

UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA (LMG/01)



TESI DI LAUREA
in

Diritto delle Successioni

Il *modus* testamentario

Relatore: Chiar.mo
Prof. Emanuele Bilotti

Laureando:
Filippo Franzè

Anno Accademico 2014 – 2015

Miserere mei (No. XII)

Gregorio Allegri

INDICE

CAP I

LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA DISPOSIZIONE MODALE

Cenni introduttivi	2
1- L'unitarietà del <i>modus</i>	
1.1 L'impianto normativo	7
1.2 La <i>crisi</i> del negozio testamentario	9
1.3 La struttura unilaterale del testamento	14
1.4 L'intenzione del legislatore	15
2- L'accidentalità del modo	
2.1 Definizione dell'onere	19
2.2 Il testamento come negozio giuridico unitario	22
2.3 La funzione attributiva delle disposizioni testamentarie	26
2.4 Il collegamento tra l'onere e le disposizioni attributive <i>ex art.588 c.c.</i>	30
3- L'accessorietà dell'onere	
3.1 L'ambulatorietà dell'onere	33

3.2 Le disposizioni a favore dell'anima	37
3.3 L'onere isolato	41
3.4 <i>Modus</i> e legato	47
4- Distinzione tra <i>modus</i> ed altri istituti	
4.1 <i>Modus</i> , termine e condizione	54
4.2 <i>Modus</i> , causa, presupposizione ed onere di coscienza	58
4.3 <i>Modus</i> , sostituzione fedecommissaria e mandato <i>post mortem</i>	63

CAP II

GLI EFFETTI DELL'ONERE TESTAMENTARIO

Cenni introduttivi	68
1- Il <i>modus</i> costitutivo di un obbligo	
1.1 La figura dell'onerato	71
1.2 La fonte dell'obbligo	75
2- Il <i>modus</i> costitutivo di un onere	
2.1 La tutela in vista dell'inadempimento	78
2.2 La configurazione di un onere in senso stretto	80
3- Il <i>modus</i> costitutivo di un rapporto obbligatorio	

3.1 La patrimonialità della prestazione	84
3.2 L'applicazione di una penale. La cauzione	87
3.3 L'art. 671 c.c.	89
3.4 L'oggetto della prestazione	95
3.5 L'impossibilità e l'illiceità dell'onere testamentario	96

CAP III

I RIMEDI *EX ART. 648 C.C.*

Cenni introduttivi	106
1- L'azione di adempimento	
1.1 L'interesse all'adempimento	109
1.2 La legittimazione e l'interesse ad agire	114
1.3 La determinazione dei soggetti legittimati all'adempimento	119
1.4 L'onere a favore del testatore e l'onere a favore dell'onerato	124
1.5 L'esecuzione dell'onere	129
2- L'azione di risoluzione	
2.1 Le differenze con l'azione <i>ex art. 793</i> , quarto comma c.c.	133
2.2 La legittimazione ad agire	136
2.3 L'applicazione dei principi generali <i>ex art. 1453 c.c.</i> e successivi	143

BIBLIOGRAFIA	154
GIURISPRUDENZA	159

CAPITOLO I

LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA DISPOSIZIONE MODALE

SOMMARIO: Cenni introduttivi; 1- L'unitarietà del *modus*; 1.1 L'impianto normativo; 1.2 La crisi del negozio testamentario; 1.3 La struttura unilaterale del testamento; 1.4 L'intenzione del legislatore; 2- L'accidentalità del modo; 2.1 Definizione dell'onere; 2.2 Il testamento come negozio giuridico unitario; 2.3 La funzione attributiva delle disposizioni testamentarie; 2.4 Il collegamento tra l'onere e le disposizioni attributive *ex art. 588 c.c.*; 3- L'accessorietà dell'onere; 3.1 L'ambulatorietà dell'onere; Le disposizioni a favore dell'anima; 3.3 L'onere isolato; 3.4 *Modus* e legato; 4- Distinzione tra *modus* e altri istituti; 4.1 *Modus*, termine e condizione; 4.2 *Modus*, causa, presupposizione e onere di coscienza; 4.3 *Modus*, sostituzione fedecommissaria e mandato *post mortem*

Cenni introduttivi

L'argomento inerente al *modus* testamentario è tanto complesso quanto affascinante per lo studioso del diritto civile. L'istituto modale, secondo la tradizione romanistica, rappresenta uno strumento particolarmente adatto al conseguimento di obiettivi altrimenti non raggiungibili con gli ordinari mezzi di tutela. L'onere costituisce, infatti, un peso, una limitazione dell'acquisto per causa di liberalità. La formula, volutamente generica, è tale da non poter definire con certezza il contenuto e l'efficacia della clausola modale. Lo scopo perseguito dal disponente mediante l'apposizione del modo, il più delle volte, assunse (e assume tuttora) una connotazione religiosa e/o benefica. Tali aspetti comportarono un mutamento, attualmente disatteso, dell'ambito di giurisdizione, ciò al variare della natura della prestazione modale e dei destinatari di essa. L'individuazione dei beneficiari dell'onere, inoltre, raffigura l'ostacolo maggiore ad una sicura definizione dell'istituto. D'altronde, si ritiene che il *modus* possa essere apposto a vantaggio di una categoria indeterminata di persone, a favore dello stesso disponente, dell'onerato, di un animale ovvero di una cosa inanimata. La normativa del codice civile del 1942, il quale contempla una apposita disciplina sulla fattispecie modale testamentaria, sembra stabilire alcuni punti fermi in merito ai temi accennati. Tuttavia, essa non soddisfa le aspettative della dottrina, anzi, genera ulteriori ordini di considerazioni. Sorgono, dunque, numerosi interrogativi concernenti la natura, la qualificazione giuridica, l'efficacia dell'istituto modale, la valutazione degli interessi in esso contemplati, la legittimazione ad agire.

Orbene, la potenziale estensione del *modus*, la cui funzione (paradossalmente) è quella di rappresentare la "misura" di un atto di liberalità, ha colto l'interesse della dottrina la quale ha compiuto specifici studi sull'istituto in esame e ne fa menzione in temi di carattere generale e sistematico. La giurisprudenza, disorientata dalle numerose e antitetiche posizioni sostenute dagli studiosi, trova, invece, conforto nelle varie definizioni analitiche che sono state date all'onere. L'esigenza di avvalersi di un insieme di caratteri definiti, in base ai quali poter trattare il caso pratico, è indicativa

su quanto sia appropriata l'allusione che il Carnelutti rivolge agli operatori giuridici: “marinari, i quali non pensano che la rotta della nave è governata dal compasso dell'ufficiale di rotta nella cabina di navigazione”. La direzione da seguire deve coincidere, tuttavia, con quanto viene ricavato e imposto dal dato normativo, facendo particolare attenzione a non “perdersi nelle cattive acque” del concettualismo. La presente tesi intende fornire una panoramica quanto più accurata delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali riguardanti il *modus* testamentario, non mancando però di impostare l'argomento sulla base di una personale chiave di lettura dell'istituto in esame.

Il primo capitolo concerne le problematiche attinenti la qualificazione giuridica della disposizione modale. Dalla definizione dell'istituto nel sistema vigente consegue una maggiore precisione in merito alla disciplina applicabile nonché all'analisi della dinamica intercorrente tra l'onere, il negozio *mortis causa*, gli istituti affini. In primo luogo, bisogna accertare se l'onere testamentario e quello donativo siano *species* di uno stesso *genus*. L'unitarietà del *modus* è determinante riguardo la facoltà per l'interprete di effettuare un confronto tra le due discipline e incide, in modo particolare, sulla possibilità di estendere la figura dell'onere anche a negozi che non hanno carattere di liberalità, essendo semplicemente atti a titolo gratuito. Si pensi, per fare un esempio, al comodato. L'orientamento dottrinale avverso alla natura unitaria del modo contesta, alla radice, la tradizionale classificazione del testamento quale atto negoziale, concettualmente pari alla donazione. Si afferma che l'intera ricostruzione degli atti giuridicamente rilevanti è frutto di una impostazione dogmatica che non tiene conto dell'attuale normativa, giacché quest'ultima non contempla la figura del negozio giuridico. Il testamento, poi, non dovrebbe essere incluso tra gli atti negoziali, poiché non esplica quell'autonomia privata che è, invece, ravvisabile nei negozi giuridici. Il *de cuius* si limiterebbe, in tale ottica, ad avvalersi di uno “strumento”, il testamento, la cui fonte risale in via esclusiva dalla legge. L'indicazione dei soggetti nonché la determinazione del contenuto quantitativo (e, in parte, qualitativo) della disposizione *mortis causa* sono scelte che attengono alla persona del testatore, ma, non costituiscono l'impulso dell'atto. Un ulteriore distinzione tra il testamento e la

donazione consiste nel fatto che il testamento ha una struttura unilaterale, mentre la donazione è un atto che necessita della convergente manifestazione di volontà di due parti. Orbene, secondo alcuni autori, si ravvisa un'incomunicabilità di fondo tra le distinte categorie degli atti e dei negozi giuridici. Ma vi è di più. Potrebbe effettuarsi il medesimo ragionamento in merito alle differenze di struttura dell'atto, quest'ultimo unilaterale ovvero plurilaterale. Il *modus* testamentario verrebbe così regolato da una disciplina esclusiva, che rende tale istituto autonomo dall'onere apposto nelle donazioni. La suddetta ricostruzione deve essere, però, vagliata alla luce dei lavori preparatori del codice, nei quali è espressa la reale intenzione del legislatore riguardo la creazione di un modo unitario ovvero di due oneri distinti.

L'argomento successivo attiene al carattere accidentale del *modus*. Trattasi di un profilo che, con specifico riferimento alla clausola modale, è stato oggetto di particolari critiche da parte della più recente dottrina. L'onere testamentario viene, infatti, considerato da molti la "terza disposizione autonoma". Questa avrebbe carattere attributivo delle sostanze ereditarie, al pari dell'istituzione di erede e del legato. Volendo tracciare uno schema sintetico dell'*iter* argomentativo seguito dagli autori, bisogna prima fare riferimento alla problematica del tipo per il testamento. Una volta superata la concezione secondo cui il testamento ha contenuto tipico, si hanno minori motivi per credere che le disposizioni previste dall'art. 588 c.c. esauriscano, in forza della loro natura tassativa, le ipotesi nelle quali è ravvisabile una attribuzione testamentaria. Dal presente ordine di considerazioni, vengono poi ricavate le basi su cui affermare l'esistenza di diversi negozi giuridici *mortis causa* indipendenti tra loro. Il testamento non sarebbe un atto unitario, bensì dovrebbe considerarsi una categoria generale nella quale potere individuare uno o più istituti autonomi. Secondo un diverso orientamento dottrinale, la tassatività delle disposizioni *ex art. 588 c.c.* non esclude affatto che vi possano essere disposizioni c.d. "di destinazione" del tutto svincolate, sotto il criterio strutturale, dall'istituzione d'erede e dal legato. Tra queste rientrerebbe, appunto, la clausola modale. Alla luce di tali considerazioni, sarà possibile valutare con maggiore cognizione di causa l'eventuale collegamento tra il *modus* testamentario e le disposizioni a carattere attributivo.

Un tema sul quale si è concentrata maggiormente l'attenzione degli studiosi concerne, invece, l'accessorietà del modo testamentario. Vengono elencate numerose argomentazioni (il più delle volte condivise e richiamate tra gli stessi autori) a favore dell'autonomia dell'onere dalla disposizione testamentaria principale. In primo luogo, si afferma che il carattere accessorio poco concilia con l'ambulatorietà del *modus*. In virtù della disciplina di cui agli art. 676 e 677 c.c., il modo, al pari degli altri obblighi, viene trasferito a coloro i quali succedono all'originario erede o legatario onerato. Gli effetti dell'accrescimento ovvero della delazione per legge pesano sulla dinamica ormai intercorsa tra la disposizione attributiva caducata e la clausola modale: quest'ultima conserva efficacia e si distacca dalla prima, ciò in presunto contrasto con il principio *accessorium sequitur principale*. Non solo. Viene ritenuta ammissibile l'eventualità che il *modus* costituisca, per effetto dei sopra menzionati articoli ovvero per specifica intenzione del *de cuius*, l'unica disposizione contemplata nel testamento.

A conferma di quanto detto, si offre l'esempio delle disposizioni a favore dell'anima. Queste sono regolate dall'art. 629 c.c. il quale, al secondo comma, fa un espresso riferimento alla figura dell'onere e alla disciplina *ex art.* 648 c.c. Orbene, una buona parte della dottrina sostiene che la pia disposizione debba essere intesa quale una sottospecie del *modus* testamentario. L'onere a favore dell'anima sarebbe destinatario di una apposita norma, l'art. 629 c.c., ciò in ragione della particolare destinazione dei beni che viene attuata tramite l'apposizione della suddetta clausola modale. L'onere isolato, inoltre, trova conferma in una alquanto nota pronuncia del 2007 da parte del giudice di legittimità. Il contenuto della sentenza verrà esaminato nell'apposita sede.

Una serie cospicua di dubbi e conferme in merito all'autonomia ovvero all'accessorietà del *modus* testamentario viene colta dagli studiosi, in via ulteriore, all'atto di confrontare le pur distinte figure dell'onere e del legato obbligatorio. La ricerca delle somiglianze e delle differenze tra i due istituti potrebbe essere decisiva con riferimento al presente studio e non manca di fornire un apporto contributivo rilevante per quanto interessa l'aspetto soggettivo del modo, la patrimonialità della prestazione in esso contenuta, la natura attributiva ovvero dispositiva della clausola modale.

L'analisi degli istituti affini diviene, in realtà, un importante occasione di ricerca riguardo i caratteri fondamentali e le peculiarità del *modus* testamentario. Dalla valutazione comparativa dell'onere con l'elemento causale del negozio, con la presupposizione e con l'onere di coscienza emerge l'opportunità di approfondire il rapporto che intercorre tra la volontà attributiva e quella espressa mediante l'apposizione del modo. Alcuni autori, infatti, sovrappongono il fine perseguito dall'onere alla causa nella disposizione *mortis causa*, altri identificano nel modo testamentario una causa secondaria e accessoria rispetto alla principale, altri ancora propendono per l'irrilevanza del *modus*, in quanto mero elemento accidentale del negozio. Oggetto di particolare studio sarà il margine di incidenza del motivo determinante *ex art.* 647, terzo comma, e 648, secondo comma, c.c. Le differenze tra l'onere, il termine e la condizione forniscono, infine, spunti di riflessione e anticipazioni concernenti l'esame dell'azione di risoluzione della disposizione testamentaria modale.

1- L'unitarietà del *modus*

1.1 L'impianto normativo

La disposizione testamentaria modale, *modus* o onere testamentario, è disciplinata dagli articoli 647 e 648 del codice civile. Questi sono collocati all'interno della sezione relativa alle disposizioni condizionali, a termine e modali apposte all'istituzione d'erede e al legato. Tali norme introducono la relazione tra il *modus* e la disposizione testamentaria a titolo particolare ovvero universale, delineano i vizi, prescrivono particolari rimedi all'inosservanza dell'onere. Ai suddetti articoli, che costituiscono il nucleo principale della disciplina, sono affiancate le disposizioni di cui agli art. 671 c.c. in merito all'adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa legata, 676, 677 e 690 c.c. in tema di successione per accrescimento e per sostituzione, 549 c.c. con riferimento ai “pesi” gravanti la legittima. Particolare menzione sarà fatta al secondo comma dell'art. 629 c.c., rubricato “Disposizioni a favore dell'anima”. Gli articoli citati, data l'incidentale rilevanza nei confronti delle norme principali, assumeranno una connotazione specifica solo al termine delle indagini riguardanti la natura e la qualificazione giuridica della disposizione modale. Ciononostante, questi contribuiranno a sviluppare una panoramica completa sull'istituto in veste di indicatori necessari e spesso decisivi allo scopo di offrire una ricostruzione lineare e che non presenti contraddizioni col dettato normativo. Vi è poi una terza categoria di norme, tra cui rientrerebbe la disciplina generale sulle obbligazioni *in primis*, per la quale non è possibile esprimersi in merito alla sua applicazione se non avendo una ottica piena dell'istituto.

Ai fini della trattazione è, dunque, opportuno partire dall'analisi delle norme fondamentali per ricavare una definizione in merito alla natura ed alla qualificazione giuridica del *modus* quanto più precisa e capace di tracciare, in considerazione delle altre norme, un quadro definito riguardante gli effetti, i soggetti interessati dalla disposizione modale, la disciplina applicabile.

Se quanto detto è volto a prevenire assunzioni e concettualismi estranei alla effettiva interpretazione delle norme, è altresì condivisibile la critica che alcuni Autori¹ rivolgono al legislatore del 1942 di non aver saputo sfruttare al meglio l'ampio bagaglio di studi compiuti dalla dottrina della precedente codificazione nel redigere le disciplina generale in materia di *modus* e, in particolar luogo, le norme specifiche sull'onere testamentario. Queste ultime sono state introdotte solo all'alba del nuovo codice.

In mancanza di una disciplina apposita, venne comunque riconosciuta l'ammissibilità dell'onere gravante il negozio *mortis causa* tramite l'integrazione analogica delle disposizioni dettate in tema di *modus* donativo e condizione². Il legame tra l'onere apposto alla donazione e quello apposto al testamento permane con l'introduzione degli art. 647 e 648 c.c., tuttavia, necessita di considerazioni differenti, rivolgendosi ormai ai vigenti art. 793 e 794 c.c. come a normativa "di richiamo"³.

Il profilo dell'unitarietà del *modus*, alla luce della disciplina vigente, assume dunque, più che in passato, un ruolo introduttivo nello studio della disposizione testamentaria modale. Propendere per la diversificazione anziché per l'identità di disciplina tra *modus* testamentario e donativo comporta, infatti, la negazione di qualsiasi margine di confronto tra le relative e seppur simili disposizioni, respinge il ricorso all'analogia, preclude la possibilità di apporre un onere su negozi giuridici diversi dalla disposizione testamentaria e dalla donazione: si riterrebbe che quest'ultime dispongono di una disciplina dettagliata ed esclusiva anziché essere destinatarie di norme specifiche volte ad adattare alla struttura dei suddetti istituti l'apposizione del *modus* quale elemento del negozio a titolo gratuito.

¹ Fra tutti, C. ROMANO, *Il modus*, in G. TATARANO e C. ROMANO, *Condizione e modus*, Napoli, 2009, p. 222 s. e G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 191

² A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 2

³ L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. Cod. Civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), Libro Secondo – Delle successioni, Art. 633-648, Bologna-Roma, 1992, p. 227 s.: "Sono recuperabili nel sistema altre regole, che per più versi si raccordano agli art. 647 e 648, ponendosi come regole «di richiamo» accanto a quelle espresse: raccordabili altresì, vedremo, con le indicazioni già recuperabili sia nella legge abrogata, sia nei suggerimenti interpretativi che, per il passato, affollavano, per così dire, il silenzio normativo sull'onere."

Nei paragrafi a seguire verranno enunciate le principali critiche al principio dell'unitarietà del *modus* e le argomentazioni a sua difesa. *Last but not least*, si volgerà lo sguardo all'intenzione del legislatore a riguardo.

1.2 La *crisi* del negozio testamentario

È necessario, in primo luogo, porre attenzione alle argomentazioni secondo cui l'onere non può considerarsi unitario in quanto diversa è la tipologia di atto al quale verrebbe apposto: donazione e disposizione testamentaria, rispettivamente negozio e atto giuridico non negoziale. Si evidenzia come tale tesi funga da preambolo a qualsiasi analisi successiva, poiché, nel porre in discussione la natura del testamento quale negozio giuridico, viene *de plano* a negarsi l'esistenza di un elemento che sia unitario ed operante in due categorie di atti diverse.

Trattasi di un insieme di osservazioni che vanno oltre il singolo aspetto dell'unitarietà o meno del *modus*. La tematica in esame, invece, consegue e deriva da un più ampio discorso inerente alla crisi della concezione classica di negozio giuridico quale *genus* costituito dal contratto e dal testamento. Per criteri di sintesi, basterà sottolineare come ciò sia dovuto alla condivisa esigenza da parte degli Autori⁴ di allontanarsi dagli schemi e dalle categorie forniti dalla Pandettistica, a causa della loro presunta astrattezza ed in virtù dell'evoluzione normativa.

Una critica mossa in merito al negozio testamentario consiste, appunto, nel sottolineare il come la concezione di stampo pandettistico della disposizione testamentaria quale modo generale d'acquisto della proprietà abbia perso terreno in seguito all'introdursi di vie alternative al trasferimento di beni per situazioni che richiedono l'utilizzo di una disposizione testamentaria, si pensi al patto di famiglia. Al contrario e sotto diversa ottica, è proprio per la proliferazione di tali strumenti alternativi che si rivela costante la funzione attribuita al testamento di trasferimento e

⁴ In tal senso, U. CARNEVALI, voce *Modo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1976 che richiama C. GRASSETTI, *Donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941, p. 20

disposizione della proprietà privata al verificarsi del presupposto morte⁵. Il legislatore è, infatti, libero di far fronte, tramite la creazione di appositi istituti, a problematiche per le quali non è soddisfacente la disciplina sulle disposizioni testamentarie⁶, ferma restando l'impostazione adottata riguardo al testamento in generale.

In merito al ruolo della volontà dell'individuo nella disposizione testamentaria, la questione è maggiormente discussa. Occorre, tuttavia, previamente avvertire coloro i quali, fautori di una nuova definizione di negozio giuridico incentrata esclusivamente sul dettato normativo, rinnegano quella attuale. Che si tratti di una classificazione dogmatica è opinione consolidata⁷, tuttavia, è anche vero che i testi normativi, in particolare il codice del '42, sono stati formulati tenendo conto delle già affermate tipologie di atti e fatti giuridicamente rilevanti. Una analisi critica delle norme suggerisce, più che una ricostruzione integrale, il superamento dei passaggi desueti⁸. Si lanci, dunque, un "guanto di sfida" agli studiosi i quali contestano la negozialità del testamento ripercorrendo la corrente della crisi del negozio giuridico: che indichino a loro volta una ricostruzione complessiva e soddisfacente, pena l'aver concentrato l'analisi di molteplici aspetti (tra i quali rientra l'unitarietà del *modus*) sulla base di una classificazione dagli stessi destituita di fondamento. In attesa, tanto vale attenersi alla tradizionale impostazione della dottrina del negozio giuridico.

La distinzione tra atto giuridico negoziale ed atto giuridico non negoziale consiste, principalmente, nell'esplicitarsi o meno dell'autonomia privata. Si parla in

⁵ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 8

⁶ Con riferimento al citato patto di famiglia, l'introduzione di tale disciplina "è stata accolta con favore da quella parte della dottrina che da tempo aveva evidenziato l'inadeguatezza degli strumenti tradizionali del diritto successorio ad assicurare la trasmissione generazionale della ricchezza familiare in funzione della salvaguardia della funzionalità futura dei beni produttivi" E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, p. 334

⁷ Il concetto è espresso nei principali manuali istituzionali, cfr. in particolare F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2007, p. 88

⁸ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 5 rileva come il rapporto intercorrente tra l'elaborazione dottrinale di stampo germanico ed un codice ancorato alla tradizione francese dia luogo ad aporie spesso gravi. Aggiunge: "Tuttavia, se opportuna, di fronte al persistere della critica, si conferma la scelta del legislatore, operata dopo brevi ma sicuri rilievi, di non codificare la figura del negozio, tale atteggiamento non significa, come è noto a tutti, negazione della stessa. Essa, anzi, è adombrata da una norma fondamentale, che stabilisce appunto i criteri di determinazione della disciplina giuridica per una serie aperta di atti di autonomia privata, il cui regolamento non sia specificamente dettato dalla legge."

termini di “autoregolamento impegnativo”, riferendosi alla possibilità in capo all’individuo di disciplinare l’atto secondo il suo intento. Diversamente, il soggetto non può che scegliere lo strumento, munito di un proprio assetto di regole, che l’ordinamento gli offre, dando luogo così ad un atto giuridico non negoziale⁹.

Si ripete, una parte della dottrina colloca la disposizione testamentaria nell’insieme degli atti giuridici non negoziali.

Le motivazioni a sostegno di tale tesi poggiano le proprie basi sulle considerazioni di un noto Autore¹⁰, secondo il quale il testatore si limita “ad imprimere una certa direzione alla vocazione”, trovando quest’ultima la fonte unicamente nella legge. La volontà del *de cuius*, lungi dal dare un impulso alla vocazione, si traduce esclusivamente col determinarne il destinatario, al pari del rapporto di parentela nella successione legittima. L’autonomia privata del testatore trova limitato spazio per quanto concerne il contenuto quantitativo della posizione giuridica attribuita dalla vocazione e, fatti salvi gli elementi costitutivi immutabili e inderogabili¹¹, il contenuto qualitativo tramite l’inclusione di deroghe ed elementi accessori.

Tale ricostruzione non tiene, tuttavia, conto di alcune determinate fattispecie di disposizione testamentaria. *In primis*, vi sono le disposizioni a titolo particolare¹² per le quali non si attua una successione in senso proprio¹³, *in secundis*, le ipotesi, non del tutto infrequenti, di cui all’art. 587 c.c., secondo comma. In questi casi si realizza

⁹ F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 84

¹⁰ R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 16 s.

¹¹ Vi sono peraltro istituti *inter vivos* che riservano ancor più limitati spazi di autonomia privata, in quanto a scelta del tipo e modalità, ma che sono pacificamente ritenuti negozi giuridici, si pensi alle convenzioni matrimoniali.

¹² A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell’eredità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU e F. MESSINEO, XLII, 1, Milano, 1954, p. 49, ricomprende addirittura l’intera categoria delle disposizioni a titolo particolare: “Non vi è, per il bene legato, la necessità di provvedere alla sua sorte conseguente al venir meno del soggetto, perché ad essa è in ogni caso provveduto con la delazione all’erede: che, avendo titolo all’acquisto di tutti i beni di cui era titolare il defunto, raccoglie anche quelli che non venissero acquistati dal legatario; e, quando il legato presuppone la costituzione di un nuovo rapporto giuridico, questo si costituisce fra legatario ed erede.”

¹³ Ovverosia, i legati obbligatori in genere, il legato di liberazione da un debito, il legato di contratto, il legato di cosa non appartenente al *de cuius*, il legato costitutivo di un diritto reale parziario etc. M. DI MARZIO S. MATTEINI CHIARI, *Le successioni testamentarie*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2013, p. 580

appieno la volontà del testatore, senza che la vocazione ricopri alcun ruolo. Sul piano sistematico, poi, l'assunto per il quale la legge rappresenta l'unica fonte della vocazione successoria viene a collidere con la disciplina riguardante la successione necessaria. Si tengano a mente due esempi. Il primo concerne l'ipotesi del legittimario pretermesso: egli agisce in riduzione non in qualità di erede, bensì in tutela di un diritto proprio. La qualità di chiamato all'eredità è acquistata solo al momento della sentenza che accoglie la domanda di riduzione¹⁴. Orbene, appare singolare che ad una vocazione la cui fonte risiede nella norma (seppur erronea è l'indicazione, da parte del testatore, dei destinatari) venga contrapposta una vocazione *ex lege* conseguente ad un contenzioso. Nel secondo esempio, il *de cuius* istituisce un legittimario in una quota uguale a quella che gli spetterebbe a titolo di riserva. La disciplina applicabile resta quella testamentaria e non quella legittima¹⁵: salvo si intenda aderire alle teorie dell'assorbimento o del cumulo di successione necessaria e testamentaria, è inconcepibile che due vocazioni identiche in contenuto e destinatario risalgano dalla medesima fonte.

Tenendo presente quanto detto, si ritiene doveroso scartare la concezione della norma posta a fondamento della vocazione testamentaria. Volgendo lo sguardo a giurisprudenza consolidata, questa è da tempo disattesa¹⁶.

Viene di seguito riportato, per la chiarezza d'esposizione, il passo di uno studioso il quale, trovatosi a dirimere la medesima questione, argomenta: “Nei trasferimenti volontari, il trapasso del diritto ha la causa immediata nella manifestazione di volontà del trasmittente, permanendo la causa mediata nella norma; nei trasferimenti coattivi il trapasso ha la sua causa immediata nella norma di legge: la volontà dell'organo pubblico è volontà-mezzo, in quanto serve solo a specificare nel caso concreto il comando astratto contenuto nella norma. [...] Questo medesimo fenomeno ha luogo

¹⁴ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 2012, p. 487

¹⁵ NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 23 è di contrario avviso, ritenendo applicabili le norme che regolano la successione *ab intestato*.

¹⁶ Si legga, ad esempio, Cass., 23-10-1954, n. 4037, in *Foro it.*, 1955, p.7: “Nel nostro sistema, titolo primario e assorbente della vocazione ereditaria è il testamento, considerato come suprema espressione della volontà umana”.

nel campo delle successioni a causa di morte. In quelle testamentarie abbiamo una volontà, concretata in un negozio giuridico: il testamento, che è causa immediata del trapasso; in quelle legittime e in quelle necessarie, invece, la volontà del *de cuius* o manca del tutto o è inefficace. Qui manca persino la volontà-mezzo, e la connessione degli effetti alla norma, come fonte e causa immediata, risulta assai nitidamente”¹⁷.

Concludendo, può affermarsi che le teorie oggetto di critica, secondo cui fonte e causa degli effetti testamentari andrebbero ricollegati esclusivamente alla legge, sono figlie di un lungo percorso dottrinale volto a sminuire la portata del dogma dell'onnipotenza della volontà sulla norma. Se l'intento è condivisibile, si guardi, però, dal cadere in un diverso eccesso. A disposizioni che limitano la *voluntas testatoris*, fino a comprometterne la realizzazione¹⁸, si contrappongono norme che, per converso, ne valorizzano l'importanza. Ad una lettura sommaria del codice, spiccano gli art. 457 c.c., secondo comma, 458 c.c., 550 e 551 c.c., 688 c.c. e successivi.

L'autoregolamento del testatore, proprio in virtù del valore impegnativo, non può verificarsi tramite uno schema che considera solamente il rapporto tra la direzione della volontà ed il profilo effettuale dell'atto, bensì, deve pur intendersi come rivolto allo stesso *de cuius*¹⁹ in qualità di vincolo dal rilievo sociale prima che giuridico²⁰. Le norme sulla revoca testamentaria fanno propendere per tale ottica.

Il “dirigismo legislativo”, che maggiormente caratterizza il campo delle successioni per causa di morte, trova giustificazione nell'accentuata rilevanza sociale del fenomeno regolato, avvertendo il legislatore l'ineluttabilità della morte stessa ed il pericolo della dispersione dei diritti e degli obblighi appartenenti al soggetto venuto a mancare. Una simile importanza, sotto l'ottica sociale, la si può ritrovare in alcuni atti

¹⁷ S. PUGLIATTI, *Sulle successioni legittime*, in *Annali*, 5, Messina, 1931, p. 377 s.

¹⁸ Si vedano le disposizioni del capo terzo del titolo sulle successioni testamentarie, rubricato “*Della capacità di ricevere per testamento*”, art 594 c.c. s.

¹⁹ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 12 che rinvia a V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 30-31

²⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, F. Vassalli (diretto da), Torino, 1960, p.164

inter vivos, quali il matrimonio. Trattasi, dunque, di una scelta del legislatore, non afferente alla *querelle* disputata tra norma e volontà.

1.3 La struttura unilaterale del testamento

Il passaggio successivo è meno dibattuto. Il negozio giuridico può avere una struttura unilaterale, per la quale il perfezionarsi dell'atto negoziale è in capo ad un'unica parte, ed una struttura bilaterale ovvero plurilaterale, che invece necessita della convergente manifestazione di volontà di più parti. Il contratto costituisce l'esempio principe di negozio plurilaterale: l'accordo è un requisito essenziale ed è regolato in modo specifico dagli art. 1326-1342 c.c., componenti la sezione rubricata "Dell'accordo delle parti". Anche la donazione è un negozio bilaterale. Il testamento si pone, invece, a paradigma dei negozi unilaterali. L'accettazione è trasversale alla successione testamentaria e legittima ed ha una funzione del tutto differente dall'accettazione dei contratti. Il negozio è perfezionato al momento della stesura nel testamento olografo e nei casi di cui agli art. 603, 604, 609, 611, 616 c.c. Altre disposizioni rafforzano il concetto. Si pensi al divieto di testamenti reciproci e congiuntivi, ad ulteriore conferma della struttura unipersonale del testamento.

Che il *modus* possa costituire elemento comune ad atti negoziali differenti sotto l'aspetto soggettivo, sembra asserzione da confermare di fronte alle varie critiche poste. Quest'ultime si concentrano principalmente su due fronti argomentativi. Vi è chi basa le proprie critiche sulla concezione di contratto e testamento intesi come due categorie generali a sé²¹, mentre altri affermano l'inconciliabilità della struttura di donazione e testamento e degli ordini di problemi da essi derivanti.

Ai primi, più che discutere nel merito della classificazione dei due negozi, può obiettarsi quanto segue: la mancanza di una definizione di matrice legislativa di *modus* non implica, in applicazione del brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, il rifiuto della concezione unitaria dello stesso. Al contrario, ne suggerisce

²¹ M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 188

l'unitarietà e l'estensione entro i limiti delineati dalla legge. Poiché non v'è alcuna disposizione nel dettato normativo che faccia presumere un collegamento esclusivo tra onere testamentario ed unilateralità del negozio, risulta maggiormente opportuno credere che il *modus* sia unitario, a prescindere dallo schema (unilaterale ovvero plurilaterale) in cui vengono collocati donazione e testamento.

In relazione ai secondi, si evidenzia la portata disaggregante di tale enunciazione. L'esistenza di diversi istituti muniti di una propria ed esclusiva struttura è un fenomeno senz'altro dovuto all'attività del legislatore, costituendone, appunto, il risultato. Il criterio dell'analogia e dell'interpretazione estensiva contribuiscono, sotto diverso aspetto, ad evitare che per la medesima *ratio* si proliferino leggi numerose e non necessarie. L'onere, il termine, la condizione²², poiché si trovano ad operare in contesti differenti, si “modellano ed assorbono” le problematiche relative al determinato istituto. Vale, dunque, anche per tali elementi la regola secondo cui, qualora resti immutata la *ratio*, non deve considerarsi oltrepassato il confine tra l'adattamento della norma in situazioni particolari e l'enunciazione di una nuova disposizione. Propendere per l'argomentazione iniziale non influirebbe solo sul *modus* ma espanderebbe la sua portata su qualsiasi elemento connesso al negozio ovvero all'atto giuridico, creando così una serie di istituti *ad hoc* che si assomigliano tutti per quanto concerne la totalità ovvero una buona parte degli aspetti principali.

Trattasi, ancora una volta, di prendere atto delle già chiare intenzioni del legislatore in merito. Tanto vale adottare il suddetto criterio ermeneutico con specifico riferimento all'intenzione del legislatore riguardo l'unitarietà, o meno, del *modus*.

1.4 L'intenzione del legislatore

Il *modus* testamentario vantava già, all'epoca del previgente codice civile, un corredo di proposizioni interpretative ed indicazioni in merito da parte di dottrina e giurisprudenza. Ciò è dovuto, si è detto, alla circostanza che l'apposizione modale in

²² Tale elencazione non ambisce alla completezza.

una disposizione testamentaria fu, senza alcuna soluzione di continuità, ritenuta ammissibile dalla totalità degli operatori del diritto. Con l’ausilio delle norme sull’onere donativo e sulla condizione fu possibile, infatti, applicare il ricorso al criterio dell’analogia. La necessità di appianare i considerevoli dubbi interpretativi sull’argomento divenne, però, motivo per il legislatore dei progetti preliminari di colmare il vuoto normativo attraverso l’enunciazione degli art. 189 e 190.

L’esigenza di risolvere le problematiche derivanti dall’applicazione in campo successorio di regole concepite per le liberalità *inter vivos* viene intesa da alcuni Autori²³ quale una motivazione sufficiente per la creazione di un istituto *ex novo* che, in un certo senso, si dissocia dall’onere donativo. Non si tiene adeguato conto, tuttavia, che la donazione modale presentava simili, se non identici, ordini di problemi giacché, in fin dei conti, la disciplina utilizzata è (in parte) la stessa. Si consideri, inoltre, che l’*iter* elaborativo del futuro art. 793 c.c., per le affinità sopra riportate, è parallelo ed anzi cronologicamente intersecato all’andamento dei lavori preparatori in merito agli art. 647 e 648 c.c.²⁴

Il legislatore, dunque, si muove nel verso opposto. Vengono riportati di seguito alcuni frammenti significativi, tratti dalla relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice civile, nei quali evidente è l’intento di tener vivo il rapporto tra *modus* testamentario e donativo. Gli articoli sull’onere testamentario, in questo passo, si pongono addirittura come punto di riferimento in vista della riforma dell’onere donativo²⁵.

“Per analogia con l’art. 190 è concessa l’azione per l’adempimento dell’onere a qualunque interessato [...] in analogia a quanto è disposto dall’art. 213 in materia di onere imposto al legatario, ho fissato la regola che il donatario non è tenuto ad adempiere l’onere oltre il valore della donazione ricevuta. [...] Il progetto preliminare anzi completava l’enunciazione del principio fissando i criteri in base ai quali deve

²³ Fra tutti, GRASSETTI, *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 20

²⁴ GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit.

²⁵ Anche se nei fatti è il *modus* testamentario ad aver attinto di più dalla disciplina del *modus* donativo. Cfr. M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.*, Milano, 1957, p.891

essere calcolato il valore della donazione e quello dell'onere. Ma, come rilevato a proposito dell'art. 213, non è opportuno porre regole rigide, che possono, nella varietà dei casi pratici, risultare inique [...] Ho regolato in un articolo a parte (331) l'onere illecito o impossibile, disponendo che esso rende nulla la donazione solo quando ne abbia costituito il «motivo unico». Non ho parlato anche di «motivo principale», sia per evitare incertezze, sia per armonizzare la formula con quella usata in materia di successioni dall'art. 189.”²⁶

Indicativo, poi, che lo stesso relatore del codice civile non si discosta dai metodi utilizzati nel sistema previgente, incentrati sul confronto con le discipline dell'onere donativo e della condizione: valutando l'opportunità di includere nell'art. 647 c.c. la facoltà di imporre una cauzione all'erede ovvero al legatario, egli opta per la soluzione affermativa e, nel farlo, accosta “in analogia”²⁷ l'onere ad una condizione risolutiva.

Salvo delineare in seguito le differenze tra condizione e *modus*, quel che adesso interessa è che l'indirizzo dei lavori subisce l'influenza di un sistema, quello del codice del 1865, nel quale l'unitarietà del *modus* era un punto obbligato.

Le attuali discipline, in armonia con lo svolgimento dei lavori, differiscono tra loro solamente nei punti in cui maggiormente si evidenziano le specificità dell'istituto al quale è apposto l'onere. Persino alcune questioni rimaste in sospeso²⁸, per quanto interessino aspetti differenti tra loro, condividono le medesime lacune interpretative. Si pensi a come gli oneri donativo e testamentario a favore di un terzo determinato vengano rispettivamente accostati al contratto a favore di terzo e al legato. Sono, inoltre, comuni le discussioni sul motivo determinante e quelle sulla natura dell'adempimento.

²⁶ *Codice civile. 3: progetto definitivo e relazione del guardasigilli On. Solmi*, n. 250, Ministero di grazia e giustizia, Roma, 1937, p. 126-127

²⁷ *Relazione del ministro guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, n. 315, Camera dei Deputati, Roma, 1943, p.70

²⁸ In verità molte, Cfr. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 191, alquanto pessimista, “Né la lettera della legge, né i precedenti legislativi né una costante ed univoca tradizione dottrinale, né principi di diritto romano, né, infine, norme delle principali codificazioni di tipo romano offrono apprezzabile ausilio per una definitiva e completa chiarificazione e sistemazione della materia.”

Gli argomenti sopracitati saranno oggetto di studio nei paragrafi successivi.
Basti sapere, al momento, che l'analisi dei singoli aspetti troverà nella disciplina riguardante l'onere donativo un valido supporto poiché, alla luce delle considerazioni svolte, potrebbe pacificamente condividersi il principio dell'unitarietà del *modus*.

2- L'accidentalità del modo

2.1 Definizione dell'onere

Il *modus* è un istituto antico, risalente al diritto romano e contemplato nel *Corpus Iuris* giustiniano. Le prime apparizioni confluiscono nel periodo classico. La tradizione romanistica, sebbene non fornisca una definizione propria di onere, si caratterizza al contempo per l'accentuata rilevanza che le singole parole e formule utilizzate rivestono nella determinazione degli elementi essenziali e in considerazione della disciplina da adottare.

Nel diritto romano il termine *modus*, “misura” in latino, racchiude in sé il concetto di peso, onere. Secondo i giuristi dell'epoca, il modo costituisce un limite all'entità di un acquisto per causa di liberalità²⁹, non incidendo sull'efficacia dell'atto al quale veniva apposto. L'effetto modale consiste, infatti, nella destinazione dei beni oggetto di liberalità per scopi che possono essere individuali o di interesse pubblico. Si nota una particolare libertà nell'imposizione della condotta, potendo questa avere rilevanza religiosa (con relativa giurisdizione pontificale nel periodo classico, in relazione agli atti *mortis causa*), contenuto patrimoniale e non. Tali fattori hanno contribuito a fare del *modus* un mezzo assai utilizzato nella pratica per raggiungere obiettivi altrimenti non realizzabili con i mezzi tradizionali, ritenendosi nei casi di specie prevalente la volontà parallela dell'onere rispetto a quella principale³⁰. Si pensi, ad esempio, al ruolo che il *modus* ha ricoperto nel campo delle fondazioni, prima che queste siano state introdotte³¹. È, dunque, indiscutibile nella tradizione romanistica il rapporto di dipendenza tra l'attribuzione e la disposizione modale. L'accessorietà dell'onere è poi confortata dalla lettera della formula utilizzata per l'apposizione

²⁹ G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 1991, p. 239

³⁰ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di Diritto Civile*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1961, p. 644

³¹ BIONDI, *Le donazioni*, *Ibidem*, “La nota dottrina del Brinz, cosiddetta dello *Zweckvermögen*, per cui la fondazione si concepisce come patrimonio destinato ad uno scopo, discussa e discutibile sotto l'aspetto dommatico, risponde al processo storico, che sbocca nel riconoscimento della fondazione: nella prassi romana si aveva appunto attribuzione di un patrimonio o singole entità patrimoniali per il raggiungimento di uno scopo.”

(viene utilizzata la particella *ut*, “al fine di”) oltretutto da una specifica attenzione da parte dei giuristi romani rivolta ad individuare la disposizione modale nei soli casi in cui questa non alteri la struttura dell’atto di liberalità in atto di corresponsione. Sono stati predisposti dalla prassi romana diversi metodi per garantire l’adempimento della prestazione contenuta nel *modus*. Nel campo delle successioni a causa di morte il testatore poteva prevedere multe sepolcrali ovvero l’onerato, su avviso del pretore, stringeva una *stipulatio* che lo obbligasse ad adempiere³². Si distingue, tuttavia, il *modus qualificatus*, coercibile, dal *modus simplex*, consistente invece in un consiglio ovvero in una semplice esortazione a destinare il contenuto della liberalità in determinate attività. Riferendosi al *modus*, oltre che a *iussus*³³, i giuristi romani si servono del termine *condicio*, con gran successo nel periodo postclassico e giustiniano. Orbene, è proprio in quest’ultimo periodo che la distinzione tra condizione e *modus*, in realtà pacifica³⁴, diviene più marcata, in contemporanea con un maggior risalto attribuito all’autonomia dell’istituto modale.

Quanto detto aiuta a comprendere, in primo luogo, il perché della variegata denominazione scelta dal legislatore del 1865 per indicare la disposizione modale, esprimendosi in termini di condizione, peso, obblighi, carichi, onere³⁵. Risentono, poi, dell’esperienza giuridica romana le principali definizioni di *modus* formulate dalla dottrina. D’altronde, tra la fine dell’ottocento e l’inizio del novecento, a dibattere sulla natura del *modus* e sulla imposizione di questo quale figura giuridica autonoma hanno preso parte gli esponenti e i discendenti diretti della scuola Pandettistica, le cui argomentazioni non potevano che avere come fondamento l’insegnamento romanistico.

³²PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 246

³³BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 644: “(il *modus*) Ha carattere impositivo, in contrapposto alla liberalità insita nel testamento e nella donazione, tanto che dai romani si parla di *iubere* e di *iussus*, e dai moderni di onere e di peso.”

³⁴C. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Catania, 1909, p. 9 - 10: “La parola «*condicio*» ha, anzi, nelle fonti un significato molto esteso, non limitandosi a designare la nota figura giuridica (condizione), comprendendo non solo una determinazione accessoria di volontà, come il *modus* od anche il termine, ma nel campo dei contratti qualunque modalità o clausola convenuta dalle parti”

³⁵M. GARUTTI, *Il modus testamentario*, Napoli, 1990, p. 7

L'opera di Carmelo Scuto³⁶ riesce nell'ambizioso intento di riassumere il risultato di una ricerca dottrinale decisamente vasta e, da essa, estrarre una compiuta definizione di *modus* che, inutile dirlo, sarà posta a modello per tutte le elaborazioni successive:

“Secondo il nostro concetto, il *modus* in sostanza è un onere o peso, annesso ad una disposizione a titolo gratuito dal disponente a carico di chi acquista, che in ogni caso aggrava in un modo qualsiasi la condizione di quest'ultimo, potendosi imporre tanto un uso determinato della cosa trasferita, quanto una prestazione svariata a favore di chi dà, od anche d'un terzo, oppure tutt'altro nell'interesse dello stesso onerato. — Considerato come figura giuridica, il *modus* importa in generale un negozio accessorio aggiunto agli elementi essenziali d'un negozio gratuito, che non muta il carattere fondamentale e non impedisce l'applicazione dei principii giuridici propri di quest'ultimo, aggiungendo solo il caratteristico effetto d'un vincolo obbligatorio a carico dell' onerato, ma che talvolta può influire decisamente sul negozio risolvendolo, in quanto l'inadempimento dell'onere possa esser considerato quasi come una condizione risolutiva.”³⁷

Le definizioni di onere degli altri autori differiscono da quella di Scuto solamente per singoli aspetti.

Non è difficile scorgere, specie attraverso i tratti dell'accidentalità e dell'accessorietà, una linea di continuità tra la nozione di *modus* delineata dalla tradizione romanistica e quella formulata a cavallo tra il codice civile del 1865 e del 1942. Tale corrispondenza di opinioni non è, tuttavia, sufficiente se non viene supportata dall'attuale impianto normativo. Non è per nulla infrequente, ad esempio, che qualche autore, pur condividendo la definizione dell'onere quale peso a carico di una liberalità, sia poi un convinto assertore dell'autonomia del *modus*³⁸. La concezione dell'onere quale elemento accidentale ed accessorio degli atti di liberalità, ovvero del

³⁶ SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit.

³⁷ SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Ivi, p. 107

³⁸ CARNEVALI, *Modo*, cit.

negozio gratuito, sarà del tutto da verificare. Purtroppo, vertendo la presente trattazione sull'istituto singolo dell'onere testamentario, non può che orientarsi la “lente” di ricerca verso gli aspetti maggiormente rilevanti, lasciandone altri indietro. Nello specifico, verranno esaminati i caratteri dell'accidentalità e dell'accessorietà del *modus*, riservando solo qualche timido accenno al quesito concernente la riferibilità dell'istituto agli atti di liberalità ovvero ad ogni sorta di negozio gratuito³⁹.

2.2 Il testamento come negozio giuridico unitario

L'accidentalità dell'onere testamentario è questione connessa alla problematica del tipo per il testamento. I fautori dell'autonomia del *modus* traggono, infatti, dal superamento del dogma della tipicità dei negozi unilaterali *mortis causa* la premessa per la quale è possibile accostare al binomio “istituzione d'erede–legato” altre tipologie di disposizioni, specie in seguito ad una riconsiderazione degli istituti vigenti. L'onere testamentario, data la particolare funzione rispetto alla condizione ed al termine, verrebbe, nella nuova ottica, collocato al pari dell'istituzione d'erede e del legato. La rinnovata veste di disposizione autonoma poco si accorda, però, con il carattere accidentale del *modus*, il quale *ex art. 647 c.c.* viene “apposto”, al pari di condizione e termine, ed è disciplinato nella medesima sezione dei suddetti elementi. Cionondimeno, optare per l'autonomia strutturale del *modus* testamentario creerebbe profili di dubbio riguardo il profilo accessorio dell'onere, in quanto è reciso il legame più evidente tra la disposizione modale e quella attributiva.

Lungi dal trarre conclusioni, appare condivisibile l'opinione secondo la quale risulta errato ricavare dall'art. 1987 c.c. il richiamo posto a paradigma del principio di tipicità dei negozi unilaterali⁴⁰: ciò equivale a confondere l'intero *genus* con le promesse unilaterali, le quali costituiscono, invece, una *species* dei negozi unilaterali

³⁹ Per maggiori approfondimenti sul tema MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit.

⁴⁰ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Ivi, p. 116, che cita BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 235

tra vivi. In virtù dell'art. 1324 c.c., è destinata agli atti (negoziali) unilaterali *inter vivos* una norma di rinvio alle norme che regolano i contratti, in quanto compatibili. Cade in un giudizio affrettato, tuttavia, una parte di dottrina che sostiene l'esistenza di negozi unilaterali atipici in base al rinvio al secondo comma dell'art. 1322 c.c.⁴¹

La menzione specifica di *parti* contenuta nel testo della norma e la collocazione della stessa nelle disposizioni preliminari e non nei capi successivi possono, sì, apparire lance spuntate a sostegno della non applicabilità dell'art. 1322 c.c. nel campo dei negozi unilaterali, tuttavia, ne costituiscono fattori indiziari. È, invece, opportuno notare come la terza categoria di fonti delle obbligazioni *ex art.* 1173 c.c., tra le quali rientrano i negozi unilaterali, faccia riferimento a singoli atti o fatti idonei a produrre obbligazioni e non a categorie generali come il contratto e il fatto illecito. Se per le prime due categorie è insito il carattere dell'atipicità, coerentemente con la *ratio* di riforma dell'art. 1173 c.c., per la categoria delle fonti innominate il legislatore pare suggerirci un approccio *case by case*⁴². È alla luce di tale disposto che si è maggiormente propensi ad escludere l'applicabilità dell'art.1322 c.c. e, dunque, a condividere la tesi attinente al divieto di atti negoziali giuridici dal contenuto atipico.

Il principio della tipicità dei negozi giuridici, tuttavia, va rivisto in considerazione del rinvio effettuato dall'art.1324 c.c. all'art. 1372 c.c., il quale dispone che “il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”. L'intangibilità degli effetti di un atto nei confronti di un terzo, principio basilare a fondamento del dogma della tipicità, è interpretato nel modo corretto nella parte in cui, prevedendosi o verificandosi una modificazione vantaggiosa della sfera giuridica del terzo, questi abbia la possibilità di accettare ovvero respingere i suddetti effetti⁴³. Tale conclusione, che *in prima facie* tende ad avvalorare oltremodo l'autonomia del privato, concilia con il principio di tipicità dei negozi unilaterali nel senso in cui il margine di

⁴¹ In campo successorio e con diverse argomentazioni, Cfr. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 185 s.

⁴² E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2009, p.166 s.: “Per completezza del discorso, e ritornando alla materia delle obbligazioni, occorre peraltro osservare che, se è vero che il sistema delle fonti, come delineato nell'art. 1173 c.c., è un sistema basato sulla regola dell'atipicità, anche in materia di obbligazioni vi è tuttavia un settore quale prevale la regola inversa della tipicità. Si tratta, nell'ambito delle fonti dell'obbligazione innominate, delle promesse unilaterali [...]”.

⁴³ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1983, p. 236 s.

autoregolamento sia contenuto e concesso entro i limiti della struttura dell'atto negoziale unilaterale, la quale può essere definita in maniera più o meno rigida, a discrezionalità del legislatore ed in considerazione degli interessi tutelati. In conclusione, non v'è una dinamica generale, ma, ogni singola categoria negoziale trova nelle norme che la prevedono una zona grigia, entro la quale è possibile mutare qualche carattere senza snaturare il tipo.

Tali conclusioni, pur desunte dall'analisi di norme indirizzate agli atti *inter vivos*, sono valide, in linea di principio, anche per i negozi unilaterali *mortis causa*. Necessitano, tuttavia, alcune considerazioni in merito. Innanzitutto, con riferimento alla portata mitigata della tipicità e limitatamente ai mutamenti che comportano effetti favorevoli in capo al terzo (e rinunciabili dallo stesso), dovrebbe escludersi sin da subito l'inclusione del *modus* testamentario nel campo delle disposizioni autonome: l'onere arreca effetti sfavorevoli in capo all'onerato (che è il terzo colpito direttamente dal "negozio") e rinunciabili solo tramite rinuncia alla disposizione primaria.

In realtà, la questione ha carattere generale. La forte presenza di interessi pubblici tutelati in campo testamentario impone una particolare rigidità del tipo. Le due forme di disposizione testamentaria ammesse *ex art. 588 c.c.* sono l'istituzione d'erede ed il legato⁴⁴. Che l'articolo rilevi in merito al principio della tipicità dei negozi unilaterali è, tuttavia, assunto opinabile.

Sorge spontaneo l'interrogativo se sia più corretto ravvisare nel testamento un negozio unitario ovvero l'insieme di più negozi giuridici indipendenti tra loro. La tesi pluralista evidenzia come vi sia un continuo riferimento normativo al termine "disposizioni" nel titolo sulla successione testamentaria, trovando negli stessi art. 587 e 588 c.c. autentici punti di forza. Le norme concernenti i vizi di validità di cui agli art. 634, 637 e 647 c.c. sono poi inquadrare nell'ottica della problematica dei negozi collegati⁴⁵. L'onere di provare il collegamento con la disposizione invalida, ovverosia

⁴⁴F. MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1957, p. 194

⁴⁵G. CIAN, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, S. DELLE MONACHE (a cura di), Padova, 2007, p. 159 s.

L'esistenza di un motivo unico e determinante, è posto in capo a colui che intende caducare la disposizione attributiva. Per cominciare, risulta insolita la circostanza per cui l'oggetto dell'onere probatorio sia un dato ravvisabile, almeno principalmente, tramite l'interpretazione del dettato testamentario. La tesi esposta non regge, soprattutto, con l'esclusiva previsione della istituzione d'erede e del legato quali disposizioni testamentarie tipiche. Costituisce il passaggio logico successivo, dunque, la riconsiderazione del carattere accidentale nel termine, nella condizione, nel *modus*. La teoria dei negozi collegati non converge, poi, con la *ratio* degli articoli improntati alla c.d. regola sabiniana. Il brocardo *vitiatur sed non vitiat* considera implicito il collegamento tra le due disposizioni. La ragione per cui viene salvaguardata la validità di una disposizione testamentaria inficiata da un elemento accidentale viziato, attiene sia al fatto che nei negozi *mortis causa* la prima non è rinnovabile, sia al principio del *favor testamenti* rispetto alle regole della successione legittima.

A sostegno della tesi monista intervengono le norme sull'invalidità del testamento. Alcune di esse rendono nullo ovvero annullabile l'intero testamento. Il divieto di testamento congiuntivo, ad esempio, trova scarsa giustificazione, se non accostandolo al divieto dei patti successori, di fronte alla previsione nello stesso insieme di disposizioni testamentarie autonome e indipendenti: queste fanno capo a due soggetti diversi, ma, sono valide in quanto formulate nel pieno rispetto della forma. Il capo dedicato a quest'ultima (art. 601-623 c.c.), in antitesi con il principio della libertà delle forme, funge allo scopo di conferire serietà e ponderatezza nella manifestazione dell'atto, nonché "spontaneità e genuinità del volere"⁴⁶. La forma solenne del testamento, più di altri, evidenzia lo stretto rapporto tra atto-documento ed atto giuridico il quale, stando alla definizione fornitaci dal primo comma dell'art. 587c.c., risale ad una unica volontà⁴⁷.

⁴⁶ A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1942, p. 43-44

⁴⁷ A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 183 s.: "Conclusivamente si può ricondurre la finalità unitaria della forma del testamento allo scopo di garantire l'esistenza di una volontà destinata a valere *post mortem*. In una duplice direzione: di certezza che la dichiarazione, nel momento della sua esecuzione, corrisponda all'effettivo volere del testatore; come esigenza di conservazione nel tempo del documento mediante il quale è dato rievocare detto volere".

L'art. 588 c.c., propendendo per la concezione del testamento come negozio giuridico unitario, va ricondotto alla tematica del contenuto del testamento e non più a quella della tipicità dei negozi *post mortem*. L'analisi degli schemi utilizzabili costituisce passaggio necessario per un corretto inquadramento dell'accidentalità, ovvero dell'autonomia, del *modus*.

2.3 La funzione attributiva delle disposizioni testamentarie

Un negozio giuridico tipizzato dal legislatore è tale per la funzione che l'ordinamento gli riconosce. Determinare la funzione delle disposizioni testamentarie, nel caso di specie, configura altresì il limite entro il quale possono riconoscersi all'interno del testamento disposizioni con un proprio grado di autonomia. Individuate quest'ultime, non resta alle altre che svolgere un ruolo, per così dire, secondario. Nel paragrafo precedente è stata smentita la configurazione del *modus* testamentario quale disposizione testamentaria autonoma, se con tale termine si fa riferimento all'eventuale previsione di distinti negozi giuridici *mortis causa*. L'onere testamentario può, comunque, ottenere un margine di autonomia all'interno dell'atto, sotto forma di schema dispositivo.

La tradizionale nozione di testamento pone in luce la funzione attributiva dello stesso mediante disposizioni a titolo universale ovvero particolare⁴⁸. L'incremento della sfera patrimoniale, per verificarsi effettivamente un'attribuzione, deve seguire ad una destinazione diretta nei confronti del beneficiario indicato dal testatore. Quest'ultimo deve essere determinato ovvero determinabile, pena la nullità della disposizione. Tralasciando per il momento la questione riguardante i soggetti beneficiari del *modus*, è da notare come l'effetto patrimoniale voluto dal *de cuius* sia del tutto indiretto, escludendo a priori che la disposizione modale possa assolvere una

⁴⁸ Fra tutti, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 326. Di contrario avviso è BIN, *La diseredazione*, cit., p. 152, secondo il quale la generica funzione del testamento consiste nel regolare la successione dei beni per il tempo posteriore alla morte.

funzione attributiva. In linea con la tradizione romanistica, mediante il modo si dispone dei beni attribuiti con l'istituzione di erede e con il legato. È pur vero che la definizione di testamento *ex art. 587 c.c.* utilizza il termine “disposizione”, anziché attribuzione, di tutte le proprie sostanze o di parti di esse⁴⁹. Risulta, dunque, plausibile in via teorica la coesistenza all'interno del negozio testamentario di disposizioni attributive e di disposizioni di destinazione senza che vi sia un vincolo di dipendenza tra loro. Tale tesi deve essere confermata sul piano normativo. È opportuno prendere visione di due esempi molto significativi.

Riguardo agli art. 733 e 734 c.c., non convincono i pur notevoli tentativi di ascrivere le disposizioni dettate dal *de cuius* in tema di divisione alla categoria del legato⁵⁰. Ciò non significa, tuttavia, che le disposizioni divisorie siano indipendenti dall'atto attributivo. Il primo comma dell'art. 733 c.c., nell'escludere la vincolatività delle norme date per la divisione quando l'effettivo valore dei beni non corrisponde alle quote stabilite, denota non solo la prevalenza della volontà attributiva su quella divisoria ma pare suggerire la necessaria compresenza di una disposizione di fonte testamentaria⁵¹. Lo stesso dicasi per il secondo comma, in caso di divisione effettuata da un terzo designato dal *de cuius* e non vincolante, giacché contraria alla volontà del testatore. L'istituzione d'erede, in tale ottica, è posta a parametro necessario degli assegni divisionali semplici. Qualora il testamento sia privo di altre disposizioni, quelle che possono apparire isolate norme per la divisione costituiscono, invece, il

⁴⁹ BIN, *La diseredazione*, cit., p. 239: “L'indicazione ermeneutica che ne scaturisce è chiara: si tratta d'interpretare l'asserto della definizione legale, secondo cui col testamento il soggetto «dispone» dei suoi beni, come significante appunto e semplicemente che con tale atto il testatore «stabilisce un regolamento», «pone un precetto» in ordine alla sorte del proprio patrimonio e da valere per il tempo dopo la morte.”

⁵⁰ Cfr. L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 71 s.

⁵¹ Per una tesi ancor più radicale, si veda Cass., 20-06-1967, n. 1458, in *Foro it.*, 1, XCI, 1968, p. 578-579: “Si fa leva anzitutto sull'art. 733 relativo alle norme date dal testatore per la divisione: ma l'equivoco è evidentissimo, in quanto qui testatore non regola puramente e semplicemente la sorte proprio patrimonio, ma lo attribuisce positivamente. Vale a dire, quando effettua la *divisio inter liberos* e quando detta le norme per la divisione, il testatore in sostanza e chiaramente compie una disposizione attributiva, cioè attribuisce i suoi beni in quel determinato modo e con quelle determinate modalità ai soggetti indicati: tanto è vero che l'art. 733 dispone che le norme dettate la divisione sono vincolanti per gli eredi «salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite dal testatore» il che significa collegare le norme meramente attuative a quelle dispositive, quali sono le disposizioni relative alla quota da attribuirsi a ciascun erede.”

contenuto di una istituzione d’erede in funzione di quota⁵². Residuano, poi, dubbi di legittimità sugli assegni divisionali aventi carattere negativo (A mio figlio Tizio non verrà destinato l’immobile X). Orbene, la tesi esposta previene la problematica inerente l’ipotesi in cui il valore dei beni, decorso un lungo periodo di tempo tra la redazione del testamento e la divisione, non corrisponde più alle quote determinate dalla legge: le norme restano vincolanti ed il coerede non può far valere il rimedio di cui all’art. 735 c.c. che, invece, opera nei casi di preterizione di eredi istituiti ovvero legittimari conseguente ad una divisione effettuata dal testatore. Non produrrebbe alcun effetto l’ammettere, secondo una finzione giuridica, che si sia verificata una istituzione d’erede secondo quote corrispondenti a quelle *ab intestato*, giacché in questo caso “la manifestazione di volontà del testatore non costituisce una deroga alle norme (dispositive) della successione legittima, e quindi è inutile”⁵³. Le disposizioni dettate dal *de cuius* perdono il loro carattere vincolante quando la lesione supera il quarto, per effetto della rescissione. Si è allora chiesto se, aderendo alla tesi maggioritaria secondo cui è possibile indicare in un testamento solamente le modalità divisionali⁵⁴, debba prevalere la determinazione di quote secondo successione legittima ovvero, per un dubbio richiamo al *favor testatoris*, debbano rispettarsi le norme date per la divisione.

L’art. 734 c.c., a differenza del precedente, previene il sorgere di una comunione ereditaria. La divisione fatta dal testatore è efficace dal momento dell’apertura della successione, affiancandosi all’istituzione d’erede ed al legato. Anziché ricercare l’esistenza di un istante ideale, è maggiormente opportuno conoscere la funzione e le finalità della divisione effettuata dal *de cuius*. Le assegnazioni in essa contenute sono collegate alle singole attribuzioni da “un nesso di reciproca subordinazione funzionale

⁵² In onore del vero, si potrebbe facilmente obiettare che l’istituzione *ex re certa* racchiude in sé sia il momento istitutivo che quello divisorio. Il *discrimen* è, come sempre, rappresentato dalla volontà del testatore. Cfr. G. AMADIO, *L’oggetto della disposizione testamentaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 1, P. RESCIGNO (diretto da), 2010, p. 961 s.

⁵³ MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 77

⁵⁴ A sentire BIN, *La diseredazione*, cit., p. 230, nota n. 256, la tesi sopra esposta ha assunto una connotazione prettamente minoritaria.

in vista di una causa unica: la distribuzione (per quote) di una massa patrimoniale”⁵⁵. Tale assunto non può comunque distogliere dal fatto che, sul dato strutturale, l’istituzione d’erede e l’apportionamento non fanno parte di una disposizione unitaria. La nullità della divisione per preterizione dovrebbe, altrimenti, estendersi alla disposizione istitutiva, con effetti paradossali⁵⁶. La divisione segue, dunque, la predeterminazione delle quote astratte (divisione tra coeredi *ex partibus scriptos*). In alcuni casi, però, la quantificazione della quota è effettuata dopo l’assegnazione dei beni (divisione tra coeredi *sine partibus scriptos*). Bisogna tener presente una regola fondamentale sul tema: è ammissibile un apportionamento parziale dei beni del patrimonio ereditario (si veda il secondo comma dell’art. 734 c.c.), ma, tale divisione non può riferirsi ad una determinazione parziale delle quote.

Orbene, non è raro rinvenire casi in cui nella divisione *ex partibus scriptos* il testatore opti per un rinvio integrale alle norme della successione legittima (Voglio che dei miei beni si faccia la ripartizione come per legge), unitamente ad un apportionamento nel rispetto delle quote in esse contemplate. Di fronte a tale circostanza è alquanto difficile contestare il carattere autonomo della divisione fatta dal testatore poiché le assegnazioni sono di fonte testamentaria, mentre gli eredi sono legittimi⁵⁷. Non può dirsi lo stesso per la divisione senza predeterminazione di quote, giacché questa è realizzabile attraverso un fascio di istituzioni d’erede *ex rebus certis*, che ne costituiscono il presupposto logico.

Si giunge alle seguenti conclusioni. Va rivisitata, in linea con la naturale evoluzione del negozio testamentario, la tesi secondo cui, fra istituzione d’erede e

⁵⁵ G. AMADIO, *L’oggetto della disposizione testamentaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 2, P. RESCIGNO (diretto da), 2010, p. 209 che cita L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 81

⁵⁶ E. BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria*, in *Riv. notariato*, 4, parte prima, Milano, 2002, p. 910-911: “Ove la nullità del riparto travolgesse anche le singole istituzioni ereditarie contenute nel testamento, determinando l’apertura della successione legittima sull’intero patrimonio del *de cuius*, si verrebbe infatti all’assurda conseguenza per cui un terzo estraneo alle categorie dei successibili *ex lege*, istituito erede *ex testamento*, ma pretermesso dal testatore in sede di riparto dei beni ereditari, potrebbe agire per l’accertamento in suo favore della nullità della divisione ex art. 735, comma 1, c.c., per poi rimanere irrimediabilmente escluso dalla nuova divisione, operata in base alle quote legittime.”

⁵⁷ BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria*, Ivi, p. 908

legato, *tertium non datur*. La massima è corretta, posto che l'art. 588 c.c. elenca le uniche due disposizioni ammissibili a carattere attributivo. Istituzione d'erede e legato devono, tuttavia, convivere con una vasta schiera di disposizioni di destinazione la cui autonomia è ravvisabile solamente mediante un'analisi per singolo istituto ed a volte, come ci insegna l'art. 734 c.c., per singola modalità di realizzazione dello stesso.

Residuano le disposizioni non patrimoniali di cui al secondo comma dell'art. 587 c.c. Queste, sebbene siano contenute in un testamento, preservano una propria identità rispetto al novero delle disposizioni testamentarie. Si pensi al riconoscimento del figlio, disposizione irrevocabile qualunque sia la sorte del testamento. Cionondimeno, proprio in considerazione del ruolo centrale che rivestono l'istituzione d'erede ed il legato nell'impianto sistematico, si è inclini ad adottare la ripartizione del contenuto tipico del testamento secondo lo schema concepito da un noto Autore⁵⁸ e che può qui riassumersi: il testamento è composto da disposizioni che istituiscono gli eredi e attribuiscono legati, da disposizioni accessorie e da disposizioni complementari, tra le quali rientrerebbero la divisione fatta dal testatore e le norme dettate per la divisione.

Sarà, dunque, osservato nel dettaglio l'istituto modale. Quanto detto, al fine di accertare se il *modus* sia munito o meno di una struttura autonoma e a quale delle due categorie rimaste possa ascrivere, alle disposizioni complementari ovvero agli elementi accessori del negozio testamentario.

2.4 Il collegamento tra l'onere e le disposizioni attributive *ex art. 588 c.c.*

L'assetto normativo del codice civile sarebbe di per sé sufficiente a confermare il carattere accidentale del *modus* testamentario. L'onere è legato alle disposizioni attributive a titolo universale ovvero particolare, sia relativamente al momento genetico dell'istituto in esame, sia al momento esecutivo della prestazione modale. Si è già detto che l'onere può essere apposto tanto all'istituzione di erede quanto al legato.

Il verbo “apporre”, non a caso, è utilizzato anche nell'art. 634 c.c., riguardante le

⁵⁸ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 326

condizioni impossibili ovvero illecite, e per indicare il termine nell'art. 637 c.c. Il *modus*, inoltre, "può" essere apposto, non costituendo elemento essenziale. Il legislatore accomuna i tre elementi accidentali sotto la seconda sezione del capo quinto, rubricato "Dell'istituzione d'erede e dei legati". Può ritenersi, almeno, insolita la circostanza che il legislatore, di norma accorto nell'utilizzo del lessico, abbia poi usato una espressione che poco si addice alle disposizioni autonome e non abbia menzionato l'onere, che pur sarebbe disposizione autonoma, insieme all'istituzione d'erede ed al legato. Il contesto, favorevole all'accidentalità del *modus*, presenta al suo interno diverse norme propendenti per tale opinione. *In primis*, l'art. 647 c.c. regola al terzo comma una dinamica tra la disposizione e l'onere impossibile o illecito identica a tutti gli effetti a quella delineata per la condizione ed il termine. L'art. 549 c.c. circoscrive alla quota disponibile l'imposizione di pesi e condizioni. L'art. 671 c.c., nel disporre che il legatario è tenuto ad adempiere entro i limiti del valore della cosa legata, ed il secondo comma dell'art. 648 c.c. evidenziano come il legame tra l'onere e la disposizione attributiva non rilevi solamente all'apposizione del *modus*, bensì permanga sino al raggiungimento del fine voluto. Tutto lascia credere che l'onere costituisca un elemento non essenziale della disposizione attributiva, inserendosi nella struttura dell'istituzione d'erede e del legato senza alterarne la causa. Ciò non significa che il *modus* non possa incidere sulla validità dell'atto ovvero sul rapporto che si è creato⁵⁹. La nullità e la risoluzione dell'intera attribuzione non hanno luogo in ossequio a particolari dinamiche tra disposizioni collegate ma si verificano solo nei casi eccezionali in cui l'ordinamento attribuisce al motivo individuale aggiunto una rilevanza tale da inficiarne la causa.

Al termine del discorso, potrebbe risultare prevedibile l'obiezione secondo cui l'effettivo contributo fornito in questa sede si limiti ad esporre l'impianto sistematico nel quale il *modus* opera, nonché a risolvere questioni preliminari alla problematica inerente all'accessorietà dell'onere. È riguardo al carattere accessorio del *modus*, infatti, che la dottrina ha suscitato i maggiori dubbi. Per quanto i due piani spesso

⁵⁹ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 67

coesistano, finendo col confondersi, accidentalità e accessorietà sono due concetti distinti. L'elemento accidentale non modifica gli effetti tipici, né la mancanza di questo determina l'invalidità del negozio. Il criterio comunemente adottato per determinare gli elementi accidentali è, dunque, di carattere negativo, limitandosi ad includere nella categoria tutto ciò che è escludibile da quella degli elementi essenziali e naturali del negozio. L'accidentalità, ponendosi in termini di mera compatibilità in astratto con l'atto negoziale, secondo una parte della dottrina non offrirebbe alcuna utilità nel concreto⁶⁰. Di contrario avviso, la categoria degli elementi accidentali ha un grosso impatto nell'ambito dell'autonomia privata: senza incidere sulla tipicità del negozio, vi include contenuti di vario genere (principalmente un'autolimitazione) non suscettibile del vaglio di meritevolezza dell'interesse *ex art. 1322 c.c.* “Una volta però che siano stati dedotti nel negozio, tali elementi acquistano piena rilevanza come parte integrante della volontà. Parte integrante e inscindibile: il negozio condizionato o a termine è un negozio diverso dal negozio puro e semplice.”⁶¹

Rapportata alla disposizione testamentaria modale, tale nozione deve tenersi in debito conto per una corretta analisi del carattere accessorio del *modus*.

⁶⁰ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 26 s.

⁶¹ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 144-145

3- L'accessorietà dell'onere

3.1 L'ambulatorietà dell'onere

Il rapporto che intercorre fra un elemento accessorio ed il negozio principale non attiene ad un dato strutturale, bensì consiste nella dipendenza logica del primo nei confronti del secondo. Tale principio spesso regola, infatti, i rapporti tra istituti composti da elementi propri e distinti. Produce un'obbligazione accessoria, ad esempio, la fideiussione. La dipendenza funzionale, a cardine dell'accessorietà, rende il concetto stesso applicabile ai più disparati campi del diritto, ne sia dimostrazione il fatto che il brocardo *accessorium sequitur principale* è stato concepito dalla tradizione romanistica riferendosi alle dinamiche concernenti i diritti reali.

Occorre fare una premessa. Il legame accessorio non interessa né la volontà complessiva del *de cuius*, né la causa del negozio. Alcuni autori, nei loro studi sul *modus* testamentario, utilizzano le suddette figure a parametro per affermare, ovvero negare, l'accessorietà dell'onere⁶². La volontà del testatore, per una serie di motivi, non è un criterio adeguato per poter desumere la dipendenza di un elemento da un altro. In primo luogo, verrebbero a confondersi e sovrapporsi gli effetti derivanti dall'invalidità o dalla revoca delle disposizioni principali con le separate conseguenze sull'elemento accessorio. Quest'ultimo, infatti, ne condivide la sorte, ma non necessariamente i vizi. Vengono, altresì, ignorate le cause d'invalidità e di inefficacia che non riguardano vizi del volere. È bene ricordare, poi, che la disposizione modale racchiude in sé una duplice volontà: pure a volere inquadrare il rapporto intercorrente tra le due in termini di subordinazione della volontà modale nei confronti di quella attributiva, si nota come a volte si manifesta l'esatto opposto, ad esempio quando il *modus* costituisce il motivo unico e determinante della liberalità. Si esclude, in base al carattere unitario dell'onere, che possano essere contenute in un testamento disposizioni modali accessorie ed autonome secondo l'interpretazione della volontà

⁶² Il criterio della volontà è adottato da CARNEVALI, *Modo*, cit.; il criterio della causa è adottato da N. VISALLI, *Il modus testamentario*, in *Giust. Civ.*, 7-8, Parte Seconda, Milano, 2003, p. 305 s.

del disponente, poiché l'accessorietà (che la si neghi o meno nel caso di specie) è intrinseca alla natura dell'istituto. L'utilizzo del criterio della volontà per determinare il carattere accessorio dell'onere, in particolar luogo, non trova accoglimento in considerazione dell'assunto secondo cui, pur risultando il motivo unico e determinante della attribuzione, il *modus* non trasforma la liberalità in atto di corresponsione. La causa del negozio giuridico è, poi, uno degli elementi essenziali del negozio: la questione, si ripete, concerne il carattere accidentale del *modus*, in quanto facente riferimento alla struttura del negozio, e non quello accessorio.

Per potersi dunque riconoscere in un negozio giuridico la presenza di un elemento accessorio, questi deve avere come presupposto l'elemento principale. Esso risente, nella stessa misura, dell'invalidità ovvero dell'inefficacia che è stata comminata all'atto al quale accede. La dipendenza si considera *ex uno latere*, comportando "l'incomunicabilità"⁶³ dei vizi dell'elemento accessorio al rapporto principale.

Una delle argomentazioni principali a sostegno dell'autonomia del *modus* tende ad escludere, sulla base degli art. 676 e 677 c.c., che si verificano le dinamiche sopra esposte. Tali articoli sanciscono l'ambulatorietà del *modus*, termine con il quale si indica il trasferimento dell'onere a coloro i quali succedono all'erede ed al legatario onerato. I coeredi o i legatari, per accrescimento, e gli eredi legittimi o l'onerato, per delazione per legge, subentrano negli obblighi connessi all'attribuzione, *modus* compreso, salvo che questi non siano di carattere personale. Orbene, l'onere testamentario si presenta, ad una prima lettura, totalmente svincolato dall'istituzione d'erede ovvero dal legato⁶⁴. All'ambulatorietà dell'onere viene poi associata, come logica conseguenza, l'irrefluenza sul *modus* delle invalidità concernenti l'istituzione d'erede e del legatario al quale è stato apposto, suggerendo così l'indipendenza tra le due disposizioni⁶⁵. Tale affermazione sembrerebbe confermata in via implicita dal terzo comma dell'art. 677 c.c., il quale dispone che il passaggio del *modus* ai subentrati

⁶³VISALLI, *Il modus testamentario*, cit., p. 309

⁶⁴GIORGIANI, *Il modus testamentario*, cit., p.894 s.

⁶⁵CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 202

avviene anche a seguito di risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento dello stesso onere.

Tali argomentazioni sono, ambedue, soggette a critiche. *In primis*, gli art. 676 e 677 c.c. sono estranei alle ipotesi che incidono sulla validità o sull'inefficacia di un atto. Essi richiamano, invece, l'aspetto soggettivo del rapporto che si instaura tramite la disposizione testamentaria. Gli effetti dell'accrescimento e della delazione per legge operano unicamente nella circostanza in cui mancano l'erede ovvero il legatario designato in origine dal testatore. La mancata accettazione dell'eredità, la rinuncia del legato e le altre cause che comportano l'applicazione della suddetta normativa sono situazioni che, una volta verificatesi, generano la necessità di individuare i prossimi chiamati a succedere. A tal fine intervengono, appunto, la legge ed, eventualmente, il *de cuius* con una sostituzione. La menzione della risoluzione per inadempimento della prestazione modale costituisce, poi, la classica fattispecie speciale: aderendo alla tesi dell'autonomia dell'onere non si vedrebbe il motivo di includere una regola specifica in un articolo, l'art. 677 c.c., dal contenuto generale. L'irrefluenza sul *modus* dell'invalidità o dell'inefficacia dell'atto principale, alla luce di una corretta interpretazione degli art. 676 e 677 c.c., non è più argomentazione sostenibile.

È pur vero che, seguendo la sorte dell'atto principale, il *modus* quale elemento accessorio dovrebbe essere soggetto a caducazione nel momento in cui “la porzione dell'erede mancante si devolve agli eredi legittimi e la porzione del legatario mancante va a profitto dell'onerato” *ex* art. 677 c.c., primo comma. L'ambulatorietà descritta pone altresì in discussione il carattere accidentale del *modus* testamentario poiché l'elemento di una disposizione non potrebbe sopravvivere alla caducazione della stessa⁶⁶. Per non entrare in contraddizione con i risultati raggiunti in precedenza, bisogna analizzare il fenomeno sotto una diversa ottica visuale. Ancora una volta è opportuno prestare particolare attenzione alla considerazione generale che il legislatore ha della disciplina inerente alla successione testamentaria.

⁶⁶ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 369

Gli effetti che riversano sulla situazione soggettiva modale⁶⁷ ex art. 676 e 677 c.c. rispondono al *favor testatoris*, principio riconosciuto nel campo delle successioni a causa di morte. Il testamento, difatti, è un atto che non è più ripetibile, motivo per cui l'ordinamento prevede in molteplici occasioni la sopravvivenza delle disposizioni di fonte testamentaria, rafforzando così la volontà del *de cuius*. È bene ricordare che tale principio convive con una rigida normativa sulla forma e sul contenuto dell'atto testamentario. La terzietà degli articoli 676 e 677 c.c. sulle questioni riguardanti la validità ed efficacia delle disposizioni testamentarie fanno, dunque, propendere per la soluzione secondo la quale tali articoli non possono sconfinare oltre il profilo effettuale. A maggior ragione, tali norme non possono fornire valide indicazioni in merito all'autonomia di tutta una serie di disposizioni, semplicemente desumendo tale principio dalle conseguenze dell'ambulatorietà. Al contrario, la legge sembra volere evitare la naturale caducazione dei pesi nel momento in cui l'erede designato non voglia o non possa accettare la disposizione attributiva. Una disposizione autonoma non necessita degli art. 676 e 677 c.c., giacché questi sono rivolti ad una categoria generale, i pesi, e risalgono ad una *ratio* peculiare, che pare essere rivolta ad elementi accessori.

Il *modus*, per effetto di legge, viene salvaguardato, al pari degli altri pesi, mediante il trasferimento agli eredi ovvero ai legatari subentrati. Considerando la duplice volontà che il *de cuius* esprime tramite la disposizione testamentaria modale, quest'ultima è destinataria di un'ulteriore tutela, di cui al terzo comma dell'art. 677 c.c. Qualora il legislatore avesse inteso dedurre l'autonomia del *modus* testamentario dall'ambulatorietà dello stesso, avrebbe espresso in forma esplicita tale concetto negli art. 647 e 648 c.c. ovvero avrebbe posto tra quest'ultime una specifica disposizione. È, invece, presente il terzo comma dell'art. 647 c.c., norma dalla quale si deduce l'incomunicabilità dei vizi dell'elemento modale alla disposizione principale. Il dettato normativo, almeno apparentemente, sembra propendere per il carattere accessorio del *modus*.

⁶⁷ VISALLI, *Il modus testamentario*, cit., p. 309

Residua, dall'analisi degli art. 676 e 677 c.c., un caso decisivo per la soluzione della incognita attinente l'accessorietà, o meno, dell'onere testamentario. Prevedendo che il *modus* possa trasferirsi anche agli eredi legittimi, una volta caducata l'unica istituzione d'erede e del legatario, l'onere finisce per costituire il contenuto esclusivo del testamento. Il passaggio logico successivo, ma non necessariamente obbligato, è di ammettere l'esistenza di un onere isolato, ovvero sia la possibilità in capo al *de cuius* di disporre delle proprie sostanze unicamente tramite un *modus*⁶⁸. Quest'ultimo non potrà che assumere natura autonoma. La previsione di un onere isolato collide, tuttavia, con la disposizione di cui al primo e al terzo comma dell'art. 647 c.c. nonché con la tradizionale concezione del *modus* quale limite ad una liberalità. Affinché operi la successione legittima, infatti, deve mancare o risultare invalida qualsiasi manifestazione di volontà del *de cuius*. Il testatore, in verità, ha piena facoltà di disporre dei beni che verranno attribuiti per legge e il collegamento con l'istituzione d'erede ed il legato *ex art.* 647 c.c. può assumere un diverso significato, specie se il *modus* testamentario è una disposizione autonoma. Diverse sono le tesi formulate in tal senso.

3.2 Le disposizioni a favore dell'anima

L'opinione secondo cui l'onere può rappresentare l'unica disposizione di un testamento è spesso giustificata sulla base dell'art. 629 c.c., rubricato "Disposizioni a favore dell'anima". Il secondo comma dispone che tali disposizioni "si considerano come un onere a carico dell'erede o del legatario, e si applica l'art. 648". Giacché risulta pacifico che un testamento possa esaurirsi unicamente in una disposizione a favore dell'anima, non dovrebbe negarsi lo stesso trattamento per il *modus*. Alcuni autori tendono, infatti, a descrivere il rapporto intercorrente tra le disposizioni *ex art.*

⁶⁸ C. SANDEI, *Autonomia dell'onere testamentario*, in *Riv. Dir. Civ.*, Milano, 2008, p. 244: "Poiché, dunque, l'art. 677 c.c. è il punto fermo da cui occorre partire e poiché, quindi, si deve ammettere che l'onere sopravvive anche al venir meno della clausola attributiva cui è apposto, sarebbe illogico dire poi che un onere non può essere previsto isolatamente e, cioè, senza apposizione ad un'altra disposizione attributiva."

629 c.c. e il *modus* in termini di specialità rispetto al genere. Ne consegue che cade in un concettualismo chi afferma *de plano* che la disposizione a favore dell'anima debba considerarsi accessoria all'istituzione d'erede ovvero al legato: è in realtà pacifico il carattere autonomo di questa⁶⁹. Né appare conclusivo il rilievo, a supporto della necessaria distinzione tra onere e disposizioni a favore dell'anima, per cui quest'ultime "hanno una sfera di efficacia più estesa di quella dell'onere, dato che gravano anche sull'erede legittimo, mentre quello non può gravare sull'erede testamentario o sul legatario, e cade col cadere della disposizione testamentaria che designa l'erede o il legatario"⁷⁰. Al contrario, l'art. 629 c.c. potrebbe rilevarsi un ottimo riferimento normativo al fine di catalogare il *modus* tra quelle disposizioni testamentarie complementari ed autonome di cui in precedenza si era parlato⁷¹.

Sussistono, tuttavia, fatti per i quali le disposizioni a favore dell'anima non sono equiparabili al *modus* testamentario. Si contesta, ad esempio, che le disposizioni *ex art.* 629 c.c., in virtù della loro autonomia, "rimangono in vita anche se mancano altre disposizioni testamentarie"⁷². Nella medesima circostanza può di certo trovarsi anche la disposizione modale, secondo le dinamiche dell'art. 677 c.c. È pur vero, tuttavia, che ciò avviene per espressa volontà del legislatore e sulla base di motivazioni che, si ripete, non riguardano la questione sull'accessorietà del *modus*. Cionondimeno, l'onere isolato è ancora da verificare. Lo stesso legislatore, poi, nega qualsiasi identità tra le disposizioni a favore dell'anima e l'onere. L'espressione secondo la quale le pie disposizioni "costituiscono un onere" è stata sostituita, in sede di stesura del nuovo codice civile, con "esse si considerano un onere". La differente formulazione è stata adottata al fine di chiarire che la legge non intende identificare le disposizioni per l'anima con il *modus*⁷³. Qualora la pia disposizione venga considerata come onere, peraltro, il rinvio all'art. 648 c.c. contenuto nel secondo comma dell'art. 629 c.c.

⁶⁹ S. PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Scritti Giuridici*, 2, Milano, 2010, p. 588: "La disposizione a favore dell'anima non accede alla istituzione di erede o al legato, ma grava l'erede o il legatario. La distinzione non è arbitraria né bizantina."

⁷⁰ PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, *Ibidem*

⁷¹ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit.

⁷² PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, *Ibidem*

⁷³ *Relazione del ministro guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, cit., n. 307

dovrebbe risultare pleonastico, dal momento che il criterio di specialità già prevede l'applicazione di tutte le norme generali compatibili.

Il secondo comma dell'art. 629 c.c., in realtà, desta una diversa serie di interrogativi: in primo luogo per quali motivi il legislatore abbia deciso di considerare le pie disposizioni degli oneri a carico dell'erede o del legatario, in secondo luogo perché viene fatto rinvio solamente all'articolo riguardante l'adempimento del modo.

L'esigenza di mantenere una sorta di legame tra le pie disposizioni ed il *modus* viene percepita nella stessa relazione ministeriale al Codice Civile del 1942, nella quale si afferma che la disciplina data alle disposizioni per l'anima "si ispira allo schema giuridico generale dell'onere nelle disposizioni *mortis causa*"⁷⁴. Una parte della dottrina, specie quella favorevole all'identità tra le menzionate disposizioni, tende ad estendere l'ambito di applicazione concesso *ex art. 629 c.c.*, secondo comma, all'intera normativa riguardante il *modus* testamentario, ritenendo non tassativo il rinvio effettuato dalla legge⁷⁵. In altri studi viene, invece, completamente ignorata la posizione tenuta dal redattore dell'odierno codice civile, affermandosi così l'esistenza di un *modus pro anima*⁷⁶.

Si ritiene che i due quesiti sopra elencati possano trovare adeguata risposta unicamente nel momento in cui si ha considerazione dell'impianto sistematico nel quale l'art. 629 c.c. è posto, nonché delle preoccupazioni sorte in sede di stesura del codice civile del 1942. *In primis*, l'articolo è stato collocato in una schiera di norme, gli art. 627-631 c.c., che hanno come oggetto tutta una serie di circostanze nelle quali risulta incerto il beneficiario della disposizione testamentaria ovvero è stata rimessa la scelta di questo all'arbitrio di un terzo. La legge, salvo quando il destinatario

⁷⁴ *Relazione del ministro guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, cit., p. 68

⁷⁵ Fra tutti G. SCARPELLO, voce *Anima (disposizione a favore dell')*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958: "non può riconnettersi carattere tassativo alla norma di legge, la quale, dopo avere dichiarato che le pie disposizioni «si considerano come un onere a carico dell'erede o del legatario», prescrive l'applicabilità dell'art. 648 c.c., concernente l'adempimento dell'onere. Non soltanto questo aspetto, senza dubbio il più importante dal punto di vista pratico, della disciplina dell'onere, ma tutte le disposizioni attinenti comunque all'onere medesimo debbono ritenersi applicabili alla disposizione per l'anima, salvo che siano incompatibili con la particolare fisionomia di essa".

⁷⁶ VISALLI, *Il modus testamentario*, cit., p. 314 è al contempo sostenitore del carattere accessorio del *modus* e fautore dell'onere *pro anima*.

dell'attribuzione sia persona assolutamente incerta, regola particolari situazioni nelle quali la determinazione del beneficiario può rappresentare un compito problematico⁷⁷. Si osserva che gli art. 627-631 c.c. hanno ad oggetto le disposizioni attributive a titolo particolare ovvero universale *ex art. 588 c.c.* Orbene, la disposizione a favore dell'anima, non potendo identificarsi con l'onere, è ascrivibile alla tipologia del legato. L'anima, tuttavia, non è un soggetto giuridico, tantomeno un reale beneficiario dell'attribuzione. Verrebbe a profilarsi un legato anomalo, eppure previsto dalla legge. Al fine di conciliare la natura attributiva della disposizione a favore dell'anima con l'indeterminabilità del legatario, il legislatore ha ritenuto opportuno fare riferimento allo schema giuridico del *modus*, istituto sul quale molto si discute in merito alla circoscrizione dei beneficiari. Il novero dei destinatari della prestazione contenuta in un onere è, infatti, talmente vasto e incerto, da risultare per alcuni autori quasi indefinito⁷⁸. Tenendo presente quanto detto, si ha motivo di credere che dietro l'espressione "(le disposizioni a favore dell'anima) si considerano un onere" si celi in realtà l'intento di concentrare, sul piano soggettivo, l'attenzione sulla figura dell'onerato e non su quella del diretto beneficiario, salvaguardando così la pia disposizione dalla nullità *ex art. 628 c.c.* Secondo una mera interpretazione letterale, al contrario, dovrebbe ammettersi l'esistenza di oneri *pro anima*, conclusione in contrasto con la stessa intenzione del legislatore.

Il rinvio all'art. 648 c.c. trova il suo fondamento, poi, in esigenze pratiche. Nella redazione dell'odierno codice civile si è avvertita la necessità di conferire l'azione per l'adempimento all'autorità religiosa competente ovvero ad un soggetto pubblico, sia pure il pubblico ministero ovvero l'autorità giudiziaria. Bisogna tenere a mente, infatti, la distinzione tra i concetti di beneficiario della disposizione ed interessato alla prestazione. La disposizione a favore dell'anima, generando un interesse soltanto indiretto in capo a soggetti giuridici determinati⁷⁹, non dispone in via efficace dei

⁷⁷ Si veda Cass., 07-07-1987, n. 5897, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 2478: "le norme di cui agli artt. 629 e 630 non costituiscono eccezione al principio enunciato dall'art. 628 ma hanno valore integrativo o suppletivo in casi ritenuti dal legislatore degni di particolare tutela".

⁷⁸ Si avrà occasione di approfondire in seguito tale aspetto.

⁷⁹ PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 587

rimedi giuridici all'inadempimento predisposti dall'ordinamento per le disposizioni a carattere attributivo. Non vi sono soggetti giuridici interessati direttamente e la designazione, da parte del testatore, di una persona che curi l'esecuzione della disposizione attiene, in verità, alla distinta figura dell'esecutore testamentario. L'art. 648 c.c., d'altro canto, è una disciplina particolarmente adatta anche per le disposizioni a favore dell'anima, in quanto prevede che ogni interessato può agire per l'inadempimento. L'autorità religiosa, i parenti, gli amici e, in mancanza, l'esecutore designato possono così agevolmente usufruire del tassativo rinvio alle norme sull'adempimento del *modus* testamentario contenuto nel secondo comma dell'art. 629 c.c.

Appurato che il rapporto intercorrente tra la disposizione a favore dell'anima e l'onere non è individuabile attraverso il criterio di specialità, non si ha più alcuna ragione per sostenere l'autonomia del *modus* sulla base dell'autonomia della pia disposizione ovvero sulla capacità di questa di costituire l'unico contenuto del testamento. Pur non aderendo alle suddette conclusioni, il risultato non cambia: è, di norma, l'istituto speciale ad assumere i caratteri intrinseci dell'istituto generale, non viceversa. L'autonomia del *modus* testamentario sarebbe, dunque, ancora da dimostrare. Tanto vale, dunque, stabilire a monte se è ammissibile l'esistenza di un onere capace di esaurire il contenuto testamentario.

3.3 L'onere isolato

Il 21 febbraio del 2007, con sentenza n. 4022, la seconda sezione civile della Corte di Cassazione si pronunciava in merito al tema dell'onere isolato. Nella massima ufficiale viene affermato che:

“l'onere o *modus* si qualifica come elemento accidentale ed accessorio rispetto al negozio testamentario, istitutivo di erede (o contenente un legato), ma tale natura non esclude che lo stesso onere possa collegarsi ad un'istituzione di erede per legge, nell'ipotesi in cui il testamento non istituisca un erede, dando luogo alla successione

legittima; infatti, l'imposizione dell'onere all'erede legittimo è stabilita dal diritto positivo, all'art. 629 c.c., che, nel prevedere che le disposizioni a favore dell'anima «si considerano come un onere a carico dell'erede o del legatario, e si applica l'art. 648», implica che in mancanza di istituzione testamentaria di erede l'onere possa gravare sull'erede designato per legge, in eguale misura, con applicazione della medesima disposizione dell'art. 648 c.c. sull'adempimento dovuto.”⁸⁰

L'enunciata sentenza ha colto l'interesse degli studiosi per essere stata la prima pronuncia favorevole all'autonomia del *modus* testamentario. Ad essere sinceri, tale intervento incuriosisce per le apparenti contraddittorietà nelle quali incorre. In relazione al riferimento fatto all'art. 629 c.c. si rinvia al paragrafo precedente, nonché ai dubbi espressi nelle numerose note alla sentenza in esame⁸¹. Il punto controverso risiede, invece, nell'accoglimento da parte della Cassazione della nozione tradizionale di onere quale elemento accidentale e accessorio del negozio testamentario, ciò unitamente alla tesi secondo cui l'istituto modale possa accedere ad una istituzione d'erede per legge. Le due affermazioni sono all'antitesi, inconciliabili tra loro. Il *modus* testamentario, in qualità di elemento accidentale ed accessorio del negozio *mortis causa*, deve accedere ad una liberalità successoria, ovverosia ad una disposizione che abbia fonte testamentaria. Ne consegue che l'onere apposto ad una istituzione d'erede per legge non può che avere carattere autonomo, dal momento che dispone di una compiuta struttura e non dipende da alcuna disposizione.

Per i motivi esposti, la gran parte della dottrina, lungi dal prendere *de plano* una posizione sull'autonomia ovvero sull'accessorietà del *modus* testamentario, ha cercato di interpretare la sentenza n. 4022/2007 in modo tale da risolvere la contraddizione

⁸⁰ Cass., 21-02-2007, n. 4022, in *Vita not.*, 2, 2007, p. 747

⁸¹ Fra tutti, M. D'AURIA, *Sull'autonomia del modus testamentario*, in *Giur. It.*, Torino, 2007, p. 2701

“La Corte a tale scopo utilizza l'art. 629 c.c. A nostro avviso essa non è idonea a far concludere che ogni disposizione modale possa avere carattere autonomo. L'art. 629 c.c. è norma eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica, il cui scopo è sostenere la validità delle disposizioni a favore dell'anima, altrimenti nulle ai sensi dell'art. 628 c.c., oltre che per incapacità a succedere «dell'anima». [...] Comunque se davvero di onere si tratta, è autonomo perché è la legge che lo ha previsto; mentre la questione è se l'onere di cui all'art. 647 c.c. possa validamente sussistere quale disposizione autonoma.”

insita nella previsione di un onere accessorio che si collega ad una chiamata ereditaria per legge. Molte di queste teorie si basano sull'assunto che accidentalità ed accessorietà non siano caratteri essenziali del *modus*, bensì rappresentino solamente il "genoma base" e l'ipotesi più frequente in tema di onere testamentario. Differiscono, invece, i criteri scelti al fine di distinguere le particolari circostanze nelle quali il *modus* testamentario si presenta in veste di disposizione autonoma. Non manca, infatti, chi ravvisa nell'onere isolato l'unico caso in cui questo ha natura autonoma (differendo così dal dettato normativo⁸²) nonché chi da rilevanza alla tipologia di limitazione, economica ovvero giuridica, imposta all'attribuzione. Un altro Autore, nel sostenere l'autonomia del *modus* testamentario, riprende il tema dell'ambulatorietà dell'onere: sarebbe attribuita al testatore la facoltà di creare un legame accessorio con la disposizione attributiva, rendendo così personale l'obbligo modale e, dunque, non trasferibile agli eredi subentrati⁸³. Il secondo comma dell'art. 648 c.c. indicherebbe le due forme ammissibili mediante le quali creare il collegamento negoziale.

Orbene, è oggetto di critica l'ipotesi secondo la quale l'istituto modale può avere natura accessoria ed autonoma in base alle circostanze, al tipo di prestazione in esso contenuta, alla volontà del testatore. La suddetta impostazione sembra giustificare l'eventualità di un onere isolato, anziché trovare in esso il necessario riscontro pratico. Pur aderendo a tale compromesso, non può comunque ammettersi che il *modus* sia, in genere, disposizione accessoria. L'autonomia dell'onere dovrebbe, in tale ottica, conseguire ad una manifestazione di volontà dell'individuo in tal senso, non potendo desumersi dal tipo di prestazione imposta ovvero dall'esistenza di un'unica disposizione nel testamento. Eventualmente, sarebbe l'opposto: un *modus* autonomo diventa accessorio quando il *de cuius* crea il collegamento negoziale. Trattasi, tuttavia,

⁸²S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Comm. Schlesinger sub art. 587-590*, Milano, 2005, p. 151-152

⁸³SANDEI, *Autonomia dell'onere testamentario*, cit., p. 247: "la volontà testamentaria può creare un collegamento negoziale tra onere e attribuzione quando la seconda trova il suo fondamento nel primo. In altre parole, sembra che al testatore sia attribuita la possibilità, qualora ci corrisponda alla sua volontà, instaurare un collegamento (negoziale) tra l'onere e l'attribuzione in favore dell'onerato. Il testatore nell'esercizio della propria autonomia privata, ha la possibilità non solo di scegliere quali negozi porre in essere e con quali contenuti, ma anche se stabilire un collegamento negoziale tra i vari negozi contenuti nel testamento, individuandone alcuni come principali rispetto ad altri accessori."

di due disposizioni distinte, motivazione per cui verrebbe a mancare il carattere accidentale dell'onere testamentario, che pur è previsto dalla Suprema Corte. Cionondimeno, il riferimento agli obblighi di carattere personale è improprio, giacché questi seguono i criteri inerenti la fungibilità e la personalità della prestazione, non il motivo in capo all'apposizione del *modus*. Ma vi è di più. Gli art. 676 e 677 c.c., si ripete, attingono ad una diversa *ratio* e sono estranei a qualsiasi discussione sull'accessorietà della disposizione testamentaria modale.

Una diversa interpretazione della sentenza in esame, anziché dibattere sull'autonomia del *modus* testamentario, sposta l'attenzione sull'autonomia negoziale del testatore. Il *de cuius*, nel caso di specie, avrebbe imposto un onere in senso lato, ovvero una disposizione autonoma che, come accade per le disposizioni a favore dell'anima, assume numerosi tratti del *modus* in senso tecnico, pur non identificandosi con lo stesso⁸⁴. Si tratterebbe, invero, di questione concernente la tipicità delle disposizioni testamentarie. Nel testo della sentenza, tuttavia, vi è un richiamo evidente alla disciplina del *modus* di cui agli art. 647 e 648 c.c., escludendosi così l'eventualità dell'esistenza, nel caso *de quo*, di un onere in senso lato.

Alla luce di tali considerazioni, si è portati a credere che è impossibile trovare un effettivo equilibrio tra l'accessorietà del *modus* e la previsione di un onere in capo all'erede legittimo. Si ritiene, comunque, che la massima della sentenza in esame possa avere una sua coerenza se analizzata in considerazione dell'*iter* logico seguito dalla Cassazione. La controversia verteva sulla corretta interpretazione del seguente passo: “Tutto quello che ho (l'appartamento a Roma, i titoli e i conti che ho in banca, le cose che sono nelle case che ho abitato) devono essere utilizzate per il finanziamento di un asilo nido per bambini extracomunitari da realizzarsi a Cesena. Il Comune dovrebbe mettere la terra”. La Suprema Corte, in conformità alle decisioni prese in sede di

⁸⁴ A. BERTOTTO, *In tema di onere a carico dell'erede legittimo*, in *Not.*, 2008, p. 138: “assodato che la disposizione a favore dell'anima che incombe sull'erede legittimo, lungi dal qualificarsi come *modus*, si sostanzia in un peso od onere (in senso lato) a carico dell'attributario, la questione sulla legittimità del *modus* a carico dell'erede legittimo va riformulata nel quesito se l'autonomia testamentaria possa manifestarsi nella imposizione di un simile peso anche al di fuori dell'ipotesi tipica di cui all'art. 629 c.c.. Non sembra che vi siano ostacoli ad una risposta positiva.”

merito, ha ritenuto necessario interpretare la disposizione come un onere in capo al fratello, erede legittimo, in virtù del principio di conservazione della volontà testamentaria. La disposizione, altrimenti, dovrebbe considerarsi nulla per indeterminatezza del beneficiario ai sensi dell'art. 628 c.c.⁸⁵ Orbene, la menzione dell'articolo riguardante le disposizioni a favore di persona incerta ha messo in guardia un certo Autore sulla presenza di una istituzione d'erede *ex art. 588 c.c.* Tale disposizione è valida ed efficace, seppure debba individuarsi *sub iudice* il chiamato all'eredità⁸⁶. Il Comune di Cesena, presumibilmente, sarebbe stato il soggetto favorito nella lista dei possibili eredi testamentari, giacché avrebbe dovuto mettere a disposizione la terra. Per quanto le presenti conclusioni siano condivisibili *in toto*, la Suprema Corte ha stabilito diversamente, ritenendo sussistere una chiamata per legge alla quale è stato apposto un onere.

Ciononostante, dall'analisi della sentenza n. 4022/2007 è possibile ricavare i dovuti frutti in merito al tema dell'onere isolato. La chiamata ereditaria per legge è incompatibile con l'apposizione di un termine, di una condizione, di un *modus*. I tre elementi accidentali, presi singolarmente, non riescono a costituire una forma completa di determinazione testamentaria capace di accostarsi all'attribuzione *ex lege*.

È pur vero che attraverso l'onere testamentario si esplica una volontà, per così dire, supplementare a quella attributiva. La necessità, sentita dalla Suprema Corte, di applicare il principio di conservazione ha, dunque, un valido fondamento. Si tenga a mente che, una volta dedotti gli elementi accidentali in un negozio giuridico,

⁸⁵ Cass. 21-02-2007, n. 4022, in *Vita not.*, cit., p. 747: “I tre motivi in esame, dunque, non sono meritevoli di accoglimento, non essendo incorsa la Corte di merito negli errori di giudizio denunciati ed avendo adeguatamente motivato l'iter logico seguito per giungere al risultato ermeneutico adottato con riguardo al testamento olografo del sen. G.L., così da assicurarne - secondo principio di conservazione della volontà testamentaria un qualche effetto giuridico, che altrimenti non avrebbe potuto avere, ai sensi dell'art. 628 c.c. per l'obiettivo incertezza della persona indicata dal testatore quale beneficiaria delle proprie sostanze.”

⁸⁶ D'AURIA, *Sull'autonomia del modus testamentario*, cit., p. 2702. L'Autore prosegue: “Se invece — come la Corte ha di fatto operato — si apre la successione legittima, per giunta allo scopo di sfuggire ai rigori della nullità di cui all'art.628c.c., non ritenendo in principio applicabile l'art.630c.c., allora non si fa davvero applicazione del detto principio di conservazione, ma si è semplicemente evitato di applicare la giusta sanzione della nullità alla disposizione testamentaria: anzitutto inventando un erede diverso da quello eventualmente identificabile dalla scheda testamentaria; in secondo luogo, al solo scopo di addossargli impropriamente un onere risultante dal testamento.”

quest'ultimo risulta diverso dall'atto puro e semplice⁸⁷. In via del tutto ipotetica, l'implicito richiamo (non vi è alcuna menzione nel testamento di eredi e legatari) alla chiamata ereditaria per legge comporterebbe, comunque, una successione testamentaria. In virtù della eccezionale natura del *modus*, l'istituzione d'erede al quale viene apposto l'onere diverrebbe una disposizione complessa rispetto alla semplice successione *ex lege*. L'argomentazione riportata ha, tuttavia, un grande difetto: in casi del genere risulta del tutto assente una conferma da parte del testatore della istituzione *ex lege*. In tale frangente, giunge in soccorso, dunque, il principio ermeneutico di conservazione della volontà testamentaria. In virtù della sua applicazione, si ritiene per presupposta una volontà attributiva del *de cuius* conforme alle regole della successione legittima. A maggior ragione il meccanismo funziona in presenza di un'esplicita manifestazione del testatore nel senso di effettuare la ripartizione come per legge.

In sostanza, qualora non si ravvisi nel testamento alcun riferimento alla posizione di eredi e legatari, l'unica via percorribile dall'interprete per non degradare il *modus* ad una mera raccomandazione consiste nell'ammettere che l'istituzione per legge sia, in realtà, soltanto apparente, sussistendo invece una disposizione testamentaria attributiva a titolo universale⁸⁸. Trattasi di una finzione giuridica indispensabile, in armonia con il fine perseguito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 4022/2007.

L'esigenza di individuare un'istituzione d'erede alla quale collegare il *modus* testamentario è una ulteriore prova del carattere accessorio di quest'ultimo. Se non altro, l'esistenza di un onere isolato non rappresenta più il tema decisivo a sostegno dell'autonomia della disposizione modale. Bisogna cercare altrove.

⁸⁷ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 144-145

⁸⁸ DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, cit., p. 150-151: “il testatore, nel confermare l'istituzione ereditaria *ex lege*, non può che averla per ciò stesso voluta nei suoi contenuti: sicché si dovrà parlare, in effetti, di un'istituzione *ex testamento*, laddove soltanto in apparenza nella scheda trova posto unicamente l'onere. [...] E in maniera analoga—a noi sembra—le cose verranno a prospettarsi, qualora l'onere sia imposto ad uno dei successibili indicati dalla legge: o la scheda presenta un contenuto cui è attribuibile, alla luce delle circostanze del caso concreto, il significato di una conferma della chiamata di fonte legale (ed allora dovrà dirsi — giusta i precedenti rilievi — che la disposizione modale si accompagna, in effetti, ad un'istituzione d'erede *ex testamento*), o pure qui sarà dato parlare di una semplice raccomandazione.”

3.4 *Modus* e legato

La *querelle* sull'autonomia ovvero sull'accessorietà dell'onere testamentario ha sollevato numerosi spunti di riflessione riguardo un possibile confronto tra la figura del *modus* e quella del legato. L'affinità riscontrabile nei due istituti non genera soltanto questioni di confine, bensì ha una grande influenza sulla problematica in esame. Dalla verifica del reciproco ambito di applicazione non si nega la possibilità, infatti, di pervenire a situazioni nelle quali il *modus* presenta un grado di autonomia tale da minare la tradizionale concezione dell'accessorietà quale carattere intrinseco ed imprescindibile della disposizione testamentaria modale. Al contempo, alcuni autori affermano che vi sono dei casi in cui il legato ha natura accessoria. Si pensi al sublegato⁸⁹, sebbene la tesi sia minoritaria.

Occorre, invece, porre a premessa quanto segue: il *modus*, qualunque siano i risultati dello studio che si intraprende, non è accostabile all'istituzione d'erede ed al legato quale terza disposizione autonoma⁹⁰. Il primo comma dell'art. 588 c.c. conferisce veste di legato alle "altre" disposizioni che non comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore, circoscrivendo così la categoria delle disposizioni attributive all'istituzione d'erede e del legatario. Il *modus* testamentario, anche ammettendone la natura autonoma, non può collocarsi in una categoria che non le appartiene. Una parte della dottrina ribatte che l'art. 588 c.c. non ha funzione normativa⁹¹: il modo potrebbe essere concepito come una clausola testamentaria attributiva, malgrado l'apparente tassatività della norma sopra menzionata. L'onere non può, comunque, porsi sullo stesso piano dell'istituzione d'erede e del legato, ciò in virtù del particolare legame riscontrabile nel primo comma dell'art. 647 c.c. A tale proposito, si obietta che la deduzione della dipendenza funzionale dell'onere nei confronti delle disposizioni *ex* art. 588 c.c. consegue da una interpretazione letterale della norma, come tale non vincolante per l'operatore giuridico⁹². Orbene, tanto vale

⁸⁹ A. TRABUCCHI, *Legato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1963, p. 612. *Contra* MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 179

⁹⁰ Come pur sostiene autorevole dottrina, fra tutti GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 923

⁹¹ CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 203. La tesi, si ripete, non è condivisibile.

⁹² GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 45

per l'opposto richiamo all'art. 671 c.c., secondo il quale "il legatario è tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere". La stessa formulazione della norma, poi, non pare suggerire in maniera univoca l'equiparazione tra il *modus* ed il legato.

In merito ai criteri proposti per differenziare il *modus* dal legato, è bene notare come una larga parte di questi parametri interessano degli aspetti dell'onere testamentario che richiedono una trattazione specifica. Per tali motivi, saranno meritevoli di essere approfondite nelle opportune sedi le analogie e le differenze riscontrate tra l'onere e il legato inerenti la patrimonialità e l'oggetto della prestazione nonché il novero dei beneficiari della disposizione modale. Verrà qui fatto un semplice cenno. Un'ultima osservazione preliminare. Il carattere accessorio dell'onere testamentario non è, nel presente studio, argomento da introdurre ed utilizzare come criterio per distinguere il *modus* dal legato⁹³. Al contrario, la verifica dell'accessorietà ovvero dell'autonomia dell'onere costituisce l'aspetto valutativo finale dell'analisi in tema di istituti affini.

Una prima distinzione tra il *modus* ed il legato, secondo dottrina risalente al previgente codice civile, consiste nel fatto che la disposizione a titolo particolare comporterebbe una *delibatio hereditatis*, ovvero sia una detrazione dell'asse ereditario, mentre l'onere sarebbe un peso personale imposto all'onerato⁹⁴. L'attribuzione, in tal senso, cessa dall'essere il presupposto necessario dell'onere, giacché il testatore potrebbe imporre, mediante la disposizione modale, una prestazione a terzi che non sono stati istituiti eredi ovvero legatari. Residuano, allora, due possibili interpretazioni del primo comma dell'art. 647 c.c.: la norma descrive l'ipotesi tipica di manifestazione dell'onere testamentario o, peggio, impone un limite all'autonomia del testatore. La scelta del legislatore sarebbe priva di specifiche ragioni, dal momento che un *modus* distaccato dall'asse ereditario non può essere inteso come peso di un atto di liberalità *mortis causa*.

⁹³ Fra tutti, C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2, Milano, 1952

⁹⁴ C. ZAPPULLI, *Modo*, in *Diz. Prat. Dir. Priv.*, Milano, s. a., p. 1170

Orbene, è proprio in considerazione (ed a salvaguardia) della concezione tradizionale e costante del *modus* quale limitazione del contenuto di una disposizione liberale, che trova apposta smentita la suddetta distinzione tra onere e legato⁹⁵. Il diritto alla prestazione modale trova, infatti, il suo titolo nella disposizione testamentaria. La riduzione in senso oggettivo di una situazione patrimoniale ha la sua ragion d'essere nel testamento, *ergo* il valore della prestazione non può che essere dedotto dall'asse ereditario⁹⁶. Il *de cuius*, d'altronde, dispone delle proprie sostanze. Tale considerazione è valida, anche qualora venga colpito esclusivamente il patrimonio dell'onerato. Ne deriva l'applicazione dell'art. 671 c.c., in tema di legato modale, nonché la limitazione di responsabilità dell'erede onerato a seguito di accettazione con beneficio d'inventario. È interessante notare, poi, come il legato di cosa del legatario *ex art.* 656 c.c., analogamente a quanto detto per il *modus*, non comporti un'avulsione in senso stretto dall'asse ereditario, eppure viene considerato un peso dello stesso. Si verifica la medesima dinamica nel legato di *non facere*. Il criterio discretivo della *delibatio hereditatis* viene, dunque, destituito di fondamento, in quanto anche per il legato è possibile incorrere nella situazione appena descritta. Alla luce di tali considerazioni, entrambi gli istituti devono considerarsi, a tutti gli effetti, pesi ereditari.

Su un diverso filone argomentativo vengono prese in considerazione le distinte figure del legatario e dell'onorato della disposizione testamentaria modale, evidenziandosi come solo il primo possa definirsi successore a titolo particolare del *de*

⁹⁵ E. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. Dir. Civ.*, parte prima, Padova, 1961, p. 474: “[la riduzione a parte obiecti], anziché costituire un argomento a sostegno della distinzione fra disposizione testamentaria modale e legato, scolpisce, al di là delle labili apparenze, una delle caratteristiche più significative della loro sostanziale identità. Infatti, è per effetto di quella «limitazione» o «riduzione» in senso oggettivo, quantitativo, economico, patrimoniale, che balza evidente l'onerosità che il *modus* inevitabilmente comporta a carico di colui su cui è imposto; proprio quella detrazione o *delibatio* dell'eredità, che viceversa abbiamo visto essere a torto contestata dai sostenitori della opposta tesi.”

⁹⁶ E. FILIPPON, *Rapporti tra il legato e il modus*, in *Giur. It.*, parte quarta, Torino, 1938, p. 240: “Ma anche se il *modus* non consiste in una *delibatio hereditatis*, e grava sul patrimonio personale dell'erede, la prestazione che questo fa ad un terzo dev'essere considerato un peso ereditario. L'erede, infatti, adempie l'obbligazione imposta in quanto è tale, avendo il testatore connesso il *modus* all'eredità trasmessa; e, se è vero che il peso non grava su una cosa del patrimonio ereditario, ad esso si ricollega sempre in quanto il successore beneficia il terzo, togliendo il valore dell'onere dall'emolumento ereditario.”

cuius. Il beneficiario del *modus* è, piuttosto, avente causa dall'onerato. Secondo un noto Autore⁹⁷, l'assenza di una diretta successione sarebbe la prova regina del carattere accessorio del *modus* testamentario. Si ritiene, tuttavia, di dissentire da tale opinione. Sostenere che l'onorato di un *modus* testamentario sia successore, per così dire, "indiretto" del disponente significherebbe andare in contraddizione con quanto si è affermato in tema di *delibatio hereditatis*. È il testatore a trasmettere, mediante l'apposizione di un onere, il diritto all'adempimento di una qualsiasi prestazione. Il valore di quest'ultima, si ripete, influisce negativamente sull'asse ereditario, nello specifico sull'importo concernente l'attribuzione (istituzione d'erede o legato) gravata dall'onere. Sussistono, dunque, elementi in presenza dei quali non può negarsi una "successione diretta" del disponente all'onorato. Cionondimeno, è opportuno menzionare la figura del legato obbligatorio. Rientra in tale categoria tutta una serie di disposizioni a titolo particolare che difettano, anche solo in parte, di produrre effetti reali⁹⁸. Quest'ultima caratteristica ha colto l'interesse di una parte della dottrina, la quale nega che il legato obbligatorio dia luogo ad una successione in senso tecnico⁹⁹. Si pensi al legato di liberazione di debito, da cui non deriva alcun acquisto a titolo derivativo, ovvero al legato di usufrutto: in casi del genere si è addirittura parlato di successione "costitutiva"¹⁰⁰. Al riguardo, si obietta quanto segue. Volendo intendere il concetto di successione in senso tecnico quale fenomeno nel quale un soggetto subentra nella posizione giuridica di un'altra persona, bisogna giungere alla conclusione logica che solo l'istituzione d'erede rispetta *in toto* tale definizione, mentre il legato comporterebbe unicamente un acquisto *mortis causa*. Alla modificazione soggettiva non corrisponde l'identità del rapporto giuridico, requisito fondamentale del concetto di successione¹⁰¹. Rileva, dunque, un'ulteriore affinità tra

⁹⁷ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 503

⁹⁸ Per un'esposizione sintetica ed esaustiva, si veda GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 55 s.

⁹⁹ Fra tutti, GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 893 e CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 199-200

¹⁰⁰ R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Nov. Dig. It.*, parte prima, Torino, 1940, p. 989 s.

¹⁰¹ G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.*, Milano, 1949, p. 538: "Se non m'inganno, l'erede è un successore perché subentra nei diritti ed obblighi ed aspettative e facoltà e poteri trasmissibili del defunto, quali egli li aveva, e come tali li conserva: perciò la successione in senso tecnico consiste nel subentrare di uno o più eredi nella (identica) posizione giuridica, di una persona morta. Invece il compratore o donatario, il permutante o l'aggiudicatario, l'enti tenta o il legatario, ecc.,

la figura del *modus* testamentario ed il legato, dando luogo entrambi gli istituti ad una successione *lato sensu*. Un'alternativa valida dovrebbe porre le basi su una diversa concezione di successione in senso tecnico¹⁰².

Il legato è una disposizione testamentaria attributiva, mentre il *modus* ha natura dispositiva delle sostanze del testatore. Tale catalogazione, più volte dedotta in precedenza, rileva in tale sede come criterio discretivo. La distinzione non è utilizzabile in merito alla problematica dell'accessorietà del *modus* testamentario, potendo una disposizione di carattere dispositivo avere natura autonoma. L'obiettivo che si vuole raggiungere consiste, invece, nel definire i giusti limiti di contenuto del legato obbligatorio. La natura attributiva della disposizione a titolo particolare *ex art. 588 c.c.* frena l'entusiasmo di molti autori i quali hanno ipotizzato che il legato obbligatorio possa rappresentare un valido "strumento di utilizzazione e di sfruttamento del patrimonio del testatore"¹⁰³. In sostanza, è inammissibile qualsiasi interpretazione del legato, obbligatorio ovvero ad effetti reali, tale da attribuire allo stesso una funzione meramente dispositiva¹⁰⁴.

Venga esaminato un ultimo criterio. Il testatore, disponendo del legato, pone in essere un'attribuzione patrimoniale diretta in favore del legatario. Il *modus* testamentario è, invece, il mezzo attraverso il quale il *de cuius* realizza una liberalità indiretta. Salvo alcune osservazioni preliminari, la distinzione in esame può ritenersi condivisibile. Non solo, vi è di più. La circostanza che si verifichi un vantaggio, per così dire, "mediato" presuppone un rapporto di dipendenza funzionale tra il *modus* testamentario e le disposizioni *ex art. 588 c.c.*, sviluppandosi così un argomento

sono dei semplici acquirenti di cosa o di diritto singoli ma non dei successori, perché non subentrano nell'identico rapporto giuridico del loro autore."

¹⁰² Come, del resto, ne avverte l'esigenza STOLFI, *Note sul concetto di successione*, cit., p. 536

¹⁰³ G. CRISCUOLI, *La causa del testamento*, in *Circolo giuridico*, Palermo, 1959, p. 66

¹⁰⁴ Parzialmente in tal senso, GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 62: "A ciò si aggiunga che la formula definitoria del testamento desumibile dall'art. 587 c.c., apparentemente rigida, è suscettibile di una valenza più ampia di quella imposta da un'interpretazione *stricto sensu* dei termini usati nella norma ora citata: invero, gli ostacoli al riconoscimento della ammissibilità di legati obbligatori che non trasferiscono direttamente beni del patrimonio del defunto sono rappresentati soprattutto dall'uso del termine «dispone» nell'art. 587 c.c., ma se a questo termine si assegna, anziché il significato di «attribuire» beni del *de cuius*, quello di «regolare la sorte» *post mortem* dei predetti beni, può affermarsi la legittimità di legati del tipo ora ipotizzato."

decisivo a favore dell'accessorietà dell'onere. Per giungere a tali conclusioni è necessario, però, chiarire un paio di passaggi.

In primo luogo, il termine “liberalità indiretta” non coincide con l'improprio concetto di “successione indiretta”. Quest'ultimo criterio è stato già oggetto di critica. La Cassazione, tuttavia, tende a dedurre la successione indiretta nell'*iter* logico delle proprie pronunce in tema di legato. Si legga, ad esempio, la massima della sentenza del 28.11.1984, n. 6194¹⁰⁵. Parlando di “liberalità indiretta”, in realtà, non si fa riferimento all'aspetto soggettivo del rapporto, bensì viene descritta una specifica dinamica. Orbene, l'effetto favorevole in capo al beneficiario di un *modus* testamentario non si verifica all'apertura della successione. L'onere, se apposto ad una istituzione d'erede, comincia a produrre i suoi effetti vincolanti in capo all'onerato nel momento in cui viene accettata la chiamata ereditaria. Anche nel caso del legato modale è percepibile una frazione di tempo “ideale”, giacché l'immediatezza degli effetti è riconducibile all'efficacia della disposizione a titolo particolare e non al *modus* in sé. Ne consegue che, a differenza del legato, il diritto alla prestazione *ex art. 648 c.c.* diviene esigibile in un secondo momento, ovvero sia all'acquisto dell'attribuzione a titolo universale ovvero particolare. In tal senso, può parlarsi di liberalità indiretta. Non bisogna confondere, tuttavia, la terminologia adottata con il preciso concetto di liberalità che vige attualmente nel nostro ordinamento. Vi sono, infatti, alcune tipologie di *modus* le quali non comportano un reale beneficio. Si pensi, per fare un esempio, all'onere che persegue gli interessi esclusivi del testatore. È opportuno, dunque, riferirsi al *modus* come ad un atto ad “efficacia mediata¹⁰⁶”, cioè in osservanza del fenomeno sopra riportato. Viene così distinto l'aspetto riguardante gli effetti prodotti dall'onere testamentario da quello inerente all'istituto in sé.

¹⁰⁵Cass., 28-11-1984, n. 6194, in *Giust. Civ.*, 1984, fasc. 11: “Mentre 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 una 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”.

¹⁰⁶Con l'invito, però, a non trarne lo specifico significato dato dal diritto pubblico e amministrativo, specie in relazione all'efficacia nell'ordinamento italiano delle direttive europee ovvero alla SCIA.

In secondo luogo, risulta priva di spessore una delle principali critiche poste in merito all'adozione del suddetto criterio discrezionale. Sostengono alcuni autori che l'analisi del carattere indiretto della liberalità modale condurrebbe, invero, ad un'indagine sulla volontà del testatore. Si contesta, nello specifico, che la distinzione tra due istituti non può basarsi sulla considerazione che il testatore ha della disposizione modale (motivo indiretto ed accessorio ovvero ragione principale del lascito). Al contrario, le differenze devono essere desunte da elementi "obiettivi, riconoscibili e percettibili in *rerum natura*¹⁰⁷". L'osservazione è corretta, bensì irrilevante nel caso di specie. La presenza di un atto ad efficacia mediata, si è visto, è riscontrata dalla struttura normativa dei due istituti, non dalla volontà del disponente. La natura e gli effetti di *modus* e legato sono aspetti regolati esclusivamente dalla legge. Le disposizioni normative sono, altresì, inderogabili. Il testatore non fa altro che scegliere l'istituto che più compiace i suoi interessi.

A conclusione, sussistono argomentazioni tali da poter definire l'onere testamentario un elemento accidentale ed accessorio del negozio *mortis causa*. La disputa dottrina, tuttavia, è ben lontana dal placarsi. Quanto appena detto, allora, non può che raffigurare una delle numerosi chiavi di lettura dell'istituto modale.

¹⁰⁷ BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, cit., p. 475

4- Distinzione tra *modus* testamentario ed altri istituti

4.1 *Modus*, termine e condizione

Gli elementi accidentali influiscono in maniera considerevole sulla volontà del disponente, integrandola senza però mutare la struttura dell'atto negoziale. Le disposizioni interessate, si ripete, differiscono dai negozi puri e semplici. Nel carattere accidentale risiede, dunque, il primo punto di contatto tra *modus*, termine e condizione: la similarità degli effetti che i tre istituti riversano sull'atto giuridico evidenzia la necessità di una demarcazione più netta del loro ambito di applicazione. L'esame delle analogie e delle differenze tra *modus*, condizione e termine diviene, anzi, urgente nel momento in cui viene accertata la compresenza di più elementi accidentali in un unico negozio. La tematica degli istituti affini è il banco di prova sul quale esaminare aspetti di fondamentale importanza concernenti l'istituto modale, parte di questi condivisi dalle stesse clausole condizionali ed a termine.

Una distinzione ormai classica tra il *modus* ed i citati istituti riguarda, appunto, la volontà. Vengono di seguito riportate le parole di un noto Autore: “(la condizione, il termine, l'onere) attengono, come s'è accennato, all'efficacia del negozio. La condizione rende incerti, in tutto o in parte, gli effetti tipici del negozio, il termine li limita nel tempo, il modo innesta sugli effetti tipici altri effetti, accessori o secondari rispetto ai primi. Da che si desume come la volontà precettiva è veramente unica nel negozio condizionale e nel negozio a termine, perché ivi gli effetti sono voluti in quel modo e non in altro; e non propriamente nel negozio modale in senso stretto o sub modo, perché in esso può distinguersi dalla volontà principale, diretta alla produzione degli effetti tipici, una volontà subordinata, quella istitutiva del *modus*”¹⁰⁸. Trattasi di una constatazione pacifica in dottrina. Se l'apposizione di un termine o di una condizione comporta un'autolimitazione della volontà espressa nel negozio giuridico, è pur vero che tramite l'onere avviene il fenomeno inverso, ovvero si verifica un'estensione del voluto. La prestazione imposta all'onerato costituisce una

¹⁰⁸ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., p. 195

limitazione del valore della liberalità, non della volontà. Invero, la destinazione dei beni oggetto di liberalità è componente integrante l'intenzione del disponente¹⁰⁹. Bisogna, tuttavia, fare attenzione a non uscire dal seminato. L'onere, anche realizzando un *quid pluris* rispetto alla disposizione attributiva pura e semplice, non può essere raffigurato alla stregua di un negozio accessorio (pur da intendersi in senso lato)¹¹⁰. Tale affermazione è contrastante con la stessa nozione di elemento accidentale. La questione non è puramente concettuale, bensì darebbe luogo a rilevanti conseguenze pratiche. Si pensi alla facoltà in capo ad un soggetto di apporre termini e condizioni al *modus*, nello stesso tempo elemento accidentale e negozio accessorio¹¹¹. La disposizione modale deve essere collocata, dunque, nella categoria delle “determinazioni accessorie”, al pari di termine e condizione.

Quanto detto basta a distinguere la figura del *modus* dal termine. Quest'ultimo istituto vincola l'esecuzione dell'atto giuridico entro un preciso lasso temporale, avendo come funzione quella di differire ovvero interrompere l'efficacia del negozio al quale è stato apposto. L'autolimitazione contenuta nella disposizione a termine non può essere confusa con gli effetti scaturenti dall'onere (e viceversa).

Non può dirsi lo stesso per il rapporto intercorrente tra la clausola modale e quella condizionale. Sussistono diversi fattori, infatti, per i quali appare difficile stendere un quadro definito di analogie e differenze tra i due istituti. È bene ricordare

¹⁰⁹ SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 134 s. L'autore prosegue: “conviene anche notare che la diminuzione dell'arricchimento gratuito non è la vera caratteristica del *modus*. Il vincolo giuridico, che quest'ultimo necessariamente importa, riduce molto spesso il valore della liberalità consentita, ma può anche in certi casi non ridurla affatto, come avviene quando il *modus*, pur importando sempre un onere giuridico, mira ad avvantaggiare meglio l'acquirente, oppure quando si tratta di obblighi non valutabili patrimonialmente.”

¹¹⁰ G. P. CHIRONI e L. ABELLO, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1, Torino, 1904, p. 458

¹¹¹ Ad ammettere tale soluzione è, guarda caso, un sostenitore dell'autonomia del *modus*, GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 22: “Si è affermato, invece, che il *modus* non consente l'apposizione di una condizione (o di un termine), ma la soluzione non ci sembra condivisibile, posto che non sono rinvenibili ostacoli di ordine concettuale alla subordinazione (in senso sospensivo o risolutivo) dell'efficacia di una clausola modale al verificarsi di un evento futuro e incerto (ovvero ostacoli alla produzione dei propri effetti o alla cessazione di essi a partire da un certo giorno): fin d'ora, comunque, deve osservarsi che la soluzione qui prospettata agevolmente si giustifica alla luce (e si inquadra nell'ottica) di una considerazione del *modus* indipendente dalla disposizione principale contenuta nel testamento. E, per altro verso, la predetta soluzione costituirebbe conferma della qualificazione del *modus* quale disposizione autonoma del testamento”.

che, in assenza di una disciplina specifica sull'onere testamentario, gli operatori del diritto all'epoca del previgente codice civile facevano ripetuto rinvio alle norme riguardanti la disposizione testamentaria condizionale. È, poi, ravvisabile nell'art. 897 codice civile del 1865 un uso promiscuo del termine "peso", questi indicando sia la disposizione condizionale che l'onere. Emerge da tale prassi legislativa l'enunciazione di un concetto lato di peso, da intendersi quale valore condizionante la volontà¹¹², in cui rientrano la condizione ed il *modus*. La formulazione dell'art. 897 viene ripresa, seppure nei principi, dalle norme odierne in tema di successione per accrescimento e per sostituzione. Viene a crearsi, dunque, una linea di continuità tra i due sistemi normativi: le attenzioni sono nuovamente rivolte alla volontà del disponente, in particolare all'intensità dell'effetto condizionante apportato dal peso. Quest'ultimo può avere un effetto risolutivo dell'intera disposizione ovvero riassumersi solamente nell'espressione della volontà di realizzare un determinato scopo. Orbene, il secondo comma dell'art. 648 c.c. contempla due ipotesi (l'espressa previsione del testatore e il motivo determinante) in occasione delle quali sarebbe possibile agire per la risoluzione dell'intera disposizione principale. Fuori da tali casi, l'onere testamentario indica semplicemente la destinazione dei beni oggetto di liberalità, non potendo incidere sull'efficacia della disposizione principale.

Alla luce di tali considerazioni, sorge l'interrogativo su quali siano i giusti criteri per distinguere la clausola testamentaria modale da una condizione risolutiva. Si ritiene conclusivo, in tal sede, l'argomento secondo il quale differiscono i caratteri e le modalità di realizzazione dell'effetto risolutorio nella condizione e nel *modus*. In primo luogo, se al verificarsi della condizione consegue in via automatica la risoluzione degli effetti, per l'onere testamentario è necessaria una pronuncia

¹¹² GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 241: "Abbiamo recuperato, infatti, dal primo comma dell'art. 897, il fenomeno lato, contraddistinto dall'effetto condizionante. Si tratta, a nostro giudizio, di una (scelta di) concetto lato, che traduce una precisa indicazione da parte del sistema normativo: vale a dire l'indicazione di una coincidenza di fondo tra i due fenomeni «peso-obbligo» (onere) e «peso-condizione», entrambi all'interno del concetto lato di «peso». La coincidenza si segna da che entrambi i fenomeni rilevano come valori condizionanti la volontà, che il testatore esprime nell'istituzione a titolo universale o particolare (*sub condicione* o *sub modo*)."

giudiziale in tal senso. La sentenza ha una portata costitutiva, non dichiarativa come nel giudizio attinente la condizione, tanto che si parla di risoluzione *officio iudicis*. In secondo luogo, la risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, ha retroattività obbligatoria. Ne consegue che essa non è opponibile ai terzi che abbiano già acquistato i beni oggetto di liberalità, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione. Nel caso della condizione, invece, l'effetto risolutorio è opponibile *erga omnes*. Per concludere, l'effetto risolutorio nel *modus* è solo eventuale, limitato a due specifiche circostanze. In merito al criterio esposto, alcuni autori hanno obiettato che tale distinzione non apporta alcun contributo nell'individuazione *case to case* dell'onere ovvero della condizione in un testamento¹¹³. La tematica degli istituti affini, tuttavia, non fornisce canoni ermeneutici in vista della qualificazione giuridica di una disposizione testamentaria, bensì ha come risultato l'inquadramento concettuale degli istituti in esame nonché l'identificazione della relativa disciplina. Si ripete, le differenze devono essere desunte da elementi "obiettivi, riconoscibili e percettibili in *rerum natura*"¹¹⁴. L'analisi della volontà del testatore, oltre ad essere irrilevante, risulta altresì fuorviante ai fini del presente studio. Si faccia un esempio. Nell'applicazione del principio *ex art. 1371 c.c.* di interpretazione nel senso meno gravoso per l'obbligato (*semper in obscuris quod minimum est sequimur*), la dottrina si divide tra chi propende per il *modus*, chi per la condizione. I primi ravvisano nell'onere una minore limitazione dell'efficacia del negozio giuridico¹¹⁵, i rimanenti affermano che la prestazione modale, costituendo un obbligo in capo all'onerato, rappresenta un peso maggiore¹¹⁶. Lo stesso criterio, due soluzioni opposte.

¹¹³ Cfr. CARNEVALI, *Modo*, cit.: "I due criteri distintivi sopra ricordati, se pure ineccepibili, non considerano peraltro il problema pratico, che consiste nello stabilire se il comportamento richiesto all'erede, legatario o donatario vada inteso come condizione oppure come oggetto di una obbligazione modale. Rispetto a questo problema i criteri menzionati sono inutilizzabili: essi infatti presuppongono già accertata la natura condizionale o modale del negozio, ci dicono la differenza concettuale e quella di disciplina, ma non forniscono il *criterium individuationis* delle diverse fattispecie, il criterio cioè idoneo a stabilire se in una fattispecie concreta vi sia modo o condizione."

¹¹⁴ BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, cit., p. 475

¹¹⁵ E. GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile*, Napoli, 1894, p. 201

¹¹⁶ A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXII, Milano, 2006, p. 590

Una trattazione completa riguardante l'argomento in questione non può ignorare la figura della condizione sospensiva. Su tal fronte, è opportuno menzionare la nota formula, secondo la quale “il *modus* obbliga, ma non sospende”. Si è visto, infatti, come l'adempimento della prestazione modale possa essere richiesto all'onerato immediatamente all'acquisto, da parte di quest'ultimo, della qualità di erede ovvero di legatario¹¹⁷. Il *modus* testamentario dipende dall'attribuzione a titolo universale ovvero particolare: non può esprimere alcun effetto sino a quando la disposizione principale non diventi, a sua volta, efficace¹¹⁸. La condizione sospensiva, al contrario, limita l'efficacia del negozio giuridico, subordinandola al verificarsi di un fatto futuro ed incerto. La disposizione modale opera in un momento successivo l'attribuzione, la disposizione condizionale in un momento antecedente. I due istituti, sotto tali punti di vista, sono all'antitesi.

I risultati sopra ottenuti sono conformi ad un orientamento giurisprudenziale della Cassazione ormai consolidato. Degna di nota è la sentenza del 11.06.1975 n. 2306¹¹⁹. Tale pronuncia si distingue dalle altre per riassumere in maniera efficace il confronto tra il *modus*, la condizione e molti altri istituti affini.

4.2 *Modus*, causa, presupposizione e onere di coscienza

Gli effetti dell'onere testamentario si riassumono in un'estensione del voluto che si traduce, a sua volta, nell'imposizione di un obbligo. Ciò ha spinto autorevole dottrina ad intendere il *modus* quale *causa finalis* del negozio giuridico¹²⁰. Orbene, il carattere accidentale del modo esclude che lo stesso possa rappresentare la causa finale

¹¹⁷ Sembra confermare l'assunto Cass., 03-11-1988, n. 5958, in *Giur. it.*, I, 1990, p. 289: “è inapplicabile, nei confronti del soggetto tenuto all'adempimento di un onere testamentario, l'art. 645 c. c., che prevede la fissazione giudiziale del termine di adempimento di una condizione sospensiva potestativa apposta ad istituzioni d'erede o legati”

¹¹⁸ In senso contrario, si veda Cass., 30-05-1966, n. 1428, in *Foro it.*, I, 1967, p. 794. In detta sede, la Suprema Corte ha ritenuto ammissibile l'adempimento di oneri prima del verificarsi della condizione sospensiva.

¹¹⁹ Cass., 11-06-1975, n. 2306, in *Foro it.*, I, 1976, p. 760 s.

¹²⁰ Si potrebbero citare Thibaut, Donello, Fabro, Eineccio e molti altri studiosi del passato. Cfr. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 18 s.

della disposizione gravata. La causa è, infatti, un elemento essenziale dell'atto negoziale: l'onere non può incidere sulla struttura del negozio, tantomeno confondersi con questa. L'impostazione adottata da tali autori è riconducibile all'assunto secondo il quale tale elemento si ravvisa nei motivi psicologici del disponente. Il nostro ordinamento descrive, in realtà, la causa come la ragione giuridica ed economica di una obbligazione, lo scopo pratico, comune in tutti i rapporti giuridici di un determinato tipo. In tale ottica, l'elemento in questione non è certo desumibile da fattori interni al soggetto quali, ad esempio, la motivazione psicologica. Si esclude, in via ulteriore, che i motivi del disponente, pur non identificandosi nella causa, vengano a collocarsi nell'area causale quali elementi differenziali della stessa. A tale proposito, si è fatto riferimento all'art. 787 c.c., in tema di errore sul motivo di una donazione¹²¹.

Relativamente all'istituto modale, tuttavia, si avverte quanto segue: aderendo ad una tesi del genere, verrebbe meno il carattere liberale della disposizione principale, giacché il negozio prevede un'attribuzione in vista di una prestazione.

Un'altra via intrapresa al fine di accomunare le distinte figure della causa e del *modus* consiste nell'assegnare a quest'ultimo una causa secondaria ed accessoria rispetto a quella principale¹²². Risaltano, tuttavia, diverse obiezioni in merito. In primo luogo, viene messa in dubbio l'attendibilità, sul piano concettuale, della presenza simultanea di due cause nel medesimo negozio. Per la chiarezza d'esposizione, si riportano testualmente le parole di un noto Autore: "La causa secondaria ed accessoria, comunque la si chiami, non si può accogliere come una figura giuridica, appunto perché essa sta sempre fuori della causa, secondo il concetto che di questa noi dobbiamo seguire sulla base delle disposizioni di legge. Il fine mediato non è più la

¹²¹ GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 254-255: "la collocazione dello spirito di liberalità alla genesi del fenomeno ha dissolto l'antinomia «causa-motivi», proprio perché, a nostro avviso, spirito di liberalità e motivo sono due dati, entrambi, di tipo psicologico e di provenienza esclusiva dal donante. Scriviamo, allora, di una collocazione dei motivi nell'area causale — nel fenomeno liberale — poiché appunto dalla presenza dei motivi (impulsi) il fenomeno stesso compare differenziato [...] Così, ancora, nella disciplina del motivo illecito od erroneo (art 787, 788), lo spirito di liberalità compare come scelta differenziata, in quanto erroneamente (o illecitamente) determinatasi nel donante."

¹²² Cfr. V. SCIALOJA, *Corso di lezioni sui negozi giuridici*, Roma, 1893, p. 378: "per avere un vero *modus* è necessario un negozio giuridico che abbia una causa per sé stante, indipendente dal *modus* stesso e che tolleri però l'apposizione di una causa secondaria, che costituirà appunto il *modus*."

causa giuridica, ed oltrepassando la linea di confine della causa, che è elemento essenziale del contratto, ci trasporta nel campo ampio e vasto dei motivi determinati, dove manca un criterio sicuro per far ulteriori distinzioni. Il concetto della causa giuridica non solo non ammette altre cause ulteriori, ma le esclude fondamentalmente¹²³. In secondo luogo, ricorre ancora una volta la contraddizione con il carattere accidentale dell'onere. L'atto negoziale gravato dall'onere non può essere definito un negozio complesso poiché, al momento della qualificazione giuridica dello stesso, prevarrebbe la corresponsione alla liberalità. La categoria dei negozi complessi è caratterizzata per avere, poi, una causa unitaria. La compresenza di due cause nel medesimo negozio, invero, darebbe luogo ad un negozio collegato, nel caso di specie ad un negozio indiretto. Tale fenomeno, però, non ha alcuna attinenza con il rapporto intercorrente tra una disposizione principale ed un elemento accidentale, dal momento che manca il necessario presupposto della pluralità di negozi.

Il movente, pur distinto dalla causa, assume un ruolo importante nella disciplina del *modus* testamentario. Il terzo comma dell'art. 647 c.c. dispone, infatti, che l'invalidità dell'onere testamentario si estende all'intera disposizione, se ne costituisce il motivo determinante. È sorto, dunque, il quesito sulla qualificazione dell'elemento psicologico, in quanto la legge attribuisce al movente estrema rilevanza su due fronti, l'invalidità del negozio e la risoluzione per inadempimento della prestazione modale. In tale frangente, sono emerse significative affinità tra la clausola modale e la presupposizione. Tale istituto, al pari degli elementi accidentali, influisce sulla determinazione volitiva. Differisce, tuttavia, dalla condizione per essere una integrazione necessaria della volontà, benché non espressa tramite apposita clausola¹²⁴. La presupposizione si colloca alla base della volontà di realizzare un negozio giuridico, costituendo un intento personale, distinto e determinante la scelta del disponente. In altre parole, non avviene un'autolimitazione della determinazione volitiva, che rimane pura e semplice: quest'ultima è, invero, subordinata al realizzarsi

¹²³ SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 37

¹²⁴ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 144 s.

di una situazione, di fatto o di diritto, che ne costituisce il presupposto. Quella che potrebbe sembrare un'affermazione contraddittoria è, in realtà, assunto condivisibile nell'ottica di un grande esponente della Pandettistica, Bernhard Windscheid. La presupposizione, secondo l'Autore, costituirebbe il "primo scopo"¹²⁵ perseguito dal disponente, in difetto del quale non sussistono ragioni ulteriori per concludere il negozio giuridico. Cionondimeno, il Windscheid circoscrive il novero dei casi inerenti la figura della presupposizione alla presenza di motivi determinanti l'atto negoziale. Si presenta, dunque, l'interrogativo su come distinguere (sempre in via astratta) il *modus* testamentario determinante la disposizione principale dalla presupposizione. Orbene, la stessa descrizione dell'istituto in esame offre un criterio discretivo alquanto valido. La presupposizione, per definizione, rappresenta lo scopo primario della disposizione. Il *modus*, al contrario, viene apposto ad una liberalità. Ne consegue che l'aspetto liberale deve rappresentare in ogni caso il fine principe ed essenziale del negozio giuridico, quantunque il motivo in capo all'apposizione dell'onere sia tale da giustificare gli effetti di cui agli art. 647, terzo comma, e 648, secondo comma, c.c. Tali norme vengono applicate, altresì, soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eventuali. Un secondo argomento concerne l'aspetto logico. Mediante l'apposizione del modo, il testatore intende imporre un obbligo giuridico in capo all'onerato. Il *modus*, si ripete, è un elemento accessorio: questo dipende, per produrre effetti, dalla validità della disposizione principale. Ma vi è di più. La situazione voluta dal *de cuius* si verifica solamente all'adempimento della prestazione modale, non potendo dunque costituire il presupposto¹²⁶. Nell'onere, infatti, sia il fattore temporale che il rapporto di dipendenza logica sono invertiti rispetto alla presupposizione. Un'ultima considerazione in merito attiene alle diverse conseguenze scaturite dall'inadempimento dell'onere testamentario ovvero dal mancato soddisfarsi della presupposizione. Mentre la risoluzione *ex art. 648* (secondo comma) c.c. e l'invalidità *ex art. 647* (terzo comma) c.c. comportano, rispettivamente, l'inefficacia e la nullità

¹²⁵ B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78, Tübingen, 1892, p. 174. L'autore, tuttavia, considera la presupposizione un'autolimitazione del volere.

¹²⁶ P. GELATO, voce *Modo*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1994, p. 389: "il *modus* non presuppone, ma impone un obbligo di comportamento a carico del soggetto che ne è gravato."

della disposizione attributiva, la presupposizione non verificatasi dà luogo all'inesistenza dell'atto. In assenza dello scopo primario, le ulteriori dichiarazioni di volontà sono *tamquam non esset*. A dimostrazione del suddetto distinguo, è opportuno ricordare come l'effetto risolutorio di cui all'art. 648, secondo comma c.c. non sia opponibile *erga omnes* e derivi da una pronuncia costitutiva del giudice. Associando l'istituto modale alla presupposizione, poi, qualora vi sia inadempimento della prestazione da parte dell'onerato, non vi sarebbe bisogno alcuno di una azione di risoluzione¹²⁷.

Esaminata l'ipotesi nella quale il *modus* testamentario ha il potere di influire sulla validità e sull'efficacia della disposizione attributiva, si analizzi ora la circostanza opposta. Un istituto affine al modo testamentario è, infatti, l'onere di coscienza, il successore spirituale del *modus simplex* romano. Esso consiste in un mero *votum* espresso dal testatore. Questo ha contenuto etico e non è vincolante: la scelta di eseguire la prestazione contenuta nell'onere di coscienza è esclusivamente in capo al beneficiario della disposizione attributiva, senza che alcun interessato possa agire. La dissonanza con il negozio *sub modo* è talmente evidente che non può, in tale circostanza, parlarsi di tematica degli istituti affini, bensì di interpretazione del dettato testamentario. “Se così è, non può non convenirsi che, se dal tenore della scheda testamentaria è desumibile, sia pure non *apertis verbis*, che il testatore aveva interesse all'adempimento di quanto previsto nella clausola, dovrà optarsi senza alcun dubbio per il riconoscimento della presenza di un *modus*.”¹²⁸

¹²⁷ SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 71: “Il diritto alla risoluzione in questo caso non può esistere, perché se esso si vuole ammettere come una conseguenza del negozio *sub modo*, non può essere che una sanzione ulteriore del diritto all'adempimento, come si è visto, neppure generalizzata a tutti i casi: se il diritto di pretendere l'esecuzione viene meno, neppure il diritto alla risoluzione può più esistere.”

¹²⁸ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 32

4.3 *Modus*, sostituzione fedecommissaria e mandato *post mortem*

Residuano due istituti affini al *modus* testamentario meritevoli di essere approfonditi in questo paragrafo, la sostituzione fedecommissaria e il mandato *post mortem*. Lo studio delle analogie e delle differenze tra l'onere testamentario e i due istituti, più che dalla dottrina, è stato intrapreso dalla giurisprudenza. Rilevanti sono, infatti, le conseguenze sul piano pratico dell'assimilazione di tali disposizioni testamentarie.

La sostituzione fedecommissaria è l'istituto, disciplinato dall'art. 692 c.c., mediante il quale il testatore può effettuare una duplice chiamata ereditaria, disponendo della stessa porzione di beni secondo l'ordine stabilito dalla legge. Il primo comma dell'art. 692 c.c. dispone che "Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo". Trattasi di una norma eccezionale e particolarmente rigida, giacché sancisce all'ultimo comma la nullità di ogni altra sostituzione che non rispetti i citati caratteri. La dinamica descritta dalla disposizione di legge evidenzia numerose differenze tra il *modus* testamentario e la sostituzione fedecommissaria. La tradizionale opinione, secondo la quale il beneficiario dell'onere sarebbe avente causa dell'onerato e non del *de cuius*¹²⁹, non trova però accoglimento come criterio discrezionale, ciò in considerazione di quanto già affermato in precedenza. Un'ulteriore motivazione la si perviene alla luce dell'attuale indirizzo giurisprudenziale. Tale orientamento si diffonde per la prima volta tramite la pronuncia di legittimità del 15.07.1985, n. 4137: la Suprema Corte sembra sostenere, seppure con formula negativa, che il sostituito *ex art. 692 c.c.* non succede al disponente, bensì al primo istituito¹³⁰. Ciò avverrebbe per la duplice chiamata

¹²⁹ Cfr. Cass., 11-06-1975, n. 2306, in *Foro it.*, I, 1976, p. 760 s.

¹³⁰ Cass., 15-07-1985, n. 4137, in *Riv. notarile*, 1985, p. 1348: "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

ereditaria ammessa nei limiti dell'istituto della sostituzione fedecommissaria, così come delineato dal codice. La disposizione attributiva gravata dall'onere, invece, realizza una sola chiamata ereditaria: il *modus* è una clausola dispositiva dei beni, non istitutiva d'eredi. Non v'è, dunque, un vero e proprio ordine successorio, almeno nel senso tecnico del termine. Tale punto deve essere tenuto fermo, a prescindere da qualsiasi dubbio sulla natura della sostituzione fedecommissaria. Differenti sono, poi, due aspetti fondamentali concernenti gli istituti in esame. Nella sostituzione fedecommissaria il novero dei soggetti istituiti dal testatore è delineato in modo tassativo, a differenza del *modus* testamentario ove vige una particolare libertà riguardo i beneficiari. La trasmissione dei beni ereditari, inoltre, avviene nella sostituzione fedecommissaria unicamente alla morte del primo istituito, mentre nell'onere testamentario può essere richiesta dagli interessati all'acquisto della qualità di erede ovvero legatario da parte dell'onerato.

Il mandato *post mortem* è l'incarico, contenuto in una specifica disposizione testamentaria, da porsi in essere dopo la morte del *de cuius*. Ai fini del confronto con l'onere testamentario, basterebbe l'analisi delle finalità perseguite mediante l'apposizione della clausola modale e tramite la costituzione di un mandato per distinguere i due istituti¹³¹. È pur vero, tuttavia, che il testatore può usufruire di due disposizioni, entrambe dispositive dei beni facenti parte l'asse ereditario e capaci di realizzare il medesimo obiettivo. Si aggiunge quanto segue. Una parte della dottrina sostiene che il mandatario, pena la nullità della disposizione, deve essere necessariamente un erede ovvero un legatario: il mandato in questione non avrebbe

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."

¹³¹ Si veda Cass., 11-06-1975, n. 2306, in *Foro it.*, I, 1976, p. 763: "(mentre 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 ed in relazione a beni non attribuiti al mandatario, nel *modus* testamentario, invece, 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."

carattere dispositivo dei beni del *de cuius*, qualora questi non siano stati precedentemente attribuiti all'onerato¹³². Tale opinione è condivisibile, pur con qualche perplessità. In ogni caso, oltre al criterio dello scopo perseguito dal testatore, emergono nuovi argomenti, pronti ad essere utilizzati per distinguere il *modus* testamentario dal mandato *post mortem*. Innanzitutto, la funzione del mandato consiste nell'obbligare un soggetto, il mandatario, a compiere un atto giuridico. Ne consegue che il rapporto effettivo tra l'onerato e il terzo indicato dal testatore non viene ad esistenza se non al momento dell'attuazione del mandato. Relativamente al *modus* testamentario, invece, il rapporto tra l'onerato e il beneficiario viene già definito dallo stesso disponente ed è immediatamente vincolante per l'erede ovvero il legatario, essendo il destinatario della prestazione modale un avente causa del *de cuius*. In secondo luogo, l'oggetto del mandato (che si traduce nell'obbligo di compiere un atto giuridico) non è, di per sé, paragonabile ad una liberalità. Il mandato *post mortem*, per concludere, è una disposizione complementare ed autonoma del testamento. L'onere testamentario, si ripete, è un elemento accessorio del negozio *mortis causa*: i due istituti non possono essere comparati, in quanto appartenenti a categorie diverse.

¹³² CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 569: “La nostra disposizione, difatti, non ha funzione dell’istituzione di erede o dei legati dotati di efficacia reale quanto non predispone certamente l’attribuzione immediata di bene del testatore; né ha la funzione delle disposizioni dotate di mera efficacia obbligatoria in quanto non ha base economica in un vantaggio conferito all’onerato e, quindi, escluso che serva al ridimensionamento di questo vantaggio, non risponde comunque allo scopo di predisporre un regolamento della sorte dei beni dello stesso disponente.”

CAPITOLO II

GLI EFFETTI DELL'ONERE TESTAMENTARIO

SOMMARIO: Cenni introduttivi; 1- Il *modus* costitutivo di un obbligo; 1.1 La figura dell'onerato; 1.2 La fonte dell'obbligo; 2- Il *modus* costitutivo di un onere; 2.1 La tutela in vista dell'inadempimento; 2.2 La configurazione di un onere in senso stretto; 3- Il *modus* costitutivo di un rapporto obbligatorio; 3.1 La patrimonialità della prestazione; 3.2 L'applicazione di una penale. La cauzione; 3.3 L'art. 671 c.c.; 3.4 L'oggetto della prestazione; 3.5 L'impossibilità e l'illiceità dell'onere testamentario

Cenni introduttivi

Il secondo capitolo tratta le questioni inerenti all'effetto prodotto dal *modus* testamentario. L'obiettivo dei seguenti paragrafi consiste nello stabilire in quale tipologia possono collocarsi quelle situazioni giuridiche soggettive attive e passive che fanno capo, rispettivamente, al beneficiario e all'onerato della prestazione modale. Si ritiene opportuno volgere le prime considerazioni in merito alla persona dell'onerato il quale è tenuto ad osservare il contenuto del modo. Dottrina minoritaria sostiene che il soggetto sopra menzionato è, invero, titolare di un ufficio giuridico. Le azioni di cui agli art. 647 e 648 c.c. avrebbero la funzione di assicurare una corretta "gestione" del patrimonio ereditario gravato dal modo: quest'ultimo dovrà essere adempiuto nel pieno rispetto delle indicazioni lasciate dal testatore. L'onerato della disposizione testamentaria modale svolgerebbe, in tale ottica, un ruolo analogo a quello dell'esecutore testamentario, sebbene vi siano molteplici differenze tra i due uffici. Alla luce di un orientamento dottrinale in parte analogo al precedente (e altrettanto minoritario), l'erede ovvero il legatario tenuto all'adempimento sarebbe destinatario di un dovere giuridico volto a garantire la realizzazione dei fini preposti con la clausola modale. Orbene, il fattore che accomuna le suddette argomentazioni è ravvisabile nell'interesse preminente del testatore sulla volontà dei soggetti coinvolti dal *modus*, che siano questi titolari di una situazione giuridica attiva ovvero passiva. Si avrà occasione di esaminare la presente dinamica in altra sede. È bene evidenziare, tuttavia, come l'imposizione, mediante l'onere, di una prestazione dal vario contenuto faccia propendere la maggior parte della dottrina ad inquadrare *de plano* la clausola modale tra gli istituti costitutivi di una obbligazione. La previsione di una azione per l'adempimento della prestazione è, di per sé, significativa. Altri studiosi, invece, riconoscono nell'effetto prodotto dal modo un semplice obbligo giuridico. Il passaggio successivo, in considerazione del quale viene a delinearsi una forte divergenza di opinioni tra gli studiosi, attiene alla fonte dell'obbligo/obbligazione. Alla tesi secondo cui il modo sorge per effetto di legge (e, di preciso, nell'istante corrispondente

all'acquisto della qualità di erede) si contrappone l'opinione di coloro i quali si riferiscono alla volontà del *de cuius* come al fattore scatenante l'obbligo/obbligazione contenuta nell'onere. La risposta al presente quesito è importante poiché introduce l'interprete ad un esame maggiormente approfondito del modo e dei suoi effetti.

Autorevole dottrina sostiene che sarebbero maggiori i vantaggi sul fronte pratico, qualora il *modus* testamentario realizzi la situazione giuridica soggettiva denominata "onere". Trattasi di un criterio ermeneutico rimasto inapplicato, giacché l'attuale configurazione dell'art. 648 c.c. è tale da non poter garantire un effetto caducante analogo a quello che si verifica in caso di inosservanza dell'onere. Oltretutto, l'onere dispone dei beni oggetto dell'attribuzione testamentaria anteriormente all'adempimento (spontaneo ovvero coatto) della prestazione modale. I motivi per cui non è possibile associare l'effetto prodotto dal *modus* alla figura dell'onere sono stati, inoltre, rinvenuti sulla base degli esiti ottenuti in seguito all'analisi dei caratteri interni e dei requisiti inerenti alla situazione giuridica soggettiva in esame. Si fa rinvio all'apposita sede.

Concludendo, vengono presi in considerazione i principali argomenti a favore della concezione dell'onere quale elemento costitutivo di una obbligazione. Trattasi della tesi dominante in dottrina e giurisprudenza. L'onere rispetterebbe, infatti, tutti i caratteri e i requisiti richiesti nel rapporto intercorrente tra un creditore e un debitore. Vi sono, tuttavia, alcuni autori che contestano tale assunto, sostenendo l'ammissibilità di oneri dal contenuto non patrimoniale nonché l'esistenza di fattispecie modali singolari per cui non è possibile ravvisare un autentico rapporto obbligatorio. Lungi dall'entrare nel merito della discussione, sono degne di nota le numerose e diversificate risposte alle obiezioni sopra riportate. Una parte della dottrina, a conferma dell'aspetto patrimoniale della prestazione imposta dall'onere, fa apposito riferimento all'istituto della cauzione *ex art.* 647, secondo comma, c.c. ovvero alla previsione di una penale in vista dell'inadempimento. Altri studiosi riconoscono, invece, nella valutabilità in chiave economica della prestazione modale un importante elemento discretivo dell'onere testamentario dall'elemento accidentale condizione.

L'art. 671 c.c. è, inoltre, considerato il massimo argomento normativo a favore della patrimonialità del *modus*, giacchè il contenuto di tale disposizione viene raffrontato al valore del bene oggetto dell'attribuzione testamentaria. Ulteriori considerazioni vengono, poi, effettuate in merito alla ricognizione del momento esatto in cui la prestazione modale viene determinata nonché alle fattispecie dell'onere impossibile o illecito. L'aspetto soggettivo, per quanto determinante ai fini di una corretta qualificazione dell'effetto prodotto dal *modus*, verrà invece trattato nel terzo capitolo.

1- Il *modus* costitutivo di un obbligo

1.1 La figura dell'onerato

La disposizione testamentaria modale ha catturato l'attenzione della dottrina per i molteplici aspetti controversi che caratterizzano tale istituto. Si precisi, tuttavia, che la natura e la qualificazione giuridica del *modus* testamentario fungono da fondamenta per uno studio ancora acerbo, lontano dal raggiungere la completezza. Una volta delineati i tratti necessari per una corretta collocazione sistematica dell'onere testamentario nell'ampio panorama delle disposizioni *mortis causa*, occorre altresì che si faccia chiarezza riguardo la natura degli effetti prodotti dalla clausola modale¹³³. Il *modus* impone un obbligo, un'obbligazione ovvero un onere in capo all'onerato? La risposta a tale quesito avrà una significativa influenza sull'ambito di disciplina del modo testamentario. Questo potrebbe estendersi, per esempio, alle norme generali sulle obbligazioni. Al contrario, gli art. 647, secondo comma, e 648 c.c. potrebbero esaurire la disciplina degli effetti del *modus* testamentario, salva l'applicazione del criterio di interpretazione analogica. In ogni caso, l'interpretazione di tali disposizioni da parte dell'operatore giuridico dovrà tenere conto delle dinamiche intercorrenti nel rapporto che viene a crearsi tra l'onerato ed il beneficiario al momento dell'apposizione di un obbligo, di un onere, di una obbligazione. Trattasi, ancora una volta, di individuare la disciplina applicabile in tema di onere testamentario, ciò mediante l'analisi delle norme principali nonché degli esiti raggiunti nel capitolo precedente.

Orbene, la natura degli effetti dell'onere testamentario è definita da diversi fattori. Gli individui facenti parte del rapporto giuridico costituito dal *modus* ricoprono certamente un ruolo cruciale e decisivo per il raggiungimento degli scopi preposti nello

¹³³ CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 190 – 191: “il problema dommatico di maggior rilievo connesso alla enucleazione del concetto di *modus* testamentario, considerata questa figura sia in se stessa, sia nel suo profilo differenziale rispetto alla disposizione affine del legato, (è stato e) rimane sempre quello relativo alla identificazione, secondo lo schema del rapporto obbligatorio, dell'effetto che la legge (a conseguire al *modus* e che interessa, naturalmente in maniera antitetica, l'onerato e l'onorato (o chi per lui).”

studio intrapreso. L'individuazione delle parti e delle rispettive caratteristiche influenza in vario modo la stessa situazione giuridica che si viene a creare. Ad esempio, la determinabilità del creditore e del debitore è alla base di un rapporto obbligatorio, risultandone uno dei requisiti. L'onere, al contrario, è una situazione totalmente incentrata su un unico soggetto. Occorre, tuttavia, fare un avvertimento. Alla variegata casistica sui soggetti dell'onere testamentario non può corrispondere un approccio *case to case* riguardante la qualificazione del rapporto giuridico intercorrente tra l'onerato ed il beneficiario¹³⁴. L'effetto prodotto dalla disposizione testamentaria modale non può che essere di un certo tipo, desumibile dall'analisi del dettato normativo.

Si ritiene opportuno cominciare la trattazione con una disamina sulla figura dell'onerato. Trattasi dell'istituto erede o legatario, il quale deve adempiere la prestazione prevista dal *modus* nei confronti di un beneficiario. L'onerato, in un certo senso, raffigura l'anello di congiunzione tra l'analisi generale del modo testamentario e l'esame degli effetti che tale istituto produce. Basti un esempio per chiarire il concetto. L'individuo in esame, oltre ad essere legittimato passivo delle azioni *ex art. 648 c.c.*, è soggetto all'azione di riduzione per lesione di legittima. Il *modus* testamentario, infatti, costituisce un peso ereditario. La generica formulazione dell'art.

554 c.c. ("Le disposizioni testamentarie eccedenti la quota di cui il defunto poteva disporre sono soggette a riduzione") sembra permettere la riduzione del beneficio modale. Tuttavia, la legittimazione passiva non spetta al beneficiario dell'onere testamentario: tale disposizione, rappresentando un limite all'attribuzione liberale, incide negativamente sulla quota dell'eredità e sul valore dei beni del legato entro i limiti *ex art. 671 c.c.* Nel senso esposto, può affermarsi che la riduzione della

¹³⁴ Tale metodo è utilizzato da GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 289 s., con riferimento agli interessati diretti e indiretti: "nell'indicazione pluricomprendiva «qualsiasi interessato», anzitutto il riferimento all'ipotesi che la volontà del testatore, determinando il soggetto destinatario del *modus*, crei un vero e proprio rapporto obbligatorio in suo favore. Altra ipotesi è che non sussista, nel testatore, l'interesse a creare tale rapporto intersoggettivo: egli è mosso soltanto dall'interesse al *modus* in sé e per sé, in vista di determinati scopi che il testatore vuole realizzati. Per il raggiungimento di tali scopi non necessita alcun rapporto obbligatorio fra soggetti: il che, ci pare, ha precisi punti di riferimento nel sistema."

disposizione principale contempla, in maniera implicita, una proporzionale riduzione della prestazione modale, giacché il valore di questa deriva dalla quota attribuita ed eccedente la legittima¹³⁵. Contrariamente, dovrebbe ammettersi una disparità di trattamento: qualora l'onere venga apposto ad una istituzione d'erede, non avverrebbe alcuna riduzione; nel caso del legato modale, invece, la riduzione dovrebbe operare in via mediata, secondo il disposto di cui all'art. 671 c.c. In questa sede, è opportuno notare come l'onere sia, al contempo, destinatario delle conseguenze derivanti dallo *status* di erede ovvero legatario nonché titolare di una situazione giuridica passiva, per effetto del *modus* testamentario. Le due circostanze, si è visto, non sempre sono distinte, anzi, il più delle volte devono essere analizzate congiuntamente.

Ciononostante, la figura in esame non ha sempre ottenuto la giusta considerazione da parte della dottrina. D'altronde, sono rari gli aspetti che lasciano adito a particolari perplessità tra gli autori. L'onere viene determinato dal testatore, pena la nullità della disposizione principale. Lo stesso novero degli onerati si riduce, per legge, all'erede ed al legatario. La scelta del soggetto effettuata dal *de cuius* in funzione dell'adempimento di una prestazione modale non rende, poi, il suddetto onere differente dal *modus* ordinario, bensì rileva unicamente ai fini dell'art. 676 c.c. e seguenti. La prestazione *intuitu personae*, ad ogni modo, non rappresenta da sola un motivo determinante l'attribuzione: il concetto di peso personale non va confuso con il movente rilevante ex art. 647, terzo comma, e 648, secondo comma, c.c. Quanto detto per provare che la figura dell'onere, sotto un punto di vista meramente

¹³⁵ Pur argomentando diversamente, arriva alla stessa conclusione VISALLI, *Il modus testamentario*, cit., p. 322-323: “Se la disposizione riducibile è gravata da un onere a favore di un terzo, la legittimazione passiva all'azione di riduzione spetta in ogni caso all'onere, mai al beneficiario del modo. Infatti, l'azione di riduzione ha carattere personale e si dirige contro i beneficiari delle disposizioni da ridurre (erede, legatario, donatario) e non nei confronti dei loro aventi causa. Chiarito ciò, non si può sostenere per quanto riguarda il modo testamentario che qui interessa che esso non costituisce un peso dell'eredità, per cui non è suscettibile della qualifica di disposizione lesiva della legittima. [...] l'onere rappresenta una limitazione dell'atto di liberalità (istituzione di erede, legato). Infatti, l'onere di una disposizione testamentaria per effetto del modo è tenuto ad erogare tutto o parte di ciò che ha ricevuto gratuitamente per il conseguimento di uno scopo voluto dal testatore. Se le cose stanno così, come noi riteniamo, il costo per eseguire l'onere va detratto dal valore complessivo dei beni ricevuti con la disposizione testamentaria, sicché il modo rappresenta un peso dell'eredità e può concorrere a determinare la lesione della legittima.”

soggettivo, non interessa, se non indirettamente, l'istituto del *modus* testamentario.

L'onere, in quanto elemento accessorio, dipende dalla validità della disposizione attributiva. Ne consegue che la determinazione dell'erede ovvero del legatario può riguardare anche la disposizione testamentaria modale ma rileva principalmente in considerazione della nullità sancita dall'art. 628 c.c.

L'onerato, tuttavia, merita un interessamento maggiore da parte degli autori. Si ragioni per assurdo. Se il beneficiario di una disposizione testamentaria modale è avente causa del testatore¹³⁶, dovrebbero sorgere alcune perplessità sul ruolo effettivo che ricopre l'onerato. Vengono, dunque, a prospettarsi due differenti teorie: l'erede e il legatario sarebbero legittimati passivi di un obbligo a tutti gli effetti, oppure, le azioni *ex art. 648 c.c.* sarebbero state ideate dal legislatore quali rimedi per la violazione di un ufficio per molti versi simile a quello dell'esecutore testamentario¹³⁷. La tesi corretta è, senza margine di dubbio, la prima. Sono già state evidenziate, in tal senso, le analogie tra il *modus* testamentario e il legato obbligatorio. Le norme contenute nell'art. 648 c.c., poi, seguono lo schema e le forme del rapporto obbligatorio, discostandosi di gran lunga dalla disciplina sull'esecutore testamentario. Orbene, da quanto è stato detto possono trarsi delle importanti conclusioni. Il semplice comportamento dell'onerato (quale destinatario di un obbligo ovvero soggetto esercente un ufficio di diritto privato) introduce due aspetti fondamentali per lo studio degli effetti prodotti dall'onere testamentario: l'interesse del *de cuius* e la fonte

¹³⁶ Si fa rinvio al paragrafo 3.4 del capitolo precedente. Tale assunto, tuttavia, non è accolto dalla dottrina maggioritaria, la quale considera il beneficiario del *modus* testamentario un avente causa dell'onerato. Tra gli autori già citati, aderiscono alla tesi riportata in nota SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit.; GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit.; GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit.; VISALLI, *Il modus testamentario*, cit.

¹³⁷ La tesi esposta può risultare forzata. In effetti, lo è. Ciononostante, cfr. P. RESCIGNO, *Interpretazione dei testamenti di due uomini illustri*, in *Riv. notariato*, 2011, p. 491 s., in nota alla sentenza della Cass. n. 4022/2007: "Dalla sentenza si conclude per la qualificazione del fratello del Sen. Gualtieri come erede legittimo gravato da un onere destinato ad assorbire l'intero patrimonio ereditario. Che quello di erede possa risultare un mero e nudo nome è un dato incontestabile; ma la Corte non ha minimamente considerato l'obiezione elementare che nel caso specifico tale eventualità non si sarebbe verificata per circostanze sopravvenute tra il testamento e la morte e riguardanti il patrimonio, ma sarebbe stata sin dall'inizio prefigurata e voluta dal *de cuius*, che come erede chiamava direttamente o rimetteva alla legge la vocazione di un erede in nessuna parte del patrimonio, in definitiva trasformandolo in una sorta di semplice esecutore testamentario (veste che al fratello, per le ragioni ricordate, avrebbe per certo evitato di conferire, in difetto di ogni legame di fiducia)."

dell'obbligo / obbligazione. Trattasi di una circostanza rilevante al fine di ottenere una visione d'insieme sull'argomento.

1.2 La fonte dell'obbligo

“Il termine modo ha un duplice riferimento: esso designa sia la clausola apposta al negozio gratuito, sia l'obbligazione che da tale clausola deriva in capo all'onerato”¹³⁸. Mediante l'apposizione dell'onere testamentario, il *de cuius* intende imprimere una certa destinazione ai beni oggetto di liberalità, manifestando così un volere aggiuntivo e determinante (in alcuni casi) la disposizione principale. Tale è la clausola modale. L'interesse del testatore si esplica, essenzialmente, nella scelta della prestazione e del beneficiario. Sorge il dubbio, dunque, se le indicazioni del disponente siano tali da costituire di per sé un obbligo in capo all'onerato ovvero forniscano l'indirizzo necessario di un rapporto giuridico la cui esistenza viene già riconosciuta *ex art. 648 c.c.* al momento dell'apposizione del modo. La fonte dell'obbligo, in altri termini, può essere ricondotta alla volontà del testatore ovvero alla legge. Tale questione non è del tutto teorica ma nasconde rilevanti conseguenze, specie per la qualificazione dell'effetto modale.

La frase riportata nell'*incipit* del paragrafo offre lo spunto per alcune considerazioni inerenti il rapporto genetico intercorrente tra la clausola e l'effetto dell'onere testamentario. L'obbligo certo deriva dalla clausola modale, tuttavia, non è detto che sia necessariamente un prodotto esclusivo di questa. Volendo sostenere l'obbligatorietà del *modus*, non può che farsi riferimento all'art. 1173 c.c. Le obbligazioni testamentarie, nel sistema delle fonti delle obbligazioni, vengono inserite nella terza categoria, quella degli atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. Orbene, il *modus* non è un atto giuridico, bensì una semplice parte, l'elemento accidentale di una disposizione. Negare, alla luce di tale considerazione, la natura obbligatoria del modo testamentario equivale sicuramente a

¹³⁸ CARNEVALI, *Modo*, cit.

favorire una conclusione viziata dall'eccessivo formalismo e ossequio alla lettera della legge. È pur vero che, in tale ottica, è la disposizione *ex modo* a produrre l'obbligazione: la clausola, non potendo manifestarsi in forma compiuta e autonoma, attribuisce all'atto principale unicamente l'effetto obbligatorio. Trattasi di un effetto legale, giacché la volontà dell'atto che produce l'obbligazione non ha come fine ultimo l'adempimento della prestazione, bensì tende a realizzare una liberalità. La disposizione attributiva *ex modo*, in quanto differente dall'attribuzione pura e semplice, rappresenta invece l'atto idoneo a costituire un rapporto obbligatorio.

Ma vi è di più. È interessante notare come, sostenendo la tesi secondo cui le obbligazioni modali troverebbero la loro fonte *ex voluntate testatoris*, alcuni presupposti dell'obbligazione debbano comunque essere ricercati fuori dalla singola clausola ovvero necessitano del confronto con la disposizione attributiva. Si pensi al soggetto onerato nel rapporto giuridico (l'erede e il legatario) nonché al carattere patrimoniale della prestazione modale. In tale circostanza, sarebbe difficile ammettere l'esistenza di un rapporto obbligatorio i cui elementi sono disseminati in due istituti.

Le argomentazioni qui proposte trovano, poi, supporto nel fatto che l'onere testamentario rappresenta un atto ad efficacia mediata: è possibile teorizzare l'esistenza di una frazione di tempo ideale tra la valida istituzione d'erede o del legatario e la coercibilità del modo. La tesi dell'obbligazione quale effetto legale ben si presta a tale dinamica. L'obbligazione per iniziativa del testatore, al contrario, troverebbe espressione al momento dell'apertura della successione. Non bisogna, tuttavia, confondere il recuperato concetto del *modus* quale atto ad efficacia mediata con l'opinione abbastanza diffusa in dottrina secondo cui l'obbligazione testamentaria sorge, per effetto di legge, all'acquisto della qualità di erede. La tesi del “rapporto legittimante di erede”¹³⁹ non trova accoglimento, poiché non considera affatto la circostanza in cui la disposizione obbligatoria viene apposta ad un legato¹⁴⁰.

¹³⁹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

¹⁴⁰ CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 407 – 408, parlando di “impossibilità obbiettiva di riferire la stessa soluzione al gruppo delle obbligazioni *ex legato* ed *ex modo* poste a carico di un legatario. E, difatti, ammesso che sia vero che la costituzione legale delle obbligazioni testamentarie trovi il suo presupposto obbiettivo nello stato giuridico di erede (alla realizzazione del cui contenuto le

Soprattutto, la necessità che l’erede esprima, mediante l’atto di accettazione dell’eredità, l’intenzione di assumere l’obbligazione non collide solamente con la *ratio* delle norme inerenti l’acquisto della qualità d’erede, ma non è in alcun modo assimilabile alla dinamica effettuale del *modus* testamentario. La volontà dell’onerato, difatti, è ininfluente sulla genesi dell’obbligazione, essendo questa un effetto intrinseco all’istituto modale¹⁴¹. Il *de cuius* appone l’onere ad una disposizione attributiva, manifestando il volere che una prestazione venga adempiuta. Contribuisce a fare maggiore chiarezza il seguente estratto: “si trae l’impressione che l’obbligazione di che trattasi, si fondi sulla volontà altrui, anziché su quella propria dell’obbligato; o piuttosto sull’efficacia che la legge attribuisce alla volontà (aliena) del testatore. Pare, dunque, si tratti di una obbligazione in lato senso legale; sicché gli effetti dell’inadempimento dovrebbero essere posti dalla legge”¹⁴².

L’individuazione della fonte modale nella legge è stata effettuata ponendo come assunto il fatto che l’onere produca un’obbligazione. Da tale constatazione emergono le fragilità insite in una ricerca compiuta senza prima accertare la natura dell’effetto prodotto. Si ritiene, tuttavia, che le argomentazioni proposte siano valide anche qualora il *modus* imponga un semplice obbligo in capo all’onerato ovvero si esaurisca in un onere, inteso come situazione giuridica soggettiva. In tal caso, due sono le possibili interpretazioni del fenomeno: primo, l’effetto legale consiste in un rinvio alla figura dell’obbligazione in senso tecnico ovvero a quella dell’onere, secondo, il modo pone in essere un obbligo regolamentato dall’art. 648 c.c.

stesse obbligazioni sarebbero subordinate, costituendo esse e in certo senso un correlato del contenuto stesso), non si può certamente pensare che la condizione personale di legatario abbia la stessa natura e la medesima funzione della qualità di erede.

¹⁴¹ Il medesimo discorso può essere esteso, seppure in altri termini, all’intera categoria delle obbligazioni testamentarie. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 410, sostenendo che la volontà del soggetto che accetta l’eredità è tipicamente rivolta all’acquisto dei diritti e obblighi inerenti la qualità ereditaria, afferma: “anche se il chiamato, volendo accettare l’eredità, non abbia presente nella sua esplicitazione volitiva il prodursi della totalità degli effetti ricollegati dalla legge alla sua accettazione, per questo lato il difetto della sua volontà sarebbe giuridicamente irrilevante e gli effetti della sua accettazione si produrrebbero nel loro complesso e sempre come effetti negoziali.”

¹⁴² PUGLIATTI, *Dell’istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 616

2- Il *modus* costitutivo di un onere

2.1 La tutela in vista dell'inadempimento

È rimasta isolata l'opinione, seppure autorevole¹⁴³, secondo cui il *modus* testamentario ha come plausibile effetto il configurarsi della situazione giuridica soggettiva denominata "onere"¹⁴⁴. Lo stesso Autore afferma che, per quanto risulti ai fini pratici opportuno adottare la suddetta tesi, questa poco concilia con la disciplina di cui all'art. 648 c.c. (per precisare, con il vecchio art. 194). Ciononostante, anche la figura dell'onere merita la giusta considerazione, al pari dell'obbligo e dell'obbligazione. Complessivamente, è infatti possibile trarre una definizione dell'istituto in esame compatibile e affine alla funzione svolta dal modo. L'onere, secondo l'orientamento consolidato della dottrina¹⁴⁵, limita l'esercizio del potere, richiedendo un determinato comportamento a colui che lo detiene. Al pari del *modus*, l'onere è considerato un peso, un vincolo. Un'ulteriore analogia risiede nel fatto che entrambi gli istituti ricoprono un ruolo secondario nei rispettivi ambiti (il modo rispetto la disposizione principale, l'onere rispetto al potere). Seppure catalogabile tra le situazioni giuridiche passive, l'onere differisce dal *genus* dovere e dalla *species* obbligo, poiché non è previsto, di norma, l'intervento coattivo e/o sostitutivo dell'ordinamento in vista dell'inadempimento. Quando è presente uno strumento sanzionatorio, poi, questo assume una funzione del tutto peculiare¹⁴⁶. L'indagine

¹⁴³ PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 614 s.

¹⁴⁴ Al fine di distinguere i due concetti, nel seguente paragrafo (e in quello a venire) il termine "onere" verrà utilizzato esclusivamente per indicare la situazione giuridica soggettiva.

¹⁴⁵ Si legga, per un rapido *excursus* sulla materia, P. GELATO, voce *Onere*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1995

¹⁴⁶ Testuali parole di T. SCOZZAFAVA, voce *Onere*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, il quale afferma: "è possibile, adesso, affermare che l'onere costituisce un criterio di qualificazione giuridica, che va ad incidere (vedremo poi come) sulla stessa morfologia del potere, connotandolo attraverso vincoli, che rendono più complessa la situazione giuridica. L'onere si identifica come un vincolo connesso a un potere. Se il titolare del potere si uniforma al vincolo - adempie cioè l'onere - il potere si dispiega incondizionatamente e il soggetto passivo non potrà evitarne le conseguenze: in relazione a ciò potrà continuarsi ad utilizzare il concetto di «soggezione», con l'aspirazione di descrivere alcunché di giuridicamente significativo. Se, invece, il titolare del potere non si uniforma al vincolo, il potere resta paralizzato e il suo esercizio non è in grado di condurre ad alcun risultato giuridico; o, se in via

confluisce, dunque, nell'esame delle conseguenze derivanti dall'inosservanza dell'onere: queste possono esaurirsi nel mancato conseguimento degli effetti positivi dell'atto ovvero nell'obbligo risarcitorio, nella semplice irregolarità o nell'assenza di una qualsiasi sanzione. La forbice degli effetti è visibilmente ampia.

Orbene, l'analisi condotta dal Pugliatti verte principalmente sull'efficacia delle azioni *ex art.* 194 (l'attuale 648 c.c.). L'autore ha osservato come il legislatore, nella stesura della disciplina sul *modus* testamentario, abbia prediletto l'azione di adempimento della prestazione all'azione di risoluzione della disposizione principale. Il medesimo rilievo può essere fatto con riferimento ai due commi contenuti nell'art.

648 c.c. Il primo rimedio giuridico sollecita direttamente l'adempimento, il secondo stimola l'onere ad osservare il modo mediante la previsione di una sanzione. Il problema risiede nel fatto che le due azioni non attribuiscono nella stessa maniera la legittimazione attiva ai soggetti interessati all'osservanza del *modus* testamentario. La disparità, in tal senso, è evidente: sono legittimati ad agire per l'adempimento *ex art.* 648 c.c., primo comma, tutti i possibili interessati, mentre possono chiedere la risoluzione o il risarcimento dei danni solamente i danneggiati dall'inadempimento della prestazione modale¹⁴⁷. La norma citata, inoltre, restringe l'ambito di applicazione dell'azione di risoluzione a due casi specifici e tassativi. L'effetto risolutivo della disposizione testamentaria viene posto in secondo piano e diviene conseguenza di un rimedio puramente eventuale. L'azione per l'adempimento, d'altro canto, non è altrettanto efficace per il raggiungimento dei fini preposti con l'apposizione del *modus* testamentario. Alla luce di tali considerazioni, sarebbe opportuno rafforzare l'art. 648 c.c., secondo comma, prevedendone un'applicazione generale. L'adempimento del modo diverrebbe così strumentale alla conservazione dei benefici derivanti dalla disposizione gravata, configurandosi un vero e proprio onere¹⁴⁸.

eccezionale lo produce, genera anche un risultato di effetto opposto e compensativo, rappresentato di solito dall'obbligo di risarcire il danno."

¹⁴⁷Tali argomenti meritano uno studio approfondito nei paragrafi a venire e sono qui soltanto accennati.

¹⁴⁸PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 618 - 619: "Dunque, rispetto alla garanzia dell'adempimento dell'onere e ai mezzi a ciò predisposti, l'ingiustificata restrizione posta dall'art. 194, secondo al., non è compensata dalla estensione di cui all'art. 194, primo al. Anche dal punto di vista

Se ne traggano le dovute conclusioni. Il *modus* testamentario costitutivo di un onere, più che una teoria, sembra essere un auspicio tuttora disatteso, correlato all'esigenza di rafforzare i mezzi atti a garantire lo spontaneo adempimento della prestazione modale. Si contrappongono alle aspettative, tuttavia, i numerosi dubbi sulla effettiva realizzazione, mediante l'apposizione del *modus*, di un onere in senso stretto.

2.2 La configurazione di un onere in senso stretto

Non sono state ancora vagliate le principali tesi riguardanti la natura dell'onere. Queste vanno ben oltre il quadro delineato nel paragrafo precedente. Tali argomentazioni forniscono segnali in virtù dei quali sarebbe opportuno riconsiderare l'intera figura in esame, sia con riferimento alla tematica sugli effetti del *modus* testamentario, sia in merito all'inclusione dello stesso onere nella categoria delle situazioni giuridiche soggettive.

Si prendano in considerazione i diversi istituti dell'obbligo e dell'onere: la necessità di adeguarsi ad un determinato schema comportamentale attiene a valutazioni normative nella prima categoria di situazioni giuridiche, a valutazioni individuali nella seconda. “L'onere è dovere dal punto di vista sociale, ossia dell'autonomia privata che, prima spontanea e libera, si piega poi alla diversa logica del diritto¹⁴⁹”. Tale assunto può riassumersi nella seguente formula: “se vuoi B, devi

pratico, perciò, oltre che da quello sistematico, la più rigorosa concezione dell'onere si mostra preferibile a quella che sta a base delle nuove disposizioni legislative. L'efficacia risolutiva dell'adempimento avrebbe costituito lo stimolo più idoneo per l'adempimento; e il modo di operare della sanzione delineava la fisionomia del *vinculum iuris*, fondato sulla legge piuttosto che sul negozio giuridico come un onere in senso tecnico, piuttosto che come una vera obbligazione, mettendone in evidenza la funzione necessariamente strumentale: il designato che volesse conservare i benefici della disposizione doveva adempire al *modus*. Ciò che si è guadagnato, formalmente, per la disciplina espressa delle disposizioni modali, si è perduto nella sostanza, per la ridotta efficacia delle sanzioni e per l'alterazione concettuale che l'istituto ha subito.”

¹⁴⁹ N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico: (Obbligo – Onere)*, Napoli, 1973, p. 94 “Ora, la descrizione del negozio ha un diverso valore sul piano giuridico e sul piano sociale: nell'uno, è soltanto lo schema, destinato a ritrovarsi nel concreto agire degli uomini ed a fungere da premessa maggiore nel sillogismo applicativo della norma; nell'altro, è esigenza posta dall'esterno alla logica naturale e spontanea dell'autonomia privata.”

A”. Si faccia un esempio. La necessità *ex art.* 782 c.c. di redigere una donazione per atto pubblico è concetto differente dall’obbligo di adempiere una prestazione modale, poiché l’osservanza della forma è conseguente alla volontà estrinseca di perfezionare un negozio con determinate caratteristiche richieste dalla legge. Nel *modus* donativo, invece, l’intenzione di adempiere da parte del donatario è totalmente irrilevante, avendo il donante disposto *a priori* una determinata prestazione. In tal caso, si afferma che la valutazione di doverosità “non abbraccia il negozio, ma nasce dal negozio”¹⁵⁰.

La tesi sopra riportata, per quanto condivisibile, non giustifica l’esclusione dell’onere dal novero delle situazioni giuridiche soggettive. Lo sviluppo delle prime teorie sull’onere è improntato, infatti, al riconoscimento della c.d. regola tecnica. Questa è una sottospecie della regola giuridica, la quale non ha carattere imperativo ma stabilisce un dovere finalizzato al perseguimento di uno scopo. L’osservanza del dovere contenuto nella regola tecnica è subordinata alla volontà, da parte del soggetto agente, di realizzare quel determinato fine. La teoria della regola tecnica, sviluppata dal Brunetti¹⁵¹, richiama il concetto kantiano dell’imperativo ipotetico. Alla luce di tali considerazioni, la posizione in cui versa l’onerato non può che assumere veste giuridica. Non si tratta di un semplice riconoscimento da parte dell’ordinamento, giacché l’onere è previsto da una norma che stabilisce una regola tecnica ed è tutelato, alcune volte, da sanzioni che vanno oltre l’inefficacia dell’atto. Si pensi al risarcimento dei danni.

Quanto è stato detto finora riguardo le due tipologie del dovere aiuta a comprendere i reali motivi per cui non è possibile configurare un onere in senso stretto, quale effetto del *modus* testamentario. In primo luogo, l’interesse tutelato dall’onere è quello dello stesso onerato, mentre nel modo rilevano unicamente gli interessi del beneficiario e del testatore. Ma vi è di più. Il comportamento dell’individuo non conforme a un modello giuridico predisposto nel suo medesimo interesse rende, in un certo senso, tale soggetto responsabile nei confronti di sé stesso. Trattasi del principio

¹⁵⁰ IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., p. 95

¹⁵¹ G. BRUNETTI, *Norme e regole finali*, Torino, 1913

di autoresponsabilità¹⁵², vigente nella circostanza in cui sussistano due interessi confliggenti in capo alla medesima persona. Con riferimento alla disposizione testamentaria modale, invece, la situazione è totalmente opposta: l’erede ovvero il legatario soccombono all’interesse del *de cuius* per uno scopo a loro estraneo e sono responsabili nei confronti dei beneficiari. L’oggetto della prestazione tutelata *ex art.* 648 c.c. è puntualmente descritto nella disposizione testamentaria gravata dal *modus* ed è esigibile da chiunque sia interessato all’adempimento.

Nella precedente affermazione risiedono ulteriori differenze con l’onere, una di esse invero analizzata in precedenza. Non è previsto l’intervento coattivo e/o sostitutivo dell’ordinamento giuridico, qualora sussista una violazione dell’onere. Quest’ultimo, infatti, non è coercibile, dal momento che nessuno viene leso dall’inadempiente¹⁵³. È pur vero che esistono sanzioni (ad esempio, l’obbligo risarcitorio) le quali presuppongono l’esistenza di un danno. Si obietta che, rispetto la violazione dell’obbligo, l’impostazione adottata nell’istituto in questione è completamente differente. Le conseguenze negative dell’onere possono essere ricomprese nello schema generico dell’invalidità, concetto con il quale suole intendersi l’inesatta riproduzione di un modello comportamentale previsto dalla norma. Orbene, le disposizioni suscettibili di dar luogo al fenomeno citato sono unicamente quelle che prescrivono comportamenti considerati in maniera favorevole dall’ordinamento, essendo invece illeciti gli atti riprovati dalla legge¹⁵⁴. Le sanzioni per l’inosservanza dell’obbligo, al contrario, vengono applicate nel momento in cui è posto in atto il comportamento corrispondente al divieto. Si pensi alla formula utilizzata dal legislatore per indicare i rimedi all’inadempimento dell’obbligazione: l’art. 1218

¹⁵²SCOZZAFAVA, *Onere*, cit.

¹⁵³GELATO, *Modo*, cit.

¹⁵⁴G. CONSO, *Il concetto e le specie d’invalidità*, Milano, 1955, p. 6 - 7: “Ma non ogni disposizione che configuri un comportamento umano consente, per i comportamenti concreti con essa confrontabili, una valutazione in termini di validità o d’invalidità. Già si sono ricordati parecchi esempi di comportamenti che, pur riproducendo lo schema previsto da una certa disposizione, non vengono qualificati come validi. Tali comportamenti vengono qualificati, invece, come illeciti: qualifica, pur essa relativa ad una certa disposizione, usata ad indicare che si è attuato un qualcosa che non si doveva attuare o che non si è attuato un qualcosa che si doveva attuare. Nel che è implicito un apprezzamento sfavorevole.”

dispone che “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno”. L’invalidità e l’illiceità (nel caso di specie, contrattuale) sono, dunque, due fenomeni strutturalmente all’antitesi, essendo il primo la conseguenza dell’atto imperfetto e il secondo un carattere dell’atto “perfetto” ma vietato.

Ne deriva un’importante conclusione. Si ritiene che a qualsiasi schema di atto giuridico possa corrispondere un onere in capo al destinatario della norma¹⁵⁵. In tal senso l’onere rischia di essere associato e confuso con il fenomeno dell’invalidità, tanto da generare dubbi sull’autonomia del suddetto istituto. In realtà, non tutti i casi d’invalidità dell’atto derivano dall’inosservanza di un onere. Quest’ultimo, poi, prevede sanzioni di vario genere, le quali poggiano le proprie basi sull’invalidità dell’atto. Orbene, si tenga presente quanto detto. L’osservazione di fondo è la seguente. L’onere necessita non solo di una norma che lo preveda, bensì di un contenuto interamente delineato dalla legge. Tale condizione non viene soddisfatta dal *modus* testamentario, il cui effetto ha fonte legale ma è deciso nel contenuto dal testatore.

¹⁵⁵ GELATO, *Onere*, cit.

3- Il *modus* costitutivo di un rapporto obbligatorio

3.1 La patrimonialità della prestazione

L'attuale configurazione dell'art. 648 c.c. consente all'interprete di escludere l'onere dal novero degli effetti prodotti dal modo. La ricerca viene, dunque, ristretta alle fattispecie dell'obbligo e dell'obbligazione. Dalla previsione normativa delle azioni di adempimento del *modus* e di risoluzione della disposizione principale, tuttavia, non discende necessariamente un rinvio ai rimedi di cui agli art. 1218 e 1453 c.c. Lungi dal farsi attrarre dall'omonimia delle suddette azioni, vi è ancora molto da discutere in merito alla costituzione di un'obbligazione modale. Basti considerare che autorevole dottrina¹⁵⁶ nega a monte l'esistenza di un vero e proprio rapporto giuridico tra l'onere e il beneficiario: le azioni *ex art. 648 c.c.* avrebbero unicamente la funzione di sollecitare l'adempimento di un dovere. La tesi, invero, non regge di fronte all'esistenza di una serie, peraltro vasta, di soggetti direttamente interessati all'adempimento. Che tale interesse possa dar luogo ad un diritto di credito, tuttavia, è opinione da dimostrare.

Un mezzo efficace per accertare se l'onere testamentario costituisca, o meno, un rapporto obbligatorio consiste nel verificare il soddisfacimento dei requisiti nonché dei caratteri dell'obbligazione. Questa deve avere un oggetto economicamente valutabile, possibile, lecito, determinato ovvero determinabile¹⁵⁷.

In primo luogo, la prestazione modale deve essere suscettibile di valutazione economica. Trattasi di un aspetto importante, di estrema rilevanza nella tematica degli istituti affini. La patrimonialità del modo, secondo alcuni autori¹⁵⁸, rappresenta infatti uno dei principali criteri discretivi tra il *modus* testamentario e la condizione. Nella relazione al progetto definitivo del codice civile viene sostenuto che "la previsione di un contenuto non patrimoniale per il *modus* presupporrebbe l'esistenza di una regola

¹⁵⁶ CICU, *Il testamento*, cit.

¹⁵⁷ Per un ottimo manuale istituzionale, cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 644 s.

¹⁵⁸ Fra tutti, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 309 s.

che prescrivesse la patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni. Poiché questa regola non c'è, è inutile porre l'eccezione¹⁵⁹». Da tale affermazione si deduce che il carattere patrimoniale della prestazione modale è stato, sin dai tempi dei lavori preparatori, un fattore probante l'obbligatorietà dell'onere testamentario (e viceversa).

L'esplicita intenzione del legislatore in tal senso, tuttavia, non convince una parte della dottrina, la quale pur ritiene ammissibile l'apposizione di un *modus* dal contenuto non patrimoniale¹⁶⁰. È interessante notare, infatti, come la patrimonialità della prestazione sia stata più volte associata e confusa con la patrimonialità del danno. Nella stessa relazione al codice civile si è sottolineata la necessità che la prestazione sia suscettibile di valutazione economica, affinché possa attuarsi la tutela prevista in caso di inadempimento¹⁶¹. In realtà, i due concetti sono differenti. La patrimonialità del danno rileva nell'ambito della legittimazione attiva: possono agire per l'adempimento solamente coloro i quali siano stati effettivamente lesi dal comportamento del debitore. La misura del danno non può essere equiparata al valore della prestazione, giacché l'inadempimento si inserisce nella dinamica dell'illecito contrattuale in qualità di fattore causale, non come elemento di stima¹⁶².

Ne conseguono due ordini di considerazioni. In primo luogo, la previsione di specifiche azioni a tutela dell'adempimento non è una circostanza necessariamente connessa alla patrimonialità della prestazione. Sussistono, infatti, rimedi giuridici in vista di prestazioni che possono avere, o meno, contenuto suscettibile di una valutazione economica. Si pensi, ad esempio, all'esecuzione in forma specifica. In

¹⁵⁹ *Codice civile. 3: progetto definitivo e relazione del guardasigilli On. Solmi*, cit., n. 290

¹⁶⁰ Fra tutti, L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 331

¹⁶¹ *Relazione del ministro guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, cit., n. 557

¹⁶² MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 313: “Se poi si guarda al di là delle formule, alla sostanza del problema agitato può agevolmente scorgersi come la dottrina dominante finisca, nel quadro della spiegazione proposta, con l'identificare il danno con la mancata prestazione, mentre il concetto di danno si deve più propriamente riportare alla lesione di un interesse soggettivo rispetto alla quale la mancata cooperazione del debitore, che non esegua la prestazione dovuta, si pone in un rapporto causale o comunque di semplice presupposto. Ammettere, pertanto, la sanzione del risarcimento del danno solo in relazione alla valutabilità pecuniaria della prestazione comporterebbe l'ammissibilità del risarcimento dei danni morali ogni qual volta, appunto, una prestazione sia diretta al soddisfacimento di un interesse non economico del creditore e, quindi, faccia difetto danno economico in senso proprio.”

secondo luogo, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 648 c.c., lungi dal costituire un mero rinvio alla sanzione risarcitoria *ex art.* 1218 c.c., ha una funzione ben determinata, ovverosia quella di estendere la legittimazione attiva agli interessati che non hanno subito danni a carattere patrimoniale. Tale norma non fa alcuna differenza tra i soggetti che potrebbero far applicare l'art. 1218 c.c. e gli individui che, invece, non avrebbero accesso a tale strumento di tutela. Orbene, due sono le possibili interpretazioni del disposto normativo. La prima, fedele all'assunto secondo cui vi è un necessario legame tra la patrimonialità della prestazione e la patrimonialità del danno, andrebbe a proporre (a sua volta) due scenari: la negazione del rapporto obbligatorio nel modo ovvero l'eventualità che alcune disposizioni modali diano luogo ad obbligazioni in senso tecnico ed altre a semplici obblighi¹⁶³. Alla luce delle precedenti considerazioni, tuttavia, entrambe le tesi non meritano di essere condivise. I presupposti per agire nei confronti dell'inadempiente, si ripete, esulano dai caratteri interni alla prestazione. La seconda interpretazione, invece, ha il "merito" di lasciare in sospeso il problema della patrimonialità della prestazione modale. Conformemente alla distinzione tra patrimonialità della prestazione e patrimonialità del danno, non si esclude l'ipotesi che il *modus* testamentario possa avere un contenuto non suscettibile di una valutazione economica, né si pone in dubbio la risarcibilità del danno conseguente all'inadempimento dell'onere¹⁶⁴. Dal momento che l'analisi letterale del primo comma dell'art. 648 c.c. risulta essere insufficiente allo scopo di fornire una risposta certa sull'argomento, devono ricercarsi altrove gli indizi dai quali ricavare il carattere patrimoniale del modo.

¹⁶³ Cfr. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 290

s.

¹⁶⁴ Il tema del risarcimento dei danni nel *modus* testamentario è articolato e complesso. Le opinioni degli autori mutano a seconda della tipologia di azione esaminata. Per quanto riguarda l'azione di adempimento, dottrina e giurisprudenza dominante tendono ad ammettere l'obbligo risarcitorio in capo all'inadempiente. L'argomento verrà trattato nei seguenti paragrafi.

3.2 L'applicazione di una penale. La cauzione

La previsione, da parte del *de cuius*, di una sanzione pecuniaria in caso di inadempimento della prestazione modale, lungi dall'offrire un apporto effettivo riguardo il tema della patrimonialità del modo, ha generato numerosi contrasti in dottrina e in giurisprudenza. Le principali discussioni vertono, in particolar modo, sulla ammissibilità della clausola penale, in relazione all'istituto dell'onere testamentario. Si è, infatti, obiettato quanto segue. Ai sensi dell'art. 1382 c.c., mediante la clausola penale “si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione”. L'applicazione di una penale è, dunque, incompatibile con la natura unilaterale del testamento: mancherebbe una preventiva accettazione della quantificazione forfettaria del danno da parte dell'onerato¹⁶⁵. Cionondimeno, l'istituto in esame è disciplinato nella seconda sezione del capo V (rubricato “Degli effetti del contratto”) del titolo secondo, sui contratti in generale. Si è chiesto, allora, se la penale possa essere applicata ad un negozio che non rientri nella categoria “contratto” e, *a fortiori*, al *modus* testamentario. Bisogna tenere a mente che l'onere è un elemento accidentale del negozio *mortis causa*. Sorge, poi, l'ulteriore quesito su quali siano i soggetti legittimati ad agire per il pagamento della penale, considerato che quest'ultima sostituisce l'ammontare risarcitorio con una somma di natura convenzionale. La categoria degli interessati all'adempimento *ex art. 648*, si ripete, comprende anche i soggetti che non hanno subito alcuna lesione valutabile sotto il profilo patrimoniale.

Ciononostante, dottrina minoritaria sostiene che, mediante l'applicazione di una penale, il testatore possa, in via indiretta, attribuire un carattere patrimoniale alle prestazioni modali che ne sono prive¹⁶⁶. Aderendo alla suddetta tesi, tuttavia, viene a confondersi la patrimonialità della prestazione con la giuridicità dell'obbligo. Il profilo della patrimonialità è obiettivo e intrinseco all'obbligazione¹⁶⁷. L'applicazione della penale, invece, è meramente eventuale e rileva sotto l'aspetto inerente alla

¹⁶⁵ C. M. BIANCA, *Diritto Civile 2: La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 653

¹⁶⁶ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 647

¹⁶⁷ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 357

quantificazione del danno. In conclusione, la clausola penale testamentaria non è un argomento atto ad escludere in via assoluta l'eventualità di un *modus* dal contenuto non suscettibile di valutazione economica.

Nessun problema in merito all'ammissibilità dell'istituto si ravvisa, invece, nella cauzione. Essa è disciplinata dal secondo comma dell'art. 647 c.c., il quale dispone che “se il testatore non ha diversamente disposto, l'autorità giudiziaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può imporre all'erede o al legatario gravato dall'onere una cauzione”. Quest'ultima rappresenta uno strumento di tutela particolarmente efficace, concepito principalmente per le prestazioni dilazionate nel tempo. La cauzione può essere anche connessa alla previsione, da parte del testatore, dell'effetto risolutivo in caso d'inadempimento del *modus*. Orbene, un argomento che ha diviso gli autori riguarda la funzione che espleta l'istituto in esame. Si è chiesto se la cauzione abbia la finalità di indurre l'onerato ad adempiere ovvero sia posta a garanzia per i danni da inadempimento¹⁶⁸. Nel primo caso, potrebbe affermarsi che l'ammontare della cauzione imposta viene stabilito in relazione al valore della prestazione modale, con lo scopo di “bloccare” le somme necessarie per l'adempimento dell'onere. Nel secondo caso, verrebbe preso in considerazione unicamente il carattere patrimoniale del danno.

La collocazione della cauzione nell'art. 647 c.c. suggerisce, *in prima facie*, un distacco dell'istituto in esame dalla disciplina delle azioni in vista dell'inadempimento. L'onerato sarebbe sollecitato ad adempiere, dal momento che gli viene richiesto in anticipo lo stanziamento di una determinata somma per il raggiungimento dei fini racchiusi nel modo. Si è chiesto, dunque, quali sono le conseguenze derivanti dalla mancata prestazione della cauzione da parte dell'erede ovvero del legatario. Verificatasi tale violazione, una parte della dottrina afferma che debba applicarsi l'art. 641 c.c., in forza del quale l'inadempiente si vedrebbe revocata l'amministrazione dei beni. L'articolo citato, tuttavia, restringe il proprio ambito di applicazione ai casi in cui non si verifica la condizione sospensiva ovvero quando non viene rispettato

¹⁶⁸ Cfr. CICU, *Il testamento*, cit.

l'obbligo di prestare garanzia *ex art. 639 e 640 c.c.* La norma, così come formulata, ha carattere tassativo. I soggetti lesi dalla mancata prestazione della cauzione possono, in ogni caso, agire direttamente *ex art. 648 c.c.*, primo comma, giacché l'onerato ha dimostrato di non volere adempiere in maniera spontanea l'obbligo modale.

Alla luce di tali considerazioni, bisogna attribuire alla cauzione *ex art. 647 c.c.*, secondo comma, il ruolo consistente nella “liquidazione anticipata dei danni da inadempimento”¹⁶⁹. L'imposizione della cauzione è subordinata, infatti, ad una valutazione d'opportunità da parte dell'autorità giudiziaria: l'istanza dell'interessato e la conseguente approvazione del giudice si basano sul rischio concreto che l'onerato non intenda adempiere. Un noto Autore¹⁷⁰, poi, ha evidenziato il sostanziale parallelismo tra i legittimati attivi per l'azione di risoluzione della disposizione principale e i soggetti che possono chiedere la prestazione di una cauzione. Ancora una volta, l'attenzione è incentrata sulla lesione dell'interesse giuridico tutelato dall'art. 648 c.c., elemento neutro al fine di determinare il carattere patrimoniale del modo.

3.3 L'art. 671 c.c.

Le maggiori argomentazioni a sostegno della patrimonialità della prestazione modale vertono principalmente sull'analisi dell'art. 671 c.c., rubricato “Legati e oneri a carico del legatario”. Tale norma, più delle altre, ha il merito di porre a confronto l'oggetto dell'attribuzione liberale e il contenuto della prestazione imposta mediante l'apposizione dell'onere testamentario. D'altronde, il *modus* è la “dichiarazione accessoria di volontà con la quale si impone a chi riceve un diritto patrimoniale a titolo gratuito l'obbligazione di compiere un fatto qualsiasi”¹⁷¹. Ne deriva che, per aversi un

¹⁶⁹ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 115

¹⁷⁰ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 918

¹⁷¹ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, p. 446

effettivo paragone tra i due termini, il legato e la prestazione modale devono essere valutati sulla base del medesimo criterio, ovvero sia quello economico¹⁷².

L'art. 671 c.c. dispone 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”. Tale norma enuncia un principio di equità: il patrimonio dell'onerato in alcun modo deve essere esposto al rischio di depauperamento a causa della maggiore gravosità della prestazione contenuta nel sublegato ovvero nell'onere. La disposizione liberale, benché il valore possa essere assorbito interamente dall'obbligo modale (c.d. onere totalizzante¹⁷³), non può importare un sacrificio di entità economica in capo al beneficiario¹⁷⁴. Alla luce dell'attuale normativa sono, dunque, equiparate le ipotesi nelle quali il *modus* viene apposto ad una donazione (art. 793 c.c., secondo comma) ovvero ad un legato¹⁷⁵. Si ritiene, in questa sede, che il principio di cui all'art. 671 c.c. possa essere esteso anche all'istituzione d'erede gravata dall'onere.

Bisogna, tuttavia, porre una premessa. Sebbene la formulazione della norma in esame risulti somigliante alla disciplina sugli effetti dell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (si legga l'art. 490 c.c., secondo comma, n. 2), tali disposizioni attengono a profili differenti. Versano in errore, infatti, quegli autori¹⁷⁶ che attribuiscono all'art. 671 c.c. la funzione di delimitare la responsabilità dell'onerato *intra vires hereditatis*. Non si vuole solo escludere il fenomeno della confusione tra patrimonio individuale e patrimonio ereditario: la norma sarebbe del tutto superflua, giacché il legatario non accetta l'eredità e non subentra nei rapporti giuridici del

¹⁷² V. CAREDDA, voce *Onere (I Agg.)*, in *Dig. Civ.*, Torino, 2013

¹⁷³ SANDEI, *Autonomia dell'onere testamentario*, cit., p. 240

¹⁷⁴ Si legga, per un rapido *excursus* sulla materia, ROMANO, *Il modus*, cit., p. 425 s.

¹⁷⁵ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 246: “Sotto il vigore del codice abrogato che non conteneva alcuna statuizione al riguardo era stata autorevolmente prospettata, per il primo dei problemi sopra enunciati, una soluzione differenziata a seconda che si trattasse di una donazione, di un legato, ovvero di un'istituzione di erede. Mentre per la donazione, infatti, si riteneva che, dovendo l'arricchimento in senso economico costituirne un requisito essenziale, il *modus* non potesse assorbire *in toto* l'arricchimento del donatario, si ammetteva, invece, per i legati che il *modus* potesse comportare un sacrificio di entità economica pari, ma non superiore, a quella della prestazione principale e si concludeva, infine, per la inesistenza di ogni e qualsiasi limitazione relativamente al *modus* imposto all'erede, potendo benissimo l'eredità essere dannosa. Il legislatore del 1942 non ha ritenuto opportuno seguire la tripartizione prospettata e ha accomunato la donazione ed il legato [...]”

¹⁷⁶ G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni*, in *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1977, p. 449

testatore. La locuzione latina mira a stabilire che l'onerato è tenuto a rispondere *cum viribus legatim*, ovvero sia unicamente tramite l'insieme dei beni attribuitogli dalla disposizione attributiva a titolo particolare. Trattasi dell'effetto principale del beneficio d'inventario, che consiste, appunto, nel limitare la responsabilità dell'erede alle sostanze facenti parte il patrimonio ereditario. In realtà, tale fenomeno non avviene nella fattispecie del legato: l'onerato, nell'adempire la prestazione imposta, può disporre di tutti i suoi beni, i quali vengono posti a garanzia dell'adempimento. Orbene, non viene fatta alcuna differenza per l'ipotesi in cui si è in presenza di un sublegato¹⁷⁷. Si ritiene, anzi, che valga il medesimo discorso anche per la categoria, contemplata dall'art. 671 c.c., degli "altri oneri".

Che il modo testamentario non debba per forza essere soddisfatto *cum viribus hereditatis*¹⁷⁸, è un assunto di estrema rilevanza sul piano sistematico. Con l'apposizione dell'onere, il disponente intende destinare i beni oggetto di liberalità al perseguimento di un determinato scopo. Il vincolo che si viene a creare, tuttavia, non è materiale, bensì meramente economico¹⁷⁹. Succede allora che, qualora gli interessati agiscano per l'adempimento della prestazione modale, in capo all'onerato non si viene a configurare quell'autentica responsabilità limitata, di cui all'art. 2740 c.c., secondo comma. L'onere attuale si distingue, sotto tale aspetto, da alcuni istituti, ai quali pur ha dato luce. Si pensi, ad esempio, alla fondazione, "figlia" del *modus* romano. Il criterio del vincolo economico serve, altresì, a caratterizzare l'onere da un istituto di recente formulazione. Trattasi dell'art. 2645-ter, rubricato "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con

¹⁷⁷ CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 324. Al contrario, potrebbe affermarsi che sia proprio l'art. 671 c.c. a costituire quella norma speciale che genera un meccanismo di responsabilità limitata per i casi in cui la disposizione attributiva a titolo particolare viene gravata da un sublegato ovvero da un *modus* testamentario.

¹⁷⁸ In senso analogo, si legga Cass., 29-04-1993, n. 5067, in *Giur. it.*, 1, 1994: "La disposizione dell'art. 490, 2° comma, n. 2, c.c. che limiti la responsabilità dell'erede accettante con il beneficio d'inventario per il pagamento dei debiti ereditari e dei legati *intra vires* e *cum viribus hereditatis*, va intesa nel senso che nell'espressione «debiti» devono ricomprendersi, sebbene non espressamente menzionati, anche gli oneri modali e, più in generale, tutti i pesi ereditari posti a carico dell'erede dall'art. 752 c.c., con la conseguenza che, in caso di inadempimento, il beneficiario del modo testamentario non può agire sui beni propri dell'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario ma deve subire il concorso dei creditori ereditari e dei legatari."

¹⁷⁹ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., p. 205 s.

disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”. Tale istituto condivide con il *modus* una quanto mai ampia categoria di beneficiari nonché l’attribuzione della legittimazione attiva a qualsiasi interessato all’adempimento. Il fine perseguito dal conferente, tuttavia, viene tutelato dall’ordinamento giuridico mediante l’opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione, mentre si concretizza nell’imposizione di un obbligo nella figura dell’onere.

Alla luce di tali considerazioni, bisognerebbe riconsiderare la funzione dell’art. 671 c.c. La norma stabilisce il margine legittimo di onerosità delle prestazioni *sub modo* e *sub legato*. Tale limite coincide, appunto, con il valore della cosa legata. L’attenzione nell’art. 671 c.c. è, dunque, rivolta esclusivamente verso il rapporto intercorrente tra l’attribuzione e l’obbligo imposto, tralasciando così i profili di responsabilità dell’onerato. La finalità perseguita dal legislatore è quella di non alterare il carattere liberale della disposizione gravata. Viene raggiunto l’obiettivo preposto, comparando le due grandezze al momento in cui la prestazione deve essere adempiuta¹⁸⁰: qualora il sublegato ovvero l’onere superino il valore della cosa legata, tali disposizioni sono ridotte *ex lege*. Se l’interesse del disponente non può essere soddisfatto a causa della riduzione del sublegato ovvero del modo, gli obblighi previsti non sono dovuti affatto. Quando la prestazione è indivisibile e supera *ab origine* il valore della cosa legata, poi, i sublegati e gli altri oneri sono, rispettivamente, nulli e inesistenti. La limitazione è, infatti, rivolta al testatore, il quale determina l’oggetto della prestazione, non all’interessato che agisce per l’adempimento, né all’onerato responsabile.

Una simile interpretazione della norma sembra potersi condividere per la fattispecie del sublegato, nonostante alcuni autori¹⁸¹ contestino il fatto che le

¹⁸⁰ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 247

¹⁸¹ G. MUSOLINO, *Il legato modale e l’inadempimento del modus*, in *Riv. notariato*, 4, 2013, p. 999 s.: “A seguito della codificazione del principio della responsabilità *intra vires* del legatario, può osservarsi che la disposizione di legato ha senz’altro carattere patrimoniale, ma non necessariamente carattere giuridico di liberalità, poiché non sempre importa un vantaggio economico e il legato a cui non consegue un vantaggio patrimoniale non è considerato nullo dall’ordinamento. Così, se, in generale, chi dispone per testamento intende beneficiare, attribuendo un diritto senza corrispettivo, questo

disposizioni testamentarie a titolo particolare non sempre comportano benefici in capo al destinatario dell'attribuzione. Si pensi all'art. 659 c.c.: il *de cuius* attribuisce un legato ad un soggetto, al fine di soddisfare il suo credito. Pur aderendo alla tesi secondo cui la disposizione attributiva a titolo particolare non è necessariamente un atto di liberalità¹⁸², si obietta che in questi specifici casi non è permessa *ex art. 671 c.c.* l'apposizione di sublegati e altri oneri. Riguardo al *modus* testamentario, invece, la tesi non è soltanto condivisibile ma del tutto aderente alla natura dell'istituto. L'onere, rappresentando la "misura della liberalità, se può comportare l'esaurimento dell'intera utilità della disposizione, non può mai spingersi fino ad incidere sul patrimonio proprio o dell'onerato, finendo per atteggiarsi come uno svantaggio anziché come una limitazione al vantaggio¹⁸³". Il principio generale contenuto nell'art. 671 c.c. può, dunque, estendersi anche all'onere apposto ad una istituzione d'erede.

In conclusione, si è appreso che sussiste un forte legame di natura economica tra la disposizione principale e la clausola modale. L'onere testamentario limita l'arricchimento dell'erede ovvero del legatario. Dal momento che l'onerato risponde *ultra vires* degli obblighi modali, potrebbe presentarsi l'eventualità che l'onere testamentario gravi in misura maggiore del beneficio ottenuto tramite l'istituzione d'erede e il legato. Tale circostanza lede, innanzitutto, i presupposti del *modus* (quale elemento accidentale e accessorio dell'atto di liberalità) e, in secondo luogo, l'art. 671 c.c. Ai fini di una corretta applicazione della norma citata, tuttavia, la prestazione modale deve essere suscettibile di valutazione economica, per poi effettuare un "conguaglio di valore¹⁸⁴", con l'ammontare del beneficio ottenuto dal legato.

elemento non appare assurgere a requisito giuridico, poiché per l'erede può esservi l'*hereditas damnosa* e per il legatario il vantaggio potrebbe essere interamente assorbito da un *modus*."

¹⁸²La questione, peraltro, è complessa. Il legato è una disposizione attributiva a titolo particolare. Come tale, fa parte integrante e inscindibile del testamento. Quest'ultimo è un atto che, invece, ha carattere giuridico di liberalità. In senso contrario, si legga Cass., 30-07-2007, n. 16846 nonché Cass., 11-06-1975, n. 2306

¹⁸³ROMANO, *Il modus*, cit., p. 427 che rinvia a G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, Milano, 1982

¹⁸⁴CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 198

Un'ultima osservazione. L'art. 671 c.c. ha colto l'interesse della dottrina per aver riservato un trattamento indistinto alle figure del legato e del *modus*. Nella categoria degli "altri oneri" sono stati infatti ricompresi, oltre al modo *ex art.* 647 c.c., il legato obbligatorio e il pagamento di debiti. Ciò ha rafforzato l'opinione, condivisa dalla maggioranza degli autori¹⁸⁵, secondo la quale sarebbero legati obbligatori le clausole modali a favore di persona determinata. Orbene, per quanto riguarda le numerose analogie e differenze riscontrabili tra l'onere testamentario e il legato, si fa rinvio all'apposito paragrafo¹⁸⁶. Quel che interessa in questa sede, è ravvisabile in una differente lettura interpretativa dell'espressione "altri oneri", di cui alla norma in esame. Si osserva quanto segue. La particolare dizione "altri" mira a distinguere, nella generalità degli oneri, le ipotesi nelle quali verrebbe a configurarsi un rapporto di credito dai casi in cui non si crea alcuna obbligazione. Rientrerebbero nell'ultima casistica le prestazioni modali ad esclusivo vantaggio del testatore ovvero dell'onerato. L'art. 671 c.c., dunque, non identifica nel legatario la figura del debitore. Al contrario, diviene la prova normativa che non tutti gli oneri generano un rapporto obbligatorio, neppure se catalogabili all'interno del medesimo istituto¹⁸⁷. La suddetta tesi è, senz'altro, interessante. Necessita, tuttavia, di maggiori considerazioni, in particolare quando verrà esaminato l'aspetto inerente ai soggetti beneficiari dell'onere testamentario.

¹⁸⁵ Fra tutti, GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit.

¹⁸⁶ Cfr. capitolo primo, paragrafo 3.4

¹⁸⁷ GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 303: "Nel che la nostra norma opera configurando l'onere a categoria ampia; ivi, l'istaurarsi di un rapporto di credito (tra onerato e beneficiario), per la volontà del testatore, è soltanto un dato presente in alcune ipotesi esemplificative (come l'adempimento del legato obbligatorio od il pagamento di debiti); ma non un dato necessario e qualificante la categoria. [...] (L'articolo 671 c.c.) ha così indicato che l'adempimento dell'onere non si conduce, nel sistema, in termini di adempimento del debitore. Né potrebbe infatti valere la disciplina del rapporto di credito a regolamentare il rapporto -onerato / beneficiario del *modus*-, poiché non sempre e non necessariamente si instaura tra tali soggetti un rapporto di credito; ma –al contrario- il rapporto stesso viene escludendo in più ipotesi, sia dagli intenti del testatore (quando formula il *modus* solo per raggiungere propri scopi personalissimi), sia dal sistema

(per la coincidenza nella stessa persona delle qualità di onerato e beneficiario)."

3.4 L'oggetto della prestazione

La prestazione modale deve essere determinata ovvero determinabile. Inutile dire che si tratta di un requisito pienamente rispettato nel *modus* testamentario. Un onere dal contenuto indeterminato e indeterminabile non viene ad esistenza, poiché sarebbe altrimenti impossibile per l'interprete comprendere a pieno la volontà del *de cuius* di conferire una certa destinazione ai beni. Anche le disposizioni a favore dell'anima, le quali semplicemente attengono alla disciplina del *modus* testamentario, stabiliscono degli scopi alquanto astratti, ma presuppongono (ai sensi del primo comma dell'art. 629 c.c.) che siano determinati i beni ovvero la somma da impiegarsi a tali fini.

Le finalità perseguite dal testatore si tramutano in un obbligo di dare, di fare, di non fare in capo all'erede ovvero al legatario. Tale prestazione viene determinata nell'istante in cui la clausola modale acquista efficacia. Orbene, l'immediatezza nella determinazione del modo rileva particolarmente, specie se in relazione alla dinamica descritta dall'art. 671 c.c. La *res legata* è, infatti, un bene che risente degli effetti del tempo, che può essere alienato anteriormente all'esecuzione del modo, che muta di valore al verificarsi di sopravvenienze. Il valore della prestazione modale, invece, è ricavato al momento della determinazione dello stesso, rappresentando un dato fisso.

Sorge il dubbio, allora, su quali siano le ragioni in base alle quali l'onere non è determinato al momento dell'esecuzione, spontanea o meno, del modo. È in quel frangente, si ripete, che viene effettuata la comparazione di valori tra il contenuto economico della prestazione e quello dell'attribuzione. Alcuni autori hanno giustificato un simile meccanismo sull'esigenza di tutelare il “programma negoziale¹⁸⁸” del disponente. Una *ratio* simile è sottesa alle disposizioni di cui agli art. 1467 c.c. e seguenti. In tal caso, dovrebbe affermarsi che la limitazione della liberalità è contenuta nei margini proporzionali prefissati dal *de cuius*. L'onere, in altri termini, non verrebbe influenzato dalle (pur possibili) sopravvenienze incidenti sul valore della prestazione, giacché questo è stato quantificato *ab origine*. Ciò che

¹⁸⁸ Fra tutti, TORRENTE, *La donazione*, cit.

avviene nella realtà dei fatti è, invero, differente. Un *modus* testamentario può incidere diversamente sulla liberalità, a seconda del frangente che viene analizzato: la stessa prestazione può essere di lieve entità quando l'onere acquista efficacia e assorbire l'intero valore della liberalità quando viene richiesto l'adempimento.

Alla luce di tali considerazioni, diviene opportuno citare il seguente passo: “[...] è convinzione di chi scrive che il fondamento tecnico del principio in oggetto vada ravvisato non già sul piano della tutela della stabilità e, in senso lato, della causa del programma negoziale, bensì avendo riguardo alla fisionomia dell'obbligazione che, per effetto del modo, sorge in capo al soggetto onerato: richiamando la dicotomia con cui lo studio in oggetto si è aperto, può dirsi che la norma degli artt. 671 e 793 comma 2, pone un problema che concerne il *modus* obbligazione, e non il *modus* negozio¹⁸⁹”.

La determinazione dell'obbligo modale (obbligazione, per chi non intende proseguire nell'indagine in corso) rileva sotto un ulteriore profilo, ovverosia quello soggettivo. La certezza dell'oggetto della prestazione, non poche volte, risulta indispensabile al fine di determinare la cerchia delle persone direttamente interessate all'adempimento. Si pensi alla attribuzione di una somma di danaro, affinché venga realizzata un'opera in memoria del disponente. I due aspetti (prestazione e soggetti del modo), essendo correlati tra loro, devono essere entrambi determinati ovvero determinabili.

3.5 L'impossibilità e l'illiceità dell'onere testamentario

La prestazione modale deve essere possibile e lecita. L'art. 647 c.c., al terzo comma, considera non apposto l'onere impossibile ovvero illecito, salvo quest'ultimo abbia costituito il motivo determinante della disposizione a carattere attributivo. In tal caso, il *modus* rende nulla l'intera disposizione testamentaria. La norma citata ricalca nei contenuti l'art. 634 c.c., sulle condizioni impossibili o illecite, nonché l'art. 624 c.c., riguardante l'errore sul motivo. I punti di contatto con le suddette disposizioni

¹⁸⁹ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 434

risalgono ancor prima la redazione di una apposita disciplina sul *modus* testamentario.

All'epoca del previgente codice civile, le regole contenute nel terzo comma dell'attuale art. 647 c.c. vennero ricavate, per via analogica, dagli art. 828 e 849 c.c. (1865).

La norma sul *modus* impossibile o illecito, così come la disposizione di cui all'art. 634 c.c., contiene un'eccezione al brocardo *accessorium sequitur principale*, secondo cui la clausola accessoria segue le sorti dell'atto principale, non il contrario. Tale eccezione si verifica quando l'onere costituisce il solo motivo determinante l'attribuzione a titolo universale ovvero particolare. Bisogna, tuttavia, non confondere il *modus* in sé con il motivo del negozio. La giurisprudenza, nel momento in cui ravvisa il motivo determinante nella realizzazione della prestazione modale, identifica un vero e proprio rapporto funzionale tra l'atto principale e l'elemento accidentale "*modus*": la disposizione testamentaria ha carattere strumentale ai fini dell'attuazione dell'onere¹⁹⁰. Tale specie di rapporto viene desunta dall'interpretazione della disposizione gravata ovvero in base a fattori esterni. Ciò che rileva in tale indagine, però, non sono le caratteristiche delle prestazione imposta (si è fatto, già, cenno alla prestazione infungibile), bensì il raffronto tra il movente interno del testatore e l'intenzione di conferire un determinato bene¹⁹¹. Il motivo, si ripete, è un elemento psichico, che non può essere confuso con il contenuto di una clausola, né con la clausola stessa. L'accertamento da parte del giudice, giacché incentrato su questioni di mero fatto, non è sindacabile in sede di legittimità¹⁹².

La distinzione tra il *modus* e il motivo determinante la disposizione testamentaria rileva particolarmente in merito al profilo dell'illiceità. Sia il motivo illecito che l'onere illecito danno luogo alla caducazione della clausola modale, che si considera non apposta. Ai fini della nullità della disposizione principale, tuttavia, il motivo

¹⁹⁰ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 97

¹⁹¹ Esemplificativo il seguente passo di un testamento: "Lego la mia cascina di Beinette allo scopo che ne destini in perpetuo il reddito tutto intero al medico condotto del comune [...] in questo frattempo non voglio che il sindaco la faccia da padrone nella cascina. Se il consiglio comunale non vorrà seguire i miei suggerimenti... peggio per lui". Cass., 12-10-1954, n. 3741, in *Foro it.*, 1955, p. 190

¹⁹² Cass., 16-04-1984, n. 2455, in *Giust. Civ.*, I, 1985, p. 3183

illecito *ex art.* 626 c.c. deve risultare espressamente dal testamento. L'onere illecito, invece, richiede che il motivo, a capo dell'apposizione del *modus* (e sebbene sia perfettamente lecito), abbia determinato il testatore a disporre¹⁹³. L'art. 647, terzo comma, c.c. parla di "solo" motivo determinante: la disposizione principale non viene colpita dall'illiceità dell'onere, qualora residui anche una giustificazione efficiente e lecita all'apposizione dello stesso¹⁹⁴.

L'illiceità dell'onere si manifesta sotto diverse forme. La casistica giurisprudenziale risulta scomposta in molteplici fattispecie, dalle quali è possibile determinare o meno il vizio in esame. Si è ritenuta, ad esempio, lecita la disposizione, attraverso la quale il donante conferisce un determinato ammontare di denaro al fine di pagare il riscatto di un sequestro di persona. In tal caso, l'immoralità dell'atto riguarda solamente colui che riceve tale somma, non l'onerato che è tenuto a versarla¹⁹⁵. È stato ritenuto, altresì, lecito l'onere di assumere un determinato lavoratore¹⁹⁶, seppure con grosse riserve (a parere di chi scrive) in merito al rispetto del requisito dell'ordine pubblico. È possibile, dunque, evidenziare come il carattere illecito dell'onere possa raggiungere, in via trasversale, i diversi aspetti inerenti l'oggetto del modo, l'onerato e il beneficiario, le circostanze e le modalità tramite le quali la prestazione, finanche lecita, viene attuata. La nozione di illiceità nel *modus* testamentario, poi, è pienamente conforme alla definizione del suddetto vizio fornita

¹⁹³ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 416 s.

¹⁹⁴ Per una sintesi delle posizioni giurisprudenziali qui espresse, si legga Cass., 27-07-1964, n. 2071, in *Foro it.*, 1964, I, p. 1574 s.: "L'accertamento della successione cronologica delle tre schede e della rispettiva posizione di esse nel tempo è stato compiuto dalla corte facendo ricorso ai normali mezzi di indagini e di interpretazione, tra i quali ha particolare rilevanza la logica strumentate. Il relativo giudizio, pertanto, ispirato a corretti criteri giuridici e adeguatamente motivato, sfugge ad ogni sindacato in questa sede. [...] in base all'art. 626 cod. civ. il motivo, per rendere nulla la disposizione, deve risultare dal testamento ed essere il solo determinante. Per risultare dal testamento occorre che seppure non in termini espliciti, si ricavi dalle espressioni usate dal testatore nella scheda; per essere determinante occorre che sia intimamente connesso con la disposizione e che sia stato il solo ad indurre il testatore a disporre in quel modo (*causam dans*). Qualora una disposizione sia stata determinata da due motivi ed ognuno di essi appare efficiente e nessuno dei due, isolatamente preso, può essere considerato *causam dans*, basta che uno dei due sia lecito perché la disposizione sia salva. Se invece di più motivi, uno solo sia determinante, il vizio di esso travolge la disposizione, anche se l'altro, non determinante, non sia affetto da vizi".

¹⁹⁵ Cass., 18-02-1977, n. 737, in *Foro it.*, 1977

¹⁹⁶ Cass., 03-02-1978, n. 511, in *Foro it.*, 1978

dall'art. 1343 c.c., regola valida per le obbligazioni. Tale norma dispone che “la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume”. Orbene, in relazione al requisito dell'ordine pubblico, potrebbe essere interessante citare due casi particolarmente significativi nonché ricorrenti nella giurisprudenza sull'onere testamentario. Il primo riguarda l'utilizzo improprio della clausola modale da parte del *de cuius*, al fine di aggirare il divieto della sostituzione fedecommissaria. Trattasi di una prassi che necessita, al fine dell'inquadramento in uno dei due istituti, di un esame accurato della volontà del testatore da parte dell'interprete¹⁹⁷. Il secondo caso attiene al modo con il quale si impone all'onerato di disporre dei beni oggetto di attribuzione al momento della sua morte. In tal senso, viene violato “il principio, di ordine pubblico, della piena libertà e assoluta spontaneità nel disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si è cessato di vivere”¹⁹⁸.

Con riferimento all'onere impossibile, invece, risulta opportuno distinguere le ipotesi nelle quali tale vizio è originario da quelle in cui questo sopravviene al rapporto in atto. Le ragioni di una trattazione separata dei due fenomeni in questione sono riconducibili ai numerosi dubbi, riscontrati dalla dottrina, in merito all'ammissibilità, alla disciplina, alle conseguenze dell'impossibilità sopravvenuta del *modus* testamentario. L'art. 647 c.c., terzo comma, regola soltanto le situazioni in cui il vizio è identificabile al momento genetico del rapporto¹⁹⁹. Al contrario, non vi è alcuna norma specifica per il *modus* testamentario che disciplini le sopravvenienze del rapporto, almeno in termini di impossibilità della prestazione. Orbene, la disposizione attributiva gravata dal modo è un atto unilaterale a carattere giuridico di liberalità. Ne consegue che non trovano immediata applicazione gli art. 1463 c.c. e seguenti, dal momento che tali norme sono rivolte tipicamente agli atti a prestazioni corrispettive. Se la disciplina sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione

¹⁹⁷ Cfr. Cass., 11-07-1980, n. 4443, in *Arch. Civ.*, Piacenza, 1980

¹⁹⁸ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 418

¹⁹⁹ Cass., 22-06-1994, n. 5983, in *Giust. Civ.*, 1995, p. 2803. In senso contrario, Cass., 12-10-1954, n. 3741, cit., con nota di L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 1955

potrebbe, con le dovute forzature, applicarsi al *modus* donativo²⁰⁰, lo stesso discorso non può farsi per l'onere testamentario. Quest'ultimo difetta, al momento dell'esecuzione dell'obbligo modale, di un rapporto diretto tra onerante e onerato, giusto considerando il decesso del testatore. Cionondimeno, si ritiene che la menzione dei contratti con prestazioni corrispettive, quale presupposto dell'art. 1463 c.c., costituisca di per sé una motivazione sufficiente ad escludere l'intera normativa citata dall'ambito del *modus*, testamentario e donativo. Si è fatto, allora, rinvio all'art. 673 c.c., disciplinante i casi di impossibilità della prestazione nel legato obbligatorio. Bisogna, tuttavia, evitare di trarre, dalla norma in esame, indicazioni in merito all'autonomia del *modus* ovvero all'analogia di tale istituto con la figura del legato.

L'impossibilità sopravvenuta dell'onere testamentario è un problema attinente alla fase esecutiva del rapporto²⁰¹, non avendo, di conseguenza, alcun rilievo le eventuali considerazioni sulla natura dell'istituto.

La sentenza della Cassazione del 10.11.1976, n. 4145, elenca i presupposti necessari per una pronuncia nel senso dell'impossibilità dell'onere: “(quest'ultima) costituisce causa invalidante quando è, al tempo stesso, materiale, obiettiva ed attuale, nonché di carattere assoluto, per il frapporsi di un ostacolo, materiale o giuridico, al realizzarsi dell'evento che forma oggetto dell'onere²⁰²”.

L'indagine sul vizio di impossibilità del *modus* testamentario, tuttavia, è stata spesso associata e confusa con la valutazione comparativa di cui all'art. 671 c.c. Si faccia qualche esempio. Alcuni autori considerano impossibile la prestazione modale infrazionabile che supera di valore il contenuto dell'attribuzione principale²⁰³. Si obietta che la prestazione in esame, per quanto gravosa, debba considerarsi possibile, giacché non incontra alcun ostacolo materiale ovvero giuridico alla sua esecuzione. L'art. 671 c.c., infatti, determina unicamente la riduzione degli oneri, ciò sulla base di un principio equitativo. Quando la natura ovvero l'oggetto della prestazione non

²⁰⁰ Sull'assunto (peraltro dubbio) che la donazione modale possa essere assimilata ad un negozio a prestazioni corrispettive, cfr. U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 215

²⁰¹ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 281 s.

²⁰² Cass., 10-11-1976, n. 4145, in *Giust. Civ. mass.*, 1976

²⁰³ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 215

consentono la riduzione del modo nei suddetti termini, viene a configurarsi la seguente alternativa. Nel caso in cui lo squilibrio di valore venga riscontrato in un rapporto già in essere, la prestazione modale non sarà affatto dovuta dall'onerato. Qualora il valore ecceda *ab origine* l'attribuzione principale, dovrà parlarsi, invece, di inesistenza della prestazione²⁰⁴. Ai fini del presente studio, è poi interessante notare come l'onerato non solo abbia la facoltà di adempiere l'obbligo modale eccedente il valore della liberalità: questi, in particolar modo, non potrà ripetere le somme versate *ultra vires*²⁰⁵. Sebbene il *modus* sia inesistente, la formula utilizzata dal testatore viene interpretata alla stregua di un onere di coscienza. L'osservanza del contenuto di quest'ultima disposizione comporta l'adempimento di una obbligazione naturale, come tale non ripetibile. Orbene, tutto ciò normalmente non avviene per le obbligazioni fondate su atti ritenuti inesistenti, in quanto, verificatosi l'adempimento, si genera in ogni caso un indebito.

Una parte della dottrina afferma, altresì, che l'onere totalizzante configura di per sé il motivo unico e determinante l'attribuzione testamentaria. In primo luogo, non si tiene conto delle sopravvenienze incidenti sul valore del bene oggetto di liberalità. Queste possono comportare l'assorbimento, da parte del *modus*, dell'intero vantaggio ottenuto. In tal caso, dovrebbe affermarsi per assurdo che l'onere/motivo assume, solo in un secondo momento, rilevanza decisiva. Per le rimanenti considerazioni, si rinnova l'esigenza, da parte degli interpreti, di distinguere il motivo (elemento psicologico) dalla clausola modale.

In relazione al problema riguardante l'impossibilità sopravvenuta dell'onere testamentario, si sono pronunciati diversi autori. Le teorie sulle eventuali conseguenze del sopraggiunto vizio sono, non a caso, tra le più disparate. Basti una semplice rassegna di dottrina e giurisprudenza per inquadrare l'argomento. Vi è chi, per

²⁰⁴ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 253 – 254: “Quando la prestazione modale il cui valore eccede quello della donazione o del legato risulti infrazionabile, ben può affermarsi che il criterio riduttivo fissato dal legislatore finisca per ripercuotersi non già su una singola parte del debito bensì sull'intera prestazione la quale deve ritenersi giuridicamente inesistente.”

²⁰⁵ G. B. BRUNO, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giust. Civ.*, Milano, 2000

descrivere le ipotesi nelle quali l'impossibilità sopravvenuta colpisce l'onere che ha costituito il solo motivo determinante l'attribuzione, parla di "carenza causale successiva"²⁰⁶ della disposizione testamentaria. Questa, a differenza della mancanza originaria, non darebbe luogo a nullità della disposizione principale, bensì sarebbe motivo di risoluzione ovvero di rescissione del rapporto giuridico. Si innalzano, a proposito, numerose critiche. L'assenza dell'elemento causa, in quanto essenziale al negozio, rappresenta un motivo d'invalidità dell'atto negoziale, nello specifico un motivo di nullità. È difficile, poi, ipotizzare una vera e propria carenza causale successiva, senza incorrere in una *fictio iuris*. I negozi difettano della causa al momento in cui vengono conclusi, divenendo immediatamente suscettibili di una sentenza dichiarativa di nullità ovvero rientrando nella categoria dei negozi astratti. Delle due, l'una: o l'interprete si è riferito alla causa in senso figurato, non volendo perciò intendere il requisito del contratto *ex art. 1325 c.c.*, o ha voluto equiparare, tranne che per gli effetti, il fenomeno della carenza sopravvenuta con la carenza originaria. Può, comunque, suscitare confusione l'accostamento della causa, sebbene in senso lato, con i motivi interni al disponente.

Appurato che non si tratta del difetto (sopraggiunto) di un requisito essenziale del negozio, si pone l'interrogativo su quali siano gli effetti dell'impossibilità sopravvenuta, la caducazione della disposizione testamentaria ovvero la previsione delle azioni risolutive e rescissorie. Si è esclusa in precedenza l'applicazione degli art. 1463 c.c., che presuppongono un contratto a prestazioni corrispettive. Per gli stessi motivi non si applica l'istituto della rescissione, in quanto basato sull'assunto dello squilibrio tra prestazioni. Con riferimento alla nullità della disposizione modale impossibile, si è affermato che una pronuncia in tal senso sarebbe giustificata dall'irrimediabile incongruenza che si è venuta a creare con l'intenzione espressa dal testatore²⁰⁷. Il *modus*, si ripete, è una dichiarazione di volontà che si aggiunge al volere

²⁰⁶ Cfr. Cass., 12-10-1954, n. 3741, cit., p. 190. Cfr. GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 105

²⁰⁷ GARDANI CONTURSI-LISI, *Soppravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., p.

774: "è lecito ritenere che, dinanzi al deciso riferimento alla volontà del testatore, passino in secondo luogo i vari caratteri dell'impossibilità (natura giuridica, contemporanea, successiva). Permane – unico elemento determinante – l'intento del testatore che ha creato. Principalmente, un esecutore di volontà anziché un destinatario dei beni. Pertanto: far pervenire, per un qualsiasi motivo, i beni al legatario

principale, influenzandolo quando l'onere costituisce il motivo solo e determinante.

La nullità, tuttavia, è un vizio originario che non attiene al dato volontaristico, ma deriva da una valutazione negativa dell'ordinamento giuridico a quel particolare assetto d'interessi. Ne consegue che, salvo voglia aderirsi al concetto di nullità sopravvenuta²⁰⁸, lo sviluppo patologico del rapporto (inerente, peraltro, la mancata soddisfazione della volontà del testatore) non rende il negozio *mortis causa* nullo²⁰⁹.

Una parte della dottrina²¹⁰, in considerazione dell'art. 673 c.c., propende per la tesi secondo cui la disposizione principale sarebbe del tutto indifferente alla sopravvenuta impossibilità del *modus* testamentario. L'obbligazione dell'onerato si estingue e senza ripercussioni sull'attribuzione *ex art* 588 c.c., dal momento che tale individuo non è tenuto a sopportare il rischio dell'irrealizzabilità del modo. Trattasi di un richiamo implicito all'art. 1256 c.c. che prevede la liberazione del debitore, qualora, per una causa a lui non imputabile, la prestazione sia divenuta impossibile. Il ragionamento sopra esposto incontra le obiezioni di alcuni autori, i quali sostengono che, in tale modo, non verrebbe affatto rispettata la volontà del testatore di attribuire un determinato bene in funzione dell'attuazione di un *modus*²¹¹. A nulla vale, poi, la semplice constatazione di fatto, secondo cui una prestazione, divenuta impossibile, non sarebbe diversamente realizzabile da chi succede all'erede ovvero al legatario onerato. Non si tiene adeguato conto, infatti, del rapporto funzionale intercorrente tra

onerato, liberi dall'onere – come decide la C.S. – concreta una situazione diametralmente opposta alla volontà del testatore. Assai più aderente sarebbe, invece, ritenere che il legatario onerato, poiché non può agire come esecutore – come anzitutto voleva il testatore – non sia neppure legatario. Si perviene, così, alla soluzione dettata dall'art. 647: nullità del legato per impossibilità dell'onere.”

²⁰⁸ Oggetto di numerose critiche da parte della dottrina maggioritaria. Cfr. AA. VV., *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, p. 456: “La nullità dunque è originaria e non può che essere tale. Il concetto di invalidità successiva e/o di nullità sopravvenuta sarebbe intrinsecamente contraddittorio poiché, dovendo l'invalidità essere riportata al negozio e/o al contratto, e avendo questo nei frattempo prodotto effetti, si avrebbe un negozio che è valido e invalido nello stesso tempo.”

²⁰⁹ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 282: “Nell'ipotesi dell'impossibilità successiva, non si tratta più di far capo ad un giudizio valutativo dell'ordinamento in ordine alla fattispecie negoziale, dato che tale giudizio è stato già formulato, bensì ed esclusivamente di determinare, tenuto conto della posizione delle parti del rapporto, su quale soggetto dovrà incidere il rischio dell'impossibilità di attuazione del rapporto stesso.”

²¹⁰ Fra tutti, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Ivi, p. 284 s.

²¹¹ GARDANI CONTURSI-LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit., p.

la disposizione principale e la clausola modale. Si pensi al legato gravato da un onere “determinante”: il fatto impeditivo della prestazione imposta rende l’intera disposizione priva di significato. In tale ottica, si ritiene maggiormente conforme all’intenzione del testatore che i beni oggetto di liberalità vengano devoluti *ex lege* (con relativa applicazione degli art. 676 e 677 c.c.), in seguito alla caducazione della disposizione principale. Dottrina minoritaria estende la suddetta conclusione ai casi nei quali il *modus*, in base ai risultati dell’interpretazione della clausola testamentaria, non sarebbe *ab origine* essenziale ai fini dell’attribuzione²¹².

Alla luce delle precedenti considerazioni, può osservarsi quanto segue. Il fenomeno dell’impossibilità sopravvenuta del *modus* sembra essere regolato, al pari dell’impossibilità originaria, dall’art. 647 c.c., terzo comma. Se ne deduce che non trova margine di applicazione il meccanismo riservato alle obbligazioni derivanti da un contratto sinallagmatico, bensì si verifica un’estensione della disciplina riguardante il vizio genetico del modo testamentario. Viene adottata tale soluzione, si ripete, al fine di preservare l’autentica volontà del *de cuius*.

In conclusione, si è propensi a credere che l’effetto provocato dalla clausola modale rispetta tutti i caratteri e i requisiti dell’obbligazione. Nel farlo, tuttavia, il modo manifesta le sue particolarità e, in sostanza, le problematiche in merito ad un rinvio generalizzato alla normativa riguardante il rapporto obbligatorio. Orbene, è interessante notare come la maggior parte di questi aspetti singolari, inerenti l’oggetto della prestazione modale, sono correlati al profilo soggettivo dell’onere. Trattasi di un tema delicato e molto dibattuto. L’indagine sugli effetti del *modus* testamentario è ben lungi dall’essere conclusa.

²¹² GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 109: “In altre parole, il testatore potrebbe avere istituito un erede o un legatario prospettandosi la semplice probabilità che costui realizzi l’oggetto del *modus*, ma il suo atteggiamento volitivo potrebbe essere nel senso di non volere che l’erede (o il legatario) beneficino della suddetta disposizione nel caso in cui fatti impeditivi, allo stesso non imputabili, non consentano la realizzazione del *modus*. Ci sembra ragionevole ritenere che anche in questo caso la disposizione c.d. principale dovrebbe essere caducata, pur se non possiamo nasconderci le difficoltà insite nell’indagine sulla volontà presunta del testatore, in quanto tale indagine richiede che si penetri nell’atteggiamento volitivo del *de cuius* ipotizzando che avesse conosciuto (o comunque si fosse rappresentato) i motivi (sopravvenuti) di impossibilità o illiceità del *modus*.”

CAPITOLO III

I RIMEDI *EX ART.* 648 C.C.

SOMMARIO: Cenni introduttivi; 1- L'azione di adempimento; 1.1 L'interesse all'adempimento; 1.2 La legittimazione e l'interesse ad agire; 1.3 La determinazione dei soggetti legittimati all'adempimento; 1.4 L'onere a favore del testatore e l'onere a favore dell'onerato; 1.5 L'esecuzione dell'onere; 2- L'azione di risoluzione; 2.1 Le differenze con l'azione *ex art.* 793, quarto comma c.c.; 2.2 La legittimazione ad agire; 2.3 L'applicazione dei principi generali *ex art.* 1453 c.c. e successivi

Cenni introduttivi

Nel terzo capitolo vengono riassunte le principali posizioni adottate dagli autori in merito ai profili concernenti le azioni di adempimento e di risoluzione *ex art. 648 c.c.*, primo e secondo comma. Gli interrogativi che persistono sulla configurazione di un rapporto obbligatorio modale rendono finora incerta la possibilità per l'interprete di effettuare, qualora l'onere non adempia la prestazione imposta dall'onere, un rinvio complessivo alla disciplina generale sulle obbligazioni. Le particolarità insite nel *modus* testamentario contribuiscono ad alimentare i vari dubbi. Viene, dunque, sentita, in misura maggiore rispetto ai paragrafi precedenti, l'esigenza di fornire una qualificazione certa dell'effetto prodotto dal modo. Un aspetto iniziale, meritevole di essere sottoposto ad esame, concerne la determinazione degli individui legittimati ad agire per l'adempimento *ex art. 648 c.c.*, primo comma. Questa avviene mediante una valutazione preliminare dell'interesse tutelato dall'ordinamento giuridico. Si deve, poi, verificare che l'interesse menzionato appartenga al soggetto che agisce in giudizio. In questo modo, potrà stabilirsi se la persona beneficiata dall'onere sia realmente titolare di un diritto di credito. Ne consegue, infatti, l'applicazione integrale degli art. 1218 e 1453 c.c. (e successivi). Con riferimento alla valutazione dell'interesse tutelato, una parte della dottrina sostiene che l'unica volontà rilevante in giudizio appartiene, o meglio apparteneva, al *de cuius*. Il beneficiario della prestazione modale assume, in tale ottica, un compito analogo all'ufficio dell'esecutore testamentario, ciò a prescindere dalla ricerca di un diretto interessato all'attuazione dell'onere. È opportuno menzionare, in via ulteriore, la tesi secondo cui l'interesse all'esecuzione del *modus* rientra nel novero degli interessi pubblici. Dottrina e giurisprudenza dominante affermano che, in conformità con quanto espresso nel dettato normativo, l'interesse da tutelare sarebbe, invero, riconducibile alla persona ovvero all'ente onorato dalla clausola modale. Ciononostante, l'attribuzione della legittimazione ad agire a "qualsiasi interessato" estende la tutela giuridica *ex art. 648 c.c.*, primo comma, ad un insieme assai vasto, quasi indefinito, di soggetti. Orbene,

alcuni autori associano l'interesse della parte attorea all'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c. Possono, dunque, proporre domanda giudiziale per l'adempimento della prestazione modale, quei soggetti terzi che hanno un puro interesse morale all'esecuzione dell'onere testamentario. La tesi sopra riportata appare, tuttavia, in contrasto con l'opinione secondo cui legittimazione e interesse ad agire sono due concetti distinti che necessitano di essere valutati in forma separata. Altri autori sostengono che l'art. 648, primo comma c.c. conferisce la legittimazione attiva straordinaria attiva a qualsiasi persona provi in giudizio di essere interessata all'adempimento della prestazione: tale individuo agirà in veste di sostituto processuale del beneficiario. Dall'individuazione di un criterio unitario si giunge, dunque, alla ricerca dei legittimati ad agire nel singolo caso. È interessante notare quanto la diversa tipologia dell'onere esaminato possa influire sulla determinazione dei possibili interessati all'azione *ex art.* 648, primo comma, c.c. Generano particolari spunti di riflessione tra gli studiosi, ad esempio, la fattispecie modale che persegue gli interessi esclusivi del testatore e l'onere a favore dell'onerato. Un ulteriore aspetto riguardante l'azione di adempimento concerne la possibilità o meno di richiedere l'intervento coattivo da parte dell'ordinamento giuridico. L'applicazione degli articoli 2930 c.c. e successivi è stata oggetto di forte critica. Al contempo, la citata ipotesi viene ammessa pacificamente dal fronte opposto della dottrina. Trattasi, ancora una volta, di una serie di questioni per lo più correlate alla ricerca dei soggetti legittimati ad agire per l'esecuzione forzata. All'equiparazione pressoché totale di quest'ultimi individui con gli "interessati" di cui al primo comma dell'art. 648 c.c. si contrappone l'esigenza di delineare un insieme di soggetti ridotto, limitato a coloro i quali hanno subito una effettiva lesione dei propri interessi. Lo stesso schema si verifica in relazione all'analisi dello strumento risarcitorio dei danni subiti.

L'azione di risoluzione *ex art.* 648 c.c., secondo comma, è soggetta ad uno studio, per certi versi, simile nella struttura a quello che è stato riservato all'azione di adempimento. La ricerca verte, appunto, sulla determinazione dei soggetti legittimati ad agire per la risoluzione della disposizione testamentaria modale nonché sull'applicabilità degli art. 1453 c.c. e successivi. Con riferimento al primo quesito,

viene fatto nuovamente rinvio all'art. 100 c.p.c. e alla tesi sulla legittimazione attiva straordinaria. In mancanza di una specifica indicazione di carattere normativo, una parte della dottrina ritiene che l'interprete possa avvalersi e fare ricorso alla categoria degli interessati di cui al primo comma dell'art. 648 c.c. Altri autori negano un simile accostamento, valutando il diverso interesse che è sotteso alla domanda di risoluzione della disposizione principale per inadempimento del modo. Si ritiene, infatti, che gli unici legittimati ad agire *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, sono coloro i quali subentrano nei diritti e negli obblighi del testatore, in forza della dinamica espressa dall'art. 677 c.c. Emerge, soprattutto, una delle numerose differenze con la disciplina dell'onere donativo. La risoluzione della donazione gravata dal *modus* “può essere domandata dal donante o dai suoi eredi”. La suddetta distinzione tra i due istituti, unitamente alla questione riguardante l'applicazione degli art. 1453 c.c. e successivi, contribuisce ad alimentare le diverse argomentazioni di quegli autori contrari all'unitarietà del *modus*.

1- L'azione di adempimento

1.1 L'interesse all'adempimento

A prescindere dalla categoria di situazioni nella quale verrebbero identificati gli effetti prodotti dal *modus* testamentario, è corretto affermare che manca un autentico rapporto giuridico, qualora questo non sia riconducibile ad una pluralità di soggetti titolari di un interesse meritevole di tutela. Il profilo soggettivo dell'onere testamentario ha grande rilevanza nell'ottica di tale istituto. È bene ricordare come il vantaggio contenuto nel *modus* possa essere destinato ad un'ampia e alquanto insolita serie di beneficiari, contemplando persino le prestazioni in favore di animali (Io Tizio, lascio X a Caio, affinché procuri regolarmente del cibo ai colombi di piazza San Marco) e di cose inanimate. Vi sono, inoltre, alcune fattispecie nelle quali non è possibile ravvisare un diretto beneficiario della clausola modale. Si pensi all'obbligo di erigere un monumento funebre, di pubblicare ovvero di distruggere un manoscritto del testatore. Per ritenere ammissibili le suddette tipologie di onere, dunque, si ritiene necessario individuare i soggetti interessati all'adempimento. Questi ultimi non coincidono con la figura del beneficiario, eppure sono gli unici legittimati ad agire *ex art. 648 c.c., primo comma*. La riconduzione dell'interesse tutelato dall'ordinamento giuridico in un soggetto determinato ovvero determinabile diviene, altresì, essenziale per includere il modo nel *genus* dell'obbligo e, a maggior ragione, nella *species* delle obbligazioni²¹³. I soggetti indicati nell'art. 648 c.c., primo comma, devono essere titolari di un interesse corrispondente all'obbligo espresso nel *modus*. In caso contrario, dovrà ammettersi che l'onere testamentario (avendo, peraltro, fonte legale) fa discendere dalla legge un dovere giuridico in capo all'onerato²¹⁴. Tale tesi, tuttavia,

²¹³ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 648: “l'obbligo di condotta, come oggetto dell'obbligazione, consiste in un comportamento che il debitore deve tenere idoneo a soddisfare l'interesse del creditore, cioè in una prestazione [...] Il dovere di prestazione del debitore ha come correlativo un diritto di credito, una pretesa del creditore. Diremo anzi che il diritto del creditore è determinato dal contenuto e dalla misura dell'obbligo del debitore. Debito e pretesa sono i due aspetti dell'obbligazione, inscindibili, come i due lati di una stessa medaglia.”

²¹⁴ CICU, *Il testamento*, cit.

difficilmente può trovare riscontro nella formulazione della disciplina sul *modus* testamentario.

Orbene, tramite la redazione degli art. 648 e 793 c.c., il legislatore ha avuto come obiettivo quello di porre chiarezza in merito alla coercibilità dell'onere, estendendo l'azione per l'adempimento a qualsiasi "interessato",²¹⁵. Erano diffuse tra la dottrina dell'epoca, infatti, numerose opinioni contrarie all'ammissibilità dell'azione per l'adempimento dell'onere il cui vantaggio non fosse destinato ad un terzo. Le norme citate mirano a garantire una completa attuazione della prestazione modale, concedendo ad una sempre più vasta schiera di soggetti la facoltà di chiedere che venga osservato il *modus*. Unitamente a ciò, si manifestava l'intenzione di collocare il vincolo modale tra i rapporti obbligatori. Ne siano prova le precedenti considerazioni²¹⁶ nonché l'enunciato del primo comma dell'art. 648 c.c. Gli intenti perseguiti dal testatore, tuttavia, confliggono tra loro, giacché si basano su prospettive opposte: l'inclusione indistinta di persone interessate all'adempimento del modo collide con la chiusura e la determinatezza dei soggetti che potrebbero agire *ex art.* 1218 c.c.²¹⁷ Ne consegue tutta una nuova serie di problematiche inerenti la tipologia di interesse tutelato e i limiti al riconoscimento della legittimazione attiva *ex art.* 648 c.c., primo comma.

In primo luogo, bisogna vagliare quale tra gli interessi delle molteplici parti coinvolte nel *modus* (l'onorato, l'onerato, l'interessato all'adempimento, l'onerante stesso) sia quello effettivamente tutelato dall'ordinamento giuridico. Escluso l'erede

²¹⁵ Con riferimento al *modus* donativo, dove maggiori sono state le problematiche inerenti al nuovo art. 793 c.c., TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 593 s.

²¹⁶ Cfr. capitolo secondo, paragrafo 3.1

²¹⁷ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 222 - 223: "Mentre, infatti la prima impostazione conduce ad un eccessivo ed indiscriminato allargamento della categoria dei legittimati ad agire, in contrasto evidente con le stesse esigenze sostanziali riguardate dal legislatore; la seconda comporta, sulla base della riaffermata determinatezza o determinabilità dei soggetti del rapporto obbligatorio, l'attribuzione della legittimazione solo a singoli soggetti preventivamente individuati; con ciò svuotando, per altro verso, di contenuto il dettato legislativo e riducendone la portata ad un mero richiamo, pressoché superfluo, al principio generale risultante dall'art. 1218 c.c. Può, quindi, dirsi, in una prima approssimazione che, sia pure in differente misura e sotto diverso aspetto, entrambe le posizioni ora accennate, finiscono per risolversi in un identico apriorismo costruttivo e conducono, pertanto, a risultati del tutto incerti e controvertibili."

ovvero il legatario che deve adempiere l'obbligo modale²¹⁸, la scelta ricadrebbe tra l'interesse del testatore e quello del legittimato attivo per l'adempimento. La prima opzione farebbe del soggetto agente un esecutore testamentario²¹⁹, sebbene limitatamente a quanto disposto nell'onere. La suddetta tesi risente dell'influenza del codice civile tedesco, precisamente del § 2194 BGB, dal quale si deduce che non vi è in capo all'interessato alcuna pretesa all'esecuzione della prestazione modale, essendo questo un mero esecutore della volontà del *de cuius*. Tale impostazione ben si presta e giustifica il conferimento della (pur particolare) azione di adempimento *ex art. 648 c.c.*, primo comma, ad una serie indeterminata di individui. Il Gangi²²⁰, a proposito, parla di una "fluttuante categoria di soggetti [...] che agirebbero per la cura di un interesse non ben individuato, che nella maggior parte dei casi non sarebbe un interesse proprio, ma un interesse generico altrui, e più frequentemente un interesse del defunto, in un certo senso obiettivato attraverso il *modus*"²²¹. Dal momento che nel rapporto modale non vi sarebbero altre parti fuorché l'onere e il testatore (la cui volontà viene eseguita da terzi), di conseguenza non si avrebbe più motivo di ricercare un soggetto direttamente interessato in quelle tipologie di *modus* a vantaggio di animali e cose ovvero senza alcun beneficiario.

L'applicazione del criterio ermeneutico qui riportato, tuttavia, genera più dubbi che conferme. Innanzitutto, è rimasto insoluto il quesito su quali siano gli individui meritevoli di assumere la veste di esecutore testamentario. La categoria rimane, infatti, quella fluttuante degli interessati. L'esecutore testamentario, per il disposto dell'art. 700 c.c., viene invece individuato e nominato direttamente dal testatore. La stessa nozione di "interesse" *ex art. 648 c.c.* deve assumere un valore generico, salvo ammettere che la suddetta tesi è in contrasto con il dettato normativo. Sarebbe, altresì, erroneo e discordante con la funzione estensiva dell'art. 648 c.c., primo comma, delimitare la figura dell'esecutore testamentario ai soli eredi, in quanto titolari di un

²¹⁸ Sebbene non mancherà l'occasione di notare come i benefici del *modus* testamentario possono essere destinati allo stesso onerato, determinando così una "sovrapposizione" di interessi.

²¹⁹ GARDANI CONTURSI-LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, cit.

²²⁰ C. GANGI, *I legati nel Diritto Civile italiano*, I, Padova, 1933

²²¹ La medesima citazione è racchiusa nel testo di GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 241

interesse trasferitogli dal *de cuius*. L'onere testamentario, si ripete, non dà luogo ad una successione in senso tecnico, anzi, costituisce una situazione giuridica del tutto nuova in capo all'erede ovvero al legatario. Si è chiesto, poi, come verrebbero trattati i casi in cui l'esecutore testamentario è titolare di un interesse proprio. Questo non può essere considerato un dato irrilevante nella dinamica del *modus* testamentario, giacché l'azione di risoluzione della disposizione principale e lo stesso risarcimento dei danni nell'azione di adempimento della prestazione presuppongono la lesione di un interesse in capo al richiedente tutela. L'esempio classico è quello dell'onere testamentario che impone all'erede di dare uno specifico bene ad un terzo determinato, pena la risoluzione dell'intera attribuzione. In tale circostanza, si nega un contemperamento di interessi tra il volere del *de cuius* e quello del soggetto agente, poiché i due fronti si escludono a vicenda²²². Concludendo, l'ufficio dell'esecutore testamentario risulta essere particolarmente adatto per quel genere di onere che, non avendo efficacia coercitiva, si traduce in una mera esortazione o consiglio. Trattasi, appunto, dell'idea del *modus* di derivazione tedesca. Tale esito trova, però, un'aperta ritrattazione alla luce degli art. 647 e 648 c.c. Nell'ordinamento italiano il modo testamentario produce un obbligo effettivo e coercibile. La scelta dell'azione per l'adempimento non è affatto casuale. L'onere di coscienza rientra, invece, tra le obbligazioni naturali, non costituendo un ufficio giuridico. La configurazione dell'articolo 648 c.c. sull'esecuzione dell'onere, al pari di quanto è stato detto per la figura dell'onerato²²³, è, dunque, incompatibile con l'ufficio dell'esecutore testamentario.

Le medesime considerazioni possono, in via ulteriore, essere utilizzate al fine di contrastare un'autorevole corrente dottrinale²²⁴ la quale colloca l'adempimento

²²² Esaustive le parole di GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 911: “La tesi della esecuzione testamentare presuppone pertanto che «l'interessato» agisca per un interesse altrui. È noto, infatti, che anche quando la figura dell'esecutore testamentario è stata staccata dal terreno della rappresentanza ed inquadrata nel concetto di «ufficio privato», è rimasto sempre fermo che l'esecutore cura gli interessi altrui. Cosicché, una volta dimostrato che «l'interessato» dell'art. 648 agisce per la tutela di un interesse proprio, viene a mancare qualsiasi base alla teoria stessa. Del resto, per giustificare la posizione degli «interessati» come curatori di interessi altrui, data la estrema indeterminatezza di tali pretesi alieni interessati, occorrerebbe elevare la loro posizione a quella di titolari di un ufficio privato, il che - oltre a condurre ad una macchinosa costruzione - non rientra certo nella previsione legislativa.”

²²³ Cfr. capitolo secondo, paragrafo 1.1

²²⁴ CICU, *Il testamento*, cit.

dell'onere testamentario tra gli interessi pubblici. Tale qualificazione è connessa alla presunta esistenza, in capo all'onerato, di un dovere giuridico di eseguire la prestazione imposta dal testatore. La riconosciuta pretesa all'adempimento del modo *ex art. 648 c.c.*, tuttavia, risulta di per sé sufficiente a provare il rapporto giuridico intercorrente tra l'onerato e l'onorato. Trattasi, con molte probabilità, di un rapporto obbligatorio.

Un'altra parte della dottrina ritiene che l'interesse all'adempimento del *modus* sia assimilabile alla situazione giuridica soggettiva denominata "interesse legittimo". Si osserva che, nella pratica, viene spesso riconosciuta la legittimazione ad agire per l'adempimento della prestazione modale a determinati enti benefici ovvero ad un insieme di persone. A rafforzamento di ciò, viene fatto rinvio alle disposizioni a favore dell'anima²²⁵ (sebbene i due istituti differiscono tra loro), i cui beneficiari sono per lo più autorità religiose, nonché al § 2194 BGB. Tale articolo include nel novero degli esecutori della volontà del testatore gli organi pubblici, qualora il *modus* assuma interesse pubblico. La previsione di un'azione a tutela di un interesse legittimo nei confronti dell'onerato potrebbe, in linea teorica, destinarsi ad una schiera indeterminata di persone, quali sarebbero gli interessati *ex art. 648 c.c.*, primo comma. Bisogna, tuttavia, distinguere tale circostanza dalle situazioni in cui l'interesse è in capo ad una collettività. Solo in quest'ultimo caso, può parlarsi propriamente di interesse legittimo all'adempimento del modo. Al contrario, gli interessi tutelati dall'art. 648 c.c. rientrano nella sfera individuale del soggetto, non assumendo né veste unitaria, né innalzandosi ad interessi pubblici²²⁶. D'altro canto, vi sono numerosi dubbi

²²⁵Cfr. G. VINDIGNI, voce *Modo*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1964, p. 828: "Ciascun membro di una collettività, in quanto interessato all'adempimento del modo può agire, secondo i principi generali (art 648-793 C. Civ.) e l'interpretazione fattane, in base a tale interesse (interesse collettivo) il quale resta di natura privatistica; lo Stato può agire per l'esecuzione in quanto il modo rivesta carattere di interesse pubblico, cioè in quanto rispondente direttamente alle supreme esigenze e finalità da esso perseguite come unico titolare di detto interesse, avvalendosi dei mezzi di tutela giuridica giudiziaria o amministrativa. Secondo la dottrina prevalente l'autorità religiosa è legittimata ad agire per l'adempimento, oltre che come beneficiaria diretta della prestazione modale, in quanto sia interessata all'esecuzione, *ratione loci* e in considerazione del contenuto dell'obbligo (es., disposizioni a favore dell'anima)."

²²⁶È interessante notare come GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 912 affermi che: "La utilità della figura dell'interesse legittimo nel campo del diritto privato, può scorgersi solo quando il dovere sia principalmente imposto per soddisfare un interesse (pubblico), diverso da quello del titolare del c.d. interesse legittimo."

riguardo la possibilità di ravvisare un interesse legittimo nello schema di un istituto di diritto privato, dove le parti agiscono per voleri individuali (anche se si tratta di soggetti pubblici). Lo stesso legittimato passivo nel *modus* testamentario è il soggetto erede ovvero legatario, a prescindere dal carattere pubblico che riveste. Lo stesso non può dirsi per il destinatario dell'azione a tutela di un interesse legittimo, il quale non può che essere una pubblica amministrazione. Ma vi è di più. La situazione giuridica soggettiva in esame ha come fine ultimo il raggiungimento di un beneficio personale. Tale vantaggio lo si ottiene, però, in via indiretta. Il comportamento del legittimato passivo conforme alla legge²²⁷ costituisce il passo necessario al conseguimento dell'effetto positivo, nonché rappresenta il vero oggetto della richiesta giudiziale. Mediante l'azione di adempimento *ex art. 648 c.c.*, primo comma, invece, gli interessati agiscono direttamente per il bene oggetto della prestazione. Che l'interesse sia "pluralizzato"²²⁸, non ha alcuna importanza.

1.2 La legittimazione e l'interesse ad agire

Alcuni autori identificano l'interesse del soggetto agente con l'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*²²⁹ Trattasi della volontà di avvalersi dello strumento processuale al fine di soddisfare (in forma coattiva) un diritto che si afferma essere violato. La suddetta tesi, per la sua semplicità, rappresenterebbe l'epilogo di ogni discussione sull'argomento trattato. In tale ottica, l'interessato all'adempimento dell'onere testamentario potrebbe agire in giudizio per la tutela di un diritto altrui²³⁰, sebbene

²²⁷ Nel *modus* testamentario, invece, il contenuto della prestazione è determinato dal testatore.

²²⁸ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 913: "Ove si potesse qui approfondire la ricerca, si scoprirebbe che altri obblighi per la tutela di interessi, diciamo così, pluralizzati, si riscontrano nel campo del diritto privato. Un fenomeno analogo si può riscontrare nei comitati, ove ai c.d. destinatari si attribuisca il diritto di pretendere l'adempimento della prestazione necessaria al raggiungimento dello scopo. Anche nel diritto delle società (specie di persone) e delle associazioni si riscontrano situazioni in cui la tutela degli interessi che trovano soddisfazione attraverso gli obblighi imposti agli altri organi della società o dell'associazione, viene raggiunta attraverso lo strumento del diritto, attribuito a ciascun interessato, di pretendere la prestazione (così come ad es., il diritto al rendiconto previsto dall'art. 2261 c.c.)."

²²⁹ Fra tutti, VINDIGNI, *Modo*, cit., p. 828

²³⁰ Si legga Cass., 05-05-1949, n. 1134, in *Giur. It.*, I, 1950, p. 770

questo non sia l'effettivo beneficiario della prestazione modale ovvero nutra un interesse puramente morale. La denuncia del mancato soddisfacimento del *modus* sarebbe di per sé sufficiente a garantire la legittimazione attiva *ex art. 648 c.c.*, primo comma. Un simile fronte argomentativo, tuttavia, non è condivisibile. Ciò in base all'interpretazione data e unitamente ai motivi che seguono.

In primo luogo, interesse e legittimazione ad agire sono due concetti distinti, necessari, legati l'un l'altro da un rapporto di consequenzialità logica. Ne deriva che i due termini non possono essere confusi, né può ritenersi valida un'azione giudiziale che difetti di tali condizioni. In un processo, la verifica della legittimazione ad agire è preliminare a qualsiasi indagine sull'interesse ad agire. Per "legittimazione attiva", si intende la coincidenza soggettiva tra colui che chiede tutela in giudizio e il titolare del diritto rivendicato. Trattasi di un'affermazione, da parte dell'attore, in cui si dichiara che il diritto è proprio di colui che agisce. Alla luce di tali considerazioni, non è possibile affermare di essere titolare di un diritto, solamente perché si ha interesse che questo sia adempiuto. Nel presente stato, l'indagine sulla legittimazione attiva sarebbe del tutto inutile, dal momento che la suddetta condizione verrebbe assorbita dalle allegazioni riguardanti l'interesse ad agire. In altri termini, la legittimazione ad agire non può avere come fondamento un interesse identificato nell'interesse processuale *ex art. 100 c.p.c.* Una simile conclusione, oltre ad essere errata dal punto di vista teorico, contrasterebbe altresì con il dettato normativo. Il primo comma dell'art. 648 c.c. contempla, infatti, un'azione di condanna ad una prestazione. La prova dell'interesse ad agire, nel caso di specie, differisce dalla mera contestazione²³¹, bensì mira a evidenziare la concreta violazione di un proprio diritto²³². Se ne deduce che gli interessati all'adempimento *ex art. 648 c.c.*, primo comma, sono soltanto i titolari di un diritto proprio. Al contempo, deve ammettersi di essere incorsi in un'autentica

²³¹ Come avviene, del resto, per l'interesse ad agire in accertamento mero. Cfr. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, p. 71 s.

²³² S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, Torino, 1954 nega la distinzione tra l'interesse costitutivo del diritto sostanziale e l'interesse processuale ad agire, a prescindere dalla tipologia di azione esaminata.

contraddizione con la norma citata²³³. Il richiamo all'art. 100 c.p.c., anziché estendere il novero dei soggetti legittimati ad agire, restringe l'applicazione della norma ai soli individui il cui diritto è lesa, in violazione dell'art. 1218 c.c. L'interpretazione letterale dell'art. 648 c.c. viene, dunque, completamente distorta. Il primo comma della suddetta disposizione, si ripete, non è un semplice rinvio alle norme inerenti l'azione di adempimento dell'obbligazione, bensì ha un compito proprio.

Orbene, l'interpretazione che, in questa sede, si ritiene corretta è quella che attribuisce all'art. 648 c.c., primo comma, la funzione consistente nella legittimazione straordinaria ad agire nei confronti dell'onere²³⁴. In sostanza, qualsiasi interessato può rivolgersi al giudice per la tutela di un diritto altrui, sostituendosi all'onore in forza dell'espresso conferimento della legittimazione attiva da parte dell'art. 648 c.c., primo comma²³⁵. Tale soluzione rispetta il disposto dell'art. 82 c.p.c., il quale prevede che “fuori dei casi previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”. La legittimazione ad agire ritorna così ad essere un concetto svincolato dall'interesse ad agire, non costituendo quest'ultimo il criterio utilizzato per individuare i soggetti interessati all'adempimento della prestazione modale. L'indagine sugli effetti dell'onere testamentario, poi, viene ricondotta nei “giusti binari”: l'esame inerente al profilo soggettivo dell'obbligo modale non verte più sulla figura dell'interessato (il quale rileva soltanto sul piano processuale, in veste di

²³³ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 396: “La lettura testé esposta degli art. 648 comma 1 e 793 comma 3 c.c., è stata tuttavia sottoposta a severa critica da parte di autorevole dottrina, cui si ritiene di dover aderire, la quale ne ha contestato sia le conclusioni sia il percorso argomentativo. Quanto alle prime, occorre considerare che il riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio a qualsivoglia interessato si pone in stridente contrasto con la natura dell'azione contemplata dalle norme innanzi richiamate, che è azione non già di mero accertamento, bensì di condanna, la quale pertanto trova il proprio *prius* logico l'esistenza di un diritto soggettivo rimasto insoddisfatto: ad agire la tutela di un simile diritto non può essere soggetto diverso dal titolare dello stesso”. Si legga anche GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 138: “la nozione di interesse ad agire è incongrua e quindi inutilizzabile rispetto all'azione di adempimento ex art. 648 c.c., data la natura della stessa di azione di condanna, onde anche per questa via si perviene a ritenere che in *subiecta materia* si fa ricorso alla nozione di legittimazione.”

²³⁴ In tal senso, A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. Allorio*, I, Torino, 1973, p. 1080. Si legga, tuttavia, L. COSTANZO, voce *Modo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 5: “Poiché però, i soggetti che possono agire ex art. 648 c.c. fanno valere un diritto proprio (o anche proprio, nel caso, per es., dei prossimi congiunti del *de cuius*), tale qualificazione sembra meglio riferibile all'azione di cui all'art. 648, cpv., c.c.”

²³⁵ Per una posizione, in un certo senso, analoga, si legga Cass., 18-03-1999, n. 2487, in *Not.*, 2000

“legittimato ordinario” ovvero di sostituto), bensì riguarda unicamente il beneficiario diretto della prestazione. Di conseguenza, viene messa a dura prova la tesi secondo cui il *modus* testamentario costituisce un autentico rapporto obbligatorio. Vi potrebbero essere, infatti, sostituti processuali per alcune tipologie di modo il cui vantaggio è destinato all’onerato, ad un animale, ad una cosa. Con riferimento a tali oneri, sempre che se ne ammetta l’apposizione, non è configurabile un diritto di credito, giacché l’onorato non è un soggetto idoneo a far parte di un rapporto obbligatorio. Alla luce di tali considerazioni, diviene maggiormente attendibile la tesi secondo cui il *modus* testamentario è costitutivo di un semplice obbligo²³⁶, al quale fa capo un diritto soggettivo in capo all’onorato. La situazione attiva del beneficiario può essere, poi, tutelata in giudizio da un sostituto processuale che agisce in nome proprio.

Vengono riproposti, a questo punto, gli interrogativi iniziali. Esiste un criterio unitario per individuare gli interessati all’adempimento della prestazione modale? Quali sono, inoltre, i limiti oltre i quali non è possibile riconoscere tutela all’interesse manifestato? In relazione al primo quesito, si ritiene debba darsi una risposta negativa. Viene riportato, per la chiarezza di esposizione, il seguente passo: “il legislatore ha inteso introdurre un criterio elastico, flessibile, che l’interprete è chiamato ad applicare caso per caso, nella eterogeneità di configurazioni che il vincolo modale può presentare. [...] Lungi dall’introdurre un criterio onnicomprensivo che, per la sua genericità, sollevi l’interprete da qualsivoglia onere di accertamento, il disposto normativo richiama proprio l’interprete al massimo rigore nella individuazione – nei singoli casi concreti cui la disposizione modale può dar luogo dei soggetti portatori dell’interesse sostanziale che l’adempimento del *modus* mira ad appagare, i quali,

²³⁶ Cass., 07-09-1992, n. 10281, in *Foro it.*, I, 1993: “il ricorrente lamenta che la Corte di Appello, abbia affermato l’esistenza nei testamenti del Vallefèro di un *modus* testamentario, pur mancando nella fattispecie esaminata una disposizione in forma imperativa, l’imposizione di una obbligazione patrimoniale in capo all’onerato e il corrispettivo arricchimento del beneficiario. Questo motivo non è fondato [...] 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.). Gli obblighi imposti all’Istituto Salesiano sono appunto riconducibili alla figura dell’onere o *modus* testé descritta.”

come tali, sono gli unici a poter agire in giudizio nel caso della mancata esecuzione della prestazione modale²³⁷. Trattasi, dunque, di una valutazione discrezionale del giudice, da delimitarsi entro confini, il più possibile, certi. La risposta al secondo quesito è, in un certo senso, correlata al primo problema.

L'interesse tutelato dall'art. 648 c.c., si ripete, non deve necessariamente avere carattere patrimoniale, potendo anzi essere riconducibile ad una valutazione morale dell'individuo²³⁸. Una gran parte della dottrina richiede, invece, che l'interesse da tutelare sia diretto²³⁹. Solo in tal senso, può parlarsi di interesse sostanziale all'adempimento dell'obbligo modale. L'azione da parte degli interessati indiretti rappresenta, infatti, la principale conseguenza di una indiscriminata estensione della legittimazione ad agire *ex art. 648 c.c., primo comma*. L'interesse indiretto è, inoltre, capace (in via potenziale) di interferire negativamente con il volere del testatore²⁴⁰. Tale assunto è, in linea di massima, condivisibile. Eppure, vi sono ipotesi nelle quali l'azione da parte degli interessati indiretti non solo è ammessa, bensì viene favorita, in quanto ritenuta maggiormente conforme al volere del disponente. Riguardo al *modus* testamentario, può farsi l'esempio inerente all'obbligo di erigere un monumento dal marmo pregiato e/o dalle specifiche caratteristiche tecniche. Normalmente, lo scultore non potrebbe agire per l'adempimento della prestazione modale, in quanto ha un mero interesse indiretto. Nel momento in cui il testatore abbia lasciato intendere che la prestazione imposta è infungibile (in quanto determinata *intuitu personae*, ovvero,

²³⁷ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 399

²³⁸ CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit.

²³⁹ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 152: “ se l'allargamento della sfera dei legittimati ad agire può apparire opportuno, in quanto rende più probabile l'adempimento degli obblighi imposti dal *de cuius*, tuttavia l'estensione del numero di coloro che possono reclamare in giudizio l'esecuzione del *modus* si appalesa incongrua in un campo in cui si tratta di assicurare il rispetto della volontà di un soggetto deceduto, degli interessi del quale non può certo ritenersi depositaria un'ampia categoria di soggetti; e si rivela altresì configgente con l'esigenza dell'individuazione di persone determinate quali soggetti attivi dell'obbligo, in ottemperanza ai criteri generali vigenti in tema di obbligazione.” In senso contrario, PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit.; TORRENTE, *La donazione*, cit.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit.

²⁴⁰ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 908, ritiene che l'azione degli interessati indiretti nell'onere donativo a favore dell'onerante costituisca una “illegittima intromissione nella sfera del donante”. Questi, magari, non intendeva avvalersi del bene oggetto della prestazione modale. Parla di illegittima intromissione anche CARNEVALI, *Modo*, cit., con riferimento al *modus* il cui beneficiario è un terzo determinato o determinabile.

avente caratteristiche peculiari), non sussistono, però, motivi validi affinché debba negarsi allo scultore interessato la legittimazione ad agire. Concludendo, l'individuazione dei margini di discrezionalità dell'interprete, consistendo in una valutazione *case to case*, è variabile quanto la stessa determinazione degli interessati *ex art. 648 c.c.*²⁴¹ Al contempo, rappresenta la soluzione più aderente al dettato normativo.

1.3 La determinazione dei soggetti legittimati all'adempimento

Ai tentativi, peraltro vani, di stabilire un criterio organico atto ad individuare gli interessati all'adempimento della prestazione modale si contrappongono gli sforzi di alcuni studiosi, i quali hanno pensato di fornire una elencazione esaustiva²⁴² dei soggetti tutelati *ex art. 648 c.c.*, primo comma. Trattasi di un contributo dottrinale, per certi versi, simile agli scopi e alla lettera del § 2194 BGB. A differenza della norma tedesca, che stabilisce in modo tassativo chi può rivestire l'ufficio di esecutore testamentario, qualsiasi classificazione basata sulla disciplina *ex art. 648 c.c.* non può che assumere valore indicativo per l'interprete. Sono, tuttavia, rilevanti le fattispecie per cui si è sentita l'esigenza di determinare, nello specifico, i soggetti interessati

²⁴¹I tentativi di stabilire un criterio unitario, si ripete, sono stati infruttuosi. Si legga Cass., 11-06-1975, n. 2306, in *Foro it.*, I, 1976: “(il collegamento tra il testatore e il soggetto agente) 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 l'esecuzione della prestazione assunta ad oggetto dell'obbligazione modale »”. Orbene, GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 143 osserva come “le conclusioni cui perviene la Suprema Corte appaiono, peraltro, solo parzialmente coincidenti con le premesse teoriche da essa formulate in una parte precedente della motivazione, nella quale, dopo aver esattamente rilevato che tra la pronuncia giudiziaria e l'interesse sostanziale dedotto a giustificazione della legittimazione ad agire « ricorre un rapporto di convergenza che vale a spiegare come dalla prima possa conseguire un vantaggio per il titolare del secondo », si afferma che ciò si verifica « 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 ».”

²⁴²GARUTTI, *Il modus testamentario*, Ivi, p. 139 reca in nota l'esempio di G. BRUNELLI e C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, p. 328 s. i quali affermano che è legittimato ad agire: “a) se onerato sia un erede, l'esecutore testamentario, il terzo beneficiario dell'onere, i coeredi, i sostituiti per il caso di inadempimento, gli eredi legittimi a cui compete l'eredità in caso di decadenza dell'erede testamentario: b) se onerato sia un legatario, l'esecutore testamentario, il terzo beneficiario, gli onerati del legato, i collegatari a cui gioverebbe la decadenza del legatario onerato in caso di accrescimento, i sostituiti dal testatore per il caso di inadempimento dell'onere.”

all'adempimento dell'obbligo modale. Tali ordini di individui mutano a seconda della tipologia di beneficiario coinvolto dal *modus* testamentario²⁴³. L'onere può essere apposto a vantaggio di una categoria indeterminata di terzi, nonché a favore del testatore ovvero dell'erede o legatario tenuto all'adempimento²⁴⁴.

Orbene, si pone l'interrogativo sul perché non venga menzionato l'onere a favore di un terzo determinato. I motivi di tale esclusione risalgono ad un orientamento dottrinale seguito dalla gran parte della dottrina. Questo fa capo ad un noto Autore²⁴⁵, il quale sostiene che l'onere testamentario a vantaggio di un terzo determinato rientra nella categoria del legato obbligatorio. Il *modus* testamentario, invece, sarebbe unicamente l'onere la cui destinazione è rivolta ad una serie indeterminata di beneficiari²⁴⁶. Viene, così, a crearsi una delimitazione dell'ambito di applicazione delle due discipline. Il profilo soggettivo, in tale ottica, rappresenta lo spartiacque tra il modo e il legato obbligatorio, costituendo l'unico criterio atto a distinguere i due istituti²⁴⁷. In considerazione di quanto si è già affermato in precedenza, tuttavia, non

²⁴³ È pur vero che non si tratta dell'unico criterio utilizzato al fine di suddividere le categorie di interessati ex art. 648 c.c., primo comma. Cfr., sopra in nota, BRUNELLI e ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, cit.

²⁴⁴ A. ZANNI, *Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e di determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento*, in *Riv. notariato*, Milano, 2000, p. 1006 s.

²⁴⁵ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit.

²⁴⁶ In senso analogo, GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 146: "rimane pertanto fuori dal nostro esame l'ipotesi di vero e proprio *modus*, nelle quali l'interesse avuto di mira dal *de cuius* non è collegabile ad un soggetto determinato." Cfr. anche Cass., 26-05-2015, n. 10803, in *Foro it. online*: "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 (cfr. Cass. n. 6194/84). Tale criterio distintivo va, a sua volta, correlato a quello che individua la natura diretta o indiretta dell'attribuzione dalla determinatezza o meno del destinatario, per cui si ha legato in presenza di un destinatario ben individuato o ad ogni modo individuabile (come del resto è espressamente previsto nell'ipotesi di legato a favore di persona da scegliersi dall'onerato: art. 631 c.c.), mentre si è in presenza di un *modus* allorché la disposizione è a vantaggio di soggetti solo genericamente indicati."

²⁴⁷ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, *Ivi*, p. 899: "Le considerazioni che precedono ci hanno permesso, oltre che di abbozzare una revisione della corrente distinzione tra legato e *modus*, di identificare rigorosamente i confini di quest'ultimo istituto, e di stabilire conseguentemente l'ambito di applicazione dell'art. 648. Una volta chiarito che il *modus* a favore di terzo determinato (o determinabile ai sensi dell'art. 631 c.c.) appartiene al territorio del legato, è evidente che esso sottostà alla disciplina del legato, e non già a quella dettata dagli artt. 647 e 648. Queste disposizioni troveranno applicazione alle ipotesi di vero e proprio *modus*, e cioè quando l'interesse avuto di mira dal testatore non è riferibile ad una persona determinata."

sembra potersi aderire alla tesi del Giorgianni. Non solo esistono differenti e più efficaci fronti argomentativi in base ai quali effettuare la distinzione tra *modus* e legato²⁴⁸; si contesta, *a priori*, il fondamento del criterio qui esposto. In primo luogo, il *de cuius* possiede la facoltà di indicare un soggetto terzo quale beneficiario di una prestazione, senza che il vantaggio ottenuto debba per forza essere qualificato alla stregua di una attribuzione *ex art. 588 c.c.* Non solo, è una opzione del testatore quella di scegliere se l'imposizione dell'obbligo produrrà un effetto immediato sull'erede e/o legatario tenuti all'adempimento ovvero dovrà considerarsi subordinata alla validità ed efficacia dell'attribuzione principale. Nel secondo caso, si parlerà di atto ad efficacia mediata e di onere testamentario, giacchè quest'ultimo rappresenta lo strumento atto a destinare i beni oggetto dell'attribuzione principale verso una specifica finalità. La facoltà, da parte del *de cuius*, di avvalersi di una delle due disposizioni (il legato attributivo, il *modus* dispositivo dei beni) prescinde da qualsiasi valutazione riguardante i soggetti beneficiati dalla liberalità. L'opinione contraria, d'altronde, darebbe luogo ad un'interpretazione limitativa e fuorviante della *voluntas testatoris*.

Ma vi è di più. L'interpretazione proposta dal Giorgianni mira a delimitare l'ambito di applicazione del *modus* testamentario ai soli casi in cui la disposizione testamentaria a titolo particolare sarebbe nulla per incertezza del destinatario *ex art. 628 c.c.* Al legato, inoltre, viene concesso un limitato margine di determinabilità dei soggetti beneficiari, secondo il disposto di cui all'art. 631 c.c. Ne deriva che l'applicazione del *modus* testamentario viene ridotta ad ipotesi marginali e di difficile rappresentazione. Le disposizioni di cui agli art. 629 e 630 c.c. contribuiscono, poi, a restringere il suddetto campo, dal momento che rappresentano figure autonome dalla clausola modale²⁴⁹. È interessante notare, infine, come tale dinamica risulti essere

²⁴⁸Cfr. capitolo primo, paragrafo 3.4

²⁴⁹In senso contrario, GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 896: "Infine, che la distinzione tra legato (obbligatorio) e *modus* prescinde assolutamente dal contenuto della prestazione posta a carico dell'onerato, e poggia esclusivamente nella determinatezza (o determinabilità) del beneficiato dal legato, può trovare conferma nel regime delle disposizioni a favore dei poveri (art. 630 c.c.), e di quelle a favore dell'anima (art. 629 c.c.). In entrambi i casi, è certo che non ci troviamo di fronte all'ipotesi di beneficiato determinato o determinabile."

particolarmente consona alla tesi secondo cui l'onere testamentario si colloca tra le clausole recanti un interesse pubblico ovvero un interesse esclusivo del *de cuius*. Occorre, a questo punto, fare alcune considerazioni. In primo luogo, si obietta che il requisito della determinatezza²⁵⁰ ovvero della determinabilità dell'onorato viene richiesto ed è operante anche per le disposizioni modali. Non possono sostenere altrimenti i fautori della concezione del modo quale obbligazione in capo all'onorato²⁵¹, salvo il rischio di incorrere in una grave contraddizione. La medesima regola vale, soprattutto, in merito all'obbligo giuridico imposto mediante l'apposizione di un onere testamentario: questo deve essere necessariamente rivolto ad un soggetto determinabile, pena la mancata configurazione di un diritto soggettivo alla prestazione. Ad esempio, il *modus* a vantaggio dello stesso onerato è tale da escludere l'esistenza di un diritto di credito. Tuttavia, una simile circostanza non è di per sé sufficiente a negare che vi sia un diritto soggettivo (peraltro tutelabile mediante l'azione dei sostituti processuali) in capo allo stesso erede ovvero legatario tenuto all'adempimento. Appurato che la clausola modale, per questioni di validità, necessita di un soggetto onorato determinato ovvero determinabile, viene a cadere qualsiasi distinzione tra l'onere e il legato che si basi semplicemente sul aspetto soggettivo. I dubbi aumentano, nel momento in cui un legato a favore di persona incerta, per via della formula utilizzata dal testatore, rischia di essere confuso con una clausola modale. Il testatore può, infatti, prevedere l'avverarsi di una condizione risolutiva

²⁵⁰ZANNI, *Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e di determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento*, cit.: "Recente dottrina, infatti, ha sottolineato la labilità del confine fra la disposizione a favore di soggetti genericamente determinati, che farebbe nascere un'obbligazione modale, e quella a vantaggio di soggetti determinabili ex art. 631 c.c., che realizzerebbe un legato. «Il punto decisivo [...] è che non vi è abbastanza spazio per delineare una categoria intermedia di soggetti genericamente determinati, diversa dai soggetti determinati e dai soggetti determinabili, in quanto o si ricade nell'indeterminatezza, e allora la disposizione è palesemente nulla» (in base al disposto dell'art. 629 c.c.) «oppure si indicano dei criteri per l'individuazione dei singoli beneficiari, ciascuno dei quali potrebbe agire a tutela della propria posizione creditoria, e allora la disposizione è rivolta a vantaggio di soggetti determinabili e quindi concretizza il legato» (GRADASSI, commento a Cass. 18 marzo 1999, n. 2487, pp. 154-155, come già BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, p. 478)."

²⁵¹Gli autori, si è visto, sono tanti. È opportuno citarne alcuni: VISALLI, *Il modus testamentario*, cit.; SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit.; GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit. Quest'ultimo autore propende sia per la tesi dell'onere obbligatorio che del modo a vantaggio di persona indeterminata.

dell'attribuzione *ex* 588 c.c., nell'eventualità che non venga osservata una determinata prestazione. Orbene, non si tratta di un problema attinente alla qualificazione del dettato testamentario da parte dell'interprete. Secondo il criterio enunciato dal Giorgianni, non vi sarebbe possibilità alcuna di distinguere, sul piano concettuale, le ipotesi in cui si è in presenza di una disposizione attributiva gravata da una condizione risolutiva (e nulla, *ex* art. 628 c.c.) da una clausola modale valida, efficace, tutelata dall'effetto risolutorio *ex* art. 648 c.c., secondo comma.

Posta la necessaria premessa, bisogna procedere alla determinazione specifica degli interessati all'adempimento dell'obbligo modale. Le tipologie di onere, a favore di un terzo determinato ovvero a vantaggio di una categoria indeterminata di terzi, possono essere analizzate congiuntamente. Riguardo alla prima fattispecie, i titolari di un interesse proprio sono il soggetto (ovvero l'ente²⁵²) indicato dal testatore, in qualità di beneficiario della clausola modale, nonché gli eredi di lui. Residuano coloro che hanno un interesse (diretto) puramente morale e i soggetti che, per le particolarità della prestazione modale infungibile, traggono un vantaggio indiretto dall'osservanza dell'onere testamentario.

Con riferimento alla seconda fattispecie, diviene necessario esaminare singolarmente le molteplici varianti. Nell'ipotesi in cui l'insieme dei beneficiari risulta indefinibile (lascio X a Tizio, affinché possa donare un casale ai tre ragazzi più simpatici dell'università Roma Tre), la clausola modale deve considerarsi nulla, se non inesistente, causa l'indeterminatezza del beneficiario. Nel caso opposto, ovvero sia quando l'interprete può avvalersi di criteri oggettivi di determinazione (lascio X a

²⁵² Di contrario avviso, è GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 897 il quale, con riferimento alle disposizioni a favore dei poveri, afferma: "La individuazione di un soggetto determinato, quale destinatario della disposizione, consente di attribuire all'ente di beneficenza la qualità di legatario (o di erede, se il testatore ha destinato «ai poveri» la totalità o una quota del suo patrimonio). Nell'ipotesi, invece, in cui la volontà del testatore è espressa in modo da non consentire che soggetto beneficiario della disposizione possa considerarsi l'ente locale di beneficenza, si applicheranno i principi comuni. Con la conseguenza che di solito l'intento del testatore non potrà essere altrimenti raggiunto che attraverso la nascita di un obbligo a carico dell'erede o del legatario, ovvero sia attraverso un *modus*, il che può verificarsi, ad es., quando il testatore intenda beneficiare solo una categoria di poveri, più ristretta o più ampia rispetto a quella rappresentata per legge dall'ente locale di beneficenza, o quando egli abbia manifestato in maniera particolarmente rigorosa la sua precisa volontà che la distribuzione delle somme ai poteri avvenga a cura dell'erede o del legatario onerato."

Caio, affinché conceda uno spazio per studiare ai tre ragazzi che hanno conseguito il miglior risultato accademico, lo scorso anno), gli interessati verranno riconosciuti come tali in giudizio. A volte, è necessario che si verifichi un certo evento (ai finalisti di una gara sportiva) per individuare i beneficiari dalla disposizione modale. Se la determinazione dell'onorario è rimessa all'arbitrio dell'erede o legatario tenuto ovvero di un terzo, l'azione in giudizio, da parte del potenziale interessato, non assumerà i contorni dell'azione *ex art. 648 c.c.*, primo comma, bensì sarà finalizzata ad indurre l'onorario ovvero il terzo ad effettuare la sua scelta²⁵³. Qualora il *modus* sia, infine, destinato ad una categoria generica di persone (lascio X a Mevio, affinché possa procurare un adeguato rifugio ai bisognosi del IV municipio), viene identificato, di norma, un ente rappresentativo degli interessi appartenenti alla fascia di soggetti onorata dalla prestazione modale. L'ente è titolare di un interesse proprio²⁵⁴, non essendo catalogabile né tra i rappresentanti, né tra i sostituti processuali dell'insieme di persone riguardate dall'onere. Ciò non toglie che, nell'eventualità non si riesca ad individuare un ente specifico, qualsiasi appartenente alla categoria di interessati è legittimato ad agire per l'adempimento della prestazione modale.

1.4 L'onere a favore del testatore e l'onere a favore dell'onorario

Residuano due fattispecie di onere testamentario le quali, oltre a far discutere riguardo la determinazione degli interessati all'adempimento *ex art. 648 c.c.*, primo comma, generano numerosi e legittimi dubbi in merito alla configurazione di un diritto

²⁵³CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 68: “essi possono agire in giudizio non perché il *modus* venga adempiuto nei loro confronti, il che presupporrebbe la qualità di creditore, ma allo scopo di costringere l'onorario, o chi per esso, a compiere la scelta. È chiaro, d'altro lato, che questi interessati sono solo coloro che ritengono di trovarsi nella situazione prevista per il conferimento del beneficio e che pertanto hanno una legittima aspettativa; si tratta di interessati diretti, che agiscono per la tutela di un proprio interesse, o, con altre parole, in qualità di possibili futuri creditori del *modus*».

²⁵⁴GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 285: “si individua come soggetto legittimato ad agire per l'adempimento l'ente che, per determinazione istituzionale, rappresenta gli interessi di tutta quella categoria di persone e, dunque, compare come portatore di interessi propri. In tal caso, però, il soggetto stesso compare, sin dalla genesi del fenomeno come il destinatario e beneficiario -determinato- del *modus*.”

soggettivo alla prestazione modale. Trattasi del *modus* “a favore” del testatore e dell’onere a vantaggio dell’onerato.

La donazione modale che persegue gli interessi esclusivi del disponente non suscita particolari contrasti in merito all’individuazione degli interessati. L’interprete riserva alla suddetta ipotesi lo stesso trattamento dell’onere a favore di persona determinata: il donante è titolare di un interesse proprio, così come lo saranno i futuri eredi, e potrà agire *ex art. 793 c.c.*, terzo comma. Tale articolo dispone che “per l’adempimento dell’onere può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso”. Se ne deduce che il disponente rappresenta, qualunque sia la fattispecie di onere donativo esaminata, il primo diretto interessato all’esecuzione della prestazione modale. Orbene, la questione si complica per il *modus* testamentario “a vantaggio” esclusivo del *de cuius*. Si pensi all’obbligo di erigere un monumento in memoria del testatore ovvero di pubblicare o distruggere un suo manoscritto. Molti autori sostengono che, in tali casi, non si crea un rapporto giuridico tra l’onerato e il titolare della pretesa. La situazione giuridica attiva non sarebbe ricollegabile ad un soggetto, giacché il titolare originario della pretesa (ovverosia, il testatore) è venuto a mancare al momento dell’adempimento²⁵⁵. Ne consegue che non è possibile trarre dalla fattispecie in esame (facendo questa difetto di un reale beneficiario della prestazione modale) alcun diritto soggettivo idoneo a contrapporsi all’obbligo giuridico del soggetto onerato. Ma vi è di più. Il *modus* testamentario, si ripete, non dà luogo ad una successione in senso tecnico, bensì genera una situazione giuridica del tutto nuova in capo all’onorato. È escluso, dunque, che il diritto del testatore possa essere trasmesso mediante l’apposizione di una clausola modale.

²⁵⁵ GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 293: “In tutte queste ipotesi emerge, a nostro avviso, un criterio integrativo dell’interesse diretto all’adempimento: e ciò in quanto anche in queste ipotesi (come nel già considerato *modus* a beneficio dello stesso soggetto onerato) non si crea un rapporto tra soggetto onerato e soggetto titolare della pretesa. In particolare; esiste il soggetto debitore della prestazione, vale a dire l’onerato (erede o legatario); ma al momento in cui egli dovrà adempiere, è già venuto meno il soggetto titolare della pretesa creditoria (la prestazione modale), vale a dire il testatore (titolare degli interessi personalissimi, di cui al *modus*).”

La tesi riportata sarebbe, *in prima facie*, condivisibile. Nelle argomentazioni espresse risiedono, tuttavia, alcuni aspetti contraddittori tra loro. In primo luogo, l'assunto secondo cui l'onere produce un obbligo ovvero una obbligazione in capo all'onorato è inconciliabile con la previsione di una fattispecie modale non costituente rapporti giuridici. L'art. 648 c.c., prevedendo un'azione di adempimento della prestazione modale, richiede un nesso logico tra l'onerato e l'onorato, a prescindere dalla tipologia di *modus* apposto. Medesimo discorso va fatto per le situazioni giuridiche dell'obbligo e dell'obbligazione. Ne deriva che l'onere testamentario senza alcun beneficiario deve considerarsi inesistente, salvo si ravvisi nella clausola un interesse giuridicamente protetto al quale corrispondere un dovere giuridico²⁵⁶. In secondo luogo, viene confuso il momento inerente all'apposizione della clausola modale dagli eventi successivi che ne conferiscono efficacia. Il diritto soggettivo contenuto nel *modus* si realizza nell'istante in cui il *de cuius* decide di gravare l'attribuzione testamentaria, sebbene l'esecuzione della prestazione modale sia, poi, subordinata alla validità e all'efficacia della disposizione principale²⁵⁷. Nel caso di specie, la pretesa contemplata dall'onere testamentario preesiste, così come l'intero rapporto giuridico, all'attuazione del modo. La prestazione, in caso di inerzia dell'onerato, necessita di essere tutelata mediante l'azione di coloro che hanno un interesse proprio all'adempimento (considerato il decesso del titolare originario). La dinamica esposta, tuttavia, non incide in alcun modo sulle situazioni giuridiche soggettive prodotte dalla clausola modale. La successione del diritto generato attraverso il *modus* non è necessaria, ma, qualora si verifichi (per effetto di legge

²⁵⁶MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 240 – 241: “A parte la difficoltà della prova dell'esistenza e dell'entità del danno, ci sembra che l'ammissione di un siffatto diritto, se può” ritenersi giustificata per l'inadempimento dell'obbligazione in senso proprio, non può ritenersi del tutto rispondente alla concreta situazione in esame in cui il comportamento imposto all'onerato non è diretto a realizzare in via esclusiva l'interesse di ciascuno dei soggetti legittimati all'azione di adempimento, bensì, accanto ed indipendentemente da quest'ultimo, un interesse anche di altri soggetti. In altri termini non ci troveremmo qui in presenza di un vero e proprio diritto di credito, e, quindi, di un'entità economicamente valutabile che si trova nel patrimonio di un soggetto determinato, bensì di ‘una pura e semplice pretesa all'adempimento, qualificabile come interesse giuridicamente protetto, più che come un vero e proprio diritto di credito cui corrisponde, dall'altro lato del rapporto, un dovere giuridico in senso stretto.”

²⁵⁷In caso contrario, gli obblighi modali a favore del testatore devono considerarsi, a seconda della prestazione imposta, mandati *post mortem* ovvero disposizioni *ex art. 587 c.c.*, secondo comma.

ovvero in virtù di una disposizione testamentaria), rende titolari di un interesse all'adempimento gli eredi ovvero i legatari subentrati al testatore.

Alla luce di tali considerazioni, bisogna determinare i soggetti titolari di un interesse proprio. Dottrina maggioritaria identifica tali individui negli stretti congiunti, che sarebbero gli unici legittimati ad agire per l'adempimento della prestazione modale. Si riporta, per la chiarezza d'esposizione, un passo del Giorgianni: "A nostro avviso, di regola gli interessi più intimi del testatore si ricollegano, dopo la sua morte, ai suoi congiunti. Da una serie di disposizioni può ricavarsi il principio che certi interessi, più intimamente connessi alla persona, si trasferiscono dopo la sua morte, non già ai suoi eredi, ma ai suoi congiunti. Ed è evidente che, se tali interessi vengono a ricollegarsi ai congiunti del titolare defunto, essi diventano interessi propri di quei soggetti"²⁵⁸. Gli eredi, specie i successibili all'eredità, avrebbero invece maggior interesse all'inadempimento della prestazione modale, giacché la mancata osservanza dell'onere potrebbe comportare l'applicazione dell'art. 648 c.c., secondo comma. In sostanza, i successori del testatore, salvo i congiunti, non possono agire per l'adempimento del modo²⁵⁹. Tale impostazione non rende, tuttavia, conto di coloro i quali sono subentrati al diritto del *de cuius* e che, *a fortiori*, hanno l'interesse ad agire in giudizio. Una diversa tesi, che non sembra trovare adesione in questa sede, attiene alla duplicazione dell'interesse del testatore. Quest'ultimo avrebbe manifestato, oltre all'esplicita volontà di realizzare un determinato fine, l'intenzione che la prestazione venga eseguita nelle forme dell'onere testamentario. "L'esecuzione in sé e per sé del *modus*"²⁶⁰ rappresenterebbe, in tale ottica, l'interesse trasmissibile in via diretta agli

²⁵⁸ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 906

²⁵⁹ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 148 - 149: "il trasferimento di quegli interessi ai congiunti indipendentemente dall'attribuzione a costoro della qualità di erede – e quindi successore del defunto — attesta, d'altronde, che tali interessi si ricollegano ai congiunti quali interessi propri dei congiunti stessi. In sostanza, dunque, la qualità di erede rileva soltanto come centro d'imputazione delle (o di alcune delle) situazioni giuridiche che facevano capo al defunto, ma di per sé non comporta il riconoscimento della titolarità di quell'interesse a veder rispettata ed eseguita la volontà del *de cuius* che dovrà, di volta in volta, essere accertato nell'erede e che invece il nostro ordinamento presume nei congiunti."

²⁶⁰ GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 294: "il testatore compare titolare non più soltanto degli interessi (dedotti nel *modus*) così come era in vita, ma altresì titolare di un altro interesse: a che il *modus* venga eseguito. Deve scriversi di interesse all'esecuzione in sé e per sé del «*modus*», poiché questo è l'interesse primario che si prevede nel

eredi non onerati. A tal proposito, viene fatto rinvio agli art. 676 e 677 c.c., riguardanti l'ambulatorietà dell'onere. Emergono numerosi dubbi, tuttavia, sull'ipotesi secondo cui la facoltà, da parte del testatore, di optare per un determinato istituto al fine di soddisfare le proprie volontà possa concretizzarsi, a sua volta, in un interesse tutelabile *ex art. 648 c.c.*

Con riferimento al *modus* a favore dell'onerato, viene a ridursi esponenzialmente il novero dei legittimati ad agire per l'adempimento della prestazione imposta dal *de cuius*. Trattasi di una fattispecie, in un certo senso, "speciale" rispetto all'onere mediante il quale vengono perseguiti gli interessi esclusivi del testatore. Ciononostante, la clausola modale contenente una prestazione a favore dello stesso onerato differisce di molto dalla tipologia citata. La pretesa si sviluppa intorno alla medesima persona che sarebbe tenuta ad osservarne l'essenza: in teoria, questi è il principale interessato all'adempimento dell'onere. Alla luce di tali considerazioni, alcuni autori sostengono che non sia ipotizzabile, in questa situazione, il configurarsi di un rapporto giuridico²⁶¹, giacchè le situazioni soggettive che si vengono a creare con l'apposizione del *modus* testamentario attengono alla medesima persona. Invero, può ritenersi con certezza che l'onerato sia titolare di un diritto soggettivo²⁶².

Quest'ultimo rileva particolarmente, specie se opera una limitazione in capo ad un diritto altrui. Si pensi al *modus* con il quale viene fatto obbligo all'onerato Tizio di costruire, per il suo tornaconto, una palazzina sul fondo legato a Caio: viene riconosciuto, in tal modo, un diritto reale di godimento in capo a Tizio (per essere precisi, un diritto di superficie). A maggior ragione, si è affermato che nessuno sarebbe legittimato a proporre domanda giudiziale, con il solo scopo di vedere tutelato un

sistema: regola base (art 647, secondo comma cod. civ.) è infatti che i carichi (legato = onere) si sostengano da tutti gli eredi, «ove non sia diversamente disposto». Dal che, dunque, emerge sia l'interesse diretto, in capo agli eredi non onerati, all'adempimento del *modus* secondo la volontà testamentaria, vale a dire ad opera dell'onerato; sia l'interesse, altrettanto diretto, del testatore all'esecuzione dell'onere in sé e per sé, vale a dire anche non ad opera dell'onerato."

²⁶¹ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 240

²⁶² Quel che si esclude, invece, è che il testatore abbia attribuito un diritto di credito e una posizione di debito in capo allo stesso individuo. Non si tratta di confusione *ex art. 1253 c.c.*, giacchè una reale distinzione tra le due qualità non si è mai verificata nel caso di specie.

interesse dello stesso inadempiente²⁶³. La prova di un coinvolgimento morale del soggetto agente nella corretta esecuzione dell'onere sarebbe, oltremodo, complicata. Coloro che subentrerebbero nel diritto dell'onorato, possono, invero, agire per la risoluzione della disposizione principale, nei casi di cui all'art. 648 c.c., secondo comma. Se ne deduce che tali individui sono maggiormente interessati all'inadempimento dell'onorato che all'esecuzione della prestazione modale.

Orbene, l'unica soluzione possibile, per garantire l'applicazione dell'art. 648 c.c., primo comma, consiste nell'attribuire la legittimazione attiva agli stretti congiunti del testatore. Il *de cuius* ha, infatti, manifestato l'intenzione che l'onorato adempia l'obbligo modale (per conseguire, egli stesso, un determinato vantaggio). Si pensi all'onere con il quale il testatore obbliga l'onorato a proseguire gli studi universitari.

In tal caso (ai fini del conferimento agli stretti congiunti della legittimazione attiva per l'adempimento dell'onere), la clausola modale dovrà essere interpretata al pari dell'onere ad esclusivo "vantaggio" del testatore.

Concludendo, nel presente paragrafo non è stata fatta alcuna menzione dei c.d. interessati indiretti. L'intervento di tali individui è stato considerato, specie per le due esaminate tipologie di onere, una "illegittima intromissione" nella sfera del disponente²⁶⁴. Qualora, però, la prestazione assuma carattere infungibile, sono legittimati ad agire *ex art. 648 c.c., primo comma*, anche gli interessati che ricevono un mero vantaggio indiretto dall'adempimento del modo.

²⁶³ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 907: "Al di fuori di coloro i quali sono titolari degli interessi che il testatore ha avuto di mira, non crediamo che altri soggetti possano considerarsi legittimati ad agire per l'adempimento del *modus*. Così, non potranno agire, gli eredi in quanto tali, né tanto meno i legittimati in subordine o coloro che riceverebbero comunque un vantaggio dalla decadenza dell'onorato. Essi, invero, non sono portatori di alcun interesse (patrimoniale o morale) che possa ricevere soddisfazione dall'adempimento del *modus*, salvo naturalmente che essi siano altrimenti «interessati» ad es. quali congiunti del testatore."

²⁶⁴ CARNEVALI, *Modo*, cit.

1.5 L'esecuzione dell'onere

L'onere testamentario, si ripete, non produce una obbligazione in senso tecnico, bensì realizza un semplice obbligo giuridico. L'assunto è tale da suggerire all'interprete l'esigenza di prestare una specifica attenzione in merito all'ammissibilità di quegli strumenti di tutela che non vengono espressamente contemplati dagli art. 647 e 648 c.c. In quest'ultima categoria rientrano le forme di esecuzione forzata dell'obbligazione, di cui agli art. 2930 c.c. e seguenti. Salvo voglia sostenersi l'opinione secondo cui le norme inerenti all'esecuzione del *modus* testamentario assumono carattere tassativo²⁶⁵, l'applicazione delle suddette disposizioni di legge deve essere dedotta sulla base del criterio analogico. Si è, del resto, affermato che esistono casi in cui la clausola modale costituisce un autentico rapporto obbligatorio e fattispecie nelle quali l'obbligo giuridico contenuto nell'onere non rispetta i requisiti propri dell'istituto *ex* art. 1173 c.c. e seguenti²⁶⁶. Tenuto presente il fatto che molte delle prestazioni modali esaminate sono potenzialmente idonee a rappresentare l'oggetto di una obbligazione, diviene necessario tutelare tali obblighi mediante la sanzione del risarcimento del danno subito nonché la previsione, ammissibile per via analogica, dell'intervento sostitutivo da parte dell'ordinamento. Non solo. Il rimedio dell'esecuzione forzata si estende, in via ulteriore, al *modus* la cui prestazione non può definirsi una obbligazione in senso stretto. Le critiche poste in merito al possibile utilizzo degli art. 2930 c.c. e successivi, in quanto basate sull'assunto che il beneficiario del modo non è titolare di un diritto di credito²⁶⁷, sono da ritenersi frutto di un concettualismo che non tiene adeguato conto della normativa sulla legge in generale, nello specifico dell'art. 12 delle preleggi. Per simili motivi, appare di fragile fondamento l'opinione secondo cui le disposizioni di cui agli articoli in esame non possono essere applicate con riguardo all'obbligo modale, giacché questo ha fonte

²⁶⁵ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 269: "Di fronte al tenore dell'art. 793, al. 4°, cod. civ.

è opinione ormai concorde in dottrina e in giurisprudenza che il problema della risoluzione per inadempimento dell'onere trova la sua disciplina completa ed esclusiva nella norma menzionata, allo stesso modo come la dottrina tedesca ritiene completa ed esclusiva, secondo quanto si è avuto occasione di ricordare, la disciplina sancita dal § 527 BGB."

²⁶⁶ GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit.

²⁶⁷ GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2, cit., p. 233

legale²⁶⁸. L'esecuzione forzata, infatti, è un rimedio che concerne il rapporto giuridico generatosi mediante l'apposizione dell'onere, a prescindere dalla costituzione dello stesso.

Orbene, le principali problematiche legate all'esecuzione forzata della prestazione modale vertono sulla determinazione dei soggetti legittimati a richiedere l'intervento sostitutivo *ex art. 2930* e successivi. La soluzione al presente quesito varia a seconda della fattispecie di *modus* testamentario esaminata. Innanzitutto, l'obbligo modale di fare infungibile non è suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, ciò in osservanza del principio *nemo potest precise cogi ad factum*. Trattasi di una regola generale secondo cui nessuno può essere costretto ad eseguire una prestazione di fare, neanche se per l'effetto di una pronuncia giudiziale. Il suddetto brocardo, anziché escludere l'onere testamentario dalla categoria degli istituti destinatari dei rimedi *ex art. 2931* e *2932 c.c.*²⁶⁹, rappresenta una conferma degli stessi, in quanto tale massima si rivolge agli obblighi aventi per oggetto una determinata prestazione, non interessandosi delle relative fonti. È, dunque, possibile richiedere, salvo il caso in cui la prestazione riservi carattere infungibile, l'esecuzione per surrogato dell'obbligo modale. Ciononostante, alcuni autori negano la spettanza di un indennizzo a favore di coloro i quali agiscono indistintamente per l'adempimento della prestazione modale infungibile: all'applicazione del principio *nemo potest precise cogi ad factum* corrisponde il diritto ad una somma equivalente soltanto per i diretti destinatari dell'onere, ovverosia gli unici che possono vantare un interesse economico all'osservanza del modo²⁷⁰. Tale tesi è, in linea di massima, condivisibile, giacché alcune tipologie di rimedi giudiziali richiedono, come loro presupposto intrinseco,

²⁶⁸ PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit.

²⁶⁹ In tal senso, PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, Ivi

²⁷⁰ G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice Civile*, Padova, 1982, p. 541: "Ammettere, comunque, la possibilità di un indennizzo, quale surrogato di questa pretesa impossibilità di coercizione, ci sembra poi giuridicamente errato, posto che chi lamenta che il modo non sia stato adempiuto a meno, ben s'intende, non sia lo stesso destinatario del vantaggio nel quale si concreta il *modus* che dall'inadempimento risentirebbe il danno – se può avere un interesse alla sua esecuzione, nessun pregiudizio economico però riceve dal suo inadempimento e anzi, come si è osservato, da un eventuale successivo giudizio di risoluzione della disposizione testamentaria in danno dell'onereato potrebbe, se mai, ricavare vantaggio."

l'esistenza di un danno patrimoniale in capo al soggetto agente ovvero il fondato pericolo che possa avverarsi un effettivo detrimento della posizione dell'onorato. Si pensi, rispettivamente, all'obbligo risarcitorio *ex art. 1218 c.c.* ovvero all'azione surrogatoria²⁷¹ *ex art. 2900 c.c.* Con riferimento ai danni che non hanno contenuto patrimoniale, si rinvia, poi, all'art. 2059 c.c. La suddetta norma ne ammette il risarcimento "solo nei casi determinati dalla legge". Se ne deduce che, data l'assenza di una specifica indicazione normativa a riguardo, non può ritenersi ammissibile alcuna domanda giudiziale la quale venga posta al fine di ottenere il risarcimento dei danni morali conseguenti all'inadempimento della prestazione modale. Tale constatazione è rivolta sia agli individui che nutrono un interesse puramente morale all'adempimento dell'obbligo imposto, sia alla categoria degli stretti congiunti del testatore.

Alla luce di tali considerazioni, diviene possibile esaminare gli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico a tutela dell'onere che persegue gli interessi esclusivi del *de cuius* nonché del *modus* a favore dell'onerato. Nel primo caso, potranno agire per il risarcimento dei danni solamente coloro i quali nutrono un interesse proprio ed economicamente valutabile all'adempimento del modo. Quanto detto, a prescindere se si tratti degli stretti congiunti, degli eredi subentrati al diritto soggettivo, degli "interessati indiretti". Nel secondo caso l'insieme si riduce ai congiunti e ai titolari di un interesse indiretto. Ciò non toglie che l'intera categoria dei legittimati ad agire *ex art. 648 c.c.*, primo comma, possa pretendere l'esecuzione forzata in forma specifica di cui agli art. 2931 c.c. e successivi. Tale istituto è, infatti, ben distinto dall'obbligo risarcitorio dei danni e non richiede un interesse necessariamente patrimoniale al raggiungimento dei fini perseguiti con l'apposizione del *modus* testamentario²⁷².

²⁷¹ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit.

²⁷² L. COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2, Padova, 1978

2- L'azione di risoluzione

2.1 Le differenze con l'azione *ex art.* 793, quarto comma c.c.

La tematica sulle caratteristiche e sugli effetti dell'azione di risoluzione per inadempimento del *modus* rappresenta un'occasione di analisi e confronto tra le figure del modo testamentario e dell'onere donativo. Gli esiti di tale studio coinvolgono numerosi aspetti dell'istituto in esame, non limitandosi a statuire riguardo il rapporto che si è venuto a creare tra l'onerato e il beneficiario della prestazione, bensì vertendo sulla natura nonché sulla qualificazione giuridica del *modus*. Si faccia un esempio. La scelta effettuata dal legislatore in merito alla previsione di uno strumento risolutorio della disposizione liberale, se da un lato è stata interpretata quale uno dei fattori determinanti l'inclusione del modo donativo nella categoria degli elementi accessori²⁷³, dall'altro ha comportato il rafforzamento delle opinioni dottrinali sull'autonomia dell'onere testamentario. L'art. 793 c.c., quarto comma, sembra accordare la risoluzione solo "se preveduta nell'atto di donazione". Tale norma esclude, dunque, l'ipotesi secondo cui la disposizione principale diviene passibile di risoluzione, quando l'esecuzione della prestazione modale ne costituisce il motivo determinante. Per opinione di alcuni autori, vi è il rischio che si configuri un rapporto a prestazioni corrispettive²⁷⁴. L'art. 648 c.c., secondo comma, nel prevedere entrambi i casi di risoluzione, determinerebbe invece il massimo argomento normativo diretto a

²⁷³Per un'analisi comparativa dell'azione di risoluzione della donazione modale con le norme del BGB (nello specifico il § 527), GELATO, *Modo*, cit. Si legga, tuttavia, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 261: "Ma ciò, se consente di giustificare il riferimento normativo alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, non può, invece, legittimare l'elevazione della risoluzione stessa ad elemento individuante della categoria e tanto meno a presupposto di sussunzione del singolo negozio nella categoria stessa. Una più corretta impostazione del problema della verifica dell'accidentalità del *modus* donativo sul piano della disciplina, deve, invece, effettuarsi indipendentemente dalla collocazione del rimedio risolutorio in una prospettiva diversa da quella sua propria ed è su questa base che, come vedremo, l'accidentalità del *modus* trova la più inequivoca conferma."

²⁷⁴CARNEVALI, *Modo*, cit.: "oggi l'art. 793 comma 4 c.c. stabilisce che la risoluzione, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi. Non è dato rendersi conto del perché la norma consideri solo il caso della clausola risolutiva espressa, mentre l'art. 648 c.c. dà rilevanza, ai fini della risoluzione, anche al caso in cui il modo ha costituito l'unico motivo determinante: probabilmente ha influito il timore di arrivare a trasformare la donazione modale in contratto con prestazioni corrispettive."

contestare la dipendenza del *modus* testamentario dal negozio principale: si afferma che l'atto di liberalità, in alcune occasioni, viene disposto "in funzione" della prestazione contenuta nell'onere²⁷⁵ (e ciò tacitamente, oltre che in forma espressa). Nell'ottica riportata, il modo testamentario consisterebbe in un'autentica disposizione *mortis causa*, munita di uno strumento risolutorio assimilabile negli effetti al distinto istituto della decadenza della qualità di erede²⁷⁶. L'inosservanza della prestazione modale equivarrebbe così al mancato funzionamento della causa negoziale²⁷⁷.

Orbene, nei paragrafi precedenti si è avuto modo di trattare le tematiche inerenti il carattere accessorio del *modus* e, in particolare, la differenziazione dell'elemento negoziale "causa" dai motivi del testatore, pur determinanti l'atto. Quel che interessa in questa sede attiene, invero, all'orientamento dottrinale che fa delle differenze riscontrabili nei fenomeni di cui art. 648, secondo comma, e 793 c.c., quarto comma, i punti di forza mediante i quali contestare il carattere unitario del *modus*. Invertendo la prospettiva visuale, tuttavia, può affermarsi l'esatto opposto. È interessante notare come il legislatore del 1942 abbia inteso formulare le segnalate norme quanto più similmente tra loro²⁷⁸, salvo regolare in maniera differente quelle situazioni che contribuiscono a caratterizzare l'atto *inter vivos* da quello *mortis causa*. Tali disposizioni richiedono necessariamente una disciplina adatta agli effetti che

²⁷⁵Trib. Cuneo, 29-03-1951, in *Temi*, Milano, 1952, p. 41: "(con gli art. 647 c.c., terzo comma, e 648 c.c., secondo comma, si è 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 l'aprile 1942."

²⁷⁶GIORGIANI, *Il modus testamentario*, cit., p. 915 - 916: "Né può, ovviamente, farsi differenza tra la clausola che prevede la «decadenza» e quella che prevede la «risoluzione» della disposizione. È da osservare, infatti, che la «risoluzione» della disposizione testamentaria non può fare avverare, come avviene nella risoluzione del contratto, la reintegrazione della situazione che preesisteva al negozio. Essi opera semplicemente una sostituzione del titolare del bene attribuito dal defunto, con la conseguenza che il nuovo titolare – anche se si tratti, si noti, dell'erede legittimo — sottentrerà nell'obbligo di adempimento del *modus*."

²⁷⁷Si legga, tuttavia, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., p. 206: "La risoluzione non dipende da un difetto funzionale della causa, come nei contratti con prestazioni corrispettive: infatti può essere pronunziata, su istanza del donante o dei suoi eredi se si tratta di donazione, o di qualsiasi interessato se si tratta di disposizione testamentaria, solo quando sia stata espressamente prevista dal disponente, o quando risulti che l'adempimento dell'onere sia stato il solo motivo determinante della disposizione testamentaria."

²⁷⁸Come emerge, peraltro, dalla relazione ai lavori preparatori del codice civile.

producono nonché all'impianto sistematico nel quale queste vengono collocate. Per ritornare all'esempio precedente, si osserva come l'inesistenza del disponente al momento dell'esecuzione dell'onere testamentario giustifica e conferisce significato alla menzione del modo determinante, quale causa di risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma. Le motivazioni a capo di tale scelta legislativa risiedono, infatti, nell'impossibilità per l'interprete di attingere ad una manifestazione di volontà, da parte del *de cuius*, contestuale all'istante in cui il modo ha ottenuto efficacia ovvero all'azione di risoluzione. In assenza di uno specifico riferimento nel dettato testamentario, si è ritenuto opportuno valorizzare l'analisi dei motivi interni all'apposizione del *modus*, con lo scopo di offrire un'interpretazione accurata e consona alle ultime volontà del testatore²⁷⁹. Al contrario, l'azione di risoluzione della donazione modale viene, di norma, proposta dal donante. Quest'ultimo, procedendo alla stipula di un atto pubblico, è tenuto ad esprimere le proprie intenzioni in maniera chiara ed esaustiva. Potrebbe, infatti, presentarsi il rischio che lo stesso disponente in mala fede, per fatti e decisioni sopravvenute all'atto di liberalità, decida comunque di agire *ex art. 793 c.c.*, quarto comma, sebbene l'onere donativo non abbia costituito originariamente il motivo determinante la disposizione. In una eventuale casistica giurisprudenziale, verrebbe spesso a crearsi, sul fronte pratico, un clima di incertezza generale riguardo l'ammissibilità dell'azione di risoluzione della donazione modale. Ne deriva una disciplina rigorosa e restrittiva rispetto a quella prevista per lo strumento risolutorio *ex art. 648 c.c.*, secondo comma. Attraverso la medesima chiave di lettura, dovrebbe interpretarsi il rigetto, da parte del legislatore, della proposta che mirava ad estendere la legittimazione attiva *ex art. 793 c.c.*, quarto comma, agli eredi del donante, benché in assenza di una previsione espressa della risoluzione²⁸⁰. La circostanza che il

²⁷⁹ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 438 – 439: “Evidentemente, la maggiore ampiezza di tale ultima previsione si giustifica con l'esigenza di dare massima attuazione alla volontà del testatore, consentendo che il legame tra disposizione attributiva e *modus* determinante possa emergere anche al di là di una espressa previsione della azione di risoluzione nella scheda testamentaria. Simile esigenza non si pone, in maniera così forte, per l'onere donativo, laddove il donante, essendo ancora in vita, può ricorrere agli altri rimedi concessi dall'ordinamento a fronte della mancata esecuzione dell'obbligazione (su tutte, l'azione di adempimento e la domanda di risarcimento dei danni).”

²⁸⁰ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 264 -265: “ Si deve, ancora, precisare che in sede di Commissione parlamentare fu proposto di ammettere senza restrizioni di sorta la risoluzione se domandata dal donante, limitando all'espressa previsione del contratto di

disponente sia venuto a mancare, non giustifica di per sé un mutamento (in senso favorevole) dei presupposti richiesti nei confronti di coloro i quali subentrano nei diritti del *de cuius*. In conclusione, si afferma che la diversa impostazione del mezzo risolutorio, almeno nel caso di specie, trova riscontro nelle sopra avvertite esigenze pratiche, non dovendo per forza rilevare quale indicatore dell'autonomia del *modus* testamentario da quello donativo.

2.2 La legittimazione ad agire

L'esistenza o meno del disponente al momento dell'esecuzione del *modus* influisce, in via ulteriore, sulla determinazione dei legittimati ad agire per la risoluzione della disposizione principale. Al pari dell'onere che persegue gli interessi esclusivi del donante/testatore, il venir meno del disponente comporta non pochi problemi in merito alla ricerca dei titolari di un interesse proprio all'effetto risolutivo, quest'ultimo conseguente all'inosservanza della prestazione modale. A tal proposito, il quarto comma dell'art. 793 c.c. ferma sul nascere ogni discussione inerente all'argomento in questione, disponendo che la risoluzione per l'inadempimento dell'onere “può essere domandata dal donante o dai suoi eredi”. Riguardo all'onere testamentario, invece, le tesi sono tra le più svariate, giacché manca una indicazione normativa sul tema in questione. Una parte di dottrina e giurisprudenza fa nuovamente rinvio all'art. 100 c.p.c., concernente l'interesse ad agire. La portata restrittiva della norma, sebbene in contrasto con la formulazione del primo comma dell'art. 648 c.c., risulta essere particolarmente adatta con riferimento al mezzo risolutorio della disposizione principale gravata dal *modus*. L'interesse ad agire, si è visto, implica la necessità, da parte del soggetto agente, di conseguire un determinato vantaggio

donazione quella promossa dagli eredi e, conseguentemente, fu redatta una norma del seguente tenore: «La risoluzione per inadempimento dell'onere può essere domandata dal donante, o anche dai suoi eredi quando sia stata preveduta nell'atto di donazione». Formulazione quest'ultima che innovava evidentemente, in conformità del resto all'intento manifesto degli estensori, a quella risultante dall'art. 330 del progetto definitivo. Senonché una siffatta proposta non ebbe alcun seguito nella redazione del testo promulgato dell'art. 340. Corrispondente all'art. 793 u.c. del codice vigente, ed anzi fu espressamente respinta, chiarendosi, in sede di relazione, che: «La previsione (sottinteso della risoluzione per inadempimento) è elemento essenziale tanto nei riguardi del donante che degli eredi.»

all'esito positivo della domanda giudiziale. Ne consegue che sono legittimati ad agire unicamente coloro i quali beneficeranno in maniera effettiva della risoluzione²⁸¹. Tale assunto porta ad escludere un automatico parallelismo tra le persone legittimate a chiedere il risarcimento dei danni per inadempimento della prestazione modale e gli individui che traggono, invece, un reale beneficio dall'inosservanza dell'onere. Ma vi è di più. Il soggetto onerato dal modo non potrebbe essere, di certo, incluso nel novero dei legittimati ad agire per la risoluzione dell'atto di liberalità, tantomeno l'intera categoria degli interessati *ex art. 648 c.c., primo comma*²⁸². In altri termini, non sussisterebbe alcun rapporto d'identità tra i soggetti legittimati all'azione di adempimento e gli individui legittimati all'azione di risoluzione, seppure vi siano numerose opinioni contrastanti da parte della dottrina²⁸³. Ai fini dell'individuazione dei diretti interessati a proporre domanda giudiziale, bisogna prendere in considerazione gli effetti di cui all'art. 677 c.c. Tale norma, al terzo comma, stabilisce che il subentro negli obblighi gravanti la disposizione attributiva a titolo universale ovvero particolare si verifica anche nel caso di risoluzione per inadempimento del modo testamentario. L'obiettivo perseguito dall'art. 677 c.c. risponde, infatti, al principio del *favor testatoris*²⁸⁴. L'obbligo modale "rimane in vita"²⁸⁵, dal momento che la situazione passiva viene trasmessa ad un nuovo soggetto onerato. Tenendo presente quanto detto, si osserva come l'azione di risoluzione *ex art. 648 c.c.* produca effetti diversi rispetto alla risoluzione della donazione modale: quest'ultima mira a ripristinare la situazione antecedente alla stipula dell'atto di liberalità. Al contrario, l'effetto caducante dell'onere testamentario si traduce nel trasferimento dell'attribuzione gravata all'erede legittimo ovvero all'onerato, subentrati in forza

²⁸¹ La suddetta impostazione è fatta propria da Cass., 30-07-1968, n. 3049, in *Foro it.*, I, 1969

²⁸² In senso analogo, Cass., 30-07-1968, n. 3049, in *Foro it.*, I, 1969: "la legittimazione all'azione di adempimento del modo ed all'azione di risoluzione della disposizione testamentaria modale non riguarda le stesse persone. Mentre la legittimazione per l'azione di adempimento è molto più ampia rispetto alla seconda, e spetta a qualsiasi interessato, e cioè a chiunque abbia un interesse materiale o anche non patrimoniale all'adempimento, e tra questi al beneficiario del *modus* [...] l'azione di risoluzione della disposizione modale è da attribuire secondo i principi generali dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c."

²⁸³ Cfr., VINDIGNI, *Modo*, cit., p. 829, che ammette una piena corrispondenza tra le due categorie di soggetti, inclusi coloro che sono titolari di "un interesse legittimo" all'adempimento dell'onere.

²⁸⁴ Cfr. capitolo primo, paragrafo 3.1

²⁸⁵ GIORGIANNI, *Il modo testamentario*, cit., p. 918

dell'art. 677 c.c. Se ne deduce che tali individui rappresentano la schiera dei soggetti interessati ad agire e, di conseguenza, gli unici legittimati ad avvalersi dello strumento *ex art. 648 c.c.*, secondo comma²⁸⁶.

Seppure con dovuto riguardo ai punti trattati, sono molteplici le considerazioni da porre in essere sul presente tema. In primo luogo, il rinvio dottrinale all'art. 100 c.p.c. è soggetto alle medesime critiche svolte in occasione dello studio riguardante la legittimazione ad agire per l'adempimento della prestazione modale. Si ritiene, infatti, necessario tenere distinti i profili della legittimazione e dell'interesse ad agire, evitando così di riferirsi alla titolarità del diritto come ad un surrogato dell'istituto di cui all'art. 100 c.p.c. L'azione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, ha, poi, natura costitutiva. Ne deriva la vigenza, soprattutto in relazione alla suddetta tipologia di azione, di un requisito di allegazione che va oltre la semplice manifestazione della volontà di esercitare una pretesa (ovvero la contestazione dell'inadempimento da parte dell'onereato). Il soggetto agente deve, in un certo senso, “provare” l'esistenza e la titolarità di un diritto. Nel caso di specie, l'unico vero titolare del diritto alla prestazione modale, ovvero sia il beneficiario dell'onere testamentario, sarebbe altresì il “primo” escluso dal novero dei legittimati ad agire per la risoluzione della disposizione principale. L'onereato viene raffigurato come la persona che nutre il minore interesse al verificarsi dell'effetto risolutivo, giacchè dall'azione in esame non consegue il raggiungimento dei beni oggetto della prestazione modale²⁸⁷. Si nega in via ulteriore che il legislatore abbia inteso conferire, al contempo, la legittimazione straordinaria attiva ai soggetti subentrati *ex art. 677 c.c.* Trattasi di un'interpretazione ritenuta plausibile da alcuni autori²⁸⁸. Un simile intervento, tuttavia, avrebbe richiesto

²⁸⁶Salvo, poi, identificare ulteriori benefici scaturenti dall'azione di risoluzione e, di conseguenza, nuovi interessati all'azione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma.

²⁸⁷Cfr. Cass., 11-06-1975, n. 2306, in *Foro it.*, I, 1976: “l'ambulatorietà del modo prevista dal terzo comma dell'art. 677 c.c., in applicazione del principio del *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 con il solo mutamento del soggetto obbligato, in quanto anche il nuovo obbligato non adempie la prestazione dovuta per il sol fatto di subentrare al primo onereato e può rendersi anch'egli inadempiente, ma esclusivamente con l'effettiva esecuzione della prestazione o con la condanna dell'obbligato ad eseguirla.”

²⁸⁸Fra tutti, COSTANZO, *Modo*, cit.

l'espressa previsione, invero assente nel secondo comma dell'art. 648 c.c., della indicata attribuzione di legittimità, conformemente al disposto di cui all'art. 82 c.p.c. Non solo. È opportuno notare quanto segue: nella presente ottica, a prescindere da coloro i quali agiscono in veste di sostituto processuale (l'erede legittimo ovvero l'onerato subentrati), non è possibile identificare soggetto alcuno che possa effettivamente considerarsi titolare di un diritto proprio alla risoluzione e, allo stesso tempo, legittimato ad agire. Il beneficiario della disposizione testamentaria modale, paradossalmente, non potrebbe proporre domanda giudiziale, poiché risulta sprovvisto del necessario interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c. Residuano, dunque, l'erede legittimo ovvero l'onerato *ex art.* 677 c.c. quali principali (e, forse, unici) interessati alla risoluzione della disposizione attributiva a titolo universale ovvero particolare.

La tesi sopra riportata non ha riscontrato l'adesione della dottrina maggioritaria, la quale ha sentito l'esigenza di estendere quanto più possibile il novero dei legittimati ad agire *ex art.* 648 c.c., secondo comma²⁸⁹. Le principali obiezioni, da parte dei menzionati autori, vertono sul profilo effettuale dell'azione di risoluzione, analizzato in combinato disposto con le norme disciplinanti la delazione per legge. Questa, è bene evidenziare, rimane un effetto separato, distinto e consequenziale all'esito positivo dell'azione di risoluzione. Se ne deduce che la corretta analisi del fenomeno risolutorio, comprensiva della determinazione dei legittimati attivi, deve essere svolta dall'interprete senza tenere conto dell'art. 677 c.c., terzo comma. La norma sull'ambulatorietà dell'onere rappresenta un fattore indicativo con riferimento all'individuazione dei soggetti recanti un interesse a proporre la domanda giudiziale, ma, nulla più. Si arriva così ad affermare che le azioni di risoluzione *ex art.* 648, secondo comma, e 793 c.c., quarto comma, sono sempre state similari sul piano degli effetti, una volta isolata la fase (successiva ed estranea) della delazione per legge²⁹⁰.

²⁸⁹ Cfr. VINDIGNI, *Modo*, cit.; CARNEVALI, *Modo*, cit.; ROMANO, *Il modo*, cit.

²⁹⁰ MARINI, *Il modo come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 274: "Più precisamente, occorre distinguere la operatività della risoluzione dalla situazione successiva alla stessa. Riguardo alla prima non sussiste alcuna particolarità a seconda della natura *inter vivos* o *mortis causa* del negozio, traducendosi la risoluzione sempre e comunque nell'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.

Ma vi è di più. La sostituzione del soggetto onerato *ex art. 677 c.c.* (indifferentemente dal fatto che il testatore abbia previsto o meno un simile effetto) non può inserirsi nel meccanismo negoziale dell'azione di risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, quasi fosse il risultato finale della stessa²⁹¹. Il trasferimento dei diritti e degli obblighi nel soggetto subentrato è una conseguenza automatica *ex lege*, che ha come presupposto la risoluzione della disposizione testamentaria²⁹². Al contrario, l'inefficacia dell'atto negoziale *mortis causa* gravato da un onere dipende dalla proposizione e dalla buona riuscita di una domanda attorea individuale²⁹³. Concludendo, potrebbero configurarsi alcune fattispecie nelle quali non è ravvisabile un interesse alla risoluzione della disposizione testamentaria modale, neppure tra i soggetti indicati dall'art. 677 c.c. Si pensi alle ipotesi in cui il *modus* viene apposto a vantaggio dello stesso erede legittimo, il quale subentrerebbe alla risolta attribuzione in virtù di legge, nonché alla circostanza inerente all'onere totalizzante l'intero valore del patrimonio²⁹⁴. In tali casi, si avverte la necessità di individuare ulteriori legittimati ad agire, muniti di un interesse proprio alla risoluzione.

Alcuni autori, si ripete, equiparano i soggetti legittimati ad agire per la risoluzione della disposizione testamentaria modale alla categoria generale degli interessati *ex art. 648 c.c.*, primo comma²⁹⁵. Trattasi di un'interpretazione estensiva e

²⁹¹ ROMANO, *Il modus*, cit., p. 446: "Pertanto, la sequenza «proposizione dell'azione di risoluzione – chiamata in subordine – assunzione dell'obbligazione modale» deve essere correttamente configurata, nel senso che la volontà del destinatario del *modus* vale esclusivamente a procurare l'inefficacia della prima disposizione, mentre gli effetti successori sono esclusivamente riconducibili alla volontà del testatore o alla legge; infine, l'assunzione dell'obbligazione modale è pur sempre atto volontario dell'erede o legatario onerato, di talché nessuna invasione della sua sfera giuridica può essere ravvisata nel caso in oggetto."

²⁹² Cfr. S. GRASSI, *La fattispecie modale*, Padova, 1976

²⁹³ A tal proposito, GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 185: "È stata perspicuamente sottolineata la peculiarità dell'ipotesi disciplinata dall'art. 677, terzo comma c.c. in cui la sostituzione del soggetto non avviene mediante uno strumento contrattuale — come si verifica, ad esempio, nell'espromissione — ma attraverso un meccanismo predisposto dal legislatore ed attivabile tramite l'esercizio dell'azione di cui al secondo comma dell'art. 648 c.c. ma ciò non esclude affatto la compatibilità di esso — e delle conclusioni che qui si condividono in tema di individuazione dei soggetti legittimati all'azione — con la riconosciuta natura del *modus* testamentario di vero e proprio rapporto obbligatorio, «che ha la propria fonte nella volontà del testatore»."

²⁹⁴ M. LUPO, *Il modus testamentario*, in *Riv. Dir. Civ.*, Milano, 1977

²⁹⁵ Si legga, ad esempio, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., p. 206 il quale afferma che "qualsiasi interessato" può agire per la risoluzione della disposizione testamentaria modale.

alquanto generosa, dal momento che vengono valorizzati gli interessi morali del soggetto agente nonché, con la dovuta considerazione in sede giudiziale, l'insieme degli interessi indiretti. Tale orientamento è, in un certo senso, compatibile con la concezione del mezzo risolutorio *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, quale disposizione testamentaria a titolo di pena: l'effetto che tale azione produce, ancor prima della caducazione dell'attribuzione principale, è quello di generare una coercizione psicologica all'adempimento dell'onere²⁹⁶. Il Pugliatti, nel segnalare l'esigenza di rafforzare lo strumento risolutorio della disposizione modale, si riferisce all'azione di cui al secondo alinea dell'art. 194 (l'attuale art. 648 c.c.) come ad un mezzo indiretto per garantire l'adempimento, oltre che ad una sanzione²⁹⁷. Bisogna, tuttavia, avvertire che l'azione di risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, mira a caducare la disposizione testamentaria modale, realizzando un effetto che va oltre la realizzazione della prestazione imposta dall'onere. Ne consegue che, qualora si agisca per un puro interesse morale ovvero al fine di tutelare un interesse indiretto, l'intervento del soggetto agente dovrebbe essere considerato al pari di una intromissione (peraltro, senza alcun vantaggio per sé stesso) nella sfera di coloro i quali hanno reale intenzione di sfruttare la situazione venutasi a creare dopo la risoluzione della disposizione testamentaria modale²⁹⁸.

Orbene, tale fase si riassume nella sostituzione *ex lege* del

²⁹⁶G. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949, p.

334 – 335: “Evidentemente, avuto riguardo alle intenzioni del testatore, siamo anche qui in presenza di una tipica disposizione penale che funge sia come stimolo psicologico per un esatto adempimento del modo da parte dell'onereato, sia come sanzione a carico di quest'ultimo per la eventuale trasgressione alla volontà testamentaria tradotta nel modo anzidetto: rispetto a tali intendimenti principali, infatti, nella generalità dei casi, avuto riguardo alla volontà del testatore, è da ritenere, che il fine ulteriore di beneficiare anche il destinatario della eventuale prestazione testé ipotizzata (se tale destinatario, per ipotesi, sia diverso dal beneficiario del modo) passi in linea subordinata ed accessoria.”

²⁹⁷PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit.

²⁹⁸È interessante notare come il legislatore, nella stesura del quarto comma dell'art. 793 c.c., abbia effettuato una simile valutazione degli interessi sostanziali in capo alle persone coinvolte dall'onere. Si legga MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 278: “La soluzione raggiunta nelle pagine precedenti consente di affermare che l'omessa menzione del donatario tra i soggetti legittimati all'azione risolutoria non sia imputabile ad una semplice svista legislativa, rettificabile attraverso una interpretazione estensiva, ma corrisponda ad una precisa ed esatta valutazione della posizione e della natura degli interessi sostanziali sottostanti [...] il donatario, di fronte all'inadempimento del donante, non dovrebbe avere alcun interesse all'azione risolutoria giacché la norma già esaminata e contenuta nell'art. 793, secondo comma, statuendo che il donatario è tenuto all'adempimento del *modus* entro i limiti del valore della donata, esclude in radice che il pregiudizio economico derivante al donatario dall'adempimento tardivo ed inesatto del donante possa essere eliminato, appunto, attraverso lo scioglimento del vincolo. L'interesse del donatario, consistente,

soggetto onerato, ai sensi dell'art. 677, terzo comma c.c. Può, allora, identificarsi una serie di individui "beneficati" dalla possibilità sopravvenuta di vedere imposto l'obbligo modale ad una persona maggiormente affidabile rispetto alla precedente e, nell'ipotesi in cui questa non adempia, di agire nuovamente *ex art. 648*, primo comma c.c. Sarebbero legittimati attivi, unitamente ai soggetti *ex art. 677 c.c.*, coloro i quali nutrono quel particolare interesse patrimoniale in forza del quale è possibile chiedere l'adempimento della prestazione modale e il conseguente risarcimento dei danni²⁹⁹. Se ne deduce che, nonostante l'interesse alla risoluzione costituisca il criterio determinante la categoria dei legittimati ad agire *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, l'applicazione del suddetto parametro non sembra condurre al medesimo esito raggiunto in merito all'azione di adempimento della prestazione modale.

La ricerca, nel caso in esame, è più selettiva e lascia adito alle diverse interpretazioni del fenomeno risolutorio da parte degli autori³⁰⁰. L'opinione base dalla quale partire è, tuttavia, riassumibile nel seguente passo: "Conclusivamente, riteniamo che legittimati ad agire *ex art. 648*, comma c.c. sono, nel caso in cui onerato sia un legatario, gli eventuali sostituiti o collegatari (aventi diritto all'accrescimento) e gli eredi testamentari o legittimi o, ancora, gli onerati del legato; nel caso in cui onerato sia un erede testamentario, possono agire eventuali sostituiti o coeredi testamentari (aventi diritto all'accrescimento) o gli eredi legittimi ma anche i soggetti interessati

invece, nel ricevere integralmente e prontamente la prestazione dovuta dal donante è tutelato attraverso le differenti azioni di adempimento e di risarcimento dei danni. Pertanto, o il donatario non ha più interesse ad eseguire il *modus* ed in tal caso è sufficiente che egli rifiuti l'adempimento inesatto del donante (salva, sempre, l'azione di risarcimento dei danni), ovvero ha interesse a ricevere la cosa donata ed in tal caso, condizionatamente al ricevimento della stessa, deve eseguire il *modus*". In realtà, l'Autore mira a confutare la tesi secondo cui esiste un effettivo rapporto di corrispettività tra la prestazione contenuta nel *modus* e l'oggetto della donazione. Di tale argomento verrà fatto un accenno nel seguente paragrafo. Quel che interessa sapere, in questa sede, è che la determinazione dei soggetti legittimati ad agire per la risoluzione della disposizione principale nell'art. 793, quarto comma, è ritenuta il frutto di una scelta ponderata del legislatore, non suscettibile di interpretazione estensiva.

²⁹⁹GIORGIANI, *Il modus testamentario*, cit., p. 918: "Nel modus testamentario, l'azione spetterà invece a coloro i quali trarranno vantaggio della «risoluzione», ovvero sia dalla sostituzione dell'onerato. Possono quindi considerarsi legittimati all'azione gli «interessati» all'adempimento, in quanto, dopo l'inadempimento del primo onerato, essi, attraverso la sostituzione di esso, acquistano un nuovo obbligato, mentre deve certo riconoscersi la legittimazione di coloro i quali sono destinati a sostituire l'onerato inadempiente, nei diritti e negli obblighi."

³⁰⁰Si legga, ad esempio, GRASSI, *La fattispecie modale*, cit., p. 234

all'adempimento, in quanto dal subingresso di un nuovo debitore nell'obbligazione modale deriva il riconoscimento dell'interesse di costoro all'accertamento delle conseguenze dell'inadempimento.^{301,,}

2.3 L'applicazione dei principi generali *ex art.1453 c.c. e successivi*

Un altro argomento, più volte utilizzato dalla dottrina per sostenere l'autonomia dell'onere nelle donazioni da quello testamentario, attiene alla diversa natura dei suddetti istituti, l'uno apposto ad un atto *inter vivos*, l'altro clausola di un negozio *mortis causa*. La donazione modale, in forza della sua lata somiglianza con la figura del negozio a prestazioni corrispettive, emergerebbe quale l'unica tra le due fattispecie in esame per cui può ritenersi applicabile *in toto* la disciplina sulla risoluzione del contratto per inadempimento *ex art. 1453 c.c. e seguenti*³⁰². In realtà, tale opinione non trova un adeguato riscontro normativo, né una pacifica adesione da parte della giurisprudenza³⁰³, né sembra conciliare con la naturale funzione del *modus* quale "limite" ad un atto di liberalità. La previsione di un obbligo giuridico in capo al donatario, si ripete, non deve essere tale da alterare la struttura dell'atto di liberalità in atto di corresponsione³⁰⁴. È interessante notare, poi, come il legislatore abbia inteso circoscrivere le menzionate regole sulla risoluzione ai soli contratti bilaterali

³⁰¹ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 187

³⁰² MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 278: "Il tentativo, infatti, di rinvenire un adeguato riscontro normativo sia alla tesi atomistica della separata ed autonoma considerazione del *modus* donativo rispetto a quello testamentario sia alla confutazione dell'accidentalità del *modus*, tesi che, per quanto distinte, finiscono per costituire i due aspetti di un identico processo ricostruttivo, si è sviluppato, da un lato, attraverso un'accentuazione della differente operatività della risoluzione del negozio *inter vivos* rispetto a quella del negozio *mortis causa*, dall'altro, attraverso un'interpretazione extratestuale dell'art 793, quarto comma c.c. che ha condotto a ritenere applicabile direttamente alla donazione modale la risoluzione per inadempimento sancita per i contratti a prestazioni corrispettive dagli artt. 1453 ss. c.c."

³⁰³ Sostiene l'applicazione delle norme in esame Cass., 20-02-2003, n. 2569, in *Foro it.*, 2003, p. 2775

³⁰⁴ Cass., 07-04-2015, n. 6925, in *Foro it. online*: "Questa Corte ha già avuto modo di affermare che l'aggiunta del *modus* non snatura l'essenza della donazione, non potendo assegnarsi ad esso la funzione di corrispettivo, con la sussunzione della donazione modale nella categoria dei contratti a titolo oneroso, ma comporta che la liberalità, che resta sempre la causa del negozio, attraverso il *modus*, viene ad esserne limitata. Ne consegue che, nel concorrere alla successione dell'ascendente, i figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali, essendo tenuti a conferire ai coeredi tutto ciò che direttamente e indirettamente abbiano ricevuto dal defunto."

perfetti³⁰⁵, escludendo così l'ipotesi di una applicazione diretta delle stesse disposizioni di legge verso rapporti per i quali non si ravvisa un effettivo nesso di corrispettività tra le due prestazioni. D'altro canto, la netta distinzione tra il *modus* donativo e quello testamentario porterebbe a credere che quest'ultimo istituto sia del tutto estraneo alla disciplina della risoluzione di cui al quarto libro del codice civile. Una simile interpretazione poco concilia con la tesi, sostenuta da dottrina e giurisprudenza dominante³⁰⁶, secondo cui il modo produce una obbligazione.

L'obbligatorietà del *modus* testamentario, tuttavia, non implica necessariamente che l'effetto prodotto venga assorbito *de plano* nel regolamento inerente alla categoria generale delle obbligazioni. L'obbligo modale, peraltro, ha le sue particolarità, che rendono difficile inquadrare lo stesso istituto tra le fonti *ex art.* 1173 c.c. Orbene, una volta superati gli incerti tentativi di individuare uno specifico carattere nell'onere (testamentario o donativo), dal quale dedurre l'integrale rinvio alle norme *ex art.* 1453 c.c. e seguenti, si ritiene opportuno effettuare una comparazione delle singole norme sulla risoluzione del contratto con l'azione *ex art.* 648 c.c., secondo comma. Alla luce di tale analisi, sarà possibile determinare i punti di contatto tra le due discipline, in base ai quali giustificare o meno l'estensione analogica. Si proceda con ordine.

L'art. 1453, primo comma c.c. dispone che, in caso di inadempimento dell'obbligazione, il soggetto agente “può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto”. Il carattere alternativo dei due strumenti viene, poi, confermato nei commi successivi: è preclusa l'azione di adempimento, se proposta dopo l'azione di risoluzione, e il debitore è liberato dalla data della domanda giudiziale. Sorge l'interrogativo, dunque, se la stessa regola possa valere anche per l'obbligo modale. Con specifico riferimento a quest'ultima situazione giuridica, viene ammesso da una buona parte degli autori il cumulo delle azioni. Si sostiene che, mancando un rapporto di corrispettività tra le due prestazioni (oggetto dell'obbligo modale e dell'attribuzione testamentaria), non vi è alcun motivo valido per imporre al

³⁰⁵ Cfr. il R.G. al codice civile, n. 250

³⁰⁶ Si legga Cass., 20-02-2003, n. 2569, in *Foro it.*, 2003, p. 2775

soggetto agente l'alternativa tra i rimedi utilizzabili *ex art. 648 c.c.*³⁰⁷ La risposta negativa al presente quesito ben si adatta alla tesi secondo cui l'azione di risoluzione, venendosi a catalogare tra le disposizioni testamentarie a titolo di pena³⁰⁸, assume un ruolo complementare e indiretto rispetto a quello svolto dall'azione di adempimento. In altri termini, la semplice previsione della sanzione risolutiva sortirebbe l'effetto di indurre, con maggiore intensità, il soggetto onerato ad osservare il contenuto della clausola modale: se ne deduce che potrebbero essere esperite entrambe le azioni. Altri studiosi affermano, invece, quanto segue. Dal momento che, all'esito positivo dell'azione di risoluzione, viene attuata la sostituzione *ex lege* dell'erede ovvero del legatario onerato, colui il quale propone domanda giudiziale *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, non si pone l'obiettivo di vedere caducata la disposizione testamentaria, bensì agirebbe con l'unico scopo di beneficiare degli effetti di cui all'art. 677 c.c.³⁰⁹ Nonostante la norma citata abbia estrema rilevanza sul fronte ricognitivo dei soggetti interessati ad agire per la risoluzione della disposizione principale, bisogna tuttavia evitare di confondere tale aspetto, sia con la funzione intrinseca del mezzo risolutorio, sia con la volontà espressa dall'attore al momento della proposizione della domanda giudiziale. La finalità perseguita nel secondo comma dell'art. 648 c.c. è riassumibile nell'estromissione dell'erede ovvero del legatario onerato da quei beni oggetto di

³⁰⁷ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1968, p. 264

³⁰⁸ ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit.

³⁰⁹ VISALLI, *Il modus testamentario*, cit., p. 310: "Si pone l'interrogativo se la regola di cui all'art. 1453 c.c., che vieta la proposizione della domanda di adempimento quando è stata chiesta in giudizio la risoluzione, sia applicabile nel caso di inadempimento dell'onere testamentario. Si risponde negativamente a tale interrogativo osservando che il citato articolo è dettato per la risoluzione dei contratti con prestazioni corrispettive, mentre nell'onere testamentario manca tra questo e la liberalità il vincolo genetico corrispettivo. Pertanto, le due azioni previste nell'art. 648 c.c. possono concorrere, anche se l'azione di risoluzione viene proposta in via principale e quella di adempimento del modo è formulata in via subordinata. Non condividiamo tale impostazione del problema, pur aderendo alla conclusione riportata. Il divieto di proporre la domanda di adempimento dopo che è stata chiesta la risoluzione di cui al menzionato articolo non deriva dal sinallagma genetico che lega le due obbligazioni. In realtà esso trova la sua giustificazione in un principio di buona fede oggettiva: il contraente scegliendo la risoluzione mostra di non avere più interesse al contratto. Diversamente stanno le cose nell'ipotesi che qui interessa. In particolare la domanda di risoluzione della disposizione testamentaria non esclude l'adempimento dell'onere, tende solo a sostituire, come si è accennato, l'onerato inadempiente con un nuovo soggetto anche egli obbligato all'adempimento. Pertanto, le due azioni previste dall'art. 648 c.c. possono concorrere nello stesso giudizio nel senso indicato."

attribuzione che, per espressa o tacita intenzione del testatore, divengono funzionali al conseguimento di un determinato obiettivo. Una volta accertato l'inadempimento da parte del soggetto onerato, l'azione di risoluzione viene a definirsi quale l'ultimo (ed eventuale) strumento rimasto atto a salvaguardare la volontà del *de cuius*³¹⁰. Ne derivano, così, due ordini di considerazioni. In virtù di tale assunto, qualche autore ritiene che l'insieme dei soggetti legittimati ad agire *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, sia più esteso rispetto alla categoria degli interessati all'adempimento della prestazione modale, giacché sono inclusi anche gli individui titolari di un semplice "interesse legittimo"³¹¹. Si fa riferimento alle precedenti discussioni sul tema, avvertendo che non mancano soggetti titolari di un interesse proprio all'effetto risolutivo della disposizione principale. In secondo luogo, la funzione dello strumento giuridico in esame è di per sé sufficiente a confermare l'applicazione in via analogica delle norme di cui all'art. 1453 c.c. Coloro i quali hanno chiesto la risoluzione manifestano la necessità di escludere il soggetto onerato dall'intera attribuzione (ciò, mediante la caducazione della disposizione testamentaria), svincolando così l'originario erede ovvero legatario dall'obbligo modale³¹². Di conseguenza, non può attendersi l'adempimento della prestazione contenuta nell'onere da parte dello stesso convenuto in giudizio per la risoluzione, in osservanza del principio *electa una via non datur recursus ad alteram*. La proposizione congiunta delle due azioni è ritenuta ammissibile

³¹⁰VINDIGNI, *Modo*, cit., p. 829: "L'azione di risoluzione quindi rappresenta l'*extrema ratio* per cui l'ordinamento giuridico accorda al disponente uno strumento di caducazione dell'intero negozio modale, per sé definitivo e stabile, e perciò non è esperibile durante il giudizio promosso per l'adempimento del modo. La risoluzione, mentre costituisce una sanzione contro l'onerato inadempiente, suggella, in realtà, la definitiva insoddisfazione dello scopo perseguito fin dall'origine disponente."

³¹¹VINDIGNI, *Modo, Ibidem*: "Evidentemente in questa ipotesi, come nelle ipotesi dell'adempimento coattivo dell'onere, la nozione di legittimazione e quella di interesse tendono a coincidere: i soggetti legittimati sono non soltanto i titolari del diritto soggettivo (coeredi, sostituiti, eredi legittimi, legatari con diritto di accrescimento), ma anche i titolari di interessi legittimi, tutelati indirettamente dalla legge (legatari, coeredi, ecc.)."

³¹²GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 174 - 175: "A noi pare di dover convenire, peraltro, con l'osservazione che anche in questa sede dovrebbe considerarsi valida la ratio che ha ispirato la norma di cui all'art. 1453 c.c., vale a dire la volontà di consentire al debitore di ritenersi sciolto dell'obbligo di «tenersi pronto» ad eseguire la prestazione dovuta; a ciò si aggiunga che i presupposti per chiedere la risoluzione sono diversi (in quanto più rigorosi) di quelli sufficienti per esperire l'azione di adempimento sicché appare incongruo ammettere l'operatività di una regola diversa da quella codificata nel secondo comma dell'art. 1453 c.c."

solo se la risoluzione viene posta in subordine alla domanda di adempimento della prestazione modale³¹³. Bisogna, tuttavia, evitare di incorrere in posizioni che non tengono conto dell'impianto sistematico nel quale la norma viene collocata. Vi è chi ritiene, infatti, che, venendo meno la disposizione gravata dal *modus* per effetto dell'azione di risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, non è possibile esperire una nuova azione di adempimento ovvero di risoluzione nei confronti del soggetto subentrato *ex art. 677 c.c.* Questi non sarebbe tenuto ad eseguire l'onere testamentario, poiché la clausola modale riguardava unicamente la persona dell'onerato indicato dal testatore³¹⁴. Orbene, tale tesi non è condivisibile. Innanzitutto, una simile interpretazione del fenomeno risolutivo volge ad escludere, una volta caducata la disposizione testamentaria, il trasferimento dell'onere ad altri soggetti, ciò in aperto contrasto con il disposto di cui all'*art. 677 c.c.* La volontà del *de cuius* sarebbe ben lontana dall'essere rispettata, verificandosi anzi un immotivato arresto dell'efficacia della clausola modale. Dalla menzione degli "obblighi di carattere personale" nel secondo comma dell'*art. 677 c.c.* è possibile, infine, trarre la naturale conclusione per cui il riferimento esclusivo del *modus* alla persona dell'onerato non è altro che un dato eventuale, subordinato alle particolarità della prestazione, per nulla associabile alla generalità dei casi.

Il principio del *favor testatoris* influisce su una serie ulteriore di interrogativi, tra cui quello inerente all'applicazione in via analogica degli *art. 1454, 1456 e 1457 c.c.* La risposta negativa al presente quesito è riconducibile, principalmente, a due

³¹³ Cfr. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit. In senso contrario, BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 698. È, inoltre, interessante l'opinione secondo cui è possibile agire per la risoluzione della disposizione principale e, in subordine, per l'adempimento della prestazione modale, cfr. G. AZZARITI, G. MARTINEZ e F.S. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979

³¹⁴ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 542: "Può domandarsi se nel caso di risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento del *modus*, l'interessato all'adempimento conservi l'azione, prevista dal primo comma dell'*art. 648*, nei confronti di coloro a cui favore la risoluzione profitta. La risposta negativa non ci sembra dubbia, giacché il modo — pel suo carattere di disposizione accessoria e parallela alla disposizione principale cui è apposto — non può restare in vita quando venga a cadere la disposizione principale; esso inoltre grava personalmente ed esclusivamente sulla persona dell'onerato (erede o legatario) e non può quindi l'erede, che subentri nel beneficio (non per diritto rappresentazione, o per sostituzione o per diritto di accrescimento) al posto dell'onerato inadempiente, ritenersi obbligato all'adempimento del modo."

cause distinte. In primo luogo, è pacificamente escluso che il contenuto del testamento possa essere implementato da clausole *inter vivos*, sebbene quest'ultime vengano concluse tra soggetti direttamente coinvolti dal modo, quali, ad esempio, il beneficiario e l'onerato. Il testamento, si ripete, è un atto *mortis causa* unilaterale e unipersonale. La specifica previsione, nel dettato testamentario, dell'effetto risolutivo della disposizione modale non può essere associata né confusa, poi, con la clausola di cui all'art. 1456 c.c.: la formula utilizzata dal *de cuius* soddisfa una delle due ipotesi per cui diviene possibile agire per la risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma³¹⁵. La clausola risolutiva espressa, invece, non ha rilevanza alcuna al momento genetico del rapporto, potendo anzi essere introdotta successivamente alla configurazione dello stesso. In secondo luogo, bisogna tenere conto del fatto che gli art. 1454, 1456 e 1457 c.c. contemplano una risoluzione di diritto, come tale operante *ipso iure*. Se ne deduce la sostanziale incompatibilità delle sopra menzionate norme con la figura dell'onere testamentario, giacché la risoluzione di tale istituto opera *officio iudicis*. Trattasi di uno degli elementi discretivi intercorrenti tra il *modus* testamentario e l'istituto affine della condizione risolutiva³¹⁶. Il giudice, qualora ravvisi l'intenzione da parte del testatore di attribuire efficacia reale al mezzo risolutorio, non può che qualificare l'elemento accidentale in termini di condizione, emanando una sentenza di natura dichiarativa in caso di inadempimento della prestazione.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si chiede se l'effetto caducante la disposizione testamentaria pregiudichi o meno i diritti acquistati da terzi nel rapporto modale. La retroattività obbligatoria della risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, è comune all'ipotesi contemplata nella disciplina sui contratti in generale. “È

³¹⁵Con riguardo all'onere donativo, ROMANO, *Il modus*, cit., p. 451: “La clausola di risoluzione vista nel contratto di donazione si configura, infatti, quale condizione di esperibilità del rimedio risolutorio, il quale, come detto in precedenza, una volta previsto rimane soggetto ai principi generali: la risoluzione potrà essere pronunciata dal giudice solo in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza; la relativa pronuncia avrà effetti costitutivi. Al contrario, è opinione consolidata quella per quale, nel caso in cui sia prevista una clausola risolutiva espressa, la condotta inadempiente ivi contemplata possa anche essere di non rilevante importanza; infine, la clausola in oggetto attribuisce al creditore il diritto potestativo di procurare la risoluzione del contratto mediante una semplice dichiarazione di volontà: la eventuale pronuncia giudiziale avrà valenza puramente dichiarativa e non costitutiva.”

³¹⁶Cfr. capitolo primo, paragrafo 4.1

opportuno segnalare che la pronuncia di risoluzione retroagisce secondo le regole ordinarie, e che quindi gli acquisti dei terzi sono salvi non perché l'erede decaduto sia considerato erede per il periodo precedente, ma perché l'ordinamento li protegge secondo la regola generale dell'art. 1458 c.c., conseguentemente, sarà considerato erede *ab initio*, a tutti gli effetti, il chiamato ulteriore *ex art. 677*, secondo e terzo comma c.c.³¹⁷„. Allo stesso modo, la rinuncia all'azione di risoluzione non è minimamente comparabile all'istituto della rinuncia all'eredità. Bisogna tenere a mente che sono legittimati ad agire *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, una serie di soggetti i quali non subentrano nei diritti e negli obblighi del testatore, ma, che sono comunque titolari di un interesse proprio. L'onere testamentario è, poi, una clausola a carattere dispositivo dei beni oggetto di attribuzione *ex art. 588 c.c.* Le azioni a tutela dell'istituto modale non pongono in essere (né vanificano gli effetti di) una successione testamentaria in capo al beneficiario della prestazione.

L'art. 1455 c.c. dispone che “il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”. La norma prescrive una valutazione preliminare del giudice, mirata ad accertare la gravità dell'inadempimento da parte del contraente convenuto in giudizio. Soltanto nel caso in cui la condotta di quest'ultimo è imputabile a dolo o colpa grave, diviene possibile agire per la risoluzione del contratto. Orbene, dottrina e giurisprudenza maggioritaria tendono ad estendere *de plano* la presente regola per la fattispecie modale nel negozio *mortis causa*. I principali argomenti a sostegno di tale tesi vertono sull'obbligatorietà del *modus*³¹⁸, sul richiamo letterale dell'art. 648 c.c. alla “risoluzione per inadempimento”³¹⁹, sulla necessità dell'intervento giudiziale affinché possa ritenersi caducata la disposizione testamentaria³²⁰. Né l'esistenza di un rapporto creditorio tra l'onerato e il beneficiario dell'onere, né il semplice riferimento letterale all'istituto *ex*

³¹⁷ Testuali parole di GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 176

³¹⁸ GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit.

³¹⁹ GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1, cit., p. 242

³²⁰ AA. VV., *Le successioni testamentarie (artt. 624-712 c.c.)*, in *Giur. sist. Dir. Civ. Comm.*, Torino, 1983, p. 172: “Inoltre, ed è questa a nostro avviso la ragione più importante, l'istituto della risoluzione *ope iudicis* presuppone sempre un apprezzamento della autorità giudiziaria (Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 186).”

art. 1453 c.c. risultano essere, tuttavia, argomentazioni sufficienti a provare l'analogia delle due norme, rappresentando per lo più valide indicazioni in tal senso. La retroattività obbligatoria della risoluzione *ex art. 648 c.c.* attiene, poi, alla scelta del legislatore di regolare gli effetti del vizio secondo un ben precisato criterio, volto a salvaguardare gli acquisti dei terzi compiuti anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale. Appare inverosimile, dunque, che dalla risoluzione *officio iudicis* dell'onere testamentario si deduca la necessità di valutare (e prendere in considerazione, ai fini della caducazione della disposizione principale) il dolo o la colpa grave dell'inadempiente. L'attività processuale, di per sé considerata, non influisce sui presupposti ad agire per la risoluzione della disposizione testamentaria modale, giacché questi sono stabiliti in via esclusiva dalla legge. Nel silenzio della norma, per quanto riguarda il margine rilevante di gravità dell'inadempimento, dovranno ricercarsi altrove gli spunti sulla base dei quali giustificare l'analogia tra le due disposizioni in esame.

Vi è chi ritiene che l'applicazione dell'art. 1455 c.c. sia congeniale alla volontà del testatore³²¹, specie quando l'inadempimento è dovuto a colpa lieve ovvero l'onerato ha adempiuto solo parzialmente la prestazione. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, si osserva, però, come la facoltà di accettare la prestazione parziale ricada sull'onorato, dal momento che il testatore viene a mancare al momento dell'esecuzione del *modus*. In realtà, il beneficiario della prestazione contenuta nell'onere ha già espresso il suo rifiuto all'adempimento parziale, proponendo domanda giudiziale *ex art. 648 c.c.*, secondo comma. La parzialità dell'adempimento è, poi, un aspetto da tenere ben distinto dall'intensità e importanza dell'inadempimento.

Autorevole dottrina ha, inoltre, evidenziato il contrasto insito nell'esigenza di valutare il grado di responsabilità (dolo, colpa grave, colpa lieve) dell'onerato inadempiente con quanto emerge dalle reali intenzioni del *de cuius*. Quest'ultimo persegue l'interesse che l'onere sia eseguito correttamente, a prescindere dai

³²¹ MUSOLINO, *Il legato modale e l'inadempimento del modus*, cit.

mutamenti soggettivi che potrebbero sopraggiungere in seguito all'apposizione della clausola³²² e non curandosi minimamente della natura, testamentaria ovvero legittima, dell'attribuzione. Tale volontà è deducibile dalla stessa normativa sulla risoluzione della disposizione testamentaria modale, secondo cui l'azione è applicabile solamente quando il testatore ha inteso, in forma espressa ovvero tacita, stabilire un collegamento funzionale tra l'attribuzione principale e il conseguimento degli effetti previsti dal modo. Il vincolo sopra menzionato non riguarda, tuttavia, il *modus* quale elemento negoziale, bensì contempla una causa d'estinzione del rapporto modale intercorrente tra l'erede ovvero il legatario tenuto all'adempimento e il beneficiario. Diviene, dunque, oggetto di critica la tesi secondo cui, al verificarsi dei casi di risoluzione *ex art. 648 c.c.*, secondo comma, opera una "inversione" del rapporto di dipendenza logica (quest'ultimo caratterizzante l'accessorietà del modo)³²³. Tale concezione potrebbe essere valida, seppure con le dovute precisazioni, per i vizi contemplati nel terzo comma dell'*art. 647 c.c.*, non in relazione al fenomeno risolutivo dell'onere.

Orbene, in ossequio al principio del *favor testatoris*, l'interesse dell'onerato alla conservazione dello *status* e degli effetti derivanti dall'attribuzione *ex art. 588 c.c.* decade di fronte al volere del *de cuius*³²⁴. Ne consegue che l'inadempimento, anche incolpevole, dell'onerato è suscettibile di dar luogo all'effetto risolutivo, nei casi in cui la norma lo permette³²⁵. Quelle stesse ipotesi mettono in mostra la precisa

³²² Salva l'ipotesi in cui la prestazione è *intuitu personae*. In tal caso, il modo rileva come "obbligo di carattere personale" *ex art. 677 c.c.*

³²³ Cfr. Trib. Cuneo, 29-03-1951, in *Temi*, Milano, 1952, p. 41

³²⁴ GARUTTI, *Il modus testamentario*, cit., p. 172: "Se così è, la preoccupazione sottesa all'opinione che qui si confuta di considerare adeguatamente gli interessi dell'onerato — e quindi di non fargli carico anche dell'inesecuzione non imputabile — non trova ragion d'essere: nelle ipotesi considerate (e, si badi bene, solo in esse) l'interesse dell'onerato, nel conflitto con l'interesse del testatore all'attuazione esatta del *modus*, è destinato inevitabilmente a cedere, mentre nelle diverse ipotesi in cui il *de cuius* non ha previsto la risoluzione o il *modus* non abbia carattere determinante l'onerato non si trova, ovviamente, nella situazione che si è ora delineata ma può subire soltanto l'azione di adempimento (e, alla luce di quanto si è in precedenza sostenuto, l'esecuzione forzata ed eventualmente la condanna al risarcimento dei danni). Quanto ai profili probatori, è evidente che nelle ipotesi contemplate dal secondo comma dell'*art. 648 c.c.* chi agisce in giudizio dovrà limitarsi a provare l'inadempimento e la ragione del contendere sulla quale potranno confrontarsi le parti sarà costituita — atteso nel caso in cui la risoluzione sia prevista dal testatore *apertis verbis* non dovrebbero essere possibili contestazioni — dal rilievo determinante o meno del *modus* testamentario.

³²⁵ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 919 – 920: "La «risoluzione» costituisce, infatti, il rimedio disposto dalla legge per il caso in cui il testatore abbia, esplicitamente o implicitamente, esternato il proposito che il lascito a favore dell'onerato è stato determinato esclusivamente dalla

intenzione del disponente di vincolare l'efficacia dell'attribuzione al conseguimento della prestazione imposta con il modo, rigettando qualsiasi accertamento differente dalla prova dell'inadempimento.

Concludendo, possono citarsi numerose altre tesi che contrastano l'applicazione in via analogica dell'art. 1455 c.c. Una parte della dottrina associa le ipotesi di inadempimento della prestazione per colpa lieve al vizio sopravvenuto dell'impossibilità del *modus*, "provando" così l'assenza di una lacuna legislativa che richieda l'interpretazione analogica³²⁶. Sorgono, tuttavia, dubbi sulla sovrapposizione di un effetto tanto gravoso, qual è la nullità per impossibilità della prestazione, ad una circostanza per cui dovrebbero farsi salvi gli acquisti dei terzi. D'altronde, l'onere testamentario rimasto inadempito, nel caso di specie, è possibile e lecito. Si riporta, infine, l'opinione di un Autore più volte citato: "L'art. 1455 c.c., che richiede un tale inadempimento, presuppone la presenza del sinallagma nel contratto considerato - ossia un legame reciproco tra la prestazione e la controprestazione tale che ciascuna di esse trovi la sua ragione di essere nell'altra -, connotato questo peculiare dei contratti con prestazioni corrispettive. Nei medesimi la gravità dell'inadempimento, infatti, facendo venire meno il rapporto funzionale fra le reciproche attribuzioni, produce una sensibile alterazione dell'equilibrio contrattuale. L'onere, invece, ha la sua fonte nell'atto di liberalità, cioè in un atto a titolo gratuito, sicché manca fra la liberalità e l'onere il vincolo genetico corrispettivo. Pertanto, difettando le reciproche prestazioni legate da un vincolo sinallagmatico, anche l'inadempimento di scarsa importanza può legittimare la risoluzione della disposizione testamentaria e non trova applicazione la

previsione che costui possa, adempiendo il *modus*, soddisfare l'interesse da lui perseguito. In altri termini, la legge presuppone che il testatore abbia avuto di mira, in maniera particolarmente intensa, un certo scopo che egli ha voluto raggiungere attraverso l'imposizione di un *modus*. Ed abbiamo visto sopra che, con l'imposizione del *modus* è possibile il soddisfacimento di taluni interessi, non altrimenti raggiungibili. Conseguentemente, nell'ipotesi in cui l'onerato, sia pure senza sua colpa, non è in grado di adempiere, deve farsi egualmente luogo alla sua sostituzione, ovvero alla risoluzione della disposizione."

³²⁶ LUPO, *Il modus testamentario*, cit.

regola stabilita dall'art. 1455 c.c. La verità è che non si possono assimilare nella disciplina giuridica istituti diversi prescindendo dai loro connotati tipologici”³²⁷.

³²⁷ VISALLI, *Il modus testamentario*, cit.

Bibliografia

- G. AMADIO, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 1, P. RESCIGNO (diretto da), 2010, p. 961 s.
- G. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1949, p. 333 s.
- G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice Civile*, Padova, 1982, p. 541
- G. AZZARITI, G. MARTINEZ e F.S. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 515 s.
- G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 5 s.
- A. BERTOTTO, *In tema di onere a carico dell'erede legittimo*, in *Notariato*, 2008, p. 130 s.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, F. Vassalli (diretto da), Torino, 1960, p. 164
- C. M. BIANCA, *Diritto Civile 2: La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 652 s.
- E. BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria*, in *Rivista del Notariato*, 4, parte prima, Milano, 2002, p. 903 s.
- M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 152 s.
- B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di Diritto Civile*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1961, p. 640 s.
- G. BRUNELLI e C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, p. 328 s.
- G. BRUNETTI, *Norme e regole finali*, Torino, 1913, p. 61 s.
- G. B. BRUNO, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giustizia Civile*, Milano, 2000, p. 3313 s.
- E. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Rivista di Diritto Civile*, parte prima, Padova, 1961, p. 468 s.

- G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, Milano, 1982, p. 325 s.
- V. CAREDDA, voce *Onere (I Aggiornamento)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Torino, 2013, p. 428 s.
- U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 215 s.
- U. CARNEVALI, voce *Modo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1976, p. 687 s. G.
- P. CHIRONI e L. ABELLO, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1, Torino, 1904, p. 458
- G. CIAN, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, S. DELLE MONACHE (a cura di), Padova, 2007, p. 159 s.
- A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1942, p. 43 s.
- A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU e F. MESSINEO, XLII, 1, Milano, 1954, p. 49
- G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955, p. 4 s.
- L. COSTANZO, voce *Modo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 1 s.
- L. COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2, Padova, 1978, p. 300 s.
- N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, p. 446 s.
- G. CRISCUOLI, *La causa del testamento*, in *Circolo giuridico*, Palermo, 1959, p. 66
- G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 191 s.
- M. D'AURIA, *Sull'autonomia del modus testamentario*, in *Giurisprudenza Italiana*, Torino, 2007, p. 2697 s.
- M. DI MARZIO e S. MATTEINI CHIARI, *Le successioni testamentarie*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2013, p. 580 s.
- S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Commentario Schlesinger sub art. 587-590*, Milano, 2005, p. 150 s.
- A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 67
- E. FILIPPON, *Rapporti tra il legato e il modus*, in *Giurisprudenza Italiana*, parte quarta, Torino, 1938, p. 232 s.
- C. GANGI, *I legati nel Diritto Civile italiano*, I, Padova, 1933, p. 15 s.

- C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1, Milano, 1952, p. 242 s.
- C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2, Milano, 1952, p. 233 s.
- L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del Codice Civile*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), Libro Secondo – Delle successioni, Art. 633-648, Bologna-Roma, 1992, p. 227 s.
- L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova, 1955, p. 775 s.
- M. GARUTTI, *Il modus testamentario*, Napoli, 1990, p. 7 s.
- F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2007, p. 87 s.
- P. GELATO, voce *Modo*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Torino, 1994, p. 387 s.
- P. GELATO, voce *Onere*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Torino, 1995, p. 59 s.
- G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 326
- E. GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile*, Napoli, 1894, p. 201
- C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Commentario al Codice Civile*, Torino, 1968, p. 264 s.
- M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1957, p. 889 s.
- C. GRASSETTI, *Donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941, p. 23 s.
- S. GRASSI, *La fattispecie modale*, Padova, 1976, p. 234
- G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni*, in *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1977, p. 449
- N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico: (Obbligo – Onere)*, Napoli, 1973, p. 93 s.
- A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 159 s.
- M. LUPO, *Il modus testamentario*, in *Rivista di Diritto Civile*, Milano, 1977, p. 395 s.

- A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 2 s.
- C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, p. 71 s.
- L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 71 s.
- F. MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1957, p. 194
- E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2009, p. 166 s.
- E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, p. 334
- L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 328 s.
- G. MUSOLINO, *Il legato modale e l'inadempimento del modus*, in *Rivista del Notariato*, 4, 2013, p. 999 s.
- R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 16 s.
- R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Novissimo Digesto Italiano*, parte prima, Torino, 1940, p. 989 s.
- A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario Allorio*, I, Torino, 1973, p. 1080
- S. PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Scritti Giuridici*, 2, Milano, 2010, p. 586 s.
- S. PUGLIATTI, *Sulle successioni legittime*, in *Annali*, 5, Messina, 1931, p. 377 s.
- G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 1991, p. 239 s.
- P. RESCIGNO, *Interpretazione dei testamenti di due uomini illustri*, in *Rivista del Notariato*, 2011, p. 491 s.
- C. SANDEI, *Autonomia dell'onere testamentario*, in *Rivista di Diritto Civile*, Milano, 2008, p. 239 s.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1983, p. 195 s.
- S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro Italiano*, Torino, 1954, p. 177 s.
- V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 30 s.

- G. SCARPELLO, voce *Anima (disposizione a favore dell')*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1958, p. 415 s.
- V. SCIALOJA, *Corso di lezioni sui negozi giuridici*, Roma, 1893, p. 378
- T. SCOZZAFAVA, voce *Onere*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1980, p. 99 s.
- C. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Catania, 1909, p. 9 s.
- G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1949, p. 538
- G. TATARANO e C. ROMANO, *Condizione e modus*, Napoli, 2009, p. 218 s.
- A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXII, Milano, 2006, p. 357 s.
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 2012, p. 144 s.
- G. VINDIGNI, voce *Modo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, p. 821 s. N.
- VISALLI, *Il modus testamentario*, in *Giustizia Civile*, 7-8, Parte Seconda, Milano, 2003, p. 305 s.
- B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78, Tübingen, 1892, p. 174
- A. ZANNI, *Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e di determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento*, in *Rivista del Notariato*, Milano, 2000, p. 1006 s.
- C. ZAPPULLI, *Modo*, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Milano, s. a., p. 1170
-
- AA. VV., *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, p. 456
- AA. VV., *Le successioni testamentarie (artt. 624-712 c.c.)*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1983, p. 172

Giurisprudenza

Cass., 05-05-1949, n. 1134

Cass., 12-10-1954, n. 3741

Cass., 23-10-1954, n. 4037

Cass., 27-07-1964, n. 2071

Cass., 30-05-1966, n. 1428

Cass., 20-06-1967, n. 1458

Cass., 30-07-1968, n. 3049

Cass., 11-06-1975, n. 2306

Cass., 10-11-1976, n. 4145

Cass., 18-02-1977, n. 737

Cass., 03-02-1978, n. 511

Cass., 11-07-1980, n. 4443

Cass., 16-04-1984, n. 2455

Cass., 28-11-1984, n. 6194

Cass., 15-07-1985, n. 4137

Cass., 07-07-1987, n. 5897

Cass., 07-09-1992, n. 10281

Cass., 29-04-1993, n. 5067

Cass., 22-06-1994, n. 5983

Cass., 18-03-1999, n. 2487

Cass., 20-02-2003, n. 2569

Cass., 21-02-2007, n. 4022

Cass., 30-07-2007, n. 16846

Cass., 07-04-2015, n. 6925

Cass., 26-05-2015, n. 10803