

NOTE IN TEMA DI LEGATI AD EFFICACIA OBBLIGATORIA

Pierluigi Mazzamuto *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origini ed evoluzione storico-giuridica del legato ad efficacia obbligatoria. – 3. La disciplina del legato ad efficacia obbligatoria nel codice civile italiano. – 4. La giurisprudenza in tema di legati ad efficacia obbligatoria. – 5. Natura giuridica e funzione del legato ad efficacia obbligatoria: profili dell'elaborazione dottrinale. – 6. Il c.d. "legato di contratto". – 7. *Trust* e legato ad efficacia obbligatoria.

1. – Il legato in una prospettiva statica può assolvere ad una funzione puramente attributiva di beni o diritti determinati, ma in una prospettiva dinamica può assolvere anche ad una funzione programmatica di regolazione di rapporti giuridici già esistenti o di nuova istituzione ¹.

In tale seconda prospettiva, il legato ad effetti obbligatori si iscrive nel novero degli strumenti che consentono al *de cuius* di perseguire scopi e di beneficiare soggetti per il tramite di meccanismi flessibili che fuoriescono dallo schema classico dell'eredità e del legato con funzione meramente attributiva: un'ipotesi particolare di legato ad efficacia obbligatoria, dalle ampie potenzialità applicative, è rappresentato dal c.d. "legato di contratto", del quale ricordiamo sin d'ora gli esempi più noti, quali il legato di vendita, di locazione, di comodato e di lavoro subordinato.

È vero, infatti, che qualsiasi prestazione può essere prevista in favore del legatario, purché lecita, possibile, determinata o determinabile, e che il testamento non soltanto è titolo per la trasmissione di diritti e di obbligazioni già esistenti dal *de cuius* (agli eredi e) ai legatari ma può anche essere fonte di nuove obbligazioni *ex art.* 1173 c.c., giacché quale atto di ultima volontà è chia-

* Docente di Diritto civile presso l'Università degli Studi di Palermo.

¹ Cfr. di recente V. Barba, *Disposizioni testamentarie costitutive modificative ed estintive di rapporto obbligatorio*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 1, 15 ss.



mato a svolgere una funzione più ampia e generale di regolazione di un intero assetto giuridico e patrimoniale per il tempo successivo alla morte del testatore, permettendo a quest'ultimo, attraverso la grande varietà di contenuto e molteplicità delle disposizioni testamentarie e particolarmente dei legati, di regolamentare tutti i propri interessi *post mortem* ².

La dottrina è concorde nel ritenere che il legato si presti ad essere fonte di nuove obbligazioni per la duplice ragione che può essere disposta, a favore del legatario, qualsiasi prestazione suscettibile di costituire oggetto di un'obbligazione, e che il legato costituisce uno strumento particolarmente rilevante di espressione dell'autonomia testamentaria ³.

Quantunque effetti obbligatori secondari normalmente scaturiscano da ogni legato, come ad es. l'obbligo per il legatario di domandare il possesso all'onerato nel legato traslativo di un bene del testatore, vi sono ipotesi, dunque, in cui il legato non ha efficacia diretta (immediatamente traslativa di un diritto del *de cuius*) ma esclusivamente obbligatoria, conferendo al legatario il diritto (di credito) ad una determinata prestazione a carico dell'onerato ⁴.

I legati ad efficacia obbligatoria richiedono necessariamente, per la loro esecuzione, la cooperazione dell'onerato ⁵. Il beneficiario del legato obbligatorio – e così pure il terzo destinatario del *modus* quale disposizione testamentaria autonoma anch'essa produttiva di effetti obbligatori ⁶ – riceve infatti il vantaggio disposto dal *de cuius* non direttamente, come nel caso dei legati ad efficacia reale attributivi di un bene o diritto del testatore, che passa automaticamente in capo all'erede o al legatario a seguito dell'apertura della successione, bensì solo mediatamente attraverso l'adempimento dell'onerato.

Il legato ad efficacia obbligatoria può avere ad oggetto sia un dare, sia un fare (o un non fare, ad es. un divieto di atti di concorrenza) a carico dell'onera-

² Cfr. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, 96.

³ Cfr. G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 118.

⁴ Cfr. A. Masi, «Legato», in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 4.

⁵ Cfr. A. Palazzo, *Le successioni*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, t. II, 654 ss.

⁶ Cfr. M. Gorgianni, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, II, 895 ss., il quale riconduce nell'ambito di una medesima categoria i legati obbligatori e le disposizioni testamentarie contenenti un *modus* con destinatario determinato dal *de cuius*, quali obbligazioni derivanti dal testamento, distinguendole dalla categoria dei legati reali ad efficacia diretta. Più di recente cfr. M. Garutti, *Il «modus» testamentario*, Napoli, 1990; S. Grassi, *La fattispecie modale*, Padova, 1976, spec. 171.

to e a favore del legatario-onorato, com'è confermato, d'altronde, dalle stesse norme del codice civile in tema, ad es., di legati di cosa altrui (dell'onerato o di un terzo, art. 651 c.c.) o di legato di alimenti (art. 660 c.c.).

2. – Il legato ad effetti obbligatori affonda le proprie radici nel diritto romano⁷, che lo inquadrava tra le *causae obligationum* diverse dal contratto e dal delitto, ovvero tra gli atti leciti con effetti obbligatori non classificabili tra i contratti per mancanza di *conventio* (in epoca giustiniana poi definiti come *obligationes quasi ex contractu*⁸).

L'istituto del legato in generale ebbe, del resto, una grande diffusione pratica nel mondo romano e ciò spiega il perché delle ampie trattazioni e delle analisi casistiche molto minute ad esso riservate nel corso dei secoli dalla giurisprudenza e poi dal *Corpus juris*.

Il transito in diritto romano dal legato puramente attributivo di diritti preesistenti al legato ad effetti obbligatori avvia uno sviluppo storico che è ancora in atto nel diritto contemporaneo⁹.

La figura primordiale è rappresentata dal legato traslativo di proprietà o costitutivo di diritto reale, il c.d. legato *per vindicationem*¹⁰, al quale si affianca

⁷ Nel suo significato originario il termine "legato" (dal lat. *legare* ossia "disporre", "vincolare" derivante da *lex-legis* ossia "legge") indicava la disposizione dettata in forma solenne dal testatore ("Lego...") con cui egli attribuiva *mortis causa* ad un beneficiario da lui designato uno o più beni determinati facenti parte del proprio patrimonio, vincolando gli eredi al rispetto e all'esecuzione della stessa.

Il fondamento giuridico dei legati è rinvenibile già in epoca decemvirale nel versetto contenente le parole "*uti legasset suae rei ita ius esto*" della Legge delle XII Tavole (tab. 5.3), che attribuiva una *latissima potestas* al testatore nel disporre *mortis causa*: cfr. per tutti C. Gangi-E. Albertario, voce "Legato", in *Enciclopedia Italiana*, Roma, 1933 (reperibile anche *on line* all'indirizzo www.treccani.it/enciclopedia/legato_%28Enciclopedia-Italiana%29) e, da ultimo, P. Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013, 15 ss.

⁸ Nel diritto giustiniano, tra le obbligazioni di fonte lecita non contrattuale figuravano, oltre ai legati, la tutela, la gestione di affari altrui (*negotiorum gestio*), il pagamento di indebito (*indebiti solutio*), la *communio* e la coeredità: cfr. *Inst.*, 3.27.

⁹ Cfr. per un esauriente ed accurato *excursus* storico, fra tutti, M. Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*², Palermo, 1994, 516 ss. e 668 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, 691 ss. e 946 ss.; B. Biondi, *Legato* (Diritto romano), in *Noviss. dig. it.*, IX, 1963, 597 ss.; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1954, 583 ss.; C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, Milano, 1898.

¹⁰ Gai, 2, 193.

successivamente il legato *per praeceptionem* che ne costituisce una variante utile a consentire al coerede di prelevare un singolo bene dalla massa ereditaria, giacché il testatore al tempo poteva istituire eredi per quote ma non per singole cose¹¹. Era anche possibile legare con un'unica denominazione complessi di cose: è il c.d. "legato di universalità".

Il legato ad effetti obbligatori è la figura più recente, così come più recente ed evoluta è l'*obligatio* rispetto al *dominium*. Più precisamente, col tempo si affermano il legato *per damnationem*¹² ed il legato *sinendi modo*¹³ ossia disposizioni testamentarie a titolo particolare che, per volontà del testatore, davano luogo ad obbligazioni tra gli eredi e i legatari, indipendentemente da ogni accordo tra le parti.

Il primo, onerava l'erede di compiere una prestazione determinata, di *dare* o di *facere* (in origine, di pagare una somma di denaro), in favore del legatario; il secondo, poneva a carico dell'erede un obbligo, a carattere negativo, di consentire al legatario di fare qualcosa, ad es. di prendere possesso di una cosa determinata del testatore o dell'erede.

Il legato *per damnationem*, avendo natura obbligatoria, poteva avere ad oggetto della prestazione anche beni personali dell'erede o persino di terzi (legato di cosa altrui), a differenza del legato *per vindicationem*, tipico legato ad effetti reali, di per sé traslativo di proprietà o costitutivo di servitù od usufrutto, che in quanto tale doveva avere ad oggetto beni propri del testatore.

Una figura ambivalente è rappresentata dal *legatum servitutis*, il quale poteva aver luogo *per vindicationem* con l'acquisto diretto da parte del legatario ovvero *per damnationem* con l'obbligo dell'onerato di costituire la servitù.

In età postclassica scompare la forma *sinendi modo* quando si prevede che l'onerato abbia comunque l'obbligo di trasferire la proprietà della cosa legata all'onorato, ricadendo nel legato *per damnationem*, e si giunge progressivamente alla soppressione della rigida distinzione tra i diversi tipi di legato, che ne avevano caratterizzato la casistica primigenia, e, quindi, all'abbandono di ogni distinzione di carattere formale e degli stessi *quattuor genera legatorum* di stampo gaiano, sinora ricordati, in favore dell'unica natura del concetto¹⁴, mentre

¹¹ Gai, 2, 216.

¹² Gai, 2, 201.

¹³ Gai, 2, 209.

¹⁴ *Inst.*, 2, 20, 2.

viene mantenuta l'alternativa tra effetti reali ed effetti obbligatori, questi ultimi in eventuale concorso con effetti reali al sussistere dei requisiti, e la relativa doppia tutela, personale e reale, in favore del legatario e contro l'erede, mediante il concorso alternativo tra *actio in personam ex testamento* ed *actio in rem* ossia *vindicatio*¹⁵.

Il testatore poteva anche stabilire che la prestazione andasse a beneficio di più collegatari, congiuntamente o disgiuntamente, i quali sarebbero pertanto divenuti concreditori di una quota, in caso di obbligazione parziaria, o concreditori dell'intero, in caso di obbligazione solidale cumulativa (attiva).

Il legato poteva pure essere disposto in favore di un coerede ed in tali ipotesi si discorreva di *prelegatio*, che non doveva in ogni caso comportare una riduzione della quota di eredità del coerede legatario ma soltanto delle quote degli altri coeredi.

Il peso dei legati gravava sugli eredi, onerati tuttavia non oltre l'attivo ereditario e fatta salva la quota minima ad essi riservata dalla legge. In presenza di più eredi, il testatore aveva la facoltà di porre il legato a carico anche soltanto di uno o di alcuni di essi, ma pur sempre nei limiti del valore della loro quota di eredità (eventualmente per la parte eccedente avrebbe avuto luogo la riduzione proporzionale dei legati o addirittura la loro nullità in caso di *hereditas damnosa* allorquando il passivo superasse l'attivo ereditario).

In caso di più eredi onerati di un medesimo legato ad effetti obbligatori si applicava la regola dell'obbligazione parziaria, eccettuate le ipotesi di obbligazione indivisibile o di legato a carico alternativamente di più eredi, alle quali si applicava, viceversa, la solidarietà c.d. "elettiva".

Per quanto concerne l'oggetto del legato obbligatorio, la prestazione di dare o di fare doveva rispondere ai requisiti di possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità previsti per tutte le prestazioni oggetto di *obligatio*, e si applicava altresì il regime previsto per le obbligazioni generiche, alternative ecc.

L'oggetto poteva consistere, ad es., in un credito del testatore nei confronti di un terzo, che l'erede onerato, quindi, sarebbe stato obbligato a cedere al legatario (*legatum nominis*), oppure nella liberazione del legatario da un suo debito nei confronti del testatore (*liberatio legata*, ad es. facendo carico all'erede

¹⁵ M. Marrone, *ibidem*.

di non esigere il credito o di liberare espressamente il debitore), oppure ancora nel legare un proprio debito al proprio creditore (*legatum debiti*, valido se comportava un ulteriore vantaggio per il creditore legatario, per es. allorché il credito fosse condizionato ed il legato di debito invece non lo fosse, con efficacia pertanto sostanzialmente novativa).

Un'ipotesi diffusa di legato ad effetti obbligatori era rappresentato dal *legatum dotis* nella forma *per damnationem*, o per la costituzione di dote (allorché veniva disposto *mulieris nomine* in favore del marito) o per la restituzione di dote (allorché invece il marito attribuiva alla moglie un diritto alla restituzione immediata della dote, beneficiandola così dei vantaggi pratici connessi alla esperibilità dell'*actio ex testamento*, oppure beneficiava il *filius familias* del diritto alla restituzione della dote della nuora, precedentemente acquistata dal *pater familias* in base ai principi generali).

Un'ipotesi ricorrente e tutt'affatto particolare di legato con effetti obbligatori era il *legatum partitionis*, consistente in un legato di quota del patrimonio ereditario, che si attuava mediante cessioni di quote dei singoli beni ereditari e reciproche stipulazioni tra erede e legatario circa le quote di crediti e di debiti ereditari che il legatario, rispettivamente, avrebbe dovuto acquistare e di cui avrebbe dovuto rispondere secondo la volontà del testatore (già in epoca giustiniana, tuttavia, tale legato venne assorbito dal più comodo fedecommesso universale)¹⁶.

Altra ipotesi, ancora una volta ai confini tra eredità e legato, è rappresentata dal *legatum optionis* che attribuiva al legatario il diritto personale ed intrasmisibile di scegliere tra più cose della massa ereditaria indicate dal testatore: tale ipotesi nel diritto giustiniano è assorbita dalla figura del legato di cosa da scegliere dal legatario, il cui diritto di scelta è trasmissibile ai propri eredi.

La figura principe di legato *naturaliter* suscettibile soltanto di produrre effetti obbligatori è il legato di cosa altrui, di cui si dà la seguente casistica: il disponente conosce l'altruità della cosa ed allora il legato è valido e l'erede è tenuto ad acquistare la cosa ed a trasmetterla al legatario o, quanto meno, a corrispondergli l'*aestimatio*, ove sussista una *iusta causa* che impedisca l'acquisto; la cosa legata è di proprietà dell'erede mentre il testatore ritiene che sia propria ed il legato rimane valido; la cosa legata è di proprietà del legatario ed il legato è nullo.

¹⁶ M. Marrone, *ivi*, 671-672.

Per quanto concerne l'interpretazione dei legati, i giuristi romani cercarono nel modo più ampio di individuare ed attuare la volontà effettiva del testatore. Ai legati, inoltre, potevano essere apposti termini, condizioni e modi, e l'efficacia del legato era subordinata all'acquisto (immediato, nel caso dell'*heres suus*; a seguito di accettazione, nel caso dell'erede volontario) dell'eredità da parte dell'onerato, efficacia che normalmente retroagiva al momento della morte testatore tranne che il legato fosse sottoposto a condizione sospensiva o a termine iniziale (ipotesi quest'ultime in cui, in conformità ai principi, l'efficacia del legato non avrebbe potuto dispiegarsi prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine, e quindi soltanto *ex nunc*).

Una volta divenuto efficace il legato obbligatorio (con l'acquisto/accettazione dell'eredità, l'avveramento della condizione o la scadenza del termine), il legatario acquistava immediatamente il relativo credito.

Nell'ipotesi di legato obbligatorio sospensivamente condizionato, il pretore imponeva all'erede di prestare una *cautio legatorum servandorum causa* con la quale promettere ai legatari che, verificatasi la condizione, i legati avrebbero avuto comunque esecuzione (in mancanza della prestazione della *cautio*, era prevista la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* durante la pendenza della condizione sospensiva). Il legato sospensivamente condizionato poteva peraltro essere utilizzato anche per disporre un'eventuale sostituzione del legatario con altro legatario, allorché il primo non potesse o non volesse beneficiare del legato.

Viceversa, in caso di condizione potestativa negativa, la *cautio Muciana* (sin dal I secolo a.C.) prevedeva che il legatario, prima dell'esecuzione del legato, promettesse all'erede la restituzione di quanto conseguito a titolo di legato ove la condizione fosse mancata (qualora cioè il legatario avesse adottato il comportamento dedotto negativamente in condizione).

Per quanto concerne il legato modale (*sub modo*), i giuristi romani suggerivano che si obbligasse il legatario a prestare una *cautio* con cui promettere all'erede l'esecuzione del *modus*, in mancanza della quale l'erede avrebbe potuto reagire con l'*exceptio doli* ad un'eventuale *actio ex testamento* esercitata dal legatario per ottenere l'esecuzione del legato. Invece, i *modus* aggiunti ad un legato, che comportassero prestazioni in favore di terzi, furono assimilati ai fedecommissi, per cui al terzo fu attribuita la *petitio fideicommissi* al fine di ottenere l'adempimento dell'onere.

Un legato nullo al tempo della redazione del testamento, secondo la *regula Catoniana*¹⁷, restava invalido anche se la causa dell'invalidità fosse cessata prima della morte del testatore, non essendo ammessa la convalida del legato inizialmente nullo, fatta eccezione per i legati sottoposti a condizione sospensiva o il cui *dies cedens* (giorno a partire dal quale il legato diveniva efficace) fosse diverso da quello della morte del testatore.

Il legato poteva essere revocato o con la revoca del testamento o con la revoca della singola disposizione espressa nel testamento medesimo prima del suo completamento, oppure in un codicillo confermato, con l'uso di espressioni tali da denunziare la volontà di revoca (ad es. mediante la c.d. *translatio legati*, in cui veniva sostituito il legatario o l'onerato o l'oggetto, o ancora il legato veniva trasformato in un legato condizionale), ma già nella prima età classica venne riconosciuta *iure praetorio* efficacia alla revoca manifestata liberamente dopo la perfezione del testamento, e persino tacitamente, come nel caso dell'alienazione della cosa legata nel legato *per damnationem* (ipotesi in cui l'erede avrebbe perciò potuto opporre l'*exceptio doli* all'azione esperita dal legatario *contra voluntatem testantis*).

L'ampia diffusione dell'uso dei legati all'interno dei testamenti comportò la necessità di regolarne per legge l'utilizzo, in modo da evitare che si esaurisse l'attivo ereditario e nulla restasse agli eredi: in particolare, la *lex Falcidia* del 40 a.C. stabilì che i legati non dovessero superare i tre quarti dell'eredità e che almeno un quarto dell'attivo restasse agli eredi (*quarta Falcidia*), dovendosi calcolare l'attivo con riferimento al tempo della morte del testatore. Ove quest'ultimo avesse ecceduto, i legati sarebbero stati *ipso iure* ridotti proporzionalmente fino al limite previsto dalla legge.

Nella sua fondamentale opera di risistemazione e di semplificazione della materia, Giustiniano, infine, equiparò per legge i legati e i c.d. "fedecommissi" estendendo le regole degli uni agli altri, con prevalenza tuttavia del regime dei fedecommissi in caso di conflitto, perché reputato più umano.

I fedecommissi consistevano, infatti, in disposizioni informali con cui il testatore raccomandava all'erede, rimettendosi alla sua *fides* per l'adempimento

¹⁷ La c.d. "regola catoniana", secondo cui un legato che sarebbe stato nullo al tempo della redazione del testamento rimane nullo anche se la causa di nullità non sussiste più al momento della morte del testatore (*Dig.*, XXXIV, 7, 1), prende il nome da Marco Porcio Catone Liciniano, giurista romano (m. 152 a.C.), autore dei *Commentarii iuris civilis*.

mento, di compiere una determinata prestazione in favore della persona indicata, originariamente nate col proposito di aggirare i divieti e le limitazioni del regime dei legati. Esempio tipico ne era la c.d. “sostituzione fedecommissaria” con cui, a differenza che nei legati, era possibile che il sostituto acquistasse, oltre che in luogo del primo beneficiario, anche dopo di esso (alla scadenza di un termine, al verificarsi di una condizione o persino dopo la morte del primo fedecommissario, il quale avrebbe pertanto dovuto conservare il bene oggetto del lascito per poi restituirlo al sostituto), con eventuale obbligo per il sostituto di restituire, a sua volta, il lascito ad altro sostituto (ragion per cui, in epoca medioevale, si diffuse la prassi del c.d. “fedecommissario di famiglia”, mediante il quale, proprio in virtù di tali sostituzioni, un bene veniva trasmesso di generazione in generazione all’interno di una stessa famiglia).

Il fedecommissario poteva essere a titolo particolare, ed in tal caso il suo regime era simile a quello del legato ad effetti obbligatori, oppure a titolo universale, allorché si obbligava l’erede, dopo avere acquistata l’eredità, a trasmetterla ad altri (trasferendo al fedecommissario i *corpora hereditaria* mediante una vendita fittizia dell’eredità, e provvedendo, quindi, ad una serie di reciproche *stipulationes* con riguardo ai crediti e debiti dell’eredità similmente a quanto avveniva nel *legatum partitionis*, prassi successivamente superata a seguito del senatoconsulto Trebelliano che concesse al fedecommissario e ai creditori dell’eredità *actiones utiles* modellate sulle azioni spettanti all’erede e contro l’erede)¹⁸.

Nel diritto intermedio¹⁹ la nozione di legato si dilata a dismisura e cade nell’oblio la quadripartizione gaiana ma anche la semplificazione giustiniana viene in parte abbandonata a favore di criteri di classificazione desunti dal mero contenuto di una casistica sempre più vasta.

¹⁸ Cfr. M. Marrone, *ivi*, 679 ss. e, per una puntale ricostruzione del fedecommissario nell’ambito della fiducia nelle vicende *mortis causa*, L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, 13 ss., ove l’Autrice sottolinea l’aspetto fiduciario del fedecommissario romano, che poteva essere utilizzato non soltanto per il ritrasferimento dei beni ricevuti dall’erede-fiduciario al fedecommissario, ma altresì per tutta una serie di attività connesse all’amministrazione degli stessi beni, consentendo di raggiungere in maniera più agile e sicura i medesimi (e variegati) scopi sottesi alle disposizioni testamentarie modali, fenomeno che poi, in epoca intermedia, darà luogo alla nascita della c.d. “fiducia testamentaria” o “fedecommissario fiduciario”.

¹⁹ Cfr. G. Catalano, *Legato* (Diritto intermedio), in *Noviss. dig. it.*, IX, 1963, 605 ss.

La ragione di un siffatto processo di destrutturazione – che porta a considerare legato qualsiasi lascito di ultima volontà in favore di persona non istituita erede e persino in assenza di un erede testamentario – si deve soprattutto alle profonde trasformazioni nell'Alto Medioevo del regime successorio e familiare, ma anche all'opera legislativa della Chiesa, la quale si volse a combattere il rigorismo del diritto romano soprattutto al fine di affermare il *favor piae causae*.

A seguito di tali complessi mutamenti, la successione a titolo universale non è più al centro della stessa nozione di eredità ed il testamento non contempla più, quale elemento essenziale, l'istituzione di erede, sicché le figure classiche di erede, di legatario, di erede *in re certa*, di fidecommissario ecc. smarriscono i contorni concettuali del passato: il notevole disorientamento teorico e terminologico che ne deriva troverà un primo argine soltanto con le distinzioni concettuali di glossatori e commentatori che riscoprono la sistematica romanistica.

Alcune delle tendenze del diritto intermedio tramite il *droit coutumier* francese e poi il *Code Napoléon* penetrano solo in parte nell'esperienza italiana dei Codici preunitari: il principio secondo cui, fatta salva la successione legittima, il testamento può contenere la nomina di legatari a titolo particolare o universale ma non istituire eredi fu accolto unicamente dal Codice delle Due Sicilie del 1819 e non transita nel Codice civile italiano del 1865, che si ispira alla classica distinzione tra istituzione di erede e legato in base al carattere universale o particolare del lascito.

I Codici preunitari, ai cui principi rimarrà sostanzialmente fedele la nuova codificazione del Regno d'Italia, sancirono gli ultimi frutti di una evoluzione secolare: il legato al creditore fu ritenuto senza scopo compensativo, salvo prova contraria; l'obbligo di cauzione fu ammesso per la garanzia dei legati a termine o sotto condizione; il diritto di accrescimento venne mantenuto anche per i collegatari; l'errore sul motivo fu considerato causa di annullamento del lascito qualora costituisse l'unico movente della disposizione; la sostituzione fidecommissaria venne a volte vietata.

L'allineamento al *Code Napoléon* del Codice civile del 1865²⁰ fu parziale anche per quanto riguarda altri rilevanti profili: fu accolto, infatti, dall'art. 837

²⁰ Sulla letteratura nel vigore del codice civile del 1865 v. per tutti C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano*. Parte generale², Padova, 1932-33; N. Coviello, *Corso completo del diritto delle successioni*³, Napoli, 1932; F. Filomusi Guelfi, *Diritto ereditario: Successione testamentaria*², Roma, 1917; V. Polacco, *Delle successioni*, Roma, 1928.

il principio romanistico, criticato dal diritto canonico e ripudiato dall'art. 1021 del *Code Napoléon*, che ammetteva la validità del legato di cosa altrui ma a condizione che il disponente fosse consapevole dell'altruità della cosa e ciò risultasse espressamente dal testamento; fu sancita, all'art. 899, la nullità della sostituzione fidecommissaria ma, al successivo art. 900, si fece salva la prima istituzione, con ciò allontanandosi dalla scelta radicale del diritto francese di ispirazione rivoluzionaria che considerava nulla l'intera disposizione²¹; l'avversione nei confronti del fedecommesso indirettamente si manifestò anche nel divieto dell'usufrutto successivo di cui all'art. 901.

3. – L'impianto del codice civile del 1942²² si colloca nel solco del codice previgente e ne ripropone con taluni ampliamenti e varianti la scelta casistica, i principi di fondo e persino le lacune, come nel caso della mancanza di una disciplina analitica della rinuncia.

Il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare (art. 649, co. 1, c. c.). L'art. 649, co. 2, c.c. distingue puntualmente – ma una siffatta articolazione era già possibile con riguardo all'art. 862 c.c. del 1865 – tra il legato di proprietà di cosa determinata e il legato di altro diritto purché appartenenti al testatore. L'eventuale accettazione rimane comunque utile perché ha, quanto meno, un effetto confermativo dell'acquisto e, quindi, preclusivo della facoltà di rinuncia, rendendo così irrevocabile l'acquisto del diritto da parte del legatario. La rinuncia al legato è in linea con l'art. 891 c.c. del 1865 e può reputarsi, come nella tradizione, alla stregua di una dichiarazione unilaterale, non recettizia, abdicativa del diritto già acquistato automaticamente e con effetti risolutivi *ex tunc*.

Il legato ad effetto reale ossia ad effetto traslativo di un preesistente diritto del testatore trova, dunque, il suo fondamento espresso nell'art. 649, co. 2, c.c., mentre il legato ad effetto obbligatorio ossia costitutivo di una nuova obbligazione si ricava per astrazione dalle fattispecie tipiche che fanno seguito nell'elenco codicistico o per via di raffigurazione atipica, come nel caso del legato di contratto.

²¹ Cfr. R. Trifone, *Fedecommesso* (Diritto intermedio), in *Noviss. dig. it.*, IX, 1963, 162 ss.

²² A. Masi, *Dei legati* (Art. 649-673), in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e V. Branca, L. II, Delle successioni, Bologna-Roma, 1979; A. Trabucchi, *Legato* (Diritto civile), in *Noviss. dig. it.*, IX, 1963, 609 ss.

Il legato ad effetto reale, tuttavia, non esclude la concomitanza di effetti obbligatori così come la vendita non esclude anzi reclama l'obbligo di consegna del venditore. Un esempio particolarmente significativo va rammentato. L'art. 649, co. 3, c.c. rafforza la formulazione dell'art. 862 c.c. del 1865 («il legatario deve domandare all'onerato il possesso della cosa legata»), stabilendo che ciò vale anche quando il legatario ne è stato espressamente dispensato dal testatore: va da sé che l'onerato è obbligato a siffatta trasmissione del possesso.

È piuttosto evidente che soltanto nel caso del legato ad effetto reale si ha una vera e propria successione a titolo particolare, mentre nei legati obbligatori e in tutti i casi in cui non sussiste la diretta derivazione *mortis causa* dell'attribuzione patrimoniale appare corretto definire il legato come una disposizione attributiva di singoli diritti di credito o di vantaggi, quale la liberazione da un debito, a beneficio dell'onorato e a carico dell'onerato.

L'elenco dei tipi di legato ad effetti obbligatori disciplinati dal codice civile è abbastanza lungo e con ogni probabilità eccessivamente analitico.

Il legato di cosa altrui previsto dall'art. 651 c.c. – la cui disciplina ricalca l'art. 837 c.c. del 1865 – è ancora una volta nullo, a meno che dal testamento o da altra dichiarazione scritta del testatore risulti che questi sapeva che la cosa legata appartenesse all'onerato o al terzo.

Il legato di cosa altrui è, inoltre, valido qualora la cosa oggetto della disposizione non era nel patrimonio del testatore all'epoca della redazione del testamento, ma è diventata sua successivamente e, comunque, al momento della sua morte.

Il legato di cosa dell'onerato o di un terzo, sia pure nei limiti sopra descritti, dà luogo ad una ipotesi tipica di legato ad effetti obbligatori e ad a effetti reali differiti, dal momento che il legatario all'apertura della successione non acquista la proprietà ma solo il diritto di credito al trasferimento di essa da parte dell'onerato: se si tratta di cosa dell'onerato, questi è obbligato a trasferire la proprietà del bene al legatario che in caso di inadempimento potrà ricorrere alla tutela specifica di cui all'art. 2932 c.c.; se la cosa è di un terzo, si ha un legato con facoltà alternativa, poiché l'onerato può liberarsi pagando il giusto prezzo; l'obbligazione è facoltativa e non alternativa e, quindi, si estinguerà in caso di impossibilità della prestazione principale; il legatario potrà invece ricorrere alla tutela specifica di cui all'art. 2932 c.c. qualora l'onerato (dopo l'acquisto dal terzo) non gli trasferisca il bene ma non eserciti neppure la sud-

detta facoltà alternativa: qui non si applica, infatti, il principio dell'acquisto automatico da parte del compratore nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa, che è previsto dall'art. 1478, co. 2, c.c. per la vendita di cosa altrui.

L'art. 656 c.c. disciplina il legato di cosa del legatario: il legato è nullo per mancanza di causa qualora la cosa legata appartenga al beneficiario al tempo in cui fu fatto il testamento ma anche al tempo dell'apertura della successione; il legato è valido qualora il bene al tempo dell'apertura della successione si trovi in proprietà dell'onerato o di un terzo e dal testamento risulti che esso fu legato in previsione di tale avvenimento. In tal modo, il legislatore del 1942 ha abbandonato espressamente la regola catoniana, secondo la quale per decidere della validità del legato si doveva aver riguardo solo al tempo del testamento, ed ha posto fine ai dubbi interpretativi sollevati al riguardo dall'art. 843, co. 1, c.c. del 1865.

L'art. 657 c.c. si occupa del legato di cosa acquistata dal legatario e si ricollega, modificandolo, all'art. 843, co. 2, c.c. del 1865, il quale accomunava l'ipotesi in cui il legatario, successivamente alla confezione del testamento, avesse acquistato la cosa oggetto del legato dal testatore e l'ipotesi in cui, sempre successivamente alla confezione del testamento, l'avesse acquistata da un terzo, disponendo per entrambe che, se l'acquisto era avvenuto a titolo oneroso, il legatario aveva diritto al prezzo – ciò in palese contraddizione con l'art. 892, in tema di revoca del legato a seguito dell'alienazione della cosa da parte del testatore, e con l'art. 837, in tema di validità del legato di cosa altrui a condizione dell'espressa menzione nel testamento che il testatore sapesse dell'altruità della cosa – mentre, se l'acquisto era stato a titolo gratuito, il legato restava privo di effetto.

La nuova formulazione stabilisce in modo assai più coerente che: a) se il legatario, dopo la confezione del testamento, ha acquistato dal testatore, a titolo oneroso o a titolo gratuito, la cosa a lui legata, il legato è senza effetto perché si intende revocato dal testatore in conformità dell'art. 686 c.c. che disciplina l'alienazione e la trasformazione della cosa legata; b) se, dopo la confezione del testamento, la cosa legata è stata dal legatario acquistata a titolo gratuito dall'onerato o da un terzo, il legato è senza effetto; c) se l'acquisto ha avuto luogo a titolo oneroso, il legatario ha diritto al rimborso del prezzo, qualora ricorrano le circostanze indicate dall'articolo 651 c.c.

Il legato di genere di cui all'art. 653 c.c. è necessariamente obbligatorio se si pone mente alla possibile altruità della cosa ed al principio di cui all'art. 1378 c.c. che reclama l'individuazione perché si abbia l'effetto traslativo: l'oggetto del legato di genere, infatti, può essere un bene mobile od anche un bene immobile, anche se nessuno del genere ve n'era nel patrimonio del testatore al tempo del testamento e nessuno se ne trova al tempo della morte. Il legislatore del 1942 ha così superato gli equivoci terminologici e i dubbi interpretativi circa l'estensibilità della figura del legato di genere ai beni immobili, cui aveva dato luogo l'art. 840 c.c. del 1865.

Il legato alternativo – avente ad oggetto l'attribuzione di due o più cose determinate che vengono poste in alternativa in modo che dopo la concentrazione la disposizione abbia effetti solo per una di esse – è un tipico legato obbligatorio che presenta notevoli affinità con il legato di genere, giacché entrambi, ai fini del loro adempimento, reclamano una scelta necessaria per l'individuazione dell'oggetto della prestazione. Il legislatore del 1942, sulla scia dell'art. 874 c.c. del 1865, si limita a stabilire, all'art. 665 c.c., che la facoltà di scelta spetta all'onerato, a meno che il testatore l'abbia lasciata al legatario o a un terzo.

L'art. 654 c.c. in tema di legato di cosa non esistente nell'asse si limita ad una riformulazione verbale dell'identico contenuto di cui all'art. 841 c.c. del 1865. Il tenore è il seguente: quando il testatore ha lasciato una sua cosa particolare o una cosa determinata soltanto nel genere da prendersi dal suo patrimonio, il legato non ha effetto se la cosa non si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte, ma in caso positivo si tratterà, s'intende, di mero effetto obbligatorio; se la cosa si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte, ma non nella quantità determinata, il legato ha effetto per la quantità che vi si trova.

L'art. 655 c.c. in tema di legato di cosa da prendersi in un certo luogo elimina taluno dei dubbi sollevati dall'incerta formulazione dell'art. 842 c.c. del 1865, stabilendo: a) che il legato di cose da prendersi da un certo luogo ha effetto soltanto se le cose vi si trovano, e per la parte che vi si trova; b) che tale legato ha tuttavia effetto per l'intero quando, alla morte del testatore, le cose non vi si trovano, in tutto o in parte, perché erano state rimosse temporaneamente dal luogo in cui di solito erano custodite. È piuttosto evidente che ove si tratti di cose altrui dovrà applicarsi anche la relativa disciplina e si tratterà, in tale ipotesi, di un legato necessariamente ad effetti obbligatori.

L'art. 658 c.c. delinea, con poche varianti formali rispetto all'art. 844 c.c. del 1865, il legato di un credito e il legato di liberazione da un debito. Entrambi questi tipi di legato, qualora abbiano ad oggetto, rispettivamente, un credito del testatore ovvero un debito del beneficiario verso di costui, rivestono efficacia immediata, giacché si raffigurano come una cessione di credito dal legatario o come una vera e propria remissione del debito. È necessario, tuttavia, che il legatario richieda all'onerato *ex art. 694, co. 3, c. c.* il possesso dell'eventuale titolo di credito al fine di farlo valere nei confronti del debitore.

L'art. 659 c.c., sulla scia dell'art. 845 c.c. del 1865, prevede due distinte ipotesi di legato a favore del creditore: la prima si ha quando il testatore, senza far menzione del proprio debito, fa un legato al suo creditore, in tal caso il legato non si presume voluto per soddisfare il legatario del suo credito ma l'onerato – è da ritenere – potrà dare la prova in contrario; la seconda si ha quando il testatore menziona il proprio debito, in tal caso l'attribuzione è effettuata dichiaratamente a scopo di pagamento.

L'art. 670 c.c. unifica il disposto degli artt. 865 e 867 c.c. del 1865 e, quindi, ricomprende nell'unica disciplina del legato di prestazioni periodiche anche il legato di rendita vitalizia o di pensione. L'oggetto del legato di prestazioni periodiche è costituito da una somma di denaro o da altre cose fungibili che devono essere prestate periodicamente. È con tutta evidenza un tipico legato obbligatorio ad esecuzione periodica. Il legato di mantenimento è da ritenersi ricompreso nell'ambito di applicazione dell'art. 670 c.c., mentre il legato di alimenti rimane assoggettato all'apposita disciplina dell'art. 660 c.c. che sostituisce, aggiornandone il contenuto, l'art. 846 c.c. del 1865. L'autonoma fattispecie si spiega, innanzitutto, con la scelta di rinviare, quanto alla misura degli alimenti, alle somministrazioni di cui all'art. 438 c.c. in tema di obbligo legale alimentare e di riservare al testatore la facoltà di disporre altrimenti, ma probabilmente anche con l'implicita rilevanza così attribuita al presupposto dello stato di bisogno dell'alimentando.

4. – La casistica prima esaminata sul piano legislativo trova riscontro, sia pure inevitabilmente a macchia di leopardo, nella giurisprudenza edita, la quale si sofferma sui singoli tipi di legato con pronunce che riguardano soprattutto aspetti minuti di disciplina in conformità all'impianto codicistico e qualche volta aspetti di sicuro rilievo sistematico.

La S.C. è tornata, innanzitutto, sulla distinzione tra legato di specie²³ – avente ad oggetto la proprietà di un cosa determinata od altro diritto appartenenti al testatore, la cui titolarità si trasmette al legatario al momento dell'apertura della successione – e *legato di quantità o di genere*²⁴ che attribuisce al legatario un diritto di credito nei confronti dell'onerato.

Nell'ambito dei legati obbligatori, la S.C.²⁵ ha poi esaminato, delineandone i contorni, la figura del legato di contratto, che determina, come ben sappiamo, l'imposizione all'onerato da parte del testatore dell'obbligo di stipulare un contratto con il legatario: una figura atipica che non ha dato luogo, per la verità, ad un contenzioso quantitativamente numeroso ma che ha avuto sicuramente e continua ad avere diffusione nella prassi.

Al riguardo la S. C. ha messo in evidenza già da tempo alcuni aspetti di notevole rilievo: a) l'oggetto dell'obbligo di contrarre scaturente da un legato non può consistere in un contratto dominato dall'*intuitus personae*²⁶; b) l'obbligo di contrarre scaturente da un legato è suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*²⁷.

La S. C. si è soffermata sulle differenze che intercorrono tra onere e legato e le ha fatte discendere dall'interpretazione della disposizione testamentaria come tale insindacabile in sede di legittimità²⁸: il legato in tale indirizzo giurisprudenziale costituisce, infatti, un'autonoma e diretta attribuzione patrimoniale a favore del legatario, il quale anche nell'eventualità di legato obbligatorio si presenta come avente causa dal *de cuius*, mentre l'onere o *modus* integra una liberalità indiretta per il tramite di un'obbligazione imposta all'onerato di cui l'eventuale beneficiario è l'avente causa²⁹.

²³ Cass., 6 marzo, 2708, in *Vita not.*, 1992, 1915.

²⁴ Cass., 22 giugno, 7082, in *Riv. not.*, 1996, 643.

²⁵ Cass., sez. un., 5 luglio 1994, n. 6333, in *Contratti*, 1994, 627 ss.; ma v. già Cass., 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro it.*, 1955, I, 1609 ss.; nella giurisprudenza di merito anteriore al codice civile del 1942 v., in senso contrario all'ammissibilità della figura, l'isolata App. Genova, 14 aprile 1893, in *Foro it. Rep.*, voce *Successione*, 1346, n. 144.

²⁶ Cass., 2 agosto 1952, n. 2502, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, II, 229 ss.; Cass., 10 aprile 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 510 ss.; App. Firenze, 16 marzo 1951, in *Foro it.*, 1955, I, 1611.

²⁷ Cass., 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro it.*, 1952, I, 240 ss.

²⁸ Cass., 26 gennaio 1981, n. 576.

²⁹ Cass., 28 novembre 1984, n. 6194 in *Mass. Giur. it.*, 1984; Cass., 16 gennaio 1975, n. 168, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1408 e ss.; Cass. 13 giugno 1950, n. 1498, in *Mass. Giur. it.*, 1950, 375.

Secondo un'analogia impostazione, si ha legato, qualora il vantaggio del terzo sia stato direttamente considerato dal testatore come scopo precipuo della sua disposizione, e si ha onere modale nel caso inverso³⁰.

Il criterio distintivo tra legato obbligatorio ed onere è rappresentato, pertanto, dalla circostanza che il legato obbligatorio dà vita ad un fenomeno successorio, sicché il peso economico della prestazione grava sull'asse ereditario o meglio su ciò che dell'asse ereditario viene attribuito all'onerato, mentre nell'onere tale peso grava esclusivamente sul patrimonio dell'onerato.

La tesi che opta drasticamente per il legato, ogni qual volta il beneficiario sia determinato dal testatore o quanto meno determinabile nei limiti di cui all'art. 631 c.c., ricorre in un'isolata giurisprudenza di merito³¹, la quale ha ritenuto che configuri legato obbligatorio ogni disposizione attributiva di un diritto di credito ad un soggetto determinato o determinabile, mentre l'onere ricorrerebbe esclusivamente in corrispondenza di una clausola testamentaria dispositiva di un obbligo ma non attributiva di un diritto di credito.

La giurisprudenza di merito a sua volta qua e là per fare solo alcuni esempi ha chiarito: a) in un caso di legato di rinnovazione di contratto di locazione³², che attraverso la valida attribuzione di un legato di contratto – fattispecie, com'è noto, ben diversa dal legato di posizione contrattuale – il testatore vuole “prolungare” la propria volontà della quale sarà esecutore il successore-onerato; b) in un caso di legato di cosa dell'onerato³³, essendo tale legato non immediatamente traslativo della proprietà ma solo munito di efficacia obbligatoria, che nell'ipotesi di inadempimento dell'onerato è ammissibile il ricorso, da parte del beneficiario, all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre prevista dall'art. 2932 c.c.; c) in un caso di legato di prestazione in luogo di adempimento³⁴, che il legato è invalido, qualora l'obbligazione precedente riguardi prestazioni dovute al prestatore di lavoro per effetto di norme inderogabili per legge o in forza di contratti collettivi, giacché si tratterebbe di una inammissibile rinuncia del legatario tali prestazioni di per sé irrinunciabili; d) in un caso di impossibilità della prestazione nel legato di cosa altrui, che il legatario non può pretendere il giusto prezzo di cui all'art. 651 c.c., dal momen-

³⁰ Cass., 13 marzo 1970, n. 645.

³¹ App. Napoli, 15 luglio 1988.

³² Trib. Parma, 16 gennaio 2010, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 8-9, 592.

³³ Trib. Catania, 20 aprile 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 682.

³⁴ Cass. civ., 12 luglio 2001, n. 9467, in *Riv. not.*, 2002, 1245 e ss.

to che l'obbligazione posta a carico dell'onerato non è un'obbligazione alternativa ma un'obbligazione facoltativa, con la conseguenza dell'estinzione dell'obbligazione, ove la prestazione principale divenga impossibile per causa non imputabile all'onerato ³⁵.

Un caso particolarmente interessante tra giurisprudenza di legittimità e di merito è rappresentato dal legato d'usufrutto con facoltà dell'usufruttuario di pretendere l'alienazione del bene e l'acquisizione del ricavato o di parte di esso per l'eventualità del proprio stato di bisogno e correlativo obbligo di alienare a carico dell'onerato-nudo proprietario.

La disposizione testamentaria in discorso viene disaggregata in due distinti legati: un primo legato, ad effetti reali e ad efficacia immediata, che istituisce a beneficio del legatario un usufrutto dell'intero patrimonio ereditario o di beni determinati; un secondo legato, che può essere atipico e ad effetti obbligatori in capo all'onerato, sospensivamente condizionato allo stato di bisogno dell'usufruttuario, ed avente ad oggetto la vendita dei beni indicati dal testatore e l'attribuzione del ricavato in parte all'onerato e in parte al legatario ³⁶; ovvero ad effetti reali con la conversione automatica, a favore dell'usufruttuario, del legato di usufrutto nel legato della proprietà di alcuni beni determinati, per il soddisfacimento delle sue necessità ³⁷.

5. – Come s'è già ricordato in premessa, il testamento oggi non svolge più una funzione meramente attributiva ³⁸ dei beni del *de cuius* agli eredi o legatari bensì ha una funzione più ampia e generale di regolazione di un intero assetto giuridico e patrimoniale per il tempo successivo alla morte del testatore, il quale per suo tramite può pertanto costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici.

La dottrina si è interrogata sulla possibilità di ricavare dall'interpretazione delle norme codicistiche in materia successoria (ma non solo) un principio ge-

³⁵ Trib. Roma, 2-8 maggio 2002, n. 18070.

³⁶ Trib. Terni 29 luglio 1953, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, V, 728.

³⁷ Cass., 9 dicembre 1980, n. 6365, in *Mass. Giur. it.*, 1980, 1521; Cass., 8 novembre 1956, n. 4210, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1374.

³⁸ Cfr. per tutti G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 3 ss. e G. Bonilini, *Testamento*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 344. In giurisprudenza, tra le più recenti pronunce, v. Cass., 25 maggio 2012, n. 8532, in *Riv. not.*, 2012, 4, 952 ss.

nerale per cui il testamento, quale strumento di autonomia privata idoneo a costituire (nuovi) o regolare (preesistenti) rapporti obbligatori, possa virtualmente contenere qualsivoglia disposizione *mortis causa*, tipica ma anche atipica, cioè non espressamente disciplinata dal legislatore, purché lecita (ossia non contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume) e perseguita interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (applicando sostanzialmente, in via analogica, alla materia successoria, il principio di atipicità dell'autonomia privata sancito in ambito contrattuale dall'art. 1322, 2° comma, c.c.)³⁹.

In particolare, attraverso i legati ad efficacia obbligatoria (tipici e atipici) e le disposizioni modali (contenenti un onere o *modus*), il testamento è considerato a pieno titolo una fonte di obbligazioni *ex art.* 1173 c.c.⁴⁰, potendo costituire nuovi rapporti giuridici (come ad es. nelle ipotesi del legato di contratto o di prelazione) ovvero incidere su rapporti giuridici preesistenti, modificandoli o estinguendoli (v. artt. 658 e 659 c.c., l'uno in tema di legato di credito o di liberazione da debito e l'altro in tema di legato a favore del creditore, in particolare nelle varianti obbligatorie in cui il credito legato o da estinguere appartenga all'onerato o ad un terzo)⁴¹.

Una parte cospicua della migliore dottrina ritiene, tuttavia, che non sia corretto parlare nel nostro ordinamento giuridico di legati tipici e di legati atipici in senso proprio, con il consueto corollario del controllo di meritevolezza per i secondi⁴².

L'atipicità, secondo tale orientamento, non va riferita alla struttura ma al contenuto del legato, il quale costituisce uno schema astratto posto a presidio della razionalità del fenomeno successorio *mortis causa* ovvero sia un costante modello tipologico che prescinde dal contenuto di volta in volta diviso dal testatore, purché tale contenuto, al di là delle espresse previsioni normative, sia consentito dall'ordinamento giuridico.

³⁹ Cfr. G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 159 e L. Bigliazzi Geri, *Il testamento. Il profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, 100.

⁴⁰ Cfr. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 76 ss. e G. Criscuoli, *ivi*, 507 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 28 novembre 1984, n. 6194, in *Giust. civ. mass.*, 1984, 11 e Cass., 18 marzo 1999, n. 2487, in *Notariato*, 2000, 148.

⁴¹ Cfr., da ultimo, per un'ampia riconsiderazione di tali profili, E. Migliaccio, *Funzione e vicende dei legati. Il legato di debito*, Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», n. 3, Napoli, 2015.

⁴² V. Barba, *Disposizioni testamentarie*, cit., 15 ss.; G. Bonilini, *ivi*, 61 ss.

L'ammissibilità di un legato a effetti obbligatori c.d. "atipico", in quanto non delineato dal legislatore in un'apposita fattispecie normativa, non richiederebbe allora una valutazione di meritevolezza, bensì uno scrutinio del concreto rapporto giuridico scaturente dal legato sulla scorta degli ordinari criteri della patrimonialità della prestazione e della liceità, possibilità e determinatezza o determinabilità dell'oggetto.

Al di là di tali sicuri approdi interpretativi, il ripudio della valutazione di meritevolezza potrebbe forse venire sottoposto, in un'indagine che esorbita dalle presenti note, ad un vaglio più ampio sulla scorta di altre coordinate dell'ordinamento giuridico. A tal fine andrebbero reconsiderati, innanzitutto, l'ampiezza del giudizio di meritevolezza, il confine col giudizio di liceità e il ruolo del criterio dell'utilità sociale, ma anche il dibattito sulla tipicità delle promesse unilaterali e l'estensione codicistica agli atti unilaterali *inter vivos* a contenuto patrimoniale della disciplina che regola i contratti in quanto compatibile.

Il guadagno dogmatico che ne deriverebbe è quello di una ulteriore chiarificazione in termini di teoria generale del perché il giudizio di meritevolezza debba trovare spazio nel sistema circolatorio affidato allo strumento contrattuale e non anche nel sistema circolatorio affidato ad altri strumenti dell'autonomia privata.

Non va dimenticato, infine, che il giudizio di meritevolezza finisce talora con l'insinuarsi comunque nell'apprezzamento del legato ad effetti obbligatori per ragioni che attengono alle caratteristiche strutturali di tale figura: si pensi in particolare al legato di contratto innominato o atipico e alla difficoltà di limitare a valle nell'esame dell'oggetto del legato la considerazione degli interessi in gioco.

La dottrina suole distinguere tra costituzione-modificazione diretta e indiretta di rapporti obbligatori per mezzo del testamento: nella prima ipotesi, la volontà del testatore è idonea ad incidere direttamente ed immediatamente, all'apertura della successione, sul rapporto obbligatorio costituendolo, modificandolo o estinguendolo, salvo rifiuto da parte del beneficiario della disposizione (procedimento diretto); nella seconda ipotesi, il testatore invece pone a carico dell'onerato il compimento di una determinata attività negoziale *inter vivos*, che sarà a sua volta fonte dell'obbligazione voluta dal testatore (procedimento indiretto, v. più avanti il legato di contratto).

La costituzione o modificazione del rapporto obbligatorio voluta dal testatore si attuerà attraverso l'incontro di una pluralità di manifestazioni di volontà dei singoli soggetti coinvolti, che sono successive ed autonome ma collegate tra loro da una comune finalità, in quanto la volontà espressa dal *de cuius* nel testamento dovrà essere "accettata" (o quanto meno non rifiutata) dal legatario, nel procedimento diretto, ed altresì attuata dall'onerato per mezzo di una ulteriore manifestazione negoziale, nel procedimento indiretto, dando luogo così a fattispecie negoziali, bilaterali o trilaterali, che traggono origine e fondamento nella disposizione *mortis causa* del testatore.

Nel procedimento diretto, quindi, la costituzione o la modificazione del rapporto obbligatorio, voluta dal testatore, si produrrà dopo l'apertura della successione con il mancato rifiuto del legato da parte del legatario, ad es. nel c.d. "legato di debito improprio" (o "*datio in solutum* testamentaria") con cui il testatore dispone l'adempimento di una preesistente obbligazione con una diversa prestazione rispetto a quella originariamente dovuta, fattispecie negoziale che si completerà solo a seguito della mancata rinuncia (oppure l'accettazione espressa) del creditore-legatario, che varrà quindi anche come consenso alla prestazione in luogo dell'adempimento *ex art. 1197 c.c.* (con alcuni limiti, tuttavia, in caso di debiti da lavoro, che non possono essere soggetti a rinuncia da parte del prestatore di lavoro *ex art. 2113 c.c.*⁴³).

Il problema del rapporto tra unilateralità del negozio testamentario e bilateralità del negozio novativo⁴⁴ va affrontato anche nella diversa ipotesi della novazione di una preesistente obbligazione.

In dottrina⁴⁵ si è rilevato come sia possibile perfezionare la novazione attraverso due negozi unilaterali autonomi ma collegati tra loro dal medesimo *animus novandi* (e *aliquid novi*) ossia dalla volontà comune di estinguere l'obbligazione originaria e farne sorgere una nuova. Ciò vale anche nell'ipotesi in cui uno dei due negozi sia *mortis causa*, non essendo richiesto dalla legge uno schema necessariamente contrattuale e *inter vivos* per dar luogo a novazio-

⁴³ V. Cass., 12 giugno 2001, n. 6497, in *Giust. civ.*, 2002, I, 90 ss.

⁴⁴ Cfr. L. Genghini-C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, in *Manuali notarili*, a cura di L. Genghini, vol. IV, t. II, Padova, 2014, 1028-1029.

⁴⁵ Cfr. G. Bonilini, *Dei legati*, Artt. 649-673, in *Il codice civile*, commentario diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2006, 305; N. Di Mauro, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, 306-307; L. Genghini-C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 1050.

ne, bensì soltanto la bilateralità del negozio novativo, che risulta soddisfatta anche quando la volontà delle parti si incontra mediante due distinti e successivi negozi unilaterali, aventi medesimo contenuto e finalità, ancorché l'uno sia *mortis causa* (legato ad efficacia obbligatoria) e l'altro con effetti *inter vivos* (mancata rinuncia al legato, implicitamente o espressamente accettato).

È possibile, ad es., utilizzare lo schema del legato di debito *ex art. 659 c.c.* congegnato in modo da ottenere l'effetto estintivo-novativo, allorché il testatore sia debitore del legatario e voglia sostituire l'originaria obbligazione, oppure il legato di liberazione da un debito *ex art. 658 c.c.*, sotto la condizione sospensiva dell'assunzione di una nuova obbligazione da parte del legatario (una sorta di sublegato a favore dell'erede o di altro legatario indicato dal *de cuius*), allorché invece il testatore sia creditore del legatario ⁴⁶.

Ancor più complessa è la c.d. "delegazione testamentaria", fattispecie in merito alla quale si discute circa l'ammissibilità di un ordine (*iussum*) delegatorio all'interno del testamento.

Secondo una parte della dottrina ⁴⁷, si tratterebbe di una fattispecie negoziale trilaterale di natura necessariamente contrattuale, non perfezionabile tramite testamento; secondo altri ⁴⁸, invece, sarebbe possibile ricostruirla come incontro tra volontà contenute in tre negozi unilaterali distinti ma collegati tra loro, perfezionabili anche in momenti diversi.

Sulla scorta di questa seconda tesi, sarebbe possibile disporre uno *iussum* delegatorio a mezzo di negozio unilaterale, anche *mortis causa* e, quindi, all'interno di un testamento, con il perfezionamento, tuttavia, della delegazione solo in un secondo momento a seguito dell'assunzione dell'obbligo da parte del delegato, da un lato, e del consenso alla delegazione manifestato dal creditore-delegatario, dall'altro (potendosi utilizzare allo scopo o un legato di liberazione da debito a favore degli eredi *ex art. 658 c.c.*, posto a carico del solo delegato, oppure un legato a favore del creditore *ex art. 659 c.c.*, nella sua variante *satisfaciendi causa*, anch'esso posto a carico del solo delegato) ⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, 1241.

⁴⁷ Cfr. R. Nicolò, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, 111 ss. e F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, 177.

⁴⁸ Cfr. N. Di Mauro, *Le disposizioni testamentarie* cit., 456 ss.; P. Rescigno, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 960 ss.; W. Bigiavi, *La delegazione*, Padova, 1940, 377.

⁴⁹ Cfr. A. de Torres, *I legati ed i rapporti giuridici di natura obbligatoria. La possibilità per il*

Ci sentiamo di aggiungere, in questa sede, che ove naturalmente il delegato-onerato sia un erede o un legatario, non sorgono particolari problemi, assumendo costoro l'obbligo di adempiere all'onere automaticamente con l'accettazione dell'eredità o del legato (*rectius*: mancata rinuncia), mentre ove il testatore delegasse un soggetto terzo (fuori cioè dallo schema tipico dell'onere del legato previsto dagli artt. 662 e 663 c.c.), la delegazione non potrebbe perfezionarsi senza un'ulteriore e specifica manifestazione di volontà da parte di quest'ultimo, il quale assuma su di sé il debito lasciato dal *de cuius* (dietro richiesta degli eredi e a ciò motivato, ad es., dall'essere a sua volta debitore del *de cuius* – con contestuale liberazione dal debito – ovvero per riconoscenza o altri motivi particolari).

Non è, infine, *prima facie* da escludersi, in alternativa, l'utilizzo da parte del testatore del procedimento indiretto di cui sopra, attraverso la disposizione di un legato di contratto o di negozio unilaterale con cui onerasse l'erede (o il legatario nell'ipotesi di sublegato) a compiere un'attività negoziale *inter vivos* finalizzata alla realizzazione della fattispecie delegatoria (passiva o anche attiva). Ulteriori ed analoghe questioni (e difficoltà) teorico-applicative si riscontrano altresì in tema di espromissione ed accollo disposti dal *de cuius* per testamento⁵⁰.

La dottrina si è anche impegnata nella individuazione delle diverse tipologie di legati ad effetti obbligatori, muovendo dalla consapevolezza: a) che il legato obbligatorio costituisce in capo al legatario un diritto di credito e in capo all'onerato un obbligo; b) che l'unico presupposto indefettibile è rappresentato dalla circostanza che la prestazione del rapporto giuridico abbia contenuto patrimoniale e sia lecita, possibile, determinata o determinabile⁵¹.

Tale prestazione può, indifferentemente, consistere in un *dare*, in un *facere* e in un *non facere* e può aver a oggetto una cosa o un'attività⁵². I legati di *facere* sono quelli maggiormente diffusi, sia che consistano in un'attività

testatore di incidere su rapporti obbligatori preesistenti: Datio in solutum, novazione e delegazione testamentaria, in *Rivista notarile*, 2014, 4, 12 ss., e R. De Paoli Ambrosi-G. Gorlani, *Clausole testamentarie*, Milano, 2014, 280 ss., in particolare 298-301.

⁵⁰ Cfr. N. Di Mauro, *Le disposizioni modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 859 ss.; V. Barba, *Disposizioni testamentarie*, cit., 18 ss.

⁵¹ V. Barba, *ivi*, 15 ss.

⁵² G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 101 ss.; G. F. Basini, *L'oggetto del legato, e alcune sue specie*, in G. Bonilini-G.F. Basini, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 93 ss.

materiale (ad es. ristrutturare un'abitazione o insegnare un mestiere) ovvero in un'attività negoziale.

L'attività negoziale, a sua volta, può essere unilaterale (ad es. la rinuncia ad un diritto, il riconoscimento di un debito, la ratifica di un negozio inefficace), bilaterale o plurilaterale (ad es. il legato di contratto).

Nel novero dei legati aventi a oggetto un *non facere*, sono frequenti le ipotesi nelle quali il testatore, a vantaggio del legatario, inibisce temporaneamente all'onerato di esigere un credito già scaduto, di esercitare atti di concorrenza, di alienare un determinato bene⁵³. Il legato che fa carico all'onerato di non so-praelevare può, alternativamente, assumere i tratti di un legato obbligatorio di non fare ovvero di un legato costitutivo di una *servitus altius non tollendi*.

La dottrina ricomprende tra i legati obbligatori aventi a oggetto un *dare* i c.d. legati punitivi⁵⁴: va ricordata, in particolare, la clausola penale testamentaria che impone all'onerato, per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale scaturente dal legato, una determinata prestazione consistente per lo più nel dare una somma di danaro⁵⁵.

6. – Il c.d. “legato di contratto”⁵⁶, come si è già accennato, è la disposizione testamentaria a titolo particolare e ad efficacia obbligatoria che impone all'onera-

⁵³ G. Bonilini, *ivi*, 157 ss.; Id., *I legati*, cit., 93 ss.

⁵⁴ G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 151 ss.; Id., *I legati*, cit., 156 ss.

⁵⁵ S. Mazzaresse, *Clausola penale*, in *Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano 1999, *sub* artt. 1382-1384, 287.

⁵⁶ Sul legato di contratto, detto anche legato “di attività negoziale” o “di comportamento negoziale”, cfr. G. Bonilini, *Il legato di contratto*, nota a Cass. 5 luglio 1994, n. 6333, in *Contratti*, 1994, I, 628 ss.; Id., *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 108 ss.; Id., *I legati*, cit., 123 ss.; Id., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*⁸, Torino, 2016, 326-327; E. V. Napoli, *Il legato di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 738 ss.; F. P. Lops, *Il legato*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1998, 1036 ss.; C. Murgia, *In tema di negozio di attuazione di obbligazioni testamentarie ex legato di contratto*, in *Giur. merito*, 1976, IV, 269 ss.; A. Brunetti, *Legato di un contratto*, nota a Cass., 29 aprile 1925, in *Foro veneto*, 1926, 49 ss. Nella letteratura specialistica notarile, per puntuali riferimenti alle singole fattispecie, cfr. N. Virgilio, *I legati atipici*, in *Le successioni. Manuale notarile*, a cura di V. Tagliaferri-F. Preite-C. Carbone, Milano, 2016, spec. 1054 ss.; L. Di Lorenzo, *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, Quaderni di Notariato, n. 34, Milano, 2015, 75 ss.; L. Genghini-C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 1512 ss.; AA.VV., *Formulario notarile commentato*, a cura di G. Petrelli, VII, *Successioni e donazioni. Le successioni per causa di morte*, t. I, dir. da G. Bonilini, Milano, 2011, 1022 ss.; L. F. Nazzaro-S. Romeo, *I legati ed i legati innominati atipici*, Padova, 2007, 17 ss.; M. Ieva, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, 85 ss.

to di concludere o far concludere con il (o in favore del) legatario un determinato contratto (o, più in generale, una determinata attività negoziale) ⁵⁷.

L'obbligazione scaturente da tale legato atipico (in quanto non disciplinato dal codice civile) ha, dunque, per oggetto un *facere* a carico dell'onerato, consistente nel compimento di un'attività negoziale a vantaggio del legatario ⁵⁸, che ne acquista pertanto il correlativo diritto di credito (a pretendere la stipulazione di un determinato contratto) nei confronti dell'onerato.

Il diritto romano, come si è visto in precedenza, mediante il *legatum per damnationem* consentiva già di legare una prestazione a carico dell'onerato e, coerentemente, sia nel vigore del codice civile del 1865 ⁵⁹ sia nel vigore del codice del 1942 ⁶⁰, si è ritenuto possibile, in base ai principi generali, porre ad oggetto di legato una prestazione di fare, anche a carattere negoziale.

L'autonomia testamentaria, dunque, consente nel nostro ordinamento, occorre ribadirlo, non solo di trasmettere a titolo di legato diritti patrimoniali specificamente determinati (artt. 649 ss. c.c.) ma anche di far sorgere, in capo ad un soggetto onerato, l'obbligazione di concludere un determinato contratto con l'onorato, ad es. una locazione di un immobile ereditario per una certa durata e ad un canone vantaggioso per il legatario.

Le fattispecie più ricorrenti nella prassi sono quelle dei legati di contratto di compravendita o di locazione ⁶¹, di mutuo, di comodato, di lavoro subordinato, di locazione d'opera, di fideiussione ⁶². Un'ulteriore ipotesi può essere rappresentata dal legato di contratto di rendita vitalizia, che non è tuttavia da confondere con la costituzione diretta di rendita vitalizia per testamento, prevista dall'art. 1872, comma 2, c.c.

La validità del legato di contratto è subordinata all'ordinario scrutinio del suo oggetto e quindi occorre, con riferimento ad esso: a) che non siano violate le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume; b) che risulti supe-

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 1994, n. 6333, cit.

⁵⁸ Cfr. G. Bonilini, *I legati*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 2001, 123 ss.

⁵⁹ Cfr. App. Napoli, 22 febbraio 1929, in *Foro it.*, 1929, I, 984 ss. con nota di D'Onofrio e, in dottrina, C. Fadda, *Legato del diritto di continuare una locazione*, in *Filangieri*, I, 1894, 228 ss.; C. Scuto, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cose altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, I, 78 ss.

⁶⁰ Cfr. Cass., 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro it.*, 1955, I, 1609 ss.

⁶¹ G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 117 ss.

⁶² V. Barba, *Il legato di fideiussione*, in *Famiglia, Persone Successioni*, 2011, 416-427.

rato per i contratti atipici il giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c.; c) che ricorrano gli elementi essenziali e la forma voluta dal testatore. Un ulteriore limite all'autonomia testamentaria potrebbe naturalmente riguardare i contratti fondati sul c.d. *intuitus personae* (o "contratti a rilievo personale"), come tali insuscettibili di essere oggetto di legato obbligatorio: si pensi al mandato e alla società di persone, ma più in generale a qualunque rapporto contrattuale tutte le volte in cui la prestazione risulti essere infungibile e/o le qualità personali del prestatore essenziali (ad es. una prestazione d'opera intellettuale oppure un contratto di lavoro subordinato per mansioni dirigenziali).

È di fondamentale importanza il rapporto intercorrente tra il testamento quale negozio preparatorio (o meglio, tra il legato ad efficacia obbligatoria in esso contenuto, costitutivo del vincolo) ed il successivo contratto, attuativo del diritto del legatario, con funzione liberatoria per il soggetto onerato⁶³.

Elementi di analogia, infatti, sono presenti, per un verso, con il contratto preliminare unilaterale (in cui una sola delle parti si obbliga alla futura conclusione del contratto definitivo, l'altra rimanendo libera di stipulare o meno)⁶⁴ e, per altro verso, con gli obblighi legali a contrarre (ad es. l'art. 2597 c.c. per gli imprenditori che operino in condizione di monopolio legale oppure gli artt. 122 ss. del Codice delle assicurazioni private per l'obbligo di contrarre l'assicurazione per la responsabilità civile verso i terzi). Dalla sussistenza di tali analogie, discenderebbe l'applicabilità anche ai legati di contratto dell'esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c., a spese dell'onerato, in caso di inadempimento dell'obbligo di contrarre con il legatario⁶⁵.

Il legato di contratto va distinto dalla diversa figura del c.d. "legato di posizione contrattuale", legato ad effetti traslativi con cui viene direttamente tra-

⁶³ Sul rapporto intercorrente tra il testamento quale negozio preparatorio ed il successivo contratto che attua, con funzione liberatoria per l'onerato, il diritto del legatario cfr. A. Giordano Mondello, voce "Legato", cit., 643; G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 97-98 e 203 ss.; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 537 ss.

⁶⁴ Il legato di contratto è ritenuto assimilabile al preliminare unilaterale da A. Brunetti, *Legato di un contratto*, cit., 35; E. V. Napoli, *Il legato di contratto*, cit., 747; C. Murgia, *In tema di negozio di attuazione di obbligazioni testamentarie ex legato di contratto*, cit., spec. 271 ss.; G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 141; Id., *Il legato di contratto*, cit., 631, secondo cui «l'accostamento con l'istituto del contratto preliminare non può dirsi, *tout court*, azzardato, almeno a ragione dell'indubbia somiglianza funzionale».

⁶⁵ Cfr., da ultimo, A. Spatuzzi, *Il legato di contratto*, in *Notariato*, 2015, 589 ss., il quale si

sferito al legatario l'insieme dei diritti e degli obblighi discendenti da un contratto preesistente nella sfera giuridico-patrimoniale del *de cuius* ⁶⁶.

Il legato di contratto non va confuso, inoltre, con un altro significativo tipo di legato ad efficacia obbligatoria, quello avente ad oggetto la c.d. "prelazione testamentaria", che attribuisce al legatario il diritto ad esser preferito, a parità di condizioni, in un'eventuale futura negoziazione; tale diritto è protetto, in caso di inadempimento da parte dell'onerato, mediante l'azione per il risarcimento dei danni: una tutela che può essere rafforzata con la previsione di una penale ⁶⁷. È possibile, tuttavia, un legato di attività negoziale avente ad oggetto la stipula di un patto di prelazione.

La dottrina discute circa l'ammissibilità di un particolare tipo di legato di attività negoziale, ossia il legato obbligatorio di costituzione di ipoteca. È sicuramente vietata, infatti, dall'ordinamento l'ipoteca costituita per testamento (cfr. art. 2821, comma 2, c.c.) attraverso un legato ad effetti reali, per evitare un'alterazione della *par condicio creditorum* al momento dell'apertura della successione del debitore.

Secondo autorevole dottrina, il divieto ricomprenderebbe anche il legato di attività negoziale costitutiva di ipoteca, ossia la disposizione con cui il testatore obblighi l'erede a costituire l'ipoteca a favore di un suo creditore, giacché verrebbe ugualmente raggiunto lo scopo proibito dalla legge ⁶⁸.

sofferma anche sull'applicabilità della disciplina in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁶⁶ Cfr. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 128; F. Padovini, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1991, 117, il quale ritiene trasmissibili per legato i diritti derivanti dalla posizione contrattuale, mentre gli obblighi contrattuali solo mediante l'apposizione di un corrispondente onere a carico del legatario; C. Martone, *Legato di posizione contrattuale*, in *Studium Juris*, 1998, 53; F. Gradassi, *Clausole testamentarie in tema di legato di posizione contrattuale*, in *Notariato*, 1999, 43; L. Ballerini, *La successione e il rapporto locativo*, in AA.VV., *Successioni per causa di morte*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2015. Per quanto riguarda il legato di partecipazioni sociali, la dottrina ne ha sottolineato la non automatica trasmissibilità nelle società di persone, caratterizzate dall'*intuitus personae*, e l'assimilazione, quindi, ad una vera e propria posizione contrattuale assunta nel contratto sociale: v. per tutti G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 2002, 114.

⁶⁷ Cfr. G. Bonilini, *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 223 ss. e Id., *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 157 ss.

⁶⁸ D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, 239; G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 135, il quale, tuttavia, reputa ammissibile il legato obbligatorio d'ipoteca posto a garanzia del credito di un terzo non creditore del *de cuius*.

Altri pure autorevolmente propendono⁶⁹, invece, per la tesi affermativa: l'ipoteca costituita dall'erede o dal legatario non infrangerebbe il divieto di cui all'art. 2821 c.c., dal momento che la *par condicio creditorum* sussisterebbe pur sempre all'apertura della successione, essendo l'ipoteca iscritta in base ad un titolo successivo (ossia l'atto di costituzione di ipoteca posto in essere dall'onerao in adempimento del legato di attività negoziale).

7. – Il legato con funzione programmatica ha un particolare rilievo nel settore delle disposizioni fiduciarie e dei patrimoni con vincolo di destinazione, giacché l'ordinamento italiano, com'è risaputo, non ha ad oggi appositamente disciplinato l'istituto del *trust* interno e, quindi, neppure l'istituto del *trust* in funzione successoria⁷⁰ ma si è dedicato alla materia degli atti di destinazione un po' frettolosamente e con finalità di protezione limitata ad alcune categorie di soggetti o comunque di non chiara portata generale, così com'è avvenuto per la disciplina introdotta nell'art. 2645-ter c.c., su cui ci soffermerà tra breve, nonché in occasione del recente intervento legislativo di cui alla legge n. 112/2016, nella parte in cui si prevede “la costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter e di fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario”.

L'accostamento tra i diversi istituti sopra menzionati è palesato dallo stesso legislatore della l. 112/2016, come risulta dall'esame dei lavori in Commissione parlamentare, là dove si dice testualmente che “la disciplina del patrimonio con vincolo di destinazione ricorda la disciplina del c.d. *trust*” ma ci si guarda bene dall'affrontare la regolamentazione di questa complessa materia in un insieme coerente, con il risultato della sovrapposizione di diverse normative sparse e del tutto incomplete.

Quanto appena detto trova, dunque, conferma, in confronto al *trust* e all'intestazione fiduciaria, dall'esame degli interventi legislativi che hanno in-

⁶⁹ G. Gorla, *Della tutela dei diritti. Del pegno, delle ipoteche*, Artt. 2740-2899, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1954, 461; A. Chianale, voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., X, Torino, 1993, 171.

⁷⁰ Cfr., per tutti, E. Moscati, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 21 ss.; A. Zoppini-L. Nonne, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, in *Tratt. breve succ. e don.*, dir. da P. Rescigno, coord. da M. Ieva, I, 2^a ed., Padova, 2010, 147 ss.; R. Calvo, *Il «trust» testamentario*, in *Diritto delle successioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, t. I, Napoli, 2008, 63 ss.

trodotto istituti simili di nuovo conio prevalentemente a sostegno delle persone prive in parte o in tutto di autonomia.

Conviene, però, ricordare preliminarmente che l'Italia, se non ha mai adottato una disciplina generale del *trust*, ha sottoscritto però la Convenzione internazionale dell'Aja sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento dandovi esecuzione con l. 364/1989. Tale convenzione: a) consente di riconoscere nell'ordinamento interno i *trust* costituiti in paesi dove l'istituto è espressamente disciplinato; b) definisce i *trust* come quei rapporti giuridici realizzati con atti tra vivi o *mortis causa* nei quali il costituente affida il controllo di determinati beni ad un *trustee*, affinché li gestisca nell'interesse di un beneficiario o per la realizzazione di un determinato scopo.

L'elemento caratterizzante del *trust* prospettato dalla Convenzione è l'intestazione dei beni in capo al *trustee*, che li deve custodire e gestire, secondo quanto indicato nel *trust* e nella legge, tenendoli separati dai beni del proprio patrimonio.

Sulla scorta della Convenzione dell'Aja, si discute se possano essere ammessi in Italia i c.d. "*trust* interni", costituiti tra soggetti italiani su beni ubicati in Italia, ma regolamentati da una legge straniera specificamente indicata dalle parti. Sia la dottrina sia la giurisprudenza sono ancora incerte sul punto ⁷¹.

Una prima apertura al riconoscimento dell'istituto ha luogo semmai con l'introduzione nell'ordinamento interno dell'art. 2645-ter c.c. che prevede la trascrizione degli atti di destinazione per la "realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, ad altri enti o persone fisiche", purché meritevoli di tutela: "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di

⁷¹ Per uno sguardo d'insieme M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*³, Padova, 2016; Id., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014; L. Santoro, *Il trust in Italia*², Milano, 2009; S. Mazzamuto, *Il trust*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 621 ss.

destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

I tratti salienti di tale disciplina sono, dunque, la trascrivibilità degli atti di destinazione in forma pubblica aventi ad oggetto beni immobili e beni mobili iscritti in pubblici registri; la creazione di un vincolo di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela avente durata limitata alla vita del beneficiario o comunque non superiore a novanta anni; la possibilità per qualsiasi interessato di agire per la realizzazione di tali interessi, anche durante la vita del conferente; l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione mediante la trascrizione dell'atto relativo; l'impiego dei beni conferiti e dei loro frutti esclusivamente per la realizzazione del fine di destinazione; l'effetto di separazione patrimoniale (c.d. segregazione) per cui i beni conferiti e i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per tale scopo, ma soltanto se i rispettivi atti di destinazione siano stati trascritti prima del pignoramento, quando abbiano per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, e, negli altri casi, se risultino muniti di data certa anteriore al pignoramento.

La parte claudicante dell'art. 2645-ter c.c. è quella che riguarda la platea dei beneficiari ed in particolare la meritevolezza dell'interesse riferito a costoro: la norma nel suo improvvido rinvio all'art. 1322, co. 2, c.c. lascia aperto l'interrogativo se occorra il perseguimento di un fine di utilità sociale e di carattere superindividuale discrezionalmente apprezzabile dal giudice ⁷² ovvero se sia sufficiente la liceità dello scopo perseguito ossia la non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume ⁷³.

L'effetto di cui all'art. 2645-ter c.c. sembra limitarsi, inoltre, al vincolo di destinazione e non estendersi anche all'effetto traslativo che invece di norma è tipico del *trust*: l'appiglio sarebbe, perciò, troppo fragile per edificare su di

⁷² Cfr. per tutti F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 170, secondo il quale “il vincolo potrà avvantaggiare anche una singola persona fisica, ma non come tale, quanto piuttosto a condizione che lo scopo della destinazione sia il mezzo per realizzare anche una diversa finalità di pubblica utilità”.

⁷³ La meritevolezza coincide con la mera liceità, a parere, tra gli altri, di G. Vettori, *Atto di*

esso il *trust* all'italiana⁷⁴, anche se ci si è chiesto perché mai non sarebbe possibile quanto meno la duplice trascrizione, da parte del disponente, di un trasferimento "*trustii causa*" e, da parte del fiduciario, di un atto di destinazione nel proprio patrimonio cui egli si sia contrattualmente obbligato nell'ambito di un *pactum fiduciae* che regoli tutta l'operazione⁷⁵.

Nell'elaborazione dottrinale, nella prassi giurisprudenziale e, soprattutto, nelle proposte *de iure condendo*, ma con esiti non meno incerti, si è andata delineando, in luogo del *trust* di matrice anglosassone e sulla scorta dell'esperienza francese del *contract de fiducie*, una nuova nozione di contratto di fiducia con rilevanza esterna, raffigurato come sottotipo del mandato, ossia una sorta di *trust* all'italiana ad impianto contrattuale, con cui il fiduciante trasferisce beni presenti o futuri, determinati o determinabili, in forma di patrimonio separato, ad un fiduciario che li amministra e ne dispone secondo un programma determinato nell'interesse di uno o più beneficiari identificati o identificabili, ovvero per uno scopo socialmente utile.

La recentissima l. 112/2016 (c.d. legge sul "dopo di noi") prima ricordata ha riaperto il dibattito; si tratta di una disciplina la cui applicazione richiede la sussistenza di due condizioni: 1) che il beneficiario sia persona con disabilità grave, la quale non sia determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità; 2) che difetti il sostegno familiare in quanto manchino entrambi i genitori, ovvero costoro non siano in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, ovvero ancora si preveda che tale sostegno verrà meno alla morte di chi vi provvedeva.

Come è stato subito rilevato⁷⁶, la disciplina *de qua* ritiene ammissibile una vera e propria accozzaglia di strumenti: a) l'istituzione di un *trust* per la prima volta menzionato in una norma civilistica di diritto interno e non di diritto internazionale privato; b) la costituzione di fondi speciali tramite un

destinazione e trascrizione. L'art. 2645 ter, in AA.VV., Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter c.c.) a cura di G. Vettori, Padova, 2008, 176; A. Gentili, Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c., in Rass. dir. civ., 2007, 16; S. Patti, Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c., in Vita not., 2006, 987.

⁷⁴ C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 162 ss.

⁷⁵ S. Mazzamuto, *L'eclissi e l'antieclissi, a proposito di due libri recenti: C. Castronovo, Eclissi del diritto civile, Giuffrè, 2015 e G. Terranova, Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa, Pacini Giuridica, 2016, in Europa dir. priv., 2016, 1129 ss.*

⁷⁶ *Ibidem*.

contratto di affidamento fiduciario, parente stretto del contratto di fiducia di cui sopra, anch'esso un'assoluta novità legislativa; c) l'apposizione di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c.

A questo punto può ben convenirsi che la direttrice di marcia dell'ordinamento italiano si perde nell'indistinto e ciò a causa di una pur apprezzabile misura a favore di soggetti deboli quanto al fine, ma priva di qualsiasi coerenza sistematica quanto ai mezzi. È un caso lampante, infatti, di legislazione "nominalistica" che rinvia a figure note nel dibattito dottrinale senza correderle di un minimo di ossatura normativa ⁷⁷.

⁷⁷ Va in proposito ricordato, per inciso, che la l. 112/2016, nel testo definitivamente approvato dal Parlamento, è la risultante dell'unificazione di sei disegni di legge, di cui uno (d.d.l. n. 2682 d'iniziativa dei deputati Rondini, Allasia e altri) recava, tra l'altro, la "delega al Governo per la disciplina del contratto di fiducia". L'art. 9, co. 1, prevedeva al riguardo che entro due anni il Governo dovesse adottare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina del contratto di fiducia, tenendo conto dei modelli normativi dei Paesi membri dell'Unione europea, nel rispetto e in coerenza alla normativa della stessa Unione e alle convenzioni internazionali, nonché in conformità ai principi e ai criteri direttivi all'uopo stabiliti nel co. 2 dello stesso art. 9. Secondo il primo di tali criteri, sancito alla lett. a), si sarebbe dovuta "prevedere, nell'ambito del titolo III del libro quarto del codice civile, la disciplina speciale del contratto di fiducia, quale contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato a un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, nell'interesse di uno o più beneficiari non autosufficienti affetti da disabilità e da disabilità grave, di cui al comma 3 dell'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, determinati o determinabili". I punti principali della disciplina: a) quanto alla forma, era prescritto il requisito dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata *ad substantiam actus*; b) quanto agli effetti, si prevedeva che il contratto di fiducia determinasse "la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità del contratto ai terzi e ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti e i beni che costituiscono oggetto della fiducia". L'effetto della separazione veniva, quindi, ricollegato ai seguenti ulteriori effetti: 1) nel caso in cui il fiduciario fosse una persona fisica, all'esclusione dei beni e diritti oggetto del contratto di fiducia dalla comunione legale o dalla successione del fiduciario stesso; 2) nel caso in cui oggetto del contratto di fiducia fosse una somma di denaro, al "versamento dell'intero importo" in un "deposito nella disponibilità del fiduciario", quale condizione di perfezionamento del negozio alla stregua di un contratto reale. Taluni specifici principi e criteri direttivi venivano poi previsti con riguardo al contratto di fiducia a scopo di garanzia, pur essa comunque riferita alle sole ipotesi in cui i beneficiari fossero persone affette da disabilità e prive di adeguato sostegno familiare. Per il contratto di fiducia a scopo di garanzia si prevedeva, tra l'altro, quale requisito di validità a pena di nullità, l'indicazione del valore del bene trasferito in garanzia, oltre che del debito garantito. Inoltre, va rilevato, tra gli altri criteri direttivi, quello secondo cui i medesimi effetti prodotti dal contratto di fiducia sarebbero potuti derivare da sentenza ovvero da testamento, fatta salva, in quest'ultima ipotesi, la disciplina sulla disposizione fiduciaria di cui all'art. 627 c.c. La soluzione, infine, prevalse nel

In tale contesto, il legato con funzione programmatica può svolgere un ruolo quanto meno succedaneo, *sub specie* di legato di vincolo di destinazione, nell'ovviare all'assenza del *trust* successorio; ciò in modo analogo, ma più penetrante anche se con un ambito di applicazione più circoscritto, rispetto alla disposizione fiduciaria di cui all'art. 627 c.c.: "1. Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta. 2. Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace. 3. Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere".

È piuttosto evidente il carattere generale (non limitato cioè a talune categorie di beneficiari) della fattispecie ma anche il limitato novero di effetti riconducibili alla disposizione fiduciaria ivi prevista, la cui stabilità è affidata al divieto di accertamento giudiziale dell'interposizione e la cui attuazione rimane priva di azione di adempimento ma coperta dalla *soluti retentio* tipica delle obbligazioni naturali⁷⁸. La portata più ampia quanto alla platea di beneficiari del legato di vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. si coglie anche nel raffronto con la sostituzione fedecommissaria che è oggi circoscritta dall'art. 692 c.c. al c.d. "fedecommissario assistenziale": "1. 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. 2. La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle

senso dell'espunzione della delega al Governo per la disciplina del contratto di fiducia, alla luce dei profili sopra evidenziati, non può che trovarci d'accordo. Basti soltanto nel merito osservare come l'intervento del legislatore delegato, nel dettare la regolamentazione del contratto di fiducia in funzione degli scopi, di gestione e di garanzia, ma limitati al ristretto ambito sopradetto (persone affette da disabilità e prive di adeguato sostegno familiare), avrebbe finito per snaturare quello che è il generale modello del negozio fiduciario, che la tradizione giuridica ci ha fino ad oggi tramandato, pur nella complessità e diversità delle sue ricostruzioni dogmatiche.

⁷⁸ L. Di Lorenzo, *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, cit., 95 ss.

condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'articolo 416 interverrà la pronuncia di interdizione. 3. Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto. 4. La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. È anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza. 5. In ogni altro caso la sostituzione è nulla”.

Del legato di vincolo di destinazione si dà una duplice morfologia: a) il legato di vincolo di destinazione a carattere reale, della cui legittimità, come istituto di portata generale, si dubita, dal momento che l'art. 2645-ter non prevede espressamente l'effetto traslativo dei beni vincolati in capo al terzo (fiduciario o *trustee*): ma va ricordato che l'art. 697 c.c. ammette la sostituzione fedecommissaria nei legati e, quindi, in tale più ristretto ambito può aversi un vincolo di destinazione a carattere reale; b) il legato con obbligo a carico dell'onerato di costituire un vincolo di destinazione a favore del legatario, certamente ammissibile perché il testatore può ben onerare il proprio erede o legatario dell'obbligo di costituire un vincolo di destinazione sui beni loro attribuiti a favore di un terzo a sua volta onorato di un'attività negoziale per l'appunto dell'onerato ⁷⁹.

Il *trust* successorio ed il legato di vincolo di destinazione rappresentano con tutta evidenza strumenti alternativi per il conseguimento degli scopi divisati dal testatore ma nella giurisprudenza di merito si è andata delineando anche la tendenza a considerare *trust* e legato come strumenti cooperativi per il conseguimento di tali scopi. Il caso scrutinato è quello del testatore che abbia lasciato dei beni in legato ad un nipote minorenni ⁸⁰: l'istituzione di un *trust* ad opera dei genitori esercenti la potestà, affinché il figlio, al compimento della maggiore età, riceva l'oggetto del legato, potrebbe costituire una garanzia sicuramente più adeguata per la conservazione dei beni segregati fino al conseguimento della capacità di agire del beneficiario, attraverso uno strumento più duttile e sofisticato rispetto alla pura e semplice separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede di cui agli artt. 512 e ss. c.c.

⁷⁹ *Ivi*, 115 ss.

⁸⁰ Trib. Bologna (decr.), 3 dicembre 2003, in *Nuovo dir.*, 2004, 907.