non al suo posto), quest'ultimo non può essere considerato successore diretto del primo testatore<sup>406</sup>. Tale punto rende incerti i confini fra sostituzione fedecommissaria e *modus*<sup>407</sup>.

Nonostante tale incertezza, si ritiene che la differenza fra le due figure sia comunque ravvisabile nei criteri sopra evidenziati<sup>408</sup>, e ciò indipendentemente dal fatto che si propenda per l'accessorietà del *modus* o per la sua autonomia.

---

<sup>404</sup> Cass. 10 agosto 1963, in *Giur. it.*, 1963, n. 2278, I, 1, 1056, per la quale la sostituzione fedecommissaria ricorre quando uno stesso bene è attribuito in ordine successivo a più soggetti con l'obbligo per il primo istituito di conservarlo e trasferirlo *mortis causa* al successivo che lo riceve come avente causa del primo testatore.

<sup>405</sup> Cass. 15 luglio 1985, n. 4137, in *Riv. not.*, 1985, 1348. Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione l'erede era onerato di costituire una fondazione e il testatore aveva previsto che qualora egli non avesse adempiuto al *modus* non ci sarebbe stata alcuna risoluzione della disposizione, ma l'eredità sarebbe stata devoluta ad un secondo istituito e il primo sarebbe rimasto un semplice usufruttuario dei beni fino alla sua morte.

<sup>406</sup> In mancanza della pubblicazione integrale, si riporta la massima della sentenza: *"L'assoggettamento del primo istituito, ad un modus (nella specie, consistente nell'erezione di una fondazione), e la previsione, per l'ipotesi di inadempimento, della posizione di mero usufruttuario dei beni ereditari del primo istituito e del passaggio della eredità ad altro istituito, comportando il conseguimento dei beni ereditari solo dopo la morte del primo istituito, rimastone frattanto usufruttuario, con il divieto di disporre liberamente, realizzano lo schema del doppio ordine successorio tipico della sostituzione fedecommissaria vietata dall'art. 692 c.c., in quanto le due istituzioni di erede - a favore, rispettivamente, del primo istituito e del sostituito - sono destinate a produrre effetti l'una successivamente all'altra, il sostituito essendo chiamato indirettamente alla successione e venendo, per volontà del de cuius, non in luogo del primo istituito ma successivamente a lui"*.

<sup>407</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 25-26. Attraverso il corretto utilizzo dei tre criteri sopra evidenziati, infatti, la corte avrebbe dovuto escludere che si trattasse di una sostituzione fedecommissaria, andando poi a discernere se la disposizione integrasse una disposizione modale o una fattispecie di sostituzione ordinaria.

<sup>408</sup> M. Lupo, *op. cit.*, 425.

### 5.3. Onere testamentario e mandato post mortem.

Non è certo questa la sede per compiere un'accurata analisi della discussa figura del mandato *post mortem*<sup>409</sup>. Tuttavia, sembra utile quantomeno fornirne un minimo inquadramento, al fine di individuare i criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per distinguere la figura dal *modus* testamentario.

Per mandato *post mortem* (o mandato testamentario) si intendono tutti quegli incarichi, spesso imposti tramite testamento, che hanno ad oggetto l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici da porsi in essere dopo la morte del mandante e in nome e per conto del medesimo<sup>410</sup>. Secondo parte della dottrina, poi, l'incarico non può avere ad oggetto il compimento di atti dispositivi di diritti patrimoniali caduti in successione<sup>411</sup>, per cui incorre nel divieto di patti successori.

Per la giurisprudenza, la differenza fra i due istituti va ricercata nel carattere meramente accessorio della disposizione testamentaria modale, sostenendo che la finalità secondaria e accessoria perseguita dal testatore attraverso il *modus*, rispetto a quella principale che si concreta nell'attribuzione all'onerato, è idonea a escludere la configurabilità del mandato *post mortem*<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> Vedi per tutti, V. Putorti, *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 137 e ss.; A. Dolmetta, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2012, 453 e ss.

<sup>410</sup> Per tutti v. G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 565 e ss.

<sup>411</sup> M. Ieva, *I fenomeni d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, vol. 1, Padova, 1994, 80 e ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 63-64.

<sup>412</sup> Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit., la quale ha ritenuto che il *modus* testamentario si differenzia dal mandato *post mortem* in quanto "la finalità con esso perseguita si pone non già come lo scopo principale e finale avuto di mira dal testatore, rispetto al quale la disposizione testamentaria assolverebbe un ruolo meramente secondario e strumentale, ma come una finalità ulteriore e accessoria, essendo la finalità principale perseguita dal testatore quella che trova la propria realizzazione nell'attuazione della disposizione testamentaria. E tale carattere accessorio vale ad escludere la configurabilità del mandato anche nel caso in cui il contenuto economico del modo sia tale da assorbire tutte le utilità derivanti dalla disposizione testamentaria. In linea di principio, siffatta evenienza, non è, infatti, incompatibile con il modo, mentre la circostanza che l'adempimento dell'obbligo imposto all'erede o al legatario costituisca una finalità non autonoma e distinta, ma accessoria e secondaria,

È evidente, però, che qualora si accolga la tesi, qui sostenuta, della natura autonoma del *modus* testamentario, tale impostazione perde qualsiasi valore. Senza considerare che, si è visto, nel *modus* testamentario – nella maggior parte dei casi – è semmai vera l'impostazione inversa; ossia è l'adempimento del *modus* la vera finalità perseguita dal testatore e l'attribuzione all'onerato è spesso solo il mezzo per raggiungere il fine<sup>413</sup>.

Le differenze sono forse da ritrovarsi altrove.

Partendo, infatti, dal presupposto che il *modus* – inteso quale disposizione autonoma – è molto simile al legato obbligatorio<sup>414</sup>, è agevole sostenere che, da tale punto di vista, il problema di distinguerlo dal mandato *post mortem* viene notevolmente semplificato: l'oggetto del mandato è quello di eseguire un'attività giuridica in nome e per conto del defunto; mentre nel legato e nell'onere l'obbligato agisce in nome proprio<sup>415</sup>.

Coglie nel segno quindi quella giurisprudenza che ha distinto le figure sostenendo che il mandato *post mortem* ha per oggetto, come il *modus*, un'attività da espletarsi dopo la morte del disponente, ma tale attività, contrariamente a quanto avviene nell'onere, deve essere eseguita in nome e per conto del defunto e per il mezzo di beni che non vengono attribuiti all'obbligato<sup>416</sup>.

La dottrina ha poi distinto l'ipotesi di un incarico da eseguirsi in nome proprio dall'obbligato in due ipotesi diverse. La prima, vede il defunto imporre l'adempimento di un obbligo che deve essere espletato dopo la sua morte a vantaggio di un terzo rispetto all'obbligato, ma l'obbligato non riceve

---

*rispetto a quella perseguita con l'istituzione di erede o con il legato, è idonea ad escludere la configurabilità di una pluralità di figure negoziali"*; ma v. anche Cass. 10 agosto 1963, n. 2278, cit..

<sup>413</sup> V. *amplius supra*, n. 2, lett. c).

<sup>414</sup> V. *amplius supra*, n. 4.

<sup>415</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 27-28.

<sup>416</sup> Cass. 10 agosto 1963, n. 2278, in *Foro it.*, 1964, I, 325, la quale ha stabilito che "il mandato *post mortem* ha per oggetto un'attività negoziale da porsi in essere dopo la morte del de cuius in nome e per conto del medesimo, e in relazione a beni non attribuiti al mandatario".

alcunché dalla successione. La seconda, si ha quando l'obbligo deve essere espletato da un erede o da un legatario. Nel primo caso, la disposizione testamentaria deve essere ritenuta nulla, poiché non istituisce né eredi, né legati; non c'è infatti alcun trasferimento dal mandante al mandatario. Nel secondo, invece, la disposizione è valida e deve essere considerata – a seconda dei casi – vuoi un legato obbligatorio, vuoi una disposizione modale<sup>417</sup>.

Parte della dottrina si discosta da tale impostazione ritenendo che nel primo caso è ininfluyente che non ci sia alcuna disposizione attributiva, in quanto il *modus* potrebbe anche essere imposto a prescindere da tale attribuzione. La conclusione, tuttavia, non pare condivisibile<sup>418</sup>.

#### 5.4. *Onere testamentario e mera raccomandazione.*

Il *modus* testamentario deve poi essere distinto, soprattutto nella prassi, dalla semplice “raccomandazione” o dal mero desiderio del testatore. Quest'ultima infatti rappresenta un dovere esclusivamente morale per il beneficiario della disposizione e, quindi, l'esecuzione della prestazione è rimessa interamente alla coscienza del soggetto a cui è rivolta<sup>419</sup>. Il *modus*, invece, è un'obbligazione vera e propria, come tale coercibile<sup>420</sup>.

La questione è stata analizzata dalla giurisprudenza formatasi sotto il codice precedente<sup>421</sup>.

---

<sup>417</sup> In tal senso v. G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 569-570.

<sup>418</sup> M. Garutti, *Il modus testamentario*, cit., 29.

<sup>419</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 537-538; C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 240; G. Vindigni, *Modo (voce)*, cit., 823; F. Degni, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte, II. La successione testamentaria*, cit., 130-131.

<sup>420</sup> Sul punto v. negli stessi termini Trib. Napoli, 19 aprile 1963, in *Foro pad.*, 1964, I, 1059.

<sup>421</sup> V. ad esempio Cass. Firenze 11 maggio 1903, in *Foro it.*, 1903, I, 1044, la quale ha stabilito che “un testatore che adoperi la parola ‘desidero’ non fa una disposizione testamentaria obbligatoria per l'erede, il quale può interpretare la parola come un consiglio e non darvi perciò esecuzione”. E anche App. Venezia 20 giugno 1930, in *Foro ven.*, 1932, 50, la quale ha stabilito che “in questo caso, più che un obbligo giuridico si ha una raccomandazione e nessuna coercizione è ammissibile sia da parte di un terzo, che degli interessati all'eredità”.

È interessante notare che, secondo parte della dottrina<sup>422</sup> e alcune pronunce di merito<sup>423</sup>, la differenza fra l'obbligazione modale e la "raccomandazione" è la stessa che sussiste tra l'obbligazione civile e quella naturale. Da qui si può dedurre che l'adempimento spontaneo della raccomandazione, da un lato, giustifica l'arricchimento del terzo; dall'altro, ai sensi dell'art. 2034 cod. civ., rende inammissibile la ripetizione di quanto sia stato trasferito.

È chiaro comunque che la questione deve essere affrontata caso per caso, cercando di interpretare al meglio la volontà del testatore<sup>424</sup>.

#### *5.5. Onere testamentario e presupposizione.*

Poiché in passato si è ritenuto che l'onere e la presupposizione potessero sovrapporsi<sup>425</sup>, parte della dottrina ritiene utile distinguere il *modus* testamentario anche da questo istituto<sup>426</sup>.

Pare quasi superfluo affermare che la presupposizione (o "condizione implicita", o "inespressa", o "non sviluppata", che dir si voglia) è quella situazione, di fatto o anche di diritto, passata o futura, che – pur senza che le parti ne abbiano fatto menzione nel regolamento negoziale – è stata considerata dalle stesse – nella formazione della volontà negoziale – quale presupposto determinante ai fini della costituzione o dell'estinzione del vincolo negoziale.

---

<sup>422</sup> B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 673.

<sup>423</sup> App. Trieste, 23 novembre 1957, in *Giur. Agr.*, 1958, 636, la quale ha confermato il primo grado.

<sup>424</sup> In questa sede si aderisce all'opinione secondo cui il testamento deve essere interpretato al di là del significato letterale delle parole. Sul punto v. Perego, *L'interpretazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Foro pad.*, 1970, I, 1, 547; P. Trimarchi, *Sull'interpretazione della sostituzione e del «modus»*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1873. L'esigenza di rispettare la volontà del testatore dovrebbe quindi rendere inapplicabili o, quantomeno prevalenti, i criteri oggettivi di interpretazione del contratto *ex artt.* 1366 e ss.

<sup>425</sup> V. soprattutto B. Windsheid, *Diritto delle Pandette*, cit., 232 e ss.

<sup>426</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, cit., 434 e ss.



Si ha quindi presupposizione quando il programma negoziale dipende da un evento obiettivo, la cui esistenza, verifica o cessazione è del tutto indipendente dalla volontà delle parti e quindi non costituisce l'oggetto di alcuna specifica obbligazione<sup>427</sup>.

Tale angolazione, permette, quindi, di differenziare in maniera netta la presupposizione dal *modus* che, lo si è già ripetuto più volte, è un'obbligazione vera e propria<sup>428</sup>. L'onere, infatti, non presuppone nulla, ma impone un'obbligazione in capo all'onerato<sup>429</sup>.

Non solo. I due istituti sono molto differenti anche sotto il profilo funzionale. L'onere non è un presupposto in forza del quale il testatore procede all'attribuzione, ma un'obbligazione che si aggiunge all'attribuzione patrimoniale. Invece, con la presupposizione l'evento considerato entra a far parte, anche se in via implicita, del negozio<sup>430</sup>.

Infine, ovviamente, *modus* e presupposizione divergono anche per quanto riguarda la disciplina<sup>431</sup>. Ad esempio, nella presupposizione, la mancanza del presupposto comporta l'inefficacia del negozio; mentre l'inadempimento dell'onere ne provoca – solo eventualmente – la risoluzione. Ancora: l'onere

---

<sup>427</sup> V., senza alcuna pretesa di esaustività, M. Serio, *Presupposizione (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1986, 294 e ss.; M. Bessone e A. D'Angelo, *Presupposizione (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 236 e ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza più recente v. per tutte Cass. 18 settembre 2009, n. 20245, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 331; Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Giur. it.*, 2008, I, 1134; Cass. 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, 1085; Cass. 11 marzo 2006, n. 5390, in *Contratti*, 2006, 1079; Cass. 22 febbraio 2005, n. 3579, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 467; Cass. 29 settembre 2004, n. 19563, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in generale*, n. 422; Cass. 23 settembre 2004, n. 19144, in *Contratti*, 2005, 329; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1536; Cass. 9 dicembre 2002, n. 17534, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 379; Cass. 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3161.

<sup>428</sup> Il primo a distinguere le due figure è stato C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., 50 e ss.; poi seguito da P. Gelato, *op. cit.*, 389; G. Vindigni, *Modo (voce)*, cit., 825; U. Carnevali, *Modo (voce)*, cit., 688.

<sup>429</sup> Specificamente sulla differenza con la presupposizione v. P. Gelato, *op. cit.*, 389.

<sup>430</sup> V. soprattutto C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., 50 e ss.; P. Gelato, *Modo (voce)*, *op. cit.*, 389; G. Vindigni, *op. cit.*, 825; U. Carnevali, *Modo (voce)*, cit., 688.

<sup>431</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, cit., 436.

illecito o quello impossibile, se non hanno costituito l'unico motivo determinante, non travolgono la validità dell'attribuzione; mentre la presupposizione influisce sempre sulla validità del negozio<sup>432</sup>, o sull'efficacia (quando l'evento è futuro ed assimilabile alla condizione).

---

<sup>432</sup> P. Gelato, *op. cit.*, 389.

## Capitolo II - Alcune problematiche applicative del *modus* testamentario

1. *L'impossibilità della prestazione.* 2. *L'adempimento del modus testamentario.* 3. *Modus testamentario e art. 590 cod. civ.* 4. *Inadempimento del modus e "risoluzione" della disposizione testamentaria.*

### 1. *L'impossibilità della prestazione.*

Per ragioni sistematiche, cercando di seguire il più possibile l'ordine codicistico, è bene esaminare la disciplina dell'impossibilità dell'obbligazione modale, sia essa sopravvenuta o meno.

Il terzo comma dell'art. 647 cod. civ., nella prima parte, in applicazione della regola *vitiatur sed non vitiat*, dispone che "l'onere impossibile o illecito si considera non apposto"; nella seconda, stabilisce che, quando il *modus* impossibile o illecito è, però, il "solo motivo determinante" rende nulla l'intera disposizione (*vitiatur et vitiat*). Quest'ultima sancisce la nullità - e quindi l'inefficacia - della disposizione modale impossibile o illecita<sup>1</sup>.

È interessante notare, però, come entrambe le regole siano state formulate dalla giurisprudenza e dalla dottrina sotto la vigenza del vecchio codice<sup>2</sup>.

Ancora: la prima norma rappresenta una manifestazione del principio *utile per inutile non vitiatur*; mentre la seconda confermerebbe la particolare rilevanza che viene data all'intento del testatore nelle disposizioni a causa di morte<sup>3</sup>.

La norma detta una disciplina pressoché identica a quella di cui all'art. 634 cod. civ., in tema di condizioni impossibile o illecite apposte ad una

---

<sup>1</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 91.

<sup>2</sup> V. *supra*, Capitolo I, 5. *Il Codice Pisanelli del 1865*.

<sup>3</sup> Tale rilevanza si spinge al punto da rovesciare il principio *accessorium sequitur principale*; e ciò non solo nella disposizione in esame, ma anche nel secondo comma dell'art. 648 cod. civ. (in tema di adempimento del *modus*) e in disposizioni che non disciplinano la fattispecie modale come il secondo comma dell'art. 624 cod. civ. (in tema di errore sul motivo), nell'art. 626 cod. civ. (in tema di motivo illecito) e nell'art. 634 (in tema di condizioni impossibile o illecite).

disposizione testamentaria. Tuttavia, i mezzi tecnici per raggiungere tale scopo sono differenti: infatti, l'art. 634 cod. civ. si richiama alla disciplina dell'art. 626 cod. civ. in tema di motivo illecito; mentre si è visto che per il *modus* la disciplina è interamente contenuta nel terzo comma dell'art. 647 cod. civ.<sup>4</sup>.

Parte della dottrina<sup>5</sup> afferma che le regole contenute nel comma in esame siano tendenzialmente analoghe a quelle previste dal primo comma dell'art. 1419 cod. civ., ritenendo quindi che il *modus* costituisca una clausola nel significato con cui il termine viene impiegato nell'art. 1419 cod. civ.<sup>6</sup>. Il *modus* pertanto sarebbe una clausola che, se nulla, estenderebbe il vizio anche alla disposizione principale soltanto nel caso in cui ciò corrisponda all'intenzione del testatore, oppure quando ha costituito il "solo motivo determinante", cioè, utilizzando il linguaggio di cui all'art. 1419 cod. civ. in tema di nullità parziale, quando risulta che il testatore non avrebbe disposto "senza quella parte" (il *modus*, appunto).

### 1.1. Il *modus* quale motivo della disposizione.

Alcuni autori<sup>7</sup>, sotto la vigenza del Codice Pisanelli, avevano qualificato l'onere come la causa della disposizione principale, e tale impostazione è stata seguita da una dottrina minoritaria<sup>8</sup> anche per quanto riguarda il codice vigente. L'onere potrebbe, però, essere qualificato come causa; tuttavia, ad escludere tale parificazione, si osserva che l'impossibilità o l'illiceità di questo

---

<sup>4</sup> S. Pugliatti, *op. cit.*, 543.

<sup>5</sup> E. Perego, *Favor legis e testamento*, cit., 162-163; L. Costanzo, *op. cit.*, 302. In senso critico sull'applicabilità generale dell'art. 1419 cod. civ. alle disposizioni testamentarie v. N. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, cit., 88; B. Biondi, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949, I, 566 e ss.

<sup>6</sup> In maniera esplicita: E. Perego, *Favor legis e testamento*, cit., 162.

<sup>7</sup> C. Scuto, *op. cit.*, 107 e ss.

<sup>8</sup> G. Vindigni, il quale, nel suo *Modo (voce)*, cit., 830, rileva che "la illiceità o la impossibilità del modo rendono nullo l'intero negozio in armonia con la logica del sistema giuridico, in quanto la caduta del modo, che sia motivo unico e determinante, priva concretamente il negozio dell'elemento essenziale della volontà o della causa". V. anche, in generale, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 253.

dovrebbe sempre determinare la nullità della disposizione, mentre, al contrario, quando l'onere non ha costituito il solo motivo determinante, ciò non avviene per espressa disposizione legislativa<sup>9</sup>.

Altra dottrina, ritiene che a volte il *modus* è un semplice elemento marginale della volontà del testatore, che però può essere parificato alla causa<sup>10</sup>. Forse, però, sarebbe più corretto distinguere il *modus* che costituisce l'unico motivo determinante della disposizione, il quale può essere equiparato alla causa (se non sovrapposto alla stessa), da quello che non costituisce il solo motivo determinante e che è un semplice elemento marginale della volontà del testatore.

Secondo altri autori<sup>11</sup>, però, il fatto che il *modus* possa essere l'unico *motivo* della disposizione è la prova della distinzione fra questo e la causa. La causa della disposizione sarebbe sempre quella c.d. testamentaria; mentre il *modus* costituirebbe soltanto un motivo della stessa<sup>12</sup>.

Infine, parte della dottrina ritiene di poter spiegare le norme di cui al terzo comma dell'art. 647 cod. civ. senza necessità di far riferimento alla causa<sup>13</sup>. Ciò poiché l'equiparazione e/o l'identificazione del *modus* con la causa della disposizione principale sarebbe incompatibile con la qualificazione di

---

<sup>9</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 537.

<sup>10</sup> M. Costanza, *op. cit.*, 163-164, secondo cui "causa e modo sono concetti quantitativamente più che qualitativamente distinti, nel senso che il secondo può considerarsi come componente più o meno assorbente del primo, nel quale si riassumono e sintetizzano tutte le ragioni che spingono le parti negoziali a porre in essere un certo atto".

<sup>11</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 536; G. Vindigni, *op. cit.*, 824; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 253.

<sup>12</sup> V., per tutti, anche con riferimento alle disposizioni di ultima volontà, S. Pagliantini, *op. cit.*, 259, secondo cui "il *modus* inseparabile dalla clausola istitutiva (programmata solo in funzione di esso) altro non è se non la ragione che ha indotto il soggetto a porre in essere un certo programma testamentario"; M. Costanza, *op. cit.*, 163; M. Giorgianni, *Causa del negozio giuridico* (Voce), in *Enc. Dir.*, vol. 6, Milano, 1960, 547 e ss. V. anche M. Bianca, *op. cit.*, 365-366, secondo cui "La previsione del modo come motivo unico e determinante della disposizione principale non giunge senz'altro a identificare in esso la causa della disposizione. La disposizione modale trova pur sempre fondamento nella causa successoria", e anche C. Scuto, *op. cit.*, 152.

<sup>13</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 93 e ss., il quale "ripudia qualsiasi interferenza fra questa e l'istituto modale".

questo come disposizione testamentaria autonoma, e quindi con causa autonoma e distinta da quella della disposizione<sup>14</sup>.

Si è già parlato della differenza fra *modus* testamentario e condizione<sup>15</sup>; tuttavia, per ragioni di contiguità, il tema dell'identità fra la norma sancita dall'art. 634 cod. civ. e quella di cui alla prima parte del terzo comma dell'art. 647 cod. civ. viene affrontato in questa sede<sup>16</sup>.

Secondo la dottrina<sup>17</sup>, l'identità delle due norme non implica che i due istituti debbano avere lo stesso inquadramento teorico, e quindi siano entrambi elementi accessori<sup>18</sup>. Inoltre, si ritiene che mentre la norma di cui all'art. 634 cod. civ. è indice della natura accessoria della condizione; la stessa norma in tema di *modus* è il corollario della mancanza di qualsiasi nesso di subordinazione fra questo e la disposizione principale<sup>19</sup>.

Anche in ragione di quanto sopra, un altro punto da affrontare è quello relativo alla parziale identità della norma in esame anche con l'art. 626 cod. civ., ai sensi del quale il motivo illecito, se è stato il solo determinante, rende nulla la disposizione quando risulta dal testamento<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> M. Lupo, *op. cit.*, 633. Anzi per alcuni autori la "normale irrefluenza dell'invalidità del *modus*" è addirittura indice della correttezza dell'impostazione che vede il *modus* come disposizione autonoma (G. Criscuoli, *op. cit.*, 202; M. Garutti, *op. cit.*, 94).

<sup>15</sup> V. *supra*, Capitolo I, Parte Prima, 3. *La distinzione fra onere testamentario e condizione*.

<sup>16</sup> Alcuni spunti, poi, verranno ripresi nelle conclusioni del presente capitolo.

<sup>17</sup> P. Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 49 e ss.; E. Betti, *op. cit.*, 553. In senso contrario, secondo cui "un motivo che sia determinante equivale a condizione", v. A. Cicu, *Testamento*, cit., 207.

<sup>18</sup> Si è già riscontrato che le norme in questione non confliggono con l'autonomia del *modus*. V. *supra*, Capitolo I, Parte Prima, 3. *La distinzione fra onere testamentario e condizione*.

<sup>19</sup> E. Betti, *op. loc. ult. cit.* Lo stesso autore ritiene anche che la nullità della disposizione principale (che si ha quando il *modus* è il solo motivo determinante) è la conseguenza dell'importanza che assume la volontà del disponente nei negozi a causa di morte.

<sup>20</sup> Secondo parte della dottrina, poi, la norma riprende in ambito successorio la regola dettata dall'art. 1345 cod. civ. in tema di motivo illecito comune ai contraenti (v. F. Galgano, *Diritto privato*, 17<sup>a</sup> ed., Torino, 2013, 839; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 838).

Nella Relazione al Re è stato esplicitato che *“la norma sull’onere illecito o impossibile è sostanzialmente un’applicazione dell’altra sul motivo illecito”*<sup>21</sup>, ed è anche vero che il *modus*, in generale, rappresenta una delle modalità con cui i motivi possono entrare a far parte del negozio; tuttavia, la dottrina che si è soffermata ad analizzare la questione ritiene che il *modus* non possa essere assimilato al motivo<sup>22</sup>.

Ciò in quanto, in primo luogo, per espressa previsione normativa, il *modus* può non essere il solo motivo determinante<sup>23</sup>; inoltre, se il *modus* è considerato una disposizione autonoma – e non un elemento accidentale – questo non può essere il motivo, ma se mai occorrerà individuare il motivo della disposizione modale.

La tesi è poco convincente. Infatti, questa ritiene che il terzo comma dell’art. 647 cod. civ. divida i casi in cui il *modus* è il motivo e altri in cui non lo è, ma in realtà la norma divide i casi in cui il *modus* è il *“solo motivo determinante”* da quelli in cui non è *“solo”* e *“determinante”*, ma senza mai affermare che non è il motivo<sup>24</sup>.

A prescindere dalla questione se il *modus* possa essere identificato col concetto di motivo<sup>25</sup>, in sede applicativa si deve solo cercare di individuare i casi in cui l’onere illecito o impossibile può determinare la risoluzione dell’intera disposizione.

Secondo la giurisprudenza che si è occupata del tema, il *modus* è l’unico motivo determinante (e la sua impossibilità o illiceità rendono quindi nulla la disposizione) quando la disposizione testamentaria ha *“carattere strumentale ai fini dell’attuazione dell’onere, talché quella unicamente è voluta dal testatore in*

---

<sup>21</sup> Relazione del Guardasigilli al Re, n. 90.

<sup>22</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 96.

<sup>23</sup> G. Vindigni, *op. cit.*, 824.

<sup>24</sup> Il motivo, infatti, può anche non essere né *“solo”*, né *“determinante”*.

<sup>25</sup> La questione verrà affrontata, seppur da un’angolazione diversa, nella seconda parte del presente capitolo.

funzione essenziale del modo, da lui imposto all'onerato, e della relativa utilizzazione"<sup>26</sup>.

### 1.2. I concetti di "illecito" o "impossibile".

L'individuazione dei corretti significati di "illecito" o "impossibile" non presenta particolari problemi, in quanto pare sufficiente rinviare agli stessi concetti utilizzati in tema di oggetto del contratto dal combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 cod. civ. e, ovviamente, all'interpretazione degli stessi<sup>27</sup>. Pertanto anche l'illiceità del *modus* testamentario è la contrarietà dello stesso a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume; così come l'impossibilità deve essere scissa in "giuridica" e "di fatto"<sup>28</sup>.

La giurisprudenza si è più volte trovata a dover distinguere gli oneri impossibili da quelli possibili<sup>29</sup>. La regola generale, tendenzialmente, è stata quella di ritenere che l'impossibilità che rende nulla la disposizione è soltanto quella assoluta, materiale, obiettiva ed attuale<sup>30</sup> (esistente all'epoca dell'apertura della successione<sup>31</sup>). In alcuni casi, addirittura, l'obbligazione

---

<sup>26</sup> Trib. Genova, 29 febbraio 1952, in *Foro pad.*, 1952, I, 871. V. anche Cass. 28 luglio 1950, n. 2146, in *Foro it.*, 1951, I, 920, secondo la quale la nullità si estende a tutta la disposizione e il fatto che il *modus* sia l'unico motivo determinante può risultare anche *aliunde*. Questa interpretazione renderebbe la norma in esame un'eccezione al principio generale previsto dall'art. 626 cod. civ., secondo il quale il motivo (illecito), per rendere nulla la disposizione, deve risultare dal testamento. In dottrina v. G. Azzariti, *Questioni in tema di devoluzione ereditaria e di legato con onere*, in *Giur. merit.*, 1986, 286 e ss.

<sup>27</sup> In passato, il problema è stato anche affrontato direttamente dalla Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto che i concetti di impossibilità dell'oggetto del contratto e dell'onere testamentario sono uniformi (Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Successione ereditaria*, n. 57). In senso contrario M. Bianca, *op. cit.*, 552, nota 208, ritiene che la nozione di impossibilità del modo debba essere parametrata all'obbligo dell'onerato.

<sup>28</sup> V. G. Caramazza, *Delle successioni testamentarie*, artt. 587-712, Roma, 1973, 326; G. Bonilini, *Dei legati*, cit., 236, e gli esempi *ivi* citati.

<sup>29</sup> Ad esempio, il fatto che le rendite dell'asse non siano sufficienti a sostenere il peso economico del *modus* non rende impossibile l'adempimento della prestazione, in quanto l'erede-onerato aveva accettato senza beneficio di inventario (Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, cit.).

<sup>30</sup> V. Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, cit.

<sup>31</sup> Il tema dell'impossibilità sopravvenuta, invece, verrà affrontato nel prosieguo.



modale divenuta in qualche modo impossibile è stata convertita in una analoga e possibile<sup>32</sup>; in altri si è ritenuto “non-impossibile” l’obbligo che oltrepassava le previsioni del testatore<sup>33</sup>, oppure un onere imposto in condizioni molto particolari<sup>34</sup>. In un caso poi la Suprema Corte ha ritenuto che l’onere “non è impossibile” neppure quando dipende dalla cooperazione di un terzo (salvo che non ci sia un impedimento di carattere legale) e, pertanto, le conseguenze giuridiche del rifiuto del terzo devono ricadere sull’onerato<sup>35</sup>.

Di pari passo, la giurisprudenza si è occupata anche di distinguere gli oneri leciti<sup>36</sup> da quelli illeciti<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> La Suprema Corte ha deciso che la disposizione che impone all’erede di prestare assistenza “morale e materiale” ad un terzo nell’ipotesi di impossibile convivenza fra l’onerato e il terzo dovesse essere convertita in un obbligo di corrispondere un assegno mensile, così che il *modus* non attuabile secondo le disposizioni previste dal testatore, fosse adempiuto nella maniera maggiormente coincidente con quella voluta dal defunto (Cass. 25 febbraio 1981, n. 1154, in *Riv. not.*, 1981, 1117). La dottrina ha ritenuto che, nel caso di specie, la valutabilità economica dell’obbligo di assistenza materiale ha reso possibile la conversione dell’obbligo sancendone la “non-impossibilità” senza quindi determinare la nullità dell’intera disposizione (la nota è di M. Frigenti, in *Riv. not.*, 1981, 1119 e ss).

Stessa cosa per quanto riguarda l’onere di adibire un immobile a “istituto di beneficenza per bambini orfani”. Una volta accertata l’impossibilità fisica di adibire l’immobile ad orfanotrofio, il giudice di merito ha ritenuto che la disposizione dovesse essere interpretata nel senso che l’immobile dovesse essere destinato ad ogni attività, anche culturale, volta a promuovere in qualsiasi modo il miglioramento della condizione degli orfani. La Corte di Cassazione ha confermato tale decisione (Cass. 10 agosto 1982, n. 4478, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 405).

<sup>33</sup> Una pronuncia di merito ha ritenuto infatti che il *modus* consistente nel mantenimento di una persona comprende ogni bisogno in qualsiasi momento necessario per il benessere della persona beneficiata, e quindi l’obbligo non può dirsi impossibile quando tale spesa, a causa dell’aumento del costo della vita, aumenta in maniera tale da superare i limiti indicati dal testatore (Trib. Venezia, 17 aprile 1942, in *Giur. it.*, 1942, I, 2, 301).

<sup>34</sup> Il testatore, socio di una cooperativa immobiliare, era assegnatario di un immobile. Istitutiva erede la cooperativa, ma con l’obbligo di pagare agli altri coeredi (i figli) la rispettiva quota calcolata sul valore dell’appartamento (e non sul valore della partecipazione). Il Tribunale ha ritenuto tale onere “non-impossibile”, in quanto la disposizione modale ben può assorbire tutta l’utilità (Trib. Roma, 9 ottobre 1972, in *Giust. civ.*, 1974, I, 182). La dottrina ha, in parte, criticato la decisione, sostenendo, da un lato, che la disposizione avrebbe dovuto essere qualificata come sub-legato, dall’altro, che il limite del valore della cosa legata avrebbe dovuto essere calcolato sulla partecipazione (G. Bombarda, *Assegnazione per testamento di alloggio di cooperativa con l’onere di pagare pro-quota il valore agli eredi*, in *Giust. civ.*, 1974, I, 185 e ss.).

<sup>35</sup> Cass. 29 aprile 1940, n. 1379, *Foro it.*, 1940, I, 775.

<sup>36</sup> Ad esempio è stato considerato lecito l’obbligo, in caso di vendita di un certo bene, di contrarre con un soggetto predeterminato dal testatore; in quanto tale onere non contrasta con alcun principio di ordine pubblico (occorre tener presente che la disposizione è in realtà un

---

legato obbligatorio, ma la giurisprudenza citata lo considera erroneamente un onere), né con alcuna norma imperativa (art. 1379 cod. civ., compreso), ma anzi comporta il sorgere in capo al terzo di un diritto di prelazione (Cass. 8 febbraio 1986, n. 802, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Successione ereditaria*, n. 87).

La giurisprudenza di merito, poi (salvo qualche eccezione come Trib. Cremona 8 novembre 1948, in *Foro it.*, 1948, I, 116), si è più volte espressa per la liceità dell'onere, in caso di alienazione dei beni ereditati, di preferire i coeredi ai terzi (App. Napoli, 25 luglio 1963, in *Dir. e giur.*, 1964, 538; App. Napoli, 25 febbraio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 89; Trib. Trani, 2 ottobre 1948, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione*, nn. 128 e 129).

La Corte di Cassazione ha ritenuto lecito l'onere di vendere i beni oggetto della disposizione dopo un certo periodo per poi versarne il ricavato ad un terzo (Cass. 1° agosto 1963, n. 2278, in *Foro it.*, 1964, I, 329). La giurisprudenza di merito, su di una fattispecie quasi analoga, ha ritenuto che l'onere di non alienare i beni, non assoluto, ma per un periodo di tempo determinato non urtava con la disposizione di cui all'art. 692 cod. civ. (ora abrogata) che dichiarava nulla ogni disposizione con cui il testatore proibiva di disporre dei beni ereditati, in quanto una volta spirato il termine indicato, si poteva disporre a piacimento dei beni (Trib. Genova, 18 aprile 1952, in *Foro it.*, 1952, I, 1112).

La giurisprudenza di merito ha anche ritenuto lecito l'obbligo di locare un determinato immobile (App. Catania, 8 febbraio 1957, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 211).

Anche l'obbligo per "alcuni membri" di un ente ecclesiastico legatario di risiedere in una determinata località per adempiere a pratiche di culto è stato ritenuto lecito perché non essendo i soggetti specificamente individuati, non limita la libertà individuale (Cass. 11 luglio 1942, in *Foro it.*, 1943, I, 334).

Anche l'obbligo di preservare un determinato rapporto di lavoro subordinato è stato considerato lecito (Cass. 19 novembre 1969, n. 3754, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1441 e App. Firenze, 6 dicembre 1965, in *Foro pad.*, 1966, I, 1149). Allo stesso modo è stato considerato lecito anche l'onere di costituire un determinato rapporto di lavoro (Cass. 2 agosto 1952, in n. 2502, in *Foro it.*, 1953, I, 300).

La Suprema Corte ha stabilito poi che non sono illeciti (poiché non violano gli artt. 27 e 31 della L. n. 6972/1890) le disposizioni modali che impongono ad un ente di beneficenza di dare in comodato gratuito l'immobile legato e di assumere determinate presone (Cass. 3 febbraio 1978, n. 511, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, 207).

<sup>37</sup> La Corte di Cassazione ha invece ritenuto illecito l'onere di recesso da un contratto agrario in favore di un altro coerede in quanto il rapporto agrario era soggetto a vincolo con scadenza posteriore rispetto a quella indicata dal testatore (Cass. 23 maggio 1986, n. 3467, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 118).

Illecito è stato considerato anche l'onere di amministrare i beni legati ad un interdetto, poiché l'art. 356 cod. civ. trova applicazione soltanto nei confronti dei minorenni (Cass. 28 luglio 1950, n. 2146, in *Foro it.*, 1951, I, 919). Stessa cosa quando è previsto l'onere di amministrare i beni di un soggetto capace, questa volta in quanto il potere di amministrare è stato ritenuto inscindibile dal diritto di proprietà (Cass. 2 marzo 1950, n. 513, in *Foro it.*, 1950, I, 836).

La giurisprudenza di merito ha ritenuto illecito l'onere di vendere la nuda proprietà dell'immobile legato dopo un certo numero di anni per violazione dell'ormai abrogato divieto *ex art.* 629 cod. civ. (Trib. Napoli, 19 aprile 1963, in *Foro pad.*, 1964, I, 1059).

La Corte di Appello di Trieste ha ritenuto illecito per violazione dell'art. 549 cod. civ. l'onere di assistenza imposto al legittimario che succede nella sola legittima (App. Trieste, 23 novembre 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1957, voce *Successione testamentaria*, n. 32).

Un discorso a parte deve essere fatto per gli oneri relativi al culto. In generale la giurisprudenza ritiene che tali disposizioni siano illecite soltanto quando si riferiscono a beni immobilizzati permanentemente allo scopo

Infine, si ritiene che se l'obbligazione modale è impossibile o illecita solo in parte, questa dovrà essere eseguita per la parte possibile o lecita<sup>38</sup>.

### 1.3. L'impossibilità (o illiceità) sopravvenuta del *modus testamentario*.

A questo punto occorre analizzare il fenomeno dell'impossibilità (o illiceità) sopravvenuta del *modus*. Oppure, in altre parole, affrontare le problematiche relative a:

- a) quale sia il momento discriminante: se quello in cui il testamento viene redatto o quello in cui si apre la successione; e
- b) quale sia il momento rilevante<sup>39</sup> ai fini dell'applicazione del terzo comma dell'art. 647 cod. civ.: verificare quindi se l'impossibilità (o l'illiceità) debba essere necessariamente anteriore (o coeva) o possa anche essere successiva all'apertura della successione o alla redazione del testamento.

Infatti, da un lato, la norma in esame parla di impossibilità (o illiceità) *tout court* e, dall'altro, il legislatore non ha dettato alcuna norma specifica per l'impossibilità sopravvenuta; pertanto la questione è stata rimessa all'elaborazione dottrinale e alla giurisprudenza<sup>40</sup>. È poi ovvio che l'ipotesi problematica è quella in cui la prestazione diviene impossibile in data successiva alla nascita del rapporto obbligatorio; pertanto, occorre già premettere che il problema è relativo al rapporto obbligatorio, o alla fase

---

di culto, ma sono leciti quando vengono impostati come un onere, in quanto i beni entrano nel patrimonio dell'onereato con un semplice vincolo di carattere personale (Cass. 16 gennaio 1951, n. 96, in *Mass. Foro it.*, 1951, 21; Cass. 30 marzo 1951, n. 699, in *Giur it.*, I, 1, 850; App. Napoli, 31 luglio 1946, in *Dir. e giur.*, 1947, 147).

<sup>38</sup> L. Barassi, *op. cit.*, 419; G. Caramazza, *op. cit.*, 326-327.

<sup>39</sup> Ovviamente potrebbe anche non esserci alcun momento rilevante (L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. Cod. Civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 1992, 266).

<sup>40</sup> L. Gardani Contursi-Lisi, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 773.

esecutiva del rapporto obbligatorio, che dir si voglia, e non attiene quindi al negozio in sé considerato<sup>41</sup>.

La questione è stata dibattuta con riferimento quasi esclusivo all'impossibilità sopravvenuta della prestazione<sup>42</sup>.

Quest'ultima, in ambito contrattuale, determina l'estinzione del rapporto obbligatorio, qualora dipenda da causa non imputabile al debitore; differenziandosi in ciò da quella originaria<sup>43</sup> che invece impedisce il sorgere del rapporto obbligatorio<sup>44</sup>.

La causa è non imputabile quando la prestazione è obiettivamente impossibile, tale obiettività è intesa sia come impedimento che inerisce alla prestazione in se e per se considerata<sup>45</sup>, sia come impedimento che riguarda la persona del debitore: la c.d. "impossibilità soggettiva"<sup>46</sup>.

Sebbene parte della dottrina ritenga che anche per l'impossibilità sopravvenuta, come per quella originaria, debba sussistere il requisito della obiettività, non può non evidenziarsi come non esista alcuna disposizione normativa che confermi con certezza tale presa di posizione.

Secondo la teoria in esame, però, laddove si ripudi il requisito dell'obiettività, si rischia di ridurre l'impedimento ad adempiere alla mera difficoltà della prestazione (*difficultas prestandi*).

È bene tuttavia sottolineare che il concetto di impossibilità soggettiva non possa in alcun modo essere ritenuto coincidente con quello di difficoltà che, come già rilevato, inerisce non tanto all'estensione dell'impedimento, quanto all'intensità dello sfrozo richiesto al debitore per superarlo. Attribuire

---

<sup>41</sup> A. Marini, *op. cit.*, 281.

<sup>42</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine, modali*, cit., 445.

<sup>43</sup> V. per tutti v. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 1005.

<sup>44</sup> Nel caso dell'impossibilità originaria manca una caratteristica della prestazione: la possibilità.

<sup>45</sup> Riferibile pertanto a tutti i debitori e non soltanto a chi deve effettuare la prestazione.

<sup>46</sup> V. Cass. 13 agosto 1990, n. 8249 in *Mass. Giust. civ.*, 1990, 1536.

rilevanza all'impossibilità (sopravvenuta) soggettiva non equivale a legittimare il debitore ad invocare sempre qualsivoglia impedimento personale per liberarsi dalle obbligazioni; infatti ciò è radicalmente escluso dal nostro ordinamento giuridico.

Non sembrano convincere neppure le obiezioni di chi, non riconoscendo l'impossibilità soggettiva, richiama la figura dell'insolvenza, la quale finirebbe con la garantire la liberazione dei debitori poco prudenti o addirittura anche in mala fede.

L'errore è sempre quello di ritenere l'insolvenza avente efficacia liberatoria in ogni caso; infatti, non è così. Occorre sempre tenere a mente che l'impossibilità – anche se soggettiva – deve sempre essere non imputabile, e la mera incapacità finanziaria non può essere considerata tale.

Più che di imputabilità, è preferibile far riferimento all'intensità dello sforzo richiesto al debitore per il superamento dell'impossibilità<sup>47</sup>.

Ammettere la rilevanza anche dell'impossibilità (sopravvenuta) soggettiva, non implica automaticamente che il debitore possa ritenersi liberato con la semplice prova che, con i mezzi a sua disposizione, gli è stato impossibile adempiere<sup>48</sup>.

L'esclusione del requisito dell'obiettività, permette però di non escludere, a priori, dal novero delle cause di impossibilità un'ampia gamma di fattispecie, solo perché l'impedimento è riferibile alla sfera personale del debitore. La nozione di impossibilità non può quindi essere determinata in astratto, ma

---

<sup>47</sup> A. Di Mauro, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Milano, 1992, 98 e ss.

<sup>48</sup> Si pensi al caso del vettore che, pur avendo i propri mezzi distrutti da un incendio, non potrà ritenersi liberato fino a quando non riesca a dimostrare di aver compiuto quello sforzo in cui si risolve il requisito dell'assolutezza per procurarsi in altro modo i mezzi di trasporto (Trib. Napoli, 16 aprile 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 223).

dovrà tenere in considerazione anche il tipo o la natura della prestazione, unitamente a quanto dedotto dalle parti<sup>49</sup>.

Malgrado ciò, la giurisprudenza<sup>50</sup>, però, tende a porre l'accento sulla assolutezza e inevitabilità della causa sopravvenuta.

Chiusa questa breve parentesi, si ritorna a disquisire della fattispecie modale: quanto al punto *sub a)* dottrina<sup>51</sup> e giurisprudenza<sup>52</sup> concordano nel ritenere che l'impossibilità (o illiceità) è originaria quando è esistente al momento di apertura della successione, poiché è in tale momento che sorge l'obbligazione modale. La soluzione, pur condivisibile, comporta necessariamente delle problematiche in tutte quelle situazioni in cui l'impossibilità (o l'illiceità) vengono in essere in un momento successivo alla redazione del testamento, ma precedente alla data di apertura della successione: in tali casi, infatti, dal punto di vista del testatore, l'impossibilità (o illiceità) è sopravvenuta, mentre verrebbe trattata dall'ordinamento come originaria.

Venendo a trattare il punto *sub b)*, ossia quello relativo alla disciplina dell'impossibilità (o illiceità) sopravvenuta, occorre subito precisare che il tema è stato approfondito in occasione - e a causa - di una vicenda che ha interessato sia la dottrina, sia - ovviamente - la giurisprudenza. Il caso merita di essere riportato per sommi capi: il testatore aveva istituito erede la moglie alla quale aveva attribuito anche l'usufrutto su un immobile; mentre aveva

---

<sup>49</sup> U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 462 e ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, 72; P. Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1297.

<sup>50</sup> Pur senza un orientamento univoco v. Cass. 16 agosto 1989, n. 3711, in *Rep. Foro it.*, 1989, *Obbligazione in genere*, n. 31; Cass. 6 marzo 1988, n. 2465, in *Rep. Foro it.*, *Lavoro (collocamento)*, n. 54; Cass. 15 luglio 1987, n. 6224, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 401; Cass. 12 giugno 1987, n. 1543, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 2222.

<sup>51</sup> V. per tutti M. Garutti, *op. cit.*, 107.

<sup>52</sup> Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, cit.

lasciato la nuda proprietà del detto immobile al comune<sup>53</sup>. Quest'ultimo, una volta acquisita la proprietà piena, avrebbe dovuto utilizzare l'immobile per costruire una c.d. condotta sanitaria a beneficio degli abitanti del comune. Infine, nel caso in cui il comune non avesse adempiuto all'onere, il lascito sarebbe spettato ad un orfanotrofio.

Quindici anni dopo la morte del testatore entrava in vigore l'art 4 R.D. n. 2889/23, il quale ha imposto il divieto "ai comuni di istituire condotte sanitarie per la generalità degli abitanti"; l'adempimento dell'obbligazione modale diventava quindi impossibile. Anni dopo moriva anche la moglie (usufruttuaria a vita) e l'orfanotrofio chiedeva al Tribunale di dichiarare la nullità della disposizione a favore del Comune, poiché il *modus*, (ormai) impossibile, costituiva l'unico motivo determinante.

Sia il Tribunale<sup>54</sup>, sia la Corte d'Appello<sup>55</sup> hanno però respinto le domande dell'orfanotrofio e la Corte di Cassazione<sup>56</sup> ha confermato le decisioni. La Suprema Corte ha infatti aderito all'orientamento giurisprudenziale, formatosi sotto l'impero del codice Pisanelli, secondo il quale l'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione modale ne determina l'estinzione, ma fa salva l'attribuzione<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Il testamento statuiva "Lego la mia cascina di Beinette allo scopo che ne destini in perpetuo il reddito tutto intero al medico condotto del comune"; "Il medico condotto adempirà gratis alla cura di tutti gli abitanti del territorio di Beinette, ricchi e poveri essi siano"; "in nessun caso e per nessun titolo voglio che i possidenti paghino al medico condotto la benché minima somma per qualsiasi cura che sia loro fatta"; "voglio che le mie precise volontà siano pienamente e per sempre eseguite". I frammenti del testamento sono presi da M. Allara, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, in *Foro pad.*, 1952, I, 994.

<sup>54</sup> Trib. Cuneo, 29 marzo 1951, in *Tem*, 1952, 41.

<sup>55</sup> App. Torino, 6 maggio 1952, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 55.

<sup>56</sup> Cass. 12 ottobre 1954, n. 3741, in *Foro it.*, 1955, I, 190.

<sup>57</sup> V. *amplius supra* Capitolo I, 5. *Il Codice Pisanelli del 1865*. e in particolare Cass. 25 giugno 1921, in *Giur. it.*, 1921, I, 664; Cass. 14 febbraio 1912, in *Foro it.*, 1912, I, 462. Si rileva poi che l'orientamento era già stato ripreso nella meno conosciuta Cass. 18 gennaio 1951, n. 133, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 97.

Le pronunce hanno suscitato un ampio dibattito in seno alla dottrina, la quale si divise in favorevoli<sup>58</sup> e contrari<sup>59</sup>. Ma ancora, la pronuncia ha permesso alla dottrina e alla giurisprudenza successivi di sviluppare diverse opinioni.

Un primo filone, maggioritario, sia in dottrina<sup>60</sup>, sia in giurisprudenza<sup>61</sup>, segue l'impostazione condivisa dalla Corte di Cassazione nella pronuncia di cui sopra.

Secondo l'orientamento in esame, quindi, per accertare la sussistenza dei requisiti di validità del negozio (testamentario incluso) occorre far riferimento al momento genetico della fattispecie. Nei casi di impossibilità sopravvenuta, quindi, non si può parlare di elemento mancante, ma se mai di una carenza successiva; la quale può soltanto essere causa di risoluzione del negozio, ma non di nullità dello stesso<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> B. Gozzi, *Impossibilità sopravvenuta del «modus» e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 55 e ss.; M. Comba, *Impossibilità sopravvenuta del modo e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Foro it.*, 1955, I, 191 e ss.

<sup>59</sup> F. Carresi, *Trattamento del modus impossibile o illecito che ha costituito il solo motivo determinante della disposizione testamentaria secondo il c.c. del 1865*, in *Temi*, 1952, 41; M. Allara, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, cit., 989 e ss.; B. Biondi, *«Modus» e diritto romano*, cit.; L. Gardani Contursi-Lisi, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., 767 e ss. V. anche M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920.

<sup>60</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 907-908; N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine, modali*, cit., 451 e ss.; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000, 236; C. Giannattasio, *op. cit.*, 260-261; A. Marini, *op. cit.*, 285 e ss.; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 237; F. Maroi, *Delle successioni*, in *Comm. cod. civ.* D'Amelio-Finzi, Firenze, 1941, 773. V. anche G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 859, alla nota 2.

<sup>61</sup> V. da ultima Cass. 16 maggio 2013, n. 11906, in *Riv. not.*, 2013, 4, 995, ma anche la più risalente Cass. 15 ottobre 1954, n. 3741, in *Foro it.*, 1955, I, 190, la quale esplicita che l'impossibilità dell'adempimento del *modus*, venuta in essere dopo l'apertura della successione, indipendentemente da quanto voluto dal testatore, non determina né l'inefficacia, né - tantomeno - la risolvibilità della disposizione testamentaria; ciò anche nei casi in cui il *modus* fosse il "solo motivo determinante". Nel merito, conformi su quest'ultimo punto v. App. Palermo, 6 novembre 1957, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Successione ereditaria*, nn. 203-204; App. Torino, 6 maggio 1952, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 56; Trib. Cuneo, 29 marzo 1951, in *Temi*, 1952, 41.

<sup>62</sup> L'impossibilità sopravvenuta, infatti, è una vicenda del rapporto e non può quindi ripercuotersi sulla validità della disposizione (S. Grassi, *La fattispecie modale*, cit., 213; A. Marini, *op. cit.*, 281); ciò anche in relazione del fatto che si dovrebbe, al massimo, parlare di c.d. "nullità successiva" e l'ammissibilità della categoria è - quantomeno - dubbiosa (v. per tutti R.



La risoluzione, però, nel *modus* testamentario, sempre secondo la teoria in esame, può avvenire soltanto per inadempimento imputabile all'onerato e non per impossibilità sopravvenuta; pertanto oltre che la nullità si deve anche negare la risoluzione della disposizione testamentaria<sup>63</sup>.

Ciò premesso, si argomenta che quando l'obbligazione modale diventa impossibile (o illecita) per causa non imputabile all'onerato, devono trovare applicazione le regole generali, in particolare l'art. 1256 cod. civ.<sup>64</sup>; pertanto si dovrebbe estinguere l'obbligazione modale, lasciando però in essere l'attribuzione patrimoniale a favore dell' (ormai *ex*) onerato<sup>65</sup>.

Tale soluzione troverebbe applicazione sia nei casi in cui il *modus* è stato il "solo motivo determinante", sia in quelli opposti<sup>66</sup>.

Il corollario di quanto appena riportato è - chiaramente - che l'art. 647, terzo comma, non può trovare applicazione quando l'impossibilità o l'illiceità sopravvengono all'apertura della successione.

La teoria sarebbe confermata anche - per analogia - dall'art. 673 cod. civ., il quale, in tema di legato, specifica che, nei casi in cui la prestazione diviene impossibile per causa non imputabile a chi deve effettuare il legato, questi viene liberato<sup>67</sup>. La norma avrebbe una valenza che non dovrebbe essere limitata al caso di specie ivi indicato, in quanto costituirebbe l'applicazione di un principio generale dell'ordinamento, codificato nell'art. 1256 cod. civ., il

---

Scognamiglio, *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.* Saloja-Branca, Bologna-Roma, 1970, 227 e ss.).

<sup>63</sup> V. *amplius*, *infra* 3.

<sup>64</sup> G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 237.

<sup>65</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine, modali*, cit., 451.

<sup>66</sup> A. Marini, *op. cit.*, 286: l'autore però ritiene che l'estinzione della sola obbligazione modale debba avvenire anche nei casi in cui il testatore ha previsto l'inefficacia o - meglio - la risoluzione della disposizione modale, in quanto l'impossibilità sopravvenuta è cosa diversa dall'inadempimento (imputabile) e non rientra nella disponibilità del testatore il decidere cosa debba accadere in tale situazione. In tali situazioni non troverebbe quindi applicazione l'art. 648, secondo comma, cod. civ.

<sup>67</sup> A. Marini, *op. cit.*, 286; M. Comba, *Impossibilità sopravvenuta del modo e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Foro it.*, 1955, I, 193.

quale prevede che il rischio dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile dell'obbligazione non deve mai ricadere sul debitore<sup>68</sup>.

Una parte della dottrina<sup>69</sup> ritiene anch'essa che l'impossibilità sopravvenuta dell'onere non implichi la nullità della disposizione, ma fonda la sua opinione in quella che dovrebbe essere una corretta interpretazione dell'art. 647, terzo comma, cod. civ. Infatti, facendo riferimento all'interesse generale dell'ordinamento, piuttosto che a quello particolare del testatore, soltanto l'onere che già al momento genetico era impossibile o illecito può essere valutato negativamente dall'ordinamento; invece, quando l'impossibilità (o illiceità) è sopravvenuta "dopo la morte del testatore"<sup>70</sup>, l'obbligazione non può essere adempiuta per cause estrinseche alla stessa e, di conseguenza, sarebbe maggiormente in linea con la volontà del defunto il permettere la sopravvivenza della disposizione attributive alla caducazione dell'obbligazione modale<sup>71</sup>. In altre parole, posto che ormai l'obbligazione non può essere adempiuta, occorre determinare a carico di chi debbano essere poste le conseguenze di tale inadempimento<sup>72</sup> e, in applicazione del principio codificato nell'art. 1256 cod. civ., sembra doversi escludere che tali conseguenze (così come il preventivo rischio) debbano essere sopportate dall'onerato.

Venendo ora ad analizzare più nel dettaglio l'opinione della giurisprudenza, in primo luogo, sebbene in *obiter*, la Corte di Cassazione ha, da subito, esplicitato che in tema di impossibilità sopravvenuta della

---

<sup>68</sup> B. Biondi, *Modus e diritto romani*, cit., 76-77, ripreso anche da A. Marini, *op. loc. ult cit.*

<sup>69</sup> A. Marini, *op. cit.*, 284 e ss.

<sup>70</sup> A. Marini, *op. cit.*, 285.

<sup>71</sup> È importante notare che, secondo l'autore, il discrimine fra impossibilità originaria e sopravvenuta è quindi la morte del testatore, con la necessaria conseguenza che l'impossibilità sopravvenuta alla redazione del testamento, ma precedente alla morte del testatore deve essere considerate al pari dell'impossibilità già presente *ab origine*.

<sup>72</sup> E preventivamente su chi va allocato il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della disposizione modale.

disposizione modale, devono trovare applicazione le regole generali in tema di impossibilità dell'obbligazione<sup>73</sup>. Si nota, poi, che l'impossibilità, per determinare la nullità della disposizione, oltre che originaria, deve essere anche assoluta, materiale e obiettiva<sup>74</sup>.

Una pronuncia di merito<sup>75</sup> ha poi confermato che l'impossibilità sopravvenuta del *modus* non può che determinare l'estinzione dell'obbligazione modale: la sopravvenienza dell'impossibilità impedisce di accertare se l'onere sia stato il "solo motivo determinante" della volontà del testatore, o meno.

Questa impostazione, o meglio entrambe le sue sfaccettature, sembrano conseguenze quasi dirette della concezione del *modus* quale elemento accessorio: infatti, secondo tale logica, è perfettamente concepibile che l'elemento accessorio possa venire meno senza alcuna conseguenza sul negozio principale<sup>76</sup>.

Una prima critica mossa alla teoria dominante (ma anche alla sua variante) si basa sul fatto che il terzo comma dell'art. 647 cod. civ. non opera alcuna distinzione fra impossibilità originaria e sopravvenuta, in tal modo ricomprendendo ogni sorta di impossibilità<sup>77</sup>. La norma si limita a ritenere

---

<sup>73</sup> Cass. 18 gennaio 1951, n. 133, cit.

<sup>74</sup> Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, cit.

<sup>75</sup> Trib. Piacenza, 15 febbraio 1995, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Successione ereditaria*, n. 63.

<sup>76</sup> A conferma di ciò, si rileva che, in tema di impossibilità sopravvenuta del *modus* donativo – il quale è pacificamente ritenuto un elemento accessorio – dottrina (v. per tutti G. Capozzi, *op. cit.*, 1591-1592; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 400; e, soprattutto, A. Torrente, *op. cit.*, 612) e giurisprudenza, sia di legittimità (v. per tutte Cass. 22 giugno 1994, n. 5983, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1294; Cass. 17 aprile 1993, n. 4560, in *Foro it.*, 1994, I, 1114; Cass. 2 ottobre 1974, n. 2561, in *Mass. Giust. civ.*, 1974, 10; Cass. 11 febbraio 1958, n. 422, in *Mass. Giur. it.*, 1958, 90; Cass. 30 marzo 1957, n. 1104, in *Sett. Cass.*, 1957, 306; CASS. 21 OTTOBRE 1954, 3946, in *Foro pad.*, 1955, I, 1274) che di merito (App. Lecce, 20 settembre 1957, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1958, 259; App. L'Aquila, 5 giugno 1951, in *Foro pad.*, 1952, I, 198; App. Bologna, 18 maggio 1948, in *Rass. Adv. Stato*, 1949, 58), sono giunte alle stesse conclusioni illustrate nel testo.

<sup>77</sup> L. Gardani Contursi-Lisi, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., 774; M. Garutti, *op. cit.*, 107-108.

sufficiente un determinato rapporto fra la disposizione attributiva e l'obbligazione modale che, quando sussiste, in caso di impossibilità di quest'ultima, determina la nullità della disposizione; inoltre, da un altro punto di vista, il fatto che il testatore abbia previsto una disposizione attributiva con il solo fine di consentire l'esecuzione del *modus* determina già *ex se* che, in caso di impossibilità (anche sopravvenuta), venga meno anche la disposizione, ciò anche in accordo con la volontà del defunto<sup>78</sup>.

Quando il *modus* è il solo motivo determinante, infatti, l'onerato - si è detto - costituisce soltanto lo strumento del testatore per il raggiungimento del suo reale obiettivo (che non è l'attribuzione patrimoniale all'onerato) e deve quindi considerarsi un mero esecutore della volontà testamentaria<sup>79</sup>.

Non è quindi vero che, come si è sostenuto, la "sopravvivenza" della disposizione attributiva permette di salvaguardare almeno in parte la volontà del testatore; anzi, se mai è vero il contrario. Ossia: quando la realizzazione del *modus* (solo elemento determinante) è impossibile (vuoi per impossibilità originaria, vuoi per impossibilità sopravvenuta) non ha senso far pervenire ugualmente i beni all'onerato e, meno che mai, ciò è concorde alla volontà del testatore, che, come abbiamo visto, in tali casi vede l'onerato come un mero esecutore<sup>80</sup>.

Vi è quindi una teoria minoritaria che ritiene applicabile il terzo comma dell'art. 647 cod. civ. anche ai casi di impossibilità sopravvenuta: ciò principalmente perché la norma non contiene alcuna specificazione sul "tipo" di impossibilità dedotta. Pertanto la disposizione deve trovare applicazione sia nei casi di impossibilità originaria, sia in quelli di impossibilità sopravvenuta;

---

<sup>78</sup> M. Allara, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, cit., 992 e ss.; L. Gardani Contursi-Lisi, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., 772 e ss.; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920; G. Vindigni, *op. cit.*, 830; U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 694.

<sup>79</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 107.

<sup>80</sup> L. Gardani Contursi-Lisi, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., 773-774.

con l'ovvia conseguenza che, qualora l'obbligazione modale diventasse impossibile per causa non imputabile all'onerato, in un momento successivo alla genesi dell'obbligo, l'onere dovrebbe considerarsi non apposto, a meno che non fosse il "solo motivo determinante", nel qual caso, renderebbe nulla l'intera disposizione<sup>81</sup>.

Più specificamente, premesso che la norma non contiene nessuna distinzione fra i due tipi di impossibilità, allora - ancora una volta - le conseguenze dipendono dall'attenta analisi della volontà del testatore, volta a stabilire se il *modus* ha costituito o meno il solo motivo determinante dell'attribuzione.

Nel primo caso, quando dall'indagine risulta che il testatore ha effettuato la disposizione soltanto per fornire all'onerato i mezzi per eseguire la prestazione, allora la sopravvenuta impossibilità (o illiceità) di quest'ultima rende nulla anche la parte attributiva della disposizione, in quanto senza il *modus* non sarebbe mai stata effettuata. Nel secondo, ossia quando il testatore avrebbe comunque effettuato la disposizione attributiva, anche in assenza del *modus*, questo si considera non apposto, salvando così l'attribuzione all'onerato, che diventa senza pesi<sup>82</sup>. Si segnala, poi, che in giurisprudenza, la teoria è stata seguita soltanto da un'unica pronuncia di merito<sup>83</sup>.

La teoria appena esposta è soggetta a critiche<sup>84</sup>, poiché pone alla sua base un'equiparazione fra l'impossibilità originaria del negozio e quella sopravvenuta.

---

<sup>81</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 107-108; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 702; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 859 (v. in particolare la nota 3). E anche L. Gardani Contursi-Lisi, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., 773-774; l'autrice però sembra aver cambiato idea nel suo successivo *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 192.

<sup>82</sup> Secondo parte della dottrina, poi, questa è una prova dell'autonomia delle due disposizioni (N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine, modali*, cit., 447).

<sup>83</sup> Trib. Torino, 30 maggio 1951, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, 684.

<sup>84</sup> A. Marini, *op. cit.*, 281-282.

Con specifico riferimento all'ipotesi di *modus* "solo elemento determinante", infatti, non si può estendere la nullità prevista in caso di impossibilità originaria anche ai casi di impossibilità sopravvenuta. Ciò in quanto si assisterebbe a un erroneo accomunamento fra un difetto originario del negozio, a un difetto del rapporto obbligatorio da esso nascente; in ragione di ciò si finirebbe per negare la diversità fra le due situazioni, le quali meritano un diverso giudizio valutativo da parte dell'ordinamento.

Si è infatti sostenuto che, in caso di impossibilità originaria, la nullità è frutto di una valutazione negativa dell'ordinamento rispetto agli interessi del testatore. Nel caso di impossibilità sopravvenuta (o successiva), invece, la situazione è diversa: la valutazione dell'ordinamento c'è già stata e - probabilmente - è stata positiva; occorre invece individuare, una volta divenuta impossibile o illecita la prestazione che originariamente non lo era, su quale soggetto dovrà ricadere il relativo rischio<sup>85</sup>.

Nei casi di impossibilità sopravvenuta, quindi, non si può parlare di elemento mancante, ma se mai di una carenza successiva; la quale non può essere causa di nullità del negozio<sup>86</sup>.

Vi è poi chi, sempre sostenendo che non possa trovare applicazione analogica l'art. 648, secondo comma, cod. civ., ha proposto una soluzione ancora diversa<sup>87</sup>. Quando il *modus* è il solo motivo determinante, il testatore ha - in realtà - manifestato la volontà di collegare inscindibilmente l'attribuzione patrimoniale all'obbligo dell'onerato; da ciò si deduce che in realtà la disposizione non deve essere interpretata come un *modus*, ma come una

---

<sup>85</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine, modali*, cit., 448.

<sup>86</sup> L'impossibilità sopravvenuta, infatti, è una vicenda del rapporto e non può quindi ripercuotersi sulla validità della disposizione (S. Grassi, *La fattispecie modale*, cit., 213; A. Marini, op. cit., 281); ciò anche in relazione del fatto che si dovrebbe, al massimo, parlare di c.d. "nullità successiva" e l'ammissibilità della categoria è - quantomeno - dubbia (v. per tutti R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.* Saloja-Branca, Bologna-Roma, 1970, 227 e ss.).

<sup>87</sup> U. Carnevali, *Artt. 647-648*, cit., 618 e ss.

disposizione sottoposta a condizione risolutiva<sup>88</sup>. Tale qualificazione sarebbe più in linea con la volontà del testatore, soprattutto nei casi in cui questo abbia previsto espressamente la risoluzione per l'inadempimento<sup>89</sup>.

La teoria, riportata soltanto per ragioni di completezza, non sembra tenere in conto il fatto che la disciplina della condizione testamentaria impossibile è analoga a quella del *modus*<sup>90</sup>. Per cui, a parte l'evidente errore alla base del ragionamento<sup>91</sup>, non si vede come l'interpretare la disposizione come condizionata possa contribuire a risolvere la situazione, posto che la condizione risolutiva divenuta impossibile in un momento successivo viene vista come mancata e mai verificabile<sup>92</sup>: il risultato sarebbe quindi analogo alla situazione in cui l'onere si considera non apposto<sup>93</sup>.

Infine, parte della dottrina<sup>94</sup> propone una soluzione che sembra più condivisibile, in quanto più coerente con le peculiarità del *modus* testamentario. L'indirizzo in questione riesce a fornire una soluzione alla problematica, con un'interpretazione coerente con la natura giuridica del *modus*.

---

<sup>88</sup> Nella quale l'evento futuro e incerto sarebbe individuato nella mancata esecuzione dell'obbligazione modale.

<sup>89</sup> V. *infra*.

<sup>90</sup> V. *supra*.

<sup>91</sup> Le differenze fra condizione e *modus* sono chiare. V. *supra*, Capitolo I, Parte Seconda, 3. *La distinzione fra onere e condizione*.

<sup>92</sup> In dottrina, per tutti, v. N. Di Mauro, *La condizione*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, a cura di Bonilini, Milano, 2009, 46-47, e in giurisprudenza Cass. 22 aprile 2002, n. 5871, in *Giur. it.*, 2003, I, 157.

<sup>93</sup> Senza considerare poi che, in dottrina, esiste addirittura un orientamento contrario, secondo il quale l'art. 634 cod. civ. non disciplinerebbe ipotesi di disposizioni condizionate, bensì oneri (L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 54 e ss.; A. Marini, *op. cit.*, 328; A. Cicu, *Testamento*, cit., 141).

<sup>94</sup> M. Proto, *Il modo*, cit., 1238; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920.

L'impossibilità (o illiceità) sopravvenuta della prestazione, quando il *modus* ha costituito il "solo motivo determinante", deve determinare la decadenza dell'onerato dall'attribuzione testamentaria<sup>95</sup>.

A sostegno di tale ragionamento si portano gli artt. 648, secondo comma (in tema di risoluzione della disposizione modale<sup>96</sup>), 626 (sul motivo illecito) e 634 (circa l'illiceità o impossibilità della condizione) cod. civ. e - chiaramente - il terzo comma dell'art. 647 cod. civ., dai quali si evince il ruolo fondamentale che i motivi determinanti del testatore giocano nella fattispecie testamentaria.

Nei casi in cui l'onere è il "solo motivo determinante", infatti, non è l'onere che influenza la liberalità, ma è semmai il contrario: la liberalità esiste soltanto in funzione dell'adempimento del *modus*<sup>97</sup>.

Vi è chi sulla stessa linea di pensiero si è spinto ancora oltre, ritenendo che per decadenza occorre intendere la risoluzione della disposizione modale ex art. 648, secondo comma, cod. civ.<sup>98</sup>. In altre parole, l'impossibilità (o illiceità) sopravvenuta dovrebbe essere considerata come un inadempimento, non imputabile all'onerato, ma che determina ovviamente la risoluzione della disposizione testamentaria modale<sup>99</sup>.

Si anticipa che parte della dottrina, con opinione condivisibile, ritiene quindi che la risoluzione sia quel rimedio da applicare ogniqualvolta il

---

<sup>95</sup> Sul punto occorre rilevare che U. Carnevali, nel suo *Artt. 647-648*, cit., 618 (nota 22), interpretando il pensiero di M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920 e M. Allara, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, cit., 995, ritiene che una volta pronunciata la decadenza, questa dovrebbe avere efficacia *ex nunc*.

<sup>96</sup> V. *infra*, 3. *Inadempimento del modus e "risoluzione" della disposizione testamentaria*.

<sup>97</sup> M. Allara, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, cit., 992 e ss.; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 192. E in un certo senso anche M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 919-920.

<sup>98</sup> M.C. Tatarano, *op. cit.*, 351, il quale riprende e rielabora l'opinione di M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920.

<sup>99</sup> Chiaramente, qualora si propenda per la soluzione - preferibile - che vede il *modus* testamentario risolvibile anche in caso di inadempimento non imputabile all'onerato. Del problema ci si occuperà, però, *infra*, 3. *Inadempimento del modus e "risoluzione" della disposizione testamentaria*; a) *L'imputabilità dell'inadempimento*.



testatore abbia inteso devolvere l'attribuzione patrimoniale all'onerato soltanto al fine di fornirgli i mezzi per adempiere al *modus* (che si è detto essere la quasi totalità dei casi); pertanto la risoluzione deve operare in tutti i casi in cui l'onerato non possa adempiere, anche per causa a lui non imputabile<sup>100</sup>.

In altre parole, ogni qualvolta l'onerato non adempia all'obbligazione modale, anche senza colpa, occorre procedere alla sua sostituzione attraverso la risoluzione<sup>101</sup>. Questo orientamento, in giurisprudenza, pare, però, essere stato seguito soltanto da una sentenza della Corte di Cassazione<sup>102</sup>.

Alcuni autori<sup>103</sup> hanno però obiettato che, se il fondamento della teoria in esame è l'attuazione della volontà del disponente, la teoria non prende in considerazione che l'obbligazione divenuta impossibile, è impossibile anche per il soggetto che si sostituisce all'onerato principale.

La critica coglie nel segno solo in parte; infatti, da un lato, non tiene in considerazione le ipotesi di illiceità sopravvenuta ma, soprattutto, dimentica che ci possono essere dei casi in cui l'inadempimento dell'obbligazione diviene impossibile o illecito soltanto relativamente ad un determinato soggetto<sup>104</sup>. In tali casi, la risoluzione della disposizione, o comunque la sostituzione dell'obbligato possono permettere al *modus* di essere adempiuto.

---

<sup>100</sup> L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 271; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 919-920; M. Allara, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, cit., 995 e ss.

<sup>101</sup> M.C. Tatarano, *op. loc. ult. cit.*; L. Gardani Contursi-Lisi, *op. loc. ult. cit.*; M. Allara, *op. loc. ult. cit.*

<sup>102</sup> Cass. 8 marzo 1958, n. 795, in *Sett. Cass.*, 1958, 174, la quale ha ritenuto che la discrezionalità di cui gode l'autorità giudiziaria nel risolvere la disposizione modale *ex art. 648*, secondo comma, cod. civ., deve essere utilizzata dal giudice per interpretare la volontà del testatore al fine di individuare se, nell'intenzione di quest'ultimo, anche l'inadempimento non imputabile all'onerato debba comportare la risoluzione.

<sup>103</sup> M. Lupo, *op. cit.*, 627; A. Marini, *op. cit.*, 284-285.

<sup>104</sup> Si pensi ad esempio all'onere di utilizzare il bene per una determinata attività, ma l'onerato non ha i requisiti legali per intraprenderla.

Pertanto l'ipotesi preferibile sembra essere quella di distinguere i casi in cui l'impossibilità o l'illiceità<sup>105</sup> sopravvenute sono "relative" da quelle in cui sono "assolute":

- a) nel primo caso, infatti, la sostituzione dell'onerato potrebbe portare all'adempimento, per cui l'ipotesi preferibile è quella della decadenza dall'attribuzione, anche attraverso la risoluzione *ex art. 648*, secondo comma, cod. civ.<sup>106</sup> con subentro dei chiamati in subordine anche nell'obbligazione scaturente dall'onere (art. 677, u.c., cod. civ.);
- b) nel secondo caso, invece, qualsiasi soggetto sia onerato, l'obbligazione non potrà comunque essere adempiuta, per cui l'ipotesi che meglio tutela la volontà del testore è quella di prevedere una caducazione dell'intera disposizione<sup>107</sup>, in modo tale che chi riceva l'attribuzione patrimoniale in luogo dell'onerato, la riceva priva del peso obbligatorio<sup>108</sup>.

Il risultato *sub b)* potrebbe essere raggiunto prevedendo, nei casi in questione, che si debba rendere inefficace anche la disposizione principale e, quindi, l'intera disposizione. Tale inefficacia, però, non deve essere comminata in diretta applicazione dell'art. 647, terzo comma, cod. civ., ma tale norma dovrebbe applicarsi alle fattispecie in esame per analogia<sup>109</sup>; ciò in applicazione del principio ispiratore di quasi tutta la disciplina successoria e che accomuna anche le due ipotesi in esame: il perseguimento della volontà

---

<sup>105</sup> È il caso di precisare che anche l'illiceità può essere relativa, come ad esempio il divieto di esercitare attività d'impresa per il fallito.

<sup>106</sup> In questo senso colgono nel segno M.C. Tatarano, *op. loc. ult. cit.*; L. Gardani Contursi-Lisi, *op. loc. ult. cit.*; M. Allara, *op. loc. ult. cit.*

<sup>107</sup> Probabilmente è in questi termini che M. Giorgianni, nel suo *Il modus testamentario*, cit., 919-920, parla genericamente di "decadenza", ripreso poi da M. Proto, *Il modo*, cit., 1238-1239.

<sup>108</sup> Infatti, il testatore ha effettuato l'attribuzione soltanto per permettere l'adempimento del *modus*. È quindi corretto che, se questo non possa essere adempiuto, l'attribuzione segua le normali regole successorie priva del peso; in questi casi è ovviamente preferibile che il testatore specifichi anche una sostituzione ordinaria.

<sup>109</sup> U. Stefani, *op. cit.*, 844.

del testatore<sup>110</sup>. Ciò, oltre a valorizzare l'autonomia del *modus*, permette di scongiurare la scorretta equiparazione dell'impossibilità originaria con quella sopravvenuta.

Per tali ragioni, anche se accolla sull'onere il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione<sup>111</sup>, l'ipotesi preferibile è quindi quella che prevede, o la risoluzione della disposizione, a seconda del tipo di impossibilità (o illiceità), oppure, per analogia, l'inefficacia dell'intera disposizione testamentaria prevista dall'art. 647, terzo comma, cod. civ. Ovviamente, ciò vale soltanto nei casi in cui il *modus* è stato il solo motivo determinante; negli altri è preferibile optare per la soluzione che applica, sempre per analogia, la norma *ex art. 647, terzo comma, cod. civ.* e, quindi, considerare il *modus* come non apposto.

Si deve, però, aggiungere che, in dottrina, c'è chi si spinge ancora più in là, ritenendo che, in caso di impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione modale, l'intera disposizione dovrebbe essere nulla anche nei casi in cui – almeno in origine – il *modus* non fosse il solo motivo determinante<sup>112</sup>. A parere della dottrina in esame, infatti, il testatore potrebbe benissimo aver istituito un erede o un legatario ai quali ha imposto l'adempimento di un onere, che però non “assume rilievo dominante nella sua volontà”<sup>113</sup> (o, per usare un linguaggio codicistico, non era il “solo motivo determinante”), ma, una volta divenuto impossibile, non vorrebbe comunque che l'onere benefici dell'attribuzione patrimoniale. In altre parole: il testatore potrebbe aver disposto il lascito anche per motivi ulteriori al *modus*, ma non vorrebbe comunque che – in caso di impossibilità – la disposizione rimanga priva del peso.

---

<sup>110</sup> Soltanto a titolo di esempio, si rileva che tale principio, oltre alla norma in esame, ispira, quantomeno, anche gli artt. 626, 634, (l'intero) 647 e 648 cod. civ.

<sup>111</sup> A. Marini, *op. cit.*, 285.

<sup>112</sup> M. Costanza, *op. cit.*, 165 e ss.; M. Garutti, *op. cit.*, 109 e ss.

<sup>113</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 109.

Sembra ragionevole ritenere che anche in questi casi la disposizione attributiva debba essere considerata nulla.

La posizione in esame, pur astrattamente condivisibile, trova i suoi limiti nella prassi: non si vede come possa – nei fatti – l’indagine sulla volontà del testatore distinguere fra *modus* (che non sia “solo motivo determinante”) che – in caso di impossibilità sopravvenuta – sia inteso come essenziale, e quindi determini la nullità della disposizione, da quello inteso dal defunto come non essenziale, e che quindi comporta esclusivamente la caducazione dell’obbligazione modale<sup>114</sup>.

In ogni caso, al di là delle difficoltà pratiche, è possibile ritenere che, tutte le volte in cui il testatore ritenga che l’attribuzione patrimoniale sia inscindibile dal *modus*, questo, in qualche modo, ha costituito il “solo motivo determinante”: pertanto sembra più corretto far ricadere anche l’ipotesi in esame nel normale ambito di applicazione della norma (art. 647, terzo comma, cod. civ.).

Diviene a questo punto di fondamentale importanza distinguere le ipotesi di *modus* “solo motivo determinante” dalle altre: dottrina<sup>115</sup> e giurisprudenza<sup>116</sup> sono tendenzialmente concordi nel ritenere che anche il livello di rilevanza del *modus* possa essere desunto sia dalla scheda testamentaria, sia da elementi esterni, e quindi in giudizio si potranno prendere in considerazione tutti gli atti o fatti (anche a mezzo testimonianze) idonei a individuare la reale volontà del testatore<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> A dire il vero, la dottrina che ha proposto l’interpretazione di cui al testo è ben conscia di tali difficoltà pratiche, ma non di meno sostiene la fondatezza della soluzione a livello teorico.

<sup>115</sup> V. per tutti G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 538-539 e, soprattutto, la Relazione de Guardasigilli al Re, n. 90.

<sup>116</sup> V. Cass. 21 luglio 1950, n. 2146, cit.

<sup>117</sup> Sul punto sembra utile rilevare che la Corte di Cassazione ritiene che l’accertamento sulla volontà del testatore e sul livello di rilevanza del *modus*, così come ogni altra indagine sull’interpretazione testamentaria, siano una questione di fatto e, in quanto tali, se adeguatamente motivate, insindacabili in sede di legittimità; di pari passo tali questioni non

Quanto ai casi in cui il livello di rilevanza del *modus* è desumibile *aliunde* rispetto al testamento, si può pensare, a mero titolo esemplificativo, ai casi in cui l'attribuzione patrimoniale all'onerato appaia del tutto incompatibile con i rapporti defunto/onerato, in modo tale che la disposizione possa essere spiegata soltanto come un'attribuzione disposta esclusivamente per fornire i mezzi necessari all'adempimento dell'onere<sup>118</sup>.

Pur non essendovi criteri precisi, si può comunque affermare che il *modus* è quasi certamente il solo motivo determinante nei casi in cui l'onere assorbe l'intera attribuzione fatta all'onerato. Infatti, in tali circostanze, è quasi ovvio che il testatore non ha in alcun modo inteso arricchire il destinatario della disposizione (che non beneficia di alcun vantaggio economico), ma anzi questo è obbligato ad adempiere l'obbligazione dedotta *sub modo*<sup>119</sup>.

## 2. L'adempimento del *modus* testamentario.

Il tema dell'adempimento del *modus* può essere articolato in tre distinti profili: *i*) l'adempimento vero e proprio; *ii*) la cauzione imponibile all'onerato e *iii*) la coercibilità del *modus* e i soggetti legittimati. Per una più approfondita trattazione, gli argomenti saranno affrontati separatamente.

### 2.1. L'adempimento dell'obbligazione.

Il *modus* - si è visto - è considerato un'obbligazione a tutti gli effetti, per cui ad esso sono applicabili tutte le norme previste per le obbligazioni<sup>120</sup>.

---

sono deducibili per la prima volta di fronte alla Suprema Corte (Cass. 16 aprile 1984, n. 2455, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3183).

<sup>118</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 111.

<sup>119</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 110-111.

<sup>120</sup> Già, sotto l'impero del codice precedente, si esprimeva in tal senso C. Scuto, *op. cit.*, 279 e ss. Per quanto riguarda il codice del '42 v. M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920; A. Marini, *op. cit.*, 242 e ss.; U. Carnevali, *Modo (voce)*, cit., 691; L. Bigliuzzi-Geri, *Successioni*, cit., 137.

Premesso ciò, la prima questione da affrontare è quella relativa al momento in cui sorge l'obbligo per l'onereato.

Secondo una giurisprudenza minoritaria<sup>121</sup>, l'obbligo di adempiere al *modus* sorge nel momento in cui viene aperta la successione, salvo il diritto del testatore di disporre in maniera differente. Invece, l'opinione più corretta – condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>122</sup> e dalla dottrina<sup>123</sup> – ritiene che l'obbligazione modale sorga nel momento in cui l'onereato percepisce il vantaggio di cui alla disposizione. In caso contrario, infatti, l'onereato sarebbe obbligato ad adempiere ancora prima di ricevere i mezzi per farlo, e qualora l'attribuzione patrimoniale diventasse impossibile l'onereato subirebbe un'illegittima diminuzione patrimoniale. Ciò sarebbe in contrasto con gli artt. 671 e 793 cod. civ., i quali – applicabili anche al *modus* – stabiliscono che l'onereato debba adempiere soltanto nei limiti di quanto a lui pervenuto dal testatore<sup>124</sup>.

Per quanto riguarda invece il termine di adempimento del *modus* – in mancanza di un termine fissato dal testatore – la giurisprudenza formatasi sotto l'impero del codice Pisanelli<sup>125</sup> ha ritenuto che gli interessati<sup>126</sup> alla decadenza dell'onereato dal beneficio chiedano al giudice la fissazione di un congruo termine. Successivamente, però, un autore<sup>127</sup> e una pronuncia<sup>128</sup>

---

<sup>121</sup> Cass. 12 maggio 1941, n. 1418, in *Giur. it.*, 1941, I, 1, 754 (anche se sotto l'impero del codice Pisanelli, per l'argomento in questione, i principi sono tendenzialmente analoghi); App. Palermo, 6 novembre 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1957, voce *Successione testamentaria*, n. 20.

<sup>122</sup> Cass. 13 luglio 1950, n. 1498, cit., Cass. 11 luglio 1942, n. 1964, in *Foro it.*, 1943, I, 334; e già Cass. 29 dicembre 1908, in *Foro it.*, 1909, I, 13, la quale ha utilizzato proprio l'impostazione di cui nel testo per distinguere un'obbligazione modale da una disposizione condizionata.

<sup>123</sup> V. per tutti E. Betti, *op. cit.*, 552-553.

<sup>124</sup> A. Marini, *op. cit.*, 244-245.

<sup>125</sup> Cass. 31 dicembre 1919, in *Giur. it.*, 1920, I, 1, 265.

<sup>126</sup> Sul concetto di "interessato" si tornerà più avanti nel presente capitolo.

<sup>127</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 167-168.

<sup>128</sup> Cass. 3 novembre 1988, n. 5958, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 289, la quale ha esplicitato che l'inadempimento del *modus* testamentario è disciplinato dall'art. 648 cod. civ., il quale "non contempla, a differenza dell'art. 645, il ricorso al giudice per la fissazione di un termine".

hanno negato tale possibilità (che oggi è disciplinata dall'art. 645 cod. civ. in materia di condizione sospensiva potestativa), ritenendo che l'art. 648 cod. civ., nel prevedere l'azione di adempimento e quella di risoluzione<sup>129</sup>, ha disciplinato in maniera completa i mezzi per reagire all'inadempimento del *modus*. La soluzione negativa sembra tuttavia troppo drastica.

Una nuova pronuncia<sup>130</sup> e la dottrina successiva<sup>131</sup> ritengono, piuttosto, che si possa domandare all'autorità giudiziaria la fissazione di un termine (ai sensi dell'art. 1183 cod. civ.): e ciò in quanto, risultando l'obbligazione modale di natura complessa e non immediatamente esigibile, non può trovare applicazione il principio "*quod sine die debetur, statim debetur*"<sup>132</sup>.

Chiaramente, per quanto riguarda le modalità di adempimento del *modus*, l'esecuzione dell'obbligazione deve avvenire secondo le modalità previste dal testatore. Le problematiche sorgono, però, nei casi in cui - vuoi anche per circostanze sopravvenute - non è possibile adempiere secondo le precise modalità indicate nel testamento.

Il primo punto da affrontare è quello relativo alla distinzione tra i casi in esame e quelli di impossibilità sopravvenuta<sup>133</sup>. Parte della dottrina<sup>134</sup> ritiene che, sino a quando sono possibili modifiche o adattamenti che non snaturino l'obbligo imposto dal testatore, l'obbligo è ancora realizzabile e, quindi, non si è di fronte ad un caso di impossibilità sopravvenuta; in tali casi, le modalità di esecuzione possono subire delle modifiche. Dello stesso avviso è anche la

---

<sup>129</sup> Di cui si parlerà *infra*.

<sup>130</sup> Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, in *Giust. civ.*, 1998, I, 502; App. Napoli, 17 luglio 1951, *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, 3, 1124, la quale ritiene che il giudice abbia anche il potere di fissare un nuovo termine diverso da quello imposto dal testatore

<sup>131</sup> V. Santarsiere, *Disposizioni del legato con onere. Se il ritardo dell'adempimento possa determinare la risoluzione*, in *Arch. civ.*, 1998, II, 1084; M. Proto, *Il modo*, cit., 1233; G. Bonilini, *Dei legati*, cit., 58 e ss.

<sup>132</sup> Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, cit.

<sup>133</sup> Di cui ci si occuperà nel prosieguo del presente capitolo.

<sup>134</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 118-119.

giurisprudenza<sup>135</sup>, la quale ritiene che l'onerato possa adempiere con le modalità - possibili - che maggiormente si avvicinano alla volontà del defunto. Per far ciò occorre fare riferimento anche a criteri interpretativi sussidiari, quali la cultura media del testatore<sup>136</sup>, oppure il criterio della minore gravosità per l'obbligato *ex art. art. 1371 cod. civ.*<sup>137</sup>.

Anche con riguardo alla problematica in questione assume rilievo la disposizione di cui all'art. 671 cod. civ. (e l'art. 793 cod. civ.): la norma, come noto, prevede 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". Viene utilizzato il termine "onere" e da ciò si ritiene che la norma sia applicabile alle fattispecie modali<sup>138</sup>. Si precisa poi che la norma fa riferimento solo al legatario e, pertanto, anche in relazione alla circostanza che l'onere deve essere considerato un debito ereditario<sup>139</sup>, secondo la dottrina<sup>140</sup> e la

---

<sup>135</sup> V. Cass. 20 aprile 1957, in *Mass. Giur. it.*, 1957, 301, la quale ha deciso che l'onere di celebrare un certo numero di messe all'anno e di tenere perennemente accesa una luce votiva, deve considerarsi adempiuto anche se si è celebrato un numero inferiore di messe e la luce non era tenuta sempre accesa, ma in adempimento di quanto disposto dalla competente sede apostolica. V. anche alcune pronunce di merito come Trib. Venezia, 17 aprile 1942, in *Giur. it.*, 1942, I, 2, 301, cit., la quale, in un caso di obbligo di mantenere un terzo, ha stabilito che l'onerato doveva adempiere anche se la cifra per il mantenimento superava il limite massimo previsto dal testatore; ciò in quanto l'aumento del costo della vita aveva reso il limite incompatibile con l'obbligo di mantenere. E ancora - anche se con riferimento al codice Pisanelli - App. Napoli, 23 novembre 1931, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce *Successione*, n. 138; Trib. Palermo, 30 giugno 1911, in *Rep. Foro it.*, 1911, voce *Successione*, n. 106.

<sup>136</sup> Cass., 10 agosto 1982, n. 4478, cit.

<sup>137</sup> App. Perugia, 6 novembre 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 20.

<sup>138</sup> M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 894; G. Criscuoli, *op. cit.*, 201; L. Costanzo, *op. cit.*, 304-305. Sul punto è utile rilevare poi che anche sotto l'impero del codice Pisanelli, pur in mancanza di una disciplina *ad hoc*, la giurisprudenza era orientata a ricondurre l'adempimento del *modus* entro i limiti di valore di quanto legato (Cass 14 dicembre 1901, in *Giur.it.*, 1902, 311; Cass. 19 novembre 1895, in *Foro it.*, 1896, I, 59 e nel merito App. Ancona, 25 giugno 1904, in *Rep. Foro it.*, 1904, voce *Successione*, n. 51). Stessa cosa vale per la maggioranza della dottrina; per un'attenta disamina dei vari orientamenti, L. Gardani Contursi-Lisi, *Il legato modale*, cit., 598 e ss.

<sup>139</sup> Cass. 29 aprile 1993, n. 5067, cit.

<sup>140</sup> C. Giannattasio, *op. cit.*, 247; A. Marini, *op. cit.*, 247; M. Giorgianni, *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959, 152-153; G. Vindigni, *op. cit.*, 828.



giurisprudenza<sup>141</sup>, l'onerato/erede è per regola generale obbligato anche *ultra vires* con l'unica eccezione dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (c'è infatti chi ritiene che l'art. 671 cod. civ. sia l'equivalente dell'accettazione con beneficio di inventario per il legatario<sup>142</sup>).

Problemi sono sorti anche in relazione al momento nel quale operare la comparazione fra il valore di quanto ricevuto dall'onerato (legatario) e quello dell'obbligazione modale. Per parte della dottrina<sup>143</sup>, occorre fare riferimento al momento di apertura della successione. Al contrario, l'opinione maggioritaria<sup>144</sup> ritiene che la valutazione debba essere effettuata al momento dell'esecuzione dell'obbligazione modale, che può coincidere solo in alcuni casi con l'apertura della successione<sup>145</sup>. Quest'ultima tesi trova il suo

---

<sup>141</sup> Cass. 24 gennaio 1957, n. 234, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, 99; e nel merito App. Lecce, 20 marzo 1958, in *Rep. Giur. it.*, 1958, voce *Successione*, n. 119, App. Napoli 15 luglio 1951, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, 1124; e, sotto la vigenza del codice Pisanelli v. App. Venezia, 10 giugno 1932, in *Foro ven.*, 1932, 568.

<sup>142</sup> A. Cicu, *Testamento*, cit., 245, il quale esplicita che nell'art. 671 cod. civ. "è stabilita quella stessa limitazione che l'erede ottiene soltanto con l'accettazione con beneficio di inventario". In realtà le due disposizioni hanno un diverso fondamento dogmatico: l'accettazione con beneficio d'inventario tiene in qualche modo distinti il patrimonio dell'erede e l'asse ereditario ed è quindi un'eccezione alla regola secondo cui l'erede risponde dei debiti ereditari *ultra vires*. Mentre la norma di cui all'art. 671 cod. civ. è espressione del principio, opposto, di responsabilità *intra vires* del legatario e, poi, non comporta alcuna separazione patrimoniale; infatti, in caso di inadempimento, è ammissibile l'esecuzione su altri beni del legatario a patto che si rispetti il limite di valore (G. Criscuoli, *op. cit.*, 245 e ss.).

<sup>143</sup> A. Cicu, *Testamento*, cit., 246 e ss., a parere del quale la valutazione deve essere fatta al momento di apertura della successione anche per ragioni di opportunità, poiché l'opzione contraria comporterebbe la nascita "di un potere discrezionale del giudice che l'interprete non può creare". La tesi non sembra convincere, non solo perché la valenza teorica di una teoria non può essere compromessa dalle difficoltà di applicazione, ma anche perché non si vede quale collegamento ci sia fra una valutazione difficilmente esperibile e l'attribuzione di un potere discrezionale (se non quello che nei fatti si ritrova in ogni valutazione). Senza considerare poi che la valutazione sarà, nei fatti, espletata a mezzo C.T.U., e quindi anche con il pieno contraddittorio fra le parti.

<sup>144</sup> G. Criscuoli, *op. cit.*, 320; C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 175; A. Marini, *op. cit.*, 248-249; S. Pugliatti, *op. cit.*, 570; U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 693.

<sup>145</sup> Si segnala l'opinione di U. Carnevali, *op. loc. ult. cit.*, il quale ritiene che la soluzione prospettata non sia preferibile soltanto per ragioni equitative, ma anche in quanto più in linea con l'intenzione del legislatore. Infatti, in caso di distruzione dei beni prima del momento dell'esecuzione, l'onerato sarebbe automaticamente liberato dall'onere; stessa cosa per i beni che si sono usurati durante il detto periodo.

fondamento teorico in due argomenti. Il primo riguarda la mancata inclusione nel codice dell'art. 248 del progetto preliminare al nuovo codice<sup>146</sup>: si è infatti ritenuto che la soppressione e la mancata riproduzione lascino intendere che il legislatore ha aderito al principio opposto. La seconda trova fondamento nell'art. 438 cod. civ., che, nel precisare il contenuto dell'obbligo alimentare del donante, fa espresso riferimento al "valore della donazione *tuttora* esistente nel suo patrimonio"; la norma deve essere applicata anche al *modus*, in quanto la *ratio* è identica<sup>147</sup>.

Un Autore<sup>148</sup>, poi, propende per una terza opzione, secondo la quale il giudizio di comparazione fra il valore della disposizione e quello del *modus* deve variare a seconda dei casi, in modo da essere sempre quello che consente l'integrale esecuzione dell'obbligazione modale<sup>149</sup>. La tesi, pur essendo quella più in linea con la volontà del testatore, non pare condivisibile: infatti, per salvaguardare l'esecuzione del *modus*, sacrifica la posizione dell'onere che, in alcuni casi, subirebbe un'illegittima diminuzione patrimoniale. E ciò è proprio quello che l'art. 671 cod. civ. intende evitare.

In conclusione, l'opinione preferibile sembra essere quella che la valutazione debba essere effettuata al momento dell'esecuzione del *modus*. Questa è, infatti, quella più in linea con lo scopo dell'art. 671 cod. civ., che è quello di evitare che l'onere (legatario) subisca una diminuzione patrimoniale<sup>150</sup> in ragione dell'onere. La finalità non sarebbe raggiunta se si

---

<sup>146</sup> Per una più agevole comprensione se ne riporta il testo: "La prestazione del legato, se il legato è puro e semplice, è dovuta dall'erede all'onere fin dal momento in cui egli può richiedere il legato a lui fatto" (*Progetto preliminare (art. 248)*, in *Codice civile, libro successioni e donazioni, Progetto e relazione*, Roma, 1939).

<sup>147</sup> A. Marini, *op. cit.*, 245-249.

<sup>148</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 125-128.

<sup>149</sup> L'autore si occupa anche di differenziare i casi in cui il *modus* è il "solo motivo determinante" dagli altri, in modo da valutare quale sia la soluzione che consente l'esecuzione del *modus*, tenendo conto anche dell'art. 648 cod. civ. in tema di impossibilità del *modus*.

<sup>150</sup> Diminuzione che ovviamente sussiste ogni qual volta il peso imposto sia superiore al beneficio ricevuto.

operasse la valutazione sempre al momento dell'apertura della successione: nel caso in cui il valore mutasse successivamente, infatti, l'onerato si troverebbe obbligato ad un adempimento che - di fatto - esorbita dai limiti di quanto attribuitogli, contravvenendo quindi alla norma di cui all'art. 671 cod. civ.<sup>151</sup>. È altresì vero che, nel caso opposto, l'onerato si troverebbe ad avere un vantaggio inaspettato; tuttavia tale eventualità non sembra influire su quanto appena affermato.

Una volta appurato ciò, occorre domandarsi cosa accade al *modus* quando l'obbligazione modale - unica e indivisibile - supera il valore di quanto attribuito all'onerato.

Anche su questo punto le soluzioni prospettate sono state diverse. Secondo alcuni autori<sup>152</sup>, ciò determinerebbe un'impossibilità della prestazione, con conseguente applicazione dell'art. 647 cod. civ.<sup>153</sup>. Altri<sup>154</sup>, invece, ritengono che l'obbligazione indivisibile dovrebbe essere convertita in pecuniaria e, in quanto tale, rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 671 cod. civ. Infine, c'è chi ritiene che in tali casi debba trovare applicazione, in via analogica, il secondo comma dell'art. 560 cod. civ., il quale prevede le modalità di reintegrazione<sup>155</sup> della legittima quando questa è violata da un legato o da una donazione di immobile indivisibile<sup>156</sup>.

La prima soluzione è stata criticata in quanto comporterebbe un ingiustificato vantaggio all'onerato; mentre la seconda poiché integrerebbe una *datio in soltum*, e in quanto tale potrebbe estinguere l'obbligazione soltanto se accettata dal creditore (cioè il beneficiario del *modus*), e quindi opererebbe

---

<sup>151</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 121-122.

<sup>152</sup> A. Marini, *op. cit.*, 253; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 682.

<sup>153</sup> Per quanto riguarda il tema specifico, con particolare attenzione all'impossibilità sopravvenuta, v. *supra*.

<sup>154</sup> A. Cicu, *Testamento*, cit., 321 e ss.

<sup>155</sup> Il tema dell'azione di riduzione e disposizione modale verrà affrontato ampiamente *infra* nel presente capitolo.

<sup>156</sup> G. Criscuoli, *op. cit.*, 322.

soltanto in questo caso<sup>157</sup>. L'ultima soluzione, invece, potrebbe trovare applicazione nei casi in esame, in quanto norma squisitamente "tecnica": disciplina, infatti, le modalità pratiche di "adattamento" di una disposizione per renderla eseguibile<sup>158</sup>.

Probabilmente, però, il secondo comma dell'art. 560 cod. civ., anche se norma tecnica, è difficilmente applicabile all'obbligazione modale<sup>159</sup>. In primo luogo perché si riferisce soltanto agli immobili, ma, anche ammettendo che possa essere applicato a tutti i beni, la regola presuppone l'esistenza di soggetti e/o diritti che possano compensare la differenza di valore.

A ben vedere, quindi, l'opinione preferibile sembra essere quella di chi ritiene l'obbligazione modale *ultra vires* impossibile<sup>160</sup>. In tali casi, poi, non è neppure vero che l'onerato acquisisce un vantaggio ingiustificato: infatti, (ex art. 647, comma 3, cod. civ.) quando il *modus* è stato "il solo motivo determinante" della disposizione e l'obbligazione è impossibile, l'onerato perderà qualsiasi vantaggio<sup>161</sup>. Il vantaggio per l'onerato si avrà quando l'onere non è stato il solo motivo determinante, ossia quando il testatore intendeva anche beneficiare l'onerato; per cui, in ogni caso, il vantaggio non è comunque "ingiustificato".

Infine, la dottrina ritiene che l'onere, come ogni altra obbligazione, possa essere adempiuto anche da un soggetto terzo, con effetto liberatorio per l'onerato<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 122; G. Criscuoli, *op. cit.*, 221.

<sup>158</sup> M. Garutti, *op. loc. ult. cit.*; G. Criscuoli, *op. loc. ult. cit.*

<sup>159</sup> Occorre rilevare che chi sostiene la teoria in esame la ritiene applicabile soltanto al *modus* che non è il "solo motivo determinante", e ciò per salvaguardare la volontà del testatore. Ritiene invece che il *modus* esorbitante rispetto al lascito debba essere considerato impossibile quando è stato il "solo motivo determinante" della disposizione (M. Garutti, *op. cit.*, 127-128).

<sup>160</sup> B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 682; A. Marini, *op. cit.*, 253.

<sup>161</sup> V. *supra*, n.1.

<sup>162</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 914.

## 2.2. La cauzione a garanzia dell'adempimento.

La cauzione accompagna l'adempimento del *modus* fin dalle sue origini. Abbiamo infatti visto come nel diritto romano classico, in assenza di un'apposita azione, l'adempimento dell'onere poteva essere coercito soltanto tramite *fictio* e con l'apposizione della cauzione; soltanto in un periodo successivo al *modus* è stata garantita una tutela propria, ed è quindi venuta meno la necessarietà della *cautio*<sup>163</sup>.

Tuttavia, l'imposizione di una cauzione – pur non necessaria – può agevolare l'adempimento del *modus*; tanto è vero che – sotto l'impero del codice Pisanelli – dottrina e giurisprudenza si erano interrogate sulla possibilità di imporre una cauzione<sup>164</sup>.

Il codice vigente ha risolto definitivamente la questione<sup>165</sup>; infatti il secondo comma dell'art. 647 cod. civ., quando il testatore non ha diversamente disposto, prevede il potere del giudice di imporre una cauzione all'onerato “qualora ne ravvisi l'opportunità”<sup>166</sup>. Secondo la giurisprudenza, argomentando dal presupposto che la norma prevede facoltà per il testatore di disporre diversamente, quest'ultimo ha facoltà sia di vietare che venga imposta la cauzione all'onerato<sup>167</sup>, sia di prevedere l'imposizione della stessa<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> V. *supra* Capitolo I, Parte Prima, 2. La cauzione quale elemento “quasi” necessario e la tutela dell'onere.

<sup>164</sup> V. *supra* Capitolo I, Parte Prima, 6. Il Codice Pisanelli del 1865.

<sup>165</sup> G. Musolino, *Il legato modale e l'inadempimento del modus*, in *Riv. not.*, 2013, 1001; M. Lupo, *op. cit.*, 510; M. Costanza, *op. cit.*, 167; U. Carnevali, *Modo (voce)*, *cit.*, 691.

<sup>166</sup> La soluzione è in linea con le norme di cui agli artt. 639 (in tema di disposizione sottoposta a condizione risolutiva) e 640 (in tema di legato sottoposto a condizione sospensiva) cod. civ. V., sul punto, la Relazione del Guardasigilli al Re, *cit.*, n. 315 e, in dottrina, L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, *cit.*, 228, la quale ritiene che la norma in esame costituisce il seguito e l'ultima propaggine delle garanzie a tutela delle disposizioni di ultima volontà; v. anche G. Brunelli e C. Zappulli, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, 379.

<sup>167</sup> App. Lecce, 29 luglio 1963, in *Corti Bari*, 1964, 262.

<sup>168</sup> Cass. 21 febbraio 2007, n. 4022, *cit.*

Parte della dottrina ritiene che la norma garantisca ampia autonomia all'autorità giudiziaria, la quale, oltre che decidere se imporre o meno la cauzione, può – di conseguenza – decidere liberamente anche in merito all'*an* e al *quantum* della stessa; non solo: sembra che il giudice possa scegliere anche quale tipologia di garanzia imporre<sup>169</sup>. Sul punto, c'è però chi ritiene – e sembra potersi concordare – che in tali casi sia applicabile l'art. 1179 cod. civ.<sup>170</sup>, ai sensi del quale chi deve prestare una garanzia “può prestare a sua scelta un'idonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficiente cautela”.

In ogni caso, l'ammontare della cauzione deve – chiaramente – essere parametrato non tanto al valore dell'eredità (o quota di essa) o del legato, ma all'obbligazione modale; in altre parole deve essere “idonea”<sup>171</sup> e deve coprire sia il capitale, sia i frutti (civili e/o naturali)<sup>172</sup>.

Secondo la dottrina poi, l'art. 1179 cod. civ. permetterebbe all'autorità giudiziaria, *ex art. 86 dip. att. c.p.c.*<sup>173</sup>, di configurare la cauzione come garanzia reale, e quindi essa potrebbe tradursi in un pegno o in un'ipoteca, oppure in una garanzia personale, come ad esempio una fideiussione o il deposito di titoli di credito (o somme di denaro)<sup>174</sup>. L'unico limite alla discrezionalità giudiziale sembra essere quello di non sottrarre completamente

---

<sup>169</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 647; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 247.

<sup>170</sup> V. per tutti A. Di Majo, *Le modalità dell'obbligazione*, Bologna, 1986, 513.

<sup>171</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 463, secondo cui l'idoneità deve essere valutata in analogia a quanto disposto agli artt. 639, 640, primo comma, e 1179 cod. civ.

<sup>172</sup> G. Brunelli e C. Zappulli, *op. cit.*, 379.

<sup>173</sup> Ai sensi del quale, salvo diversa disposizione dell'autorità giudiziaria, la cauzione “deve essere prestata in danaro o in titoli del debito pubblico nei modi stabiliti per i depositi giudiziari”.

<sup>174</sup> G. Brunelli e C. Zappulli, *op. loc. ult. cit.*, secondo i quali la cauzione deve essere prestata in danaro o titoli soltanto in via suppletiva, quando il giudice non ha disposto in altra maniera.

all'onerato quanto ricevuto dal testatore<sup>175</sup>, o comunque evitare che la garanzia renda, anche in via di fatto, impossibile l'adempimento del *modus*.

Secondo alcuni autori<sup>176</sup>, poi, la garanzia deve essere prestata in favore di alcuni soggetti che sono gli "interessati all'adempimento" di cui al primo comma dell'art. 648 cod. civ.<sup>177</sup>.

L'utilità della nuova disciplina, e di conseguenza della cauzione, secondo l'intenzione del legislatore<sup>178</sup> e parte della dottrina<sup>179</sup>, si ha quando il *modus* deve essere adempiuto in un momento successivo rispetto all'apertura della successione. Anzi, parte della dottrina<sup>180</sup> e della giurisprudenza di merito<sup>181</sup> sostengono che la cauzione possa essere imposta soltanto nei casi in cui l'adempimento dell'obbligazione modale è spostato o dilazionato, nel tempo, in quanto il *modus* che deve essere adempiuto immediatamente trova tutela nell'azione di adempimento *ex art. 648 cod. civ.*<sup>182</sup>.

Inoltre, sempre a parere del legislatore<sup>183</sup> (a cui si sono accodati alcuni autori<sup>184</sup>), la cauzione è utile nei casi in cui il defunto ha previsto – ai sensi del secondo comma dell'art. 648 cod. civ. – che, in caso di inadempimento dell'obbligazione modale, la disposizione debba essere risolta.

---

<sup>175</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 464.

<sup>176</sup> F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 190.

<sup>177</sup> Il tema degli interessati verrà affrontato ampiamente nel prosieguo del presente capitolo.

<sup>178</sup> Relazione del Guardasigilli al Re, cit., n. 315.

<sup>179</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 541; W. D'Avanzo, *Delle successioni*, cit., 733; M. Lupo, *op. cit.*, 510.

<sup>180</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 320 e ss.

<sup>181</sup> App. Napoli, 15 luglio 1951, cit.

<sup>182</sup> *Amplius infra*. Si ricorda poi che l'opinione prevalente ritiene applicabile l'art. 749 cod. civ. ai casi in cui il testatore non ha disposto alcun termine per l'adempimento.

<sup>183</sup> Relazione del Guardasigilli al Re, cit., n. 315.

<sup>184</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 541; W. D'Avanzo, *Delle successioni*, cit., 733-734; M. Lupo, *op. cit.*, 510.

Pertanto, la disposizione in esame, da un lato, assicurerebbe l'adempimento del *modus*<sup>185</sup>; dall'altro, tutelerebbe gli interessi<sup>186</sup> di coloro i quali beneficerebbero dell'attribuzione patrimoniale in caso di risoluzione per inadempimento dell'obbligazione modale *ex art. 648*, secondo comma, cod. civ.<sup>187</sup>.

Malgrado tali possibilità di utilizzo, ad oggi, oltre che in poche pronunce di merito<sup>188</sup>, pare che il tema della cauzione sia stato affrontato dalla Corte di Cassazione soltanto una volta<sup>189</sup>. Tale dato negativo porta a ritenere che, probabilmente, l'istituto non venga molto usato, o comunque che la giurisprudenza sia molto restia ad imporre cauzioni<sup>190</sup>. Ciò pare in controtendenza con l'intenzione del legislatore, il quale ha previsto addirittura una disciplina processuale *ad hoc* per l'apposizione della cauzione<sup>191</sup>.

---

<sup>185</sup> U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 691; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 233 e 246.

<sup>186</sup> Secondo alcuni autori si tratterebbe quindi di un' "aspettativa giuridicamente tutelata" (F. Cirillo, *op. cit.*, 1088, il quale usa proprio l'espressione citata).

<sup>187</sup> L. Barassi, *op. cit.*, 419; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 246.

<sup>188</sup> App. Napoli, 15 luglio 1951, cit., App. Lecce, 29 luglio 1963, cit.

<sup>189</sup> Cass. 21 febbraio 2007, n. 4022, cit., con la quale la Suprema Corte ha stabilito che al giudice di merito "è rimessa la valutazione della stessa opportunità di disporre la garanzia anzidetta, con ciò concretizzando l'esercizio di un potere discrezionale al riguardo, che, in quanto tale, se adeguatamente motivato, non è sindacabile in sede di legittimità".

<sup>190</sup> Tanto è vero che la Suprema Corte, nel caso citato, è stata chiamata a pronunciarsi proprio in un caso in cui la corte territoriale aveva respinto la richiesta di imporre una cauzione all'onerato.

<sup>191</sup> Si fa riferimento ai primi tre commi dell'art. 750 c.p.c., ai sensi dei quali l'istanza per l'imposizione della cauzione può essere proposta davanti al giudice chiamato a decidere sulla disposizione o sulla successione o "quando non vi è giudizio pendente, con ricorso al presidente del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione".

Proposto il ricorso, poi, "Il presidente fissa ... l'udienza di comparizione del ricorrente e dell'erede o legatario davanti a sé" e, a tale udienza, dopo aver ascoltato le parti, se decide di accogliere il ricorso, con ordinanza, "stabilisce ... le modalità e l'ammontare della cauzione".

Contro l'ordinanza è, poi, "ammesso il reclamo al presidente della corte d'appello a norma dell'articolo 739" (e quindi nel termine perentorio di dieci giorni che decorrono "dalla comunicazione" se il provvedimento è "dato in confronto di una sola parte", "dalla notificazione, se è dato nei confronti di più parti").

Davanti al Presidente della Corte d'Appello il procedimento segue le stesse modalità delle prime cure: quest'ultimo "provvede con ordinanza non impugnabile, previa audizione degli



Forse è proprio in conseguenza del – quantomeno – raro utilizzo della cauzione nel *modus* che la dottrina non ha approfondito la figura<sup>192</sup>. Soprattutto non è stata fornita una risposta certa alla problematica della natura della cauzione: non è chiaro se questa abbia la finalità di indurre l'onerato all'adempimento, o se abbia natura di garanzia per i danni da inadempimento<sup>193</sup>.

Probabilmente l'ipotesi più corretta è che la cauzione abbia duplice natura<sup>194</sup>: quando viene imposta ha sicuramente la funzione preventiva di spronare l'onerato all'adempimento del *modus*<sup>195</sup>. Allo stesso tempo, può fungere da garanzia e, quindi, da liquidazione anticipata, per i danni scaturenti dall'eventuale inadempimento del *modus*<sup>196</sup>; in tal modo svolge anche una funzione repressiva e sanzionatoria<sup>197</sup>.

In tale ottica, la cauzione offre una “tutela indiretta preventiva”<sup>198</sup> all'adempimento e, quindi, ai soggetti che beneficiano del *modus*.

---

interessati”.

Occorre però rilevare che la norma non chiarisce chi sia legittimato attivamente a proporre il ricorso (o l'istanza), e probabilmente i legittimati dovrebbero essere: a) i beneficiari del *modus* e b) coloro i quali, in seguito all'inadempimento del primo onerato e all'eventuale risoluzione, diventeranno onerati in seconda chiamata. Inoltre, sembra che la categoria debba ampliarsi fino a ricomprendere tutti quegli “interessati” di cui all'art. 648 cod. civ.; tale tematica verrà però approfondita più avanti.

<sup>192</sup> A. Cicu, *Testamento*, cit., 207.

<sup>193</sup> A. Cicu, *op. loc. ult. cit.*

<sup>194</sup> Parte della dottrina preferisce usare il termine “funzione” (N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 461-462).

<sup>195</sup> A. Cicu, *Testamento*, cit., 207; M. Garutti, *op. cit.*, 115.

<sup>196</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 910; M. Garutti, *op. cit.*, 115.

<sup>197</sup> Sembra utile un breve raffronto con la caparra confirmatoria, la quale ha la funzione di dimostrare la serietà con la quale il contratto viene stipulato: similmente può avere anch'essa funzione risarcitoria, ma anche sanzionatoria o repressiva (P. Fava, *Il contratto*, Milano, 2012, 1794-1795).

<sup>198</sup> M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 899-900, secondo cui la cauzione quale “tutela indiretta preventiva” va ad affiancarsi ad altri tipi di tutela che sono: i) quella “indiretta sanzionatoria”, ovvero la risoluzione della disposizione *ex art. 648*, secondo comma, cod. civ. e ii) quella “diretta” garantita dall'azione di adempimento ai sensi del primo comma dello stesso articolo.

La dottrina si è occupata invece delle conseguenze scaturite dalla mancata prestazione della cauzione ordinata dal giudice. Parte di essa<sup>199</sup> ritiene applicabile il secondo comma dell'art. 641 cod. civ., e quindi sostiene che, in caso di mancata prestazione della cauzione, debba essere nominato un amministratore scelto *ex art.* 642 cod. civ.; ciò in quanto nella situazione in esame si ravvisa la stessa *ratio* posta a fondamento dell'art. 641 cod. civ.

Altri autori, invece, si sono detti contrari a tale ipotesi, poiché sarebbe la norma stessa a limitare la propria applicabilità alle garanzie previste dagli artt. 639 e 640 cod. civ.<sup>200</sup>. Inoltre, nel *modus* testamentario non si ravviserebbero quelle stesse esigenze di conservazione dell'asse ereditario (o di parte di esso), in caso di legato o istituzione di erede sottoposti a condizione sospensiva, che fondano la disciplina dell'art. 641 cod. civ.<sup>201</sup>.

Pertanto, la tesi contraria all'applicazione dell'art. 641 cod. civ. si fonda su due assiomi: *i)* in primo luogo, la norma prevista dal secondo comma dell'articolo avrebbe natura eccezionale, e quindi sarebbe insuscettibile di applicazione analogica; *ii)* il fatto che nel *modus* non si ravvisino (sempre) esigenze di conservazione dell'asse, porrebbe il successore sotto condizione sospensiva in una situazione peggiore, rispetto a quella del beneficiario della disposizione modale<sup>202</sup>.

Fra i contrari, si sostiene che la conseguenza della mancata prestazione della cauzione sia quella di legittimare immediatamente all'azione di adempimento *ex art.* 648, primo comma, cod. civ.; in altre parole: il rifiuto dell'onerato autorizza i soggetti legittimati<sup>203</sup> ad agire subito per

---

<sup>199</sup> C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 246-247.

<sup>200</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 321.

<sup>201</sup> M. Di Marzio, *Elementi accidentali*, in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza, Le successioni*, III, *Successioni testamentarie*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, 223.

<sup>202</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 647.

<sup>203</sup> I soggetti sono gli stessi legittimati a chiedere l'adempimento del *modus ex art.* 648 cod. civ. (v. anche M. Giorgianni, *Il modus Testamentario*, cit., 918).

l'adempimento, in quanto tale comportamento lascerebbe intendere che questi non sia "*intenzionato ad adempiere*"<sup>204</sup>. Altri autori sostengono invece che in tale situazione gli interessati possano chiedere il sequestro conservativo, ai sensi dell'art. 2905 cod. civ., di quanto lasciato all'onerato, ossia di avvalersi dei mezzi ordinari che l'ordinamento offre a tutela del creditore nell'ipotesi in cui si abbia il fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito<sup>205</sup>.

Queste ultime tesi non sembrano persuasive. La prima per due ragioni: da un lato, se l'adempimento dell'onere è periodico o differito nel tempo, non si vede come si possa agire per l'adempimento; dall'altro, poi non è (sempre) vero che il rifiuto di prestare garanzia determini (o sia analogo) al rifiuto di adempiere. La seconda, ossia il sequestro del lascito, pare certamente esperibile, ma con alcune precisazioni: innanzi tutto il sequestro potrebbe essere ottenuto indipendentemente dalla mancata prestazione della garanzia; tuttavia sarebbe un rimedio utile soltanto in pochissimi casi, lasciando frustrate le aspettative del testatore proprio in quei casi, che sono la maggioranza, in cui il beneficiario del *modus* è un soggetto terzo rispetto all'onerato<sup>206</sup>.

Forse l'ipotesi più logica è proprio quella che ritiene applicabile al *modus* il secondo comma dell'art. 641 cod. civ. previsto per la mancata prestazione di cauzione nelle disposizioni condizionate. Infatti, il riferimento operato dalla norma agli artt. 639 e 640 cod. civ. non sembra avere portata limitativa alle sole fattispecie *ivi* indicate. In tal modo, l'onerato che si rifiuta di prestare la cauzione potrebbe essere sostituito da un amministratore indipendente, che

---

<sup>204</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 115-116.

<sup>205</sup> M. C. Tatarano, *op. cit.*, 348.

<sup>206</sup> È ovvio che il sequestro dei beni finalizzato alla prestazione della cauzione può aver l'effetto di stimolare l'onerato a prestare la garanzia, prima, e ad adempiere, poi, soltanto quando l'onerato abbia anche un vantaggio dalla disposizione modale. Ma si è visto che nella maggior parte dei casi, così non è, in quanto l'onerato è soltanto il mezzo utilizzato dal testatore per il raggiungimento del suo scopo. Occorre poi considerare che, secondo alcuni autori, il *modus* in favore del solo onerato non è neppure ammissibile (v. M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 904).

avrebbe il compito di eseguire l'obbligazione modale. È evidente che se questa impostazione prendesse campo, il combinato utilizzo dei due istituti (cauzione e amministrazione suppletiva) comporterebbero sia un nuovo elemento di autonomia della disposizione modale, rispetto alle altre disposizioni testamentarie, sia – da un punto di vista più pratico – una tutela veramente efficace all'obbligazione modale.

Per quanto riguarda cosa accade alla cauzione – versata – quando l'onerato non adempie, si ritiene che, in caso di inadempimento volontario, oltre che utilizzare quanto versato per il risarcimento dei danni, i beneficiari della disposizione modale avrebbero la facoltà di chiedere all'autorità giudiziaria l'autorizzazione ad adempiere direttamente (anche) mediante l'uso della cauzione<sup>207</sup>: ciò, chiaramente, laddove sia possibile.

### 2.3. La coercibilità del *modus* e i soggetti legittimati all'azione.

Venendo finalmente ad affrontare il tema della coercibilità dell'obbligazione modale, è utile cominciare ricordando come il legislatore del 1942 – facendo proprio un principio già accolto dalla giurisprudenza sotto l'impero del vecchio codice<sup>208</sup> – al primo comma dell'art. 648 cod. civ. ha disposto che “qualsiasi interessato” può agire<sup>209</sup> per l'adempimento del *modus*<sup>210</sup>. Si è quindi scelto di non seguire la soluzione adottata

---

<sup>207</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 333-334.

<sup>208</sup> Si è visto che la giurisprudenza precedente aveva ammesso che per l'adempimento del *modus* potessero agire: il beneficiario dell'obbligazione modale, l'erede sostituto in caso di inadempimento, ecc. (V. *supra*, Capitolo I, 5. *Il Codice Pisanelli del 1865*).

<sup>209</sup> Per ragioni di completezza, si rileva che l'azione di adempimento del *modus* è soggetta al termine di prescrizione decennale, che comincia a decorrere dal momento in cui si sarebbe potuto legittimamente far valere il diritto all'adempimento (Trib. Genova, 25 giugno 1987, in *Cod. civ. comm. Rescigno*, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 795).

<sup>210</sup> La scelta è opposta a quella operata dal legislatore tedesco. Infatti, per il BGB (§ 2194, v. *infra*), il *modus* è una semplice raccomandazione del testatore al successore, che è coercibile soltanto in casi del tutto particolari e da soggetti precisamente determinati: i) l'erede; ii) chi trarrebbe profitto dalla decadenza della disposizione e iii) gli enti pubblici, ma solo qualora vi siano interessi pubblici in gioco (v. Lange e Kuchinke, *Lehrbuch des Erbrechts, München*, 1978, 382 e ss.).

dall'ordinamento tedesco<sup>211</sup>, nel quale il BGB, al § 2194<sup>212</sup>, elenca i soggetti (anche se l'elencazione non è tassativa<sup>213</sup>) che possono agire per l'adempimento del *modus*<sup>214</sup>.

Nell'intenzione del legislatore la nuova disposizione, di cui all'art. 648 cod. civ., avrebbe dovuto far chiarezza sulla questione<sup>215</sup>.

Tuttavia, è abbastanza semplice notare che l'individuazione della categoria è semplicistica o comunque troppo generica<sup>216</sup>. Pertanto dottrina e giurisprudenza si sono dovute assumere il compito di chiarire la portata del

---

<sup>211</sup> L'ordinamento svizzero, invece, adotta una dicitura analoga a quella del codice civile: infatti il primo comma dell'art. 482-B del codice civile svizzero (ZGB) dispone che l'adempimento dell'onere può essere richiesto "da qualsiasi interessato". In Svizzera, però, come in Germania, l'onere è gravato da un obbligo, ma il beneficiario non è titolare di un corrispondente diritto di credito, per cui è escluso che egli possa agire per ottenere l'adempimento dell'obbligazione modale. Tale presupposto, unito alla norma in esame, ovviamente, ha creato notevoli difficoltà interpretative che hanno portato la dottrina a dover escludere espressamente che l'azione fosse esperibile da chiunque (v. P. Tour, *Das Erbrecht*, in *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Mayer-Hayoz (curr.), Bern, 1964, 210 e ss.; L. Costanzo, *op. cit.*, 329).

Anche il diritto austriaco, poi, esclude che il beneficiario possa agire per l'esecuzione del *modus*, ma questo può essere chiesto nell'interesse del defunto o della collettività, ma ciò dipende dai casi (v. Gschnitzer, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1966, 219 e ss.; G. Criscuoli, *op. cit.*, 193 e ss.; L. Costanzo, *op. cit.*, 331; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 910 e ss.).

<sup>212</sup> § 2194 (*Anspruch auf Vollziehung*) – "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" ("Pretesa all'esecuzione) – L'esecuzione dell'onere può essere pretesa dall'erede, dal coerede e da colui il quale trarrebbe vantaggio diretto dal venir meno del primo onerato. Ove sussista un interesse pubblico all'esecuzione, anche l'autorità competente può pretendere l'esecuzione stessa").

<sup>213</sup> G. Cottino, *L'inadempimento del modo nel codice germanico*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel 33° anno del suo insegnamento*, I, 1915, 98-99.

<sup>214</sup> È interessante notare però che, vista la natura dell'onere in Germania nel quale – come si è visto – si crea un obbligo per l'onere, ma non vi è un corrispondente diritto di credito del beneficiario, quest'ultimo non può chiedere l'adempimento coattivo del *modus* (v., per tutti, oltre a G. Cottino, *op. cit.*, 95 e ss.; H. Brox e W.D. Walker, *Erbrecht*, 27<sup>a</sup> ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 2016, 246 e ss.).

<sup>215</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 132.

<sup>216</sup> M. Scamoni, *In tema di adempimento e inadempimento di disposizione testamentaria modale*, in *Temi*, 1955, 279.

termine “interessati”, ma il dibattito è vivace e ancora oggi non ha dato luogo a soluzioni univoche.

In linea di massima i filoni di pensiero possono essere divisi in due macro-categorie: a) la teoria secondo cui il termine “interessati” coincide con l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c. e b) quella contraria, ossia quella ritiene che la norma richieda un *quid pluris* rispetto a quanto comunque imposto dalla disciplina processual-civilistica.

Il primo orientamento è stato seguito soprattutto dalla giurisprudenza immediatamente successiva all’entrata in vigore del codice del ’42, la quale, in un primo momento, non ravvisava differenze fra i principi espressi dalla giurisprudenza precedente e la nuova norma<sup>217</sup>. Successivamente, però, si è assistito ad un – probabilmente inconscio – allargamento della categoria degli “interessati”, che è arrivata poi – come anticipato – ad essere determinata attraverso il concetto di interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c.<sup>218</sup>. Tale orientamento è condiviso anche da parte della dottrina<sup>219</sup>.

Secondo tale impostazione, l’interpretazione della norma è chiaramente di tipo estensivo: in tal modo, una quantità indefinita di soggetti vengono ammessi ad agire per l’adempimento del *modus*. Fra questi sarebbero compresi anche una serie di interessati che si potrebbero definire “indiretti”: ossia tutti coloro che avrebbero un vantaggio soltanto riflesso dall’adempimento

---

<sup>217</sup> V. in particolar modo Cass. 1° ottobre 1942, n. 2327, la quale ha esplicitato che “tanto per il codice civile abrogato, che per quello in vigore, quando una disposizione testamentaria sia stata gravata di un onere, gli interessati possono agire per l’adempimento di esso”.

<sup>218</sup> V. per prima Cass. 5 maggio 1949, n. 1134, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 770, la quale ha esplicitato che l’art. 648 cod. civ. “comporta che la legittimazione ad agire vada accertata con riferimento alle disposizioni del codice di procedura civile”; e tale legittimazione è stata ravvisata anche in capo a coloro che si sono avvantaggiati “anche in maniera riflessa” della disposizione modale. Si vedano, poi, Cass. 30 settembre 1968, n. 3049, in *Vita not.*, 1969, 503, e, per quanto riguarda il merito, App. Napoli, 15 luglio 1951, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, 1124; App. Genova, 19 maggio 1951, in *Temi*, 1952, 193.

<sup>219</sup> G.B. Bruno, *L’inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell’onere*, *Giust. civ.*, 2000, 3312; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 584-586; G. Vindigni, *op. cit.*, 828; C. Giannattasio, *op. cit.*, 224, che riconduce l’interesse ex art. 100 c.p.c. a quello di cui all’art. 1174 cod. civ.; S. Satta, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 169.

dell'obbligazione modale. Ma vi sarebbe anche chi ha soltanto un interesse astratto all'adempimento della volontà del testatore, come ad esempio gli altri eredi (nelle ipotesi in cui la caducazione della disposizione modale non determini un cambiamento della loro situazione giuridica)<sup>220</sup>; e addirittura alcuni autori sostengono che così facendo si legittimerebbero soggetti che agirebbero non nell'interesse proprio, ma in quello altrui<sup>221</sup>.

Il secondo orientamento, ossia quello che non ritiene che gli "interessati" ex art. 648 cod. civ. coincidano con i titolari di interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., prende il via da una pronuncia della Corte di Cassazione nella quale si è negata qualsiasi corrispondenza con l'interesse ad agire<sup>222</sup>. A questo punto si rende necessario un brevissimo accenno al concetto di interesse ad agire e ai suoi rapporti con i concetti, anch'essi processual-civilistici, di legittimazione ad agire e di interesse sostanziale dedotto in giudizio<sup>223</sup>.

L'interesse ad agire è enunciato, come noto, dall'art. 100 c.p.c., ai sensi del quale, nel processo, per proporre una domanda (o per resistervi) è necessario "avervi interesse". La dottrina processual-civilistica definisce tale interesse

---

<sup>220</sup> V. Cass. 30 settembre 1968, n. 3049, cit., la quale ritiene legittimato chiunque abbia un interesse "materiale o anche non patrimoniale" all'adempimento. Sul punto si segnala anche una pronuncia di merito, la quale ha ritenuto sussistere un interesse generale alla realizzazione dell'obbligazione modale: Trib. Terni, 28 novembre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1701.

<sup>221</sup> C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 33.

<sup>222</sup> Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit., la quale - trattando dell'art. 648 cod. civ. - ha esplicitato che "il 1° comma, riconoscendo la legittimazione ad agire per l'adempimento del modo a qualunque interessato, non ha inteso - anzitutto - riferirsi all'interesse ad agire in giudizio (art. 100 codice di proc. civile)". Merita forse, vista l'importanza della sentenza, una breve ricostruzione dei fatti e della causa: il testatore aveva legato ad un istituto per anziani un immobile, stabilendo che venisse utilizzato "possibilmente per un asilo infantile o comunque per qualsiasi uso benefico esclusa però abitazione privata". L'istituto aveva però venduto l'immobile utilizzando il ricavato per costruire un complesso immobiliare per ospitare anziani e/o bisognosi. La sorella e i cugini del defunto (che non erano beneficiari di alcuna disposizione testamentaria) hanno quindi agito in giudizio contro l'istituto chiedendo la caducazione della disposizione e, in subordine, la condanna all'adempimento. Questa seconda domanda è stata rigettata, sia in primo, sia in secondo grado, per difetto di legittimazione attiva e la Cassazione ha confermato tale punto. Il difetto di legittimazione attiva è stato argomentato proprio ritenendo che gli attori non potevano essere considerati "interessati" ai sensi dell'art. 648 cod. civ.

<sup>223</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 135-138.

come il “bisogno di tutela giurisdizionale che emerge dall’affermazione dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi del diritto”<sup>224</sup>. Tale bisogno – o interesse – infatti deriva dalla violazione di un diritto sostanziale<sup>225</sup>, oppure, in alcuni casi, dalla sua contestazione o vanto (è il caso delle pronunce di mero accertamento)<sup>226</sup>. In altre parole: la violazione (o contestazione) di un diritto costituisce il fondamento dell’interesse ad agire<sup>227</sup>. Anche la giurisprudenza più recente<sup>228</sup> sembra allineata con tale indirizzo interpretativo. È importante rilevare, poi, che il diritto affermato deve essere attuale, anche per quanto riguarda le pronunce di mero accertamento<sup>229</sup>; nei casi in cui, invece, il diritto non è attuale, l’interesse sussiste soltanto quando all’esito del giudizio possano

---

<sup>224</sup> C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 20<sup>a</sup> ed., Torino, 2009, 56.

<sup>225</sup> O meglio, dall’affermazione della violazione. Ciò in quanto l’interesse ad agire, così come le altre condizioni dell’azione, sono “modalità della domanda”. Sul punto si v. L.P. Comoglio, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 272 e ss., secondo il quale sarebbe più corretto utilizzare il termine “allegazione”, anche se ciò potrebbe creare confusione in quanto “allegazione” è spesso usato anche con significati diversi. In giurisprudenza v. per tutte Cass. 28 ottobre 1993, n. 10708, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 1527, secondo la quale “L’accertamento della sussistenza dell’interesse implica una indagine preliminare, consistente in una valutazione comparativa dei fatti lesivi dedotti (anche solo potenzialmente), e del provvedimento richiesto” e Cass. 23 novembre 1990, n. 11319, in *Fallimento*, 1991, 662.

<sup>226</sup> V. per tutti C. Mandrioli, *Usò ed abuso del concetto di interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 348.

<sup>227</sup> V. per tutti M. Marinelli, *La clausola generale dell’art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005; A. Nasi, *Interesse ad agire* (voce), in *Enc. dir.*, vol. 12, Milano, 1972, 28 e ss.; L. Lanfranchi, *Note sull’interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 1093; E. Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, 349 e ss.; C. Mandrioli, *Usò ed abuso del concetto di interesse ad agire*, cit., 342 e ss.; A. Attardi, *L’interesse ad agire*, Padova, 1955. In senso tendenzialmente analogo, ma con un ulteriore riferimento alla meritevolezza dell’azione (anche in contrapposizione all’abuso del processo) v. G. Nicotina, *L’abuso nel processo civile*, Roma, 2005; M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004.

<sup>228</sup> La Corte di Cassazione infatti ritiene che l’interesse ad agire come l’interesse (e quindi il bisogno) ad ottenere un risultato perseguibile solo attraverso l’attività giurisdizionale (v. Cass. 20 aprile 1995, n. 4444, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 876, secondo la quale l’interesse ad agire sarebbe escluso in tutti quei casi in cui il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima o accademica di una questione di diritto; Cass. 2 febbraio 1983, n. 901, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1914) e che presuppone l’affermazione della lesione del diritto o della sua contestazione, (v. le già citate Cass. 28 ottobre 1993, n. 10708, cit.; Cass. 23 novembre 1990, n. 11319, cit.) oppure anche una situazione di incertezza obiettiva (Cass. 13 febbraio 1989, n. 885, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, 2; Cass. 11 agosto 1983, n. 5352, in *Foro it.*, 1983, I, 3038).

<sup>229</sup> Cass. 7 dicembre 1985, n. 6177, in *Arch. civ.*, 1986, 645.



derivare diritti specificamente individuati<sup>230</sup>, e quindi non sussiste quando tale derivazione è incerta<sup>231</sup>.

È evidente, pertanto la differenza fra interesse ad agire e interesse sostanziale: il primo si esprime nell'affermazione dei fatti costitutivi e lesivi di un diritto; mentre il secondo si traduce nella reale (o meglio sostanziale) situazione giuridica ad esso corrispondente<sup>232</sup>.

In questi termini risulta chiara anche la differenza fra l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire. Quest'ultima, infatti, è un'altra condizione dell'azione<sup>233</sup>, che può essere definita come la coincidenza (affermata<sup>234</sup>) del soggetto che propone la domanda con il titolare del diritto affermato<sup>235</sup> (e, ovviamente, dal lato passivo, la coincidenza fra il soggetto contro cui si propone la domanda e chi ha turbato il diritto azionato<sup>236</sup>)<sup>237</sup>.

---

<sup>230</sup> Cass. 19 maggio 1987, n. 4599, in *Riv. infort. e mal. prof.*, 1988, II, 42; Cass. 11 ottobre 1986, n. 5967, in *Notiziario giur. lav.*, 1987, 253.

<sup>231</sup> Cass. 29 ottobre 1988, n. 6468, in *Foro it.*, 1989, I, 724; Cass. 14 giugno 1986, n. 3978, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, 6.

<sup>232</sup> Ciò indipendentemente dalla concezione di interesse sostanziale che si intende seguire (v. L. Costanzo, *op. cit.*, 314 e ss.; F. Cirillo, *op. cit.*, 1086).

<sup>233</sup> Come noto, la terza ed ultima è la possibilità giuridica, ossia l' "esistenza di una norma che contempra in astratto il diritto che si vuol far valere" (v., per tutti, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 55). Ma la trattazione dell'argomento esula dal presente lavoro.

<sup>234</sup> La giurisprudenza è però giunta solo di recente a condividere tale nozione di legittimazione ad agire (Cass. 6 marzo 2008, n. 6132, in *Guida al diritto*, 2008, 21, 50; Cass. 6 febbraio 2004, n. 2326, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 2; Cass. 5 novembre 2001, n. 13631, in *Foro it.*, 2001, I, 3501; Cass. 22 novembre 2000, n. 15080, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 2411; Cass. 29 aprile 1998, n. 4364, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 903); mentre in precedenza riconduceva la nozione di legittimazione ad agire alla titolarità effettiva del diritto sostanziale.

<sup>235</sup> Ovviamente sussistono anche casi, di natura eccezionale, in cui è legittimato anche un soggetto diverso dall'asserito titolare del diritto leso; in tali situazioni si parla di legittimazione straordinaria o sostituzione processuale, previsti - in generale - dall'art. 81 c.p.c., ai sensi del quale "Fuori dai casi previsti dalla legge, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui".

<sup>236</sup> La legittimazione passiva però non è rilevante nell'economia del discorso che stiamo conducendo.

<sup>237</sup> V., per tutti, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 59-68; A. Attardi, *Legittimazione ad agire* (voce), in *Dig. disc. priv.*, vol. 10, Torino, 1993, 524 e ss.; G. Tomei, *Legittimazione ad agire* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. 24, Milano, 1974, 65 e ss.; E. Allorio, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1954.

Quindi, mentre l'interesse ad agire è relativo al piano oggettivo e si riferisce all' (asserita) esistenza del diritto azionato; la legittimazione (attiva) ad agire riguarda il piano soggettivo, e richiede che chi agisce sia (asseritamene) anche il titolare del diritto affermato, oppure che l'ordinamento autorizzi un determinato soggetto ad agire per tutelare – in nome proprio – un diritto altrui.

Una volta vista la definizione di interesse ad agire e, di conseguenza, tracciate le demarcazioni fra questo e i concetti di interesse sostanziale e legittimazione ad agire, si può affermare con ragionevole certezza che l'interesse di cui all'art. 648 cod. civ. nulla c'entra con quello *ex art. 100 c.p.c.* E ancora, non pare assimilabile nemmeno al concetto di interesse sostanziale<sup>238</sup>.

Sembra, invece, che il terreno sul quale si muove il primo comma dell'art. 648 cod. civ. sia quello della legittimazione ad agire<sup>239</sup>.

La dottrina più recente ritiene erroneo interpretare il termine "interessati" *ex art. 648 cod. civ.* in maniera talmente ampia da legittimare all'azione di adempimento una serie imprecisata di individui che agiscono per la tutela generica della volontà del testatore<sup>240</sup>. Gli "interessati" in esame, invece, devono essere una categoria ben delimitata, e sono coloro che agiscono comunque per un interesse proprio (e non altrui, come quello del testatore); ciò che fa il primo comma dell'art. 648 cod. civ. è quindi legittimare ad agire anche quei soggetti che hanno un mero interesse e non soltanto i titolari di un diritto<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> F. Cirillo, *op. cit.*, 1086; L. Costanzo, *op. cit.*, 314 e ss.

<sup>239</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 902 e ss.

<sup>240</sup> V. in particolar modo sul punto L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 283.

<sup>241</sup> A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Allorio, Torino, 1973, 1081; e, in particolare, L. Costanzo, *op. cit.*, 322 e ss., secondo il quale non è pensabile ipotizzare un'azione "popolare" che potrebbe essere intrapresa da qualsiasi soggetto ("quisque de populo") e ritiene che, siccome gli interessati devono agire per un interesse proprio, non sono assimilabili alla figura dell'esecutore testamentario, il quale notoriamente è legittimato ad agire nell'interesse altrui. Ciò in contrapposizione con quanto

La giurisprudenza<sup>242</sup>, sulla scia della sentenza che ha aderito, per prima, a tale orientamento, neppure troppo implicitamente, è concorde, in via teorica, con quanto sopra detto: ossia che la norma in esame definisce la legittimazione attiva<sup>243</sup>.

Venendo a cosa debba quindi intendersi per interesse ed interessati, dottrina<sup>244</sup> e giurisprudenza<sup>245</sup> ritengono che l'obbligazione modale, in quanto obbligazione in senso proprio, abbia come contenuto una prestazione suscettibile di valutazione economica corrispondente "ad un interesse anche non patrimoniale"<sup>246</sup>. Ed è a tale interesse che occorre aver riguardo per identificare i soggetti "interessati", e quindi legittimati: essi sono, quindi, coloro che – considerato l'interesse del testatore – possono trarre un vantaggio dall'esecuzione del *modus*<sup>247</sup>.

---

avviene in Germania, ma anche in Svizzera e in Austria, dove i soggetti legittimati ad agire per l'adempimento vengono considerati esecutori testamentari.

<sup>242</sup> Cass. 7 marzo 2016, n. 4444, in *Diritto & Giustizia*, 2016; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.; ma anche Trib. Napoli, 18 gennaio 1966, in *Dir. e giur.*, 1966, 1999.

<sup>243</sup> Infatti, la Corte di Cassazione utilizza proprio il termine "legittimato" (Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.).

<sup>244</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 145; M. Scamoni, *op. cit.*, 282, il quale ritiene che il termine "interessato" debba essere ricondotto all'adempimento e non alla relativa azione; per tale ragione l'interesse all'adempimento diventa, in forza dell'art. 648 cod. civ., un diritto soggettivo all'adempimento che si riferisce alla prestazione *ex se* e non al semplice interesse a riceverla. V. anche A. Marini, *op. cit.*, 228 e ss., anche se la sua analisi è relativa al solo *modus* donativo.

<sup>245</sup> Cass. 7 marzo 2016, n. 4444, cit.; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>246</sup> Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>247</sup> "Il criterio per l'individuazione del soggetto legittimato all'adempimento è costituito dal collegamento tra l'interesse che il testatore ha inteso soddisfare e un soggetto o una categoria più o meno definita di soggetti; collegamento che va in senso ampio, nel senso cioè che deve essere riconosciuto sussistente non solo quando presenti i caratteri propri di quella relazione con il bene giuridico, che forma oggetto del rapporto obbligatorio e che costituisce il contenuto del diritto soggettivo, ma anche quando si concreti nella posizione mediata e riflessa, purché non vaga e generica, di chi deve ricevere, comunque, vantaggio dall'esecuzione della prestazione assunta ad oggetto dell'obbligazione modale"; e, ancora, "questo interesse non può non identificarsi con quello che il testatore ha avuto di mira e ha inteso soddisfare con il modo, anche se la soddisfazione di esso, per il rango di motivo che il modo assume nell'economia del negozio testamentario, non può aver costituito lo scopo diretto e immediato della disposizione, ma soltanto una finalità mediata e indiretta" (Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.).

Quindi, secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame, l'individuazione dei soggetti legittimati a proporre l'azione di adempimento deve essere effettuata con riguardo all'interesse del testatore; anche se la soddisfazione di esso, per il rango di motivo che il modo assume nell'economia del negozio testamentario, non può avere costituito lo scopo diretto ed immediato della disposizione, ma soltanto una finalità mediata e indiretta<sup>248</sup>.

Il criterio in base al quale deve essere individuato il soggetto legittimato all'adempimento è costituito dal collegamento tra l'interesse che il testatore ha inteso soddisfare e quello del soggetto beneficiario dall'onere (oppure quello della categoria più o meno definita di soggetti). Tale collegamento va inteso in senso ampio, ossia deve essere riconosciuto sussistere non solo quando presenti i caratteri propri di quella relazione con il bene giuridico, che forma oggetto del rapporto obbligatorio e che costituisce il contenuto del diritto soggettivo, ma anche quando si concreti nella posizione, mediata e riflessa, purché non vaga e generica, di chi riceve, comunque, vantaggio dall'esecuzione della prestazione assunta a oggetto dell'obbligazione modale<sup>249</sup>.

In applicazione di tale criterio, legittimato ad agire per l'adempimento del modo è senza dubbio il portatore dell'interesse avuto di mira dal testatore, in quanto costui, essendo il beneficiario del modo, ritrae vantaggio dall'adempimento di quest'ultimo<sup>250</sup>.

Secondo parte della dottrina<sup>251</sup>, però, la giurisprudenza, spingendosi così in là, forse cade in contraddizione: infatti, così facendo, la Suprema Corte

---

<sup>248</sup> Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.

<sup>249</sup> Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>250</sup> Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.

<sup>251</sup> M. Nardoza, *Idee vecchie e nuove sul modus testamentario*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1704; M. Garutti, *op. cit.*, 142.

allarga la categoria degli interessati fino a ricomprendere anche soggetti terzi rispetto al rapporto obbligatorio<sup>252</sup>.

Si ritiene<sup>253</sup>, infatti, che la giurisprudenza sbaglia nel considerare legittimati ad agire per l'adempimento del *modus* anche i c.d. "legittimati indiretti"<sup>254</sup>, poiché tali soggetti non possono essere considerati – come invece afferma la Corte di Cassazione – "portatori dell'interesse avuto di mira dal testatore"<sup>255</sup>.

La critica, però, non pare cogliere nel segno: in tutti i casi in cui il vantaggio di tali soggetti dovesse essere considerato un diritto, infatti, non vi sarebbe problema alcuno; negli altri casi, il senso della norma in questione è proprio quello di allargare la legittimazione anche – magari – ai titolari di una posizione giuridica inferiore, come ad esempio un'aspettativa<sup>256</sup>. Ritenere il contrario (come fa la dottrina in esame) equivarrebbe, di fatto, a ritenere che il primo comma dell'art. 648 cod. civ. non abbia alcuna portata.

Premesso ciò, si concorda invece con chi ha ritenuto che la nozione di "interessati" non debba essere unica, ma che debba distinguersi a seconda dei diversi soggetti beneficiati dal *modus*<sup>257</sup>, che possono essere: i) una categoria

---

<sup>252</sup> Statuisce infatti che vi è interesse "anche quando il soggetto, pur rivestendo la qualità di terzo rispetto al rapporto controverso, sia nondimeno titolare di un rapporto giuridicamente dipendente da quello dedotto in giudizio (anche se non si tratti della titolarità di situazioni tipiche), per cui la sentenza pronunciata nel rapporto altrui possa spiegare un'efficacia riflessa nei suoi confronti" (Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.).

<sup>253</sup> M. Lupo, *op. cit.*, 620-621.

<sup>254</sup> Che sono appunto quei soggetti beneficiati soltanto indirettamente dalla disposizione modale.

<sup>255</sup> Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>256</sup> Non convince quella dottrina che parla di "interesse legittimo" (L. Bigliuzzi-Geri, *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1964, 163), in quanto in tal modo, di fatto, si tornerebbe a confondere il concetto di interessati, *ex art. 648 cod. civ.*, con quello di interessati ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., in quanto ricollegato necessariamente alla situazione giuridica soggettiva.

<sup>257</sup> A. Zanni, *Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento*, in *Riv. not.*, 2000, II, 1013 e ss.; ma già prima M. Garutti, *op. cit.*, 146 e ss.; U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 692; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 903 e ss.

indeterminata<sup>258</sup> di soggetti; *ii*) il testatore (o la sua memoria) e *iii*) l'onerato stesso<sup>259</sup>. Sarebbe però più corretto affermare che, una volta individuato, in via generale, cosa debba intendersi per "interessati", è necessario procedere all'analisi - separata - delle categorie sopra indicate per pervenire ad una soddisfacente individuazione e sistemazione dei "legittimati"<sup>260</sup>. Si rileva fin da ora che la giurisprudenza è ormai concorde con tale impostazione<sup>261</sup>.

Nel primo caso - ossia quando il *modus* è a favore di una categoria di soggetti - legittimato all'azione di adempimento (e quindi "interessato", o meglio, viceversa) deve essere quell'ente che, per destinazione istituzionale, è preposto a tutelare la categoria dei beneficiari, ente che agisce non in rappresentanza, ma in luogo della categoria<sup>262</sup>. Inoltre, non vi sarebbe alcuna deroga al principio secondo cui l'interessato deve agire per un interesse proprio; infatti gli enti preposti, anche in via indiretta, alla tutela della categoria di soggetti, sono titolari in proprio degli interessi riconducibili alla categoria<sup>263</sup>.

La giurisprudenza<sup>264</sup>, sul punto, è tendenzialmente<sup>265</sup> concorde, ma ritiene che nei casi in cui non sia possibile individuare un ente

---

<sup>258</sup> Indeterminata, ma nel senso che si è illustrato nel Capitolo I.

<sup>259</sup> Sul punto si rammenta che parte della dottrina ritiene che l'onerato non possa essere beneficiario dalla disposizione modale (v. per tutti M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 904).

<sup>260</sup> In tal senso pare esprimersi M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 903, ma anche M. Lupo, *op. cit.*, 619 e ss.; G. Criscuoli, *op. cit.*, 213 e ss.; L. Costanzo, *op. cit.*, 324 e ss. e anche (pur riferendosi soltanto all'onere donativo) A. Marini, *op. cit.*, 228 e ss.

<sup>261</sup> Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.

<sup>262</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 904-905, il quale propone alcuni esempi chiarificatori: l'ente locale di assistenza dei poveri (v. l'art. 7 della L. n. 6972/1890, ai sensi del quale "spetta alla congregazione di carità di curare gli interessi dei poveri del Comune e di assumere la rappresentanza legale, così dinanzi all'autorità amministrativa, come dinanzi all'autorità giudiziaria") è legittimato per l'adempimento dei *modus* rivolti ai bisognosi; l'ente nazionale dei sordomuti per l'adempimento delle disposizioni a favore di tale categoria, ma ancora le comunità religiose, le università e - in ultima battuta - lo Stato. Si segnala che per l'autore la protezione animali è legittimata all'adempimento dei *modus* in favore degli animali.

<sup>263</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 904-905; M. Garutti, *op. cit.*, 147.

<sup>264</sup> Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.; Cass. 18 marzo 1999, n. 2487, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3307; Cass. 13 agosto 1980, n. 4936, in *Rep. Giust. civ.*, 1980, voce *Successione testamentaria*, n. 14; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

istituzionalmente preposto alla cura degli interessi della categoria, la legittimazione ad agire deve essere riconosciuta a ciascuno degli appartenenti alla categoria dei beneficiari; in tali casi, quindi, il titolo della legittimazione è costituito dall'appartenenza alla categoria<sup>266</sup>. Dello stesso avviso è anche parte della dottrina<sup>267</sup>.

Nella seconda categoria rientra il *modus* a favore del disponente, o meglio di un interesse morale dello stesso, come l'erezione di un monumento<sup>268</sup> o la pubblicazione delle opere del defunto. Dottrina<sup>269</sup> e giurisprudenza<sup>270</sup> concordano sul fatto che nei casi in esame, in cui l'interesse che il *modus* intende soddisfare è (anche) un interesse morale del defunto, la legittimazione ad agire deve essere riconosciuta ai prossimi congiunti di quest'ultimo, in quanto, come si desume da una serie di disposizioni<sup>271</sup>, la tutela degli interessi più strettamente connessi alla persona, dopo la morte, non si trasferisce ai successori, ma ai prossimi congiunti del defunto<sup>272</sup> (salvo la coincidenza fra questi soggetti). Il trasferimento degli interessi morali ai congiunti avviene

---

<sup>265</sup> Ritiene però che, la cura degli interessi della categoria è riservata all'ente in via esclusiva, in quanto l'ente è il titolare degli interessi della categoria, Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, cit.

<sup>266</sup> V. però l'opinione contraria di F. Gradassi, *op. cit.*, 154-155, per il quale, come visto, non può esistere una categoria di soggetti ricompresa fra i determinati o determinabili, che darebbero luogo a un legato, e le disposizioni testamentarie nulle per indeterminabilità dei beneficiari.

<sup>267</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 148, il quale specifica che in tali casi non c'è alcun difetto di determinatezza dei soggetti passivi dell'obbligazione, in quanto la categoria esiste anche se non è rappresentata dall'ente e, proprio in quanto categoria, è un soggetto determinato.

<sup>268</sup> Nel Capitolo I del presente lavoro si è visto come siano proprio queste, storicamente, le prime tipologie di disposizioni testamentarie modali.

<sup>269</sup> V. per tutti M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 906; F. Gradassi, *op. cit.*, 157.

<sup>270</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 904.

<sup>271</sup> V. ad esempio gli artt. 246, 249, 267, 271, 285 e 286 cod. civ.; gli artt. 23, 93 e 96 della L. n. 633/1941 (*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*) e gli artt. 3077 e 597 cod. pen.): per l'analisi di tali disposizioni v. A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano 1982, 99-100, 195-205, 260-262, 322-326 e 615-616.

<sup>272</sup> V., poi, F. Gradassi, *op. loc. ult. cit.*, quest'ultimo, il quale estende la legittimazione attiva non solo ai prossimi congiunti, ma anche a coloro che risultano legati al testatore da vincoli di affetto e amicizia.

indipendentemente dall'eventuale attribuzione a costoro della qualità di erede<sup>273</sup>, e tali interessi diventano, poi, interessi propri dei congiunti<sup>274</sup>.

La dottrina<sup>275</sup> ritiene anche che, in alcuni casi di *modus* in favore degli interessi morali del defunto, l'interesse di quest'ultimo, trasferito, poi, ai suoi prossimi congiunti, possa concorrere con un interesse pubblico<sup>276</sup>, in ragione del quale potranno essere considerati legittimati ad esercitare l'azione di adempimento anche i relativi enti pubblici (Comune, Regione, oppure lo Stato).

Le disposizioni più problematiche sono quelle appartenenti all'ultima categoria: ossia il *modus* a favore dell'onerato<sup>277</sup>. Innanzi tutto occorre ribadire che alcuni autori hanno, si è visto, mostrato alcune perplessità sulla validità di

---

<sup>273</sup> La quale è soltanto un antecedente necessario per la mera attribuzione delle posizioni giuridiche attive e passive del defunto (v. in dottrina M. Garutti, *op. cit.*, 148-149 e, in giurisprudenza, Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.).

<sup>274</sup> In dottrina v. L. Costanzo, *op. cit.*, 314; U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 692; M. Lupo, *op. cit.*, 619; M. Costanza, *op. cit.*, 169; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 906. In giurisprudenza, per quanto riguarda le disposizioni modali, v. Cass. 13 agosto 1980, n. 4936, cit., secondo la quale, quando è in gioco l'interesse morale del defunto, i legittimati ad agire per l'adempimento non sono gli eredi, ma i prossimi congiunti del defunto, ai quali si trasferisce la tutela degli interessi più intimamente connessi alla persona, e la più volte citata Cass. 11 giugno 1975, n. 2306.

<sup>275</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 149; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 906.

<sup>276</sup> Gli esempi possono essere l'onere di erigere un monumento funebre in onore di un defunto celebre (preso da M. Garutti, *op. cit.*, 149) o quello di pubblicare i manoscritti del testatore; in quanto il secondo comma dell'art. 23 della L. n. 633/1941 (*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*) legittima il Ministro della Cultura Popolare (ora Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, abbreviato in MiBACT), quando "finalità pubbliche lo esigano", a tutelare il diritto morale dell'autore defunto (preso da M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 906, e da G. Criscuoli, *op. cit.*, 215).

<sup>277</sup> Tali disposizioni devono però essere distinte da quelle in cui quanto prescritto dal testatore, pur riferendosi ad un soggetto determinato, in realtà sono semplici modalità di esecuzione dell'obbligazione modale. Gli esempi classici sono quello del testatore che indica lo scultore che deve erigergli il monumento funebre; oppure l'indicazione della Chiesa (o meglio del sacerdote) per le messe a favore dell'anima del defunto. Secondo la dottrina, in realtà, tali esemplificazioni non sono diverse da quelle in cui il testatore indica - ad esempio - il tipo di materiale con cui vuole che sia modellato il suo monumento funebre; in tal modo in capo allo scultore (e/o al sacerdote) non sorge alcun interesse giuridicamente tutelabile. Inoltre occorre sempre tenere a mente che nell'ipotesi, del tutto eccezionale, in cui il defunto avesse voluto davvero beneficiare lo scultore o il sacerdote, la disposizione dovrebbe essere inquadrata nell'ambito del legato (M. Lupo, *op. cit.*, 620; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 907-908).



tali disposizioni<sup>278</sup>, anche in relazione al fatto che il *modus* a favore esclusivamente dell'onerato - in quanto a favore di un soggetto determinato - costituirebbe in realtà un legato obbligatorio<sup>279</sup>. Per quanto riguarda quest'ultima critica, pare sufficiente rilevare che l'onerato potrebbe, in ogni caso, agevolmente far parte della categoria dei beneficiari<sup>280</sup>.

Sul punto, si ricorda, poi, che chi nega la possibilità di un *modus* a favore dell'onerato, si muove proprio dal presupposto che questo sarebbe incoercibile<sup>281</sup>.

Pertanto, la questione dirimente è proprio quella di trovare un interessato all'adempimento in modo da verificare la legittimità di tali disposizioni; infatti la dottrina<sup>282</sup> ritiene che, in assenza di tale soggetto, il *modus* non potrebbe essere considerato un'obbligazione vera e propria<sup>283</sup>, ma - al massimo - un'obbligazione naturale.

La questione sembra potersi risolvere considerando che sono ammissibili le disposizioni modali a favore dell'onerato nei seguenti casi:

- a) quando l'onerato è uno dei membri della categoria beneficiata, e ciò in quanto vi sarebbero altri soggetti legittimati a chiedere l'adempimento della disposizione<sup>284</sup>;

---

<sup>278</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 904.

<sup>279</sup> G. Criscuoli, *op. cit.*, 209-210.

<sup>280</sup> Oppure si potrebbe prevedere un esecutore testamentario, v. *infra*.

<sup>281</sup> C'è anche chi ha sostenuto che non potendosi utilizzare l'azione di adempimento, ma soltanto quella di risoluzione, tali disposizioni dovrebbero essere qualificate come condizioni risolutive potestative, in quanto l'evento futuro e incerto dipenderebbe dalla volontà dell'onerato (F. Cirillo, *op. cit.*, 10868; il quale riprende quanto sostenuto da A. Natoli, *In tema di modo condizionale*, cit., 1064).

<sup>282</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 914, secondo cui l' "obbligo dell'onerato è condizionato dalla presenza di «interessati»".

<sup>283</sup> E si è visto nel Capitolo I come dottrina e giurisprudenza siano concordi nel ritenere il *modus* un'obbligazione a tutti gli effetti.

<sup>284</sup> Si potrebbe ipotizzare la disposizione di utilizzare una determinata somma per istituire una borsa di studio, nei casi in cui l'onerato sia un soggetto che potrebbe concorrere per la borsa.

b) quando il testatore ha un interesse anche morale nell'esecuzione del *modus*, ma sempre che esistano dei prossimi congiunti diversi dall'onerato<sup>285</sup>; infatti si è visto che, in tali situazioni, dottrina e giurisprudenza considerano questi soggetti "interessati" ex art. 648 cod. civ.

Rimarrebbero quindi escluse le ipotesi in cui l'onerato è il solo beneficiario della disposizione modale e in cui il testatore non aveva interessi morali nell'esecuzione dell'obbligazione<sup>286</sup> (oppure non vi sono prossimi congiunti, o l'unico di essi è l'onerato stesso).

In primo luogo, si ricorda che, in tali casi, non si tratterebbe di un onere, ma di un legato<sup>287</sup>. Ma, anche volendo ritenere che la disciplina del *modus* sia applicabile, in via analogica, al legato obbligatorio<sup>288</sup>, la disposizione potrebbe essere considerata valida, in via di fatto, semplicemente prevedendo un

---

<sup>285</sup> In caso contrario l'onere rimarrà senza conseguenze giuridiche. V. M. Garutti, *op. cit.*, 151; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 907; U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 692; M. Lupo, *op. cit.*, 620; L. Costanzo, *op. cit.*, 326, il quale ritiene che l'onere a favore dell'onerato diventa una mera raccomandazione morale. Si nega quindi che la legittimazione in tali casi possa competere agli eredi.

<sup>286</sup> L'esempio classico è quello di utilizzare la somma legata per l'acquisto di azioni di una determinata società. L'esempio è preso da A. Zanni, *Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento*, cit., 1014, ma in un caso, deciso nello stato di New York, *In re Janes*, 90 N.Y. 2d 41 (1997), il testatore aveva disposto che con la somma legata si sarebbero dovute acquistare soltanto azioni della Kodak (*Eastman Kodak Company*).

<sup>287</sup> V. però L. Costanzo, *op. cit.*, 324, il quale pur aderendo all'opinione secondo cui in presenza di soggetti determinati si abbia un legato, indica tra i portatori dell'interesse perseguito dal testatore – e quindi legittimati ad agire dal primo comma dell'art. 648 cod. civ. – anche i beneficiari specificamente determinati o determinabili. V. anche M. Costanza, *op. cit.*, 168-169, la quale, in maniera poco condivisibile, ritiene sussistere il *modus* anche quando i beneficiari sono soggetti determinati; non solo, ritiene anche che in tali casi, il soggetto legittimato ad agire non è soltanto il terzo beneficiario, ma sono legittimati anche tutti coloro che si occupano dell'esecuzione delle disposizioni testamentarie, sia perché istituzionalmente preposti (come l'esecutore testamentario), sia perché legati al testatore da un vincolo, vuoi di parentela, vuoi di altro tipo.

<sup>288</sup> E, per quanto auspicato in questa sede, si ricorda che la dottrina è tendenzialmente contraria.

esecutore testamentario che, ai sensi dell'art. 704 cod. civ., potrebbe comunque agire per l'adempimento del *modus*<sup>289</sup>.

Inoltre, anche in mancanza dell'azione di adempimento, la disposizione a favore dell'onere troverebbe una tutela "indiretta"<sup>290</sup> nell'azione di risoluzione<sup>291</sup>, in tutti i casi in cui vi sia un soggetto che trae beneficio dalla caducazione della disposizione modale<sup>292</sup>.

Tornando al tema, più generale, della coercibilità dell'obbligazione contenuta nel *modus*, si ricorda che la Corte di Cassazione ritiene che chi voglia agire per l'adempimento del *modus* - come per ogni altra azione - debba provare di avere un interesse concreto alla pronuncia<sup>293</sup>.

All'obbligazione modale - sempre in quanto obbligazione vera e propria - sembrano applicabili anche le norme sull'azione surrogatoria: ovviamente nei limiti in cui l'interesse del beneficiario dell'onere (creditore) può trovare soddisfazione tramite l'esercizio della detta azione<sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> È poi vero che la figura esula dalla questione relativa agli interessati, in quanto, pur godendo di una legittimazione attiva straordinaria, si è visto come l'esecutore testamentario agisca in realtà per la tutela di un interesse altrui: quello del defunto (L. Costanzo, *op. cit.*, 322). La figura verrà esaminata più ampiamente nel prosieguo.

<sup>290</sup> Il termine viene utilizzato per la prima volta da M. Giorgianni nel suo *Il modus testamentario*, cit., 905.

<sup>291</sup> Per la trattazione della quale v. *infra*.

<sup>292</sup> La dottrina parla infatti di soggetti che, più che all'adempimento, sono interessati all'inadempimento (M. Giorgianni nel suo *Il modus testamentario*, cit., 907).

<sup>293</sup> Cass. 26 luglio 2005, n. 15599, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Successione ereditaria*, 2339, n. 123, v. *infra*, n. 2.4.

<sup>294</sup> V. con espresso riferimento al *modus* testamentario il solito M. Giorgianni nel suo *Il modus testamentario*, cit., 914. Sull'azione revocatoria più in generale v. per tutti F. Ferrara, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, 1043 ss.; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957; G. Monteleone, *Profili sostanziali e procedurali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, 180 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Dir. civ.* Cicu-Messineo, Milano, 1962, 48 ss.; G. Giampiccolo, *Azione revocatoria* (voce), in *Enc. dir.*, vol. 4, Milano, 1959, 950; R. Nicolò, *Tutela dei diritti*, art. 2900, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1957; S. Patti, *Tutela dei diritti*, in *Tratt. Rescigno*, II, Torino, 1985, 105 ss.; R. Sacco, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino, 1955; W. D'Avanzo, *La surrogatoria*, Padova, 1949; A. Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 95 ss.; A.E. Cantoni, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Milano, 1908.

Si ritiene poi applicabile l'art. 2095 cod. civ. sul sequestro conservativo<sup>295</sup>.

#### 2.4. *Segue: il risarcimento dei danni e l'esecuzione in forma specifica.*

Per quanto riguarda l'azione di risarcimento dell'eventuale danno da inadempimento, dai lavori preparatori del codice vigente emerge chiaramente che un'espressa previsione di tale azione in capo ai beneficiari del *modus* è stata ritenuta inutile, in quanto già desumibile dai principi generali<sup>296</sup>.

Malgrado ciò, parte della dottrina<sup>297</sup> ritiene che non è possibile chiedere né l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione modale; né tantomeno il risarcimento del danno. Ciò sarebbe conseguenza del fatto che il *modus* è un'obbligazione nascente dalla legge e - in quanto tale - ha soltanto gli effetti da questa specificamente indicati: effetti che, nel caso di inadempimento del *modus* sono soltanto le due alternative indicate dall'art. 648 cod. civ., l'azione di adempimento oppure quella di risoluzione<sup>298</sup>.

Altri sostengono che l'esecuzione in forma specifica della disposizione modale non sarebbe possibile in quanto i beneficiari del *modus* non sono titolari di un diritto di credito vero e proprio<sup>299</sup>.

Tali argomentazioni non sembrano poggiarsi su solide basi. Infatti, una volta appurato che quella modale è un'obbligazione vera e propria, è illogico sostenere che ad essa non possano essere accordati i rimedi dell'esecuzione in forma specifica e, peggio ancora, del risarcimento<sup>300</sup> danni. Inoltre, la chiara *intentio legis* - in generale, e dell'art. 648 cod. civ., in particolare - è quella di

---

<sup>295</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 116.

<sup>296</sup> V. *Verbalì della Commissione Parlamentare*, 286, in *Codice civile, libro delle successioni e donazioni illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1939, 136.

<sup>297</sup> S. Pugliatti, *op. cit.*, 542.

<sup>298</sup> S. Pugliatti, *op. cit.*, 541.

<sup>299</sup> C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 233.

<sup>300</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 155; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 915.

garantire al *modus* una tutela allargata, e quindi è illogico escludere che allo stesso possano applicarsi rimedi previsti per qualsiasi altra obbligazione<sup>301</sup>.

La dottrina prevalente<sup>302</sup> ritiene, giustamente, che dalla coercibilità delle disposizioni modali attraverso l'azione di adempimento debba discendere – in ogni caso<sup>303</sup> – la possibilità sia di richiedere l'esecuzione in forma specifica del *modus*, sia la possibilità di agire per il risarcimento dei danni subiti.

La giurisprudenza, poi, ha da subito ammesso la possibilità di agire per il risarcimento del danno, senza neppure richiedere la gravità dell'inadempimento<sup>304</sup>.

Sulla scorta di ciò, salvo ovviamente il caso di prestazioni infungibili, c'è anche chi ammette la possibilità per gli "interessati", in caso di inadempimento dell'onerato, di farsi autorizzare dall'autorità giudiziaria ad adempiere direttamente a spese dell'onerato (anche utilizzando quanto eventualmente versato a titolo di cauzione)<sup>305</sup>. Ciò in applicazione del

---

<sup>301</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 914.

<sup>302</sup> M. Lupo, *op. cit.*, 622; M. Scamoni, *op. cit.*, 325; G. Caramazza, *op. cit.*, 325; L. Costanzo, *op. cit.*, 335, secondo il quale, nei casi in cui l'interesse creditorio ha natura patrimoniale e la prestazione rientra fra quelle previste dall'art. 2930, non ci sono problemi a garantire la tutela in forma specifica; stessa cosa, in applicazione dell'art. 1174 cod. civ., vale anche quando l'interesse ha natura non patrimoniale. Invece F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 192, sostiene che l'esecuzione in forma specifica sia sempre esperibile, mentre il risarcimento del danno potrebbe chiedersi soltanto in via sussidiaria nelle seguenti situazioni: i) quando l'oggetto dell'obbligazione è un fare infungibile, oppure ii) quando si è esperita infruttuosamente l'azione per consegna o rilascio ex art. 2930 cod. civ. (si rileva altresì che lo stesso autore, in un lavoro precedente, riteneva che si potesse agire per il risarcimento del danno, ma non per l'esecuzione in forma specifica, v. F. Messineo, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1952, 654 e, della stessa opinione, F. Degni, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte, II. La successione testamentaria*, cit., 132). In senso parzialmente contrario v. A. Cicu, *Testamento*, cit., 207-208, secondo il quale il risarcimento del danno sarebbe possibile soltanto nei casi in cui vi è un "interesse soggettivo precisamente in una persona determinata, in cui ci si avvicina sensibilmente alla figura del legato". Infine si riporta l'opinione di U. Carnevali, il quale nel suo *Modo* (voce), cit., 692, pur non prendendo esplicitamente posizione sul punto, ritiene che, quando l'inadempimento dipenda dalla colpa dell'onerato, si abbia comunque il diritto di chiedere a quest'ultimo il risarcimento dei danni subiti.

<sup>303</sup> Indipendentemente dal fatto che si ritenga o meno che le obbligazioni nascenti dalla legge abbiano una disciplina propria.

<sup>304</sup> App. Firenze, 3 agosto 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 397.

<sup>305</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 325; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 540-541.

principio, già applicato dalla giurisprudenza<sup>306</sup> sotto l'impero del codice previgente (come si è visto<sup>307</sup>), secondo cui i beneficiari possono chiedere al giudice di autorizzarli a far adempiere all'obbligazione modale a spese dell'onerato, ai sensi dell'art. 2931 cod. civ.

La stessa dottrina, però, nega che, nei casi di impossibilità di coercizione all'adempimento, agli "interessati" possa spettare il diritto di ricevere un indennizzo, chiaramente salvo che gli interessati all'esecuzione non siano anche i beneficiari del *modus* (ma allora si parla di risarcimento danni vero e proprio<sup>308</sup>; infatti in in tali casi sorge un credito<sup>309</sup> vero e proprio che da sempre diritto al risarcimento del danno).

Semmai, occorre dedicare qualche parola al *modus* in favore dello stesso defunto<sup>310</sup>, in cui - abbiamo visto - l'interesse del testatore è meramente morale<sup>311</sup>, e quindi non patrimoniale<sup>312</sup>. La soluzione più in linea con lo stato attuale della disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale, e con la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., è quella di prevedere il diritto al risarcimento del danno in favore dei prossimi congiunti

---

<sup>306</sup> Cass. 4 giugno 1921, in *Mon. Trib.*, 1921, 653.

<sup>307</sup> V. *supra* Capitolo I, 6. *Il Codice Pisanelli del 1865*.

<sup>308</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 540. Pur con qualche critica, dello stesso avviso è anche M. Garutti, *op. cit.*, 156.

<sup>309</sup> Parte della dottrina ritiene però che tutti gli "interessati" siano anche creditori (M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 914); in realtà l'impostazione non può essere condivisa: se tutti i soggetti fossero creditori non vi sarebbe alcun bisogno di una norma che amplia il novero dei legittimati ad agire.

<sup>310</sup> In tali casi, infatti, si è visto, i legittimati ad agire per l'adempimento del *modus* sono i prossimi congiunti.

<sup>311</sup> In caso contrario, sarebbe caduto in successione.

<sup>312</sup> V. per tutte, Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, 2, 492, la quale, pur contribuendo ad ampliare il concetto di danno morale da mero patema d'animo, turbamento interiore o turbamento psichico all'attuale significato di "lesione della dignità della persona", continua - correttamente - a ritenere il danno morale un segmento dell'unitario danno "non patrimoniale".

– oltre che ove espressamente previsto dalla legge<sup>313</sup> – nei casi in cui l’interesse morale sia ricollegato alla violazione di un diritto inviolabile della persona, garantito dalla Costituzione<sup>314</sup>.

Concludendo, in caso di inadempimento dell’obbligazione modale, si può ritenere che sia l’esecuzione in forma specifica, sia il risarcimento del danno, sono tendenzialmente ammesse (ovviamente con le precisazioni di cui sopra). Tale risultato, forse pleonastico, è di notevole importanza<sup>315</sup> dal punto di vista pratico: basti pensare a tutte quelle ipotesi (molto frequenti nella prassi) in cui il *modus* consiste nell’esecuzione di un’opera in favore di una certa categoria di soggetti. In tali ipotesi, l’utilità del ricorso, ad esempio, all’esecuzione in forma specifica *ex art. 2931 cod. civ.* è più che palese<sup>316</sup>.

### 3. *Modus testamentario e art. 590 cod. civ.*

Collegato al tema della coercibilità del *modus* è quello relativo ai rapporti fra questo e l’art. 590 cod. civ., in tema di esecuzione delle disposizioni testamentarie nulle.

---

<sup>313</sup> Un caso di danno morale risarcibile in quanto previsto dalla legge che potrebbe capitare in caso di *modus* a favore del testatore potrebbe essere quello da lesione derivante da violazione del diritto d’autore *ex art. 158, terzo comma, L. n. 633/1941 (Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)*, ad esempio quando l’onerato utilizzi l’opera del testatore in maniera difforme da quanto prescritto.

<sup>314</sup> V. per tutte, Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 38 (le c.d. “sentenze di San Martino”), le quali affermano però che “la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell’apertura dell’art. 2 Cost., ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all’interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana”; e, successivamente, Cass. 28 gennaio 2014, n. 1766, in *Guida al diritto*, 2014, 15, 78. Un caso di risarcimento applicabile al *modus* a favore del testatore potrebbe essere quello di lesione del diritto all’onore o alla reputazione del defunto (Cass. 29 settembre 2013, n. 21865, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, 32; Cass. 31 maggio 2012, n. 8787, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 3, II, 278).

<sup>315</sup> Ciò anche in ragione delle opinioni contrarie di parte della dottrina (v. *supra*).

<sup>316</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 157; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 541; L. Costanzo, *op. cit.*, 334-335 (in particolare modo la nota 139).

Ai fini del presente lavoro, si può prescindere dall'analizzare la problematica circa la natura del negozio di conferma della disposizione nulla<sup>317</sup>. Però, occorre soffermarsi brevemente sulla legittimazione a porre in essere tale negozio di conferma.

L'art. 590 cod. civ.<sup>318</sup> legittima alla conferma delle disposizioni nulle<sup>319</sup> chiunque, conoscendone la causa, abbia, "dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione". Tale *dictum*, secondo l'opinione dominante sia in dottrina<sup>320</sup> che in giurisprudenza<sup>321</sup>, deve essere interpretato nel senso che la disposizione nulla può essere confermata da chiunque abbia titolo per farne valere l'invalidità.

È, però, pacifico che la conferma, da chiunque provenga<sup>322</sup>, non può avere effetti favorevoli nei confronti di chi l'ha posta in essere e non deve danneggiare la posizione giuridica dei terzi<sup>323</sup>.

---

<sup>317</sup> Ci si limita a riportare come la teoria ormai dominante ritenga applicabile l'art. 590 cod. civ. anche alle disposizioni testamentarie di carattere non patrimoniale (per tutti v. R. Caprioli, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, 136 e ss.; G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 1368). In senso contrario, v. G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, cit. 216-217.

<sup>318</sup> Disposizione analoga, ma meno precisa, si trovava anche nel Codice Pisanelli: l'art. 1311.

<sup>319</sup> La norma parla di disposizioni nulle, ma sarebbe illogico permettere la sanatoria della nullità e non quella, meno grave, dell'annullabilità. Pertanto, si ritiene che l'art. 590 cod. civ. sia applicabile anche all'annullabilità (in dottrina v. R. Caprioli, *Conferma ex art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*, in *Dir. e giust.*, 1976, 62; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 313; De Simone, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, 104 e in giurisprudenza v. Cass. 9 ottobre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, 1, 1885; Trib. Napoli, 24 gennaio 1976, in *Dir. e giust.*, 1976, 58.

<sup>320</sup> V. per tutti A. Palazzo, *Le successioni*, cit., 938; M. Cannizzo, *Le successioni*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol. 4, Torino, 1999, 137-138; G. Stolfi, *Appunti sull'art. 590 codice civile*, in *Giur. it.*, 1977, I, 2; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 263; M. De Simone, *op. cit.*, 185.

<sup>321</sup> Cass. 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, 435; Cass. 15 febbraio 1968, n. 535, in *Foro it.*, 1968, I, 1949.

<sup>322</sup> Occorre tenere però presente che "la conferma o la esecuzione volontaria del testamento nullo o annullabile da parte di uno o alcuni soltanto degli interessati non esclude che gli altri possano far valere la invalidità, nel qual caso la disposizione testamentaria va dichiarata nulla o annullata nei confronti di tutti i soggetti originariamente legittimati ad impugnarla" (Cass. 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, 435).



Venendo quindi alla conferma del *modus* testamentario invalido<sup>324</sup>, occorre distinguere due diverse tipologie di situazioni: i) quelle in cui l'invalidità riguarda soltanto l'obbligazione modale e non l'attribuzione all'onerato e ii) quelle in cui il vizio colpisce la disposizione modale nel suo complesso.

Per quanto riguarda le prime, la dottrina<sup>325</sup> ritiene che l'obbligazione possa essere sanata *ex art.* 590 cod. civ., ma soltanto ove si consideri il *modus* una disposizione autonoma. Ciò, in quanto la conferma parziale della disposizione è ammissibile soltanto quando la parte invalida è dotata di una certa autonomia<sup>326</sup>: sia il tenore letterale dell'art. 590 cod. civ., sia la *ratio* della norma, portano a tale conclusione. Da una parte, si ha la norma che si riferisce alle "disposizioni testamentarie" e non a parti di esse<sup>327</sup>; dall'altra, la *ratio* della disciplina è sempre l'esigenza di preservare la volontà del testatore<sup>328</sup>.

Se l'art. 590 cod. civ. trova applicazione nelle ipotesi appena esaminate, a maggior ragione lo farà nei casi in cui l'invalidità colpisce l'intero *modus*<sup>329</sup>. Tuttavia, in tali casi, si presentano alcune problematiche dovute al fatto che la facoltà di confermare la disposizione attributiva può spettare ad un soggetto

---

<sup>323</sup> V. sul punto G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 275; G. Paesetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, 147.

<sup>324</sup> Che va distinto dalla possibilità di apporre un onere al negozio di conferma; possibilità, peraltro, negata dalla dottrina (F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., 248; A. Marini, *op. cit.*, 211-212).

<sup>325</sup> G. Paesetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, cit., 164-165; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit. 243 e, pur con qualche perplessità, R. Caprioli, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, cit., 157-158.

<sup>326</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 630; M. De Simone, *op. cit.*, 194.

<sup>327</sup> G. Werther Romagno, *op. cit.*, 53.

<sup>328</sup> V. per tutti G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 257; G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, cit., 1372; P. Schlesinger, *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 1006.

<sup>329</sup> G. Werther Romagno, *op. cit.*, 53-54; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., 245.

diverso rispetto a chi può confermare l'obbligazione modale<sup>330</sup>. È evidente infatti che l'onerato non potrebbe confermare entrambe: sia l'attribuzione a suo favore, sia l'impegno che lo obbliga<sup>331</sup>.

La tesi preferibile, quindi, vede il potere di conferma suddividersi fra due soggetti: la conferma della disposizione spetta a chi trarrebbe vantaggio dalla nullità, e quindi agli eredi (o, coeredi, o successori per sostituzione); mentre la conferma dell'obbligazione deve provenire dall'onerato stesso<sup>332</sup>.

Secondo la giurisprudenza<sup>333</sup> bisogna inoltre distinguere due situazioni. La prima, quando la disposizione modale è nulla, ma il testatore avrebbe potuto raggiungere il medesimo risultato mediante l'utilizzo di un altro istituto: in tali casi trova applicazione l'art. 590 cod. civ.<sup>334</sup>. Viceversa, quando il risultato che il testatore ha voluto perseguire con la disposizione nulla non potrebbe essere comunque raggiunto, in quanto vietato dalla legge, la sanatoria preceduta dalla conferma o dall'esecuzione della disposizione da parte di chi conosceva la causa di nullità non può operare.

---

<sup>330</sup> F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit. 245-247.

<sup>331</sup> Si è visto infatti che la conferma ex art. 590 cod. civ. non può avere effetti favorevoli per il confermatore.

<sup>332</sup> F. Gazzoni, *op. loc. ult. cit.*.

<sup>333</sup> Cass. 14 maggio 1962, n. 1024, in *Foro it.*, 1962, I, 874, che conferma App. Milano, 28 aprile 1961, in *Foro it.*, 1961, I, 1543, la quale ha stabilito che "se contenuto dell'onere è un uso successivo, esso non cessa di essere vietato sol perché considerato sotto tale profilo. Se ne ha una indiretta conferma nell'art. 699 che ammette la validità di oneri anche perpetui, soltanto per l'oggetto e nei limiti in esso indicati"; Cass. 10 luglio 1957, n. 2743, in *Foro it.*, 1958, I, 62, la quale ha stabilito che l'art. 590 cod. civ. "la conferma o l'esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie nulle, ammessa dall'art. 590 c.c., non è operante quando con essa si raggiungerebbe un risultato vietato dalla legge al testatore ... è operante in quelle ipotesi in cui con un suo atto di ultima volontà il testatore potrebbe realizzare quel risultato pratico che intende raggiungere, e non anche quando il fine da lui perseguito non potrebbe direttamente essere raggiunto, perché vietato dalla legge come illecito". V. anche App. Roma, 16 ottobre 1950, in *Foro pad.*, 1951, I, 168.

<sup>334</sup> V. G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1394 e ss.

La dottrina<sup>335</sup> ha approfondito pure la questione dell'apponibilità di un'obbligazione modale all'atto di conferma della disposizione testamentaria nulla, ma si è espressa in senso negativo.

Un altro problema che si pone è se la disposizione modale nulla (o annullabile), ma sanabile *ex art.* 590 cod. civ., possa essere annoverata, o meno, fra le obbligazioni naturali<sup>336</sup>.

Da un punto di vista dogmatico, l'impostazione preferibile<sup>337</sup> è quella secondo la quale gli atti di conferma e/o di esecuzione della disposizione determinano direttamente e immediatamente la convalida dell'obbligazione testamentaria nulla, e costituiscono mezzi indiretti di "giuridicizzazione" dell'obbligazione naturale<sup>338</sup>. Tuttavia, la questione va oltre gli scopi del presente lavoro<sup>339</sup>.

Sembra effettivamente che l'esecuzione del *modus* testamentario nullo rientri nell'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 2034 cod. civ., identificandosi con la prestazione eseguita in adempimento di doveri morali e sociali<sup>340</sup>.

---

<sup>335</sup> F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., 242 e ss; A. Marini, *op. cit.*, 211 e ss.

<sup>336</sup> Sull'obbligazione naturale, v. per tutti, E. Moscati, *Obbligazioni naturali* (voce), in *Enc. dir.*, vol. 29, Milano, 1979, 370; F. Rotondi, *Alcune considerazioni sul concetto di obbligazione naturale e sulla sua evoluzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 213 e ss.; P. Perlingeri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 375 e ss.; C. Gangi, *Le obbligazioni*, Milano, 1951; Salv. Romano, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953; M. Giorgianni, *Sugli "effetti" dell'obbligazione naturale*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Catania*, 1946-1947, 147 e ss.

<sup>337</sup> Non convincono infatti le impostazioni che parlano di assunzione di una nuova obbligazione, in quanto il rapporto pare lo stesso. Per una disamina dei vari orientamenti v. G. Criscuoli, *op. cit.*, 605-608.

<sup>338</sup> Conferma e/o atti di convalida non possono infatti essere considerati né mezzi che trasformano l'obbligazione naturale in obbligazione civile, né, tantomeno, modalità di assunzione *ex novo* dell'obbligazione civile (anche se di adempiere a quella naturale). Ciò perché il rapporto obbligatorio è lo stesso che prima è naturale, poi diventa civile (v. G. Criscuoli, *op. cit.*, 605 e ss.).

<sup>339</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 130.

<sup>340</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 130.

Tuttavia, sembra che l'interpretazione più corretta dell'art. 2034 cod. civ. sia quella che estende la portata della norma a qualunque attribuzione patrimoniale, anche quelle di natura promissoria<sup>341</sup>: in tal modo, qualsiasi tipologia di obbligazione modale potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della norma.

#### 4. Inadempimento del *modus* e "risoluzione" della disposizione testamentaria.

Abbiamo già rilevato che, sotto l'impero del codice precedente, la risoluzione del *modus* testamentario veniva ammessa soltanto laddove questa fosse espressamente prevista dal testatore<sup>342</sup>.

La soluzione era stata ripresa nel progetto preliminare<sup>343</sup>, nel quale, appunto, la risoluzione era possibile solo se prevista dal testatore. La possibilità di risolvere il *modus* testamentario anche nei casi in cui l'adempimento dell'onere ha costituito il "motivo unico della disposizione"<sup>344</sup> è stata aggiunta soltanto nel progetto definitivo<sup>345</sup>.

Nel codice vigente, poi, la norma è trasmigrata<sup>346</sup> nel secondo comma dell'art. 648 cod. civ., il quale dispone che, in caso di inadempimento del *modus*, l'autorità giudiziaria può risolvere la disposizione testamentaria, "se la risoluzione è stata prevista dal testatore, o se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione"<sup>347</sup>. Quindi, oltre

---

<sup>341</sup> M. Giorgianni, *Sugli effetti dell'obbligazione naturale*, cit., 147 e ss.; v. in senso contrario G. Criscuoli, *op. cit.*, 596 e ss.

<sup>342</sup> V. *supra* Capitolo I, 6. Il Codice Pisanelli del 1865.

<sup>343</sup> *Progetto preliminare* (art. 220), cit.

<sup>344</sup> Già prevista da parte della giurisprudenza di merito: App. Napoli, 29 dicembre 1941, cit.

<sup>345</sup> *Progetto definitivo* (art. 190), in *Codice civile, libro terzo, Progetto definitivo e relazione*, Roma, 1937.

<sup>346</sup> Con significato analogo, ma con qualche differenza lessicale: ad esempio si parla di "solo motivo" anziché "unico motivo".

<sup>347</sup> Alcune prime pronunce (Cass. 18 ottobre 1952, n. 3281, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione*, nn. 150-151; e, nel merito, App. Venezia, 8 gennaio 1954, in *Temì*, 1955, 276) hanno quindi errato

all'azione di adempimento, c'è un ulteriore rimedio giuridico, in alcuni casi sanzionatorio per l'onere<sup>348</sup>, che consiste nella risoluzione della disposizione attributiva<sup>349</sup>.

Si anticipa fin da ora che è una tipologia particolare di risoluzione<sup>350</sup>, in quanto è il solo caso in cui è previsto tale rimedio per un negozio a causa di morte, e ciò ha dato luogo a non poche problematiche<sup>351</sup>: basti pensare che, ad esempio, come già accennato, la risoluzione del *modus* non comporta l'estinzione dell'obbligazione, ma il trasferimento dell'onere su di un nuovo soggetto<sup>352</sup>; tanto che probabilmente sarebbe stato più opportuno, per il legislatore, utilizzare l'istituto della decadenza dalla qualità di erede o di legatario<sup>353</sup>.

---

nel negare la portata innovativa della norma: si è visto infatti che, salvo un caso (App. Napoli, 29 dicembre 1941, cit.), l'opinione dominante era quella secondo la quale il *modus* testamentario poteva essere risolto solo se ciò fosse stato espressamente previsto dal testatore.

<sup>348</sup> E cioè in tutti i casi in cui l'onere non esaurisce il lascito.

<sup>349</sup> La Corte di Cassazione ha poi precisato che il *modus*, anche se completamente inadempito, per essere risolto necessita la domanda di risoluzione (Cass. 26 luglio 2005, n. 15599, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Successione ereditaria*, n. 123).

<sup>350</sup> Il BGB al § 2196, rubricato *Unmöglich auf Vollziehung* (Impossibilità dell'esecuzione) al primo comma prevede invece che in caso di inadempimento del *modus* testamentario occorre seguire le regole sull'ingiustificato arricchimento (*"Wird die Vollziehung einer Auflage infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstands unmöglich, so kann derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen"*), che in italiano si può tradurre in "Se l'esecuzione dell'onere diviene impossibile per circostanze imputabili all'onere, colui il quale trarrebbe vantaggio dal venir meno della situazione giuridica del primo onere, può esigere la restituzione dell'attribuzione secondo le disposizioni sull'ingiustificato arricchimento, in quanto tale attribuzione avrebbe dovuto essere impiegata per l'attribuzione dell'onere"). In dottrina v. T. Kripp e E. Coing, *Erbrecht*, Tübingen, 1990, 286 e ss.

<sup>351</sup> Che verranno analizzate nel prosieguo.

<sup>352</sup> V. *amplius*, *infra*.

<sup>353</sup> G. Vindigni, *op. cit.*, 829; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 268. Per M. Giorgianni, però (*Il modus testamentario*, cit. 917), anche se la scelta della decadenza sarebbe stata (lessicalmente) più corretta, non vi è alcuna differenza fra quest'ultima e la particolare risoluzione disciplinata dall'art. 648, secondo comma, cod. civ.

La norma, poi, introducendo, accanto al principio di dipendenza dell'onere dalla liberalità, quello opposto di dipendenza della liberalità dall'onere<sup>354</sup>, pare confermare la teoria qui sostenuta del *modus* quale negozio autonomo allorchè collegato.

La risoluzione del *modus* testamentario è peculiare anche perché può essere disposta soltanto alla presenza di due requisiti (legali), fra di loro alternativi: *i*) il *modus* è stato il "solo motivo determinante" della disposizione, oppure *ii*) la previsione (anche implicita<sup>355</sup>) della risoluzione da parte del testatore<sup>356</sup>.

In caso di inadempimento, quando ricorre uno dei due requisiti, può quindi essere proposta l'azione di risoluzione<sup>357</sup>. Dottrina<sup>358</sup> e giurisprudenza<sup>359</sup>, però, ritengono che l'inadempimento debba essere assoluto

---

<sup>354</sup> Una pronuncia di merito ha, infatti, esplicitato che il secondo comma dell'art. 648 cod. civ. ha "introdotto nel nostro ordinamento giuridico, in aggiunta al principio tradizionale della dipendenza dell'onere dalla liberalità, il principio inverso della dipendenza della liberalità dall'onere, di cui non è dato riscontrare alcuna traccia nella legislazione italiana antecedente all'aprile del 1942" (Trib. Cuneo, 19 marzo 1951, in *Tem*, 1952, 41).

<sup>355</sup> Secondo la giurisprudenza può essere anche implicita, ma in tale caso occorre una ancor più attenta indagine sulla reale volontà del testatore (Cass. 11 luglio 1980, n. 4443, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Successione testamentaria*, n. 132, la quale ha però ritenuto che, nel caso di specie, il testatore non avesse voluto prevedere la risolubilità della disposizione, neppure implicitamente e ciò, in quanto, per la stessa, disposizione aveva previsto una sostituzione fedecommissaria). In dottrina v. M. Garutti, *op. cit.*, 171-172.

<sup>356</sup> La clausola testamentaria con cui il testatore prevede la risoluzione può atteggiarsi sia a clausola risolutiva espressa (sussistono però dubbi sull'efficacia di diritto), sia a clausola di decadenza del lascito (M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit. 917).

<sup>357</sup> Sul punto M.C. Tatarano, *op. cit.*, 335, precisa che la domanda di risoluzione può essere proposta anche nello stesso giudizio nel quale si chiede l'accertamento dell'inadempimento (dello stesso avviso è anche G. Caramazza, *op. cit.*, 335).

<sup>358</sup> G. Bonilini, *Dei legati*, cit., 59; M. Proto, *Inadempimento del legato modale e risoluzione*, in *Famm. pers. succ.*, 2005, 50. In senso contrario v. però M. Costanza, *op. cit.*, 171, secondo la quale per risolvere la disposizione sarebbe sufficiente anche solo un inadempimento parziale.

<sup>359</sup> Cass. 23 febbraio 2003, n. 2569, in *Foro it.*, 2003, I, 2775; Cass. 9 giugno 1997, n. 5124, cit., la quale esplicita che "l'art. 648 c.c., infatti, configura un'ipotesi di inadempimento assoluto e definitivo e non quella d'un semplice ritardo"; App. Napoli, 4 ottobre 1957, cit.

e definitivo: ad esempio, non rileva il semplice ritardo<sup>360</sup>. Tali requisiti tuttavia potrebbero anche ritenersi soddisfatti, in relazione al comportamento dell'onerato, quando quest'ultimo manifesti l'intenzione di non voler adempiere<sup>361</sup>.

Si è visto poi che la risoluzione della disposizione è soltanto una facoltà, e non un obbligo<sup>362</sup>, dell'autorità giudiziaria<sup>363</sup>. Da ciò si è anche argomentato che l'azione *ex art. 648*, secondo comma, cod. civ. costituisce una "realtà giuridica nuova"; in quanto l'accertamento dell'inadempimento non determina automaticamente il dovere di risolvere la disposizione<sup>364</sup>.

La risoluzione si può definire anche come quel rimedio esperibile quando il testatore abbia (esplicitamente o implicitamente) ritenuto che la disposizione attribuita all'onerato è stata determinata esclusivamente per adempiere

---

<sup>360</sup> Si è già visto che in tali casi si può chiedere all'autorità giudiziaria la fissazione di un termine entro il quale l'onerato deve adempiere (v. *supra* 2. *L'adempimento del modus testamentario*).

<sup>361</sup> V. Cass. 23 febbraio 2003, n. 2569, cit., secondo la quale l'inadempimento deve essere considerato definitivo quando "il soggetto obbligato manifesti, con atti e comportamenti concludenti, l'intenzione di non adempiere". Dello stesso avviso è anche Cass. 9 giugno 1997, n. 5124, cit. Inoltre, l'atto con cui si dichiara di non voler adempiere non è soggetto ad alcun requisito di forma, comprese quelle *ex art. 519* cod. civ. (App. Napoli, 4 ottobre 1957, cit.). Ciò anche in relazione del fatto che entrambe le azioni di cui all'art. 648 cod. civ. hanno solo effetti obbligatori e non equivalgono all'azione di petizione di eredità (Cass. 19 novembre 1993, n. 11430, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Successione ereditaria*, nn. 101 e 102; Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Successione ereditaria*, n. 57).

<sup>362</sup> L'impostazione, che può sembrare ovvia, viene desunta dal fatto che il secondo comma dell'art. 648 cod. civ. stabilisce che l'autorità giudiziari "può" disporre la risoluzione, e che è necessaria una indagine circa l'assolutezza dell'inadempimento (G. Caramazza, *op. cit.*, 338; G. Cassisa, *In tema di legittimazione attiva alla risoluzione per inadempimento dell'onere modale*, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1141. In giurisprudenza, v. App. Milano, 28 aprile 1961, cit.).

<sup>363</sup> Per ragioni di completezza si rileva che dottrina (v. per tutti M. Tatarano, *op. cit.*, 354; C.M. Bianca, *op. cit.*, 819; M. Proto, *Il modo*, cit., 1239, in particolar modo la nota 70) e giurisprudenza (Cass. 18 marzo 1999, n. 2487, in *Foro it.*, 1999, I, 1286; Cass. 19 ottobre 1998, n. 10338, in *Giur. it.*, 1999, I, 1371; Cass. 19 novembre 1993, n. 11430, in *Vita not.*, 1995, 493; Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, cit., e nel merito v. App. Bologna, 27 giugno 1991, in *Arch. civ.*, 1991, 929; App. Napoli, 19 febbraio 1979, in *Giur. merito*, 1981, 373) concordano nel ritenere l'azione di risoluzione è soggetta al termine ordinario di prescrizione decennale.

<sup>364</sup> L. Costanzo, *op. cit.*, 321.

all'obbligazione modale<sup>365</sup>, raggiungendo così il vero scopo della disposizione e soddisfacendo l'interesse (meglio, il vero interesse) del defunto<sup>366</sup>. Le ragioni che stanno alla base della disciplina sono infatti due: i) quella di sanzionare l'onere inadempiente<sup>367</sup> facendogli perdere il beneficio<sup>368</sup> e ii) quella di salvaguardare l'interesse del testatore, trasferendo il *modus* in capo a un altro onerato<sup>369</sup>.

Occorre ora verificare se la risoluzione del *modus* per inadempimento sia una risoluzione a tutti gli effetti, e se quindi ad essa debbono essere applicate le norme previste, in sede contrattuale, dagli artt. 1453 e ss. cod. civ.; oppure sia un'ipotesi del tutto peculiare di risoluzione<sup>370</sup> e, in quanto tale, abbia una disciplina *ad hoc* (magari parzialmente derogatoria).

Sul punto, dottrina<sup>371</sup> e giurisprudenza<sup>372</sup> propendono per la seconda soluzione: alla risoluzione del *modus* devono essere applicate le norme previste per quella contrattuale solo se compatibili con le peculiarità dell'istituto.

---

<sup>365</sup> *Supra* in questo capitolo, e anche il Capitolo I.

<sup>366</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 919-920.

<sup>367</sup> È chiaro però che l'effetto sanzionatorio si ha soltanto nei casi in cui il *modus* non assorbe l'intera attribuzione all'onere. In tutti gli altri, non essendoci alcun vantaggio per l'obbligato, la caducazione della disposizione non avrà alcun effetto sanzionatorio nei confronti di quest'ultimo. Da un punto di vista pratico, poi, la risoluzione ha efficacia sanzionatoria maggiore quando è prevista dal testatore e, ancor di più, quando egli stesso prevede un'ipotesi di sostituzione; ciò in quanto ci potrebbero essere casi in cui, essendo l'onere anche l'erede, la risoluzione non avrebbe effetto alcuno: il *modus* si trasferirebbe sullo stesso soggetto (G. Caramazza, *op. cit.*, 338).

<sup>368</sup> U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 619; G. Caramazza, *op. cit.*, 335.

<sup>369</sup> Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 918.

<sup>370</sup> In realtà si è già anticipato che si propende per questa seconda tesi: v. *supra*.

<sup>371</sup> C.M. Bianca, *op. cit.*, 818; G. Capozzi, *op. cit.*, 910; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 237-238. Invece, U. Carnevali, nel suo *Modo* (voce), cit., 691-692, sul punto, esprime qualche dubbio.

<sup>372</sup> Cass. 23 febbraio 2003, n. 2569, cit.; Cass. 9 giugno 1997, n. 5124, cit.; Cass. 15 ottobre 1954, n. 3741, cit.; Cass. 18 gennaio 1951, n. 133, cit.



#### 4.1. L'imputabilità dell'inadempimento.

Indagando quindi sulle deroghe alla disciplina generale in tema di risoluzione del *modus*, una questione problematica è quella relativa all'imputabilità dell'inadempimento; in altre parole, occorre domandarsi se l'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione è soltanto quello imputabile al comportamento dell'onerato, o meno.

Parte della dottrina<sup>373</sup> e della giurisprudenza<sup>374</sup> affermano che l'imputabilità dell'inadempimento all'onerato non è condizione necessaria per risolvere il *modus* testamentario.

Tuttavia, la dottrina<sup>375</sup> e la giurisprudenza<sup>376</sup> maggioritarie ritengono che, anche per al risoluzione del *modus* testamentario, l'inadempimento debba poter essere imputato all'onerato a titolo di dolo o colpa. Ciò anche perché si deve considerare pure l'interesse dell'onerato a mantenere l'attribuzione

---

<sup>373</sup> M. Proto, *Il modo*, cit., 1237; M. Tatarano, *op. cit.*, 350-351, M. Garutti, *op. cit.*, 171; U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 691 (anche se poi l'autore, nel suo *Artt. 647-648*, in *Comm. c.c.* Gabrielli (curr.), Torino, 2010, 619, sembra aver cambiato opinione); M. Giorgianni, *Il modo testamentario*, cit., 915; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 192.

<sup>374</sup> Cass. 8 marzo 1958, n. 795, cit., secondo la quale la discrezionalità di cui gode l'autorità giudiziaria, ex art. 648, secondo comma, cod. civ., nel valutare l'opportunità della risoluzione è limitata "alla necessità di interpretare la volontà del testatore: essa richiede di stabilire se, in relazione a tale volontà, all'inadempimento debba conseguire in ogni caso la risoluzione, ancorché esso non sia dovuto a causa non imputabile all'onerato o soltanto allorché sia, invece, ascrivibile a dolo o a colpa".

<sup>375</sup> C.M. Bianca, *op. cit.*, 818, il quale ritiene che, proprio perché la risoluzione del *modus* è qualificata dal codice come risoluzione per inadempimento, devono trovare applicazione le norme dettate per la risoluzione contrattuale, e quindi deve trattarsi di inadempimento doloso o gravemente colposo, in quanto l'onere è a titolo gratuito (secondo l'autore, però, l'inadempimento non imputabile non è privo di effetti, ma determina l'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione; si obietta però che ciò lascerebbe l'inadempimento colposo non grave privo di tutela); U. Carnevali, *Artt. 647-648*, cit., 619; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 237; M. Costanza, *op. cit.*, 171-172; C. Giannattasio, *op. cit.*, 264; G. Vindigni, *op. cit.*, 828; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 235.

<sup>376</sup> Cass. 23 febbraio 2003, n. 2569, cit.; Cass. 9 giugno 1997, n. 5124, cit.; Cass. 27 giugno 1974, n. 1921, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1375; Cass. 8 marzo 1958, n. 795, cit.; Cass. 15 ottobre 1954, n. 3741, cit.; Cass. 18 gennaio 1951, n. 133, cit., secondo la quale proprio nell'applicazione al *modus* delle norme sull'imputabilità dell'inadempimento, si ravvisa uno dei termini per differenziare l'onere dalla condizione. Per quanto riguarda il merito, v.App. Palermo, 6 novembre 1957, in *Giur. sic.*, 1958, 236; App. Firenze, 3 agosto 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 397 (anche se è stata cassata da Cass. 8 marzo 1958, n. 795, cit., la quale ha aderito alla tesi minoritaria); App. Napoli, 15 luglio 1951, cit.

patrimoniale<sup>377</sup> quando non gli si può rimproverare nulla per l'inadempimento. Parte della dottrina<sup>378</sup>, tuttavia, ritiene che il testatore possa decidere che il *modus* si debba risolvere anche per inadempimento non imputabile all'onerato<sup>379</sup>.

Con riferimento alla colpa richiesta per la risoluzione, parte della dottrina<sup>380</sup> e della giurisprudenza<sup>381</sup> ritengono altresì che, trattandosi di prestazione a titolo gratuito, soltanto la colpa grave sia presupposto per la risoluzione della disposizione modale: ciò in relazione alla diligenza minima cui è tenuto l'onerato. Si deve però precisare che, per la giurisprudenza<sup>382</sup>, l'elemento soggettivo sarebbe comunque oggetto di presunzione, per cui spetta all'onerato dimostrare la "non imputabilità" dell'inadempimento. Pertanto, secondo tale impostazione, chi intenda agire per la risoluzione del *modus* deve provare solo il titolo sul quale si fonda la sua pretesa, potendo limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte<sup>383</sup>. Spetterebbe invece all'onerato provare le circostanze che hanno reso la sua condotta immune dalla qualificazione soggettiva di colpa grave<sup>384</sup>.

A ben vedere, la tesi maggioritaria che ritiene necessaria quantomeno la colpa dell'onerato risulta fallace, poiché non tiene in considerazione le peculiarità del *modus* testamentario. Infatti, come correttamente ritenuto dagli

---

<sup>377</sup> Interesse che è meritevole di tutela (v. C.M. Bianca, *op. cit.*, 819).

<sup>378</sup> U. Carnevali, *Artt. 647-648*, cit., 619; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 235.

<sup>379</sup> Non si vede però a quale titolo la decisione possa essere rimessa all'arbitrio del defunto.

<sup>380</sup> G. Bonilini, *Dei legati*, cit., 53; M. Garutti, *op. cit.*, 163.

<sup>381</sup> Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, cit.; Cass., 15 ottobre 1954, n. 3741, cit.; Cass., 18 gennaio 1951, n. 133, cit.

<sup>382</sup> V., per tutte, Cass., 11 febbraio 2005, n. 2853, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 2; Cass. SS.UU., 30 novembre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770; Cass., 7 maggio 1982, n. 2852, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 5; Cass., 13 giugno 1975, n. 2382, in *Mass. Foro it.*, 1975, n. 38.

<sup>383</sup> V. *supra*.

<sup>384</sup> Cass., 20 febbraio 2003, n. 2569, cit., e, in dottrina, M. Proto, *Il modo*, cit., 1236.

esponenti della tesi minoritaria<sup>385</sup>, quando l'onerato non è in condizioni di adempiere, sia pure per causa a questo non imputabile, occorre comunque procedere alla risoluzione - e quindi al trasferimento - dell'obbligazione modale. Sono due le ragioni che portano a questa conclusione.

La prima è che, nei casi di risoluzione, il *modus* è il "solo motivo determinante" della disposizione (vuoi anche implicitamente, perché il testatore ha previsto la risoluzione<sup>386</sup>); pertanto, è più in linea con la volontà del testore prevedere che, qualora quanto da lui realmente voluto - ossia l'adempimento del *modus* - non possa realizzarsi, la disposizione venga meno e - auspicabilmente - l'obbligazione si trasferisca ad un altro soggetto<sup>387</sup>.

La seconda è che l'effetto sanzionatorio della risoluzione, motivo per cui si richiede un adempimento, quantomeno, colpevole, nel *modus* testamentario "solo motivo determinante", non si ravvisa mai, o, a voler molto concedere, soltanto in pochissimi casi<sup>388</sup>. Infatti, l'interesse dell'onerato a mantenere l'attribuzione patrimoniale è ravvisabile soltanto in quei casi limite in cui questa ha un valore maggiore rispetto all'obbligazione modale; infatti, negli altri casi non avrà alcun interesse a mantenere un'attribuzione patrimoniale che, di fatto, non comporta alcun arricchimento. E, comunque, anche, in tali casi (marginali), occorre procedere a una comparazione fra l'interesse dell'onerato e quello del testatore, all'esito della quale, il primo deve cedere il

---

<sup>385</sup> V. *supra*.

<sup>386</sup> In dottrina, v. M. Garutti, *op. cit.*, 171-172 e, in giurisprudenza, v. Cass. 11 luglio 1980, n. 4443, cit.

<sup>387</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 919-920.

<sup>388</sup> Occorrerebbe individuare un *modus* solo motivo determinante, ma che non esaurisce l'intera disposizione. In senso contrario v. M. Andreoli, *Le disposizioni testamentarie e titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 334, secondo il quale la risoluzione del *modus* "può esattamente inquadarsi tra le disposizioni testamentarie a titolo di pena" (da lui definite, a pag. 331, *op. cit.*, come "quelle disposizioni per mezzo delle quali il testatore si propone di esercitare una pressione psicologica sull'erede da lui istituito o sul legatario, per indurli all'adempimento di una particolare volontà espressa dallo stesso testatore, dietro comminatoria dei soggetti anzidetti, di un determinato svantaggio patrimoniale, di una determinata pena, per l'eventualità di una trasgressione della volontà predetta").

passo al secondo: questo perché siamo sempre nell'ambito del *modus* "solo motivo determinante", nel quale lo scopo del testatore è l'esecuzione dell'obbligazione e perché - più in generale - la disciplina successoria privilegia sempre l'interesse del testatore<sup>389</sup>.

Alla luce di ciò, pare evidente che per ottenere la risoluzione della disposizione modale, non è necessaria alcuna imputabilità dell'inadempimento in capo all'onerato, seguendosi una impostazione completamente diversa rispetto a quanto accade in materia contrattuale.

#### 4.2. L'importanza dell'inadempimento.

Di pari passo, occorre valutare l'applicabilità alla risoluzione del *modus* della norma dell'art. 1455 cod. civ., ossia verificare se, per risolvere la disposizione modale, sia necessaria o meno l'importanza dell'inadempimento.

Dottrina<sup>390</sup> e giurisprudenza dominanti<sup>391</sup> ritengono, anche in questo caso, che la soluzione migliore sia quella di applicare anche al *modus* testamentario la regola prevista per la risoluzione contrattuale, e quindi, anche nei casi in esame, è necessario che l'inadempimento debba essere - per usare un linguaggio codicistico - di "non lieve entità". Infatti, se qualsiasi inadempimento potesse determinare la risoluzione del *modus*, allora anche un

---

<sup>389</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 172.

<sup>390</sup> C.M. Bianca, *op. cit.*, 818-819, secondo il quale l'importanza dell'inadempimento deve essere valutata con riferimento all'interesse perseguito dal testatore e quindi in relazione allo scopo per il quale la disposizione è stata prevista; G. Capozzi, *op. cit.*, 910; v. anche N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 488, secondo il quale chi ritiene che la disposizione modale debba risolversi a prescindere dall'imputabilità dell'inadempimento all'onerato, debba anche ritenere che non rilevi neppure l'importanza dell'inadempimento; la tesi, però, non coglie nel segno: chi fonda la sua teoria sul perseguimento dell'interesse del testatore dovrebbe, a maggior ragione, ritenere rilevante l'importanza dell'inadempimento (infatti, risolvere una disposizione ad esempio perché l'onerato ha usato "soltanto" il 99% del denaro per lo scopo indicato dal testatore, non pare in linea con il perseguimento dell'obiettivo di quest'ultimo); M. Garutti, *op. cit.*, 171.

<sup>391</sup> Cass. 9 giugno 1997, n. 5124, cit.; Cass. 15 ottobre 1954, n. 3741, cit.; Cass. 18 gennaio 1951, n. 133, cit., e, per quanto riguarda il merito, App. Firenze, 3 agosto 1955, cit.

inadempimento parziale ma quasi “esatto” (magari un semplice ritardo<sup>392</sup>), oppure qualitativamente non corrispondente in tutto e per tutto a quanto stabilito, potrebbe determinare la risoluzione<sup>393</sup>. E si finirebbe con l’ignorare completamente l’interesse (a rimanere titolare dell’attribuzione patrimoniale) dell’onerato “quasi-adempiente”<sup>394</sup>.

Senza considerare, poi, che una valutazione sull’inadempimento sembra essere ammessa dal dettato normativo: il secondo comma dell’art. 648, infatti, dispone che, in caso di inadempimento, l’autorità giudiziaria “può” risolvere la disposizione<sup>395</sup>. Il potere di risolvere il *modus* è, quindi, una facoltà e, in quanto tale, necessita di una valutazione che, nel caso di specie, sembra doversi riferire alla gravità dell’inadempimento.

Un Autore<sup>396</sup> ha proposto un’interpretazione che distingue a seconda che si ricada nella risoluzione prevista espressamente dal testatore o in quella dovuta al fatto che il *modus* è l’unico “motivo determinante”. Nel primo caso, soprattutto quando la disposizione di attecchia a clausola risolutiva espressa, e quindi specifica le modalità dell’inadempimento, qualsiasi inadempimento indicato dal defunto, anche se di importanza trascurabile, potrebbe determinare la risoluzione<sup>397</sup>. Quando, invece, la risoluzione non è stata disposta dal testatore, sarebbe necessario distinguere a seconda della tipologia dell’obbligazione modale: se è una prestazione fungibile, allora deve procedersi alla valutazione sull’importanza dell’adempimento, in quanto sarà

---

<sup>392</sup> Ovviamente nei casi in cui i beneficiari abbiano ancora interesse alla prestazione oltre il termine; infatti, nel caso contrario si avrebbe un inadempimento assoluto.

<sup>393</sup> In questi casi, però, rimarrebbe salvo il diritto di chiedere il risarcimento dei danni (M. Costanza, *op. cit.*, 172).

<sup>394</sup> Interesse che, si ricorda, secondo l’opinione in esame, merita di essere tutelato (v. C.M. Bianca, *op. cit.*, 819).

<sup>395</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 338; G. Cassisa, *op. cit.*, 1141. Dello stesso avviso è anche la giurisprudenza di merito, v. App. Milano, 28 aprile 1961, in *Foro it.*, 1961, I, 1543.

<sup>396</sup> U. Carnevali, *Artt. 647-648*, cit., 619-920.

<sup>397</sup> L’autore escluderebbe soltanto quegli inadempimenti di “minima importanza”, ma tale soluzione non pare condivisibile.

poi possibile richiedere l'esecuzione in forma specifica; nel caso contrario (quando l'obbligazione è infungibile), non occorre, invece, alcuna valutazione.

Mentre si può essere concordi con la prima parte della teoria in esame; lo stesso non si può dire per la seconda: la fungibilità dell'obbligazione non può influire sulla valutazione dell'inadempimento. Se mai, sono i legittimati ad agire che devono valutare se è più conveniente per loro – in caso di obbligazione infungibile – chiedere l'adempimento oppure la risoluzione<sup>398</sup> ed il risarcimento del danno.

Tutto ciò premesso, si può ritenere che, in generale, la risoluzione può essere determinata soltanto da un inadempimento di “non lieve entità”; a meno che il testatore non abbia previsto specificamente che alcune modalità di inadempimento debbano portare alla risoluzione: in tali casi, infatti, al giudice è preclusa ogni valutazione sul punto.

#### 4.3. I rapporti fra l'azione di risoluzione e quella di adempimento del *modus*.

È utile soffermarsi brevemente anche sull'applicabilità alla risoluzione del *modus* della norma di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., anche se questa ha fini meramente processuali.

Secondo alcuni, la norma non può essere applicata alla fattispecie testamentaria, in quanto nel *modus* mancherebbe la corrispettività delle prestazioni, che è il presupposto dell'applicabilità dell'art. 1453, secondo comma, cod. civ.<sup>399</sup>. Ancora, ciò sarebbe giustificato dalla differenza di conseguenze giuridiche: la risoluzione contrattuale comporterebbe la liberazione dall'obbligazione, mentre quella del *modus* la perdita dell'attribuzione in favore di un altro soggetto<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> Essendo infungibile, una volta risolta la disposizione, l'obbligazione modale non si trasferirebbe su un altro soggetto, venendo ad estinguersi *tout court*.

<sup>399</sup> C. Giannattasio, *op. cit.*, 246.

<sup>400</sup> C. Giannattasio, *op. loc. ult. cit.*

In realtà, la norma si spiega in quanto chi chiede la risoluzione, implicitamente, ammette di non aver più interesse all'esecuzione della prestazione<sup>401</sup>, e quindi l'obbligato potrebbe ritenersi esentato dal porre in essere tutte le attività necessarie per l'adempimento; in tal caso, qualora si concedesse a chi ha chiesto al risoluzione di cambiare idea e optare per l'azione di adempimento, l'obbligato sarebbe pregiudicato "oltre i ragionevoli limiti"<sup>402</sup>.

È quasi superfluo chiarire che la *ratio* della norma, così individuata, si può rinvenire anche nelle fattispecie di *modus* testamentario<sup>403</sup>.

Per tale ragione, ci si sente di condividere l'impostazione seguita dalla maggior parte della dottrina<sup>404</sup> e della giurisprudenza<sup>405</sup>, secondo le quali l'art. 1453, secondo comma, cod. civ. è applicabile anche al *modus* testamentario e, quindi, una volta proposta la domanda di adempimento, al beneficiario del *modus* non è precluso il diritto di chiedere – successivamente – la risoluzione. Viceversa, una volta optato per l'azione di risoluzione, non si può più chiedere l'adempimento; si ritiene, però, che quando la risoluzione è chiesta come domanda principale, quella di adempimento possa essere proposta (nello stesso giudizio) in via alternativa o subordinata.

Da ciò, parte della dottrina<sup>406</sup> e della giurisprudenza<sup>407</sup> di merito desumono che l'azione di risoluzione abbia carattere residuale, ossia che possa

---

<sup>401</sup> Nel caso in esame, ammette di non avere più interesse a che quel determinato soggetto adempia all'obbligazione modale; in quanto la conseguenza della risoluzione, si ripete, è il trasferimento del *modus* ex artt. 676, secondo comma, e 677, terzo comma, cod. civ.

<sup>402</sup> V., per tutti, A. Torrente e P. Schlesinger, *op. cit.*, 681.

<sup>403</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 177; G. Caramazza, *op. cit.*, 337; C. Giannattasio, *op. cit.*, 263.

<sup>404</sup> M. Tatarano, *op. cit.*, 352; G. Capozzi, *op. cit.*, 911; L. Bigliuzzi-Geri, *Successioni*, cit., 159; M. Costanza, *op. cit.*, 172-173; M. Garutti, *op. cit.*, 174-175; G. Caramazza, *op. cit.*, 337; C. Giannattasio, *op. cit.*, 263-264; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 193. *Contra* U. Carnevali, *Artt. 647-648*, cit., 619, secondo il quale le azioni non possono essere cumulate neppure nel senso di cui all'art. 1453, secondo comma, cod. civ.

<sup>405</sup> App. Napoli, 17 luglio 1951, cit.; App. Genova, 19 maggio 1951, in *Temi gen.*, 1952, 152.

<sup>406</sup> M.C. Tatarano, *op. cit.*, 350; G. Vindigni, *op. cit.*, 829.

essere esperita soltanto in seguito ad un infruttuoso utilizzo dell'azione di adempimento. Quest'ultima affermazione non sembra convincere, in quanto in caso di inadempimento (ricorrendone i presupposti) non si vede perché l'azione di risoluzione non possa essere scelta in alternativa a quella di adempimento.

Vi è poi chi ha sostenuto che, applicando i risultati di cui sopra fino alle estreme conseguenze, una volta chiesta la risoluzione, il divieto di agire per l'adempimento *ex art. 1453*, secondo comma, cod. civ., opererebbe anche una volta ottenuta la risoluzione, e, quindi, nei confronti del nuovo onerato<sup>408</sup>: il nuovo onerato sarebbe pertanto obbligato, ma tale obbligo sarebbe incoercibile<sup>409</sup>.

La tesi, francamente, non è degna di nota: non solo perché contrasta con la più volte ricordata autonomia del *modus* testamentario<sup>410</sup>, ma, soprattutto, perché imporrebbe di fatto un'(illegittima) *interpretatio abrogans* delle norme di cui agli artt. 676, secondo comma, e 677, terzo comma, cod. civ., secondo le quali in forza della risoluzione non solo la disposizione attributiva, ma anche l'obbligazione si trasferisce sui nuovi soggetti<sup>411</sup>.

Addirittura, poi, la giurisprudenza<sup>412</sup> ritiene applicabile alle disposizioni modali quell'orientamento giurisprudenziale (espresso in tema di risoluzione del contratto)<sup>413</sup>, secondo il quale la proposizione della domanda d'adempimento ha effetto interruttivo della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere la risoluzione, il quale quindi può essere esercitato sin

---

<sup>407</sup> App. Napoli, 4 ottobre 1957, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, 167.

<sup>408</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 542.

<sup>409</sup> Si potrebbe solo procedere ad una nuova risoluzione, ma, all'esito, il risultato sarebbe analogo.

<sup>410</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 176.

<sup>411</sup> V., *infra*, n. 3.5.

<sup>412</sup> Cass., 18 marzo 1999, n. 2487, cit.

<sup>413</sup> V. per tutte Cass., SS.UU., 10 aprile 1995, n. 4126, *Giust. civ.*, 1995, I, 2394; Cass., 30 ottobre 1992, n. 11825, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, 10.



quando il termine prescrizione non sia nuovamente decorso per intero. Tutto quanto detto circa l'applicabilità al *modus* dell'art. 1453, secondo comma, cod. civ., naturalmente, vale per i casi in cui la risoluzione sia chiesta dagli interessati legittimati ad agire anche per l'adempimento; non certo quando l'azione di risoluzione sia proposta dai chiamati in subordine, i quali non hanno alcun titolo per agire per l'adempimento del *modus*.

#### 4.4. I legittimati a esperire l'azione di risoluzione.

La tematica forse più delicata, e sicuramente più dibattuta, in riferimento alla risoluzione del *modus* testamentario, è quella relativa all'individuazione dei soggetti legittimati a proporre la relativa azione.

Il legislatore, al primo comma dell'art. 648 cod. civ., seppur con tutte le relative problematiche<sup>414</sup>, indica la categoria dei legittimati all'azione di adempimento<sup>415</sup>; mentre – al secondo comma – nulla dispone per quanto riguarda i legittimati all'azione di risoluzione; pertanto la questione è rimessa interamente a dottrina e giurisprudenza<sup>416</sup>.

Anche la questione in esame ha diviso gli interpreti: si possono, infatti, individuare due macro-orientamenti.

Secondo il primo<sup>417</sup>, condiviso dalla giurisprudenza meno recente<sup>418</sup>, proprio in forza della differenza normativa fra il primo e il secondo comma

---

<sup>414</sup> V. *supra*.

<sup>415</sup> In maniera analoga a quanto previsto per la donazione modale all'art. 793, quarto comma, cod. civ.

<sup>416</sup> In tema di donazione modale, però, il legislatore, al quarto comma dell'art. 793 cod. civ., ha individuato molto chiaramente i soggetti legittimati ad agire per la risoluzione della donazione modale in caso di inadempimento: il donante e i suoi eredi.

<sup>417</sup> G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 238; C.M. Bianca, *op. cit.*, 818; M. Tatarano, *op. cit.*, 354; L. Bigliazzi-Geri, *Successioni*, cit., 159; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 238; S. Pugliatti, *op. cit.*, 542; M. Scamoni, *op. cit.*, 282; C. Giannattasio, *op. cit.*, 245, il quale specifica che il "legittimato ad agire per la risoluzione non può essere che colui che dalla risoluzione stessa è chiamato a beneficiare e precisamente l'erede legittimo nel caso di istituzione testamentaria sub modo, o l'erede testamentario se l'onere sia apposto al legato, perché soltanto costoro hanno interesse a far accertare l'inadempimento e le relative conseguenze, a chiedere quella risoluzione testamentaria che se accolta produrrebbe la delazione ereditaria a suo favore".

dell'art. 648 cod. civ.<sup>419</sup>, la categoria dei legittimati all'azione di adempimento non coinciderebbe con quella dei legittimati all'azione di risoluzione. La prima categoria infatti è più ampia della seconda e, in quanto tale, c'è un rapporto di continenza o, quantomeno, di parziale coincidenza<sup>420</sup>.

Infatti, non essendovi una disposizione *ad hoc* che conferisca una legittimazione ad agire al di fuori dei limiti di cui all'art. 81 c.p.c., la categoria deve essere individuata con riferimento ai principi generali, e quindi all'interesse ad agire e alla legittimazione ad agire<sup>421</sup>. Pertanto, saranno legittimati ad agire per la risoluzione soltanto quei soggetti che dalla risoluzione otterranno un diritto specificamente individuato<sup>422</sup>.

In tal senso si ritengono legittimati a chiedere l'azione di risoluzione soltanto coloro i quali, a seguito della risoluzione, subentrerebbero (ai sensi degli artt. 676, secondo comma, e 677, terzo comma, cod. civ.) nella situazione giuridica dell'onerato inadempiente: in altre parole, coloro i quali, in forza

---

<sup>418</sup> Cass. 10 novembre 1976, n. 4145, cit.; Cass. 20 settembre 1968, n. 3049, cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit. Nel merito v. App. Venezia, 8 gennaio 1954, in *Temi*, 1955, 276 (secondo la quale la legittimazione spetterebbe a "qualsiasi interessato", ma poi corregge il tiro statuendo che "concretamente saranno legittimati all'azione di risoluzione coloro che in dipendenza della risoluzione saranno chiamati ad acquistare i beni oggetto della disposizione risolta"); App. Napoli, 15 luglio 1951, cit. Implicitamente sembra acconsentire anche Cass. 19 ottobre 1998, n. 10338, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Successione ereditaria*, nn. 63-64. In realtà, una pronuncia isolata ammetteva che potesse agire "qualsiasi interessato" (Trib. Genova, 19 marzo 1951, in *Temi gen.*, 1951, 153, la quale si richiama a Cass. 1° agosto 1942, n.2327, in *Giur. it.*, 1943, I, 117).

<sup>419</sup> Il primo comma infatti legittima "qualsia interessato"; mentre il secondo nulla dice in merito.

<sup>420</sup> N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 492, il quale, però, parla soltanto di parziale coincidenza.

<sup>421</sup> In tal senso v. Cass. 20 settembre 1968, n. 3049, cit., anche se la stessa utilizza nozioni imprecise e datate di legittimazione ad agire e di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., ponendo poi l'attenzione quasi esclusivamente su quest'ultimo, senza dare il giusto peso alla legittimazione: il "*principio generale dell'interesse ad agire (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'intervento del giudice. Legittimato ad agire per la risoluzione può, quindi essere solo colui che beneficia della risoluzione stessa*".

<sup>422</sup> Per le definizioni di interesse e legittimazione ad agire v. *supra* 2. *L'adempimento del modus testamentario*.

dell'ambulatorietà del *modus*, una volta risolta la disposizione principale, diventerebbero i nuovi onerati<sup>423</sup>.

Il secondo orientamento, sostenuta dalla dottrina maggioritaria<sup>424</sup> e dalla giurisprudenza più recente<sup>425</sup>, invece, tenta di risolvere la problematica effettuando un confronto fra la risoluzione del contratto e la risoluzione del *modus* testamentario.

Le due ipotesi di risoluzione sono completamente differenti: l'una, quella del contratto, ha come effetto il ripristino delle situazioni precedenti alla stipula del negozio, con relativa estinzione delle obbligazioni inadempite; l'altra, quella testamentaria, presenta la particolarità di determinare una sostituzione della disposizione, in modo tale che un nuovo soggetto acquista

---

<sup>423</sup> Nel caso in cui l'onere sia a carico dell'erede testamentario, la legittimazione spetterebbe:

- a) agli eventuali sostituiti;
- b) agli eventuali coeredi aventi diritto di accrescimento; e/o
- c) agli eventuali eredi legittimi.

Invece, nel caso in cui l'onere gravi sul legatario, invece, la legittimazione spetterebbe:

- a) all'eventuale sostituito;
- b) all'eventuale co-legatario avente diritto all'accrescimento; e/o
- c) agli eredi (sia legittimi, sia testamentari) o comunque ai soggetti gravati dal legato.

Le categorie sopra elencate e computate sono quelle individuate dalla Corte di Cassazione (Cass. 11 giugno 1975, n. 2306; la quale ha specificato e arricchito le categorie indicate da Cass. 30 settembre 1978, n. 3049, cit.).

<sup>424</sup> M. Tatarano, *op. cit.*, 336-337; M. Proto, *Il modo*, cit., 1239; G. Capozzi, *op. cit.*, 912; M. Garutti, *op. cit.*, 186 e ss.; L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., 325 e ss.; M. Costanza, *op. cit.*, 173; G. Caramazza, *op. cit.*, 336-337; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 542 (il quale, però, propende per tale orientamento perché è quello che permette meglio di "vedere attuata la volontà del testatore che, nelle due ipotesi dell'art. 648 *cpv.*, è stata precipuamente, se non esclusivamente, quella di privare del beneficio l'onerato inadempiente"; A. Marini, *op. cit.*, 274 e ss.; L. Costanzo, *op. cit.*, 331 e ss.; M. Lupo, *op. cit.*, 627 e ss.; P. Valensise, *Dell'azione di riduzione e di adempimento in tema di disposizione modale testamentaria*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, 1135; U. Carnevali, *Modo* (voce), cit., 693; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 917-918; G. Vindigni, *op. cit.*, 829; G. Cassisa, *op. cit.*, 1142, il quale estende la legittimazione anche ai meri portatori di interessi legittimi come il generico rispetto della volontà del defunto (in favore a quest'ultima affermazione parrebbe militare anche F. Messineo, il quale, nel suo *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 192, afferma che per esperire l'azione di risoluzione "non è necessario trattarsi di persona che, dall'eventuale risoluzione della disposizione testamentaria, possa trarre qualche vantaggio patrimoniale". V., però, in senso contrario, M. Proto, *Il modo*, cit., 1240).

<sup>425</sup> Cass. 7 marzo 2016, n. 4444; cit.; Cass. 26 luglio 2005, n. 1599, cit.; Cass. 18 marzo 1999, n. 2487 cit. (anche se, relativamente alle ultime due, la presa di posizione era al di fuori del *thema decidendum*).

l'attribuzione patrimoniale e diventa vincolato ad adempiere l'obbligazione modale; in altre parole, si ha un nuovo onerato<sup>426</sup>, attuandosi così una forma c.d. atipica di successione dal lato passivo dell'obbligazione<sup>427</sup>.

Pertanto, nella risoluzione contrattuale, la relativa azione spetta a chi ottiene un vantaggio dalla risoluzione: la parte che viene sciolta dal vincolo<sup>428</sup>. Sulla stessa linea, ma con risultati - chiaramente - differenti, l'azione di risoluzione del *modus* testamentario, spetterà sì a coloro che dalla risoluzione ottengono un vantaggio, che, però, in questo caso, sono non solo coloro che subentreranno all'onerato principale quali soggetti passivi del *modus*<sup>429</sup>, ma anche gli "interessati all'adempimento" di cui al primo comma dell'art. 648 cod. civ.; ossia i legittimati a promuovere l'azione di adempimento. Come ricordato da alcuni autori<sup>430</sup>, ovviamente a tali soggetti deve aggiungersi l'esecutore testamentario<sup>431</sup>.

---

<sup>426</sup> F. Mastropaolo, *Accidentalità del «modus» e tipi negoziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 899-890; in particolar modo sul punto M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 917-918, secondo il quale la risoluzione contrattuale "porta all'annientamento dell'obbligazione inadempita", mentre quella del *modus* "lascia perfettamente in vita l'obbligazione inadempita, operandone semplicemente il passaggio in testa ad un nuovo debitore"; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 184; G. Vindigni, *Modo (voce)*, cit., 829-830. V. anche A. Marini, op. cit., 254, secondo il quale, però "non sussiste alcuna particolarità a seconda della natura inter vivos o mortis causa del negozio, traducendosi la risoluzione sempre e comunque nella inefficacia della disposizione negoziale quale atto di autonomia privata di un soggetto determinato diretto a produrre uno specifico effetto attributivo a favore di un altro soggetto"; precisando però, poi, che "nel negozio mortis causa, si pone l'esigenza, in analogia a quanto previsto nell'art. 674 c.c. per l'ipotesi in cui il chiamato all'eredità non voglia o non possa accettare, di determinare, attraverso una specifica disposizione di legge, un nuovo titolare dei rapporti attivi e passivi che avrebbero dovuto far capo a quello designato dalla privata autonomia: problema che il legislatore ha inteso, appunto, risolvere con la disposizione contenuta nell'art. 677, comma 3° c.c."

<sup>427</sup> L. Costanzo, op. cit., 332.

<sup>428</sup> Una conferma a ciò sarebbe contenuta anche nel quarto comma dell'art. 793 cod. civ., ai sensi del quale, la risoluzione del contratto di donazione modale spetta soltanto al donante e ai suoi eredi.

<sup>429</sup> In tale posizione la teoria in esame coincide con il primo orientamento esposto *supra*.

<sup>430</sup> G. Capozzi, op. cit., 912; M. Tatarano, op. cit., 336; G. Caramazza, op. cit., 336.

<sup>431</sup> L'esecutore testamentario sarebbe legittimato anche qualora si propendesse per la prima ipotesi: v. C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 247.

Anche in questo caso, per sostenere la validità di questa seconda tesi, alcuni Autori<sup>432</sup> fanno leva sull'aspetto sanzionatorio della risoluzione<sup>433</sup>.

In forza dell'orientamento in esame, anche i creditori dei beneficiari possono agire, in via surrogatoria, per la risoluzione del *modus* testamentario<sup>434</sup>.

Parte della dottrina<sup>435</sup>, poi, giustifica tale presa di posizione anche da un punto di vista tecnico: il secondo comma dell'art. 648 cod. civ. deve essere letto alla luce del primo comma; in quanto una norma successiva, quando non risulta completa e autonoma, solitamente costituisce una continuazione di quella precedente. A ciò si aggiunge che il legislatore, quando ha voluto delimitare la categoria dei legittimati a chiedere la risoluzione di una fattispecie modale (la donazione), lo ha fatto espressamente (art. 793, quarto comma, c.p.c.)<sup>436</sup>.

Quest'ultima soluzione, per quanto innovativa e autorevolmente sostenuta, suscita qualche perplessità.

In primo luogo, non pare tener conto delle norme processual-civilistiche, soprattutto quelle in tema di interesse ad agire e di legittimazione ad agire<sup>437</sup>.

---

<sup>432</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 181; G. Vindigni, *op. cit.*, 829.

<sup>433</sup> Si è già detto come la si pensa in relazione all'aspetto sanzionatorio della risoluzione del *modus*, pertanto si rimanda a *supra*.

<sup>434</sup> Chiaramente entro i limiti in cui essi possano essere avvantaggiati dalla risoluzione e dalla relativa sostituzione dell'onere (v. M. Garutti, *op. cit.*, 188; M. Costanza, *op. cit.*, 173; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 914). Sul punto si obietta, però, che se i beneficiari sono così determinati da avere dei creditori specifici, allora si ricadrebbe nel legato e non nel *modus*.

<sup>435</sup> M. Tatarano, *op. cit.*, 336; G. Caramazza, *op. cit.*, 336; G. Cassisa, *op. cit.*, 1143.

<sup>436</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 912; M. Tatarano, *op. cit.*, 354; G. Caramazza, *op. cit.*, 340-341. V. poi, anche se con conclusioni opposte in merito alla legittimazione, A. Marini, *op. cit.*, 257-258, il quale specifica che la diversità delle due norme, e dei due istituti, dipende dal fatto che "mentre il donante è infatti sempre presente e può ricorrere agli altri rimedi accordati dal legislatore per garantire l'adempimento del *modus* e cioè all'azione di adempimento e/o a quella di risarcimento dei danni, nel *modus* testamentario la necessità di demandare la vigilanza sull'esatto adempimento della statuizione modale a soggetti diversi dal disponente, attenuando la efficacia dello strumento risolutorio in generale apprestato dal legislatore, ne rende opportuno un allargamento al di là dei limiti fissati per il *modus* donativo".

<sup>437</sup> V. *supra*, 2. L'adempimento del *modus* testamentario.

Riassumendo brevemente: l'interesse deriva dalla contestazione (affermata) di un diritto o comunque di una situazione giuridica, dalla quale, all'esito del giudizio, possano derivare diritti specificamente individuati<sup>438</sup>. Mentre la legittimazione è la coincidenza (affermata) fra chi promuove l'azione e il titolare del diritto<sup>439</sup>.

Applicando tali principi all'azione di risoluzione testamentaria, pare preferibile l'ipotesi secondo la quale i beneficiari dell'onere non potrebbero agire per la risoluzione, in quanto l'eventuale esito favorevole del giudizio e, quindi, la risoluzione, non comporterebbe per loro alcun nuovo diritto specificamente individuato. I diritti attribuiti con la disposizione modale spetterebbero al nuovo onerato, ma, in tema di legittimazione, si è visto che, in assenza di una norma specifica (come il primo comma dell'art. 648 cod. civ.), nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui.

Ciò che otterrebbero i beneficiari sarebbe soltanto una sostituzione dell'onerato, ma ciò non può essere considerato un diritto<sup>440</sup>, ma – a voler molto concedere – un mero ed eventuale vantaggio pratico (si badi, soltanto

---

<sup>438</sup> V. *supra*, note 227 e 228.

<sup>439</sup> Si ricorda, poi, che fuori dai casi previsti dalla legge, nessuno può azionare in nome proprio un diritto altrui (art. 81 c.p.c.).

<sup>440</sup> Sul punto non sembra cogliere nel segno M. Giorgianni, che nel suo *Il modus testamentario*, cit., 918, afferma che l'interesse sta proprio nel fatto che i beneficiari "acquistano un nuovo obbligato. Stessa cosa vale per G. Cassisa, *op. cit.*, 1140, secondo il quale, "mentre la risoluzione della donazione non può giovare che al donante e ai suoi eredi, la risoluzione della disposizione testamentaria può giovare anche ai terzi beneficiari". V. la motivazione di Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit., la quale ha giustamente ritenuto che "l'ambulatorietà del modo prevista dal 3° comma dell'art. 677 c.c., in applicazione del principio favor testamenti, non sembra poter giustificare la conclusione che la semplice sostituzione dell'obbligato valga a soddisfare di per sé, e in modo diretto e immediato, l'interesse all'adempimento essendo evidente che tale interesse può essere soddisfatto non già col solo mutamento del soggetto obbligato, in quanto anche il nuovo obbligato non adempie la prestazione dovuta per il sol fatto di subentrare al primo onerato e può rendersi anch'egli inadempiente, ma esclusivamente con l'effettiva esecuzione della prestazione, o con la condanna dell'obbligato ad eseguirla". *Idem* per M. Garutti, *op. cit.*, 168, il quale afferma che "il mutamento del soggetto onerato è, quanto meno potenzialmente, idoneo a consentire la realizzazione della sua pretesa". V. infine, L. Costanzo, *op. cit.*, 335, il quale paragona la sostituzione alla delegazione, espromissione e accollo liberatori, sostenendo che il fatto che nel *modus* non ci sia alcun accordo fra i soggetti, è completamente ininfluenza.

nei casi in cui il nuovo onerato adempia alla prestazione, o disponga di un patrimonio più consistente a garanzia dell'obbligo)<sup>441</sup>.

Anche le argomentazioni di tipo tecnico non convincono. L'impostazione sopra descritta si fonda su di una premessa erronea: il secondo comma dell'art. 648 cod. civ. viene, infatti, visto come una norma incompleta e non autonoma; quando sembra più convincente l'ipotesi contraria. Il primo comma dell'articolo in esame disciplina in maniera completa l'azione di adempimento e il secondo (che sarebbe tranquillamente potuto essere un articolo autonomo) disciplina in via completa ed esclusiva l'azione di risoluzione<sup>442</sup>.

Inoltre, il legislatore, quando ha voluto dettare regole particolari in tema di individuazione dei soggetti legittimati a proporre un'azione in risposta all'inadempimento di una disposizione modale, lo ha fatto esplicitamente<sup>443</sup>. Pertanto, il fatto che – in tema di azione di risoluzione – non abbia preso una specifica posizione dovrebbe portare a ritenere che abbia inteso sottoporre l'individuazione dei legittimati alle regole generali.

---

<sup>441</sup> Su tale statuizione non si può omettere un cenno alla vicenda dell'accollo. Infatti, mentre la teoria tradizionale (v. N. Coviello, *Delle successioni*, cit., 352) ritiene che nell'accollo, soprattutto in quello liberatorio, non vi sia alcun vantaggio per il terzo creditore, recentemente un'autorevole dottrina (v. per tutti U. La Porta, *L'assunzione di debiti altrui*, Milano, 2009, 208 e ss.; R. Cicala, *Accollo* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 284 e ss.) ritiene che l'effetto favorevole per il creditore sussiste sia nell'accollo cumulativo, sia in quello liberatorio. Tuttavia, anche in questo caso, con esclusivo riferimento all'accollo liberatorio, risulta più convincente quell'impostazione secondo la quale, in tali casi, il vantaggio per il terzo (la mera sostituzione) sarebbe un vantaggio meramente "casuale" (v. P. Rescigno, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 242 e ss.).

<sup>442</sup> A voler molto concedere potrebbe essere integrato dal terzo comma dell'art. 677 cod. civ., il quale disciplina, però, gli effetti della risoluzione e non l'azione.

<sup>443</sup> Si fa riferimento, ovviamente, al primo comma dell'art. 648 cod. civ., ma anche al quarto comma dell'art. 793 c.p.c., in tema di donazione modale, secondo il quale gli unici soggetti legittimati sono il donante e i suoi eredi, in quanto, secondo la Corte di Cassazione, sono "unici in grado di apprezzare le ragioni dell'inadempimento con riguardo allo spirito di liberalità" (Cass. 29 gennaio 2000, n. 1036, in *Corriere Giur.*, 2000, 3, 292); la norma avrebbe poi (anche) il significato di privare i creditori del donante della legittimazione ad agire in via surrogatoria (A. Palazzo, *Le donazioni*, cit., 414). Infine, per le differenze fra l'azione di risoluzione della donazione modale e quella del *modus* testamentario v. L. Gardani Contursi-Lisi, *Presenza del motivo e volontà di donare nella donazione: brevi riflessioni*, in *Giur. it.*, 2005, 1 e ss.

Premesso ciò, sembra doveroso prendere posizione su di una recente pronuncia, sul tema, della Corte di Cassazione<sup>444</sup> che ha tentato di conciliare<sup>445</sup> i due orientamenti.

A livello teorico, la pronuncia è concorde con la tesi qui sostenuta, ossia ritiene che la categoria dei legittimati ad agire per la risoluzione della disposizione modale e quella dei legittimati a chiedere l'adempimento del *modus* testamentario non coincidono; anche perché quest'ultima – in forza del disposto di cui al primo comma dell'art. 648 cod. civ. – è più ampia della prima.

Tuttavia, secondo la Suprema Corte, tale principio<sup>446</sup> non contrasterebbe con quella giurisprudenza (più recente e oggi maggioritaria)<sup>447</sup> secondo la quale ad esperire l'azione di risoluzione del *modus* sono legittimati anche i prossimi congiunti del defunto (siano questi anche gli eredi, o meno) e i beneficiari del *modus*<sup>448</sup>.

Ciò in quanto, con riferimento all'azione di risoluzione, la legittimazione ad agire andrebbe attribuita in base ai principi generali e quindi in considerazione dell'interesse ad agire (*ex art. 100 c.p.c.*)<sup>449</sup>. Secondo la pronuncia tale interesse è costituito dal bisogno di ottenere il riconoscimento di una “*situazione giuridica di vantaggio sostanziale*”<sup>450</sup> che viene, quindi, posto

---

<sup>444</sup> Cass. 7 marzo 2016, n. 4444, cit.

<sup>445</sup> Purtroppo con risultati discutibili.

<sup>446</sup> Che come si è visto un tempo era condiviso dalla giurisprudenza di legittimità v., da ultima, Cass. 30 settembre 1968, n. 3049, cit.

<sup>447</sup> Cass. 18 marzo 1999, n. 2487 cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>448</sup> “*Con tale giurisprudenza non contrasta il precedente di Cass., Sez. 2, sentenza n. 3049 del 30 settembre 1968, Rv. 335909, menzionato dalla resistente, per il quale la legittimazione all'azione di adempimento del modo ed all'azione di risoluzione della disposizione testamentaria modale non riguarda le stesse persone. Infatti, la prima sarebbe più ampia rispetto alla seconda, spettando a qualsiasi interessato e, quindi, a chiunque abbia un interesse materiale od anche non patrimoniale all'adempimento, fra cui, ad esempio, il beneficiario del modus*” (Cass. 7 marzo 2016, n. 4444, cit.).

<sup>449</sup> D. Achille, *Inadempimento dell'onere testamentario e legittimazione alla risoluzione*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 13, 18.

<sup>450</sup> Cass. 7 marzo 2016, n. 4444, cit.



ad oggetto della pretesa fatta valere in giudizio; in altre parole costituisce l'esigenza di conseguire un risultato utile o apprezzabile da un punto di vista giuridico attraverso un provvedimento dell'autorità giudiziaria<sup>451</sup>.

Argomentando da ciò, la pronuncia ritiene che il beneficiario dell'onere è da ritenere soggetto che sicuramente ha motivo per chiedere la risoluzione della disposizione testamentaria in questione, in quanto egli, *ove sia anche l'erede*, otterrebbe il trasferimento a se stesso della disposizione, conseguendo quindi un vantaggio patrimoniale; in tal modo il nuovo onerato potrebbe soddisfare l'interesse morale del defunto<sup>452</sup>.

Pur concordando con le premesse<sup>453</sup>, occorre però evidenziare che da queste vengono fatte derivare conseguenze illogiche.

È vero che l'impostazione indicata attribuisce la legittimazione a chiedere la risoluzione all'erede, ma in quanto tale – e quindi soggetto che riceverà la disposizione in seguito alla risoluzione – non in quanto beneficiario del *modus*. Forse si sarebbe potuto addirittura azzardare che – nel caso di specie – essendo l'erede anche il beneficiario, una volta ottenuta la disposizione in seguito alla risoluzione, ne avrebbe avuto un vantaggio certo (meglio, un diritto) anche quale beneficiario<sup>454</sup>.

Ricapitolando: i principi sono enunciati correttamente e, forse, anche correttamente applicati; tuttavia, da una situazione particolare, la Corte di

---

<sup>451</sup> Sul punto, pur preferendo una nozione diversa e più risalente di interesse ad agire, la pronuncia pare corretta e aderente alla tesi qui sostenuta.

<sup>452</sup> Tanto che, infine, la Suprema Corte esprime il seguente principio di diritto “*in tema di legato, l'inadempimento del modus ad opera del legatario legittima i prossimi congiunti del testatore, ancorché eredi, nonché i beneficiari dell'onere a proporre, oltre all'azione di adempimento, quella di risoluzione ex art. 648 c.c., comma 2*” (Cass. 7 marzo 2016, n. 4444, cit.).

<sup>453</sup> Ad eccezione di quella secondo la quale non vi è alcun contrasto fra quanto sostenuto in Cass. 30 settembre 1968, n. 3049, cit. e le successive pronunce sul tema (Cass. 18 marzo 1999, n. 2487 cit.; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.): il contrasto c'è ed è evidente (M. Garutti, *op. cit.*, 168), basti considerare che le pronunce giungono a conclusioni diametralmente opposte.

<sup>454</sup> In realtà sarebbe, però, meglio tenere distinte le due posizioni: anche se il soggetto coincide, non è detto che adempia al *modus*, ma soltanto che nessun'altro avrà interesse all'adempimento.

Cassazione fa discendere una regola generale che, paradossalmente, si pone in contrasto con le premesse<sup>455</sup>.

Si può quindi concludere, sul punto, che l'impostazione accolta dalla Suprema Corte è condivisibile e riporta la giurisprudenza a sostenere l'interpretazione che appare preferibile; purtroppo però è stata applicata in maniera scorretta e ciò ha comportato l'erroneità del principio di diritto enunciato *ex art. 384 c.p.c.*

Anche alla luce di ciò, è quindi preferibile la tesi che – salvo casi particolari – non permette ai beneficiari (e ai prossimi congiunti) di agire per la risoluzione della disposizione.

#### 4.5. *Gli effetti della risoluzione del modus.*

Veniamo ora ad analizzare gli effetti della risoluzione del *modus* testamentario.

Si è detto che la risoluzione determina la caducazione della disposizione testamentaria e, quindi, la decadenza dall'istituzione di erede o dal legato<sup>456</sup>. Si vengono quindi ad applicare il secondo comma dell'art. 676 cod. civ. e il terzo comma dell'art. 677 cod. civ.: l'attribuzione patrimoniale viene trasferita ad un nuovo soggetto<sup>457</sup>, che può essere, nell'ordine:

- a) il sostituto se il testatore lo ha previsto;
- b) il successore per rappresentanza;
- c) il beneficiario dell'accrescimento<sup>458</sup>;

---

<sup>455</sup> V. *supra*, nota 439.

<sup>456</sup> V. in giurisprudenza Cass. 19 novembre 1993, n. 11430, in *Vita not.*, 1994, I, 803; e in dottrina N. Di Mauro, *Delle disposizioni condizionali, a termine, modali*, cit., 499; M. Tatarano, *op. cit.*, 354.

<sup>457</sup> Salvo che non si tratti di obbligazione personale, nel qual caso, l'obbligazione modale si estinguerà.

<sup>458</sup> Parte della dottrina, però, ritiene che l'accrescimento può verificarsi soltanto quando il *modus* ha costituito il "solo motivo determinante" e, quindi, viene escluso quando la risoluzione è stata disposta dal testatore. In tali casi o il defunto ha previsto una sostituzione, oppure il *modus* si trasferisce agli eredi legittimi, o all'onere del legato (G. Azzariti, *Le*

d) l'erede legittimo, se l'obbligazione gravava sull'erede, oppure chi doveva adempiere al legato, se gravava sul legatario.

Ovviamente, ogni soggetto, o categoria di soggetti, esclude i successivi<sup>459</sup>.

Si è visto anche che, in forza delle esplicite disposizioni normative (artt. 676, secondo comma, e 677, terzo comma, cod. civ.) dottrina e giurisprudenza concordano sul fatto che il nuovo soggetto subentri anche negli obblighi che gravano sull'onerato inadempiente ("onerato originario"), diventando quindi onerato a sua volta ("nuovo onerato")<sup>460</sup>.

Esiste anche una posizione che distingue fra successione testamentaria e successione legittima<sup>461</sup>. L'Autore ritiene che la sostituzione nell'obbligazione modale possa avvenire soltanto quando il nuovo onerato venga individuato nell'ambito della successione testamentaria; mentre invece l'erede legittimo (nel caso, onerato del legato) riceverebbe soltanto l'attribuzione patrimoniale senza alcun onere e l'obbligazione modale verrebbe quindi meno. La ragione di ciò si ravvisa sia nel fatto che, con il subentrare della successione legittima, occorrerebbe prescindere da qualsiasi volontà del testatore, sia perché il *modus* sarebbe un istituto tipico della successione testamentaria e, in quanto tale, estraneo a quella *ex lege*. Tale differenziazione, però, si pone in netto contrasto col dato normativo: il terzo comma dell'art. 677 cod. civ. fa riferimento alle "disposizioni precedenti", e quella che fa riferimento alla successione legittima è, tra l'altro, quella immediatamente precedente (il secondo comma

---

*successioni e le donazioni*, cit., 542). Tale differenziazione, però, non sembra supportata da sufficienti giustificazioni.

<sup>459</sup> M. Tatarano, *op. cit.*, 336; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 542-543; G. Caramazza, *op. cit.*, 336.

<sup>460</sup> V. *supra*, e anche Capitolo I.

<sup>461</sup> G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 542-543.

dell'articolo in esame)<sup>462</sup>. Questa critica è condivisa anche dalla giurisprudenza<sup>463</sup>.

Infine, c'è ancora qualche voce isolata<sup>464</sup> che contesta tale soluzione, basandosi sulla natura accessoria del *modus*<sup>465</sup>.

Da parte sua, la giurisprudenza<sup>466</sup> non ha mai avuto dubbi sul fatto che anche l'obbligazione modale si trasferisca in capo al nuovo titolare della disposizione attributiva.

Una volta appurato ciò, pare legittimo chiedersi cosa accada nel caso in cui l'adempimento dell'obbligazione modale, per causa non imputabile all'onerato, sia divenuto impossibile. Infatti, si è visto che nel *modus* "solo motivo determinante", in caso di risoluzione, l'obbligazione si trasferisce in capo ad un nuovo soggetto; mentre, in caso di impossibilità (originaria) della prestazione, rende nulla l'intera disposizione.

Anche se la problematica è stata poco trattata, per l'ennesima volta le soluzioni fornite sono discordanti: giurisprudenza<sup>467</sup> e parte della dottrina<sup>468</sup>

---

<sup>462</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 167.

<sup>463</sup> Cass. 27 giugno 1974, n. 1921, cit.

<sup>464</sup> G. Caramazza, *op. cit.*, 341.

<sup>465</sup> Per le obiezioni si rimanda al Capitolo I, ricordando però che, anche chi sostiene ancora la natura accessoria del *modus* testamentario, non ha mai avuto dubbi sull'ambulatorietà dello stesso (v. per tutti, A. Marini, *op. cit.*, 237 e ss.).

<sup>466</sup> V. per tutte Cass. 7 marzo 2016, n. 4444, cit.; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4022, cit., la quale prende posizione anche sul tema della differenziazione fra successione testamentaria e quella *ex lege*, stabilendo che il *modus* si trasferisce anche all'erede legittimo; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

<sup>467</sup> Cass. 15 ottobre 1954, n. 3741, cit.; App. Palermo, 6 novembre 1957, in *Giur. sic.*, 1958, 236. Le quali si richiamano a Cass. 14 febbraio 1912, cit.

<sup>468</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 173; M. Lupo, *op. cit.*, 627; B. Gozzi, *op. cit.*, 55; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 235 e, per quanto riguarda il codice precedente, C. Scuto, *op. cit.*, 330.

negano che, in tali ipotesi, si possa far ricorso alla risoluzione; altri autori<sup>469</sup>, invece, sono del parere opposto.

Il punto dirimente sembra essere proprio l'impossibilità: infatti, chi propende per la risolvibilità della risoluzione, giustifica l'affermazione sostenendo che solo con questa l'obbligazione trasmigra su un nuovo soggetto e quindi tale ipotesi è quella che soddisferebbe al meglio la volontà del testatore<sup>470</sup>. Tuttavia, non si considera appieno che, se l'obbligazione è divenuta impossibile, rimarrà impossibile anche dopo la sostituzione<sup>471</sup>. Inoltre, anche se l'interesse del testatore fosse più tutelato in tal modo, tale ragione non pare essere sufficiente a disattendere l'espressa previsione di cui all'art. 647, terzo comma, cod. civ., ancorchè dettata per l'impossibilità originaria<sup>472</sup>.

Sembra poi doversi concordare con quella dottrina<sup>473</sup> e quella giurisprudenza di merito<sup>474</sup> le quali escludono che il *modus*, a causa delle sue peculiarità, si possa risolvere per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Ai sensi del primo comma dell'art. 1458 cod. civ., poi, la risoluzione ha efficacia retroattiva: ossia si rimuovono tutti gli effetti eventualmente già spiegati<sup>475</sup>. La regola, però, opera esclusivamente fra le parti; in quanto sono espressamente fatti salvi i diritti eventualmente acquisiti da terzi, salvi gli

---

<sup>469</sup> Ancora una volta M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920; L. Gardani Contursi-Lisi, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., 766; M. Allara, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, cit., 990.

<sup>470</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 920.

<sup>471</sup> M. Lupo, *op. cit.*, 627.

<sup>472</sup> Si rimanda a quanto detto *supra*.

<sup>473</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 173.

<sup>474</sup> Trib. Bergamo, 21 aprile 1950, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1951, I, 47.

<sup>475</sup> Il comma in esame precisa, però, che la retroattività non opera quando le obbligazioni sono ad esecuzione continuativa e/o periodica, relativamente alle prestazioni già eseguite.

effetti della trascrizione della domanda<sup>476</sup> (art. 1458, secondo comma, cod. civ.).

Quindi, la risoluzione opera *ex tunc*, ma per i terzi acquirenti di diritti su beni immobili o mobili registrati, retroagisce soltanto fino all'eventuale trascrizione della domanda<sup>477</sup>. Di conseguenza, il nuovo onerato sarà considerato erede o legatario *ab initio* a tutti gli effetti<sup>478</sup>.

La disciplina appena descritta è ritenuta pacificamente applicabile anche alla risoluzione del *modus*, sia dalla dottrina<sup>479</sup>, sia dalla giurisprudenza<sup>480</sup>.

Infine, anche se pare superfluo riferirlo, si precisa che la risoluzione necessita sempre di una pronuncia costitutiva<sup>481</sup>.

---

<sup>476</sup> Se la domanda di risoluzione è stata trascritta, infatti, la sentenza risolutiva è opponibile a quei terzi che abbiano acquistato diritti sull'immobile oggetto del giudizio successivamente alla trascrizione della domanda (art. 1458, secondo comma, cod. civ.).

<sup>477</sup> Sul punto v. G. Caramazza, *op. cit.*, 338-339, secondo il quale da tale momento gli atti posti in essere dall'onerato inadempiente non sono più opponibili a chi diventerà il nuovo onerato in forza della risoluzione.

<sup>478</sup> M. Garutti, *op. cit.*, 177.

<sup>479</sup> C.M. Bianca, *op. cit.*, 554; W. D'Avanzo, *Delle successioni*, cit., 736; L. Barassi, *op. cit.*, 420; C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., 55-56. V. in senso contrario G. Caramazza, *op. cit.*, 331, secondo il quale gli effetti della pronuncia, salvo la trascrizione (si è visto), non pregiudicano gli atti dell'onerato, il quale però potrà essere condannato al risarcimento dei danni.

<sup>480</sup> App. Napoli, 15 luglio 1951, cit., la quale richiama App. Napoli, 29 dicembre 1941, in *Mon. Trib.*, 1942, 245, nella quale si precisa che, pur in assenza di una norma specifica, la soluzione era adottata anche sotto il vigore del Codice Pisanelli.

<sup>481</sup> Dal fatto che la risoluzione necessiti una pronuncia e non operi quindi in automatico, si argomenta per distinguere il *modus* dalla condizione risolutiva (v. A. Cicu, *Testamento*, cit., 207; e F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 17<sup>a</sup> ed., Napoli, 2015, 483).

### Capitolo III – I vincoli testamentari

1. Il problema dei vincoli testamentari nel nostro ordinamento. 2. La mera raccomandazione. 3. La fiducia testamentaria. 4. Il *modus* e le altre obbligazioni testamentarie. 5. La fondazione testamentaria. 6. Il fondo patrimoniale costituito per testamento da un terzo. 7. Vincolo testamentario ex art. 2645-ter cod. civ. 8. Il trust testamentario “interno”.

1. Il problema dei vincoli testamentari nel nostro ordinamento.

Un Autore, alla fine del secolo scorso, ha affermato che “Al testatore continentale l’opzione che frequentemente si pone è spesso limitata alla scelta tra il troppo poco costituito dalla disposizione modale e il troppo costituito dalla fondazione”<sup>1</sup>. L’affermazione rispecchia quello che – almeno fino a tempi recenti – era il sentire comune.

In realtà, come già sottolineato, e anche grazie a recenti aperture giurisprudenziali<sup>2</sup>, il ruolo del momento dispositivo/attributivo in ambito successorio è sempre più ridotto in favore di disposizioni che non determinano un mero trasferimento di una situazione giuridica<sup>3</sup>. Il testamento, infatti, viene ormai considerato come il negozio giuridico con cui si determina l’assetto degli interessi – sia patrimoniali che non – per il periodo successivo alla morte non solo attraverso disposizioni attributive<sup>4</sup>, ma anche meramente obbligatorie o non patrimoniali. In tal modo, il testamento diventa idoneo a realizzare gran parte degli interessi del testatore<sup>5</sup>.

Pare potersi affermare che, quantomeno oggi, il testamento possa essere impiegato con la massima flessibilità, e ciò anche perchè vi è la possibilità di

---

<sup>1</sup> A. Zoppini, *op. cit.*, 161.

<sup>2</sup> Evidenziate nel Capitolo I della presente trattazione.

<sup>3</sup> V. *supra*, Capitolo I.

<sup>4</sup> Per tutti v. M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 308 e ss. e L. Bigliazzi-Geri, *Il testamento*, cit., 128.

<sup>5</sup> A. Trabucchi, *L’autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., 49 e ss.; G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, cit., 6 e ss.

prevedere disposizioni volte a vincolare direttamente un soggetto<sup>6</sup>: si è visto<sup>7</sup>, ad esempio, che il legislatore ha previsto una sempre più ampia gamma di legati tipici, anche non attributivi<sup>8</sup>, e che, in ogni caso, è ormai pacifica la facoltà del testatore di istituire legati atipici, in forza dell'art. 587 cod. civ.<sup>9</sup>.

Tali clausole, dal contenuto vario, possono vincolare l'obbligato con diversa forza, in quanto il testatore possiede vari strumenti per imporre ad un soggetto la propria volontà; ciò anche utilizzando quelle clausole che, secondo alcuni, consentono al testamento di avere una "funzione sanzionatoria"<sup>10</sup>, ma che comunque non tolgono a queste disposizioni la loro efficacia meramente obbligatoria<sup>11</sup>.

Quello che sembra essere certo è che il "troppo" indicato dall'Autore è, tutt'ora, la fondazione testamentaria.

Il "troppo" è dovuto al fatto che nella fondazione il risultato si realizza solo trasferendo i beni o i diritti ad una persona giuridica e imprimendo loro una determinata destinazione attraverso l'atto istitutivo dell'ente. Si anticipa, che, nei fatti, è proprio questo istituto che, perlomeno fino agli anni 2000<sup>12</sup>, ha spesso sopperito all'assenza di strumenti idonei ad apporre un vincolo testamentario di natura reale: ai sensi del secondo comma dell'art. 14 cod.

---

<sup>6</sup> Ovviamente sono previste possibilità di graduare l'efficacia obbligatoria di tali clausole testamentarie.

<sup>7</sup> V. *supra*, Capitolo I.

<sup>8</sup> G. Bonilini, *Le disposizioni non patrimoniali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*, a cura di G. Bonilini, Milano, 2009, 965 e ss.; Id., *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 7-8.

<sup>9</sup> V. per tutti G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., 1 e ss., il quale si sofferma soprattutto sul secondo comma dell'articolo in questione.

<sup>10</sup> A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 3, secondo il quale rientrano nella categoria tutte quelle "disposizioni che permettono al testatore di esercitare una coazione psicologica sull'erede o sul legatario per indurli all'adempimento della sua volontà mediante la comminatoria di un detrimento patrimoniale".

<sup>11</sup> È forse con riferimento a tale situazione che può forse trovare spiegazione la definizione di "troppo poco" contenuta nella citazione di cui alla nota 1.

<sup>12</sup> In tali anni, infatti, ha cominciato a diffondersi l'istituto del *trust* interno di si parlerà *infra*.



civ., infatti, la fondazione può essere istituita anche per testamento e, con lo stesso atto, la stessa può essere dotata di un patrimonio idoneo al perseguimento del suo scopo.

Tuttavia, mentre il perseguimento di alcuni scopi richiede effettivamente l'istituzione di un soggetto giuridico autonomo come la fondazione, nella maggior parte dei casi ciò non è necessario<sup>13</sup>; sarebbe infatti sufficiente la creazione di un patrimonio separato, senza un'apposita struttura organizzativa che lo gestisca<sup>14</sup>. Inoltre, la creazione di una persona giuridica comporta lunghe tempistiche e costi elevati (amministrativi e di gestione), circostanza questa che costituisce il maggior disincentivo all'utilizzo di un tale istituto (con la conseguenza che spesso il testatore rinuncia ad imprimere ai beni gli scopi desiderati attraverso la fondazione).

Ad oggi, lo spazio ricompreso fra il "troppo" ed il "troppo poco" può dirsi riempito dal trust interno<sup>15</sup>.

A questo punto sono necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo, non è corretto limitare il "troppo poco" alla sola disposizione modale, in quanto il testatore può perseguire i suoi interessi anche con altre disposizioni non attributive, diverse dal legato *sic et simpliter* e dall'istituzione di erede.

In secondo luogo, strettamente connesso con quanto sopra, deve rilevarsi che la concezione "evolutiva" del *modus* permette un utilizzo dello stesso molto più ampio rispetto a quanto accadeva in passato, con la concezione tradizionale del *modus* quale mero elemento accessorio<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> In questo senso è "troppo".

<sup>14</sup> V. A. Gambaro, *Il "trust" in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, 516-517.

<sup>15</sup> A. Gambaro, *op. cit.*, 516, il quale già nel 1994 aveva intuito che la carenza di tutela offerta dal nostro ordinamento avrebbe potuto essere colmata dal trust.

<sup>16</sup> G. Werther Romagno, *op. cit.*, 59-60, secondo il quale, ad esempio sarebbe possibile un testamento contenente soltanto un *modus*.

Ciò, peraltro, ha anche consentito di superare la risalente concezione del testamento come atto che può contenere esclusivamente disposizioni riguardanti le sostanze del testatore, sotto forma di istituzione di erede o di legato; concezione che aveva origine da un'interpretazione letterale dell'art. 587, primo comma, cod. civ. La possibilità di ampliare il novero delle disposizioni testamentarie rispetto a quelle tipiche (istituzione di erede e legato) previste dall'art. 588 primo comma cod. civ. deriva da un'evoluzione del concetto di causa del testamento. Questo, infatti, non viene più visto come un mero atto di disposizione patrimoniale a causa di morte<sup>17</sup>; bensì come un atto volto a disciplinare la generale e complessiva sistemazione dell'intero patrimonio dopo la morte<sup>18</sup>. Seguendo tale ricostruzione, non solo si è giunti a negare la natura strettamente accessoria del *modus*, ma si è notevolmente ampliato il possibile contenuto del negozio di ultima volontà, che potrà infatti contenere atti come la diseredazione e, più in generale, atti che solitamente sono unilaterali *inter vivos*, ma che, una volta inseriti nella scheda testamentaria, concorrono alla sistemazione del patrimonio del *de cuius* per il tempo successivo alla sua morte.

---

<sup>17</sup> G. Gangi, *Successione testamentaria*, cit., 28 e ss.

<sup>18</sup> In tal senso, G. Giampiccolo, *op. cit.*, 118 e ss.; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, cit., 86 e ss.; M. Bin, *op. cit.*, 197 e ss. Tali Autori ritengono che il testamento sarebbe idoneo a contenere una varietà di atti diversi dall'istituzione di erede e dal legato, e dunque aventi funzioni diverse da quella meramente attributiva. Questi Autori non negano che il negozio testamentario abbia una causa unitaria e di tipo patrimoniale, ma basano la propria visione su una diversa definizione di "patrimonialità", che non viene più assimilata al contenuto dell'art. 588, primo comma, cod. civ., bensì viene estesa a tutto ciò che è idoneo a regolare le sorti del patrimonio del testatore. Tale concezione pare dunque valorizzare ulteriormente la distinzione tra atti patrimoniali, che assumono la causa del negozio testamentario, in quanto da esso traggono la funzione di regolare le sorti del patrimonio del *de cuius* alla sua morte, e atti non patrimoniali, che sarebbero riconducibili all'art. 587 c. 2 c.c. (e ai suoi limiti), e troverebbero nel testamento semplicemente la sede nella quale si esplica la volontà privata. In giurisprudenza, sulla causa del testamento, si veda Cass. 8 gennaio 2014, n. 150, in *Vita not.*, 2014, 295: "Perché un atto costituisca manifestazione di ultima volontà, riconducibile ai negozi *mortis causa*, non è necessario che il dichiarante faccia espresso riferimento alla sua morte ed all'intento di disporre dei suoi beni dopo la sua scomparsa, essendo sufficiente che lo scritto sia espressione di una volontà definitiva dell'autore, compiutamente e incondizionatamente manifestata allo scopo di disporre attualmente dei suoi beni, in tutto o in parte, per il tempo successivo alla propria morte".

Infine, in terzo luogo, la carenza di un vincolo di natura reale posto a tutela dell'obbligazione modale testamentaria può forse ritenersi essere venuta meno con l'introduzione dell'art. 2645-ter cod. civ<sup>19</sup>.

Alla luce di ciò, è opportuno un - seppur breve - confronto fra il *modus* e gli altri vincoli testamentari, con specifico riferimento alle particolarità della fattispecie modale.

## 2. La mera raccomandazione

La prima possibilità per il defunto di imporre un vincolo sui beni ereditari è costituita dal rivolgere una semplice raccomandazione all'erede o al legatario. Tale opzione, però, non crea alcun vincolo (né obbligatorio, né tantomeno reale)<sup>20</sup>.

Infatti, in tale caso, risulta chiaramente dal testamento che il testatore ha inteso sottrarre la raccomandazione rivolta ai successori da qualsiasi coazione giuridica. Ciò si ha in due casi:

- a) quando dall'interpretazione della volontà testamentaria si evince che il defunto, con la raccomandazione, non ha voluto creare alcun vincolo obbligatorio<sup>21</sup>; e
- b) quando, invece, nel testamento, è espresso chiaramente che il testatore non vuole che la raccomandazione possa godere di qualsiasi coartazione giuridica.

Quindi, in entrambi i casi, il defunto intende affidare un determinato regolamento di interessi a un piano di tutela diverso da quello giuridico; vi è quindi un intento giuridico negativo<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Introdotta a far data dal 1° marzo 2006 dalla legge 30 dicembre 2005, n. 273.

<sup>20</sup> D. Farace, *Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 375 e ss.

<sup>21</sup> Quindi, né un legato o sub-legato, né un *modus* testamentario.

<sup>22</sup> P. Vitucci, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, in *Dir. fam.*, 1983, 670-671.

Al di fuori di queste ipotesi ben delimitate, anche la raccomandazione, che quindi non è più tale, può trovare una qualche tutela giuridica<sup>23</sup>: infatti, in tale ambito, il vincolo può essere ricompreso – a seconda dei casi – nell’ambito della fiducia o delle obbligazioni testamentarie<sup>24</sup>.

### 3. La fiducia testamentaria.

Prima di affrontare il tema della fiducia testamentaria quale vincolo, è necessario un breve inquadramento del negozio fiduciario nel nostro ordinamento.

#### 3.1. Il negozio fiduciario.

Il negozio fiduciario ha creato molte problematiche in dottrina, tanto che si è addirittura affermato che “in tutti i testi si parla di negozio fiduciario, ma, poi, che cosa sia questo tipo di negozio, con precisione, ancora non lo sappiamo”<sup>25</sup>.

Secondo l’impostazione tradizionale<sup>26</sup>, la struttura del negozio fiduciario è la seguente: il fiduciante, con un primo negozio, trasferisce al fiduciario<sup>27</sup> una situazione giuridica. In tal modo, il fiduciante diventa titolare della posizione giuridica nei confronti dei terzi.

---

<sup>23</sup> P. Vitucci, *op. cit.*, 671.

<sup>24</sup> V. *infra*.

<sup>25</sup> A. Falzea, *Rappresentanza e fiducia*, in F. Alcaro e R. Tommasini (curr.), *Mandato, fiducia e Trust*, Milano, 2003, 158. Un’impostazione analoga si trova nel più risalente A. De Martini, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 321 e addirittura in G. Messina, *I negozi fiduciari*, Milano, 1910.

<sup>26</sup> Illustrata anche nei manuali istituzionali di diritto privato, ad esempio v. A. Torrente e P. Schlesinger, *op. cit.*, 619; V. Roppo, *Diritto privato*, Torino, 2013, 463; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 988; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2011, 173.

<sup>27</sup> Oppure, fa trasferire da un terzo pagandone il prezzo o mettendo a disposizione il denaro per acquistarlo.

A questo negozio si aggiunge un ulteriore patto – solitamente segreto e spesso non opponibile a terzi<sup>28</sup> – che mira ad ottenere uno scopo diverso, anche solo parzialmente, da quello del negozio traslativo, imponendo al fiduciario obblighi circa la posizione giuridica oggetto del trasferimento.

Il secondo patto (c.d. *pactum fiduciae* o patto fiduciario) ha la funzione di “piegare” il negozio traslativo alla realizzazione di uno scopo ulteriore o diverso<sup>29</sup>. Il fiduciario è quindi obbligato a gestire la posizione giuridica secondo modalità predeterminate e/o a ri-trasferire la stessa (a richiesta del fiduciante o al determinarsi di una specifica condizione) al fiduciante o a un soggetto terzo beneficiario<sup>30</sup>. Occorre precisare fin da subito che il patto fiduciario, nel nostro ordinamento, ha effetti meramente obbligatori<sup>31</sup>.

Infatti si distingue tra fiducia germanistica e fiducia romanistica. La prima non è ammissibile nel nostro ordinamento, in quanto il patto fiduciario sarebbe opponibile *erga omnes*<sup>32</sup>. Nella fiducia romanistica, invece, il *pactum fiduciae* ha efficacia meramente interna ed è, quindi, inopponibile ai terzi; è questo il tipo di fiducia ritenuto ammissibile nel nostro ordinamento<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, 23-24.

<sup>29</sup> F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. Civ. e Comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, 486-488.

<sup>30</sup> Per il trasferimento a terzi v. Cass. 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1786.

<sup>31</sup> V., seppur con conclusioni differenti, F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 1254 e M. Lupoi, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1164.

<sup>32</sup> C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 355, il quale sottolinea come essa non dovesse nemmeno essere ricompresa nell'area della fiducia, in quanto il potere di abuso da parte del fiduciario costituisce un elemento essenziale del rapporto stesso, mentre esso è del tutto assente in una figura di “fiducia legale”. Secondo l'Autore, l'espressione si sostanzia in un ossimoro: “la fiducia che è divenuta legale, cioè che è tutelata in modo assoluto dalla legge, e non permette potestà di abuso, non è più fiducia in senso tecnico”. Tale espressione è stata poi utilizzata anche da S. Pugliatti, nel suo *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. scienze giur.*, 1948, 229.

<sup>33</sup> G. Gazzara, *Fiducia testamentaria* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 427.

Salvo qualche rara eccezione<sup>34</sup>, il patto fiduciario è solitamente autonomo rispetto al negozio di trasferimento e, spesso, come visto, conosciuto soltanto alle parti stesse. Addirittura, si è sostenuto che “la segretezza è, nel fatto, una caratteristica normale del fenomeno”<sup>35</sup>. Questa segretezza o autonomia<sup>36</sup> non è imposta da alcuna norma, ma viene solitamente utilizzata per scopi ulteriori<sup>37</sup>.

In tema di rapporti fra i due negozi, si rinvengono tre orientamenti.

Secondo il primo, il *pactum fiduciae* non ha rilevanza causale autonoma: la causa sarebbe comunque quella del negozio traslativo; mentre la “causa *fiduciae*, che è fuori di esso (dal negozio traslativo), ne costituisce solo un motivo, attraverso i patti obbligatori, che al negozio causale si accompagnano”<sup>38</sup>. In altre parole il negozio fiduciario è un negozio atipico unico, fondato su un’unica causa: la causa *fiduciae* che sostiene il trasferimento e consente il mantenimento degli effetti del negozio di trasferimento, che altrimenti sarebbe astratto<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Cass., 18 aprile 1957, n. 1331, in cui il patto fiduciario è contenuto direttamente nell'atto di trasferimento.

<sup>35</sup> V. M. Trimarchi, *Negozio fiduciario* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 50.

<sup>36</sup> Sul punto è interessante notare come l'autonomia fra negozio con effetti reali e negozio a effetti obbligatori si ripropone anche nel diritto dei trust, in cui i negozi di trasferimento, anche se possono essere contenuti nello stesso atto, rimangono distinti dall'atto istitutivo del trust (M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2016, 82).

<sup>37</sup> Come ad esempio per celare la reale consistenza patrimoniale del fiduciante (Cass. 15 maggio 2014, n. 10633), per simulare garanzie volte all'ottenimento di un prestito (Cass. 18 ottobre 1991, n. 3911), per esercitare attività che richiedono particolari licenze (Cass. 29 novembre 1985, n. 5958), ecc.

<sup>38</sup> Cass. 15 aprile 1951, n. 913 e, in senso conforme, Cass. 19 maggio 1960, n. 2271, *Mass. Foro it.*, 1960, 279.

<sup>39</sup> C. Grassetti, *op. cit.*, 374. In critica, N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 293, il quale ritiene invece che si potrebbe trattare di due negozi astratti, che cercano la propria reciproca legittimazione l'uno nell'altro, senza trovarla. L'Autore sottolinea inoltre, che parlare di una sola causa fiduciaria sarebbe riduttivo delle possibili configurazioni che il negozio può assumere.

Secondo un'altra impostazione, il negozio traslativo ed il patto fiduciario vengono considerati due negozi a sé stanti, ciascuno con la propria causa, ma funzionalmente collegati<sup>40</sup>: “sebbene essi concorrano all'unica finalità ... che informa di sé il negozio obbligatorio ed ha funzione di causa nell'atto di disposizione, tuttavia ognuno dei detti negozi produce gli effetti giuridici che gli sono propri”<sup>41</sup>.

Infine, una recente impostazione giurisprudenziale, prende atto che nella realtà giuridica i negozi fiduciari vengono spesso attuati tramite operazioni complesse<sup>42</sup>. Ciò consente di superare l'impostazione tradizionale, secondo cui il negozio fiduciario si compone di due negozi distinti (quello esterno ad effetti reali e quello interno ad effetti obbligatori). Infatti, nel caso in cui fra due o più parti intercorra un negozio fiduciario composto da più fattispecie negoziali, l'accordo che descrive l'intera operazione connota questi ultimi di una causa unitaria; questa viene definita causa *fiduciae*, identificata da una sentenza della Suprema Corte<sup>43</sup> anche come la realizzazione del c.d. “programma fiduciario”<sup>44</sup>. In tale contesto, sembra sposarsi la condivisibile

---

<sup>40</sup> F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1988, 427; U. Carnevali, *Il negozio fiduciario e il mandato post-mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, 694 e ss.; L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 25: quest'ultimo però conclude per l'inammissibilità della figura.

<sup>41</sup> Cass., 18 aprile 1957, n. 1331 e, in senso analogo, v. Cass. 7 agosto 1982, n. 4438, in *Mass. Giur. it.*, 1982, 926; Cass. 3 aprile 1980, n. 2159, in *Mass. Giur. it.*, 1980, 426; Trib. Milano, 18 aprile 1974, in *Giur. comm.*, 1975, 694 e ss.

<sup>42</sup> Specialmente in quelli in cui non è previsto che la situazione giuridica trasferita al fiduciario ritorni al fiduciante: si veda ad esempio Cass. 9 maggio 2011, n. 10163, in *Annuario del contratto*, 2014, 122; in cui Tizio vende una cascina alla sua futura nuora, convenendo con questa che il prezzo sarebbe stato utilizzato per ristrutturare la detta cascina, e che una volta ultimata la ristrutturazione, la nuora donasse poi al marito (figlio di Tizio) metà dell'immobile; oppure Cass. 27 luglio 2007, n. 16649, in cui Tizio trasferisce fiduciariamente un pacchetto azionario a Caio, il quale avrebbe dovuto ritrasferire le azioni (oppure il loro controvalore, se alienate) a Tizio e dividere con questo l'eventuale plusvalenza.

<sup>43</sup> Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, in *I Contratti*, 1, 2015, 12.

<sup>44</sup> Il programma viene realizzato attraverso diversi negozi, che, a seconda della situazione e/o dello scopo perseguito, possono essere di diverse tipologie, come il contratto di compravendita (v., per tutte, Cass. 30 giugno 2011, n. 14473, in *Mass. giust. civ.*, 2011, n. 58), il contratto di conto corrente (Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2481), la

opinione secondo cui la causa *fiduciae* è *ex se* inidonea a giustificare qualsiasi trasferimento, ma deve essere integrata. Soltanto quando il programma dell'accordo fiduciario non si è realizzato, l'interprete sarà chiamato scindere e qualificare i singoli negozi che compongono l'accordo per identificare su quale, e in che modo, agire per sopperire alla mancata attuazione del programma<sup>45</sup>.

Tuttavia, sul punto, sembra preferibile quell'opinione che vede il negozio fiduciario – dal punto di vista strettamente causale – una “scatola vuota”<sup>46</sup>. Infatti, tale negozio viene utilizzato per perseguire funzioni molto diverse l'una dall'altra, come ad esempio: quella di garanzia, il mandato, la donazione, l'amministrazione, o – come nel caso di specie – la successione testamentaria. Da ciò sembra potersi affermare che la c.d. causa *fiduciae* non è idonea a riunire tutte le ipotesi in un unico schema causale<sup>47</sup>.

Pertanto, occorre ricercare altrove la causa del negozio, che sarà diversa a seconda della funzione svolta: ad esempio gestorea o di garanzia; per quanto riguarda invece la fiducia testamentaria, si anticipa che il negozio è sorretto dalla causa successoria.

Nonostante la figura sia molto discussa in dottrina<sup>48</sup>, dall'entrata in vigore del codice civile ad oggi la Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere soltanto su un ridotto numero di casi concernenti il negozio fiduciario<sup>49</sup>. L'esistenza del negozio in oggetto, però, è stata accertata soltanto

---

girata cambiaria in garanzia (Cass. 25 novembre 1977, n. 5136, in *Giust. civ.*, 1978, 1, 747), ecc.

<sup>45</sup> Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, cit.

<sup>46</sup> U. Stefani, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, 27.

<sup>47</sup> N. Lipari, *op. cit.*, 278-279.

<sup>48</sup> Fra i tanti V. M. Trimarchi, *op. cit.*; U. Carnevali, *Il negozio fiduciario e il mandato post-mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694; N. Lipari, *op. cit.*; G. Tamburrino, *Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, I, 185; A. De Martini, *op. cit.*; C. Grassetto, *op. cit.*; A. Graziani, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. com.*, 1933, I, 414; G. Messina, *op. cit.*

<sup>49</sup> Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, cit.; Cass. 20 marzo 2014, n. 6514; Cass. 20 febbraio 2013, n.



in pochissimi casi (meno della metà)<sup>50</sup>; negli altri o è stato escluso, o è stato preso in considerazione ma poi scartato, per questioni di ordine processuale e/o probatorio. Dal dato giurisprudenziale si può trarre una prima conclusione: il negozio fiduciario, almeno nella sua configurazione classica, ha scarso riscontro in giurisprudenza. Ciò può essere determinato dal fatto che il negozio è un istituto che genera poco contenzioso, oppure – circostanza forse più probabile – che il negozio fiduciario viene poco utilizzato nella prassi.

### 3.2. La fiducia e il testamento.

Venendo a declinare quanto sopra con riferimento al fenomeno successorio, il defunto rimette l'attuazione del vincolo – avente efficacia dopo l'apertura della successione – al soggetto, erede (sia per legge, sia per testamento) o legatario, al quale viene attribuita la situazione giuridica.

Inoltre, è proprio nell'ambito successorio che si trova l'unica disposizione codicistica in tema di fiducia: l'art. 627 cod. civ., rubricato appunto *Disposizione fiduciaria*<sup>51</sup>. Tale disposizione contempla il caso di una disposizione a favore di un determinato soggetto, che in realtà nasconde la

---

4262; Cass. 26 marzo 2012, n. 4853; Cass. 30 settembre 2011, n. 20046; Cass. 30 maggio 2011, n. 14473; Cass. 9 maggio 2011, n. 10163; Cass. 7 aprile 2011, n. 8001; Cass. 28 marzo 2011, n. 7075; Cass. 1° agosto 2007, n. 16992; Cass. 22 luglio 2007, n. 16649; Cass. 1° aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, 1041; Cass. 19 luglio 2000, n. 9489, in *Dir. fall.*, 2000, II, 1099; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2481; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, in *Riv. not.*, 1994, II, 1107; Cass. 3 maggio 1993, n. 5113, in *Giur. comm.*, 1994, II, 5; Cass. 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1786; Cass. 29 novembre 1985, n. 5958, in *Dir. e giur.*, 1987, 268; Cass. 25 novembre 1977, n. 5136, in *Giust. civ.* 1978, I, 747; Cass. 19 febbraio 1971, n. 435, in *Foro it.*, 1971, I, 1655; Cass. 9 novembre 1959, n. 3314, in *Giust. civ.*, 1960, I, 2131; Cass. 18 aprile 1957, n. 1331, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1961.

<sup>50</sup> Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, cit.; Cass. 20 marzo 2014, n. 6514, cit.; Cass. 26 marzo 2012, n. 4853, cit.; Cass. 1° aprile 2003, n. 4886, cit.; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, cit.; Cass. 18 ottobre 1991, n. 11025, cit.; Cass. 29 novembre 1985, n. 5958, cit.; Cass. 25 novembre 1977, n. 5136, cit.; Cass. 19 febbraio 1971, n. 435, cit.; Cass. 9 novembre 1959, n. 3314, cit.; Cass. 18 aprile 1957, n. 1331, cit.

<sup>51</sup> P. Piccoli, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita not.*, 1998, 786.

reale volontà del testatore di rendere beneficiario finale dell'attribuzione patrimoniale un soggetto diverso.

Occorre però premettere che, quando l'identità del beneficiario della fiducia risulta dal testamento, in realtà ci troviamo al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 627 cod. civ., in quanto il beneficiario è in realtà un legatario<sup>52</sup>.

Venendo alla disciplina dettata dall'art. 627 cod. civ., questo, al primo comma, stabilisce che non si può agire in giudizio per l'accertamento e/o l'adempimento della disposizione fiduciaria. In altre parole, non esiste alcuna garanzia giuridica del vincolo che il defunto ha impresso ai beni attraverso il patto fiduciario. Quindi l'erede o il legatario acquistano, per successione, la situazione giuridica senza alcun obbligo coercibile di rispettare il volere del defunto: questi possono, quindi, disporre a loro piacimento di quanto ricevuto.

La *ratio* della disposizione viene individuata nel principio di certezza della disposizione testamentaria<sup>53</sup>: il codice, in ossequio a tale principio, dà rilevanza solo a quanto affermato dal testatore all'interno dell'atto di ultima volontà, mentre rende irrilevanti (non coercibili) diverse prescrizioni eventualmente contenute in altri atti<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Tale conclusione, avente origine da una pronuncia della Suprema Corte (Cass. 12 marzo 1980, n. 1672, in *Giur. it.*, 1981, 1336, secondo la quale, nei casi in cui "in un testamento vi sia l'espressa ed inequivoca indicazione del beneficiario delle sostanze ereditarie, l'ulteriore conferimento ad altra persona di un incarico fiduciario volto non ad una diversa destinazione delle sostanze ereditarie, bensì a favorire maggiormente la persona indicata quale erede (nella specie, con l'esclusione dell'imposta di successione), non configura un'altra istituzione ereditaria qualificabile come fiduciaria"), pone dunque fine ad una disputa dottrinale (che vedeva A. Cicu, nel suo *Il testamento*, cit., 128, M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, in *Le successioni testamentarie Bianca*, Torino, 1983, 15, schierati in senso conforme al principio espresso in sentenza; e G. Gangi, *op. cit.*, 495, in senso contrario) in relazione alla possibilità di provare in giudizio chi sarebbe stato il vero successore individuato dal testatore.

<sup>53</sup> Cass. 12 marzo 1980, n. 1672, cit., 1336.

<sup>54</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 695.

In mancanza di una espressa indicazione nel testamento, pertanto, il codice sembra negare qualsiasi rilevanza alla reale volontà del testatore (non espressa in detto atto). La stessa Corte di Cassazione<sup>55</sup> ha affermato che tale diversa ed effettiva volontà per rilevare, deve essere necessariamente desunta dalla scheda testamentaria stessa, cosa che può verificarsi solo nel caso in cui il patto fiduciario sia presente all'interno del testamento.

Le problematiche relative a tale figura risultano acuite nella prassi, poiché di norma il patto fiduciario fra il defunto e l'erede o il legatario è segreto o semi-segreto<sup>56</sup>: non solo un'intesa di tale tenore comporta problemi relativi alla rilevanza giuridica e alla coercibilità, ma comporta prima ancora problemi di tipo probatorio del patto stesso, in un eventuale giudizio.

La disposizione fiduciaria e il relativo vincolo non sono però del tutto sprovvisti di rilievo giuridico. Infatti, il secondo comma dell'art. 627 cod. civ. dispone che se il fiduciario ha adempiuto spontaneamente al patto fiduciario, non può agire per la ripetizione<sup>57</sup>. Riassumendo: l'erede o il legatario fiduciari non hanno alcun obbligo giuridico, ma soltanto un dovere che possiamo qualificare come morale e/o sociale.

La disposizione testamentaria fiduciaria è quindi un'obbligazione naturale tutelata (anche) dall'art. 2034 cod. civ. Pertanto, il vincolo posto dal

---

<sup>55</sup> Cass. 12 marzo 1980, n.1672, cit., 1336. Tale pronuncia ha posto fine ad un dibattito dottrinale relativo al fatto se il beneficiario indicato in una controdedichiarazione scritta (esterna alla scheda testamentaria) potesse provare in un eventuale giudizio l'effettiva volontà del defunto. Nonostante il dettato del primo comma dell'art. 627 cod. civ., parte della dottrina lo riteneva ammissibile (A. Cicu, *Il testamento*, cit. 128), mentre altra parte lo escludeva (G. Gangi, *op. cit.*, 495).

<sup>56</sup> In analogia con quanto accade negli ordinamenti di *common law* in materia di trust segreti (*secret trust*). Ossia quei trust che non risultano dal testamento, ma hanno formato oggetto di precedenti intese fra il defunto e chi subentrerà, in tutto o in parte nel suo patrimonio. Ad essi si affiancano i trust semi-segreti (*half-secret trust*) che sono quelli in cui il testatore dà atto soltanto dell'esistenza del *pactum fiduciae*; ad esempio statuendo "a Tizio, poiché agisca come d'intesa" (v. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 72 e ss.).

<sup>57</sup> A meno che il fiduciario non sia incapace.

testatore costituisce la causa idonea a giustificare l'adempimento della disposizione fiduciaria anche qualora questo implicasse un trasferimento<sup>58</sup>.

Sempre dal secondo comma dell'art. 627 cod. civ., si può dedurre la possibilità che l'erede o il legatario fiduciari assumano, eventualmente, una vera e propria obbligazione in favore dei beneficiari della disposizione fiduciaria; obbligazione avente ad oggetto l'adempimento del vincolo pattuito col defunto. In maniera tendenzialmente analoga a quanto accade, si è visto<sup>59</sup>, in tema di adempimento della disposizione modale nulla *ex art.* 590 cod. civ. da parte dell'onerato a conoscenza della causa di invalidità<sup>60</sup>.

In tal modo, si avrebbe la nascita di un'obbligazione civile in luogo di quella naturale. La finalità di adempiere un dovere morale o sociale integra, poi, il necessario requisito causale del negozio posto in essere dall'erede o dal legatario fiduciari per dare esecuzione al vincolo fiduciario<sup>61</sup>. Tale negozio può avere efficacia meramente obbligatoria<sup>62</sup> e ciò ha portato la dottrina a

---

<sup>58</sup> E. Moscati, *Testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2015, 256.

<sup>59</sup> V. il precedente Capitolo II.

<sup>60</sup> M. Giorgianni, *Sugli effetti dell'obbligazione naturale*, cit., 417 e ss.; v. in senso contrario G. Criscuoli, *op. cit.*, 596 e ss.

<sup>61</sup> E. Moscati, *Le obbligazioni naturali*, Padova, 1999, 81; M. Giorgianni, *Sugli effetti dell'obbligazione naturale*, cit., 419.

<sup>62</sup> In tema di efficacia obbligatoria, occorre però rilevare che, in presenza dei requisiti richiesti dall'art. 2635-ter il negozio potrà essere trascritto. In tal modo il nuovo vincolo sarà opponibile ai creditori personali dell'erede o del legatario fiduciari; nonché, ma solo nel caso di erede fiduciario, anche nei confronti dei creditori dell'eredità (questi non possono, mai rivalersi su quanto legato).

Rimane, però, salva la possibilità per i creditori personali dell'erede, o del legatario oppure dell'eredità di agire in revocatoria *ex art.* 2901 cod. civ. (v. A. Azzara, *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 723).

Inoltre, i creditori del defunto prevarranno comunque sul beneficiario del vincolo fiduciario qualora, nel rispetto del termine di cui all'art. 516 cod. civ., abbiano provveduto alla separazione dei beni del defunto da quella degli eredi (G. D'Amico, *La proprietà "destinata"*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 536 e ss.).

I creditori dell'eredità saranno preferiti ai beneficiari della disposizione fiduciaria anche in caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. Invece, i creditori personali dell'erede e del legatario fiduciari saranno preferiti ai beneficiari qualora abbiano provveduto ad iscrivere ipoteca sui beni oggetto della disposizione fiduciaria *ex art.* 2644 cod. civ.

definire tale modalità di esecuzione dell'obbligazione naturale come "adempimento indiretto"<sup>63</sup>.

A tal proposito, però, occorre tenere presente che, secondo parte della dottrina<sup>64</sup>, ciò è ammissibile soltanto nei casi in cui la nascita della nuova obbligazione civile non sia, in alcun modo, effetto della preesistente obbligazione naturale, ma di un autonomo negozio avente come causa l'inadempimento del dovere morale o sociale, già oggetto dell'obbligazione naturale.

In relazione all'art. 627 cod. civ., gli interpreti si sono posti due interrogativi: da un lato, ci si è chiesti se la figura ivi disciplinata configuri realmente un negozio fiduciario; dall'altro, se sia possibile ipotizzare l'esistenza di altre ipotesi di fiducia testamentaria diverse da quella individuata dall'art. 627 cod. civ.

Partendo dal secondo quesito, si è tentato di qualificare come fiducia testamentaria il caso in cui il fiduciario sia il depositario della segreta volontà del testatore oppure sia l'esecutore testamentario<sup>65</sup>. A ben vedere però una tale posizione non può condividersi: in tale fattispecie, infatti, manca uno degli elementi essenziali del negozio fiduciario, e cioè il trasferimento della situazione giuridica al fiduciario<sup>66</sup>. In mancanza di qualunque trasferimento, sembra più corretto parlare di mandato *post mortem*<sup>67</sup>.

Con riguardo alla prima delle questioni sopra richiamate, da più parti si è negato che l'art. 627 cod. civ. disciplini una vera e propria ipotesi di fiducia

---

<sup>63</sup> In senso contrario, anche se con specifico riferimento alla fattispecie particolare dell'esecuzione del debito di gioco *ex art. 1933 cod. civ.*, v. G. Oppo, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 185.

<sup>64</sup> Sul punto v. *amplius* E. Moscati, *Pagamento dell'indebito. Art. 2028-2042*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 354 e ss. ed i riferimenti *ivi* contenuti.

<sup>65</sup> M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 16.

<sup>66</sup> S. Pugliatti, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Annali Università di Messina*, 1929, 25 e ss.

<sup>67</sup> M. Costanza, *op. loc. ult. cit.*

testamentaria<sup>68</sup>. All'interno di questo filone di pensiero, però, si possono individuare diverse posizioni.

Alcuni ritengono che non si tratti di fiducia, bensì di un negozio più complesso qualificabile come interposizione fittizia<sup>69</sup>: ciò sulla base del fatto che, alle parti normalmente presenti nel negozio fiduciario (fiduciante e fiduciario), si aggiunge in questo caso un terzo soggetto, e cioè il beneficiario finale.

Secondo altri<sup>70</sup>, invece, è la mancanza di coercibilità del vincolo posto dal testatore a comportare l'impossibilità di qualificare il negozio come fiduciario. Da ciò deriverebbe l'assoluta irrilevanza del patto fiduciario<sup>71</sup> e la conseguente impossibilità di qualificare l'eventuale adempimento come obbligazione naturale<sup>72</sup>.

Nemmeno tale posizione può condividersi<sup>73</sup>: la nozione di negozio fiduciario accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria, infatti, è molto più ampia di quella cui pare far riferimento la posizione sopra richiamata. L'innegabile mancanza di coercizione posta dal legislatore è interpretata come rifiuto di tutela ad un atto che viola il principio di certezza

---

<sup>68</sup> L. Bigliazzi-Geri, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1288; G. Mirabelli, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 1078 e ss.

<sup>69</sup> M. Mirabelli, *op. loc. ult cit.* e L. Bigliazzi-Geri, *op. loc. ult cit.* Sul punto, dibattuta è la natura fittizia o reale dell'interposizione: se il primo conclude per la natura fittizia, la maggior parte degli autori opta per la natura reale dell'interposizione, sulla base del fatto che il fiduciario non è mero prestanome, ma effettivo attributario della situazione giuridica (si veda G. Capozzi, *op. cit.*, 697; M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 22; G. Gazzara, *op. cit.*, 429).

<sup>70</sup> M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 21 e ss.

<sup>71</sup> M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 21.

<sup>72</sup> M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 23.

<sup>73</sup> Cass. 5 maggio 1962, n. 888, in *Foro it.*, 1962, 902. Nello stesso senso, per quanto riguarda la dottrina, v. G. Capozzi, *op. loc. ult. cit.*; G. Gazzara, *op. cit.*, 432; A. Cicu, *Successione testamentaria*, cit., 497.

del testamento<sup>74</sup>, in ossequio alla *ratio* della disposizione sopra richiamata; ma non come elemento fondante la natura non fiduciaria del rapporto<sup>75</sup>.

Non manca infine chi ha interpretato la disposizione come una sanatoria di testamento nuncupativo<sup>76</sup>, ritenendo che l'esecuzione del patto esterno al testamento si possa qualificare come conferma tacita di disposizioni nulle *ex art. 590 cod. civ.*, esecuzione come tale irripetibile. In realtà, come si è visto, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie ritengono che l'irripetibilità dell'adempimento derivi non dall'esecuzione di un testamento nullo, bensì dalla qualificazione della fattispecie come obbligazione naturale<sup>77</sup>.

L'ultimo comma dell'art. 627 cod. civ. stabilisce la non applicabilità delle norme previste dai precedenti commi, nel caso in cui la disposizione fiduciaria venga fatta in favore di incapaci di ricevere<sup>78</sup>, in frode ai divieti

---

<sup>74</sup> G. Gazzara, *op. cit.*, 432.

<sup>75</sup> Peraltro, la Corte di Cassazione, pur affermando la natura fiduciaria del negozio, sembra parlare di un negozio fiduciario *sui generis*, dotato di caratteri peculiari che lo rendono strettamente limitato alla sola materia testamentaria. V. Cass., 5 maggio 1962, n. 902, cit., secondo la quale "l'esecuzione spontanea, da parte dell'erede legittimo, della volontà testamentaria oralmente manifestata in vita dal defunto, relativa all'attribuzione di alcuni beni caduti in successione, non rientra nell'ipotesi di fiducia, applicabile alle sole successioni testamentarie, ma integra altra ipotesi di obbligazione naturale".

<sup>76</sup> M. Allara, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 79; G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma ex art. 590*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 1390.

<sup>77</sup> Cass. 5 maggio 1962, n. 902, cit.; Cass. 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. It.*, 1981, 1357. In dottrina, si vedano, per tutti tutti, G. Gangi, *Successione testamentaria*, cit., 496; G. Gazzara, *op. cit.*, 431; M. Mirabelli, *op. cit.*, 1061. In particolare, v. poi G. Capozzi, *op. cit.*, 698, secondo il quale la tesi della conferma del testamento nuncupativo comporterebbe l'illogica conseguenza di rendere assolutamente libero il fiduciario di scegliere se eseguire il patto (rendendo così erede il beneficiario del patto fiduciario) e la non esecuzione dello stesso (restando così lui stesso erede, e producendo in tal modo proprio il risultato che l'art. 627 cod. civ. vuole evitare).

<sup>78</sup> In merito agli "incapaci di ricevere", ci si interroga se tale disposizione sia applicabile anche agli enti non riconosciuti o non riconoscibili (in particolare, G. Gangi, *La successione testamentaria*, cit., 506 e ss., che al quesito dà risposta affermativa); la questione è oggi superata, visto che è ormai pacifico che anche gli enti non riconosciuti hanno soggettività giuridica e capacità giuridica generale.

posti dalla legge: la disposizione, in tal caso, dovrebbe ritenersi nulla e impugnabile da chiunque vi abbia interesse<sup>79</sup>.

#### *4. Il modus e le altre obbligazioni testamentarie.*

Per obbligazioni testamentarie si intendono il legato, il sub-legato e - appunto - il *modus*<sup>80</sup>: gli istituti hanno efficacia meramente obbligatoria<sup>81</sup> e pertanto i beneficiari di tali disposizioni, essendo meri creditori, godono di strumenti piuttosto limitati sia nei casi di inadempimento o di fallimento dell'obbligato, sia nel caso in cui debbano concorrere con i creditori di quest'ultimo.

In questi casi, in assenza di un vincolo reale, spetta al testatore garantire, o cercare di garantire, una maggior efficacia a tali disposizioni attraverso gli strumenti offerti dall'ordinamento.

Per quanto riguarda il legato, occorre distinguere tra legato c.d. reale dal legato obbligatorio.

Il primo, detto anche legato di specie, è disciplinato dal secondo comma dell'art. 649 cod. civ. il quale dispone che, quando l'oggetto del legato è un diritto appartenente al defunto, questo si trasferisce all'apertura della successione: la disposizione ha effetto traslativo<sup>82</sup> e ciò determina che in questo caso il legato abbia efficacia reale<sup>83</sup> e non meramente obbligatoria. In

---

<sup>79</sup> G. Gangi, *La successione testamentaria*, cit., 513.

<sup>80</sup> G. Criscuoli, *op. cit.*, 6 e ss.

<sup>81</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 1133; G. Bonilini, *Le obbligazioni di fonte successoria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*, a cura di G. Bonilini, Milano, 2009, 447; G. Criscuoli, *op. cit.*, 65.

<sup>82</sup> G. Grosso, *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, 5 e ss.

<sup>83</sup> G. Criscuoli, *op. cit.*, 67.



tali casi, quindi, al legatario spetterà anche<sup>84</sup> l'azione reale a tutela del suo diritto: il legatario di specie potrà dunque agire contro gli aventi causa dall'obbligato inadempiente, salvo che questi non abbiano acquistato in buona fede dall'erede apparente<sup>85</sup>.

Oltre al legato reale o di specie esiste anche un'altra tipologia di legato ad effetti reali: quello di credito. Infatti, la seconda norma contenuta nell'art. 658 cod. civ. prevede soltanto l'obbligo di consegnare al legatario i titoli che si trovano presso il testatore. Da ciò si ricava che il trasferimento del diritto si verifica, anche in questo caso, all'apertura della successione<sup>86</sup>.

Il legato obbligatorio, invece, comporta il sorgere di un'obbligazione a favore del legatario<sup>87</sup>. L'obbligazione grava solitamente in capo all'erede (o agli eredi), ma - si è visto - può gravare anche in capo ad un legatario: in questi casi si parla di sub-legato<sup>88</sup>.

Anche il *modus*, comporta l'obbligo per l'erede o il legatario di adempiere una determinata prestazione nei confronti di un soggetto, ma si differenzia dal legato (o dal sub-legato) obbligatorio in quanto il beneficiario dell'obbligazione è un soggetto indeterminato<sup>89</sup>.

Alla luce di ciò, appare evidente che in entrambi i casi, ovvero sia nel legato obbligatorio che nell'onere, siamo di fronte ad una disposizione testamentaria che comporta il sorgere di un'obbligazione, a favore di uno o

---

<sup>84</sup> "Anche", poiché gli spetterà comunque l'azione obbligatoria. Infatti, il legato non perde la propria natura obbligatoria, poiché sussiste pur sempre l'obbligo di consegna da parte dell'obbligato, che viene però affiancato dalla tutela reale di cui nel testo.

<sup>85</sup> G. Bonilini, *I legati*, cit., 280.

<sup>86</sup> G. Bonilini, *op. loc. ult. cit.*

<sup>87</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 1126, il quale a queste due figure affianca anche quella di legato reale costitutivo, che determina la costituzione di un diritto reale nuovo su un bene ereditario: tale diritto non è già di titolarità del testatore, ma deriva da un diritto più ampio già del defunto (cioè la proprietà del bene sottoposto a vincolo).

<sup>88</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 1109.

<sup>89</sup> Indeterminato nel senso visto nel Capitolo I.

più beneficiari, in capo ad un determinato soggetto (chiamato generalmente obbligato)<sup>90</sup>.

Tuttavia, il diritto che spetta al beneficiario di un'obbligazione testamentaria presenta alcune problematiche.

I beneficiari di tali disposizioni infatti, godono di un diritto di rango deteriore rispetto a quello dei creditori ereditari, poiché solo questi ultimi hanno una garanzia patrimoniale su tutto l'asse ereditario, e quindi anche sui beni oggetto dell'obbligazione testamentaria che possono essere oggetto di esecuzione<sup>91</sup>. Pertanto, secondo parte della dottrina non è corretto definire il diritto dei beneficiari come credito<sup>92</sup>.

Il *modus*, tuttavia, pur avendo efficacia meramente obbligatoria, presenta delle peculiarità rispetto alle altre obbligazioni testamentarie che garantiscono una tutela maggiore sia al diritto dei beneficiari sia all'interesse del testatore. Chiaramente si sta parlando delle disposizioni contenute nell'art. 648 cod. civ.<sup>93</sup>.

Infatti, il primo comma dell'articolo allarga la legittimazione ad agire per l'adempimento del *modus* a chiunque sia interessato all'adempimento dello stesso, considerato come chiunque possa trarre vantaggio, patrimoniale o, in alcuni casi, morale, dall'esecuzione dell'obbligazione modale<sup>94</sup>.

Decisamente più interessante, ai fini della presente analisi, è il secondo comma dell'art. 648 cod. civ., che prevede, in caso di inadempimento (anche incolpevole), la risoluzione della disposizione testamentaria fatta all'onerato, se tale opzione è stata prevista dal testatore, oppure se il *modus* ha costituito il

---

<sup>90</sup> M. Giorgianni, *op. loc. ult. cit.*

<sup>91</sup> C.M. Bianca, *op. cit.*, 689 e ss.

<sup>92</sup> Questa imprecisione terminologica è ben messa in evidenza da F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 714.

<sup>93</sup> *Amplius, supra*, Capitolo II.

<sup>94</sup> Per tutti v. G. Capozzi, *op. cit.*, 901, e soprattutto M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 903. Per la giurisprudenza, Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, cit.

solo motivo determinante. Con la risoluzione, l'obbligazione modale si trasferisce in capo ad un nuovo onerato.

È evidente che siamo di fronte ad una disposizione rafforzativa della volontà testamentaria<sup>95</sup>: in mancanza di una tutela reale, al fine di assicurare che l'obbligato adempia, le obbligazioni testamentarie richiedono elementi ulteriori idonei a rafforzare l'attuazione della volontà testamentaria.

Sul punto si può concludere che il *modus* presenta elementi idonei ad assicurare una tutela maggiore rispetto all'efficacia meramente obbligatoria, anche se deteriori rispetto ad una tutela reale, opponibile ai terzi.

#### 4.1. Le disposizioni testamentarie rafforzative.

A questo punto sembra utile soffermarsi su quelle disposizioni che possono rafforzare la vincolatività e/o l'adempimento di un'obbligazione testamentaria; queste possono essere definite "disposizioni (testamentarie) rafforzative". Tali disposizioni, in relazione agli effetti prodotti, si possono suddividere in due categorie:

- a) la prima racchiude quelle disposizioni, come la clausola di risoluzione (o di riduzione) del lascito, i cui effetti sono - in caso di inadempimento - la perdita o la riduzione dell'attribuzione patrimoniale in capo all'obbligato<sup>96</sup>;
- b) la seconda, invece, ricomprende quelle disposizioni come la clausola penale o le disposizioni *poene nomine*<sup>97</sup>, le quali prevedono una vera e propria "pena" in capo all'obbligato inadempiente, oppure

---

<sup>95</sup> G. Bonilini, *I legati*, cit., 83.

<sup>96</sup> Questa infatti, in tali casi, è stata fatta con il solo scopo di permettere l'adempimento dell'obbligazione testamentaria, ed è quindi corretto che, in caso di inadempimento, perda efficacia; soprattutto nel *modus* dove la risoluzione determina il trasferimento dell'obbligazione in capo ad un nuovo soggetto.

<sup>97</sup> Sempre che la pena non si concreti in una perdita totale o parziale del lascito, come nelle clausole di non contestazione: in tali ipotesi, dovranno essere ricomprese nella fattispecie *sub a*).

un'obbligazione suppletiva, che dovrà essere adempiuta dall'onerato ove quest'ultimo non abbia ottemperato a quella prevista in prima battuta dal testatore<sup>98</sup>.

Cominciando ad analizzare la prima categoria occorre premettere che, anche in questo caso, la tutela offerta al *modus* è peggiore rispetto a quella accordata alle altre obbligazioni testamentarie. Si sta chiaramente parlando della risoluzione *ex art. 648*, secondo comma, cod. civ.: tale norma prevede – come più volte evidenziato – che la risoluzione della disposizione modale operi non solo quando è espressamente prevista dal testatore<sup>99</sup>, ma anche quando il *modus* è stato il “solo motivo determinante” della disposizione; ossia quando risulta evidente che l'adempimento dell'onere è stato motivo unico e determinante dell'attribuzione testamentaria fatta all'onerato<sup>100</sup>.

Quest'ultima opzione, ossia quella di poter risolvere la disposizione con relativo trasferimento dell'obbligazione modale, anche in assenza di una clausola testamentaria in tal senso, è prevista esclusivamente per il *modus* testamentario e non sembra potersi applicare in via analogica alle altre obbligazioni testamentarie<sup>101</sup>. Pertanto, per il legato (o sub-legato) obbligatorio sarà il testatore, qualora voglia attribuire ulteriore forza alla disposizione, a doversi premurare di inserire nel testamento le clausole che possono svolgere una tale funzione.

Con tali clausole<sup>102</sup>, alla morte del testatore, l'obbligato riceverà un diritto perfetto che potrebbe perdere a seguito del suo inadempimento<sup>103</sup>: l'effettivo funzionamento delle clausole ha portato parte della dottrina ad

---

<sup>98</sup> A.D. Candian, *op. cit.*, 8 e ss.

<sup>99</sup> Anche se l'opzione più corretta è quella secondo la quale l'espressa previsione del testatore, in realtà, esplicita che per questi il *modus* è stato il “solo motivo determinante”.

<sup>100</sup> A.D. Candian, *op. cit.*, 100.

<sup>101</sup> M. Giogianni, *Il modus testamentario*, cit., 912.

<sup>102</sup> Che nulla vieta possano essere utilizzate anche per rafforzare il *modus* testamentario.

<sup>103</sup> Lo schema si ritrova in A.D. Candian, *op. cit.*, 159.

accomunarle alla condizione risolutiva collegata all'inadempimento della prestazione di una delle parti<sup>104</sup>. In altre parole, l'istituto richiamato è la condizione risolutiva di inadempimento che dottrina<sup>105</sup> e giurisprudenza<sup>106</sup> maggioritarie ritengono ormai ammissibile - seppur in ambito contrattuale - e che sembra potersi ritenere valida anche se applicata all'attribuzione testamentaria in caso di inadempimento dell'obbligato<sup>107</sup>.

Tale accostamento però sembra ignorare una differenza strutturale decisiva: se la condizione risolutiva, pur facendo riferimento ad un interesse esterno al contratto<sup>108</sup>, adduce in condizione l'adempimento di

---

<sup>104</sup> A. D. Candian, *op. cit.*, 135. In senso contrario v., però, S. Mazzaresse, *Considerazioni su La funzione sanzionatoria nel testamento di A.D. Candian*, in *Vita not.*, 1990, 24, secondo il quale "si tratti di stantii residui terminologici privi di autonomia concettuale", affermando invece "una loro propria funzione sanzionatoria".

<sup>105</sup> G. Petrelli, *La condizione, elemento essenziale del negozio giuridico*, Milano, 2000, 431 e ss.; R. Lenzi, *In tema di adempimento come condizione: Ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. not.*, 1986, 89; G. Amadio, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 84 e ss.

<sup>106</sup> V. per tutte Cass. 15 novembre 2006, n. 24229, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, 22, secondo la quale "Le parti possono, nell'ambito dell'autonomia privata, prevedere l'adempimento o l'inadempimento di una di esse quale evento condizionante l'efficacia del contratto sia in senso sospensivo che risolutivo. Sicché non configura una illegittima condizione meramente potestativa la pattuizione che fa dipendere dal comportamento - adempiente o meno - della parte l'effetto risolutivo del negozio, e ciò non solo per l'efficacia (risolutiva e non sospensiva) del verificarsi dell'evento dedotto in condizione, ma anche perché tale clausola, in quanto attribuisce il diritto di recesso unilaterale dal contratto - il cui esercizio è rimesso a una valutazione ponderata degli interessi della stessa parte - non subordina l'efficacia del medesimo a una scelta, meramente arbitraria della stessa".

<sup>107</sup> A.D. Candian, *op. cit.*, 147.

<sup>108</sup> È questo uno degli argomenti addotti da G. Amadio, *op. cit.*, 141-142, al fine di giustificare l'ammissibilità della condizione risolutiva di inadempimento. Se infatti si trattasse di un interesse interno al contratto (l'ottenimento della prestazione), si potrebbero sollevare dubbi sulla possibilità di dedurre questo evento in condizione. Ma dal momento che, a detta di tale Autore, siamo invece di fronte ad un interesse esterno (da rintracciarsi nella ricomposizione qualitativa del patrimonio a seguito dell'inadempimento della controparte), che serve soltanto a rafforzare l'interesse interno rappresentato dall'adempimento dell'obbligazione della controparte, tale evento può essere dedotto in condizione. Decisiva al fine di ammettere la condizione risolutiva di inadempimento risulta anche la distinzione compiuta tra necessità giuridica (o ideale) e necessità reale dell'adempimento: ove infatti si confondessero questi due piani, il carattere doveroso dell'adempimento comporterebbe che la parte obbligata non potrebbe essere inadempiente (rendendo così certo l'adempimento), mentre distinguendo il lato ideale (derivante dal dovere di prestazione che dovrebbe essere adempiuto, ma solo idealmente, appunto) e il lato reale (in quanto la controparte ha in concreto la possibilità di

un'obbligazione derivante dal contratto stesso, nel caso di caducazione di un'attribuzione testamentaria per inadempimento si hanno due negozi separati (quello attributivo e quello che pone in essere l'obbligazione). Tra i due negozi si crea certamente un legame, poiché l'efficacia dell'uno è collegata all'adempimento dell'altro, ma tale legame non fa venir meno la rispettiva autonomia<sup>109</sup>.

Passando all'analisi della seconda categoria di disposizioni rafforzative, ossia quelle c.d. "punitive", troviamo la c.d. clausola penale testamentaria<sup>110</sup>. Tale clausola si sostanzia in una previsione all'interno del testamento con la quale il testatore prevede che, in caso di inadempimento dell'obbligato, questo dovrà eseguire un'altra prestazione<sup>111</sup>.

La dottrina più risalente<sup>112</sup> sostiene l'impossibilità di prevedere una clausola penale in ambito testamentario poiché la stessa, in quanto negozio tipico, richiederebbe necessariamente uno "schema negoziale essenzialmente bilaterale"<sup>113</sup>. Tuttavia, la ragione di tale asserita impossibilità non sembra doversi ricercare nella (presunta) tipicità degli atti a cui si può apporre una clausola penale<sup>114</sup>. In realtà, pare più corretto ritenere che tale posizione trovi

---

rendersi inadempiente), l'adempimento diviene un fatto futuro e, soprattutto, incerto, e perciò deducibile in condizione.

<sup>109</sup> V. U. Stefini, *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., 837, secondo il quale, con riferimento esclusivo alla disposizione modale, ma con un ragionamento applicabile a tutte le obbligazioni testamentarie, si tratta di due negozi autonomi (quello attributivo e quello da cui nasce l'obbligazione), ma "bilateralmente e volontariamente collegati da un nesso funzionale, che renderebbe l'uno partecipe delle cause di invalidità e inefficacia dell'altro".

<sup>110</sup> Tale clausola può anche essere ricompresa in quelle *poene nomine*, in quanto si tratta, come vedremo, di un legato che viene previsto al fine di sanzionare l'inadempimento dell'obbligato.

<sup>111</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 763.

<sup>112</sup> A. Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 92 e ss.; M. Bianca, *op. cit.*, 652.

<sup>113</sup> A. Marini, *La clausola penale*, cit., 94.

<sup>114</sup> Secondo G. Bonilini, nel suo *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 164, il legislatore si riserva certamente di stabilire se i consociati possano tutelarsi mediante clausola penale, ma, una volta ammessa tale evenienza, non pare che la tipicità possa estendersi anche alla forma

il suo fondamento nel fatto che un soggetto non può comminare una pena in capo ad un altro soggetto senza il consenso di quest'ultimo. È questo, infatti, l'elemento determinante che porta ad escludere l'ammissibilità della clausola penale testamentaria: pur non trattandosi di una di quelle disposizioni "dirette all'imposizione di obblighi a carico di terzi che non sono né eredi né legatari"<sup>115</sup>, le stesse debbono ritenersi invalide in mancanza del requisito irrinunciabile della bilateralità.

Dall'altro lato, però, altra dottrina<sup>116</sup> ritiene che nelle obbligazioni testamentarie il consenso dell'onerato alla penale possa essere dedotto dal fatto che questi, perfettamente a conoscenza dell'attribuzione fattagli e dell'obbligo su di lui gravante, nonché della penale, accetti (o non rinunci) a quanto a lui attribuito.

Tuttavia, tale posizione non pare condivisibile in forza di un valido argomento che può trarsi - per analogia - dal dibattito relativo all'ammissibilità della *datio in solutum* testamentaria. Come noto, quest'ultima si configura quando il testatore dispone a favore di un proprio creditore per estinguere un debito, senza che tale prestazione corrisponda a quella da lui dovuta. Sul punto, si è acceso un dibattito tra la giurisprudenza, tendenzialmente favorevole al c.d. legato di debito improprio, e la dottrina<sup>117</sup>, prevalentemente contraria all'operare della *datio in solutum* in ambito testamentario. La dottrina ha infatti distinto nettamente il mancato rifiuto dell'attribuzione a titolo particolare dall'espresso consenso necessario al

---

dell'atto contenente la clausola stessa, escludendo la possibilità che questa venga inserita nel testamento in quanto al riguardo manca una specifica previsione.

<sup>115</sup> Definite appunto "disposizioni odiose" (C.M. Bianca, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>116</sup> G. Bonilini, *op. loc. ult. cit.*; M. Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1954, 154 e ss.; A.D. Candian, *op. cit.*, 203 e ss.

<sup>117</sup> Su tutti, si veda G. Capozzi, *op. cit.*, 1183 e S. Ruperto, *Sul legato di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 311. In senso contrario, v. però N. Di Mauro, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, 289, il quale ritiene che la *datio in solutum* testamentaria rappresenti un'ipotesi autonoma, rispetto a quella fra vivi.

perfezionamento della *datio in solutum*<sup>118</sup>. Proprio questa argomentazione sembra potersi applicare anche alla clausola penale testamentaria, in quanto il mancato rifiuto non può sostituirsi al necessario consenso dell'obbligato in merito all'apposizione di una penale a suo carico all'interno del testamento.

La clausola penale potrebbe, forse, trovare un suo spazio in ambito successorio qualora essa venisse ricostruita come disposizione condizionata<sup>119</sup>. In questo caso, però, la condizione non sarebbe risolutiva ma sospensiva, poiché suspenderebbe l'efficacia della disposizione prevista come "pena" in caso di inadempimento<sup>120</sup>. La penale testamentaria, in altre parole, si configurerebbe come un legato sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione testamentaria principale<sup>121</sup>.

Una volta chiariti gli elementi strutturali, è necessario soffermarsi sulla natura di tali disposizioni: infatti, uno dei motivi che ha reso queste clausole di difficile inquadramento – cosa che, a sua volta, ha comportato l'emersione di pareri contrari alla loro apponibilità all'interno del testamento – è stata la loro funzione sanzionatoria.

A tale proposito parte della dottrina afferma che gli effetti previsti da queste clausole sono al tempo stesso "sanzione per l'inadempimento e strumento per conseguire il risultato perseguito con il modo"<sup>122</sup>. L'affermazione nasce dalla convinzione che rafforzamento della disposizione testamentaria e sanzione possano andare di pari passo; secondo la posizione in esame, infatti, anche il rimedio di cui all'art. 648, secondo comma, cod. civ. non costituirebbe una funzione riequilibrante di due prestazioni, bensì una

---

<sup>118</sup> In sostanza, la dottrina qui richiamata ha negato che dal mancato rifiuto del legato di *datio in solutum* possa desumersi la volontà solutoria del legatario: costui, infatti, si ritiene che rimanga semplice legatario, dovendo invece espressamente palesare la propria volontà di liberare il testatore (e, quindi, i suoi eredi) dal debito nei suoi confronti.

<sup>119</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 764.

<sup>120</sup> G. Capozzi, *op. loc. ult. cit.*

<sup>121</sup> A. D. Candian, *op. cit.*, 205.

<sup>122</sup> A.D. Candian, *op. cit.*, 137.



sanzione di un comportamento (o di un omesso comportamento) che provoca la caducazione dell'attribuzione testamentaria<sup>123</sup>. Tale impostazione coincide con quella che inquadra la risoluzione nel più vasto concetto di sanzione<sup>124</sup>.

Non si vuole negare in questa sede che manchi completamente un intento sanzionatorio all'interno delle disposizioni rafforzative della volontà testamentaria e nelle clausole penali, ma esso appare sopravvalutato. È stato infatti notato come la peculiarità della penale non consiste nella sua sanzione, presente anche nel risarcimento del danno, quanto nella sua "indipendenza dalla misura del torto e, perciò, la possibilità della sua determinazione anticipata e, di conseguenza, ancora la semplicità della sua attuazione"<sup>125</sup>; è questo dunque ciò che distingue la penale dal risarcimento, la quale, pertanto, non ha solo carattere satisfattivo, ma intimidatorio.

Pur non negando che le disposizioni rafforzative possano effettivamente nascondere la volontà di sanzionare un inadempimento da parte dell'onerato, non sembra però che questo sia l'elemento decisivo, in quanto ciò che risulta centrale è il loro intento rafforzativo (per i motivi appena esposti) e riequilibrativo (in quanto riequilibra una situazione altrimenti sbilanciata a vantaggio dell'onerato inadempiente, ove costui potesse mantenere l'attribuzione testamentaria a lui fatta senza pagare le conseguenze del proprio inadempimento). "La clausola penale, in siffatta prospettiva, può considerarsi uno strumento di rafforzamento della posizione creditoria proprio in quanto, attraverso la stessa, il creditore può disporre di una sanzione (l'obbligazione penale) dotata di quei caratteri prima evidenziati (determinazione anticipata, semplicità di attuazione, più intensa efficacia intimidatrice) e non già in considerazione di una pretesa maggiore gravità di tale sanzione rispetto a quella risarcitoria o di un supposto intento punitivo

---

<sup>123</sup> S. Mazzaresse, *op. cit.*, 24; A.D. Candian, *op. cit.*, 120.

<sup>124</sup> G.G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 149.

<sup>125</sup> F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Milano, 1926, 50.

perseguito dalle parti”<sup>126</sup>. La funzione punitiva c’è, ma è sullo sfondo e funge, appunto, da incentivo per l’onerato ad adempiere l’obbligazione testamentaria.

Il testamento si presta dunque a contenere al suo interno obbligazioni accompagnate da clausole idonee a rafforzarne la portata, in ragione della natura dell’atto di ultima volontà e soprattutto della situazione in cui si trova il testatore, che non potrà certamente vigilare sull’adempimento, ma potrà tutt’al più individuare un esecutore testamentario per curare l’esatta esecuzione della propria volontà<sup>127</sup>.

Sicuramente tali strumenti forniti all’autonomia privata saranno utili nel perseguimento dei fini che si propone il testatore, ma si tratta comunque di disposizioni di carattere meramente obbligatorio (salvo le poche eccezioni prima esposte): pur costituendo un *quid pluris* in mano al testatore, pertanto, costui avrà ancora a disposizione quel “troppo poco”<sup>128</sup> a cui facevamo riferimento all’inizio del capitolo ove volesse creare vincoli reali, le cui caratteristiche sono ben diverse da quelle appena delineate in tema di obbligazioni testamentarie.

##### 5. La fondazione testamentaria.

Una delle ipotesi più antiche – insieme al *modus* e alla condizione – in cui il testatore ha, quasi da sempre, disposto che venisse realizzato uno scopo dopo la sua morte è la fondazione<sup>129</sup>.

Almeno fino al 2006, infatti, l’unica possibilità che l’ordinamento italiano<sup>130</sup> ammetteva per imporre una destinazione patrimoniale con vincolo

---

<sup>126</sup> A. Marini, *op. cit.*, 37.

<sup>127</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 1057 e ss.

<sup>128</sup> Ancora A. Zoppini, *op. loc. ult. cit.*, 61.

<sup>129</sup> G. Alpa e A. Fusaro, *La costituzione di fondazione*, in *Tratt. dir. succ. e don. Bonilini*, cit., 255.

<sup>130</sup> Con tali termini si vuole escludere il trust interno.

di carattere reale ai beni (che non fosse quella di tutelare le esigenze delle famiglia<sup>131</sup>) attraverso il testamento, era la costituzione di una fondazione (appunto, per testamento) ai sensi del secondo comma dell'art. 14 cod. civ.

In tal caso, la destinazione patrimoniale non avviene per mezzo dell'apposizione di un vincolo reale sui diritti in questione, ma attraverso il trasferimento di tali diritti ad un ente appositamente creato che, dovendo agire secondo quanto stabilito dall'atto istitutivo, amministrerà i beni come se questi fossero realmente vincolati.

Un primo elemento caratterizzante la fondazione testamentaria consiste nella presenza, all'interno del testamento, di due atti, entrambi necessari per la creazione di una fondazione:

- a) l'atto costitutivo della fondazione; e
- b) la disposizione patrimoniale a suo beneficio.

La dottrina<sup>132</sup> più risalente ha infatti evidenziato la dicotomia tra l'atto di fondazione, di tipo personale, con il quale viene istituita la fondazione, e l'atto dispositivo (o di dotazione patrimoniale), di tipo patrimoniale, con il quale viene trasferito all'ente così creato il patrimonio necessario al fine del perseguimento dello scopo imposto<sup>133</sup>. Tuttavia, la distinzione tra questi due atti si è gradualmente affievolita<sup>134</sup>. Attraverso l'atto fondativo che dovrà

---

<sup>131</sup> In tal caso, dal 1975, è possibile ricorrere al fondo patrimoniale che, come si è visto, ben può essere istituito per testamento.

<sup>132</sup> V. per tutti F. Ferrara, *Le persone giuridiche*, Padova, 1956, 235-236. Quest'atto, a sua volta, potrebbe essere diviso in atto di fondazione *stricto sensu* inteso, in cui è semplicemente individuato lo scopo dell'ente, e statuto della fondazione, in cui ne è disciplinato il funzionamento nei dettagli: ove non sia il fondatore a produrre questo atto, sarà l'autorità amministrativa che provvede al riconoscimento a disciplinare tale aspetto.

<sup>133</sup> F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 283.

<sup>134</sup> Soprattutto grazie alle teorie di F. Galgano, *Delle persone giuridiche (Disposizioni generali - delle associazioni e delle fondazioni)* Art. 11-35, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2006, 154 e ss.

contenere gli elementi previsti dall'art. 16 cod. civ.<sup>135</sup> si crea un ente che verrà poi dotato di personalità giuridica attraverso il riconoscimento.

### 5.1. *La natura del negozio di fondazione.*

L'atto di fondazione è tipicamente un negozio unilaterale e non recettizio<sup>136</sup>.

Per quanto concerne la forma, anche se il primo comma dell'art. 14 cod. civ. richiede necessariamente l'atto pubblico, si ritiene che l'atto di fondazione, quando è contenuto nel testamento, non richieda tale forma e, quindi, la fondazione testamentaria possa essere istituita non solo attraverso il testamento pubblico, ma anche tramite testamento olografo o segreto<sup>137</sup>. E ciò anche in ragione del fatto che, con la pubblicazione del testamento, il notaio forma un documento che offre all'Autorità amministrativa – che dovrà decidere sul riconoscimento dell'ente – garanzie equivalenti a quelle assicurate dall'atto pubblico<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> Sugli artt. 14-16 cod. civ. si veda, per tutti, F. Galgano, *op. loc. ult. cit.*; P. Rescigno, voce *Fondazione* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, vol. XVII, 790 e ss. Vi è in questa dicotomia una similitudine con l'istituto del trust, dove occorre scindere l'atto istitutivo dai negozi dispositivi (anche se il trust è inefficace fino alla prima disposizione). Ma sono anche chiare le differenze: attraverso l'atto fondativo si crea un ente (che poi diverrà necessariamente una persona giuridica); mentre nel secondo caso non viene creato alcun nuovo soggetto di diritto.

<sup>136</sup> V. Per tutti P. Rescigno, voce *Fondazione* (voce), cit., 798; F. Ferrara, *Le persone giuridiche*, cit., 234; V.M. Romanelli, *Il negozio di fondazione nel diritto private e nel diritto pubblico*, Napoli, 1935, 98. Secondo parte della dottrina conserverebbe la sua natura unilaterale anche nei casi in cui la fondazione viene costituita da più fondatori (ovviamente attraverso un unico atto): "Anche quando i fondatori sono più, si ha sempre un atto unilaterale emanante, da più persone, un fascio di volontà convergenti in una unica direzione" (F. Ferrara, *Le persone giuridiche*, cit., 234). Altri, forse più correttamente, invece, ritengono che "appare più esatta, sotto il profilo costruzionistico, la tesi della pluralità di negozi", la quale "non contraddice l'unità della forma in cui sono racchiuse le singole dichiarazioni di volontà dei fondatori" (P. Rescigno, *Negozio privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 1358). Inoltre, in tale caso, l'invalidità (o l'inefficacia) del negozio posto in essere dal singolo fondatore non influisce sulla validità degli altri negozi, ma potrà influire sulla riconoscibilità della fondazione qualora, per il venir meno dell'atto dispositivo di un fondatore, questa risulti priva dei mezzi patrimoniali sufficienti al raggiungimento dello scopo (F. Galgano, *op. cit.*, 194-195, in particolar modo la nota I).

<sup>137</sup> F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 283.

<sup>138</sup> F. Galgano, *op. cit.*, 195.

L'atto di fondazione, poi, come visto, implica necessariamente un'attribuzione patrimoniale; inoltre, secondo parte della dottrina<sup>139</sup>, implica altresì un c.d. negozio di organizzazione: vi è infatti chi ritiene nulli gli atti di fondazione privi di tale requisito.

Tale posizione, però, non ha trovato l'appoggio della giurisprudenza<sup>140</sup>, la quale riteneva che per la valida costituzione di una fondazione fosse sufficiente indicarne lo scopo: in tal caso, *ex art. 2 disp. att. cod. civ.*, le norme organizzative dell'ente potevano essere individuate direttamente dall'autorità amministrativa preposta al controllo sullo stesso<sup>141</sup>. Dello stesso avviso era anche parte della dottrina<sup>142</sup>.

Ma dopo la riforma del 2000, tale opinione non può più condividersi: attualmente, infatti, l'autorità amministrativa effettua soltanto un controllo di mera legalità<sup>143</sup>.

Al medesimo scopo, però, può forse oggi venire in soccorso l'art. 3 disp. att. cod. civ., secondo cui il notaio, che interviene nella pubblicazione del testamento, è obbligato a farne denuncia all'autorità amministrativa, se con

---

<sup>139</sup> M.V. Romanelli, *op. cit.*, 59-60.

<sup>140</sup> Cass. 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch. civ.*, 1998, 72, secondo la quale "per la validità dell'atto di fondazione è sufficiente che da questo sia determinato lo scopo, da cui derivano l'impronta e la fisionomia della futura persona giuridica, mentre le norme di governo, secondo le quale questa deve operare, possono essere determinate dall'autorità amministrativa"; Cass. 25 giugno 1953, n. 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 1464. Nel merito v. Trib. Venezia, 5 maggio 1967, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Persona giuridica*, n. 6; App. Caltanissetta, 23 maggio 1951, in *Giur. sic.*, 1952, II, 34.

<sup>141</sup> L'autorità amministrativa agiva quale arbitratore in forza di un incarico che, secondo alcune pronunce, le era implicitamente affidato dal fondatore: v. App. Firenze, 14 maggio 1964, in *Foro pad.*, 1965, I, 216, sulla scorta di quella giurisprudenza amministrativa che, in tali casi, dichiarava illegittime quelle modifiche "non consentite dai fondatori" (Cons. Stat. 18 ottobre 1960, in *Cons. stat.*, 1961, I, 1024; Cons. Stat. 18 giugno 1943, in *Foro amm.*, 1943, I, 2, 171).

<sup>142</sup> F. Ferrara, *Le persone giuridiche*, cit., 235; C. Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948, 239.

<sup>143</sup> F. Galgano, *op. cit.*, 198.

questo si dispongono fondazioni o si fanno lasciti in favore di enti ancora da istituire<sup>144</sup>.

Questa seconda ipotesi, quella in cui il testatore dispone in favore di una fondazione ancora da istituire<sup>145</sup> può astrattamente dar luogo a due diverse fattispecie:

- a) la prima in cui la costituzione della fondazione è oggetto di un onere testamentario in capo all'erede o al legatario<sup>146</sup>;
- b) la seconda in cui l'attribuzione alla fondazione da istituire deve essere considerata *ex se* un atto di fondazione<sup>147</sup>: in questo caso, l'erede o il legatario è soltanto la persona indicata dal testatore per integrare quanto necessario per la costituzione dell'ente e da lui non disposto (come, ad esempio, proporre la domanda di riconoscimento).

L'ipotesi preferibile sembra essere la seconda. Infatti, l'art. 3 disp. att. cod. civ. parifica tale ipotesi alla costituzione diretta della fondazione: in entrambe le ipotesi, l'autorità amministrativa può "promuovere gli atti conservativi che reputa necessari per l'esecuzione della disposizione" e "chiedere al tribunale, in caso di urgenza o di necessità, la nomina di un amministratore provvisorio dei beni"<sup>148</sup>.

Pertanto, tale forma di istituzione della fondazione per testamento, che si può definire "indiretta", si ha quando il testatore/fondatore, anziché porre in essere un atto di fondazione vero e proprio con tutti gli elementi previsti

---

<sup>144</sup> La denuncia va fatta al Prefetto competente.

<sup>145</sup> Che l'art. 3 disp. att. cod. civ. parifica alla volontà di istituire direttamente la fondazione.

<sup>146</sup> Fattispecie tranquillamente ammissibile. V. M. Condorelli, *Disposizioni modali dirette alla fondazione di enti e controllo sugli acquisti delle persone giuridiche*, in *Scritti per Jemolo*, vol. 1, Milano, 1963, 145 e ss.; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 284.

<sup>147</sup> Secondo tale opinione i diritti in questione sarebbero quindi già gravati dal vincolo di destinazione (Galgano, *op. cit.*, 200).

<sup>148</sup> M. Condorelli, *op. cit.*, 247 e ss.; ma tale opzione era preferibile anche sotto la vigenza dell'art. 84 della Legge 17 luglio 1890, n. 6972 (v. S. D'Amelio, *La beneficenza nel diritto italiano*, Padova, 1909, 496 e ss.)

dall'art. 16 cod. civ. si limita ad indicare lo scopo della fondazione e a destinare ad esso un patrimonio sufficiente<sup>149</sup>; mentre il compito di integrare tutti gli elementi mancanti è affidato all'erede o al legatario<sup>150</sup>.

Veniamo ora al rapporto fra l'elemento patrimoniale e quello organizzativo<sup>151</sup>.

Secondo l'opinione ancor oggi forse prevalente<sup>152</sup>, a cui aderisce anche la giurisprudenza maggioritaria<sup>153</sup>, si tratterebbe di due negozi distinti: quello istitutivo/organizzativo e l'atto di dotazione, anche contenuti nello stesso documento (per quel che ci occupa, il testamento). Tra i due atti si crea uno

---

<sup>149</sup> Questi sono gli unici requisiti che possono provenire soltanto dal fondatore.

<sup>150</sup> Tale soggetto viene tradizionalmente ritenuto un *nudus minister voluntatis*

<sup>151</sup> Sembra solo il caso di accennare al fatto che, a seconda del tipo di fondazione, un elemento è preponderante rispetto all'altro. Ad esempio l'aspetto patrimoniale è preponderante nelle fondazioni in cui lo scopo è l'assegnazione di premi o borse di studio, o, più in generale, l'erogazione del patrimonio e/o delle rendite dello stesso (A. Predieri, *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1976, 121 e ss.). È invece preponderante l'elemento organizzativo in quelle fondazioni che sono centri di studio e/o di istruzione (D. Vittoria, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione: evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 322 e ss.)

<sup>152</sup> A. De Cupis, *Fondazione costituita con testamento e successione a causa di morte*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 298 e ss.; R. Nicolò, *op. loc. ult. cit.*, G. Giampiccolo, *op. cit.*, 10; P. Rescigno, voce *Fondazione*, cit., 798 e Id., *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, 840; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 283; R. Nicolò, *Negoziato di fondazione – istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, I, 386.

<sup>153</sup> Cass. 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch. civ.*, 1998, 72, secondo la quale "è da dire che si appalesa del tutto destituita di pregio, perché priva di ogni ancoraggio normativo e di ogni base logica, la asserzione secondo la quale l'atto di dotazione correlato al negozio istitutivo di una fondazione contenuto, a mente dell'art. 14, comma 2, cod. civ., in un testamento non potrebbe, in nessun caso, consistere nella nomina di erede, e dovrebbe, ineludibilmente, concretarsi nell'attribuzione di un legato: al contrario, nulla a ciò ostando, è da ritenere che anche il lascito di beni a titolo ereditario possa integrare quella destinazione di un patrimonio ad uno scopo che rappresenta l'essenza dell'atto di dotazione"; Cass. 10 luglio 1984, in *Mass. Foro it.*, 1984, n. 4024; Cass. 28 ottobre 1960, n. 2786, in *Arch. civ.*, 1960, 234; Cass. 4 luglio 1959, n. 2130, in *Foro it.*, 1960, I, 1992, nella quale si è precisato che "quando lo stesso soggetto, in un unico atto, esprime al volontà di dar vita ad un nuovo ente non ancora esistente in fatto e, contestualmente, dispone l'assegnazione di un patrimonio a favore dell'ente stesso da istituire, il negozio di attribuzione di beni può essere, per volontà del soggetto, così strettamente collegato, con funzione strumentale al negozio di fondazione da risultare inscindibile da questo".

stretto collegamento, tanto che la validità dell'uno è condizionata dalla validità dell'altro<sup>154</sup>.

Pertanto, applicando tale impostazione alla fondazione testamentaria, occorre distinguere l'atto istitutivo o organizzativo, che è un negozio autonomo, con il quale viene costituito l'ente, dall'atto (o dagli atti) di dotazione, col quale questo diviene erede o legatario, anch'essi negozi autonomi<sup>155</sup>. I due atti, pur rimanendo due negozi autonomi, sono fra loro collegati e la loro validità è reciprocamente condizionata<sup>156</sup>.

L'atto istitutivo, o meglio, il negozio istitutivo è quindi svincolato dai principi successori<sup>157</sup>; mentre l'atto *mortis causa* vero e proprio è quello con cui viene attribuito all'ente il patrimonio necessario per il perseguimento dello scopo.

Parte della dottrina<sup>158</sup>, invece, ritiene che l'atto di fondazione si presenterebbe come un negozio unico, mediante il quale si identifica un determinato scopo, si predispone una struttura organizzativa<sup>159</sup> che dovrà provvedere alla realizzazione dello stesso e vengono forniti i mezzi necessari al perseguimento. Pertanto, secondo l'impostazione in esame, il negozio

---

<sup>154</sup> R. Nicolò, *op. cit.*, 388 e ss.

<sup>155</sup> A. De Cupis, *op. cit.*, 299; C. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 10 (v. in particolare modo la nota 21); P. Rescigno, *voce Fondazione* (voce), cit., 801; R. Nicolò, *op. loc. ult. cit.*

<sup>156</sup> R. Nicolò, *op. loc. ult. cit.*

<sup>157</sup> U. La Porta, *Lezioni. Successioni a causa di morte*, Milano, 2016, 50.

<sup>158</sup> F. Galgano, *op. cit.*, 203 e ss.; F. Ferrara, *Le persone giuridiche*, cit., 355, il quale parla di "negozio autonomo di creazione di un'opera e di destinazione di un patrimonio"; M. Condorelli, *op. cit.*, 250 e ss.; D. Barillaro, *Lasciti testamentari per enti ecclesiastici da fondare*, in *Dir. eccles.*, 1953, I, 269 e ss.; ma già M.V. Romanelli, *op. cit.*, 91-92, ove si esplicita che "una scissione fra i due condurrebbe allo stato equivoco di chi, volendo per esempio eliminare gli elementi costitutivi di un qualsiasi negozio giuridico, prendesse un qualunque requisito di esso e lo considerasse a parte, attribuendogli una propria natura giuridica"; Santi Romano, *op. cit.*, 39-40.

<sup>159</sup> Anche se, si è visto, soprattutto nella fondazione istituita per testamento, tale elemento non è essenziale, ma può essere integrato *ex art. 3 disp. att. cod. civ.*



dispositivo è parte integrante del negozio di fondazione, e ciò anche qualora questo sia contenuto in un documento separato.

Tale secondo indirizzo, oltre che da qualche pronuncia di merito<sup>160</sup>, è stato recentemente recepito dalla Corte di Cassazione<sup>161</sup>, la quale – rifacendosi ad un suo isolato precedente<sup>162</sup> – ha ritenuto che quello di fondazione sia un negozio unitario che si compone attraverso una compenetrazione di due “momenti”: i) la volontà di creazione dell'ente e ii) l'attribuzione patrimoniale.

Il negozio di fondazione, in quanto unico, sarebbe quindi dotato di una unica causa, non strettamente successoria, caratterizzante tanto il momento istitutivo quanto quello dispositivo. L'atto dispositivo invece non avrebbe una causa sua propria, ma la troverebbe nell'atto di fondazione, in quanto elemento di un complesso tipo negoziale<sup>163</sup>.

Tale teoria si basa su due presupposti.

In primo luogo, la fondazione testamentaria, intesa come ente, non è assimilabile all'erede o al legatario, in quanto, da un lato, non può rinunciare alla dotazione patrimoniale né tantomeno accettare con beneficio di

---

<sup>160</sup> Trib. Gorizia, 4 aprile 2000, cit.; App. Trieste, 26 febbraio 2003, cit.

<sup>161</sup> Cass. 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 10, 1454, secondo la quale “quando in un testamento l'attribuzione di beni immobili ad una costituenda *fondazione* esaurisce tutto il legato, questo deve considerarsi lo strumento necessario per l'attuazione del fine e perciò inscindibilmente connesso col negozio di *fondazione* e privo di una propria autonomia”.

<sup>162</sup> Cass. 14 dicembre 1967, n. 2958, in *Giust. civ.*, 1968, I, 864.

<sup>163</sup> Sul punto sembra concordare Santi Romano, *op. cit.*, 39, secondo il quale “la successione dell'ente da fondarsi è una semplice conseguenza della sua stessa fondazione, conseguenza certamente anch'essa voluta, ma come momento di una più comprensiva volontà, il cui vero oggetto è la fondazione medesima”.

inventario<sup>164</sup>; dall'altro, non può essere chiamata a rispondere per i debiti<sup>165</sup> ereditari<sup>166</sup>.

In secondo luogo, in conseguenza di quanto sopra, gli atti necessari per l'istituzione della fondazione testamentaria trovano la loro causa nel negozio di fondazione stesso. Da ciò, si nega la causa successoria del negozio e lo si qualifica come un negozio *post mortem*<sup>167</sup>: la morte del fondatore, in altre parole, non attiene alla causa del negozio di fondazione; più semplicemente, l'esecuzione della volontà del fondatore è posticipata al periodo successivo alla sua morte<sup>168</sup>.

Sono proprio tali motivi che portano a preferire questa seconda concezione dell'atto di fondazione, soprattutto per quanto riguarda la fondazione testamentaria.

Secondo questa visione unitaria, l'intero negozio di fondazione costituirebbe – al pari della concezione del *modus* testamentario sostenuta in questa sede<sup>169</sup> – una disposizione testamentaria autonoma diversa dall'istituzione di erede e dal legato<sup>170</sup>, ammissibile per espressa previsione del secondo comma dell'art. 14 cod. civ.

Sul punto sembra utile soffermarsi brevemente per confrontare quanto sopra con il *modus* testamentario.

---

<sup>164</sup> Cass. 8 ottobre 2008, n. 24813, cit.

<sup>165</sup> Occorre però precisare che, in quanto atto a titolo gratuito, è assoggettabile alle norme relative alla riduzione delle disposizioni lesive della legittima; nonché a quelle relative all'azione di separazione dei beni spettante ai creditori del defunto *ex art.* 512 cod. civ. (Cass. 8 ottobre 2008, n. 24813, cit).

<sup>166</sup> F. Galgano, *op. cit.*, 207.

<sup>167</sup> F. Galgano, *op. cit.*, 206; Santi Romano, *op. cit.*, 38, il quale spiega il fenomeno in quanto in tali casi "il testatore, più che disporre circa il continuatore della sua, per dir così, personalità patrimoniale, intende disporre in modo da assicurare la continuazione della sua volontà in ordine a un dato scopo, impersonandola in un apposito ente".

<sup>168</sup> Infatti, l'atto di fondazione non muta la propria causa a seconda che sia contenuto in un atto fra vivi o in un testamento (v. Ferrara, *op. cit.*, 242).

<sup>169</sup> V. *supra* Capitolo I.

<sup>170</sup> F. Ferrara, *op. loc. ult. cit.*; Santi Romano, *op. loc. ult. cit.*

Si è visto<sup>171</sup> con riferimento alla disposizione modale – ma con un ragionamento applicabile a tutte le obbligazioni testamentarie – che, in tali casi, il negozio attributivo e quello che impone l'obbligo devono essere considerati due negozi autonomi bilateralmente e volontariamente collegati da un nesso funzionale, che renderebbe l'uno partecipe delle cause di invalidità e inefficacia dell'altro<sup>172</sup>.

Sul punto, dobbiamo infatti rammentare che nel *modus*<sup>173</sup> non sempre si ravvisa un vincolo sui beni: l'onere è chiamato a rispondere dell'obbligazione testamentaria al pari degli altri debiti ereditari, pertanto l'erede che non ha accettato con beneficio di inventario risponderà con tutto il suo patrimonio. La situazione del legatario è ancora diversa, in quanto egli risponde sempre nei limiti di valore della cosa legata, e di conseguenza il vincolo è un vincolo di valore (non sul bene legato).

Al di là dell'efficacia reale del vincolo fondativo, tali considerazioni portano a far preferire le obbligazioni testamentarie ogni qual volta l'obiettivo del defunto è la realizzazione di uno scopo, indipendentemente dal bene utilizzato per il suo raggiungimento. Tuttavia, quando al defunto interessa che la realizzazione dello scopo sia perseguita proprio con l'utilizzo di determinati beni (ad esempio la destinazione di un immobile a museo), le obbligazioni testamentarie appaiono più limitative<sup>174</sup> rispetto alla costituzione di una fondazione.

---

<sup>171</sup> *Supra*, Capitolo II.

<sup>172</sup> U. Stefani, *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., 837.

<sup>173</sup> Così come nelle altre obbligazioni testamentarie.

<sup>174</sup> Ovviamente il testatore potrebbe, nel *modus*, prevedere un'espressa ipotesi di condizione risolutiva nei casi in cui non si utilizzi quel determinato bene.

## 5.2. Il riconoscimento della fondazione testamentaria.

A prescindere dalla natura unitaria o meno del negozio di fondazione testamentaria, occorre ora affrontare il problema del riconoscimento della fondazione: l'ente non viene automaticamente ad esistenza nel momento in cui si apre la successione, ma richiede il riconoscimento<sup>175</sup>.

In passato, l'art. 600 cod. civ.<sup>176</sup> imponeva che le disposizioni patrimoniali in favore di enti - fra cui, quindi, anche la fondazione - non avrebbero acquistato efficacia se, entro un anno dell'eseguibilità del testamento, non fosse stata fatta istanza per ottenere il riconoscimento dell'ente stesso<sup>177</sup>.

Quindi, era sempre necessario che un soggetto si premurasse di presentare tempestivamente istanza di riconoscimento. In tal senso, si riteneva necessario che il relativo compito fosse affidato all'esecutore testamentario o, in alternativa, che tale obbligazione fosse - attraverso il *modus* - posta a carico di un successore<sup>178</sup>. Nei casi in cui il testatore non avesse previsto alcuna di tali disposizioni, alcuni ritenevano che tale compito sarebbe spettato ai primi amministratori eventualmente nominati nel testamento, oppure che l'autorità amministrativa avrebbe potuto agire direttamente (o anche in surroga di questi) nell'espletamento delle formalità necessarie per il riconoscimento<sup>179</sup>.

In ogni caso, fra la pubblicazione del testamento ed il riconoscimento dell'ente - nella quasi totalità dei casi - si aveva un periodo di giacenza,

---

<sup>175</sup> Con il quale acquista la personalità giuridica.

<sup>176</sup> L'art. 786 cod. civ. prevedeva una norma - tendenzialmente - analoga in tema di donazioni agli enti.

<sup>177</sup> G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Torino, 1977, 116; A. Cicu, *Le successioni*, cit., 86-87. Dello stesso avviso era pure la giurisprudenza, v., per tutte, Cass. SS.UU. 26 ottobre 1959, n. 3107, in *Giust. civ.*, 1960, 293 e ss.

<sup>178</sup> A. Cicu, *op. loc. ult. cit.*

<sup>179</sup> A. Zoppini e L. Nonne, *op. cit.*, 154.

poiché l'attribuzione nei confronti dell'ente era inefficace fino al riconoscimento<sup>180</sup>.

Basandosi sull'art. 600 cod. civ., che prevedeva che la disposizione in favore dell'ente fosse condizionata *ex lege*, e sulla possibilità di promuovere atti conservativi durante la pendenza della condizione prevista dallo stesso articolo, si è tentato di ovviare al problema attraverso la creazione della figura della "persona giuridica in formazione", ritenendo che questa potesse avere diritti successori in quanto "ente riconoscibile"<sup>181</sup>.

A complicare la situazione vi era poi l'art. 17 cod. civ., secondo il quale, al fine di acquistare un immobile, le persone giuridiche (private)<sup>182</sup> avrebbero dovuto chiedere l'autorizzazione governativa. La norma è stata – opportunamente – abrogata con l'art 13 della c.d. Legge Bassanini<sup>183</sup>; la quale però non nominava l'art. 600 cod. civ.<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> A. Zoppini, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, cit., 157.

<sup>181</sup> V. A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 240 e ss.; secondo il quale l'articolo 600 cod. civ. collegava l'efficacia della disposizione a favore della fondazione alla presentazione del suo riconoscimento. E secondo l'Autore, anche ove non ancora riconosciuta, la fondazione avrebbe potuto accettare la disposizione fatta a suo favore, senza dover attendere l'autorizzazione dell'autorità governativa, anche se questa sarebbe stata condizione necessaria per l'effettivo acquisto del diritto.

<sup>182</sup> Invece, in forza della Legge 52/1985, gli enti non riconosciuti (quindi non le fondazioni) avrebbero potuto acquistare immobili senza dover prima chiedere l'autorizzazione. Questa disparità tra le persone giuridiche è stata a lungo al centro di un dibattito dottrinale (P. Rescigno, *Per la nuova disciplina delle persone giuridiche private e delle fondazioni in particolare*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, 1729 e ss.), sia al centro di proposte di riforma, come quella proposta da Sabino Cassese nel 1993 (reperibile in *Giur. comm.*, 1996, 639 ss.). Tale riforma non solo proponeva l'abrogazione dell'art. 17 cod. civ., ma prevedeva una riforma strutturale del sistema di riconoscimento c.d. "concessorio", per passare ad un riconoscimento c.d. "normativo", al fine di eliminare la situazione di incertezza che si veniva a creare in relazione ai beni oggetto di attribuzione alla fondazione e all'attività compiuta dalla stessa (A. Zoppini, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corr. Giur.*, 2001, 292; P. Rescigno, *Per la nuova disciplina delle persone giuridiche private e delle fondazioni in particolare*, cit., 1735).

<sup>183</sup> Legge 15 marzo 1997, n. 59, recante *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*.

<sup>184</sup> Abrogava le "disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni"; ma la giurisprudenza (Trib. Voghera, 28 gennaio 1998, in *Vita not.*, 1999, 55) e la

L'art. 600 cod. civ. è stato abrogato successivamente (nel 2000) con la L. n. 192/2000<sup>185</sup>: così, in forza delle modifiche intervenute, le fondazioni testamentarie possono attualmente accettare eredità e conseguire legati senza dover ottenere il riconoscimento da parte dell'autorità governativa<sup>186</sup>.

### 5.3. Il vincolo nella fondazione e le applicazioni dell'istituto.

Il vincolo di destinazione dei beni costituenti il patrimonio della fondazione viene tradizionalmente ricollegato all'efficacia costitutiva del riconoscimento; tuttavia, soprattutto dopo la riforma del 2000, esiste un'opinione che ritiene che tale vincolo sia un effetto diretto dell'atto di fondazione<sup>187</sup>.

In ogni caso, qualora l'atto di fondazione sia invalido o inefficace, il vincolo di destinazione non opera, anche se, *medio tempore*, è intervenuto il riconoscimento amministrativo e, quindi, i beni dovranno essere consegnati agli aventi diritto<sup>188</sup>.

Tale vincolo di destinazione garantisce una tutela reale che fa preferire la fondazione agli altri vincoli testamentari; tuttavia si è già rilevato che la fondazione, pur garantendo tale tutela, presenta alcune problematiche, quali

---

dottrina (G. Ponzanelli, *Abrogati gli artt. 600 e 786 c.c.*, in *Corr. Giur.*, 2000, 1275; G.B. Ferri, *Capacità a succedere degli enti di fatto: questioni vecchie e nuove all'indomani dell'abrogazione dell'art. 17 c.c.*, in *Vita not.*, 1999, 56 e ss.; M.V. De Giorgi, *Le persone giuridiche e gli enti di fatto*, in *Tratt. di dir. Priv. Rescigno*, Torino, 1999, 2<sup>a</sup> ed., 356 e ss.), che si sono espresso sul punto, ritenevano che, fino ad espressa abrogazione, non si potesse ignorare la presenza all'interno del nostro codice civile di una norma che espressamente prevedeva il necessario riconoscimento dell'ente ai fini successori.

<sup>185</sup> Legge 22 giugno 2000, n. 192, recante *Modifica dell'articolo 13 della legge 15 maggio 1997, n. 127, e dell'articolo 473 del codice civile*, che riformava appunto l'art. 13 della Legge Bassanini.

<sup>186</sup> U. Carnevali, *L'abrogazione degli artt. 600, 782 ultimo comma e 786 del codice civile*, in *I Contratti*, 2000, 761.

<sup>187</sup> F. Galgano, *Delle associazioni e delle fondazioni*, cit., 209-2010.

<sup>188</sup> Cass. 10 luglio 1984, n. 4024, in *Foro it.*, 1985, I, 518, la quale però trascura il problema dei creditori della fondazione che vedrebbero frustrati i propri diritti. Il problema potrebbe essere risolto applicando in via analogica l'art. 2332 cod. civ., e procedendo quindi allo scioglimento dell'ente, aprendo il procedimento di liquidazione previsto dall'art. 11 disp. att. cod. civ.

tempi più lunghi, dati dall'attesa di riconoscimento<sup>189</sup>, e maggiori spese, necessarie per il riconoscimento dell'ente e per la gestione dello stesso.

Infatti, nonostante la riforma del 2000 abbia eliminato numerosi ostacoli che si opponevano all'utilizzo della fondazione, l'istituto si presta ad essere utilizzato soltanto laddove, data la complessità dell'attività da svolgere, sia necessaria una struttura organizzativa di livello<sup>190</sup>. Inoltre, la fondazione potrebbe essere utilizzata per imporre il vincolo sui beni mobili non registrati<sup>191</sup>.

Un ulteriore riferimento all'operatività della fondazione in ambito testamentario si può trovare nella fattispecie descritta e normata dall'art. 32 cod. civ., in tema di devoluzione di beni con destinazione particolare.

La norma dispone che, quando si provvede allo scioglimento o alla trasformazione di un ente, al quale sono stati donati o lasciati beni con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente, l'autorità amministrativa devolve tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi.

Secondo parte della dottrina<sup>192</sup>, la disposizione dimostra come l'ordinamento considera rilevante il vincolo di destinazione creato da un solo individuo. Infatti, la norma parla di beni "lasciati o donati ad uno scopo diverso da quello proprio dell'ente" e sembra riferirsi ad un ente già esistente, ma poi sciolto o trasformatosi.

Tale interpretazione è confermata sia dal tenore letterale dell'art. 32 cod. civ., che parla di "beni con destinazione", sia dal fatto che la norma

---

<sup>189</sup> Che è comunque condizione necessaria per l'attribuzione patrimoniale all'ente, essendo condizione dell'acquisto della capacità giuridica.

<sup>190</sup> A. Gambaro, *op. cit.*, 516, secondo il quale "probabile che alcune dimensioni organizzative richiedano in effetti la creazione di un soggetto separato".

<sup>191</sup> Poiché per questi non sono previste forme di pubblicità idonee a rendere il vincolo conoscibile e quindi opponibile ai terzi.

<sup>192</sup> P. Caliceti, *Considerazioni inattuali in tema di comitati*, Milano, 1994, 3.

attribuisce all'autorità governativa il potere di individuare un ente con finalità analoghe a cui trasferire i beni vincolati.

In forza di ciò, la creazione di una nuova persona giuridica non sembra essere necessaria per imprimere il vincolo ai beni<sup>193</sup>, e infatti tale articolo ha portato parte della dottrina ad ipotizzare una figura generale di fondazione fiduciaria<sup>194</sup>, in grado cioè di svolgere stabilmente la propria attività senza il riconoscimento come persona giuridica: così facendo verrebbe meno una delle criticità solitamente individuate in tema di utilizzo della fondazione al fine di imprimere un vincolo, in quanto si produrrebbe il vantaggio che gli importi che, col riconoscimento, dovrebbero essere destinati a sostenere i costi dell'apparato organizzativo, nella fondazione non riconosciuta (che può essere priva di tale apparato o averne uno meno strutturato), potrebbero essere utilizzabili per lo scopo della fondazione<sup>195</sup>.

Tuttavia, allo stato della giurisprudenza, la fondazione non riconosciuta non è - ad oggi - ammissibile nel nostro ordinamento (fatto salvo il vincolo di destinazione oggi previsto dall'art. 2645-ter cod. civ., sul quale si tornerà infra).

---

<sup>193</sup> In senso contrario v. E. Moscati, *Testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2015, 261, il quale, basandosi all'esplicito richiamo legislativo della figura dell'onere, ritiene che l'art. 32 cod. civ. in realtà crei un vincolo meramente obbligatorio.

<sup>194</sup> Per primo, F. Galgano, *op. loc. ult. cit.*; in tal senso anche la già citata Cass. 18 ottobre 1960, cit., 172, la quale ha ritenuto che "Non necessariamente, pertanto, colui che intende destinare il proprio patrimonio, nella specie per testamento, al perseguimento d'una finalità sociale deve promuovere la costituzione di una fondazione con personalità giuridica, ma può altresì realizzare l'intento lasciando il proprio patrimonio all'erede e facendo obbligo a costui di destinarlo allo scopo sociale voluto...", che pare trovare conferma in una sentenza successiva della Suprema Corte (in Cass. 15 aprile 1975, n. 1427, in *Foro it.*, 1976, 1686), la quale afferma che "se, infatti, è innegabile che la validità ed efficacia del negozio di fondazione, come atto diretto alla nascita del nuovo soggetto giuridico, sono subordinate all'atto amministrativo (decreto del Presidente della Repubblica o decreto prefettizio) di riconoscimento, si deve però ammettere che quello diretto alla c.d. dotazione, ossia all'attribuzione all'ente di beni e diritti, anche se al primo inscindibilmente collegato per il raggiungimento dell'unico scopo, produce l'immediato effetto di destinare i beni all'ente nascituro, sottraendoli, non soltanto ad ogni altra destinazione, ma anche al suo precedente titolare".

<sup>195</sup> M. Maggiolo, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*; in *Riv. not.*, 2007, 1165.



## 6. Il fondo patrimoniale costituito per testamento da un terzo.

Quelle analizzate fino ad ora sono le ipotesi di vincoli testamentari già presenti nell'originaria stesura del codice del 1942.

Da allora in avanti, però, le esigenze della prassi hanno reso necessaria l'introduzione di nuovi istituti che permettessero di vincolare dei beni per un determinato scopo. Fra questi, nel 1975<sup>196</sup>, il legislatore ha positivizzato il fondo patrimoniale.

In generale, si può dire che il fondo patrimoniale vincola determinati beni ai bisogni della famiglia. Si tratta di una limitazione della garanzia patrimoniale in deroga al principio generale sancito dall'art. 2740 cod. civ., concessa con lo scopo di facilitare ai coniugi la realizzazione delle esigenze familiari<sup>197</sup>.

Il fondo, secondo la giurisprudenza<sup>198</sup>, crea un vincolo di indisponibilità<sup>199</sup> con carattere reale: il vincolo è quindi opponibile ai terzi<sup>200</sup>. Inoltre, tale vincolo, al pari di quanto accade nel trust, si estende anche alle accessioni ed ai frutti dei beni oggetto del fondo<sup>201</sup>.

---

<sup>196</sup> Inserito con la L. 17 maggio 1975, n. 151, *Riforma del diritto di famiglia*.

<sup>197</sup> M.L. Cenni, *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, vol. III, Milano, 2002, 553; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, Milano, 1992, 26, il quale osserva che i terzi che hanno concesso credito per i bisogni della famiglia "trovano garanzia sui beni del fondo, senza dovere subire il concorso dei creditori personali dei coniugi"; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, 85, secondo cui la legge di riforma ha creato, attraverso il fondo patrimoniale, "una sorta di assicurazione di un minimo vitale per la famiglia, contro i dissesti dovuti alle iniziative (estraneie alla famiglia e quindi per lo più di carattere speculativo o imprenditoriale) dei coniugi, a spese dei creditori sorti a seguito di quelle iniziative medesime".

<sup>198</sup> Cass. 7 luglio 2003, n. 10666; Cass. 26 maggio 2003, n. 8289; Cass. 29 novembre 2000, n. 15297; Cass. 20 giugno 2000, n. 8379.

<sup>199</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 778.

<sup>200</sup> Secondo la giurisprudenza, il fondo patrimoniale, oltre ad essere un vincolo di destinazione, è un regime patrimoniale della famiglia, per cui diventa opponibile ai terzi non con la trascrizione *ex art. 2647 cod. civ.* (la quale diviene una mera pubblicità notizia), ma con l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, ai sensi dell'art. 162, quarto comma, cod. civ. (v. per tutte Cass. 27 novembre 2012, n. 20995, in *Vita not.*, 2013, 1, 350).

<sup>201</sup> Cass. 29 novembre 2000, n. 15297, in *Mass. Giur. it.*, 2000, 132.

Quindi, dopo aver esaminato i vincoli di natura obbligatoria e la fondazione (che crea un soggetto di diritto nuovo), incontriamo ora il primo vincolo patrimoniale testamentario di natura reale, e senza la creazione di un soggetto di diritto dotato di autonomia patrimoniale.

Ai sensi dell'art. 161 cod. civ., il fondo patrimoniale può essere istituito, oltre che dai coniugi, anche per testamento da un terzo, che così facendo, vincola determinati beni immobili o mobili registrati<sup>202</sup> o titoli di credito per "far fronte ai bisogni della famiglia"<sup>203</sup>. L'atto di costituzione del fondo patrimoniale è genericamente a titolo gratuito<sup>204</sup>, salvo che si dimostri l'esistenza, in concreto, di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale<sup>205</sup>.

L'analisi della figura pone due problematiche: *i)* le modalità dell'attribuzione e *ii)* quella relativa all'accettazione dei beni gravati dal vincolo. Queste, per quanto intimamente connesse, presentano aspetti differenti, ed è quindi utile svilupparle separatamente.

Relativamente al primo aspetto, occorre rilevare che la disposizione attributiva contestuale alla creazione del vincolo patrimoniale può essere certamente un legato; mentre è dubbio se questa possa essere posta in essere anche mediante l'istituzione di erede.

Secondo un primo orientamento, non è possibile costituire il fondo patrimoniale tramite l'istituzione di erede, in quanto il dettato normativo di

---

<sup>202</sup> Quanto alla possibilità di vincolare in fondo patrimoniale i c.d. beni futuri, parte della dottrina ne ammette la possibilità, purché i beni in questione siano sufficientemente determinati; come ad esempio nel caso di immobili situati in un edificio in costruzione (P. Perlingieri, *Sulla costituzione di fondo patrimoniale su «beni futuri»*, in *Dir. fam. e pers.*, 1977, 265).

<sup>203</sup> La norma non si riferisce alla c.d. famiglia parentale, ma alla famiglia nucleare. In essa sono compresi i figli legittimi, naturali ed adottivi dei coniugi, minori e maggiorenni non autonomi patrimonialmente, nonché, in considerazione del fatto che i coniugi sono tenuti al mantenimento di tali soggetti, i minori in affidamento temporaneo (T. Auletta, *op. cit.*, 43).

<sup>204</sup> V. per tutte Cass. 8 agosto 2013, n. 19029.

<sup>205</sup> Ed in tali casi, la costituzione del fondo può essere suscettibile di revocatoria fallimentare Cass. 12 dicembre 2014, n. 26223.

cui all'art. 167 cod. civ. parla esplicitamente di "determinati beni". Da ciò si evincerebbe l'impossibilità di costituire in fondo l'intera eredità o una sua quota; e ciò senza considerare che potrebbero far parte dell'asse ereditario anche diritti o beni che non possono essere vincolati ex art. 167 cod. civ., come, ad esempio, i beni immobili non registrati<sup>206</sup>.

Un secondo orientamento, ritiene invece possibile costituire il fondo patrimoniale tramite l'istituzione di erede. In tal caso, però, verrebbero inclusi nel fondo soltanto quei beni che, per loro natura, rientrano nella previsione di cui all'art. 167 cod. civ.; mentre gli altri si intenderebbero trasmessi senza vincoli di destinazione<sup>207</sup>.

Vi è poi un terzo orientamento, che può essere definito mediano, secondo il quale la costituzione testamentaria del fondo patrimoniale può essere realizzata anche tramite l'istituzione di erede, ma devono essere specificati i beni – compresi fra quelli indicati dall'art. 167 cod. civ. – che, fra quelli ereditati, costituiscono parte del fondo<sup>208</sup>. Secondo tale ipotesi, quindi, è possibile costituire il fondo patrimoniale tramite l'istituzione di erede, ma solo attraverso la c.d. *institutio ex re certa* ai sensi del secondo comma dell'art. 588 cod. civ., oppure tramite la divisione fatta dal testatore ex art. 734 cod. civ.

L'ipotesi più convincente sembra essere quest'ultima, in quanto più rispettosa della disposizione di cui all'art. 167 cod. civ.

Occorre poi chiedersi se, nel fondo patrimoniale costituito per testamento, sia necessaria l'accettazione dei coniugi: infatti il secondo comma dell'art. 167 cod. civ. dispone che tale accettazione sia necessaria soltanto per i

---

<sup>206</sup> F. Carresi, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* Cian-Oppo - Trabucchi, vol. III, Padova, 1992, 354; G. Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992, 89 e ss.; B. Del Vecchio, *Contributo alla analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. not.*, 1980, 317.

<sup>207</sup> T. Auletta, *op. cit.*, 58 e ss.; G. Gabrielli, *Patrimonio familiare*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1992, 309-310; V. De Paola e A. Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, 239 e ss.

<sup>208</sup> G. Cian e G. Casarotto, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. It.*, app. III, Torino, 1982, 832 e ss.

fondi costituiti tramite atto fra vivi.

Qualora si optasse per la possibilità di costituire il fondo patrimoniale tramite l'istituzione di erede, in tali fattispecie il problema non si porrebbe perché sarebbe comunque necessaria l'accettazione dell'eredità<sup>209</sup>.

Il problema si pone invece per quanto riguarda il legato: infatti questo non necessita di alcuna accettazione, ma è solo prevista la possibilità di rinunciare all'attribuzione.

Anche se per il legato non è necessaria alcuna accettazione e l'art. 167, secondo comma, cod. civ. fa riferimento soltanto agli atti fra vivi, una parte della dottrina<sup>210</sup> ritiene che sussistono comunque le ragioni per richiedere l'accettazione da parte dei coniugi. Ciò in quanto la *ratio* che richiede tale autorizzazione negli atti fra vivi è quella che potrebbero esserci particolari motivi morali che possono spingere il coniuge a rifiutare il beneficio. Da questo punto di vista, le stesse esigenze, sarebbero rinvenibili anche quando il beneficio è attribuito tramite disposizione testamentaria.

Un altro orientamento<sup>211</sup>, invece, basandosi sul tenore letterale della norma che limita l'accettazione ai soli casi di fondo patrimoniale istituito per atto fra vivi, ritiene che non sia necessaria alcuna accettazione.

È vero che il legislatore ha chiaramente circoscritto la necessità di accettazione ai soli casi di fondo costituito dal terzo tramite atto fra vivi. È altresì vero che, per quanto riguarda, poi, i particolari motivi che possono portare al rifiuto del beneficio, il coniuge ha sempre la facoltà di rifiutare il legato<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> Anche se c'è chi sostiene che sarebbe comunque necessaria una doppia accettazione, v. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, vol. III, Milano, 2002, 61. La tesi non convince in quanto all'atto dell'accettazione i coniugi sono già in condizione di accettare o meno il vincolo, in maniera analoga a quanto si è visto accadere per la fattispecie modale.

<sup>210</sup> F. Carresi, *op. cit.*, 346.

<sup>211</sup> F. Corsi, *op. cit.*, 101 e ss.

<sup>212</sup> M. Ieva, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, 80.

Così ragionando, però, l'ipotesi di fondo costituito con legato a favore di uno solo dei coniugi, quando ad essere contrario è l'altro, rimarrebbe priva di tutela. Tale disparità di trattamento non è giustificabile, e pertanto è da ritenere che la limitazione ai soli atti fra vivi sia ascrivibile ad una svista del legislatore.

Alla luce di ciò, sembra condivisibile la tesi che richiede sempre l'accettazione dei coniugi anche quando il terzo costituisce il fondo tramite testamento.

Occorre poi rilevare che, qualora disposta per testamento, la costituzione del fondo deve ritenersi soggetta sia a collazione, sia a riduzione<sup>213</sup>.

Il fondo patrimoniale, in quanto vincolo di natura reale, offre una tutela certamente migliore rispetto ai vincoli imposti tramite *modus* testamentario; tuttavia questo:

- può essere disposto soltanto in favore di una famiglia o di un'unione civile<sup>214</sup>;
- ha uno scopo prefissato che è quello di "far fronte ai bisogni della famiglia";
- i beni vengono amministrati secondo la disciplina dettata dal codice civile;
- possono essere ricomprese nel fondo soltanto alcune categorie di beni;
- viene meno quando viene meno il rapporto matrimoniale.

---

<sup>213</sup> C. Coppola, *Gratuità e liberalità della costituzione del fondo patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 663.

<sup>214</sup> La disciplina del fondo patrimoniale si applica anche agli accordi conclusi all'interno delle unioni civili, di cui alla L. 20 maggio 2016, n. 76, per espresso richiamo previsto dall'art. 1, tredicesimo comma, della legge stessa. Mentre non è ancora ammissibile costituire il fondo patrimoniale in caso di mera convivenza *more uxorio*; in tali casi occorrerà far ricorso ai vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter* (v. *infra*), i quali consente di raggiungere un risultato per certi versi analogo (F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165).

Tali ragioni, elencate soltanto a titolo di esempio, permettono già di capire che il fondo patrimoniale può essere un ottimo mezzo per imporre un vincolo, superiore alla fattispecie modale, ma soltanto nei casi in cui l'obiettivo del disponente sia quello di far fronte ai bisogni di una famiglia e ricorrano gli altri requisiti.

#### 7. Il *trust* testamentario "interno".

La necessità avvertita nella prassi di vincolare beni a determinati fini è stata soddisfatta anche attraverso il *trust*, figura tipica di diritto inglese.

In linea generale, l'istituto si può così sinteticamente illustrare<sup>215</sup>: un soggetto, detto disponente (*settlor*, in inglese, ma negli USA anche *grantor* o *trustor*), trasferisce, attraverso negozi detti dispositivi, ad un altro soggetto detto trustee dei diritti (che nel loro complesso vengono definiti "fondo in *trust*", o in inglese *trust fund* oppure *trust property*) enunciando un compito ed affidandolo a quest'ultimo<sup>216</sup>. Tale operazione si scompone in due atti diversi: quello istitutivo del *trust* e quello (o quelli) attributivi.

I diritti così acquisiti, poi, dovranno essere trasferiti ad altri soggetti detti beneficiari (in inglese, *beneficiary* o, in maniera più arcaica, *object*<sup>217</sup>), tra cui può figurare anche il disponente e perfino lo stesso trustee, a patto che però non sia l'unico. Il trustee è quindi soggetto passivo di tali obbligazioni, che dovrà adempiere utilizzando i beni appositamente trasferiti.

Il fondo in *trust*, pur appartenente al trustee, è vincolato alla realizzazione del compito, o meglio dello scopo affidatogli. In senso

---

<sup>215</sup> Nel presente paragrafo si fa riferimento esclusivamente ai *trust* espressamente istituiti; in quanto le altre categorie (*implied*, *constructive*, *resulting* e *statutory*) non sono ammissibili nel nostro ordinamento, per esplicita previsione della Convenzione dell'Aja (art. 2).

<sup>216</sup> Tali soggetti, possono coincidere: in tali casi si parla di *trust* autodichiarato (in inglese, *self-declared trust*, o molto più comunemente *declaration of trust*).

<sup>217</sup> Esistono anche *trust* senza beneficiari, che sono detti *trust* di scopo: questi sono nulli in Inghilterra (*Morice v. Bishop of Durham* [1804] EWHC Ch. J80), ad eccezione di quelli con scopo *charitable*, fra quelli indicati nel *Charities Act 2006*.

civilistico, il fondo è quindi un patrimonio destinato: le obbligazioni personali del trustee non si ripercuotono sul fondo; questo effetto è detto segregazione.

L'affidamento al *trustee* crea poi un vincolo sul fondo di natura reale che, per lungo tempo, è stato sconosciuto nel nostro ordinamento.

La segregazione patrimoniale e la natura reale del vincolo presentano indubbi vantaggi, tanto che l'istituto ha - ovviamente - avuto riconoscimento in tutti gli ordinamenti di *common law*<sup>218</sup>, e ha altresì generato un c.d. "flusso giuridico"<sup>219</sup> in ordinamenti di diritto civile, fra cui in nostro.

Anche a causa di ciò, le vicende di questo istituto nel nostro ordinamento sono più complesse<sup>220</sup> rispetto a quelle che hanno interessato gli altri vincoli (testamentari) sopra descritti: il *trust*, infatti, non ha avuto - e non ha tutt'ora - una espressa e specifica disciplina nel nostro codice civile e la sua ammissibilità è stata a lungo contestata. Tuttavia, attualmente - in forza della ratifica con L. 364/1989 da parte dell'Italia della Convenzione firmata a L'Aja il 1° luglio 1985 - è decisamente prevalente la tesi favorevole alla ammissibilità del c.d. "*trust* interno"<sup>221</sup>.

La comprensione dell'istituto, soprattutto in ambito testamentario, necessita di qualche breve cenno all'ordinamento inglese.

---

<sup>218</sup> I diritti sui trust di tali paesi, in contrapposizione a quello originario inglese, vengono definiti complessivamente "modello internazionale" (M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 25).

<sup>219</sup> Per la definizione di flusso giuridico, v. M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2002, 60 e ss., il quale è la percezione che si ha in un ordinamento di un fenomeno giuridico straniero; tale percezione, che spesso è in senso positivo, può comportare un c.d. trapianto giuridico.

<sup>220</sup> Non può tacersi, peraltro, che il dibattito relativo alla ammissibilità e alla funzionalità di questo peculiare vincolo ha ricevuto nuovi spunti a seguito dell'introduzione dell'art. 2645-ter cod. civ. (v. *supra*).

<sup>221</sup> Vista la copiosa giurisprudenza favorevole, anche della Corte di Cassazione (la maggior parte delle quali raccolte in M. Lupoi (cur.), *La giurisprudenza italiana sul trust*, Padova, 2011), nonché le svariate norme anche tributarie (su tutte, il c.d. TUF), non sembrano esserci ormai più dubbi circa l'utilizzabilità di tale strumento nel nostro ordinamento.

### 7.1. Cenni sul sistema successorio inglese e il trust.

Il fenomeno successorio inglese è disciplinato in maniera profondamente diversa rispetto a quanto accade nei sistemi europeo-continentali.

Fino agli ultimi decenni del XIX secolo, la disciplina successoria era differente<sup>222</sup> a seconda del fatto che si trattasse di *personal property* o *real property*<sup>223</sup>. La *real property* si trasmetteva al momento della morte, come accade negli ordinamenti civilistici<sup>224</sup>; mentre, per i beni mobili<sup>225</sup>, era necessario il trasferimento ad un soggetto<sup>226</sup> che poi, a sua volta, provvedeva a trasferire nuovamente tali diritti ai successori del defunto<sup>227</sup>. Tale soggetto aveva il compito di estinguere le passività gravanti sull'asse (imposte comprese), per poi trasferire quanto residuo da detta liquidazione ai successori<sup>228</sup>.

Con un processo cominciato alla fine del XIX secolo<sup>229</sup>, il regime

---

<sup>222</sup> Addirittura le controversie relative erano di competenza di corti diverse: quella in tema di *real property* spettavano alle corti di common law, mentre quelle relative alla *personal property* erano attribuite alle corti ecclesiastiche. V. E. Calu, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996, 6 e più in generale R.B. Outhwaite, *The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts*, Cambridge, 2006, 7.

<sup>223</sup> Per ragioni di semplificazione, in questa sede, ci si limita a rilevare che - con grandissima approssimazione - è possibile identificare la *real property* con la categoria dei diritti reali sui beni immobili e la *personal property* con i diritti reali sui beni mobili (v. sul punto S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, 39 e ss. e più in generale la monografia M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971).

<sup>224</sup> Tra l'altro, in un primo periodo era possibile soltanto nella forma *ab intestato*, in quanto la possibilità di disporre per testamento dei diritti reali immobiliari è stata introdotta soltanto nel 1540 d.C. con lo *Statute of Wills*.

<sup>225</sup> Paradossalmente, in maniera differente da quanto accade negli ordinamenti europei-continentali e pur essendo la corte competente una corte di diritto civile: quella ecclesiastica.

<sup>226</sup> Tale soggetto viene definito *executor*, quando è nominato dal testatore, e *administrator*, quando è nominato dall'autorità giudiziaria; la locuzione *personal representative* descrive entrambe le figure.

<sup>227</sup> A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Milano, 1995, 128.

<sup>228</sup> M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 71.

<sup>229</sup> *Land Transfer Act 1865*, *Administration of Estates Act 1925*, ma poi proseguito anche con l'*Intestates' Estates Act 1952* e il *Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996*. Per un



successorio è stato unificato sulla base del modello della *real property*: pertanto, nel diritto inglese moderno non esiste la delazione ereditaria<sup>230</sup>.

La qualifica giuridica del soggetto (*personal representative*), a cui viene trasferito l'asse, è ignorata dal diritto inglese<sup>231</sup> e dibattuta in dottrina<sup>232</sup>; i successori del defunto, invece, a cui vengono trasferite posizioni giuridiche determinate, sono accomunabili ai legatari<sup>233</sup>.

La nomina del soggetto a cui viene trasferito l'asse (se necessaria) e il relativo trasferimento a quest'ultimo avvengono nell'ambito di una particolare procedura<sup>234</sup>, che - forse - si potrebbe definire di omologazione del testamento: il *probate*<sup>235</sup>.

*Trust* e successione ereditaria sono così inscindibilmente connessi nel diritto inglese, che le norme sulla gestione del patrimonio ereditario in questa fase intermedia sono sostanzialmente le medesime della gestione di un *trust* istituito per atto fra vivi<sup>236</sup>. Addirittura, spesso accade che il defunto non

---

approfondimento su tali riforme v. E.H.T. Snell, *Snell's Equity*, J. McGhee (cur.), 33<sup>a</sup> ed., Londra, 2010, 309-386; E. Moscati, *Trust e tutela dei legittimari*, *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 13 e ss.; E. Calu, *op. cit.*, 5; P. Stein, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1995, 245; M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust in diritto inglese*, cit., 135-139; F. W. Maitland, *Equity. A course of lectures*, Cambridge, 1969, 338-344; R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 9-126.

<sup>230</sup> M. Lupoi, *op. loc. ult. cit.*

<sup>231</sup> Anche se a volte la legge inglese lo qualifica come *heir*.

<sup>232</sup> M. Lupoi, *op. loc. ult. cit.*; E. Calu, *op. cit.*, 3-4; T. Ballarino, *Le successioni nel diritto internazionale privato italiano*, *Riv. not.*, 1986, 1, 33-34.

<sup>233</sup> S. Bartoli, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario. I Parte*, in *T&AF*, 2004, 59.

<sup>234</sup> Di competenza della *Family Division*, divisione interna alla *High Court of Justice*.

<sup>235</sup> Tale procedimento consiste:

a) nell'omologazione dell'eventuale testamento, mediante un'ordinanza che assevera la validità dello stesso sotto il profilo formale e sotto quello della capacità del testatore (G. Cassoni, *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato*, Milano, 1974, 69);  
b) nella nomina, appunto, di uno o più (di solito due) *personal representative*, cui viene trasferito l'intero asse.

<sup>236</sup> M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 70.

distingua fra esecutore e *trustee*; e del resto tale distinzione<sup>237</sup> ha scarsa importanza quando i loro compiti si esauriscono nella fase intermedia.

Si possono quindi identificare due casi:

- il primo, quando il testatore istituisce un *trust* testamentario senza nulla provvedere per la fase intermedia<sup>238</sup>: in tal caso, il soggetto nominato dovrà consegnare i beni al *trustee*. Il *trust* così istituito è quindi indistinguibile da quelli fra vivi<sup>239</sup>;
- il secondo, quando il testatore preveda che il *trustee* abbia un compito che va oltre la fase intermedia; in tal caso, però, sarà comunque necessaria la procedura di omologazione del testamento.

Quindi questa fase, quando si opta per un *trust* testamentario, è sempre necessaria.

Per tale ragione, in un'ottica di pianificazione successoria che comprende anche la volontà di evitare le (o meglio, quelle che per gli inglesi sono) lungaggini burocratiche, il *trust* testamentario viene poco utilizzato in Inghilterra; dove si preferisce trasferire tra vivi i beni al *trustee*, al limite indicando se stessi come primi beneficiari<sup>240</sup>.

È ora il caso di illustrare, seppur brevemente, la disciplina del *trust* nel diritto inglese.

Il *trust*, anche se secondo la dottrina deriva dall'istituto di diritto comune del fedecommesso<sup>241</sup>, nasce intorno al XV secolo grazie alla

---

<sup>237</sup> La principale differenza consiste nel fatto che, secondo il diritto inglese, nella fase intermedia, coloro che ricevono per successione non sono titolari di alcun diritto sul patrimonio relitto: non sono quindi parificabili ai beneficiari di un *trust*.

<sup>238</sup> Oppure quando divide i compiti fra esecutore e *trustee* secondo l'ordine legale.

<sup>239</sup> M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 70.

<sup>240</sup> Normalmente in tali casi le prime obbligazioni del *trustee* sono di garantire al disponente e spesso alla sua famiglia il mantenimento, ovviamente secondo il relativo tenore di vita.

<sup>241</sup> M. Lupoi, *Trust and Confidence*, (2009), LQR, 253 e ss.

giurisdizione di *equity*<sup>242</sup>. È utile precisare sin da subito che il diritto inglese non conosce il principio di tipicità dei diritti reali<sup>243</sup>, per cui la proprietà del *trustee* ha limitazioni con efficacia reale e viene definita *equitable ownership*<sup>244</sup>.

Inoltre, come abbiamo visto, la segregazione patrimoniale fa sì che le vicende personali del *trustee* non possano influire sul fondo in *trust*.

La realtà del vincolo determina che, in caso di inadempimento delle obbligazioni fiduciarie del *trustee* (termine con cui possiamo tradurre approssimativamente la locuzione inglese *breach of trust*), oltre alla tutela obbligatoria (risarcimento del danno e/o reintegrazione del fondo in *trust* da parte del *trustee* inadempiente), vi siano anche tutele che potremmo definire di natura reale: il *constructive trust* e, in connessione con questo, il *following* e il *tracing*.

Il *constructive trust* può essere definito come quello che sorge automaticamente in presenza di alcune circostanze, ad esempio, come nel caso in esame, quando il *trustee* aliena senza averne il potere il fondo in *trust*, o parte di esso, ad un terzo (consapevole del *trust*, o che avrebbe potuto conoscerlo usando l'ordinaria diligenza<sup>245</sup>). In tal caso, il terzo diviene automaticamente trustee di un *trust* con l'obbligo di consegnare quanto

---

<sup>242</sup> L'*equity* era quella giurisdizione, parallela al *common law*, sviluppatasi in seguito alle *Provision of Oxford*, 1258, e allo *Statute of Westminster II*, 1285. Tale giurisdizione, all'inizio di coscienza, era ad appannaggio del Cancelliere del Re. Oggi tale giurisdizione non è più autonoma, in quanto, in seguito ai c.d. *Judicature Acts* del XIX secolo, il giudice ordinario (di *common law*) racchiude in sé sia le funzioni del giudice di *common law*, sia quelle di *equity* (v. A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, 79 e ss.; F.W. Maitland, *Equity*, 1936, 8 e ss.).

<sup>243</sup> Addirittura è stato detto che l'equivalente del diritto di proprietà in Inghilterra può essere paragonato ad un pacchetto di sigarette, che il titolare può svuotare e riempire a proprio piacimento (P. Matthews, *The compatibility of the trust with the civil law notion of property*, in *The Worlds of the Trust*, Cambridge, 2013, 313).

<sup>244</sup> In diritto inglese, questa viene contrapposta alla situazione giuridica dei beneficiari: *legal ownership*. L'utilizzo di tale termine ha generato confusione nella dottrina civilistica a partire da Von Gierke. Ma ciò non deve trarre in inganno: non esistono due diverse tipologie di proprietà, l'unico proprietario è il *trustee*.

<sup>245</sup> In inglese, *nelsonian knowledge*.

ricevuto ai beneficiari del *trust* originario<sup>246</sup>. Tale schema può ripetersi infinite volte, pertanto, l'inadempimento del primo *trustee* in astratto è sempre opponibile da parte dei beneficiari ai suoi aventi causa.

La conseguenza di quanto sopra è il *following*: quando i beneficiari intendono recuperare proprio quel determinato bene illegittimamente alienato, in forza di quanto sopra, hanno appunto il diritto di "seguire" il bene nei vari passaggi<sup>247</sup>.

I beneficiari hanno, però, un'altra opzione: ad ogni passaggio, infatti, possono esercitare i propri diritti, sempre se lo ritengono opportuno, anche sulla contropartita dell'alienazione. Tale fenomeno è il *tracing*, il quale può essere definito come quella tecnica processuale che consente che la pretesa di un bene possa essere legittimamente esercitata in relazione ai beni con cui questo è stato scambiato<sup>248</sup>, o in cui è stato "trasformato"<sup>249</sup>.

Per chiarire la differenza, è forse utile un esempio: il *trustee* aliena un quadro in cambio di un'auto; il quadro viene a sua volta alienato in cambio di una moto. In tali casi, i beneficiari, utilizzando il *following*, potranno richiedere la consegna del quadro; mentre, utilizzando il *tracing*, potranno richiedere quella dell'auto o della moto<sup>250</sup>.

Come visto sopra, entrambe le ipotesi vengono rese possibili in forza dei *constructive trust* che si creano ogni volta<sup>251</sup>.

Si aggiunga poi che il *trustee* o i beneficiari che si sono accorti di un errore commesso durante la gestione del *trust* possono chiedere al giudice

---

<sup>246</sup> R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 565.

<sup>247</sup> T.B. Smith, *The Law of Tracing*, Oxford, 1997, 3 e ss.

<sup>248</sup> T.B. Smith, *op. cit.*, 33.

<sup>249</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., 49.

<sup>250</sup> "Following is the process of following the same asset as it moves from hand to hand. Tracing is identifying a new asset as the substitute of the old" (*Foskett v. McKeown* [2000], UKHL 29).

<sup>251</sup> Tali mezzi non sono quindi utilizzabili nel *trust* interno, in quanto la Convenzione dell'Aja non riconosce i *constructive trust*.

l'annullamento di tale atto<sup>252</sup>.

A partire dagli anni '80 in poi, soprattutto nel modello internazionale, si è diffusa la prassi di inserire a fianco al *trustee* un ulteriore soggetto: il guardiano (in inglese, *protector*). Questa figura, anch'egli un fiduciario, solitamente deve prestare il proprio consenso al *trustee* per l'esecuzione di determinati atti o esercitare poteri che spetterebbero al *trustee* stesso o al disponente.

### 7.2. Il trust testamentario in Italia.

Ciò premesso, si può analizzare la peculiare problematica relativa al *trust* testamentario nel nostro ordinamento. Si intende, cioè, la possibilità di inserire all'interno del testamento un vincolo non meramente obbligatorio, ma che conforma direttamente la proprietà a cui accede ad un determinato scopo. Tale inserimento, all'interno dell'atto di ultima volontà, comporta diverse problematiche, in relazione non solo alla sua ammissibilità generale (anche in relazione ad alcuni istituti di diritto successorio), ma anche alla sua forma e alle norme sostanziali a cui deve sottostare.

Il dato legislativo è chiaro: l'art. 2 della Convenzione dell'Aja<sup>253</sup>, infatti, dispone che il *trust* possa essere costituito anche mediante atto *mortis causa*.

Non solo, ma nella Convenzione si ritrovano altri riferimenti alla materia successoria: l'art. 4 prevede che la Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti; l'art. 11<sup>254</sup> lettera c)

---

<sup>252</sup> Re Hasting-Bass [1975] Ch. 25.

<sup>253</sup> "Ai fini della presente Convenzione, per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico" (art. 2 Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985)

<sup>254</sup> "Un *trust* costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica. Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare: ... c) che i beni del *trust*

prevede che il riconoscimento implica che i beni del *trust* non facciano parte della successione del *trustee*; l'art. 15<sup>255</sup> fa riferimento ai testamenti e alla devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima.

È ora necessaria una parentesi più generale sulla Convenzione dell'Aja e sull'ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento.

Durante i lavori che hanno portato alla stesura della Convenzione, una delegazione di paesi di diritto civile<sup>256</sup> propose l'inserimento di un articolo che avrebbe vietato di riconoscere un *trust* se i beni fossero posti nel territorio di paesi a cui tale figura era sconosciuta o se i beneficiari avessero nazionalità o residenza in tali Paesi<sup>257</sup>. Tale articolo non è mai stato approvato e, anzi, l'art. 13<sup>258</sup>, propone una soluzione molto differente: la norma prevede la facoltà, per i paesi firmatari, di non riconoscere i *trust* privi di internazionalità anche se disciplinati da una legge di un c.d. stato *trust*.

Infatti, la Convenzione, all'art. 6, prevede libertà di scelta di legge regolatrice. Qualora non fosse indicata alcuna legge regolatrice, si applicherebbe la legge del paese con cui il *trust* ha maggiori legami (art. 7); tuttavia se, tale paese fosse un paese c.d. "non-trust", non potrebbe applicarsi

---

non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*" (art. 11, Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1989)

<sup>255</sup> "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie ... c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima" (art. 15, Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985)

<sup>256</sup> Composta da Argentina, Egitto, Spagna, Francia e Grecia.

<sup>257</sup> "Article 14, Les Etats parties ne reconnaissent pas les trusts portant sur des biens qui, au moment de leur constitution, sont principalement situés dans des Etats qui connaissent pas l'institution du trust. Il en est de même lorsque, au moment de la constitution du trust, le constituant et les bénéficiaires ont la nationalité d'un Etat qui ne connaît pas le trust et résident habituellement dans des Etats qui ignorent cette institution".

<sup>258</sup> Per una più agevole comprensione il testo della norma viene qui di seguito riprodotto: "Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione."

la Convenzione ai sensi dell'art. 5 della stessa<sup>259</sup>.

Sulla scorta anche di tali disposizioni, in passato, si è molto discusso sulla possibilità di creare i c.d. trust interni: ossia quei trust che hanno come solo elemento di internazionalità il riferimento alla legge applicabile<sup>260</sup>. Abbiamo già rilevato, poi, come, l'opinione ormai prevalente sia a favore dell'ammissibilità del *trust* interno<sup>261</sup>.

Anche alla luce di ciò sembra più calzante l'opinione che vede nell'art. 13 una norma di chiusura: il giudice potrà decidere di non riconoscere il trust, ad esempio nel caso in cui quest'ultimo sia stato costituito in frode alla legge.

Il *trust* interno non deve essere poi confuso con il c.d. *trust* domestico; quest'ultimo infatti è quel *trust* che non ha alcun elemento di internazionalità, neppure la legge regolatrice. Tale figura è ritenuta ammissibile, in forza dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, da una parte minoritaria della dottrina<sup>262</sup>, secondo la quale il riconoscimento previsto dalla normativa in questione non si deve basare sul *nomen iuris* dell'istituto, ma sulla sostanza dello stesso e sugli interessi sottostanti; occorre semplicemente far alla causa, che, meritevole di tutela anche nell'ordinamento italiano, può supportare sia il trasferimento, sia la segregazione.

Tuttavia, al contrario di quello interno, il *trust* domestico, ad oggi, non sembra ammissibile nel nostro ordinamento<sup>263</sup>.

Anche per quanto riguarda i *trust* stranieri e quelli di diritto interno,

---

<sup>259</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., 526.

<sup>260</sup> S. Bartoli, *Gli effetti della ratifica*, in *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, Milano, 2013, 36 e ss.

<sup>261</sup> Le critiche erano basate sulla natura della Convenzione dell'Aja (ritenuta normativa di diritto internazionale), sull'impossibilità di derogare all'art. 2740 cod. civ. e alle problematiche relative alla trascrizione del *trust*.

<sup>262</sup> G. Palermo, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 e ss.; U. La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 17 e ss.

<sup>263</sup> Salvo che il negozio non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2645-ter cod. civ. (v. *infra*). In tali casi, più che di *trust* domestico, si parlerà però di vincolo di destinazione ai sensi della norma citata.

però, la Convenzione pone dei limiti al riconoscimento del *trust* interno nel nostro ordinamento: tali limiti sono costituiti dai principi di ordine pubblico interno<sup>264</sup> (art. 18); dalle norme di applicazione necessaria (art. 16); e dalle norme imperative appartenenti alla legge competente a regolare le materie con cui il *trust* è in grado di interferire. Tra queste ultime, rientrano quelle relative alla protezione di minori e incapaci, agli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, ai testamenti, alla devoluzione ereditaria e alla successione necessaria, al trasferimento della proprietà e alle garanzie reali e alla protezione dei creditori in caso di insolvenza (art. 15).

Emerge quindi un primo limite dell'istituto: lo stesso non potrà superare le norme in materia di successione necessaria, e quindi non potrà essere usato per ledere diritti e aspettative dei legittimari. Di conseguenza, la disposizione testamentaria istitutiva di un *trust* che comporti la lesione dei diritti dei legittimari non potrà che ritenersi soggetta all'azione di riduzione ai sensi degli artt. 554 e 558 cod. civ.<sup>265</sup>.

Inoltre, l'istituzione di un *trust* sarà nulla se contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Da tali disposizioni, potrebbe sembrare pacifica l'ammissibilità del *trust* testamentario nel nostro ordinamento, sia pur nei limiti espressamente indicati dalla Convenzione.

In realtà così non è, ed anzi la questione relativa a tale ammissibilità ha suscitato - e suscita tutt'ora - un ampio dibattito, soprattutto a livello dottrinale, dibattito influenzato, da ultimo, dall'introduzione dell'art. 2645-ter cod. civ.

---

<sup>264</sup> P. Piccoli, *Trusts, patti successori, fedecommesso*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 133.

<sup>265</sup> In tal senso si è suggerita l'introduzione nel testamento di clausole di salvaguardia (G. Capaldo, *Atto pubblico di trust*, in *Notariato*, 1997, 18). Ad esempio, "In ossequio al disposto degli artt. 536 cod. civ. e ss. si fa obbligo al fiduciario ovvero al beneficiario finale del patrimonio costituito in trust di garantire i diritti inviolabili degli eredi legittimari del settlor, ove lesi al momento della morte di costui, integrando, con beni o denaro ma nei limiti del valore del patrimonio stesso, la quota ai medesimi riservata dalla legge senza alcun onere a loro carico di azione in giudizio".



Le criticità emerse sono soprattutto relative al rapporto con diversi istituti di diritto successorio<sup>266</sup>.

In primo luogo, non sembra possano emergere dubbi in merito alla compatibilità del *trust* testamentario con il divieto di patti successori<sup>267</sup>.

In secondo luogo, si sono evidenziate le affinità del *trust* testamentario con la sostituzione fedecommissaria<sup>268</sup>. Come noto, la sostituzione fedecommissaria si caratterizza per i seguenti elementi: la doppia istituzione con ordine successivo e il vincolo di conservare per restituire<sup>269</sup>. La sostituzione fedecommissaria, però, è ammessa solo entro gli stretti limiti imposti dall'art. 692 cod. civ., e cioè solo per specifiche finalità di protezione di soggetti incapaci.

L'istituto è stato assimilato al *trust* testamentario sulla base del fatto che entrambi prevedrebbero una limitazione alla possibilità del nuovo titolare del bene (primo istituito - *trustee*) di disporne liberamente e di testare in relazione ad esso<sup>270</sup>: entrambi gli istituti permetterebbero di raggiungere - nei limiti della intangibilità dei diritti dei legittimari - obiettivi di “segregazione” di un patrimonio e successiva devoluzione a soggetti terzi, diversi dal primo beneficiario. Essendo la sostituzione fedecommissaria ammessa

---

<sup>266</sup> Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Dir. e prat. trib.*, 2001, 300 e ss., e con nota di B. Ghittoni, *Nota in tema di trust testamentario*, in *Giur. it.*, 1999, 1 e ss.. V. in dottrina, M. Lupoi, *Commento alla sentenza del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997*, in *Foro it.*, 1998, 3394 ss.

<sup>267</sup> Il testamento nel quale la disposizione è contenuta, infatti, esclude che possa configurarsi un patto successorio, il cui divieto tende proprio ad evitare che la designazione del successibile venga effettuata attraverso strumenti diversi rispetto alla legge (successione legittima) o al testamento (successione testamentaria). Quanto alla compatibilità con il divieto di patti successori del *trust* costituito con atto tra vivi finalizzato a regolare la devoluzione dei beni del costituente per il tempo in cui questo avrà cessato di vivere, si è evidenziato che ciò non costituisce violazione del divieto, poiché il trasferimento dei beni del disponente in forza del *trust* avviene *inter vivos*, producendosi immediatamente l'effetto reale (e non alla morte del *de cuius* come avviene nei patti successori) (E. Brunetti, *Il testamento dello zio d'America. Il trust testamentario*, in *Foro it.*, 1998, 2009 e ss.).

<sup>268</sup> E. Brunetti, *op. loc. ult. cit.*

<sup>269</sup> Il primo chiamato, cioè, non ha una piena titolarità dei beni trasmessigli e non può disporne, dovendo poi trasmetterli al sostituto.

<sup>270</sup> Trib. Lucca, 23 settembre 1997, *cit.*

esclusivamente per finalità protettive, sono emersi dubbi in merito alla ammissibilità del *trust* al di fuori dei limiti previsti dall'art. 692 cod. civ.

In realtà, come evidenziato dalla giurisprudenza<sup>271</sup> e dalla dottrina maggioritaria<sup>272</sup>, le differenze tra i due istituti sono notevoli e non ammettono una semplicistica assimilazione: infatti, gli elementi caratterizzanti la sostituzione fedecommissaria non si riscontrano nel *trust* testamentario.

Anche a voler tacere il fatto che parte della dottrina - come poi si vedrà<sup>273</sup> - nega addirittura che si possa parlare di delazione di eredità o legato in favore del *trustee*, si è evidenziato che nel *trust* testamentario non vi è una doppia chiamata<sup>274</sup>, poiché ove il beneficiario acquisti la proprietà dei beni, lo farà comunque per atto del *trustee* e non quale successore del testatore, come invece avviene nel fedecommesso.

Inoltre, nel *trust* testamentario, non vi è necessariamente un'istituzione successiva negli stessi beni: pur potendovi essere categorie successive di beneficiari, i primi beneficiari potrebbero godere solo dei frutti della gestione, mentre solo l'ultimo beneficiario acquisterà la proprietà dei beni<sup>275</sup>. Ancora, il *trustee* di norma ha l'amministrazione e il potere di disposizione dei beni costituiti in *trust* con i soli limiti imposti dal disponente (e non potrà godere dei beni attribuitigli), mentre nel fedecommesso l'istituito può amministrare e godere dei beni, e può altresì disporne, sia pur nei limiti di natura pubblicistica imposti dall'art. 694 cod. civ.<sup>276</sup>.

---

<sup>271</sup> In relazione allo specifico caso, si veda App. Firenze, 9 agosto 2001, in *T&AF*, 2002, 234.

<sup>272</sup> A. Poddighe, *op. cit.*, 300 e ss.; B. Ghittoni, *op. cit.*, 1 e ss.; M. Lupoi, *Commento alla sentenza del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997*, cit., 1998, 3394 ss.; C. Romano, *Trust e atto di destinazione testamentario*, cit., 229 e ss.; G.F. Condò, *Rapporto tra istituzione di un trust e normativa in materi di successione*, in *T&AF*, 2008, 357 e ss.; E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., 260, P. Piccoli, *op. cit.*, 791; E. Smaniotto, *Brevi note in tema di trust testamentario*, in *Vita not.*, 2013, 541.

<sup>273</sup> V. *infra*.

<sup>274</sup> B. Ghittoni, *op. cit.*, 5; G.F. Condò, *op. loc. ult. cit.*

<sup>275</sup> Capozzi, *op. cit.*, 807

<sup>276</sup> G.F. Condò, *op. cit.*, 367.

In terzo luogo, può rilevarsi un'eventuale analogia tra *trust* e usufrutto successivo. Quest'ultimo si configura quando il costituente attribuisce il diritto di usufrutto ad una determinata persona e successivamente, alla morte di questa, ad un'altra e così via. L'art. 698 cod. civ. vieta tale disposizione, poiché produrrebbe essenzialmente uno svuotamento del contenuto economico della proprietà. Ma neanche in questo caso il paragone coglie nel segno, perché il *trustee* è unico proprietario (formale) dei beni costituiti in *trust*, e non vi è una distinzione tra usufrutto e nuda proprietà sullo stesso bene<sup>277</sup>.

Alla luce di quanto sopra, non pare dunque che possano esservi elementi per negare l'ammissibilità del *trust* testamentario nel nostro ordinamento, né principi di diritto successorio che ne escludano a priori l'operatività (salvi ovviamente i limiti sopra indicati evidenziati dalla Convenzione).

Rimangono da affrontare alcune questioni relative alla forma che deve rivestire il testamento contenente il *trust* e alla natura dell'attribuzione patrimoniale fatta al *trustee* nel *trust* testamentario.

Partendo da questa seconda, si rileva come la dottrina si sia interrogata in relazione alla possibilità di ricondurre alle categorie di diritto successorio le attribuzioni compiute in favore del *trustee*, ed in particolare se quest'ultimo a seguito dell'attribuzione patrimoniale possa essere qualificato come erede o legatario o meno.

Innanzitutto, è opportuno delimitare i confini della figura che si va ad analizzare.

I dubbi sorti in dottrina attengono al caso in cui l'atto di destinazione sia costituito direttamente attraverso il testamento<sup>278</sup>: infatti, una volta inserito

---

<sup>277</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 809.

<sup>278</sup> Infatti, bisogna ben tenere distinti i casi in cui il testatore costituisce il *trust* direttamente attraverso il testamento da quelli in cui invece lo stesso si limita a prevedere un legato

nella scheda testamentaria, il *trust* assume la causa successoria che contraddistingue il testamento e perciò si può qualificare come disposizione *mortis causa*.

In tal senso, ci si è chiesti se una attribuzione di beni destinati possa farsi rientrare all'interno delle tradizionali categorie di istituzione di erede o di legato, oppure se in questo caso si venga a configurare un *tertium genus*.

Sul punto, si registrano due diverse posizioni.

Parte della dottrina<sup>279</sup> riconduce la figura entro le tradizionali categorie di eredità o di legato: il *trustee* sarebbe quindi erede o legatario, in base alla tradizionale distinzione, a seconda che abbia ricevuto la totalità (o una quota) dell'eredità, oppure beni determinati<sup>280</sup>; secondo tale dottrina, la scelta sarebbe "obbligata", poiché da un lato il *trustee* riceve direttamente una attribuzione patrimoniale dal *de cuius* in forza dell'atto di ultima volontà, e dall'altro le uniche figure di successori per causa di morte sarebbero l'erede e il legatario.

In forza di tale qualificazione, si è ancora precisato che il *trustee* potrebbe accostarsi più propriamente alla figura dell'erede gravato da un legato obbligatorio, o del legatario gravato da un sub-legato obbligatorio, oppure, più in generale, alla figura dell'onere di un *modus*: la proprietà attribuita al *trustee* è vincolata, e ciò può svuotare di fatto il vantaggio economico

---

obbligatorio con il quale obblighi l'assegnatario a costituire un vincolo in favore di un altro soggetto.

Questo secondo caso esula dalla presente analisi: esso costituisce infatti un legato obbligatorio, avente ad oggetto un *facere* giuridico, che non costituisce direttamente il trust, ma che si limita ad obbligare l'onere di costituirlo: l'atto di destinazione posto in essere in esecuzione dell'obbligo, in questo caso, sarebbe un atto fra vivi (non avendo alcun rilievo da un punto di vista qualificatorio la fonte dell'obbligo) e non pone alcun problema di tipo successorio (al riguardo, v. anche F. Spotti, *op. cit.*, 391).

<sup>279</sup> E. Corso, *Il caso di trust testamentario e le implicazioni del diritto tavoloare*, in *T&AF*, 2000, 286; G.F. Condò, *op. cit.*, 364. Tale visione è quella di M. Lupoi, *Trusts*, cit., 631.

<sup>280</sup> Si vedano, al riguardo, i parametri ermeneutici fissati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione: Cass. 25 ottobre 2013, n. 24163, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, 12; Cass. 24 febbraio 2009, n. 4435, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 149; Cass. 18 gennaio 2007, n. 1066, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 1.

attribuito<sup>281</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>282</sup>, invece, nega che l'attribuzione di beni destinati possa ricondursi ad una delle tradizionali categorie del diritto successorio: si sarebbe di fronte ad un *tertium genus* di attribuzione patrimoniale a causa di morte, e ciò in ragione delle cospicue differenze fra il *trustee*, da un parte, e l'erede o il legatario, dall'altra.

Diverso è innanzitutto il momento in cui sono acquistati i beni<sup>283</sup>: infatti, mentre l'erede acquista i beni a seguito dell'accettazione e il legatario *ipso iure*; il *trustee* testamentario li acquista a seguito dell'accettazione dell'incarico.

Inoltre, il vincolo imposto dal *trust* ha natura reale, mentre quello dei legati o dell'onere ha carattere meramente obbligatorio; il *trustee* si limita ad assolvere funzioni di carattere esecutivo, mentre gli eredi "effettivi" sono i beneficiari<sup>284</sup>, anche se privi della disponibilità dei beni fino a quando questi non vengano loro trasferiti; ancora, nel *trust* assume un ruolo centrale e preminente la destinazione, mentre, nel *modus*, questa deve essere voluta ed esplicitata dal testatore, anche con clausole *ad hoc*<sup>285</sup>.

Infine, si è messa in evidenza anche una ulteriore differenza relativa al caso di morte del *trustee* originario: in tal caso, infatti, i beni saranno assegnati ad un nuovo *trustee*, con la conseguenza che il bene è escluso dalla

---

<sup>281</sup> Ovviamente, ciò nei casi in cui l'obbligazione testamentaria è quantomeno pari al valore dell'attribuzione effettuata all'obbligato. La possibilità di porre a carico dell'erede o del legatario un peso tale da svuotare di ogni vantaggio economico l'attribuzione fatta è pacificamente ammessa dal nostro ordinamento, e non priva l'attribuzione della qualificazione di diritto successorio relativa.

<sup>282</sup> S. Bartoli, *La natura dell'attribuzione mortis causa fatta al trustee di un trust testamentario*, cit., 62 e ss.: tali considerazioni paiono riprendere quelle svolte da M. Lupoi, *Trusts*, cit., 632 e ss., dove ci si sofferma sulle principali differenze tra *trust* inglese e istituzione di erede o legato.

<sup>283</sup> S. Bartoli, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario*, in *T&AF*, 2004, 58.

<sup>284</sup> Per quanto possa rilevare, si evidenzia che sono trattati come tali anche dalla normativa fiscale.

<sup>285</sup> La tesi qui sostenuta è condivisa anche da C. Romano, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Notariato*, 2014, 610.

successione *mortis causa* di questo soggetto<sup>286</sup>.

Tali caratteri, se certamente costituiscono delle peculiarità degli istituti, non sembrano però riuscire a delineare una reale differenza nella natura dell'attribuzione che viene fatta dal testatore al *trustee*, nel senso di ammettere la costituzione di una terza categoria successoria. Infatti, il *trustee* è necessariamente titolare dei beni in *trust* - e quindi è necessario che questi vengano a lui effettivamente trasferiti - non sembra che si possa ipotizzare un *trustee* che non sia erede o legatario.

Pertanto, pur senza ignorare le differenze che esistono tra gli istituti, sembra maggiormente condivisibile la posizione di quella dottrina<sup>287</sup> che ritiene che l'assegnazione dei beni destinati avvenga per mezzo di istituzione di eredità o di legato, e che quindi il *trustee* sia erede o legatario.

Una volta ammessa la possibilità che l'attribuzione di beni destinati sia *in astratto* configurabile come istituzione di eredità o legato, è possibile però evidenziare alcuni problemi che tale impostazione può sollevare; infatti, come già osservato<sup>288</sup>, l'erede - a differenza del legatario - è responsabile per i crediti ereditari e, pertanto, è necessario che venga mantenuta la *par condicio creditorum*. Non solo: sembra proprio una conseguenza di tale ultima considerazione che l'art. 2821 cod. civ., al secondo comma, al fine di evitare una compromissione *post mortem* della *par condicio creditorum*, vieti al testatore di costituire ipoteca per testamento<sup>289</sup>. In tal senso, si verificherebbe una lesione della *par condicio* anche qualora si istituisse erede il *trustee* rendendo dunque aggredibili tali beni solo da parte di determinati creditori: quelli del

---

<sup>286</sup> V. *infra*.

<sup>287</sup> G.F. Condò, *op. cit.*, 361; G. La Torre e R. Sarro, *Il trust chiamato all'eredità*, T&AF, 2011, 327.

<sup>288</sup> Le problematiche che tradizionalmente vengono affrontate in tema di fondo patrimoniale, sono infatti riscontrabili anche in tema di *trust* e di vincoli testamentari in generale (U. Stefani, *Destinazione patrimoniale e autonomia negoziale*, cit., 103 e ss.).

<sup>289</sup> Per tutti v. G. Capozzi, *op. cit.*, 1238.

*trust*<sup>290</sup>.

La norma che vieta l'imposizione per testamento dell'ipoteca, così come in generale la disciplina della *par condicio creditorum*, in ambito testamentario, sembrano avere natura inderogabile. Ciò è dimostrato anche dall'intera disciplina sull'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario.

Inoltre, l'attribuzione al *trustee* a titolo di eredità creerebbe anche una "categoria" *sui generis* di eredi non responsabili per i debiti ereditari.

In conclusione, alla luce della necessità di tutela delle ragioni dei creditori ereditari, pare preferibile che, ove il testatore voglia costituire un trust testamentario, attribuisca i beni oggetto della destinazione al *trustee* per tramite legato<sup>291</sup>, in quanto questo tipo di attribuzione pare essere maggiormente rispettosa delle ragioni dei creditori ereditari.

Nemmeno per quanto concerne la forma che deve rivestire il testamento istitutivo di *trust* vi è unanimità di vedute. Anche in questo caso possono individuarsi due posizioni antitetiche.

Parte della dottrina<sup>292</sup> - sulla base del parallelismo con l'atto di destinazione introdotto con l'art. 2645-ter cod. civ. - ritiene che il requisito di "atto pubblico", richiesto da quest'ultima norma, imponga necessariamente, anche nel caso di *trust* testamentario, la forma pubblica al testamento,

---

<sup>290</sup> V., anche se con riferimento al fondo patrimoniale, M. Ieva, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale "L'applicazione di tale principio alla costituzione di fondo patrimoniale mediante legato comporta che, se nel patrimonio ereditario non c'è capienza per il legato, la disposizione non esplica i suoi effetti, se viceversa vi è capienza il bene oggetto del legato assume la sua funzione di "garanzia" per i debiti contratti per i bisogni della famiglia, il che determina una situazione certa per tutti i soggetti coinvolti. Se invece si ammettesse la costituzione di fondo patrimoniale mediante *institutio ex re certa* la disposizione testamentaria dovrebbe comunque avere effetto dovendosi prescindere da qualsiasi capienza del patrimonio ereditario e si creerebbe un conflitto fra i creditori della famiglia e creditori ereditari".

<sup>291</sup> U. Stefani, *op. loc. ult. cit.*

<sup>292</sup> Come invece sostenuto da C. Romano, *op. cit.*, 194, il quale afferma che "non si possa prescindere dalla forma pubblica, necessaria a garantire la ponderata e consapevole formazione della volontà destinataria, il filtro di legalità che la norma richiede per l'opponibilità del vincolo, la corretta redazione delle clausole, la necessaria univocità della vicenda effettuale".

escludendo la possibilità di istituirlo con il testamento olografo o segreto.

Altri autori<sup>293</sup>, valorizzando invece il principio di fungibilità delle forme testamentarie, affermano che l'atto di destinazione potrà essere contenuto in qualunque tipo di testamento, a prescindere dalla forma assunta da questo, in ossequio delle peculiarità del diritto successorio.

Sembra preferibile questa seconda tesi; ossia quella che permette di istituire il trust testamentario anche attraverso il testamento olografo e segreto.

### 7.3. Il trust e le obbligazioni testamentarie.

Come abbiamo visto, il *trustee* testamentario è titolare di beni, ma è anche soggetto passivo di una o più obbligazioni. Sembra quindi utile un confronto fra il *trust* e le altre obbligazioni testamentarie, soprattutto, in relazione all'oggetto del presente lavoro col *modus*<sup>294</sup>.

Per una maggior chiarezza espositiva pare utile riepilogare brevemente le caratteristiche peculiari di questi ultimi istituti.

Il *modus* testamentario, come detto, è il peso che l'erede o il legatario subisce per volontà del disponente.

Si è già osservato che l'obbligazione testamentaria, qualora sia imposta in capo all'erede, può addirittura superare il valore dell'attribuzione patrimoniale a lui fatta. Quest'ultimo ne risponderà anche con il suo patrimonio personale: è il caso in cui l'erede, gravato dal *modus*, non abbia accettato l'eredità con beneficio di inventario<sup>295</sup>. In caso contrario, questi

---

<sup>293</sup> R. Quadri, *op. cit.*, 25; A. Merlo, *op. cit.*, 513, fermo restando la preferenza dell'Autore per la teoria negativa all'ammissibilità della destinazione nel testamento; F.G. Condò, *L'art. 2645ter del codice civile*, in *Notariato*, 2008, 112; U. Stefani, *Destinazione patrimoniale e autonomia negoziale*, *cit.*, 120.

<sup>294</sup> Nel presente paragrafo, poiché si parla di *modus* utilizzato esclusivamente come mezzo per imporre un vincolo testamentario, si farà riferimento soltanto alla disciplina dell'onere quale "solo motivo determinante".

<sup>295</sup> Qualora, invece, l'erede abbia accettato con beneficio di inventario, allora risponderà soltanto con i beni ereditati.



risponderà soltanto con l'asse ereditario, che forma, quindi, come già rilevato, un patrimonio separato.

Qualora, invece, l'obbligato sia il legatario, questi risponderà soltanto entro i limiti di valore di quanto a lui attribuito dal testatore ex art. 671 cod. civ.<sup>296</sup>. In questo secondo caso, non si crea alcuna separazione patrimoniale e, pertanto, il creditore dell'obbligazione testamentaria dovrà concorrere con i creditori personali dell'obbligato.

Con particolare riguardo al *modus*<sup>297</sup>, poi, si rammenta che, ai sensi dell'art. 648, secondo comma, cod. civ., l'inadempimento dell'obbligazione - anche incolpevole - porta alla risoluzione della disposizione testamentaria, con sostituzione dal lato passivo dell'obbligazione ex artt. 676 e 677 cod. civ.

Le caratteristiche di tale rimedio sono però connesse alla natura risolutiva della fattispecie: da un lato, la risoluzione necessita di una pronuncia costitutiva; dall'altro, la risoluzione opera sì retroattivamente, ma sono salvi i diritti acquistati *medio tempore* dai terzi<sup>298</sup>.

Una volta effettuato tale riepilogo, possiamo procedere al confronto vero e proprio con il *trust* testamentario; con la precisazione però che il confronto verrà effettuato con le situazioni più simili a quest'ultimo, cioè

---

<sup>296</sup> V. *supra*, Capitolo I.

<sup>297</sup> Nel caso, invece, di legato o sub-legato obbligatorio, l'ordinamento non prevede, per l'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo da parte degli onerati, la risoluzione della disposizione testamentaria a loro favore (G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 218-219, il quale ritiene che i rimedi contro un siffatto inadempimento saranno quelli - ordinari - del risarcimento del danno e dell'esecuzione forzata in forma specifica).

<sup>298</sup> Fatti salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione ex artt. 1458, 2652 n. 1 e 2690 n. 1 cod. civ. (U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 251; C. M. Bianca, *op. cit.*, 631 e in particolare modo la nota 255). Il problema rilevato può essere ovviato, secondo parte della dottrina (G. Bonilini, *Autonomia testamentaria*, cit., 182-183; A. Candian, *op. cit.*, 144-145), sottoponendo l'obbligazione testamentaria alla condizione risolutiva dell'adempimento: se così fosse possibile, la cessazione degli effetti opererebbe di diritto e, ai sensi dell'art. 646 cod. civ., la retroattività non sarebbe di tipo meramente obbligatorio ma reale, salvo i frutti (v. per tutti G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1987, 254-255 e, con specifico riferimento al raffronto fra condizione risolutiva avveratasi e *modus* inadempito idoneo a risolvere l'attribuzione liberale, G. Capozzi, *op. cit.*, 481): cioè idonea a pregiudicare i diritti acquisiti dai terzi.

quelle in cui l'obbligazione testamentaria assorbe quantomeno per intero l'attribuzione patrimoniale fatta all'erede o al legatario<sup>299</sup>.

Sia nelle obbligazioni testamentarie, sia nel *trust* si ha la seguente situazione:

- il testatore trasferisce *mortis causa* uno o più diritti ad un altro soggetto;
- questo soggetto, in conseguenza del detto trasferimento, diventa soggetto passivo di un'obbligazione volta a beneficiare soggetti determinati o determinabili<sup>300</sup> o indeterminati (nel senso esposto nella presente trattazione<sup>301</sup>);
- l'obbligato non trae alcun vantaggio dall'attribuzione, ma viene visto soltanto quale "mezzo" per adempiere all'obbligo<sup>302</sup>.

Un'ulteriore analogia si può rinvenire nella circostanza che, nelle obbligazioni testamentarie, il beneficiario dell'obbligazione acquista dall'erede o dal legatario<sup>303</sup>, in maniera analoga a quanto accade al beneficiario del *trust*, che ha come dante causa il *trustee*.

Ancora, è possibile per il legato obbligatorio che il beneficiario dell'obbligazione possa coincidere con l'onerato. Anche nel *trust* è possibile tale coincidenza, a patto che non sia assoluta: in altre parole, il *trustee* può essere un beneficiario, ma non il solo beneficiario<sup>304</sup>. Del resto, come visto, tale opzione è quella preferibile anche nel *modus*.

---

<sup>299</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., 630-636; M. Lupoi, *Trusts e successioni mortis causa*, *Jus*, 1997, 279, 282-283 e 285; S. Bartoli, *Il Trust*, cit., 124.

<sup>300</sup> Legato obbligatorio e trust per beneficiari.

<sup>301</sup> *Modus* e trust di scopo.

<sup>302</sup> Per alcuni esempi concreti v. S. Bartoli, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario. II Parte*, in *T&AF*, 2004, 79.

<sup>303</sup> V. *supra* Capitolo I, ma anche Cass., 28 novembre 1984, n. 6194, *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Successione ereditaria*, n. 60; Cass., 26 giugno 1981, n. 576, *Rass. trib.*, 1981, II, 166.

<sup>304</sup> M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 72; S. Bartoli, *Il Trust*, cit., 89 e ss.

Una prima differenza sta nel fatto che, nelle normali obbligazioni testamentarie, la natura liberale dell'attribuzione fatta a favore dell'obbligato non viene meno per la circostanza che l'esecuzione della prestazione assorbe per intero il valore di quanto a lui trasferito<sup>305</sup>. Invece, nel *trust*, il *trustee* - per definizione - non è destinatario di alcuna liberalità<sup>306</sup>.

Nelle obbligazioni testamentarie, poi, l'imposizione dell'obbligo, in un certo senso, segue l'attribuzione patrimoniale; nel *trust*, invece, ha luogo il fenomeno inverso: l'atto istitutivo viene prima dell'atto attributivo, o al massimo deve esservi coincidenza tra gli stessi.

Per quanto riguarda l'inadempimento dell'onerato, dobbiamo operare una distinzione all'interno delle obbligazioni testamentarie: da un lato, infatti, nel legato obbligatorio, l'obbligato inadempiente potrà essere condannato all'adempimento e/o al risarcimento dei danni, ma non perderà quanto trasferitogli; dall'altro, invece, per quanto riguarda il *modus*, in caso di inadempimento dell'onerato, questi, per mezzo della risoluzione, potrà essere sostituito da un nuovo soggetto.

Ciò accade anche nel *trust*, dove il *trustee*, in caso di inadempimento, può sempre essere sostituito dal giudice. Tuttavia, mentre nel *modus* possono subentrare nell'obbligazione soltanto i soggetti indicati dal testatore o quelli indicati agli artt. 676 e 677 cod. civ.; nel *trust*, il giudice (o il soggetto indicato dall'atto istitutivo) potrà scegliere quale nuovo *trustee* qualunque soggetto, fornendo così maggior garanzia all'adempimento dell'obbligazione.

In particolare, quando l'inadempimento del *trustee* consiste nell'indebita alienazione a terzi del fondo in *trust*, o parte di esso, oltre alla sua cessazione dall'ufficio, l'ordinamento inglese consente di esperire il *following* e il *tracing*<sup>307</sup>. Nel nostro ordinamento, come detto, non può essere importata tale

---

<sup>305</sup> V. *supra* Capitolo I.

<sup>306</sup> M. Lupoi, *op. loc. ult. cit.*

<sup>307</sup> V. *supra*.

tecnica processuale; per cui, stante il secondo paragrafo lett. d) dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja<sup>308</sup>, si ritengono esperibili l'azione revocatoria e/o l'annullamento del contratto per conflitto di interessi<sup>309</sup>.

Inoltre, nel *trust*, il fondo è escluso dalla successione personale del *trustee*<sup>310</sup>, in quanto deve passare al nuovo titolare dell'ufficio. Di conseguenza, nel nostro ordinamento, in seguito alla morte del *trustee*, il subentro del nuovo soggetto nella titolarità dei beni può avvenire soltanto attraverso un doppio trasferimento prima agli eredi del *trustee* defunto, i quali saranno obbligati<sup>311</sup> a trasferire al nuovo *trustee*<sup>312</sup>. Tale impostazione, a ben vedere, oltre ad essere quella più in linea con i nostri principi di diritto successorio, sembra anche essere quella più simile a quanto di fatto accade nel diritto inglese dove, in caso di morte del *trustee*, nell'ambito del *probate*, il fondo passa necessariamente ad un soggetto terzo per poi essere trasferito al nuovo *trustee*<sup>313</sup>.

Venendo a trattare il tema dell'impossibilità (o illiceità) originaria della prestazione, si è visto che nel *modus* ciò comporta la nullità tanto dell'obbligazione modale quanto della relativa attribuzione. L'impossibilità (o l'illiceità) sopravvenuta, invece, può determinare a seconda dei casi o la risoluzione oppure la caducazione della disposizione<sup>314</sup>.

---

<sup>308</sup> Il quale mostra l'esigenza di garantire, in tali casi, una tutela reipersecutoria.

<sup>309</sup> S. Bartoli, *Il Trust*, cit., 564.

<sup>310</sup> Art. 2 lett. c) e art. 11 della Convenzione dell'Aja.

<sup>311</sup> Infatti, gli eredi del *trustee* deceduto sono esclusi dal godimento dei beni in *trust*, in forza dell'art. 11, o 2 lettera c) della Convenzione dell'Aja.

<sup>312</sup> A tale problema si può ovviare, per quanto riguarda i beni immobili, qualora si propenda per l'impostazione secondo cui questi possano essere intestati direttamente al *trust* (v. O. Moschetti, *Le formalità a favore del trustee*, in *T&AF*, 2014, 487 e ss.).

<sup>313</sup> A. Underhill e D.J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, cit., 740-741.

<sup>314</sup> Si avrà la risoluzione quando l'impossibilità è relativa e quindi l'obbligazione può essere ancora adempiuta dal nuovo onerato, negli altri casi si avrà la caducazione (v. *supra*, Capitolo II).

L'impossibilità o illiceità della prestazione cui è tenuto il *trustee* determina la nullità del *trust* quando questa è originaria; quando invece è sopravvenuta, implica la caducazione *ex post* dello stesso. In entrambi i casi, sorgerà un *resulting trust*<sup>315</sup> a carico del *trustee*, il quale dovrà trasferire il fondo agli eredi del disponente o al diverso soggetto da costui indicato nel testamento.

Quando l'onerato del *modus* è l'erede, questi risponde con tutto il suo patrimonio, a meno che non abbia accettato con beneficio di inventario, nel qual caso risponderà soltanto entro i limiti di valore di quanto ha ricevuto e, secondo la tesi preferibile<sup>316</sup>, soltanto con i beni dell'asse. L'onerato legatario, invece, non risponde mai oltre il valore di quanto legato, ma, entro tale valore, non gode di alcun beneficio di preventiva escussione fra i suoi beni personali e quanto legato.

Il *trustee*, al pari dell'erede beneficiato, risponde nei confronti dei beneficiari soltanto con i beni del fondo in *trust*. La situazione è invece differente, almeno per il diritto inglese, per quanto riguarda la responsabilità verso i terzi: in tali casi il *trustee* può sfruttare la separazione patrimoniale soltanto ove si palesi in quanto tale; negli altri casi, risponderà con tutto il suo patrimonio<sup>317</sup>.

Per tali ragioni, nell'eredità beneficiata e nel *trust*, siamo di fronte ad un soggetto titolare di un patrimonio separato che ha l'obbligo di adempiere ad una o più obbligazioni. Ma le similitudini non si fermano qui. Le eventuali spese per tale adempimento devono essere in entrambi i casi sostenute con quanto presente nel patrimonio destinato<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., 114-115; A. Underhill e D.J. Hayton, *op. cit.*, 329-330.

<sup>316</sup> V. *supra*, Capitolo II.

<sup>317</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., 283; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, 386.

<sup>318</sup> Per quanto riguarda il *trust*, questa è una caratteristica propria dell'istituto, mentre per quanto riguarda l'eredità beneficiata tale effetto è da attribuire sia all'impossibilità di rispondere dei debiti al di fuori del patrimonio, sia al disposto dell'art. 511 cod. civ.

Inoltre, per la dottrina, il cuore della disciplina del *trust* è l'obbligo del *trustee* di rendicontare ai beneficiari (o al guardiano)<sup>319</sup>; in maniera molto simile, ai sensi dell'art. 496 cod. civ., anche l'erede che ha accettato con beneficio di inventario ha l'obbligo di rendere conto "ai creditori e ai legatari"<sup>320</sup>.

Infine, si è visto che parte della dottrina<sup>321</sup> ritiene che l'impossibilità di istituire un *modus* a favore dell'onerato derivi anche dal fatto che non vi sarebbe nessuno che potrebbe agire per la coartazione dell'obbligazione. In quella sede, si era visto però che tale problema può essere risolto (anche) con la previsione di un esecutore testamentario con il mero compito di vigilare sull'adempimento del *modus*. In maniera analoga, nel diritto dei *trust*, è stato affermato che debba sempre esservi un soggetto tenuto ad assicurare l'adempimento del *trustee*<sup>322</sup>: spesso sono i beneficiari, ma tale compito può spettare anche al guardiano<sup>323</sup>; quest'ultima ipotesi è quella legislativamente prevista per i *trust* di scopo<sup>324</sup>, i quali, al pari del *modus*, hanno beneficiari indefiniti.

Nonostante le affinità (esaminate sinora), vi sono ovviamente delle differenze.

In primo luogo, basti pensare che il *trustee* può compiere (normalmente) senza alcuna autorizzazione tutti gli atti rientranti nei poteri conferitigli dalla legge e/o dall'atto istitutivo, siano questi di ordinaria o straordinaria

---

<sup>319</sup> A. Underhill e D.J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, cit., 671.

<sup>320</sup> I quali possono addirittura chiedere al giudice di fissare un termine all'onerato per rendere conto.

<sup>321</sup> M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, cit., 893.

<sup>322</sup> A. Underhill e D.J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, cit., 351-352.

<sup>323</sup> Il guardiano in tali casi avrebbe poteri parzialmente coincidenti con quelli dell'esecutore testamentario nell'ipotesi prospettata nel testo.

<sup>324</sup> V., ad esempio, il *Charities Act 2006*. E, per una visione più completa su tale fenomeno, con riferimenti anche ad altri ordinamenti, v. A.C. Di Landro, *Applicazioni dei trust in materie di pubblico interesse*, in *T&AF*, 2011, 488.

amministrazione<sup>325</sup>; mentre l'erede beneficiario può compiere atti di straordinaria amministrazione soltanto se preventivamente autorizzato dal giudice, ai sensi dell'art. 493 cod. civ., pena la perdita del beneficio di inventario.

L'onerato che è anche erede beneficiario può essere costretto dai creditori (art. 492 cod. civ.) o dal giudice (art. 647 cod. civ.) a prestare idonea garanzia; al *trustee* non è mai richiesto nulla di simile<sup>326</sup>.

Occorre poi rilevare che lo schermo garantito dalla separazione patrimoniale nel *trust* non può mai venir meno per una condotta del *trustee*; mentre il beneficio di inventario può essere perso, ad esempio, per la rinuncia a tale beneficio da parte dell'erede<sup>327</sup>; oppure quando l'erede compie atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione (art. 493 cod. civ.), per omissioni o infedeltà (in malafede) nella redazione dell'inventario (art. 494 cod. civ.), o per le altre cause di decadenza di cui all'art. 505 cod. civ.

Concludendo sul punto, si rileva che, ai sensi dell'art. 491 cod. civ., l'erede beneficiario risponde dell'amministrazione dei beni soltanto per colpa grave; ciò in quanto questi è pur sempre il vero proprietario dei beni amministrati ed è dubbio se risponda in questi termini anche nella sua qualità di onerato<sup>328</sup>. La responsabilità del *trustee* invece è sottoposta a criteri più rigorosi<sup>329</sup>, traducibili approssimativamente con il concetto di colpa.

---

<sup>325</sup> Però occorre sottolineare che, ai sensi della sect. 57 (1) del Trustee Act 1925, quando è necessario compiere atti che non rientrano nei poteri del trustee, questi deve chiedere al giudice la necessaria autorizzazione (A. Underhill e D.J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, cit., 493-494).

<sup>326</sup> Fatta salva chiaramente una espressa previsione dell'atto istitutivo.

<sup>327</sup> Ai sensi dell'art. 490, ultimo comma, n. 3 cod. civ.

<sup>328</sup> In ogni caso, ciò avrebbe rilevanza soltanto per il risarcimento danni, dato che per la risoluzione del *modus*, si è visto, non è necessaria alcuna imputabilità dell'inadempimento (v. *supra*, Capitolo II).

<sup>329</sup> S. Bartoli, *Il Trust*, cit., 232. Salvo i casi di clausole limitative della responsabilità (M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, 444-446; A. Underhill e D.J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, cit., 590 e ss.), o di approvazione, sia preventiva sia successiva dei beneficiari (P.H. Pettit, *Equity and the*

Infine, occorre ribadire che la differenza principale tra le obbligazioni testamentarie ed il *trust* è, chiaramente, che le prime hanno solo efficacia obbligatoria<sup>330</sup> e sono quindi inopponibili ai terzi; mentre il *trust* ha efficacia reale.

Tale ragione porta il *trust* ad essere ormai preferibile alle obbligazioni testamentarie e al *modus*, in particolare, anche nel nostro ordinamento.

È però necessaria una precisazione: nel *trust*, almeno per quanto riguarda l'impostazione classica di diritto inglese, l'interesse preminente è quello dei beneficiari. Tanto è vero che, una volta avvenuta la loro individuazione (se questa esaurisce ogni altro interesse economico sul fondo<sup>331</sup>), questi hanno diritto ad ottenere dal *trustee* il trasferimento del fondo secondo le loro indicazioni<sup>332</sup>, (e ciò vale anche quando i beneficiari sono da scegliere all'interno di una categoria chiusa, se questi sono concordi<sup>333</sup>): in termini civilistici, diremmo che è a loro inopponibile il termine eventualmente indicato nel *trust*, così come le modalità di attribuzione del fondo ai beneficiari stabilite nel *trust*<sup>334</sup>.

---

*Law of Trust*, Oxford, 2012, 491 e ss.), oppure di autorizzazione o ratifica giudiziale ai sensi della *section 61* del *Trustee Act 1925*.

<sup>330</sup> Ciò anche qualora il testatore abbia imposto all'onere di adempiere al *modus* o al legato obbligatorio, impiegando i beni oggetto della disposizione testamentaria: stante la non configurabilità di quest'ultima - neppure in questo caso - quale fonte della venuta ad esistenza di un patrimonio separato, infatti, l'eventuale impiego di tali beni per altre finalità produrrà le normali conseguenze proprie di un qualsiasi inadempimento.

<sup>331</sup> La regola si applica anche a ciascun singolo beneficiario, le cui spettanze siano precisamente determinate e non soggette ad alcuna modificazione.

<sup>332</sup> *Saunders v. Vautier* (1841), 4 Beav 115, 49 ER 282.

<sup>333</sup> *Miskelly v. Arnheim* (2008), 11 ITEL 381.

<sup>334</sup> Un esempio può aiutare: Tizio istituisce un *trust* per Caio, ai sensi del quale il fondo in *trust* dovrà essere trasferito a quest'ultimo tra dieci anni. In tal caso, Caio ha diritto ad ottenere il trasferimento già dalla costituzione del *trust*, indipendentemente dal trascorrere del termine indicato dal disponente.

Ancora: Tizio istituisce un *trust* conferendovi 90.000,00 Euro da trasferire al più meritevole tra i suoi tre figli. I tre figli, se concordi, ossono, ad esempio, ottenere che il *trustee* trasferisca loro 30.000,00 Euro ciascuno.



Tale regola, detta di *Saunders v. Vautier*, è poi ripresa in molti ordinamenti del “modello internazionale”<sup>335</sup>, i quali hanno ritenuto di condividere il concetto di *trust* quale mezzo per arricchire i beneficiari<sup>336</sup>: *a gift upon time*. Ovviamente, però, al testatore italiano è data la possibilità di scegliere la legge sul *trust* di uno di quei paesi dove questa regola non è stata importata<sup>337</sup>.

Nelle obbligazioni testamentarie, invece, è sempre preminente l’interesse del disponente.

#### 8. Vincolo testamentario ex art. 2645-ter cod. civ.

Agli inizi del XXI secolo le esigenze avvertite nella prassi di creare patrimoni destinati e vincoli di destinazione, unitamente all’ormai frequente utilizzo del *trust* anche nel nostro ordinamento<sup>338</sup>, hanno portato il legislatore ad inserire nel codice l’art. 2645-ter, in tema di vincoli di destinazione.

Anche in questo caso, vista la natura dibattuta della norma, è utile premettere alla trattazione del vincolo di destinazione testamentario qualche breve cenno alla disciplina generale dell’istituto.

---

<sup>335</sup> Quando ad esso spetta però una quota definite, deve essere il giudice ad ordinare la vendita o a stabilire l’entità del trasferimento, in modo da non pregiudicare il proseguimento del *trust* per gli altri beneficiari (*Lloyds Bank plc v. Duker* [1987] 1 WLR 1324).

<sup>336</sup> *Trusts (Jersey) Law 1984*, art. 43(3); Malta, *Trusts and Trustees Act*, cap. 331, art. 17.3. V. anche Hong Kong, *Trustee Ordinance (as amended, 2013)*, sect. 40 A. V. in dottrina, P. Matthews, *The Comparative Importance of the Rule in Saunders v Vautier*, 122 LQR 266 (2006).

<sup>337</sup> La regola non è stata importata ad esempio negli USA per espressa previsione della sentenza *Clafin v. Clafin* 20 N.E. 454 (Mass. 1889); Cook Islands, *International Trusts Act 1984*, sect. 10(1); British Virgin Islands, *Special Trusts Act 2003*, sect. 12 (solo per i c.d. VISTA trust); Bahamas, *Trustee Act 1998*, sect. 87(1); San Marino, L. 1 marzo 2010, n. 42, art. 50.3. Discorso a parte deve essere fatto per il Canada, dove è stata abrogata legislativamente soltanto in alcune province: Alberta e Manitoba; è stata poi dichiarata inapplicabile ai trust di fondi pensione (*Buschau v. Rogers Communication* [2006] SCC 28).

<sup>338</sup> V *supra*.

### 8.1. Cenni sulla disciplina dell'art. 2645-ter cod. civ.

L'ormai noto art. 2645-ter stabilisce che, attraverso atti in forma pubblica, beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri possono essere destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi del secondo comma dell'articolo 1322 cod. civ., per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria.

La norma – in linea con quella che è la sua *ratio* – non tipizza un nuovo tipo di contratto<sup>339</sup>, ma ha inteso concedere ai privati la possibilità di produrre gli effetti della separazione e della destinazione patrimoniale, senza dover ricorrere all'istituzione di una fondazione: è l'autonomia privata che può in tal modo plasmare l'istituto in relazione alle varie esigenze concrete.

L'art. 2645-ter c.c. introduce, in maniera definitiva, nel nostro ordinamento, il concetto di "proprietà funzionalizzata"<sup>340</sup>. La norma però fornisce una soluzione confusa che, oltre a non risolvere le problematiche relative alla destinazione patrimoniale, ne crea di nuove<sup>341</sup>.

Le problematiche relative alla c.d. tecnica legislativa sono riferite a:

---

<sup>339</sup> Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Giust. Civ.*, 2006, 186.

<sup>340</sup> U. Stefani, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2010, 33. Tuttavia, proprio in relazione all'importanza del concetto introdotto, ci si sarebbe aspettati una riforma strutturale, che prendesse in considerazione tutti gli aspetti del fenomeno, e che dettasse una disciplina strutturata del vincolo di destinazione patrimoniale. Tanto è vero che si è addirittura affermato che l'art. 2645-ter costituisce "un esempio lampante del progressivo decadimento della tecnica legislativa, ed in particolare della tecnica di novellazione del codice civile, che sembra davvero, con quest'ultimo intervento, aver raggiunto il limite più basso" (G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 161). Forse sarebbe stato più auspicabile che il legislatore procedesse come avvenuto in Francia, dove la disciplina della *fiducie* è stata introdotta creando un titolo *ad hoc* nel *Code civil*: il XVI-bis rubricato, appunto, "*De la fiducie*" (A. Neri, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *T&AF*, 2006, 69 e ss.).

<sup>341</sup> G. Vettori, *Atti di destinazione e trust*, in *Atti di destinazione e trust (2645ter del codice civile)*, Padova, 2008, 5.

- la laconicità con cui il legislatore ha introdotto questo istituto<sup>342</sup>; e
- la collocazione della norma all'interno del codice<sup>343</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria l'art. 2645-ter non introduce una fattispecie ben delineata, ma prevede un effetto, la destinazione patrimoniale, che può essere posto in essere e trascritto nel nostro ordinamento<sup>344</sup>. Infatti, malgrado la rubrica, l'articolo non si sofferma molto sulla disciplina degli atti di destinazione, ma si limita a definirne gli effetti e sancirne la trascrivibilità<sup>345</sup>.

Premesso ciò, passiamo ad analizzare gli aspetti salienti della disciplina dell'atto di destinazione.

La prima questione da affrontare è quella relativa alla causa.

Il legislatore, nel positivizzare la proprietà funzionalizzata, non ha individuato una specifica causa, ma si è limitato a prevederne gli effetti. In tal senso, ha lasciato all'autonomia privata il compito di individuare la causa del

---

<sup>342</sup> Dalla quale derivano ulteriori criticità inerenti alla struttura dell'atto, all'individuazione degli "interessi meritevoli di tutela" e agli effetti della destinazione. Tuttavia occorre anche considerare che c'è chi pensa, da un lato, che "le imprecisioni linguistiche si correggono con l'interpretazione come pure con l'interpretazione si colmano le lacune" (R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 946 e ss.) e, dall'altro, che il legislatore abbia scientemente utilizzato un atteggiamento di *self restraint*, proprio perché la norma ha tipizzato una nuova fattispecie effettuale, e con un contenuto minimale permette all'autonomia delle parti di esprimersi al meglio (U. Stefini, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, cit., 5).

<sup>343</sup> U. Stefini, *op. loc. ult cit.*

<sup>344</sup> M. Indolfi, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2013, 141 e ss.; M. Ceolin, *Il punto sull'art. 2645ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, 358; U. Stefini, *op. loc. ult. cit.*; A.C. Di Landro, *L'art. 2645ter c.c. e il trust. Spunti per la comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, 586; C.M. Bianca, *op. cit.*, 29; R. Di Raimo, *op. cit.*, 948; G. Vettori, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 778; S. Bartoli, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 6.

<sup>345</sup> M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 470.

negozio destinatorio posto in concreto in essere, purché idonea a giustificare il negozio secondo i canoni generali<sup>346</sup>.

In forza di ciò, a seguito all'introduzione dell'art. 2645-ter cod. civ., non sono più condivisibile quelle teorie che, nel tentativo di introdurre la proprietà funzionalizzata nel nostro ordinamento, parlavano di causa destinatoria<sup>347</sup>.

A sostegno di ciò, può ora richiamarsi sia la collocazione della norma nell'ambito delle trascrizioni, ambito che fa presumere che non si tratti di un negozio di per sé completo, ma che più che altro si siano voluti disciplinare (o meglio, rendere definitivamente possibili nel nostro ordinamento) determinati effetti; sia la formulazione stessa utilizzata dal legislatore<sup>348</sup>.

Di per sé, pertanto, la destinazione non sembra essere sufficiente a giustificare la costituzione di un vincolo *ex art. 2645-ter* cod. civ., in quanto è richiesto un *quid pluris*, costituito appunto dalla causa vera e propria<sup>349</sup>. Ciò conduce a ritenere che il vincolo di destinazione costituisca un mero "schema

---

<sup>346</sup> La destinazione non costituisce la causa del negozio né viene in essa inserita, ma diventa "indice di circolazione" che deve trovare esplicitazione in un contratto valido e dotato degli elementi richiesti dall'art. 2645-ter cod. civ. (U. Stefini, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2008, 17).

<sup>347</sup> Che veniva individuata come un *tertium genus* accanto a quella traslativa e donativa: U. La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 81 e ss. Peraltro, ora, lo stesso Autore ha mutato posizione, affermando che il destinare allo scopo esprime, in sé, un effetto giuridico insufficiente alla identificazione di un negozio causale, come il trasferire.

<sup>348</sup> Laddove si legge "realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma" (U. Stefini, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 55).

<sup>349</sup> Non sembra mutare tale conclusione nemmeno quella tesi che ritiene che l'elemento della destinazione non attiene solo agli effetti dell'atto, ma anche direttamente alla causa dello stesso: "come non pare che esista un "negozio" di destinazione ma che esistano più "negozi" di destinazione, parimenti non pare che esista una "causa" di destinazione ma che esistano più "cause" di destinazione" (R. Quadri, *L'art. 2645ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 1725). Ad ogni modo, anche qualora si volesse parlare di un negozio a cause plurime, non potrà negarsi che la causa destinataria abbisognerebbe dell'appoggio di una ulteriore e autonoma causa che giustifichi il negozio posto in essere dall'autonomia privata.

effettuale astratto”<sup>350</sup>, che può essere riempito liberamente dai privati, nei limiti imposti dalla norma stessa.

Sempre in relazione alla causa, un'altra problematica è quella connessa alla natura degli interessi perseguibili con il negozio di destinazione.

Il problema di quali (e quanto ampi) possano essere gli interessi perseguiti, sorge soprattutto dal fatto che tale negozio crea un patrimonio separato in capo al disponente e lo rende non aggredibile dai suoi creditori: l'istituto può quindi prestarsi facilmente ad abusi. Ciò premesso, le tesi individuabili in dottrina sono essenzialmente due.

Parte della dottrina<sup>351</sup>, seguita da qualche pronuncia di merito<sup>352</sup>, propende per una lettura restrittiva dell'articolo, affermando che gli interessi meritevoli di tutela ai fini della separazione patrimoniale destinata siano solo quelli di pubblica utilità, come - ad esempio - quelli a tutela della famiglia e dei disabili. Solo tali interessi, infatti, sarebbero di rango superiore rispetto a quelli dei creditori e, pertanto, solo tali interessi potrebbero essere meritevoli di tutela nel senso indicato dal legislatore nell'art. 2645-ter cod. civ.

In critica, si è evidenziata l'eccessiva vaghezza e l'assenza di precisi punti di riferimento nell'individuazione degli interessi effettivamente meritevoli<sup>353</sup>: infatti, esauriti quelli tipizzati dal legislatore, chi sostiene tale lettura restrittiva non riesce a individuare dei criteri guida idonei, neppure

---

<sup>350</sup> G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 175.

<sup>351</sup> M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato e C. Priore, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, 19 e ss.; M. Nuzzo, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 68-69; R. Quadri, *Attribuzione in funzione di destinazione*, cit., 324; M. Ceolin, *op. cit.*, 375; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 169.

<sup>352</sup> Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Fallimento*, 2011, 1461.

<sup>353</sup> F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 171; A. Zoppini *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 100.

recuperando gli indici già presenti in tema di fondo patrimoniale o di fondazione, o quelli delineati dal d.lgs. 24 marzo 2006, n.155<sup>354</sup>.

Stessa cosa può dirsi qualora si prenda a riferimento il soggetto beneficiario<sup>355</sup>. Senza considerare che la validità di un negozio non può essere valutata basandosi su un soggetto che non è parte dello stesso<sup>356</sup>.

Inoltre, la limitazione che sarebbe “imposta” dalla valutazione comparativa degli interessi non riesce a esplicitarsi in concrete linee operative<sup>357</sup>.

Sembra dunque preferibile quella tesi che ritiene che gli interessi meritevoli di tutela non siano necessariamente quelli di pubblica utilità, poiché ciò restringerebbe eccessivamente - e senza alcuna indicazione da parte del legislatore - il campo di applicazione della norma. Ma neppure in questo caso le posizioni sono coincidenti.

Alcuni Autori<sup>358</sup>, infatti, sostengono che sia comunque necessario limitare gli interessi che possono giustificare l'atto di destinazione: ammettere ogni genere di causa rischierebbe infatti di svalutare eccessivamente la lettera della legge, che parla di “meritevolezza”. In tal senso, oltre ad escludere l'ammissibilità di interessi illeciti o futili, si ritiene comunque necessaria una comparazione degli interessi del disponente e dei creditori: il punto di

---

<sup>354</sup> Ovvero: *i*) assistenza sociale; *ii*) assistenza sanitaria; *iii*) assistenza socio-sanitaria; *iv*) educazione, istruzione e formazione; *v*) tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; *vi*) valorizzazione del patrimonio culturale; *vii*) turismo sociale; *viii*) formazione universitaria e post-universitaria; *ix*) ricerca ed erogazione di servizi culturali; *x*) formazione extra-scolastica.

<sup>355</sup> Il legislatore infatti indica soltanto le “persone con disabilità” e le “pubbliche amministrazioni”.

<sup>356</sup> U. La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., 99.

<sup>357</sup> Peraltro, si è osservato che la necessità di una comparazione di interessi addosserebbe in capo al notaio prima, ed al giudice poi, una gravosa responsabilità valutativa, il cui esito rischierebbe di diventare eccessivamente aleatorio.

<sup>358</sup> S. Bartoli, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., 18; U. La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, 1087-1092.

riferimento, però, non è più la sola pubblica utilità degli interessi perseguiti dal negozio di destinazione, bensì una valutazione globale, volta a verificare che il sacrificio imposto ai creditori sia giustificato da un concreto interesse del disponente<sup>359</sup>.

Altri<sup>360</sup>, invece, facendo leva sulla natura della norma, vista quale schema effettuale astratto, prediligono una lettura più estensiva. La stessa genericità del dettato normativo, del resto, fa ritenere che proprio questa fosse l'intenzione del legislatore: quest'ultimo nel momento in cui ha deciso di positivizzare il negozio di destinazione ha già compiuto a monte quella comparazione tra gli interessi del disponente e gli interessi dei creditori, che le altre posizioni dottrinali – seppure con parametri differenti – ritengono debba effettuarsi ogni volta in concreto<sup>361</sup>.

Accogliendo quest'ultima lettura estensiva, sembra quindi più opportuno parlare di atti di destinazione, sottolineando così le molteplici forme negoziali che può assumere l'atto destinatorio: da un lato lo schema delineato dal legislatore può essere utilizzato in diversi tipi di atti; dall'altro può avere diverse cause, da quella di scambio a quella di liberalità.

A questo punto è utile soffermarsi sull'oggetto del vincolo e sulla relativa disciplina.

L'art. 2645-ter dispone espressamente che l'oggetto del vincolo di destinazione sono “beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri”.

---

<sup>359</sup> Valutazione effettuata prima dal notaio rogante e poi – eventualmente – dal giudice.

<sup>360</sup> G. Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645ter*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 178; U. Stefani, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 63; A. Falzea, *Riflessioni preliminari*, in *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, 7; G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 175.

<sup>361</sup> Non può ritenersi che ciò faccia passare in secondo piano l'elemento causale del negozio: è infatti sempre necessario che il notaio valuti l'esistenza di una causa nel negozio posto in essere dalle parti, ma tale verifica, di fatto, non si differenzia da quella che viene effettuata per tutti gli altri negozi atipici presenti nel nostro ordinamento (U. Stefani, *op. loc. ult. cit.*).

La limitazione imposta dal legislatore si giustifica in relazione alla necessaria pubblicità che deve essere data al vincolo nel nostro ordinamento ai fini dell'opponibilità ai terzi (e quindi di fatto alla sua stessa operatività). Cosa che emerge con evidenza anche dalla collocazione codicistica della norma nell'ambito della trascrizione: non sembrano esservi possibilità di imporre destinazioni patrimoniali a beni non iscritti in pubblici registri<sup>362</sup>.

Nonostante il dettato della disposizione, parte della dottrina<sup>363</sup> ammette che oggetto del vincolo possano essere anche beni mobili non iscritti in pubblici registri, ritenendo che l'opponibilità del vincolo possa prescindere dalla trascrizione<sup>364</sup>.

Altri autori<sup>365</sup>, invece, con una posizione più condivisibile, affermano che possano essere oggetto del negozio di destinazione non tutti i beni mobili, ma solo quelli che, pur non potendo essere qualificati come iscritti nei pubblici registri, garantiscono comunque un regime pubblicitario idoneo a portare il vincolo a conoscenza dei terzi<sup>366</sup>: ad esempio, per quanto accade con i titoli di credito, i conti correnti, le partecipazioni sociali e comunque per

---

<sup>362</sup> O quantomeno saranno inopponibili ai terzi: v. A. De Donato, *L'interpretazione del 2645ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, in *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, Milano, 2013, 83 e ss.; S. Bartoli, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., 14.

<sup>363</sup> R. Quadri, *L'art. 2645ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1725; G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 170; A. Falzea, *Riflessioni preliminari*, cit., 7.

<sup>364</sup> A sostegno di ciò si è richiamato l'istituto del fondo patrimoniale, per il quale si è optato per una lettura estensiva della norma, ritenendo applicabile l'istituto anche per la segregazione di quote sociali delle s.r.l.

<sup>365</sup> M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato e C. Priore, *op. cit.*, 34; U. Stefani, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 115-116.

<sup>366</sup> G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 171, che afferma che "la disciplina sostanziale del vincolo di destinazione contenuta nell'art. 2645 ter c.c. (e quindi, sul presupposto della destinazione ad un interesse meritevole di tutela, l'opponibilità del vincolo ai terzi ed ai creditori in particolare) deve ritenersi applicabile, in via estensiva o analogica, anche ai beni mobili non registrati, a condizione che del vincolo medesimo sia possibile effettuare idonea pubblicità, in conformità alla legge di circolazione del singolo bene mobile che ne forma oggetto".



tutti i beni mobili (brevetti, marchi, etc.) per i quali sono possibili forme pubblicitarie idonee a garantire tutela ai terzi.

In tal modo, si può estendere l'operatività dell'istituto oltre il dato letterale dell'art. 2645-ter cod. civ., senza stravolgere il sistema pubblicitario vigente<sup>367</sup>.

Strettamente connesso al tema dell'oggetto è quello della durata del vincolo destinatorio. L'art. 2645-ter cod. civ. stabilisce espressamente che la durata della destinazione patrimoniale non può essere superiore a novant'anni o comunque alla vita della persona (fisica) beneficiaria<sup>368</sup>.

Del resto, l'introduzione di un tale vincolo temporale è stata necessaria al fine di evitare il rischio di limitare il contenuto del diritto di proprietà per periodi eccessivamente lunghi<sup>369</sup>.

Per quanto riguarda la forma, l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter cod. civ.* deve essere costituito in forma pubblica e poi trascritto nei pubblici registri, al fine di essere reso opponibile ai terzi.

In primo luogo, bisogna domandarsi la forma richiesta dalla norma è prevista *ad substantiam* o *ad transcriptionem*.

Parte della dottrina<sup>370</sup> ritiene che la forma pubblica sia richiesta solo ai fini della trascrizione: in mancanza di tale forma, l'atto resterebbe valido e sarebbe vincolante tra le parti (si tratterebbe però di mera efficacia

---

<sup>367</sup> Tale interpretazione diminuirebbe anche la distanza tra la destinazione patrimoniale e il trust, in merito alla maggiore operatività oggettiva del secondo e di altri istituti, come la fondazione (D. Muritano, *Il. c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 25).

<sup>368</sup> Ovviamente la scelta è esperibile soltanto nei casi in cui il beneficiario è una persona fisica; nel caso in cui si tratti di persona giuridica - non potendo parlarsi di "vita" - dovrà farsi esclusivo riferimento al primo termine (M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato e C. Priore, *op. cit.*, 33).

<sup>369</sup> G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 172.

<sup>370</sup> V. per tutti M.F. Giorgianni, *Brevi note in tema di negozio di destinazione e meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. not.*, 2015, 369. Si tratta della stessa dottrina che ritiene apponibile il vincolo anche ai beni mobili, in quanto distingue il piano della validità dell'atto da quello della sua opponibilità ai terzi.

obbligatoria). Una tale lettura – che si fonda sulla separazione, già criticata, tra il piano della validità dell'atto e quello della opponibilità ai terzi<sup>371</sup> – non può condividersi: oltre a non tenere conto del dato letterale (né della disposizione né della rubrica dell'articolo<sup>372</sup>) e della collocazione sistematica, pone nel nulla la funzione stessa della norma, che è appunto quella di consentire alle parti di creare un vincolo di natura reale sui beni<sup>373</sup>. Inoltre, si è rilevato che solo la forma dell'atto pubblico consente il necessario controllo notarile sulla meritevolezza degli interessi perseguiti<sup>374</sup>.

In base a tali criticità, la dottrina maggioritaria<sup>375</sup> ritiene che quella imposta dall'art. 2645-ter cod. civ. sia una pubblicità costitutiva, necessaria sia per la validità del negozio che per la produzione dei suoi effetti.

A quest'ultimo proposito (gli effetti), si rileva che, come detto, l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ. crea un vincolo reale sui beni, ma tale affermazione va precisata: in realtà, infatti, il rapporto tra beneficiario e proprietario del bene destinato è riconducibile ad un rapporto obbligatorio, che però è opponibile ai terzi. Proprio tale peculiarità ha condotto parte della

---

<sup>371</sup> Vedi *supra*.

<sup>372</sup> “Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”.

<sup>373</sup> Peraltro, vincoli meramente obbligatori potevano già essere ottenuti prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter cod. civ., in quanto nulla impediva che le parti, *ex art. 1322* cod. civ., concordassero tra di loro che un bene dovesse essere gestito con determinate modalità ovvero ad un determinato scopo.

<sup>374</sup> S. Bartoli, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., 11; R. Quadri, *L'art. 2645ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 173; U. Stefani, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 118-119.

<sup>375</sup> Peraltro, nell'ambito di tale orientamento, può ancora distinguersi tra chi ritiene che tale tipo di pubblicità valga soltanto per l'effetto di separazione patrimoniale, e non anche per la creazione del vincolo (F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 182), e chi, invece, ritiene che tali effetti siano compenetrati tra di loro e che dunque si producano entrambi attraverso la pubblicità costitutiva (P. Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta, in Negozi di destinazione: verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., 127; U. Stefani, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 123; A. Fusaro, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art.2645ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., 34).

dottrina<sup>376</sup> a parlare di onere reale, in presenza del quale al rapporto obbligatorio si affianca l'elemento dell'inerenza.

Il vincolo, pertanto, assume al contempo un duplice profilo, obbligatorio e reale.

Il primo profilo attiene al rapporto intercorrente tra proprietario del bene e beneficiario, in forza del quale sul primo grava una obbligazione in favore del secondo, avente ad oggetto l'impiego del bene al fine della realizzazione della destinazione. Tale rapporto ha caratteristiche proprie del mandato, in cui il mandatario è obbligato a seguire le indicazioni del mandante<sup>377</sup>.

All'obbligazione in capo al gestore del bene, si affianca l'aspetto reale che si sostanzia invece in un vincolo che inerisce al bene destinato e che è opponibile *erga omnes*, in forza della trascrizione<sup>378</sup>.

La particolarità della connessione tra l'aspetto obbligatorio e quello reale obbliga ad interrogarsi circa le conseguenze della eventuale *mala gestio* (ad esempio, in caso di alienazione del bene in contrasto con la destinazione).

Sul punto, si possono individuare diverse posizioni.

Parte della dottrina ha delineato un parallelismo tra la figura in esame e il fondo patrimoniale, sostenendo la nullità dell'atto posto in essere in contrasto con la destinazione. In critica a tale posizione, si è evidenziato che il rimedio della nullità appare eccessivo e non necessario in relazione al vincolo di destinazione<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> U. Stefani, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 153. Contra, S. Bartoli, *Considerazioni Generali*, in S. Bartoli, D. Muritano, C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, 51

<sup>377</sup> U. La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., 113.

<sup>378</sup> A. Di Majo, *Il vincolo di destinazione tra atto e effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 116; S. Meucci, *La destinazione tra atti e rimedi*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645ter del codice civile)*, cit., 258.

<sup>379</sup> S. Meucci, *La destinazione di beni tra atti e rimedi*, cit., 514.

Una voce isolata<sup>380</sup>, invece, ha paragonato l'art. 2645-ter cod. civ. ai patrimoni destinati, disciplinati dall'art. 2447-*quinquies* cod. civ., in tema di società per azioni, sostenendo l'inefficacia del relativo atto dispositivo contrastante con il vincolo. Partendo dal fatto che, nei patrimoni destinati, gli atti dispositivi in violazione del vincolo sono inefficaci solo se manca un'espressa menzione del vincolo stesso<sup>381</sup>, ha sostenuto l'estensibilità di una tale soluzione anche in tema di destinazione patrimoniale: se il vincolo è stato menzionato, spetterà dunque all'interessato (beneficiario o disponente) dimostrare la mala fede dell'avente causa.

Da un altro punto di vista estremo in senso opposto, altri autori<sup>382</sup>, hanno addirittura negato qualunque tutela reale al disponente e ai beneficiari: in caso di inadempimento, secondo tale tesi, l'unica tutela possibile sarebbe quella risarcitoria. Questa lettura non è condivisibile, in quanto porta non solo a svuotare di contenuto l'art. 2645-ter cod. civ., ma soprattutto a negare la funzione stessa del vincolo di destinazione.

In realtà, e senza dover ricorrere ad azzardati parallelismi con altre figure, il problema relativo alle tutele assicurate dall'ordinamento nel caso di *mala gestio* da parte del gestore può agevolmente risolversi qualificando - come sopra ricordato - l'atto di destinazione come un onere reale. Qualora il terzo abbia acquistato un bene vincolato (e sia che sia effettivamente a conoscenza del vincolo per aver controllato i registri pubblici, sia che abbia agito incautamente), il disponente e il beneficiario potranno continuare a richiedere che il bene venga ad essere gestito al fine di realizzare gli scopi posti con l'atto di destinazione<sup>383</sup>. In tal senso, si ammette che l'efficacia reale

---

<sup>380</sup> R. Quadri, *La circolazione dei beni del "patrimonio separato"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 7 e ss.

<sup>381</sup> Ciò ai sensi del quarto comma dell'art. 2447-*quinquies* cod. civ., stesso, secondo il quale "Gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo".

<sup>382</sup> F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 178.

<sup>383</sup> L. Bigliazzi-Geri, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, cit., 73.

connessa al negozio consenta all'avente causa di surrogarsi all'iniziale onerato nel compimento degli atti necessari all'adempimento dell'obbligo gestorio imposto sul bene. Inoltre, si ritiene che il beneficiario possa chiedere l'adempimento dell'obbligazione gestoria anche ad eventuali terzi, aventi causa del gestore, come se il bene destinato non fosse mai uscito dal patrimonio di quest'ultimo<sup>384</sup>. In tal modo, si riesce ad assicurare adeguata e sufficiente tutela al beneficiario, senza con ciò snaturare l'istituto e senza utilizzare rimedi eccessivamente gravosi (come la nullità).

In relazione agli effetti, un ultimo problema che si pone all'interprete è quello relativo alla natura della separazione patrimoniale: ci si è chiesti se si tratti di una separazione unilaterale, in base alla quale il restante patrimonio del gestore sarebbe aggredibile dai creditori del patrimonio destinato, o di separazione bilaterale (o perfetta), nella quale si crea una autonomia reciproca tra patrimoni. La dottrina<sup>385</sup> privilegia la prima opzione, ritenendo che la separazione valga solo per i creditori diversi da quelli del patrimonio separato: a sostegno di ciò si rileva che il legislatore, qualora avesse ritenuto diversamente, lo avrebbe esplicitato, e che una separazione perfetta non è necessaria in relazione ai fini perseguiti dal legislatore.

Veniamo infine a trattare della struttura dell'atto di destinazione: ossia se questo possa essere unilaterale o se debba necessariamente essere bilaterale.

---

<sup>384</sup> U. Stefini, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 153. Tale possibilità trova il suo fondamento nell'inerenza del vincolo al bene oggetto di destinazione, in forza del quale si è ritenuta applicabile la soluzione adottata dal legislatore in tema di garanzia ipotecaria, in cui il creditore ipotecario può aggredire il bene su cui grava la garanzia anche in capo a terzi aventi causa.

<sup>385</sup> F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 180; G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 190; M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato e C. Priore, *op. cit.*, 48; U. Stefini, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645ter c.c.*, cit., 183; R. Quadri, *op. loc. ult. cit.*; S. Meucci, *op. ult. cit.*, 433; M. Ceolin, *op. cit.*, 389; S. Bartoli, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., 27.

Il tenore letterale della norma non sembra imporre la bilateralità: infatti, il legislatore nell'art 2645-ter cod. civ. ha utilizzato la nozione generale di “atto” (che ricomprende sia il contratto sia l'atto unilaterale). Tale scelta linguistica sembra voler lasciare aperta la possibilità di creare vincoli di destinazione sia per contratto, sia per atto unilaterale.

Malgrado il dato letterale, parte della dottrina<sup>386</sup> ritiene che l'atto di destinazione debba essere necessariamente bilaterale.

Questa tesi ritiene infatti che il negozio possa spiegare i suoi effetti soltanto con il consenso del beneficiario: in tal senso, l'unilateralità dell'atto di destinazione si porrebbe in contrasto con il principio della tipicità delle promesse unilaterali di cui all'art. 1987 cod. civ. In altre parole non potrebbe imporsi unilateralmente al beneficiario una intrusione nella sua sfera giuridica: in mancanza di apposite tutele apprestate dal legislatore, sarebbe proprio la struttura bilaterale ad assicurare che tutte le parti abbiano un concreto interesse all'operazione<sup>387</sup>.

Quest'ultima impostazione però non sembra condivisibile.

In primo luogo, perché il beneficiario non rischia ingerenze nella propria sfera giuridica, in quanto lo stesso ha sempre il potere di rifiutare<sup>388</sup> quanto attribuitogli<sup>389</sup>.

Poi, più in generale, sia dottrina<sup>390</sup> che in giurisprudenza<sup>391</sup>, si registrino sempre più aperture volte a superare il principio di tipicità delle promesse

---

<sup>386</sup> F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 173.

<sup>387</sup> F. Gazzoni, *op. loc. ult. cit.*; una simile posizione è sostenuta da M. Ceolin, *op. cit.*, 362.

<sup>388</sup> Ciò in maniera analoga alla tesi qui sostenuta in tema di fondo patrimoniale (v. *supra*).

<sup>389</sup> Peraltro, la stessa dottrina favorevole alla tesi della necessaria bilateralità dell'atto di destinazione fa riferimento al rifiuto del beneficiario come possibile soluzione del problema ma rinuncia poi a priori ad adottarla, senza fornire precise motivazioni sul punto (S. Bartoli, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., 11).

<sup>390</sup> V. per tutti A. Di Majo, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, 61 e ss.

<sup>391</sup> Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, 2896 e ss.

unilaterali *ex art.* 1987 cod. civ.<sup>392</sup>: laddove si ammettessero promesse unilaterali atipiche, non potrebbe negarsi la possibilità di porre in essere anche atti di destinazione unilaterali.

Alla luce di ciò, sembra quindi più corretta la posizione di chi ritiene che la struttura dell'atto di destinazione possa essere anche unilaterale<sup>393</sup>: oltre al fatto che gli argomenti addotti in senso contrario non sembrano convincenti, la tesi che ammette gli atti di destinazione unilaterale è in maggior sintonia con la *ratio* della normativa e con il tenore letterale dell'*art.* 2645-*ter* cod. civ. Tale impostazione, poi, permetterebbe, in astratto, di istituire il vincolo per testamento<sup>394</sup>.

Quando si è parlato di *trust*, si era esclusa l'ammissibilità del c.d. *trust* domestico. Tale affermazione, però, in seguito all'inserimento nel codice dell'*art.* 2645-*ter* cod. civ., merita qualche precisazione.

La norma in questione ha inserito in via generale nel nostro ordinamento la possibilità di creare patrimoni destinati, schermandoli dai

---

<sup>392</sup> Brevemente, si rileva che tali aperture derivano dalla creazione della categoria delle promesse cc.dd. "interessate". Queste sono una peculiare categoria di promesse sorrette da una autonoma causa, che, da una parte, si distinguono dalle attribuzioni a carattere "gratuito" e, dall'altra, dalle promesse o attribuzioni a carattere oneroso, perché queste ultime realizzano una causa di scambio (A. Di Majo, *op. cit.*, 73). Proprio l'esistenza di una causa idonea, in forza dell'*art.* 1322 cod. civ. (applicabile agli atti unilaterali *ex art.* 1324 cod. civ.), rende ammissibili le promesse unilaterali atipiche, purché volte a realizzare interessi meritevoli di tutela. Le stesse, di conseguenza, non dovrebbero sottostare al principio di tipicità imposto dall'*art.* 1987 cod. civ., poiché sorrette da idonea causa: solo le promesse unilaterali astratte, ovvero non sostenute da un adeguato apparato causale, dovrebbero sottostare ai limiti dell'*art.* 1987 c.c., le altre sarebbero stipulabili liberamente, senza seguire i tipi previsti dal nostro codice civile (in giurisprudenza, Cass. 14 novembre 1994, n. 9562; L. Bozzi, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 209 e ss.; F.M. D'Ettore, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996, 23 e ss.; C. Manzini, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986, 424).

<sup>393</sup> G. Petrelli, *Trust interno, art. 2645ter c.c. e "trust italiano"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 175; U. La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., 109; U. Stefani, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, cit., 95; R. Quadri, *L'attribuzione in funzione di destinazione*, in *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, 317; A. Falzea, *Riflessioni preliminari*, cit., 5; R. Di Raimo, *op. cit.*, 966; M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato e C. Priore, *op. cit.*, 11. In giurisprudenza, la posizione è stata recentemente richiamata dalla Corte di Cassazione in Cass. 24 maggio 2015, n. 3737, in *Dir. e prat. trib.*, 2015, 688 e ss.

<sup>394</sup> V. *infra*.

creditori comuni del titolare dei beni<sup>395</sup>. In tali termini, l'art. 2645-ter cod. civ. è un istituto che può essere concorrente al *trust*. Ciò ha portato parte della dottrina a definire la norma come "un frammento di trust"<sup>396</sup>; in quanto la segregazione patrimoniale costituirebbe soltanto uno degli elementi tipici della fattispecie di diritto anglosassone<sup>397</sup>.

Secondo altra dottrina, invece, il rapporto è invertito: l'art. 2645-ter cod. civ. prevede l'ammissibilità in generale del vincolo di destinazione, mentre il *trust* ne è un'ipotesi particolare<sup>398</sup>.

Da tale concezione dell'art. 2645-ter cod. civ., parte della dottrina<sup>399</sup> ritiene che, oltre al *trust* interno, sia ora individuabile nella fattispecie in esame un *trust* c.d. amorfo<sup>400</sup>, inteso secondo la definizione di cui all'art. 2

---

<sup>395</sup> Anche se la separazione patrimoniale dell'art. 2645-ter cod. civ. è unidirezionale, mentre nel *trust* si crea una separazione perfetta.

<sup>396</sup> M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter quale frammento di trust*, cit., 467.

<sup>397</sup> M. Lupoi, op. loc. ult. cit.; A. Zoppini, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Negozi di destinazione: verso un'espressione sicura dell'autonomia privata. Atti del Convegno*, cit., 337 e ss. (il quale ritiene che "la norma non è in grado di offrire al nostro ordinamento un istituto che possa competere e anche solo confrontarsi con il *trust*"); M. Graziadei, *L'art. 2645ter del Codice Civile e il trust: prime osservazioni*, in *I trust interni e le loro clausole*, 2007, 225.

<sup>398</sup> G. Palermo, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, cit., 133 e ss.

<sup>399</sup> V. per tutti G. Petrelli, op. cit., 180, secondo il quale "L'art. 2645ter c.c. ha infatti introdotto nell'ordinamento giuridico italiano – con norma di carattere generale – un vincolo reale di destinazione che, come già visto in dettaglio, presenta sicuramente gli elementi essenziali minimi del *trust*: la destinazione patrimoniale nell'interesse di beneficiari, la separazione patrimoniale, l'obbligo di gestire i beni destinati al fine esclusivo di destinazione. Conseguentemente, l'Italia si inserisce a pieno titolo nel novero degli Stati che conoscono l'istituto del *trust*, ed è alternativamente ipotizzabile sia la costituzione di un *trust* italiano" – regolato dall'art. 2645ter c.c. e dalle norme del codice civile italiano sull'amministrazione dei beni altrui – sia la costituzione di un *trust* interno, i cui elementi importanti siano tutti collegati all'Italia, ma regolato per scelta del disponente da una legge straniera", aggiungendo inoltre che "È soltanto per un fenomeno di inerzia interpretativa che i giudici continuano ad utilizzare argomentazioni elaborate nel vigore della disciplina previgente, come il possibile attentato al principio della responsabilità patrimoniale, o addirittura l'inammissibilità della c.d. *dual ownership* nell'ordinamento giuridico italiano"

<sup>400</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., 21 e ss.



della Convenzione dell'Aja; ossia un rapporto giuridico nel quale si vincolano beni nell'interesse di un beneficiario per un fine specifico<sup>401</sup>.

In tali termini, il vincolo ex art. 2645-ter cod. civ. costituirebbe un'ipotesi di c.d. *trust* domestico.

### 8.2. La dibattuta imposizione del vincolo per testamento.

Venendo finalmente a trattare della costituzione per testamento di un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter, occorre premettere che tale possibilità risulta oggi dubbia nel nostro ordinamento.

Infatti, parte della dottrina<sup>402</sup> e la – poca – giurisprudenza<sup>403</sup> di merito sostengono la tesi dell'impossibilità di costituire un vincolo di destinazione tramite testamento. Tale impostazione si basa principalmente sulla mancata indicazione, da parte del legislatore, della possibilità di creare un vincolo di destinazione a mezzo testamento; in altre parole, la mancata esplicita menzione del testamento lascerebbe intendere che il legislatore abbia voluto escludere tale negozio. Tanto è vero che, quando il legislatore ha inteso permettere l'utilizzo del negozio testamentario, lo ha espressamente previsto, come nel caso del fondo patrimoniale in cui l'art. 167 cod. civ.

---

<sup>401</sup> L'istituto poi deve presentare le seguenti caratteristiche: a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

<sup>402</sup> M. Ieva, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter del codice civile) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not.*, 2009, 1289 e ss.

<sup>403</sup> Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Fam. e dir.*, 2013, 783, secondo la quale "è inefficace il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. istituito mediante testamento pubblico. Il legislatore non indica il testamento quale titolo costitutivo della destinazione, mentre, per istituti affini quali le fondazioni ed il fondo patrimoniale, ha espressamente previsto la costituzione sia per atto pubblico che per trasferimento. L'atto di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. costituisce deroga al principio della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 cod. civ. e, dunque, non appare consentita una interpretazione estensiva, oltre i limiti tracciati dalla norma".

Inoltre, la disposizione è collocata fra le norme che disciplinano la trascrizione degli atti fra vivi e, pertanto, ciò confermerebbe che il vincolo possa essere imposto soltanto con uno di questi atti.

Ancora: in occasione dell'introduzione dell'art. 2645-ter, la legge non ha modificato l'art. 2648 cod. civ., in tema di trascrizione dell'accettazione dell'eredità e dell'acquisto del legato. In ragione di ciò, quest'ultima norma continua a fare esclusivo riferimento ai diritti di cui ai numeri 1, 2 e 4 dell'articolo 2643 cod. civ.<sup>404</sup>. Il mancato riferimento all'art. 2645-ter cod. civ., unito alla tassatività delle ipotesi di trascrizione, determinerebbe l'impossibilità di trascrivere un vincolo di destinazione costituito tramite disposizione testamentaria.

Ancora sul punto: il vincolo destinatorio *ex art. 2645-ter* costituirebbe una deroga al principio sancito dal primo comma dell'art. 2740 cod. civ. e, in quanto tale, sarebbe insuscettibile di interpretazione estensiva<sup>405</sup>.

Poi, il vincolo *ex art. 2645-ter* cod. civ. deve essere istituito per atto pubblico e quindi, in ambito successorio, soltanto il testamento pubblico sarebbe – in astratto – idoneo ad imporlo; tale differenza con le altre forme di testamento contrasta con la disciplina generale in tema di disposizioni di ultima volontà: le varie forme di testamento devono infatti avere gli stessi effetti giuridici<sup>406</sup>.

Un ulteriore profilo di inammissibilità del vincolo di destinazione testamentario è da ravvisarsi nella disciplina stessa dell'art. 2645-ter cod. civ.: infatti, la norma prevede che sono legittimati ad agire per la realizzazione dello scopo a cui i beni sono vincolati sia il conferente, sia tutti gli interessati,

---

<sup>404</sup> L'acquisto della proprietà sui beni immobili; la costituzione, il trasferimento o la modifica dell'usufrutto sui beni immobili; il diritto di superficie, quelli del concedente e dell'enfiteuta; la costituzione o modifica delle servitù o l'uso su beni immobili e il diritto di abitazione.

<sup>405</sup> Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit.; e v. sul punto, R. Calvo, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Fam. e dir.*, 2013, 787.

<sup>406</sup> G. Capozzi, *op cit.*, 794.

questi ultimi anche durante la vita del primo. Tale disposizione implicherebbe necessariamente un'immediata efficacia del vincolo che – in quanto tale – è incompatibile con l'apposizione dello stesso tramite testamento<sup>407</sup>.

La dottrina maggioritaria<sup>408</sup>, invece, ritiene che il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* possa essere imposto anche con una disposizione testamentaria. Questa opzione sembra essere preferibile per le ragioni di seguito indicate.

In primo luogo, è infatti evidente che la norma non contiene alcuna limitazione circa la natura delle fattispecie con cui si può imporre il vincolo di destinazione, ma parla genericamente di “atti”, nella quale categoria, si può certamente ascrivere il testamento<sup>409</sup>. Basti pensare all'art. 2821 cod. civ. che, in tema di ipoteca, al terzo comma, stabilisce espressamente il divieto di costituire ipoteca per testamento<sup>410</sup>.

In seconda battuta, il vincolo di destinazione contenuto in una disposizione testamentaria avrebbe effetti in tutto e per tutto analoghi a quelli che si verificano quando il vincolo è imposto con un atto fra vivi. Una limitazione dell'autonomia dei privati di costituire vincoli di destinazione

---

<sup>407</sup> S. Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645-ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, 697.

<sup>408</sup> V. per tutti C. Romano, *Vincolo testamentario di destinazione ex art 2645-ter: spunti per ulteriori riflessioni*, in *Notariato*, 2014, 68-69; A.A. Carrabba, *Testamento e destinazione patrimoniale (l'art. 2645-ter c.c. e il momento negoziale)*, in *Riv. not.*, 2014, 1124 e ss.; A. Merlo, *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter*, in *Riv. not.*, 2007, 509 e ss., il quale ritiene che quando il legislatore vuole vietare una determinata disposizione testamentaria, o un certo effetto della stessa, non si è limitato al silenzio, ma lo ha sempre indicato in modo esplicito, ad esempio come avviene nell'art. 2821 cod. civ. che vieta espressamente la costituzione dell'ipoteca per mezzo del testamento; M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato e C. Priore, *op. cit.*, 13 e ss.

<sup>409</sup> È lo stesso legislatore, all'art. 587 cod. civ., a definire il testamento come “atto” (sul punto v. L. Cariota-Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1980, 180 e ss.; M. Allara, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 171;).

<sup>410</sup> D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1956, 239-240; M. Fragali, *Ipoteca* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 757.

con l'atto che meglio si confà alle loro esigenze, almeno da questo punto di vista, non trova, quindi, alcuna giustificazione.

Le altre ipotesi di vincolo testamentario di natura reale, poi, possono essere istituite tramite testamento per espressa disposizione legislativa: l'art. 14, secondo comma, in tema di fondazione e l'art. 167 cod. civ. per quanto riguarda il fondo patrimoniale; parrebbe quindi illogico che il vincolo *ex art. 2645-ter* cod. civ. fosse l'unico a non potere essere istituito con una disposizione testamentaria<sup>411</sup>.

Occorre poi rilevare che nel nostro ordinamento, come si è visto, è possibile creare vincoli anche attraverso il *trust* e, sul tema, la legge<sup>412</sup> stabilisce espressamente che il *trust* può essere istituito anche a mezzo testamento. Il negare la possibilità di istituire per testamento il vincolo destinatorio *ex art. 2645-ter* cod. civ., porterebbe, quindi al paradosso secondo cui si potrebbe istituire un vincolo per testamento ricorrendo ad un istituto alieno<sup>413</sup>; mentre ciò sarebbe impossibile utilizzando un istituto di diritto italiano, tendenzialmente<sup>414</sup> analogo<sup>415</sup>.

Quanto alla collocazione della norma, occorre rilevare che questa si trova nel Capo I (Titolo I, Libro VI) rubricato "Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili" e non c'è, quindi, alcun riferimento ai soli atti fra vivi; tanto è vero che l'art. 2648 cod. civ. si trova nello stesso capo.

---

<sup>411</sup> A.A. Carrabba, *op. cit.*, 1125.

<sup>412</sup> Si fa riferimento all'art. 2 della Convenzione dell'Aja sui trust del 1° luglio 1985, ratificata in Italia dalla L. 16 ottobre 1989, n. 364.

<sup>413</sup> Il termine "alieno" è utilizzato da G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, 2010.

<sup>414</sup> V. M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, cit., 470, secondo il quale il vincolo *ex art. 2645-ter* ha, soltanto in alcuni casi, caratteristiche assimilabili al trust e cioè soltanto quando il vincolo impresso sui beni serve a vincolare un determinato bene ad un altrettanto determinato utilizzo, ad esempio, destinare un immobile a divenire la sede di un museo, ecc.

<sup>415</sup> L. Gatt, *Il trust italiano*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, Quaderni della Fondazione italiana del Notariato, 2013, II, 119 e ss.; G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 2006, 161-162; G. Porcelli, *Successioni e trust*, Napoli, 2005, 84.

In relazione alla circostanza secondo cui il vincolo di destinazione dovrebbe avere necessariamente operatività immediata, si può obiettare che il legislatore, nel conferire la legittimazione ad agire per la tutela del vincolo agli interessati, anche durante la vita del disponente, probabilmente ha soltanto inteso rafforzare il vincolo allargando il novero dei legittimati ad agire<sup>416</sup>, i quali possono reagire anche all'inerzia del disponente<sup>417</sup>. Infatti, la varietà degli interessi a cui può essere ispirato il vincolo giustifica tale allargamento dei legittimati anche durante la vita di questo<sup>418</sup> e tale allargamento necessitava un'esplicita previsione normativa<sup>419</sup>. È poi evidente che quando l'atto con cui si realizza il vincolo di destinazione è un testamento, la disciplina generale deve essere adattata a questa fattispecie.

Infine, il mancato richiamo della fattispecie da parte dell'art. 2648 cod. civ. è dovuto ad un difetto di coordinamento, ma – in ogni caso – ciò non può portare ad escludere la trascrivibilità dell'atto di destinazione testamentario, anche in relazione al principio di continenza: il vincolo testamentario, che limita per il proprietario le possibilità di utilizzare un determinato bene, ha, senza dubbio, portata minore rispetto al trasferimento della proprietà.

Per quanto valga, poi, si rileva che l'indicazione massima del termine di durata, ad opera del legislatore, in novant'anni, implica di fatto una prosecuzione del vincolo di destinazione rispetto alla vita del disponente.

Abbiamo poi visto, in tema di *trust*, che non pare possibile istituire un vincolo testamentario di natura reale tramite l'istituzione di erede, in quanto ciò sarebbe lesivo della *par condicio creditorum* testamentaria; nonché contrario

---

<sup>416</sup> In tal senso la disposizione obbedirebbe alla stessa *ratio* di cui all'art. 648 cod. civ. in tema di *modus* testamentario. È da notare, poi, che è lo stesso legislatore ad utilizzare in entrambe le norme il termine "interessati". Sul punto v. *amplius supra* Capitolo II.

<sup>417</sup> C. Romano, *Riflessioni sul vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 175.

<sup>418</sup> V. F. Spotti, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Le disposizioni testamentarie*, Torino, 2012, 165.

<sup>419</sup> V. Cass. 14 dicembre 1999, n. 14029, in *Riv. not.*, 2000, 1006.

alla disciplina dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. Per ovvie ragioni, tale impostazione è da condividersi anche in tema di vincolo *ex art. 2645-ter* cod. civ.

A tali problematiche, se ne aggiungono poi di proprie dell'istituto in esame. Oggetto del vincolo – si è visto – possono essere solo beni immobili o mobili registrati; ciò non pone problemi nel caso in cui i beni siano assegnati per legato, in quanto sarà il testatore stesso, nello stabilire il vincolo, a premurarsi di individuare beni che siano idonei a essere oggetto dello stesso. Qualora, invece, si optasse per la possibilità di istituire il vincolo anche tramite delazione ereditaria, si presenterebbero alcuni problemi; in quanto l'eredità o la quota potrebbe comprendere anche beni non ricompresi nelle categorie di cui all'*art. 2645-ter* cod. civ.

Per ovviare a ciò, sono state proposte soluzioni simili a quelle già riportate in tema di fondo patrimoniale: la prima sarebbe quella di individuare espressamente i beni ricompresi nella quota che sono anche oggetto del vincolo, con la conseguenza di avere in questo caso anche un'*institutio ex re certa*<sup>420</sup>. Nei casi in cui il testatore, però, non provveda a specificare i beni oggetto del vincolo, si è ipotizzato di porre il vincolo di destinazione su tutti i beni compresi nella quota dell'erede che soddisfino i requisiti di cui all'*art. 2645-ter* cod. civ.<sup>421</sup>.

Tuttavia, alla luce delle problematiche sopra espresse, sembra preferibile escludere che il vincolo possa essere imposto attraverso l'istituzione di erede.

Una volta ammessa la possibilità di costituire un vincolo di destinazione per testamento, occorre chiedersi se il requisito di "atto in forma pubblica" richiesto dall'*art. 2645-ter* cod. civ. implichi necessariamente che il testamento

---

<sup>420</sup> Questa soluzione è prospettata, anche se con riferimento al fondo patrimoniale, da M. Ieva, *op. cit.*, 76 e ss.

<sup>421</sup> È questa la soluzione proposta in tema di fondo patrimoniale da G. Gabrielli, *Patrimonio familiare*, cit., 309.

debba essere redatto in forma pubblica<sup>422</sup>, oppure se siano sufficienti le altre forme testamentarie.

Secondo una prima opinione, sarebbe necessario il testamento pubblico. In tal modo, si derogherebbe al principio di uguaglianza di effetti delle varie forme testamentarie, ma un'interpretazione differente cozzerebbe con il dato normativo; inoltre, ciò permetterebbe al notaio rogante di effettuare un controllo preventivo sulla meritevolezza degli interessi<sup>423</sup>.

Anche se la lettera dell'articolo è chiara nel richiedere la forma dell'atto pubblico, parte della dottrina<sup>424</sup> ha superato tale interpretazione, in quanto si pone in contrasto con gli elementi propri del diritto successorio; in particolare, col principio di fungibilità delle forme testamentarie<sup>425</sup>. In ragione di ciò, il vincolo di destinazione potrà essere contenuto in qualunque tipo di testamento, a prescindere dalla forma.

Occorre quindi effettuare un bilanciamento tra i principi generali in materia successoria e quanto previsto dall'art. 2645-ter cod. civ.

Per far ciò è necessario individuare quale sia la *ratio* della richiesta forma pubblica: questa, come evidenziato da quella dottrina che sostiene la necessaria forma pubblica del testamento<sup>426</sup>, sembra essere costituita dalle

---

<sup>422</sup> F. Spotti, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Le disposizioni testamentarie*, Torino, 2012, 165 e ss.; G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti segregazioni e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 221; S. Patti, *Gli atti di destinazione e il trust nel nuovo art. 2645-ter*, in *Vita not.*, 2006, 979; C. Romano, *op. cit.*, 75-76.

<sup>423</sup> M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato e C. Priore, *op. cit.*, 161 e ss.

<sup>424</sup> U. Stefani, *Destinazione patrimoniale e autonomia negoziale*, cit., 120; R. Quadri, *op. cit.*, 25; A. Merlo, *op. cit.*, 513, anche se quest'ultimo non ritiene ammissibile imporre il vincolo per via testamentaria.

<sup>425</sup> Priva di pregio sembra essere quella teoria secondo la quale sarebbe possibile istituire il vincolo *ex art. 2645-ter* anche attraverso un testamento olografo o segreto, essendo il verbale di pubblicazione di detti testamenti idoneo a integrare le caratteristiche dell'atto pubblico (G. Petrelli, *op. loc. ult. cit.*). Infatti, nel verbale di pubblicazione, il notaio non può compiere alcun giudizio sulla meritevolezza degli interessi.

<sup>426</sup> C. Romano, *op. ult. cit.*, 194; M. Bianca, M. D'Errico, A. De Donato, C. Priore, *op. cit.*, 13; F. Spotti, *op. ult. cit.*, 390.

valutazioni che debbono essere compiute dal notaio in sede di costituzione del vincolo<sup>427</sup>.

Ciò però non risulta decisivo. Infatti, nonostante il fatto che la valutazione di tali interessi è certamente rilevante in sede di atto di destinazione testamentaria, ciò non ha mai spinto a derogare al principio di fungibilità delle forme testamentarie (si prenda ad esempio quanto rilevato in tema di fondazione testamentaria e di *trust*).

In forza di ciò, sembra preferibile l'opinione secondo cui il vincolo testamentario *ex art. 2645-ter* cod. civ. possa essere istituito anche attraverso il testamento olografo o segreto.

Infine occorre rilevare che questa seconda impostazione è più in linea con la concezione, qui sostenuta e ormai prevalente, di testamento come atto con cui il testatore detta una disciplina generale per i suoi diritti e non come mero atto attributivo<sup>428</sup>.

Ovviamente, però, l'utilizzo della forma testamentaria implica il rispetto della relativa disciplina: il vincolo potrà essere apposto soltanto nel rispetto della quota legittima e quindi entro i limiti dell'art. 549 cod. civ., in maniera analoga a quanto accade nel *modus*<sup>429</sup>.

Infine è il caso di rilevare che, nell'ipotesi in cui si ritenesse impossibile costituire un vincolo di destinazione per testamento, il disponente potrebbe ovviare costituendo tale vincolo in maniera indiretta, obbligando l'erede o il legatario a imporre con atto tra vivi il vincolo desiderato. Paradossalmente, sono proprio i vincoli privi di efficacia reale come *modus* e legato obbligatorio che verrebbero in soccorso del testatore.

---

<sup>427</sup> G. Petrelli, *op. loc. ult. cit.*, ma ripresa sostanzialmente da tutti gli autori che sostengono tale ipotesi.

<sup>428</sup> Oltre a rimandare al Capitolo I, v. per tutti V. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 311.

<sup>429</sup> G. Capozzi, *op. cit.*, 796.



Tale disposizione si atteggerà a *modus* o a legato obbligatorio a seconda di chi siano i soggetti beneficiari del vincolo: se sono determinati o determinabili *ex art. 631 cod. civ.*, allora si avrà un legato; negli altri casi un onere testamentario. Resta inteso che, in quest'ultimo caso, l'esecuzione dell'obbligazione concernente l'apposizione del vincolo godrebbe anche delle tutele previste dagli artt. 647 e 648 cod. civ.

Una volta analizzati il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter cod. civ.* ed il *trust*, sembra possibile formulare una conclusione.

Si è visto come, al momento, il *trust* è l'istituto che meglio risponde alla necessità del testatore di imporre vincoli testamentari che non necessitano di una struttura tale da giustificare il ricorso alla fondazione. Si è visto altresì che, per quanto riguarda il suo ambito di applicazione, il *modus* (unico motivo determinante) offre soluzioni, per quanto non assimilabili ad un vincolo reale, molto vantaggiose quali ad esempio la sostituzione dal lato passivo dell'obbligazione in caso di risoluzione, o l'estensione della legittimazione ad agire per l'adempimento a tutti gli interessati. Si è visto infine che l'*art. 2645-ter cod. civ.* offre la possibilità di istituire un generico vincolo di natura reale che può andare anche a "sostegno" di un altro istituto.

Quindi, nei casi in cui è possibile e ciò corrisponde all'interesse del testatore, quest'ultimo può prevedere una disposizione testamentaria modale con vincolo reale *ex art. 2645-ter cod. civ.*

La fattispecie, per ovvi motivi, non è esattamente sovrapponibile al *trust*, tuttavia può "concorrere" con questo. Anzi, in alcuni casi, le soluzioni offerte dal diritto italiano potrebbero essere addirittura preferibili rispetto a quelle di *common law* (ad esempio, quelle in tema di legittimazione ad agire). Senza considerare poi che il ricorso ad un istituto di diritto interno eviterebbe tutte le complicazioni dovute all'applicazione di una normativa straniera.

Infine, è il caso di aggiungere che alla fattispecie modale sopra descritta può essere aggiunto un esecutore testamentario col compito di agire per il rispetto della volontà testamentaria. Ciò, oltre ad aumentare l'efficacia da un

punto di vista pratico della disposizione, permette di concorrere col *trust* anche sotto l'ulteriore aspetto della figura del guardiano: l'esecutore testamentario può infatti essere delineato come il guardiano dell'obbligazione testamentaria in generale e quindi del *modus* in particolare.

## BIBLIOGRAFIA

### A

- Allara, M., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957
- Achille, D., *Inadempimento dell'onere testamentario e legittimazione alla risoluzione*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 13
- Albaladejo García, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albaladejo)*, art. 797 y 798, tomo X, vol. 2, Madrid, 1984
- Allara, M., *Il testamento*, Padova, 1936
- Allara, M., *La revoca delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951
- Allara, M., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957
- Allara, M., *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, in *Foro pad.*, 1952, I
- Allorio, E., *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1954
- Amadio, G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996
- Amelotti, M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, vol. 1, Firenze, 1966
- Andreoli, G., *Contributo alla teoria della collazione nelle donazioni*, Milano, 1942
- Andreoli, M., *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. proc. civ.*, 1949
- Angeloni, F., e Forchielli, P., *Della divisione*, artt. 713 - 768, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000
- Archi, G.G., *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970
- Argiroffi, C., *Legati obbligatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1983
- Attardi, A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955
- Attardi, A., *Legittimazione ad agire (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. 10, Torino, 1993

Auletta, G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942

Auletta, T., *Il fondo patrimoniale*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, Milano, 1992

Auletta, T., *Le disposizioni a favore dell'anima*, in *Le successioni testamentarie. Artt. 624-712 cod. civ.*, C. M. Bianca (curr.), in *Giur. sist. dir. civ. e comm. Bigiavi*, Torino, 1983

Azzara, A., *Atto di destinazione ed effetto traslativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I

Azzariti, G., *Le successioni e le donazioni*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1990

Azzariti, G., *Le successioni e le donazioni*, cit., 350

Azzariti, G., *Questioni in tema di devoluzione ereditaria e di legato con onere*, in *Giur. merit.*, 1986

## B

Ballarino, T., *Le successioni nel diritto internazionale privato italiano*, *Riv. not.*, 1986

Bandiera, F.M., *Sulla validità della diseredazione*, in *Riv. giur. sarda*, 1991

Barassi, L., *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1947

Barillaro, D., *Lasciti testamentari per enti ecclesiastici da fondare*, in *Dir. eccles.*, 1953, I

Bartoli, S., *Considerazioni Generali*, in S. Bartoli, D. Muritano, C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014

Bartoli, S., *Il Trust*, Milano, 2001

Bartoli, S., *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario. I Parte*, in *T&AF*, 2004

Bartoli, S., *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario. II Parte*, in *T&AF*, 2004

Bartoli, S., *Prime riflessioni sull'art. 2645-ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006

- Bartoli, S., *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007
- Bessone, M., e D'Angelo, A., *Presupposizione (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986
- Betti, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950
- Bianca, C.M., *Diritto civile*, vol. 2, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1985
- Bianca, M., D'Errico, M., De Donato, A., e Priore, C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006
- Bigliazzi-Geri, L., *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962
- Bigliazzi-Geri, L., *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1964
- Bigliazzi-Geri, L., *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 6, Tomo II
- Bin, M., *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Milano, 1966
- Biondi, B., *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949
- Biondi, B., *Diritto romano Cristiano*, Milano, 1952, vol. 3
- Biondi, B., *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1961
- Biondi, B., *Modus e diritto romano*, in *Foro pad.*, 1954
- Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1955
- Bobbio, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960
- Bocchini, F., *Sulla donazione modale*, in *Dir. e giur.*, 1967
- Bombarda, *Assegnazione per testamento di alloggio di cooperativa con l'onere di pagare pro-quota il valore agli eredi*, in *Giust. civ.*, 1974
- Bonilini, G., *Autonomia testamentaria e legato. I così detti legati atipici*, Milano, 1990

- Bonilini, G., *Degli esecutori testamentari (Artt. 700-712)*, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 2005
- Bonilini, G., *Dei legati (Artt. 649-673)*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006
- Bonilini, G., *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995
- Bonilini, G., *Le disposizioni non patrimoniali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*, a cura di G. Bonilini, Milano, 2009
- Bonilini, G., *Le obbligazioni di fonte successoria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*, a cura di G. Bonilini, Milano, 2009
- Bonilini, G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000
- Bonilini, G., *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992
- Bozzi, L., *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II
- Breccia, U., *Le obbligazioni*, Milano, 1991
- Brox, H., e Walker, W.D., *Erbrecht*, 27<sup>a</sup> ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 2016
- Brunelli, G., e Zappulli, C., *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940
- Brunetti, A., *Legato di un contratto*, in *Foro Ven.*, 1926
- Brunetti, E., *Il testamento dello zio d'America. Il trust testamentario*, in *Foro it.*, 1998
- Bruno, G.B., *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giust. civ.*, 2000
- Brunori, E., *Appunti sulle disposizioni modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I
- Burdese, A., *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Noviss. Dig.*, vol. 6, Torino
- Burdese, A., *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, vol. 12, Torino, 1980
- Butera, A., *Il codice civile italiano commentato secondo gli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940

## C

- Caliceti, P., *Considerazioni inattuali in tema di comitati*, Milano, 1994
- Calore, A., *La rimozione del giuramento. Conditio iurisiurandi e conditio turpis nel testamento romano*, Milano, 1988
- Calu, E., *Dal probate al family trust*, Milano, 1996
- Calvo, R., *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Fam. e dir.*, 2013
- Candian, A.D., *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988
- Cannizzo, M., *Le successioni*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol. 4, Torino, 1999
- Cantelmo, V.E., *I legittimari*, Padova, 1991
- Cantoni, A.E., *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Milano, 1908
- Capaldo, G., *Atto pubblico di trust*, in *Notariato*, 1997
- Capozzi, G., *Successioni e donazioni*, 4a ed., Milano, 2015
- Caprioli, R., *Conferma ex art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*, in *Dir. e giust.*, 1976
- Caprioli, R., *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985
- Caramazza, G., *Delle successioni testamentarie, artt. 587-712*, Roma, 1973
- Cariota-Ferrara, L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933
- Cariota-Ferrara, L., *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1980
- Cariota-Ferrara, L., *Un caso di legato a carico dei legittimari*, in *Riv. dir. civ.*, 1959
- Carnelutti, F., *Il danno e il reato*, Milano, 1926

- Carnevali, U., *Collazione* (voce), in *Digesto*, vol. 2, Torino, 1988
- Carnevali, U., *Il negozio fiduciario e il mandato post-mortem*, in *Giur. comm.*, 1975
- Carnevali, U., *L'abrogazione degli artt. 600, 782 ultimo comma e 786 del codice civile*, in *I Contratti*, 2000
- Carnevali, U., *La donazione modale*, Milano, 1969
- Carnevali, U., *Modo* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. 26, Milano, 1976
- Carrabba, A.A., *Testamento e destinazione patrimoniale (l'art. 2645-ter c.c. e il momento negoziale)*, in *Riv. not.*, 2014
- Carresi, F., *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia Cian-Oppo -Trabucchi*, vol. III, Padova, 1992
- Carresi, F., *Trattamento del modus impossibile o illecito che ha costituito il solo motivo determinante della disposizione testamentaria secondo il c.c. del 1865*, in *Temi*, 1952
- Cassisa, G., *In tema di legittimazione attiva alla risoluzione per inadempimento dell'onere modale*, in *Giust. civ.*, 1969, I
- Cassoni, G., *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato*, Milano, 1974
- Cattaneo, G., *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997
- Cenni, M.L., *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, vol. III, Milano, 2002
- Ceolin, M., *Il punto sull'art. 2645ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ.*, 2011
- Chiodi, G., *L'interpretazione del testamento nei Glossatori*, Milano, 1997
- Cian, G., e Casarotto, G., *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. It.*, app. III, Torino, 1982
- Cicala, A., *Accollo* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 284
- Cicu, A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948
- Cicu, A., *La divisione ereditaria*, Milano, 1948
- Cicu, A., *La nozione di erede nel diritto italiano vigente*, ora in *Scritti minori*,



Milano, 1965

Cicu, A., *Legato e liberalità*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1965

Cicu, A., *Testamento*, Milano, 1951

Cirillo, F., *Disposizioni condizionale e modali*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994

Cisotti, F., *La disposizione di beni come elemento del concetto di testamento*, in *Rendiconti del reale istituto lombardo di scienze e lettere*, 1943-1944

Comba, M., *Impossibilità sopravvenuta del modo e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Foro it.*, 1955

Comoglio, L.P., *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987

Condò, F.G., *L'art. 2645ter del codice civile*, in *Notariato*, 2008

Condò, F.G., *Rapporto tra istituzione di un trust e normativa in materi di successione*, in *T&AF*, 2008

Condorelli, M., *Disposizioni modali dirette alla fondazione di enti e controllo sugli acquisti delle persone giuridiche*, in *Scritti per Jemolo*, vol. 1, Milano, 1963

Coppola, C., *Gratuità e liberalità della costituzione del fondo patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 1983

Corona, M., *La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, in *Riv. not.*, 1992

Corradi, G., *L'onere testamentario*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011

Corsi, F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 1984

Corso, E., *Il caso di trust testamentario e le implicazioni del diritto tavoloare*, in *T&AF*, 2000

Costantino, M., *Titolo idoneo negli acquisti "a non domino" e negozio a causa di morte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964

Costanza, M., *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie*, a cura di M. Bianca, in *Giur. sist. civ. e comm.*, 1983

Costanza, M., *La disposizione fiduciaria*, in *Le successioni testamentarie Bianca*, Torino, 1983

- Costanzo, L., *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II
- Cottino, G., *L'inadempimento del modo nel codice germanico*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel 33° anno del suo insegnamento*, I, 1915
- Coviello, N., *Corso complete di diritto delle successioni*, 2a ed., Napoli, 1915
- Coviello, N., *Delle successioni*, Napoli, 1915
- Criscuoli, G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1990
- Cuffaro, V., *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, vol. 6, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1997

## D

- D'Amelio, S., *La beneficenza nel diritto italiano*, Padova, 1909
- D'Amico, G., *La proprietà "destinata"*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- D'Avanzo, W., *Delle successioni*, Firenze, 1941
- D'Avanzo, W., *La surrogatoria*, Padova, 1949
- D'Ettore, F.M., *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996
- De Cupis, A., *Fondazione costituita con testamento e successione a causa di morte*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II
- De Cupis, A., *I diritti della personalità*, in *Tratt. Dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano 1982
- De Donato, A., *L'interpretazione del 2645ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, in *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, Milano, 2013
- De Giorgi, M.V., *Le persone giuridiche e gli enti di fatto*, in *Tratt. di dir. Priv. Rescigno*, Torino, 1999
- De Martini, A., *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I
- De Nova, G., *Il contratto alieno*, Torino, 2010

- De Paola, V., e Macrì, A., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978
- De Paola, V., *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, vol. III, Milano, 2002
- De Simone, M., *Il legato a carico del legatario (sub-legato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1956
- De Simone, M., *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946
- Degni, F., *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte, II. La successione testamentaria*, 2° ed., Padova, 1936
- Del Vecchio, B., *Contributo alla analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. not.*, 1980
- Delle Monache, S., *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano, 2007
- Di Landro, A.C., *Applicazioni dei trust in materie di pubblico interesse*, in *T&AF*, 2011
- Di Landro, A.C., *L'art. 2645ter c.c. e il trust. Spunti per la comparazione*, in *Riv. not.*, 2009
- Di Marzio, M., *Elementi accidentali*, in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza, Le successioni, III, Successioni testamentarie*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000
- Di Mauro, N., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, 3ª ed., Milano, 2011
- Di Mauro, N., *La condizione*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, a cura di Bonilini, Milano, 2009
- Di Mauro, N., *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005
- Di Raimo, R., *Considerazioni sull'art. 2645ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007
- Di Salvo, S., *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973
- Diaz Cruz, M., *Los legados*, Madrid, 1951
- Dolmetta, A., *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di*

*mantenimento*, in *Vita not.*, 2012

## E

Espinar Lafuente, F., *La herencia legal y el testamento. (Estudio doctrinal y de Derecho Positivo)*, Barcelona, 1956

## F

Fadda, C., *Il diritto romano nella pratica*, in *Il Filangieri*, 1896

Fadda, C., *Legato del diritto di continuare una locazione*, in *Il Filangieri*, 1894

Falzea, A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941

Falzea, A., *Rappresentanza e fiducia*, in F. Alcaro e R. Tommasini (curr.), *Mandato, fiducia e Trust*, Milano, 2003

Falzea, A., *Riflessioni preliminari*, in *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007

Farace, D., *Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II

Ferrara, F., *Le persone giuridiche*, Padova, 1956

Ferrara, F., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954

Ferri, G.B., *Capacità a succedere degli enti di fatto: questioni vecchie e nuove all'indomani dell'abrogazione dell'art. 17 c.c.*, in *Vita not.*, 1999

Ferri, L., *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1981

Ferri, L., *Disposizioni generali sulle successioni, artt. 456-511*, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1997

Ferri, L., *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951

Filanti, G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983

Filippon, E., *Rapporti fra il legato e il «modus»*, in *Giur. it.*, 1938

Forchielli, P., *La collazione*, Padova, 1958

Fragali, M., *Ipoteca* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972

Franceschelli, R., *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935

## G

Gabrielli, G., *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964

Gabrielli, G., *Patrimonio familiare*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1992

Gabrielli, G., *Vincoli di destinazione importanti segregazioni e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2006

Galgano, F., *Delle persone giuridiche (Disposizioni generali - delle associazioni e delle fondazioni) Art. 11-35*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2006

Galgano, F., *Diritto privato*, 17<sup>a</sup> ed., Torino, 2013

Galgano, F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1988

Gambaro, A., e Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002

Gambaro, A., *Il "trust" in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Milano, 1994

Gangi, C., *I legati nel diritto civile italiano*, vol. 1, Padova, 1933

Gangi, C., *Le obbligazioni*, Milano, 1951

Gangi, C., *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948

Gangi, C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1947

Gardani Contursi-Lisi, L., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in

- Comm. Cod. Civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 1992
- Gardani Contursi-Lisi, L., *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950
- Gardani Contursi-Lisi, L., *Presenza del motivo e volontà di donare nella donazione: brevi riflessioni*, in *Giur. it.*, 2005
- Gardani Contursi-Lisi, L., *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1955
- Garutti, M., *Il modus testamentario*, Napoli, 1990
- Gatt, L., *Il trust italiano*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, Quaderni della Fondazione italiana del Notariato, 2013, II
- Gazzara, G., *Fiducia testamentaria* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, 1968
- Gazzoni, F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001
- Gazzoni, F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974
- Gazzoni, F., *Manuale di diritto privato*, 17<sup>a</sup> ed., Napoli, 2015
- Gazzoni, F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II
- Gelato, P., *Modo* (voce), in *Dig. disc. priv.*, X, 1994
- Gerbo, F., *Prelegato e funzione del testamento*, Padova, 1996
- Ghirga, M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004
- Ghittoni, B., *Nota in tema di trust testamentario*, in *Giur. it.*, 1999
- Giampiccolo, G., *Azione revocatoria* (voce), in *Enc. dir.*, vol. 4, Milano, 1959
- Giannattasio, C., *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1978
- Gianturco, E., *Sistema di diritto civile*, Napoli, 1894
- Giordano-Mondello, A., *Il testamento per relazione: contributo alla teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966
- Giordano-Mondello, A., *Legato* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. 23, Milano, 1973
- Giorgi, G., *Le multe sepolcrali in diritto romano*, Bologna, 1910

- Giorgianni, M., *Causa del negozio giuridico (Voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. 6, Milano, 1960
- Giorgianni, M., *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957
- Giorgianni, M., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959
- Giorgianni, M., *Sugli effetti dell'obbligazione naturale*, Napoli, 1947
- Giorgianni, M.F., *Brevi note in tema di negozio di destinazione e meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. not.*, 2015
- Gozzi, B., *Impossibilità sopravvenuta del «modus» e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Giur. it.*, 1954, I
- Gradassi, F., *Onere testamentario e legittimazione all'azione di risoluzione*, in *Notariato*, 2000
- Grassetti, C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936
- Grassetti, C., *La donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941
- Grassi, S., *La fattispecie modale*, Padova, 1976
- Grasso, E., *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968
- Graziadei, M., *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995
- Graziani, A., *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. com.*, 1933, I
- Grosso, G., e Burdese, A., *Le successioni*, Torino, 1977
- Grosso, G., *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954
- Grosso, G., *I legati nel diritto romano*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1962
- Grosso, G., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965
- Grosso, G., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970
- Gschnitzer, F., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1966
- Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica-

Zatti, Milano, 1993

## I

Ieva, M., *I fenomeni d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, vol. 1, Padova, 1994

Ieva, M., *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter del codice civile) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not.*, 2009

Ieva, M., *Manuale di tecnica testamntaria*, Padova, 1996

Indolfi, M., *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2013

Irti, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967

Irti, N., *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I

## K

Kripp, T., e Coing, E., *Erbrecht*, Tübingen, 1990

## L

La Porta, U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994

La Porta, U., *Lezioni. Successioni a causa di morte*, Milano, 2016

La Torre, G., e Sarro, R., *Il trust chiamato all'eredità*, T&AF, 2011

Lanfranchi, L., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972

Lenzi, R., *In tema di adempimento come condizione: Ammissibilità, qualificazione e*



- disciplina*, in *Riv. not.*, 1986
- Levy, W., *Zum Wesen des westromischen Vulgarrechtes*, in *ACIR '33*, Pavia, 1934
- Liebman, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957
- Lipari, N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970
- Lipari, N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964
- Liserre, A., *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in *Jus*, 1979
- Liserre, A., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966
- Lops, F.P., *Il legato*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, vol. 1, 2a ed., Padova, 2010
- Lupo, M., *Il modus testamentario. I. La figura giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II
- Lupoi, M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971
- Lupoi, M., *Commento alla sentenza del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997*, in *Foro it.*, 1998
- Lupoi, M., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006
- Lupoi, M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014
- Lupoi, M., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2016
- Lupoi, M., *La giurisprudenza italiana sul trust*, Padova, 2011
- Lupoi, M., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001
- Lupoi, M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2002
- Lupoi, M., *Trust and Confidence*, (2009), LQR
- Lupoi, M., *Trusts e successioni mortis causa*, *Jus*, 1997
- Lupoi, M., *Trusts*, Milano, 2001

## M

Maggiolo, M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.; in Riv. not., 2007*

Maitland, F.W., *Equity. A course of lectures*, Cambridge, 1969

Manca, A., *Degli esecutori testamentari*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Comm. D'Amelio*, Firenze, 1941

Mandrioli, C., *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 20<sup>a</sup> ed., Torino, 2009

Mandrioli, C., *Uso ed abuso del concetto di interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956

Manzini, C., *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986

Marinelli, M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005

Marini, A., *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976

Maroi, F., *Delle successioni*, in *Comm. cod. civ. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1941

Masi, A., *I legati, artt. 649-673*, in *Comm. cod. civ. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1979

Mastroberardino, F., *Attribuzione mortis causa del diritto di prelazione. Spunti per una distinzione fra legato e modus testamentario*, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2015

Mastropaolo, F., *Accidentalità del «modus» e tipi negoziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981

Matteis, L., *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I*, Berlin, 1908

Matthews, P., *The Comparative Importance of the Rule in Saunders v Vautier*, 122 LQR 266 (2006)

Matthews, P., *The compatibility of the trust with the civil law notion of property*, in *The Worlds of the Trust*, Cambridge, 2013

Mazzarese, S., *Considerazioni su La funzione sanzionatoria nel testamento di A.D. Candian*, in *Vita not.*, 1990

- Mazzarese, T., *Antinomia (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, 1987
- Mengoni, L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale, successione necessaria*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1999
- Merlo, A., *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter*, in *Riv. not.*, 2007
- Messina, G., *I negozi fiduciari*, Milano, 1910
- Messineo, F., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1952
- Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 6, Milano, 1965
- Minoli, A., *Se la dispensa da collazione debba essere espressa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949
- Mirabelli, G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1987
- Mirabelli, G., *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955
- Miranda, A., *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Milano, 1995
- Monteleone, G., *Profili sostanziali e procedurali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975
- Moscatti, E., *Le obbligazioni naturali*, Padova, 1999
- Moscatti, E., *Obbligazioni naturali (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. 29, Milano, 1979
- Moscatti, E., *Pagamento dell'indebito. Art. 2028-2042*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981
- Moscatti, E., *Testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2015
- Moscatti, E., *Trust e tutela dei legittimari*, *Riv. dir. comm.*, 2000, I
- Moschetti, O., *Le formalità a favore del trustee*, in *T&AF*, 2014
- Muritano, D., *Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007
- Musolino, G., *Il legato modale e l'inadempimento del modus*, in *Riv. not.*, 2013
- Musolino, G., *Sublegato e legato modale: i limiti ex lege agli oneri imposti al*

*legatario*, in *Riv. not.*, IV, 2008

## N

Napoli, E.V., *Il legato di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1983

Nardoza, M., *Idee vecchie e nuove sul modus testamentario*, in *Giust. civ.*, 1994, I

Nasi, A., *Interesse ad agire* (voce), in *Enc. dir.*, vol. 12, Milano, 1972

Natoli, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Dir. civ.* Cicu-Messineo, Milano, 1962

Neri, A., *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *T&AF*, 2006

Nicolò, R., *Codice civile* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964

Nicolò, R., *Negoziato di fondazione – istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, I

Nicolò, R., *Tutela dei diritti*, art. 2900, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1957

Nicotina, G., *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005

## O

Oppo, G., *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I

Outhwaite, R.B., *The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts*, Cambridge, 2006

## P

- Paesetti, G., *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953
- Pagliantini, S., *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000
- Palazzo, A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Dir. civ.* Sacco, Torino, 2000
- Palazzo, A., *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, vol. II, 2 ed., Milano, 2000
- Palermo, G., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, *Riv. dir. comm.*, 2000.
- Pardini, S., *La nozione civilistica delle disposizioni a favore dell'anima*, in *Riv. not.*, 1992
- Patti, G., *La revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Le successioni testamentarie Bianca* (curr), Torino, 1983
- Patti, S., *Gli atti di destinazione e il trust nel nuovo art. 2645-ter*, in *Vita not.*, 2006
- Patti, S., *Tutela dei diritti*, in *Tratt. Rescigno*, II, Torino, 1985
- Perego, E., *Favor legis e testamento*, Milano, 1970
- Perego, E., *I legati*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 6, 2° ed., Torino, 1997
- Perego, E., *L'interpretazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Foro pad.*, 1970, I, 1
- Perlingieri, P., *La funzione sociale del diritto ereditario*, in *Rass. dir. civ.*, 2009
- Perlingieri, P., *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I
- Perlingieri, P., *Sulla costituzione di fondo patrimoniale su «beni futuri»*, in *Dir. fam. e pers.*, 1977
- Pernice, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III, Halle, 1873, I
- Petrelli, G., *La condizione, elemento essenziale del negozio giuridico*, Milano, 2000
- Petrelli, G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II
- Petrelli, G., *Trust interno, art. 2645ter c.c. e "trust italiano"*, in *Riv. dir. civ.*,

2016, I

Pettit, P.H., *Equity and the Law of Trust*, Oxford, 2012

Piccoli, P., *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita not.*, 1998

Piccoli, P., *Trusts, patti successori, fedecommesso*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996

Polacco, V., *Delle successioni*, Milano, 1937

Ponzanelli, G., *Abrogati gli artt. 600 e 786 c.c.*, in *Corr. Giur.*, 2000

Porcelli, G., *Successioni e trust*, Napoli, 2005

Predieri, A., *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1976

Proto Pisani, A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Allorio, Torino, 1973

Proto, M., *Il modo*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. 2, *La successione testamentaria*, Milano, 2009

Proto, M., *Inadempimento del legato modale e risoluzione*, in *Famm. pers. succ.*, 2005

Pugliatti, S., *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951

Pugliatti, S., *Dell'istituzione di erede e dei legati*, nel *Comm. D'Amelio-Barbéra*, 1941

Pugliatti, S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. scienze giur.*, 1948

Pugliatti, S., *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Annali Università di Messina*, 1929

Pugliatti, S., *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1960

Puliatti, S., «*Officium iudicis*» e certezza del diritto in età giustiniana, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del convegno. Modena, 21-22- maggio 1998*, cur. S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000

Putortì, V., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento*

e mandato, in *Obbl. e contr.*, 2012

## Q

Quadri, R., *L'art. 2645ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e Impresa*, 2006

Quadri, R., *L'attribuzione in funzione di destinazione*, in *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008

Quadri, R., *La circolazione dei beni del "patrimonio separato"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006

## R

Rescigno, P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952

Rescigno, P., *Negoziato privato di fondazione e atto amministrativo di riconsocimento*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1

Rescigno, P., *Per la nuova disciplina delle persone giuridiche private e delle fondazioni in particolare*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994

Rescigno, P., *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV

Rescigno, P., voce *Fondazione* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, vol. XVII

Romanelli, V.M., *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Napoli, 1935

Romano, C., *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Notariato*, 2014

Romano, C., *Il modus*, in G. Tatarano e C. Romano, *Condizione e modus*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, Napoli, 2009

Romano, C., *Vincolo testamentario di destinazione ex art 2645-ter: spunti per ulteriori riflessioni*, in *Notariato*, 2014

Romano, S., *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953

Roppo, V., *Diritto privato*, Torino, 2013

Roppo, V., *Il contratto*, Milano, 2001.

Rotondi, F., *Alcune considerazioni sul concetto di obbligazione naturale e sulla sua evoluzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I

Rubino, D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1956

Ruperto, S., *Sul legato di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I

Russo, D., *La diseredazione*, Torino, 1998

## S

Sacco, R., *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino, 1955

Santarcangelo, G., *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, vol. 3, *Scomparsa, assenza e uffici successori*, Milano, 1986

Santarsiere, V., *Disposizioni del legato con onere. Se il ritardo dell'adempimento possa determinare la risoluzione*, in *Arch. civ.*, 1998

Santoro-Passarelli, F., *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1966

Satta, S., *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954

Savigny, F.K., *Sistema del diritto romano attuale*, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1891

Scalsi, V., *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974

Scamoni, M., *In tema di adempimento e inadempimento di disposizione testamentaria modale*, in *Temi*, 1955

Scarpello, G., *Anima, disposizioni a favore dell' (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958

Schlesinger, P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in



- Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1297
- Schlesinger, P., *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1
- Scognamiglio, R., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.* Saloja-Branca, Bologna-Roma, 1970
- Scuto, C., *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, I
- Scuto, C., *Il modus nel diritto civile italiano*, Catania, 1909
- Serio, M., *Presupposizione (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1986
- Shultz, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Nocera (tr.), Firenze, 1968
- Smaniotto, E., *Brevi note in tema di trust testamentario*, in *Vita not.*, 2013
- Smith, T.B., *The Law of Tracing*, Oxford, 1997
- Snell, E.H.T., *Snell's Equity*, J. McGhee (cur.), 33<sup>a</sup> ed., Londra, 2010
- Spina, A., *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsi di Cervidio Scevola*, Milano, 2012
- Spotti, F., *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Le disposizioni testamentarie*, Torino, 2012
- Stefini, U., *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007
- Stefini, U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2010
- Stefini, U., *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013
- Stein, P., *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1995
- Stolfi, G., *Appunti sull'art. 590 codice civile*, in *Giur. it.*, 1977, I,
- Stolfi, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961

- Talamanca, M., *Successioni testamentarie, Art. 679-712*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978
- Tamburrino, G., *Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, I
- Tamburrino, G., *Testamento (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. 44, Milano, 1992
- Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980
- Tartarano, M.C., *Il testamento. Le successioni a causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, Napoli, 2004
- Tomei, G., *Legittimazione ad agire (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. 24, Milano, 1974
- Torrente, A., e Schlesinger, P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, 22 ed., Milano, 2015
- Torrente, A., *La donazione*, 2<sup>a</sup> ed. aggiornata a cura di Carnevali e Mora, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXII, Milano, 2006
- Tour, P., *Das Erbrecht*, in *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Mayer-Hayoz (curr.), Bern, 1964
- Trabucchi, A., *Il valore attuale della regola sabiniana*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1
- Trabucchi, A., *Istituzioni di diritto civile*, 47<sup>a</sup> ed., Padova, 2015
- Trabucchi, A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I
- Trabucchi, A., *Legato (dir. civ.) (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. 9, Torino, 1983
- Trimarchi, M., *La clausola penale*, Milano, 1954
- Trimarchi, M., *Negozio fiduciario (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Milano, 1978
- Trimarchi, P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2011
- Trimarchi, P., *Sull'interpretazione della sostituzione e del «modus»*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1

Valensise, P., *Dell'azione di riduzione e di adempimento in tema di disposizione modale testamentaria*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951

Vettori, G., *Atti di destinazione e trust*, in *Atti di destinazione e trust (2645ter del codice civile)*, Padova, 2008

Vettori, G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006

Vindigni, G., *Modo (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. 10, Torino, 1984

Vittoria, D., *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione: evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975

Vitucci, P., *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, in *Dir. fam.*, 1983

Voci, P., *Diritto ereditario romano*, Milano

## W

Werther Romagno, G., *Modus e tutela del legittimario*, Napoli, 2015

Windscheid, B., *Die Lehre des römischen der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850

Windshield, B., *Diritto delle Pandette*, trad. da C. Fadda e P.E. Bensa, vol. 1, Torino, 1902

## Z

Zanni, A., *Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento*, in *Riv. not.*, 2000, II

Zappulli, C., *Condizione (voce)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. 3, Torino, 1938

Zoppini, A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995

Zoppini, A., *Le successioni in diritto comparato*, a cura di R. Sacco (cur.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2002

Zoppini, A., *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corr. Giur.*, 2001