



CASS. CIV., SEZ. II, 18 SETTEMBRE 2024, N. 25116

Ove il testatore, dopo avere apposto alla disposizione testamentaria una condizione sospensiva, dipendente anche dalla sua volontà, ne impedisca l'avveramento, la disposizione, se non revocata, resta pienamente efficace.

GIUSEPPE PORTONERA

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

REVOCA DELLA CONDIZIONE TESTAMENTARIA «PER CONDOTTA INCOMPATIBILE DEL DISPONENTE»?

SOMMARIO: 1. Il caso. Istituzione di erede sotto condizione di assistenza in favore del *de cuius*. Mancato avveramento della condizione e mancata revoca della disposizione testamentaria. – 2. Assenza di una disciplina specifica per l'ipotesi di una condotta del disponente «incompatibile» con l'avveramento della condizione. Testamento e contratto (sull'art. 1324 cod. civ. e sul negozio giuridico). – 3. Questione dell'estensibilità della disciplina di cui all'art. 1359 cod. civ. Esclusione dell'analogia legis o iuris. – 4. Interpretazione c.d. conservativa del testamento e ricostruzione della volontà del testatore. Argomenti dalla comparazione giuridica e dalla giurisprudenza di legittimità. Osservazioni conclusive.

1. – Un uomo istituisce come eredi universali due nipoti, precisando nella scheda testamentaria che «chiede loro che si impegn[i]no ad accudir[lo] in [sua] vita natural durante» presso un comune espressamente indicato. Apertasi la successione, il testamento viene impugnato dagli altri successibili, i quali allegano l'inadempimento dell'obbligo di assistenza da parte dei nipoti istituiti eredi. Questi ultimi, di converso, affermano che l'adempimento era divenuto impossibile per decisione del testatore, giacché questi si sarebbe rifiutato di trasferirsi nel comune indicato nella scheda testamentaria, e perciò di essere assistito¹. Il problema, come si intuisce, è relativo alla conciliazione tra la mancata realizzazione

¹ Si deve, preliminarmente, osservare che l'indicazione di un preciso comune, come luogo nel quale prestare l'assistenza, non sembra di per sé elemento in grado di incidere sull'avveramento dell'evento dedotto in condizione, nel senso di renderlo addirittura impossibile. A fronte della non disponibilità dell'uomo a spostarsi in un diverso comune, infatti, si possono comunque immaginare altre modalità per rendere possibile l'assistenza: i nipoti avrebbero, per esempio, potuto prestare le cure nel luogo nel quale l'uomo risiedeva, là trasferendosi ovvero recandovisi solo quando strettamente necessario. Dagli atti di causa riportati in sentenza non si riesce a ricavare se simili possibilità si siano presentate anche nel caso in esame, né essi consentono di comprendere se, per esempio, il comune nel quale risiedeva il testatore e quello indicato nella scheda testamentaria fossero così distanti da rendere, se non impossibile in un senso assoluto, quantomeno eccessivamente gravosa la prestazione delle cure e dell'assistenza. Peraltro, dal testatore il comune è stato indicato come «mio C frazione T e provincia di S»



di questo evento – ove si attribuisca rilievo al suo nesso di causalità con una scelta del testatore – con la mancata revoca della disposizione testamentaria.

In primo grado, il Tribunale ha risolto il problema qualificando la richiesta del *de cuius* quale «mero desiderio, privo d'efficacia condizionante», peraltro reputando che non si sarebbe giunti a una diversa conclusione là dove lo si fosse considerato come onere, trattandosi di un adempimento originariamente possibile ma successivamente divenuto impossibile per volontà del testatore.

La Corte d'Appello ha confermato la sentenza, ma con diversa e più esatta motivazione quanto alla qualificazione giuridica, giacché non si trattava di mero desiderio privo di rilevanza giuridica, né di onere, bensì di condizione sospensiva (art. 633 cod. civ.). Che non si tratti di mero desiderio è suggerito dalla stessa formulazione testuale della disposizione («chiede loro che si impegn[i]no»), mentre che non si possa fare riferimento alla figura dell'onere lo si ricava seguendo la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, per le quali l'onere costituisce una limitazione dell'attribuzione principale, mentre la condizione ha l'effetto di rendere incerta la stessa attribuzione. Nel caso di specie, il fatto che la richiesta di assistenza era destinata a ricevere soddisfazione durante la vita del testatore ha aggiunto un ulteriore elemento di chiarezza, giacché l'adempimento dell'onere si rivolge verso un momento successivo all'apertura della successione, tipicamente concretizzandosi nel perseguimento di un interesse morale (e, appunto, non materiale) del testatore o un interesse dello stesso onerato o di terzi determinati o persino diffuso². Poiché, peraltro, si versava in un'ipotesi di mancata realizzazione dell'evento e non di sua originaria impossibilità, la condizione era sottratta all'art. 634 cod. civ., a norma del quale nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, salvo che si ricada nell'ipotesi di motivo illecito che da solo che ha determinato il testatore a disporre, onde la disposizione testamentaria è nulla ex art. 626 cod. civ.³.

Ritenuta, dunque, valida la condizione, la Corte d'appello si è posta la questione delle conseguenze giuridiche del mancato avveramento dell'evento dedottovi: e una volta imputatane la causa alla condotta del testatore, ha fatto applicazione – si suppone per via analogica – dell'art. 1359 cod. civ., in forza del quale la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa, onde la delazione ereditaria è stata ritenuta pienamente efficace. In questo modo, la Corte ha mostrato di fare propria quell'interpretazione dell'art. 1324 cod. civ. che ne esclude un'implicazione sul piano letterale, là dove questo accomuna contratti e atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, e cioè la non riferibilità, in via estensiva, delle norme che regolano i contratti agli atti o negozi sì unilaterali ma *mortis causa*, come appunto il testamento. Si tratta, invero, di un orientamento controverso, sebbene con riscontri significativi in giuri-

(corsivo aggiunto), onde l'uso dell'aggettivo possessivo suggerisce che questi si stesse riferendo al luogo abituale di residenza; ma, in un altro punto della sentenza, il comune viene definito come il «paese natio» del *de cuius*, aggiungendo che quest'ultimo si sarebbe appunto «categoricamente rifiutato di trasferir[vi]si [...] per essere accudito dai nipoti». Anche in ragione di questi elementi di non univocità, nella stesura della nota si è avuto esclusivamente riguardo alla soluzione della Cassazione, che ha ritenuto che l'avveramento della condizione fosse stato reso impossibilità da una condotta del disponente «incompatibile» con esso.

² C.M. BIANCA, *Diritto civile. Le successioni*, II, 2, Milano, 2015, 363-364.

³ Come tradizionalmente si insegna, l'art. 634 cod. civ. ha recepito la c.d. «regola sabiniana», estendendola però anche alle condizioni illecite: ancora C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 350, e D. ACHILLE, *Condizione testamentaria illecita, regola sabiniana e limitazione della libertà matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 415 s., spec. 416-422.



sprudenza⁴, specialmente – ma non esclusivamente⁵ – quando si tratta di applicare le norme sull'interpretazione allegate agli artt. 1362 ss. cod. civ.

Da tale conclusione ha invece preso le distanze la sentenza che qui si annota, ove si è affermato che «Il richiamo all'art. 1359 cod. civ. non è condivisibile. La previsione normativa [...] regola i rapporti fra le parti di un contratto, così da impedire che la parte che resterebbe favorita dal non avveramento, si adoperi, ai danni dell'altra parte, perché ciò avvenga. La natura di negozio giuridico unilaterale del testamento rende impraticabile l'estensione della regola». La Cassazione ha invece seguito la sentenza d'appello con riguardo alla non originaria impossibilità della condizione di assistenza in favore del *de cuius*, perciò escludendo la specifica condizione testamentaria dall'ambito di applicazione dell'art. 634 cod. civ. Ne segue la riproposizione del problema segnalato in apertura: come raccordare il fatto che l'evento dedotto in condizione non si sia verificato per causa che viene imputata al testatore con la mancata revoca della disposizione testamentaria? Per la Cassazione, poiché «il mancato avveramento della condizione si è verificato per volere dello stesso disponente, il quale non ha voluto essere assistito in vita dai nominati nipoti», la condizione va considerata come «revocata per volontà dello stesso testatore». Il principio di diritto viene infatti enunciato in questi termini: «ove il testatore, dopo avere apposto una condizione sospensiva, dipendente anche dalla sua volontà, alla disposizione testamentaria, ne impedisca l'avveramento, la disposizione testamentaria, ove non revocata, resta pienamente efficace».

Tale principio, invero, non risulta persuasivo: per le ragioni che si offriranno di seguito, infatti, esso appare fondato, per un verso, su trasposizione delle regole di diritto contrattuale alla materia testamentaria che, ancorché *apertis verbis* respinta dalla Cassazione, si è (obliquamente) verificata in modo indebito, e, per altro verso, su un fraintendimento della rilevanza del principio del c.d. *favor testamenti* a scapito della ricostruzione della volontà del testatore. Anticipando quanto verrà suggerito al termine della nostra annotazione, diremo pertanto che, in questo caso, a cadere avrebbe dovuto essere l'istituzione ereditaria, in quanto sospensivamente condizionata a un evento non realizzatosi. Proprio i due profili appena segnalati, però, relativi ai rapporti – da una parte – tra la disciplina del contratto e quella del testamento e – dall'altra – tra l'interpretazione c.d. conservativa del testamento e i processi di ricostruzione della volontà del *de cuius*, sollecitano l'attenzione dell'annotatore.

2. – È noto che il legislatore storico, precisando all'art. 633 cod. civ. che «le disposizioni a titolo universale o particolare possono farsi sotto condizione sospensiva o risolutiva», ha risolto i dubbi interpretativi che si erano formati sul testo della norma previgente (art. 848 cod. civ. 1865), la quale si limitava a stabilire che «la disposizione a titolo universale o particolare può farsi anche sotto condizione». Posta sullo sfondo della tradizione romanistica, infatti, quest'ultima norma veniva interpretata nel senso di escludere l'apposizione di condizioni risolutive, in omaggio a una lettura del concetto del *semel heres semper heres* che faceva coincidere l'istituzione ereditaria con l'acquisizione di uno stato personale immutabile⁶. Nel diritto moderno, e già sotto il codice del 1865, tale concetto ha trovato ac-

⁴ Per una prima informazione sull'argomento, v. M. MARTINO, sub art. 547 cod. civ., in M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2023, 581-584.

⁵ Cfr. G. MUSOLINO, *L'interpretazione del testamento fra norme generali sul negozio giuridico e criteri estrinseci alla scheda testamentaria*, in *Riv. notariato*, 2019, 431-432, ove si ricorda, per esempio, che parte della giurisprudenza ritiene applicabile, con riferimento ai requisiti dell'oggetto, l'art. 1346 cod. civ.

⁶ V. L. GARDANI CONTURSI-LISI, sub art. 633, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del codice civile*, già diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna, 1992, 10 s.



coglimento nel più ridotto significato dell'irretrattabilità dell'accettazione ereditaria⁷, a fronte peraltro del giusto rilievo attribuito agli effetti retroattivi dell'avveramento della condizione risolutiva⁸, in forza dei quali l'erede istituito si considera come se non lo fosse mai stato, perciò attribuendogli *ex tunc* il diverso ruolo di amministratore dei beni medesimi⁹.

Di converso, non si sono mai avute riserve sull'ammissibilità della condizione sospensiva, che subordina l'efficacia del testamento o di una singola disposizione all'avveramento di un fatto futuro ed incerto, solitamente – ma non esclusivamente, come subito si vedrà – posteriore all'apertura della successione, quale strumento che il testatore può impiegare per determinare più compiutamente le ultime sue volontà¹⁰. Proprio a tale tipo va ricondotta la condizione, c.d. di assistenza, venuta in rilievo nel caso di specie. Si è, invero, dubitato della validità di questa condizione, sul presupposto dell'inefficacia del testamento sino all'apertura della successione, onde la deduzione in condizione di un evento che, a quella data, è già perfetto (l'assistenza o si è verificata o non si è verificata) dovrebbe ricadere nella nozione di impossibilità *ex art. 634 cod. civ.*¹¹. Dottrina maggioritaria e giurisprudenza hanno però superato queste obiezioni: per un verso, il carattere futuro dell'evento, al pari di quanto avviene con la condizione apposta al contratto, viene valutato con riferimento al momento in cui viene manifestata la volontà (e, cioè, con riguardo alla redazione della scheda testamentaria)¹²; per altro verso, l'incertezza dell'evento rileva oggettivamente, mentre ininfluente è di regola l'incertezza soggettiva del testatore¹³.

Non si riscontra, invece, una norma che sia direttamente riferibile all'ipotesi che caratterizza il caso in esame, ossia al contrasto tra l'apposizione al testamento di una condizione di assistenza e una successiva «condotta incompatibile del disponente», come la definisce la Cassazione, con l'avveramento di essa. Invero, si è osservato che la deduzione in condizione di un evento che dovrà verificarsi dopo la redazione del testamento ma prima della morte del suo autore comporta, sul piano logico, l'impossibilità di configurare una pendenza della condizione successivamente alla morte dell'ereditando¹⁴. Ne

⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Padova, 1982, 519 e già C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1952, 180-181.

⁸ Cfr. A. CICU, *Il testamento*², Milano, 1969, 200, ove si riferiscono anche i dubbi che una parte della dottrina aveva espresso, sotto il silenzio del codice del 1865, circa una possibile elusione del divieto di sostituzione fedecommissaria, rispetto ai quali l'autore precisa che «nella istituzione condizionale non si ha l'*ordo successivus*: il succedersi cioè nel tempo di due chiamati; perché, verificandosi la condizione, l'istituzione si considera, per l'effetto retroattivo, come non fatta; per cui istituito è in definitiva un solo chiamato».

⁹ Cfr. N. DI MAURO, sub art. 633, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 23-24.

¹⁰ C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 348-349.

¹¹ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Successioni*, II, Torino, 1982, 129, per la quale il carattere futuro dell'evento deve essere rapportato al momento della morte del testatore, giacché altrimenti mancherebbe lo stato di pendenza che caratterizza la condizione e la situazione di aspettativa tutelata che ne consegue, e si sarebbe pertanto in presenza di una condizione c.d. impropria (*in praesens vel in praeteritum collata*).

¹² Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*¹¹, Milano, 2022, 306. In questo senso, anche C. GIANNATTASIO, sub art. 633, *Delle successioni. Successioni testamentarie (art. 587-712)*², Torino, 1978, 219. In giurisprudenza, per una recente conferma, v. Cass. 6 novembre 2018, n. 28272, in *Fam. dir.*, 2019, 574 s., con nota di M. BOSELLI, *L'istituzione ereditaria subordinata a un avvenimento condizionale futuro e incerto*.

¹³ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*⁴, a cura di A. Ferrucci-C. Ferrentino, I, Milano, 2023, 951-952, che aggiunge che ove «manchi lo stato di incertezza, che caratterizza la disposizione condizionata, si è in presenza di una mera raccomandazione o di un termine».

¹⁴ R. CALVO, sub art. 634, in *Delle Successioni. Artt. 565-712*, II, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2010, 572-573.



dovrebbe non soltanto conseguire l'inapplicabilità delle norme che il codice prevede specificamente per l'amministrazione delle sopravvenienze in pendenza di quella condizione (artt. 639-641 cod. civ.)¹⁵, ma anche – e per quel che più ci riguarda – l'esclusione, in radice, del rilievo giuridico di una condotta del disponente, successiva alla redazione del testamento, che pure si avverta come «incompatibile» con l'avveramento della condizione stessa.

Diversamente, i giudici d'appello hanno assunto questa ipotesi come bisognosa di una specifica disciplina. Non trovandone una tra le norme poste in materia testamentaria, essi si sono volti all'ipotesi in cui l'evento dedotto nella condizione contrattuale non si sia verificato per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa (art. 1359 cod. civ.), perciò ritenendo assimilabile a questa fattispecie quella della condotta tenuta dal testatore nel caso di specie. Come si preciserà di seguito, non risulta invero persuasivo immaginare che, nell'ambito testamentario, possa darsi un «interesse contrario» all'avveramento della condizione, tanto più che in questo caso concreto l'evento era l'assistenza a favore dello stesso testatore. Certo, l'avveramento della condizione avrebbe comportato l'efficacia della disposizione testamentaria, ma ciò avrebbe realizzato *post mortem* la volontà benefica del testatore a favore dei beneficiari, e non certo un effetto a lui sfavorevole come il sorgere di un'obbligazione o l'alienazione di un diritto come avviene nel caso di un contratto che ovviamente intercorre tra persone viventi. Ora, però, preme sottolineare che il passaggio dall'eco avvertita alla costruzione della regola deve essere correttamente impostato sul piano tecnico. Ad esso fa da sfondo la questione generale della possibilità di cogliere i tratti comuni alle varie manifestazioni di autonomia individuale con efficacia vincolante¹⁶, così da attribuire loro regole comuni. Mancando nel codice civile la contemplazione espressa, alla maniera del BGB, della categoria del negozio giuridico, tale possibilità può essere soddisfatta dalla scienza giuridica valorizzando la *vis expansiva* delle norme sul contratto¹⁷, onde ci si riannoda alla questione, già accennata in apertura, del ruolo da riservare alla regola di cui all'art. 1324 cod. civ. nell'ottica del problema venuto in rilievo nel caso di specie.

L'art. 1324 cod. civ. non è norma priva di contrasti quanto alla sua interpretazione¹⁸. Vi è chi la

¹⁵ V. BARBA, *Dal contratto al testamento. Variazioni critiche sull'istituzione di erede condizionata all'assistenza del testatore, per tutta la sua vita, e sull'istituzione di erede sottoposta a una condizione dipendente dalla volontà del testatore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 166.

¹⁶ Secondo l'insegnamento di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², Napoli, rist. 2008, 98 s., 140-142, che si è riannodato alla definizione che E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, rist. 1994, 44 s., aveva dato dell'atto di autonomia privata come di «autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati» (46). Precisa C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 93, nt. 19, con interesse precipuo per l'oggetto della nostra nota (v. anche subito dopo), che «La proiezione della categoria “negozio” sulla produzione degli effetti rappresenta il passaggio dalla logica del negozio a quella del contratto; mentre la prima ruota intorno alla dichiarazione di volontà quasi presa per sé, il contratto da sempre è fonte di obbligazioni. E ciò, in una società sempre più pragmatica, ha fatto riemergere il contratto e spinto nel retroscena il negozio. Non fino al punto, però, di giustificare la critica di [P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, rist. anast. 2016, 205], secondo il quale l'essenza del negozio identificata nell'effetto vincolante sarebbe adatta a definire i negozi patrimoniali tra vivi ma non il testamento. Quest'ultimo, infatti, è bensì revocabile, ma questo significa che il testatore è vincolato alla volontà manifestata fin quando non la revochi. E, quanto ai terzi ai quali tale volontà si dirige, essa è bensì eteronoma, ma proprio perché il testamento è negozio unilaterale».

¹⁷ Tale era, del resto, l'auspicio espresso dalla Relazione al codice (n. 602), ove si legge che proprio l'art. 1324 cod. civ. «porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico». Nella sintesi di G.B. FERRI, *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, 183, «il contratto, per scelta del legislatore del 1942, è sinonimo di negozio giuridico».

¹⁸ Osserva A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, 161, che «bisogna anche tenere in considerazione che tale di-



legge come meccanismo che rende possibile un «diritto comune» del contratto e degli atti unilaterali fra vivi a contenuto patrimoniale, mercé l'estensione diretta delle norme positivamente date per il primo ai secondi¹⁹, e chi ne fa invece un'applicazione particolare del ragionamento analogico, sicché il giudizio di compatibilità cui testualmente la disposizione si riferisce altro non sarebbe quel criterio di somiglianza che impone un'indagine sulla *ratio legis* della norma che si intende estendere all'atto unilaterale²⁰. Ancora, vi è chi prende le distanze dal primo orientamento, intendendo l'art. 1324 cod. civ. come norma di «traslazione di disciplina ad altra materia», onde non di norme comuni si dovrebbe a rigore parlare, bensì di identico contenuto a quelle generali sui contratti; e, allo stesso tempo, distingue il criterio di compatibilità da quello di somiglianza, ascrivendo al primo natura non teleologica ma strutturale e facendone, perciò, un *posterius* che agisce all'interno del ragionamento analogico²¹.

Di queste ipotesi interpretative è bene tenere conto quando all'art. 1324 cod. civ. ci si accosti per ricavare un argomento sulla possibilità di applicare (analogicamente) le norme sul contratto anche agli atti unilaterali non *inter vivos*. È proprio in questo caso, infatti, che la comprensione dell'art. 1324 cod. civ. come di un congegno tecnico si intreccia con la più generale questione dell'ammissibilità o meno, nel discorso giuridico italiano, di una nozione di negozio. Se, infatti, si reputa in conflitto con la lettera dell'art. 1324 cod. civ. il ricorso all'analogia, si introdurrebbe una frattura tra gli ambiti del contratto e del testamento che precluderebbe una circolazione normativa, di converso possibile all'interno di una prospettiva che ricomprenda entrambe le figure nella più ampia categoria del negozio²². Va da sé che, proprio perché comunque non si tratta (e non può trattarsi) di un'estensione diretta, l'analogia – principalmente per il criterio fondativo dell'*eadem ratio* – renderà ragione di certe irriducibili differenze tra una manifestazione di volontà espressa nelle forme del contratto e di una che invece trova realizzazione mercé il testamento²³. Né tale presa d'atto deve necessariamente condurre alla più scettica visione per la quale il concetto di negozio non potrebbe avere portata «logica» ma solo «analogica» o «puramente descrittiva»²⁴: d'altronde, come è stato osservato, non si tratta di assumersi la fatica di costruire una categoria che sia perfettamente sovrapponibile a quella propria del diritto tedesco, bensì di verificare sino a che punto questa operazione di astrazione e generalizzazione possa trovare accoglimento nel nostro ordinamento, a partire dalle scelte che sono state in proposito compiute dal legislatore²⁵.

sposizione è più una direttiva che una norma vera e propria, dal momento che essa prevede l'estensione delle norme sul contratto, *solo in quanto compatibili*, agli atti unilaterali. Perciò lo spazio riservato all'interprete rimane molto ampio».

¹⁹ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*², Napoli, 1997, 7, 14, 87.

²⁰ Cfr. G. CIAN, *Tutela della controparte di fronte all'annullamento o alla ratifica del negozio*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 549-552.

²¹ N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 561-563.

²² Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 71-72; C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 269. Il contrasto tra la lettera dell'art. 1324 cod. civ. e il ragionamento analogico è sottolineato da N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 cod. civ.*, cit., 565, per il quale peraltro l'art. 1324 cod. civ. «non prende partito nella disputa sul negozio giuridico» (560).

²³ Cfr. P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 19. Aveva già rilevato E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 358, che «alla sovrabbondanza di norme interpretative in tema di contratti, fa riscontro nella legge una completa assenza di norme esplicite in tal natura in tema di testamenti, specie per quanto riguarda le dichiarazioni ambigue e lacunose. I criteri interpretativi che interessano in questa materia possono tuttavia desumersi dalla logica del sistema con riguardo all'essenziale differenza del punto di rilevanza ermeneutica in confronto coi negozi *inter vivos*».

²⁴ Così F. GALGANO, *Il negozio giuridico*², in *Trattato del diritto civile commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e diretto da L. Mengoni, Milano, 2002, 15-16 (ove si afferma che il ricorso al ragionamento analogico manifesterebbe la stessa inconsistenza di una categoria generale negoziale), 605.

²⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 87 s., e già R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*



3. – Fatta questa premessa, e tornando al caso in esame, può ricordarsi che l'art. 1359 cod. civ. (il quale esibisce, invero, profili di incertezza quanto alla sua ricostruzione teorica e ai modi della sua applicazione²⁶), segue l'enunciazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in pendenza della condizione, a carico di colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva (art. 1358 cod. civ.). A fronte di questo «obbligo secondario di omissione», quale rovescio dell'obbligo positivo di prestazione che vieta perciò ogni contegno contrario all'ordinato svolgimento dell'attività di prestazione²⁷, il legislatore ha predisposto un meccanismo che si potrebbe dire di tutela in forma specifica dell'interesse del creditore²⁸, giacché l'operatività della finzione è volta ad attribuire a quest'ultimo proprio l'utilità che egli avrebbe conseguito nel caso di adempimento dell'obbligo della controparte.

È questo nucleo funzionale dell'art. 1359 cod. civ. a renderne perplessa l'applicazione al caso di specie.

Per un verso, la Corte d'appello ha ommesso di considerare che è in un certo qual modo paradossale immaginare che il soggetto beneficiario dell'assistenza possa avere un interesse addirittura «contrario» alla sua erogazione, né tale contrarietà pare possa comprendersi alla luce del più complessivo programma negoziale: mentre dal contratto non è possibile liberarsi unilateralmente, onde frustrarne la realizzazione mercé una condotta maliziosa può rappresentare il modo di eliminare un vincolo che non si reputa più conforme ai propri interessi, il testamento è atto sempre revocabile, sicché il testatore – che comunque non subisce in alcun caso un effetto a lui sfavorevole – può disfarsene ogni qualvolta lo reputi non più corrispondente all'assetto che egli intende dare ai suoi interessi per quando non sarà più in vita.

Per altro verso, la condizione di assistenza in favore del *de cuius* resiste a un'assimilazione *tout court* alla condizione potestativa in senso proprio, giacché le cure da prestare al testatore paiono rilevare non come *atto*, onde sarebbe necessario verificare la partecipazione intenzionale rispetto all'avveramento della condizione medesima, bensì come *fatto*, colto nella sua oggettività di evento futuro e incerto²⁹. E ciò non soltanto quando la questione dell'avveramento, come tipicamente avviene, si

alla teoria del negozio giuridico, cit., *passim* ma spec. 73 s., 111 s. In termini simili si esprime anche S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali* (artt. 587-590), in *Commentario del codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 18 s., spec. 21: «il problema del negozio è posto nella sua esatta dimensione allorché si acquista consapevolezza del fatto che in questa materia occorre muoversi [...] per linee orizzontali e non invece accedendo a piani l'uno rispetto all'altro sovrapposti, secondo un ordine verticale. Intendiamo dire che, in un sistema come il nostro, il quale tace sulla categoria negoziale, essa non potrà avere altra funzione se non quella di identificare un minimo comune denominatore che permetta l'accostamento, tanto per fare degli esempi, del contratto alla promessa al pubblico o di quest'ultima alla procura». Da ultimo, v. G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 119 s., spec. 120.

²⁶ Cfr., nella dottrina più recente, L. REGAZZONI, *Finzione di avveramento della condizione e gestione del rischio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 1165 s.; M. FARNETI, *Riflessioni sulle recenti tendenze giurisprudenziali in tema di avveramento fittizio della condizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 242 s. Ma v. già A. BELFIORE, nota a Cass. 13 aprile 1985, n. 2464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, 613 s.

²⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (Studio critico), in ID., *Scritti. Obbligazioni e negozio*, II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 231.

²⁸ In argomento, per un inquadramento generale, v. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 172 s.

²⁹ C.M. BIANCA (a cura di), *Le successioni testamentarie* (art. 624-712 cod. civ.), Torino, 1983, 131, ove si aggiunge che, per un verso, la condizione di assistenza in favore del *de cuius* viene così distinta dall'onere e che, per altro verso, ogni partecipazione intenzionale dell'istituto, che rendesse cioè l'istituzione non già condizionata all'evento ma subordinata alla volontaria prestazione di assistenza oggetto di un accordo tra testatore e istituito, assimilerebbe la disposizione a un patto successorio, rendendola perciò invalida ai sensi dell'art. 458 cod. civ. Invero, come si segnalerà nel prosieguo del testo, nella condizione testamentaria di assistenza si individua una logica diversa da quella tipica di un contratto sinallagmatico.



pone dalla prospettiva dell'istituto (il quale o ha prestato o non ha prestato quelle cure, e dunque può o non può beneficiare dell'effetto attributivo della disposizione), bensì anche nel caso in esame, ove l'attenzione si appunta sul testatore, la cui condotta ha impedito la realizzazione di quanto dedotto in condizione. D'altronde, il testatore avrebbe potuto pure stipulare con i nipoti un contratto (atipico) c.d. di mantenimento e assistenza, in forza del quale, a fronte dell'alienazione di un bene mobile o immobiliare, avrebbe acquistato il diritto di essere mantenuto vita natural durante. In quella logica, che è la logica del contratto sinallagmatico nella quale l'alienante è simultaneamente soggetto attivo e passivo del rapporto giuridico complessivo, trova ovviamente posto l'art. 1359 cod. civ. Ma, nel caso in esame, il testatore ha adottato una diversa soluzione: l'apposizione di una condizione lascia intendere che la realizzazione dell'evento in essa dedotto avrebbe reso ragione dell'attribuzione ereditaria in favore dei nipoti, in una logica di tipo remuneratorio non dissimile da quella espressa dalla donazione *ex art. 770 cod. civ.* Pertanto, mancando oggettivamente la prestazione dell'assistenza, non si giustifica alcuna forma di speciale riconoscenza. Con ciò, ogni considerazione implicata dal riferimento all'art. 1359 cod. civ. risulta esclusa in radice: il testatore non ha agito per adempiere un previo obbligo, né nulla avrebbe potuto pretendere dai nipoti, i quali, correlativamente, non vantavano alcuna posizione meritevole di tutela.

Quest'ultima precisazione ci consente anche di notare che, su un piano più generale, ritenere applicabile al caso di specie il meccanismo della finzione di avveramento finirebbe per postulare un obbligo del testatore di comportarsi in modo da conservare integre le ragioni del successibile quando queste sono ancora prive di qualsiasi rilievo giuridico³⁰. A incamminarsi lungo questa via, si potrebbe giungere all'esito paradossale di domandarsi se tale obbligo non neutralizzi la possibilità stessa di una revoca della disposizione sottoposta a condizione, quale condotta che indubbiamente pregiudica l'interesse, quantomeno di fatto, del successibile... Quel dovere *ex fide bona* può bensì configurarsi nei rapporti tra l'istituto erede ed eventuali ulteriori beneficiari delle disposizioni testamentarie, dopo l'apertura della successione³¹. In questo senso si spiega, infatti, l'affermazione per cui «Anche in materia testamentaria troverà applicazione l'art. 1359: [...] [s]e, ad esempio, Tizio lega a Caio centomila euro a condizione che consegua la laurea entro una certa data e l'erede onerato Sempronio impedisce la realizzazione di quest'evento, il legatario avrà ugualmente diritto alla cosa legata»³².

³⁰ V., infatti, C.M. BIANCA, *Le successioni testamentarie*, cit., 109 s.

³¹ Cfr. G. TAMBURRINO, *Testamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 483-484. V., allora, il caso preso in considerazione da U. STEFINI, *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione* (nota a Cass. 16 maggio 2013, n. 11906), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 837 s., spec. 842: il *de cuius* aveva lasciato, sempre per testamento olografo, l'intera quota disponibile a una persona estranea al nucleo familiare, qualificata dalla sentenza come legataria, imponendole con un secondo testamento l'onere di «assistere e curare vita natural durante» lui e la moglie; senonché quest'ultima, due mesi dopo la pubblicazione del testamento, aveva comunicato alla legataria di non volere più usufruire della sua assistenza, rendendo così impossibile l'esecuzione della prestazione. L'autore propone, opportunamente, di sopporre la disposizione testamentaria: «la prestazione di assistenza al testatore e alla moglie dopo la redazione del testamento e fino alla morte del primo precede l'efficacia della disposizione testamentaria [...], e va quindi sicuramente qualificata come condizione sospensiva potestativa», mentre «la prestazione di cura e assistenza alla moglie dopo la morte del marito andrebbe, in astratto [...], qualificata come onere, essendo oggetto di un'obbligazione testamentaria che è sorta al momento dell'apertura della successione, ma che non ha sospeso l'efficacia del legato». Sicché, se «la legataria già al momento della morte del *de cuius* si fosse trovata a non aver ottemperato alle prestazioni di cura e assistenza, la disposizione a suo favore avrebbe dovuto pertanto reputarsi priva d'effetto, essendo mancata la condizione sospensiva del legato», mentre di condizione non può parlarsi con riferimento al rapporto tra la vedova e la legataria: ed è rispetto a quest'ultimo che dovrebbe entrare in gioco un profilo di imputabilità della causa sopravvenuta di impossibilità.

³² G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 965, cui *adde* G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306.



La Corte d'appello non ha colto la differenza tra queste ipotesi e quella oggetto del caso *sub iudice*, pertanto giungendo a una soluzione che non può essere accolta: è, infatti, opportuna la correzione impressa dalla sentenza che si sta annotando, là dove si è precisato che il «richiamo all'art. 1359 cod. civ. non è condivisibile». La Cassazione si è, invero, adagiata su una considerazione di tipo strutturale, ossia facendo leva sulla natura di atto unilaterale del testamento. Tale motivazione è insufficiente: l'attenzione non va centrata tanto sulla natura di atto unilaterale del testamento, quanto sul non essere atto tra vivi³³. Prima della morte del testatore, momento con il quale si fa coincidere l'efficacia del testamento, non si individua un soggetto che vanti una posizione di aspettativa: ossia, che sia parte di «un rapporto giuridico attuale, instaurato dalla norma con carattere preliminare, in funzione delle conseguenze giuridiche sospese»³⁴. Tale sarà la situazione dell'erede istituito sotto condizione sospensiva, quando l'evento in essa dedotto è destinato ad avverarsi (o mancare) dopo l'apertura della successione, onde l'art. 641 cod. civ. consente di nominare un amministratore dell'eredità per conservare la consistenza del patrimonio ereditario; ma nel caso della condizione di assistenza – il cui avveramento, come si è detto, si ha o non si ha quando il testatore è ancora vivente – i beneficiari della disposizione testamentaria non possono far valere aspettative che meritino di essere tutelate contro comportamenti eventualmente scorretti o maliziosi del *de cuius*. Ci si ricollega, così, a quanto prima osservato con riguardo alla comunicazione normativa tra gli ambiti del contratto e del testamento, la quale va di volta in volta controllata attraverso un giudizio di congruenza funzionale. Non rinvenendosi a fronte della condizione testamentaria di assistenza quell'esigenza di tutela dell'affidamento che invece si riscontra a fronte di una condizione contrattuale, il ragionamento analogico è squalificato per assenza di *eadem ratio* tra le due fattispecie, quella già normata e quella bisognosa di disciplina.

A questa *défaillance* argomentativa ne è seguita un'altra, e di rilievo non trascurabile. La sentenza che si annota, infatti, è rimasta avviluppata alla prospettiva di tutela delle ragioni dei nipoti, e al suo interno ha risolto quell'apparente contraddizione tra mancata revoca della disposizione testamentaria e impedimento dell'avveramento della condizione che vi era stata apposta. Quest'ultima, ha affermato la Cassazione, sarebbe stata in verità revocata tacitamente o per fatti concludenti, e per la ragione che la causa del mancato avveramento è da imputare al testatore stesso, dal momento che – come si sintetizza nel principio di diritto – la condizione sospensiva era «dipendente anche dalla sua volontà». Non sfugge che, avendo preso atto dell'insussistenza di un profilo relazionale tra *de cuius* ed eredi, la Cassazione ha impostato il proprio ragionamento sul più appropriato terreno della qualificazione delle manifestazioni di volontà del testatore, nei termini di una conservazione ovvero di una revoca della disposizione testamentaria. Si possono, però, rilevare due aspetti problematici di questo argomento.

Per un verso, la volontà che si è ritenuta «incompatibile» con l'avveramento della condizione è stata trattata alla stregua di un elemento extra-testuale idoneo a dimostrare la reale intenzione del testatore. Su un piano generale può ben convenirsi sull'opportunità di non cadere in indirizzi eccessivamente formalistici, perciò valorizzando quegli elementi che, seppure estranei alla scheda testamentaria, con-

³³ Valga in generale quanto scrive E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 359-360: «Quel che esige un trattamento diverso, non è la sola unilateralità del negozio, o la gratuità della causa, per sé prese, ma il carattere *mortis causa* della disposizione: la quale è destinata, non già a comporre un conflitto o una divergenza di interessi, ma a creare un rapporto successorio fra defunto e avente causa (erede istituito o legatario). Ora, fra la parti di questo rapporto un conflitto di interessi non è neppure pensabile».

³⁴ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 30. In generale, v. M. ALLARA, *Il testamento*, Napoli, rist. anast. 1978, 148; A. CICU, *Il testamento*, cit., 21; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 47.



sentono di ricostruire più puntualmente la volontà del *de cuius*³⁵. D'altronde, è comunemente affermato che, nell'interpretazione del testamento, è possibile tenere conto anche del comportamento del testatore successivo alla redazione del testamento, in analogia cioè all'art. 1362 cod. civ.³⁶. Nondimeno, in questo caso, la Cassazione non ha soltanto impiegato gli elementi extra-testuali come mezzo per selezionare, tra le plurime interpretazioni raggiunte sul piano testuale, quella che si rivelasse maggiormente coerente con l'intenzione del *de cuius*. La decisione, infatti, ci appare aver scavallato nell'introduzione di un'ipotesi di revoca tacita di una disposizione testamentaria (seppur parziale, ossia limitata alla condizione con la quale fa corpo) non contemplata dal legislatore (artt. 682 ss. cod. civ.). È stato così contraddetto quel principio, sovente affermato anche dalla giurisprudenza, secondo cui la revoca non è ammessa in via generale, potendo essa risultare soltanto dal compimento degli atti o fatti indicati in modo tassativo dal codice, giacché si reputa che questi implicino l'inequivoca volontà del testatore di ritrattare le sue precedenti disposizioni³⁷.

Per altro verso, la Cassazione ha fatto rientrare in gioco proprio quella questione di regolazione di interessi che è risolta dall'art. 1359 cod. civ. e che è invece un fuor d'opera nell'ambito che ci occupa, ove – come abbiamo già ricordato – le cure non vanno colte quale atto volontario dell'istituto, ma nella loro oggettività di fatto futuro e incerto rispetto al momento cronologico in cui viene ad esso subordinata la realizzazione dell'assetto predisposto dal testatore. Sicché, le parole spese in sentenza per spiegare perché «appare improprio evocare la disciplina di cui all'art. 1359 cod. civ.» o sono meramente esornative, dissimulando un surrettizio (e forse inconsapevole) ricorso all'*analogia legis*, o lasciano intendere un salto verso il piano che sta al di sopra del dato positivo, quasi che si possa ricavare da quella norma in via induttiva un principio dogmatico da riferire anche al caso in cui l'evento dedotto in condizione sia mancato per «condotta incompatibile del disponente». Ma il caso sottoposto all'attenzione della Cassazione non è rimasto «ancora dubbio» (art. 12 preleggi) dopo aver tentato un esperimento di *analogia legis*, onde sarebbe stato giustificato il passaggio all'*analogia iuris*: esso ha invece trovato una soluzione proprio nella constatazione dell'assenza di una *eadem ratio* di tutela dell'affidamento tra la disciplina della condizione contrattuale e quella testamentaria. Insomma, la mancanza di una norma specifica a fronte di una condotta del disponente che possa apparire «incompatibile» con l'avveramento della condizione, se inizialmente è potuta apparire agli occhi dei giudici come «eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes»³⁸, si rivela infine per non costituire una lacuna in senso tecnico.

4. – A ben vedere, il fatto che il documento che racchiude il testamento olografo sia rimasto inalterato è pesato, in modo preponderante, nella decisione della Cassazione, il cui filo logico può essere co-

³⁵ Cfr. F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 52, ove si mette in rilievo come la giurisprudenza non sia ancora addivenuta a elaborare regole sufficientemente stabili per integrare questi elementi extra-testuali nell'operazione di interpretazione complessiva del testamento. V., per delle riflessioni sollecitate proprio dal confronto con la giurisprudenza, L. NONNE, *Interpretazione e integrazione ab extrinseco dell'atto testamentario* (nota a Cass. 12 marzo 2019, n. 7025), in *Famila*, 2020, 639 s., e T. BONAMINI, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento* (nota a Cass. 30 maggio 2014, n. 12242), in *Fam. dir.*, 2014, 1077 s.

³⁶ C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 270, e già C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 489-490.

³⁷ In proposito, v. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 582, 587 e, in giurisprudenza, Cass. 26 novembre 1987, n. 8780, in *Riv. not.*, 1988, 1397 s.

³⁸ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶, Berlin, 1991, 373.



si svolto: se il testatore avesse cambiato idea anche rispetto all'istituzione dei nipoti come eredi universali, avrebbe revocato la disposizione testamentaria, anche solo attraverso contegni non formali, e quindi ad esempio per distruzione o cancellazione o attraverso l'apposizione di espressioni che avrebbero comunicato l'intenzione revocatoria³⁹. Poiché ciò non è avvenuto, la Cassazione ha ritenuto di potersi volgere a un'interpretazione del testamento in ottica di sua conservazione.

Com'è noto, anche in questo caso si riproducono le tensioni relative al fondamento e ai limiti di una circolazione normativa tra la disciplina del contratto e quella del testamento, sebbene l'opinione maggioritaria in dottrina si pronunci per l'applicabilità della regola dell'art. 1367 cod. civ. all'interpretazione del testamento⁴⁰. L'interpretazione c.d. conservativa viene infatti spiegata non soltanto quale criterio ermeneutico, bensì quale concretizzazione di «un motivo ispiratore di tutto il sistema del negozio»⁴¹ e, nell'ambito normativo del testamento, viene ricollegata alla «formula, variamente intesa, del *favor testamenti*»: il quale non può ovviamente «rendere esistente la disposizione che non esiste né valida la disposizione nulla», ma viene solitamente fatto operare nel senso di attribuire il massimo effetto utile alla disposizione di ultima volontà, sul presupposto per cui questa non può essere rinnovata (*in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*)⁴². «La vocazione testamentaria, quando ne siano certe l'esistenza e validità», si è precisato, «deve avere effetto a preferenza della vocazione legittima: se la disposizione del testatore è suscettibile di più significati, uno dei quali inutile, l'interprete deve eliminare il senso inutile e intendere la disposizione nel senso in cui può avere effetto, appunto perché è già stata accertata, con gli strumenti dell'interpretazione soggettiva, la volontà di fare una disposizione efficace»⁴³.

Proprio alla luce del *favor testamenti* va, in fondo, inteso lo stesso richiamo che la sentenza fa all'art. 634 cod. civ. Questo non è, infatti, speso per ricavare una regola puntualmente applicabile al caso di specie, come pure avrebbe potuto essere almeno con riguardo all'esclusione del carattere originario dell'impossibilità, giacché si legge che «la condizione apposta al testamento di cui si discute non rientra in alcuna delle categorie» prese in considerazione della norma, «e se ne distingue nettamente sotto altro profilo», che è il mancato avveramento della condizione «per volere dello stesso disponente». L'art. 634 cod. civ. è, invece, colto più come puntello del principio di conservazione del testamento, dal momento che esso limita la nullità della disposizione condizionata al solo caso in cui il

³⁹ In generale, sulla revoca non formale del testamento, v. V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, *passim* ma spec. 47 s., 203 s., 451 s.

⁴⁰ Cfr., fra i molti, C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico. Con particolare riguardo ai contratti*, Padova, rist. 1983, 180 s.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 117 s.; A. DE CUPIS, *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in *Dir. giur.*, 1947, 81 s.; E. PEREGO, *Interpretazione del testamento e norme sull'interpretazione dei contratti*, in *Foro pad.*, 1970, 554; C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 271-272. Di diverso avviso è invece A. CICU, *Il testamento*, cit., 120, il quale riconduce anche il canone ermeneutico dell'art. 1367 cod. civ. a una tutela dell'affidamento, che perciò non dovrebbe trovare corrispondenza nell'ambito del testamento. Cfr., inoltre, N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 93 s., spec. 99-101.

⁴¹ P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 51; così anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 360.

⁴² G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., 117-118, ove le citazioni.

⁴³ Così L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*⁶, in *Trattato del diritto civile commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e diretto da L. Mengoni, Milano, 1999, 20, il quale peraltro osserva che l'opinione che nega l'applicabilità al testamento del criterio di conservazione del negozio (il riferimento è a CICU, *ult. op. cit.*) è incompatibile con l'art. 457, comma 2, cod. civ., in forza del quale non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria.



motivo illecito abbia costituito l'unica ragione per la quale si è determinato il testatore⁴⁴.

La circostanza che il documento testamentario sia stato conservato intatto, nonostante la sopravvenienza di cui il testatore si era reso responsabile, è a tutta prima certamente curiosa, e non è dubbio che essa abbia introdotto un elemento di indeterminatezza rispetto alla comprensione della volontà del *de cuius*⁴⁵. Non è, però, anche di per sé risolutiva della questione. E ciò perché, se non si vuole sovraccaricare il *favor testamenti*, ossia intenderlo come se riproducesse ancora «l'opinione dei romani, che l'uomo non debba morire intestato»⁴⁶, esso va preso sempre come canone ermeneutico servente nei confronti dell'adeguata ricostruzione della volontà del testatore, ossia dell'obiettivo verso il quale deve sempre tendere l'attività dell'interprete⁴⁷. In questo ambito, d'altronde, sono i *verba* che possono cedere di fronte alla *voluntas*, sino al punto dell'interpretazione correttiva (*rectius*: interpretazione in funzione di correzione) a fronte di erronea indicazione dell'erede o del legatario o della cosa che forma oggetto della disposizione (art. 625 cod. civ.)⁴⁸. Con specifico riguardo al testamento olografo, poi, può ricordarsi che la norma di cui all'art. 684 cod. civ. – in forza della quale il testamento distrutto, lacerato o cancellato si considera revocato, a meno che «si provi che il testatore non ebbe l'intenzione di revocarlo» – viene intesa come conferma della prevalenza dell'intento del testatore sulla certezza della documentazione⁴⁹.

Si può, allora, sostenere che proprio su questo versante il comportamento del testatore successivo alla redazione del testamento avrebbe dovuto esprimere rilievo specifico nell'ottica di interpretazione della volontà del testatore: non già, come ci sembra sia invece accaduto, per decidere dell'efficacia della condizione, bensì per giungere a una comprensione complessiva del testamento stesso e dell'assetto che con quest'ultimo si è voluto predisporre. In proposito, per la sollecitazione che se ne

⁴⁴ Cfr. G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 757.

⁴⁵ Si è, peraltro, recentemente affermato (F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 61) che «lo scopo preminente» della previsione della forma olografa appare «quello di far emergere la volontà del testatore mediante una forma semplice e priva di costi, che dovrebbe assicurare la spontaneità dell'atto, a discapito della certezza in merito alle determinazioni volitive del testatore».

⁴⁶ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 240, il quale aggiunge che «non è il caso di continuare a supporre l'esistenza di un qualche *favor testamenti*, estraneo ormai alla nostra legislazione». Com'è noto, il *favor testamenti* è stato storicamente inteso come preferenza dell'ordinamento giuridico verso la successione testamentaria in luogo di quella legittima: v., sul punto, le osservazioni di L. BARASSI, *La successione testamentaria*, Milano, 1936, 494 s., che propone di comprendere il principio nel più ridotto senso di «favorire la più larga e concreta attuazione possibile della volontà del testatore»; cui *adde* E. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 2 s. e 185 s. Che il *favor testamenti* romano non sia «ripetibile nel diritto moderno» è spiegato da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., 21 «non tanto perché la successione legittima è considerata con maggiore favore, quanto perché il testamento ha perduto l'importanza che, in virtù di un punto di vista valorativo oggi decaduto, aveva per i romani».

⁴⁷ Cfr. F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 99-100.

⁴⁸ L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (Note sull'art. 625 cod. civ.)*, in *Jus*, 1989, 3 s., ove si mette in rilievo, per un verso, l'estraneità di questa norma al concetto romano di *falsa demonstratio* (con la quale viene tuttavia ancora comunemente identificata), e, per altro verso, che in virtù di questa norma l'interprete è svincolato dal principio ermeneutico generale per cui i dati linguistici del testo segnano il limite estremo delle varianti di significato ammissibili, onde essa supera il piano dell'interpretazione in senso tecnico: v. *ivi*, 11, nt. 33, per la precisazione che l'espressione «interpretazione correttiva» «è accettabile solo come formula ellittica. Più esattamente si dovrebbe parlare di interpretazione in funzione correttiva della disposizione. L'aggettivo «correttiva» non ha il valore di una specificazione dell'interpretazione (l'interpretazione scopre l'errore, non lo elimina [...]), ma indica un'operazione ulteriore mediata dall'interpretazione».

⁴⁹ Ancora F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 61, testo e nt. 116 per ulteriori riferimenti in letteratura.



ricava sul piano di una comparazione giuridica consapevole, può richiamarsi una sentenza dell'*Oberster Gerichtshof* austriaco (OGH 8 Ob 2017/96t)⁵⁰, oggetto della quale è l'interpretazione di un testamento con cui il *de cuius* ha istituito erede la propria convivente, a condizione che quest'ultima gli prestasse assistenza, dal momento che non voleva morire in ospedale («nur wenn sie mich pflegt, da ich nicht im Spital sterben will», si leggeva nella scheda testamentaria). L'istituita erede aveva invero prestato la propria assistenza, finché non si era però reso necessario il ricovero in ospedale del *de cuius*. Su azione delle sorelle di quest'ultimo, al giudice è stato chiesto se la disposizione testamentaria potesse considerarsi inefficace, proprio per il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione. La risposta della Suprema Corte austriaca, in linea peraltro con l'orientamento tipico della giurisprudenza di cultura germanica, è stata che in un caso simile bisogna indagare l'ipotetica volontà del *de cuius*, al fine di stabilire se questi avrebbe conservato l'istituzione a favore della convivente pur sapendo dell'impossibilità – diremmo non imputabile – di prestargli assistenza. Anche la giurisprudenza austriaca mostra, pertanto, di muoversi sul piano dell'interpretazione della disposizione testamentaria, riconoscendo, nella sostanza, la funzione remuneratoria di un'attribuzione subordinata alla condizione di assistenza⁵¹. Ora, impiegando questa chiave di lettura nei confronti del caso sottoposto alla nostra attenzione, viene da concludere che, là dove è mancata la prestazione delle cure che ha rappresentato la ragione obiettiva dell'istituzione ereditaria, la disposizione, proprio in virtù dell'accertamento della volontà del testatore, non può produrre effetti, onde anche da questo punto di vista si prova che non è necessario importare regole sulla condizione contrattuale fondate su logiche differenti da quella del testamento (come si evince anche dalla diversa soluzione normativa degli artt. 634 e 1354 cod. civ.). Peraltro, a ben vedere, qui non si tratta nemmeno di fare riferimento a una volontà ipotetica, visto che la condotta del *de cuius* successiva alla redazione del testamento è semmai confermativa del senso in forza del quale si giustifica la condizione apposta (e, cioè, quella logica non sinallagmatica ma remuneratoria di cui si è detto).

A tale conclusione non osta il fatto che il testatore ha conservato, senza apportarvi modifiche, la scheda testamentaria. Depone in questo senso una sentenza, di ormai più di vent'anni fa, nella quale la Cassazione si era trovata a risolvere un caso con profili di somiglianza a quello oggetto della sentenza che si sta annotando⁵². Un uomo, celibe e senza figli, aveva redatto un testamento (pure questo olografo) contenente disposizioni in favore delle due sorelle, sottoposte però alla condizione sospensiva della propria premorienza alla madre; deceduta quest'ultima quando il testatore era ancora vivo, il testamento non è stato modificato o revocato. All'apertura della successione, una delle sorelle ha chiesto che venisse dichiarata l'inefficacia del testamento, giacché la condizione non si era avverata; l'altra si è opposta, sostenendo che proprio il *favor testamenti* avrebbe dovuto comportare la conservazione delle ultime volontà del *de cuius*, giacché la condizione era da reputarsi impossibile (essendosi già verificata all'apertura della successione) e dunque, ai sensi dell'art. 634 cod. civ., come non apposta. In

⁵⁰ Si ringrazia il prof. Gregor Christandl, della Universität Graz, per la segnalazione di questo caso.

⁵¹ In questo caso a restare aperta è la questione delle conseguenze della sopravvenienza (il ricovero resosi a un certo punto necessario): ma con ciò non si sconfigge che la condizione è espressione di una logica remuneratoria, giacché si tratta più esattamente di verificare la compatibilità di essa con un evento che sfugge al controllo tanto del *de cuius* stesso, quanto dell'istituito erede. Come si dirà, questa questione non si pone invece nel caso italiano.

⁵² Si fa riferimento a Cass. 22 aprile 2002, n. 5871, in *Riv. notariato*, 2003, 1043 s., con nota di S. VOCATURO, *La volontà del de cuius prevale sul principio di conservazione del testamento ad ogni costo*, e in *Notariato*, 2003, 250 s., con nota di F. COSTA, *Condizione testamentaria e limiti della "regola sabiniana"*.



quell'occasione, la Cassazione, riferendo la norma dell'art. 634 cod. civ. alle sole ipotesi di impossibilità originaria, ossia contemporanea alla redazione della scheda testamentaria, ha statuito che ad essa non può essere equiparata l'impossibilità sopravvenuta, onde la condizione che diviene impossibile in un tempo successivo alla stesura del testamento si risolve in una condizione mancata, perciò rendendo inefficace la disposizione testamentaria. Tale statuizione è stata inserita in un contesto nel quale si è riaffermata la strumentalità del principio di conservazione del testamento nei confronti dell'attribuzione di una efficacia, la più piena possibile, alle ultime volontà del testatore⁵³: sicché, il testamento, pur se conservato nella sua dimensione documentale, non può sopravvivere all'accertamento di quelle volontà quando depongano nel senso dell'inefficacia dell'istituzione ereditaria.

La sentenza che qui si annota ha richiamato la suddetta decisione, ma per esperire un tentativo di *distinguishing*, affermando che la conclusione cui la più risalente Cassazione è giunta «poggia le basi sul presupposto che l'accadimento, che rende impossibile la condizione è [...] successivo alla morte del testatore e, quindi, fa presumere che ove il testatore lo avesse previsto avrebbe disposto diversamente dei suoi beni. Al contrario, si ribadisce, qui è stato proprio il testatore a impedire l'avveramento della condizione e, nonostante ciò, ha mantenuto ferma la nomina ad eredi universali dei nipoti». Si è così caduti in una svista abbastanza clamorosa. L'accadimento che ha reso impossibile l'avveramento della condizione, infatti, era successivo alla redazione del testamento, non alla morte del testatore (giacché, in questo caso, la condizione si sarebbe avverata e la devoluzione testamentaria sarebbe divenuta efficace). Il testatore, insomma, ha avuto la possibilità di disporre diversamente dei propri beni e non lo ha fatto: ciò perché, come in quel caso si dimostrò, l'interesse che lo aveva mosso era esclusivamente quello di assicurare una sicurezza economica alla madre nel caso in cui le fosse premorto; sicché, deceduta la madre, l'uomo aveva abbandonato a sé il documento testamentario, che evidentemente considerava ormai privo di alcuna utilità.

Venuta meno la possibilità di distinguere tra i due casi, la Cassazione avrebbe dovuto assumersi l'onere di produrre motivi gravi e argomenti adeguati per il superamento del precedente⁵⁴. Che ciò non sia avvenuto è spiegato per la svista di cui abbiamo già detto, ma – a ben vedere – non sembra che tale operazione si sarebbe potuta comunque portare a compimento in modo convincente. Vero è che nell'un caso il testatore ha assunto un contegno meramente passivo (non adeguando l'espressione delle sue ultime volontà alla sopravvenuta morte della madre), mentre nell'altro si è registrata una condotta attiva, che ha avuto l'effetto di impedire l'avveramento della condizione. Ma, in entrambe le situazioni, può dirsi che nel momento in cui non sono venute ad esistenza quelle circostanze in base alle quali si era rappresentato il realizzarsi delle sue ultime volontà, il testatore ha probabilmente considerato il documento testamentario ormai privo di valore. In questo senso, perciò, può ricomporsi l'apparente incongruenza tra la mancata revoca (anche solo tacita) della disposizione testamentaria e la tenuta di una condotta «incompatibile» con l'avveramento della condizione.

Su un piano psicologico, in fondo, l'apposizione di una condizione non necessariamente presuppone

⁵³ Cfr. F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 299.

⁵⁴ Pur senza la vincolatività che esso esprime nel sistema di *common law*, il precedente – per tale intendendo un modello di decisione del quale si è positivamente vagliata la generalizzazione per casi futuri e analoghi – contribuisce a garantire il valore della certezza del diritto. Per tale ragione, è bene attenersi ad esso finché non si renda necessario superarlo. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, trad. it. a cura di M. La Torre, Milano, 1998, 216 s.; L. MENGONI, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in Id., *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, I, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 200-201.



ne una autonoma manifestazione di volontà che si aggiunge, limitandola, a quella sottostante il negozio: sicché, la rappresentazione dell'evento dedotto in condizione concorre, insieme con gli altri elementi rilevanti, nell'unitario processo di determinazione ad agire del soggetto. Va da sé che questa considerazione psicologica deve essere coordinata con la disciplina giuridica della condizione, la quale ammette una scissione tra l'efficacia dell'elemento qualificato come accidentale e quella del negozio, come appunto accade nella fattispecie di cui all'art. 638 cod. civ. Nel caso oggetto della sentenza che abbiamo annotato, però, i processi psicologici e la qualificazione giuridica dei loro effetti non ci appaiono esposti al rischio di divergenza. Si è più volte sottolineato, infatti, che nella condizione testamentaria di assistenza si rintraccia non la logica del contratto sinallagmatico, bensì quella di tipo remuneratorio, onde l'attribuzione testamentaria diviene un modo per dimostrare, in assenza di previo obbligo giuridico del testatore, una particolare forma di riconoscenza in favore del beneficiario. Ne consegue che, se non viene ad esistenza il fatto oggettivo dell'assistenza, non si spiega nemmeno la ragione remunerativa che aveva indotto il testatore a quell'attribuzione. Salvare l'istituzione ereditaria, come ha fatto la Cassazione, nonostante il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione, si traduce allora non nella "conservazione" del testamento, bensì in una sorta di sua paradossale "riscrittura" ad opera dell'interprete giudiziale. Ciò che è stato "conservato", infatti, è l'effetto della disposizione testamentaria, recisa però dalla fonte che lo giustificava, ossia la volontà del testatore, che è stata mortificata dalla sostanziale eliminazione della condizione che lo stesso testatore aveva apposto. Di converso, preso atto del mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione quando il testatore era ancora vivente, sarebbe stato preferibile far coerentemente seguire l'inefficacia dell'istituzione ereditaria, lasciando che le vicende successorie fossero regolate secondo quanto stabilito agli artt. 565 ss. cod. civ.