

L'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DELL'ONERE NON RENDE NULLA LA DISPOSIZIONE TESTAMENTARIA CHE NE È GRAVATA

Con la sentenza del 16 maggio 2013 n. 11906 la Corte di Cassazione ha affermato che “l'impossibilità dell'onere che, ai sensi dell'art. 647 cod. civ., rende nullo il legato al quale sia apposto, ove l'onere stesso ne abbia costituito l'unico motivo determinante, è soltanto l'impossibilità originaria, ossia già esistente al momento dell'apertura della successione e non quella sopravvenuta”.

Il principio era stato già sancito con riguardo tanto all'onere apposto a disposizione testamentaria da Cass. 15 ottobre 1954 n. 3741 (in Foro italiano, 1955, pag. 1909) che a quello apposto a donazione da Cass. 17 aprile 1993 n. 4560 (in Corriere giuridico, 1993, pag. 955 con nota di Maienza).

Nella fattispecie sottoposta al S.C. il *de cuius*, con testamento, aveva gravato la quota disponibile devoluta al beneficiato, con l'onere di assistere e curare vita natural durante sia il *de cuius* che il proprio coniuge, ma dopo l'apertura della successione il coniuge superstite rifiutava l'assistenza dell'onerata rendendo impossibile l'adempimento della prestazione.

Entrambi i giudizi di merito, interpretando l'onere apposto alla disposizione quale “solo motivo determinante” del lascito, hanno ritenuto che in tale ipotesi fosse applicabile l'ultimo comma dell'art. 647 cod. civ., con l'effetto di provocare la nullità dell'intera disposizione testamentaria gravata dal *modus*. Sia il Tribunale che la Corte d'Appello, più precisamente, hanno ricollegato la nullità della disposizione testamentaria prevista da questa norma, non solo all'impossibilità originaria della prestazione ma anche a quella sopravvenuta, e quindi escludendo che ai fini considerati dall'art. 647 co. 3 rilevi la distinzione tra vizi genetici e funzionali del negozio.

La soluzione adottata dai giudici di merito, si inquadra nell'impostazione che ha ravvisato nell'art. 647 cod. civ. una portata “oggettiva” quanto alla mancata esecuzione della prestazione da parte dell'onerato.

Secondo questa teoria il legislatore avrebbe inteso “rispettare la volontà del testatore quando ha ricollegato inscindibilmente la clausola modale alla disposizione testamentaria”, sicchè “il caso della impossibilità sopravvenuta di adempimento del modo non può fare eccezione, né si comprende perché mai l'impossibilità originaria ... dovrebbe portare alla nullità della disposizione e invece essere sempre irrilevante l'impossibilità sopravvenuta all'apertura della successione” (Carnevali, Commentario del codice civile diretto da Gabrielli, Torino, 2010, sub. artt. 647 e 648, pag. 617 ss).

Sulla base di questa ricostruzione si è escluso quindi che la risoluzione ex art. 1453 cod. civ. possa utilizzarsi nell'ambito delle obbligazioni modali – istituto invece ritenuto applicabile al caso di specie dalla pronuncia in esame - nelle quali la pronuncia di risoluzione può avvenire anche se non prevista dal testatore, ma sempre che l'onere sia stato considerato dal *de cuius* come l'unico motivo determinante.

Da qui l'affermazione che la *ratio* della risoluzione della disposizione testamentaria modale, pronunciata per l'inadempimento della prestazione in tutte le ipotesi in cui la volontà del testatore non trovi attuazione (per inadempimento imputabile e non imputabile all'onerato o per eccessiva onerosità della prestazione), si attegga quale "sanzione" per l'onerato inadempiente che (suo malgrado) non ha rispettato la volontà del *de cuius* (in questo senso Carnevali, opera citata, pag. 619; M. Proto, Il modo, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, diretto da Bonilini, II, 1237 ss).

Per la Cassazione invece, proprio perché si è in presenza di una impossibilità sopravvenuta della prestazione, si sarebbe dovuto utilizzare il rimedio generale dell'art. 1453 cod. civ. sulla risoluzione del contratto per inadempimento, applicabile anche per l'ipotesi in cui si agisca per la risoluzione del *modus* testamentario che è un'obbligazione in senso tecnico (Cass. 9 giugno 1997 n. 5124 in Giust. civ., 1998, 502).

La soluzione adottata dalle corti di merito, in effetti, ignora del tutto i principi generali in materia di obbligazioni, tra i quali anche l'art. 1256 cod. civ. in base al quale "l'obbligazione si estingue quando per una causa non imputabile al debitore la prestazione diventa impossibile".

Secondo i giudici di legittimità, quindi, conformemente al principio già affermato nei precedenti inizialmente richiamati, in caso di inadempimento dell'onere per impossibilità sopravvenuta della prestazione - esclusa la ricorrenza di un'ipotesi di nullità del legato ex art. 647 co. 3 cod. civ. - è alla risoluzione dell'obbligazione ovvero alla sua estinzione con conseguente liberazione del debitore (se ne ricorrano i presupposti) che occorre guardare.

La soluzione interpretativa prospettata dalla Cassazione appare condivisibile per diverse ragioni.

Innanzitutto il rispetto della volontà del *de cuius* che sarebbe assicurato dalla tesi che conduce alla nullità dell'intera disposizione – ex art. 647 co. 3 – e che equipara l'impossibilità sopravvenuta a quella originaria, non si sottrae comunque ad un'indagine sulla volontà del testatore, volta a stabilire se "effettivamente" l'apposizione del *modus* abbia costituito per il *de cuius* "il solo motivo determinante".

Si tratta però di un'indagine particolarmente ardua (forse impossibile) dal momento che l'evento imprevedibile verificatosi dopo l'apertura della successione, interrompe inevitabilmente il procedimento di ricostruzione della *mens testantis*. Quell'evento infatti non consente più di accertare quale sarebbe stata *a priori* la reale volontà del testatore in ordine all'attuazione del suo interesse a base dell'attribuzione, se il *de cuius* avesse conosciuto - al tempo della redazione del testamento – la possibile sopravvenienza del *factum principis*.

Ne deriva che ove sul piano interpretativo non si raggiunga la prova dell'onere quale "unico motivo determinante", il *modus* deve considerarsi "non apposto" (art. 647 co. 3) rendendo così pura l'attribuzione *mortis causa*.

La mancata caducazione del lascito e la liberazione del debitore dall'obbligazione modale, appare un esito coerente sia con la natura del *modus*, comunemente ritenuto un elemento accidentale del negozio testamentario (al pari del termine e della condizione), sia con quanto deciso dal S.C. sulla necessità di ricorrere al rimedio della risoluzione dell'obbligazione modale (che fa gravare sul debitore la prova liberatoria della non imputabilità dell'inadempimento) o sulla

possibilità di invocare l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

D'altra parte se questa impossibilità è rilevante nel momento funzionale (e non costitutivo) del rapporto, e quindi nella fase realizzativa dello stesso in cui viene attuata la volontà testamentaria, si comprende perfettamente perché i rimedi della nullità o della risoluzione dell'intera disposizione testamentaria, non siano affatto idonei per quell'attuazione.

Nel caso della nullità, infatti, si precluderebbe in senso assoluto che possa rilevare una diversa volontà del *de cuius*, nella quale sia prevalente l'interesse alla conservazione dell'attribuzione (e non quella volta alla sua caducazione) e dove l'onere apposto non si attegga quale motivo "unico e determinante".

Nel caso della risoluzione dell'intera disposizione testamentaria, invece, verrebbe in considerazione l'art. 677 ult. co. che comporta la sostituzione dell'onerato "inadempiente" con un nuovo onerato. E' evidente come tale soluzione appaia del tutto inadeguata rispetto alla fattispecie concreta, nella quale pur procedendosi alla sostituzione, non si sarebbe in grado di aggirare il *factum principis* costituito dalla volontà dell'onorata di non voler conseguire la prestazione.

Infine aderire all'idea della caducazione dell'intera disposizione testamentaria anziché del solo *modus*, escluderebbe in radice la possibilità di eseguire una prestazione diversa da quella stabilita, nella quale possa convertirsi quella oggetto dell'onere.

Ci si riferisce a quanto già deciso dalla Cassazione con riferimento alla "convertibilità" dell'onere avente ad oggetto proprio l'obbligo di assistenza vita natural durante da parte dell'onerato, in una somma di denaro (Cass. 17 gennaio 2003 n. 626 in CED; Cass. 25 febbraio 1981 n. 1154 in Giust. civ. 1981, I, 1339).

Mauro Leo