

Capitolo Quinto

La donazione modale

di LUCA BARCHIESI

SOMMARIO: 1. Disciplina dell'onere tra Codice del 1865 e Codice del 1942. Nozione classica di onere: «modalità» del negozio; prestazione obbligatoria non corrispettiva – 2. Posizione della dottrina maggioritaria e stato della giurisprudenza sulla natura giuridica della donazione modale – 3. Obbligazione modale; dovere morale; obbligo fiduciario. Struttura dell'onere – 4. Donazione modale e contratto a favore di terzi: analogie e differenze – 5. (Segue): il dibattito dottrinale sulla natura giuridica della donazione modale – 6. Le principali obiezioni dottrinali alle tesi che conducono la fattispecie modale fuori dal tipo donazione o fuori dall'unitario regolamento negoziale posto dalla donazione modale – 7. Donazione modale: causa e (sotto)tipo. Ipotesi di mancanza di causa o di assenza del (sotto)tipo – 8. Donazione modale come negozio indiretto – 9. Adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa donata. Stato della giurisprudenza. Azione per l'adempimento – 10. Inadempimento e impossibilità sopravvenuta della prestazione del donante o della prestazione modale: rimedi – 11. Risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere. Stato della giurisprudenza. Risarcimento del danno da inadempimento dell'onere – 12. Spirito di liberalità; intento di solidarietà; fini di pubblica utilità e donazione modale – 13. (Segue): il paradigma dell'attività di volontariato – 14. Donazione modale; atto fondazionale in senso lato; negozio di fondazione – 15. (Segue): negozio gratuito interessato diverso dalla liberalità. Classificazione – 16. La clausola o disposizione modale – 17. Onere; motivo della donazione; presupposizione. Stato della giurisprudenza – 18. Onere e condizione: indici di distinzione. Stato della giurisprudenza – 19. Donazione modale e donazione condizionale: onere illecito o impossibile; condizione illecita o impossibile – 20. L'evizione dei beni donati. La ripetizione delle prestazioni «non dovute» per il venir meno della donazione

1. Disciplina dell'onere tra Codice del 1865 e Codice del 1942. Nozione classica di onere: «modalità» del negozio; prestazione obbligatoria non corrispettiva

Il codice civile riserva alla disciplina della donazione modale tre essenziali disposizioni, contenute nel Capo III del Titolo V, agli artt. 793, 794¹ e 797, n. 3, e una quarta previsione inserita nella nozione riguardante il contratto di rendita perpetua di cui all'art. 1861.

Disciplina

La prima norma prevede la possibilità che la donazione sia gravata da un **onere**, e stabilisce che all'adempimento, che può essere richiesto da **qualsiasi interessato** oltre che dal donante, il donatario è tenuto entro i limiti di **valore della cosa** donata; sancisce infine la possibilità della **risoluzione** del contratto di donazione per **inadempimento** dell'onere,

¹ Cfr. A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, Torino, 2009, 287.

possibilità riservata al **donante** e ai suoi **eredi**, nel solo caso in cui tale rimedio sia stato espressamente **preveduto** nell'atto di donazione.

La seconda norma, che si compone di un comma, si limita a stabilire la **nullità** della donazione nel caso in cui l'onere ad essa apposto sia **illecito** o **impossibile** ed abbia costituito per il donante il **solo motivo** che lo abbia determinato a disporre.

La terza disposizione si preoccupa di stabilire che, in ordine alla donazione che impone un onere al donatario, vige un limite di operatività della garanzia che il donante è tenuto a prestare al donatario per l'evizione che quest'ultimo potrebbe subire con riguardo alla cosa donata, prevedendo in particolare che la garanzia è dovuta fino «alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante».

La quarta norma riconosce che la **rendita perpetua** può essere costituita anche sotto forma di onere gravante sul beneficiario dell'alienazione gratuita di un immobile o della cessione gratuita di un capitale (art. 1861, 2° co., c.c.)².

Le norme citate discorrono di onere mentre la rubrica dell'art. 793 c.c., norma questa senz'altro centrale per la disciplina dell'istituto, richiama l'aggettivo «modale» unito al sostantivo donazione.

Nella dottrina tradizionale l'**onere** è meglio identificato quale specie del genere **modo**, termine con il quale si intende il «modo degli effetti del negozio» ovvero la possibile **«modalità»** per mezzo della quale l'autonomia privata, per dare rilievo ai **motivi** e agli interessi individuali e variabili, che altrimenti «non troverebbero soddisfazione con l'adozione pura e semplice del negozio tipico», potrà concretamente atteggiarne gli effetti tipici senza alterarne la causa³. L'onere dunque è un possibile **elemento accidentale** che fa del negozio – in particolare del negozio a titolo gratuito⁴ – altrimenti «puro» un **negozio «modale»**, là dove **aggiunge** agli effetti tipici del negozio puro **altri** effetti, con ciò dando conto di una compresenza compatibile, all'interno del medesimo negozio, di una **possibile** «volontà accessoria» in perfetta sintonia con la **necessaria** «volontà liberale»⁵. L'incidenza dell'onere sul **contenuto** e, in ultima analisi,

² Nel codice previgente non compare una disposizione dal tenore altrettanto chiaro quale quella adottata con il Codice del 1942, ma si incontra in particolare una norma che, però, pare delineare un quadro diverso da quello attuale: l'art. 1780 infatti, a proposito delle due specie di rendita perpetua previste (la «rendita fondiaria» e la «rendita semplice o censo»), stabilisce che, fuori dei casi in cui il diritto alla prestazione periodica si costituisce in capo al vitaliziato quale «prezzo» corrispettivo di una alienazione (rendita «per prezzo d'alienazione») o quale «condizione» di una cessione «a titolo oneroso» da quest'ultimo eseguita a favore del vitalizante, potrà anche essere pattuito in quanto dedotto «come condizione di cessione (...) a titolo gratuito».

³ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 193.

⁴ Secondo una più ampia prospettiva, non solo della disposizione testamentaria e della donazione (in tal senso, SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 196), ma del negozio gratuito in genere, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 286, nota 5.

⁵ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 207.

sugli effetti tipici del negozio al quale accede, non è però nel senso di modificarli, com'è per la condizione e il termine, ma va piuttosto intesa nel diverso significato di una **limitazione** «in senso economico» di tali effetti, di una «**misura** (*modus*) della liberalità»⁶, limitazione o misura che, sul piano della corrispondente figura di qualificazione giuridica, si apprezza sotto forma di obbligazione gravante sul soggetto beneficiato dalla liberalità «di dare o fare o non fare qualche cosa a favore del disponente o di terzi»⁷.

Nozione di onere

Da qui l'osservazione condivisa che, sul piano strutturale, l'onere indichi tanto la **modalità** del negozio quanto l'**obbligazione** che da essa deriva⁸ e, sul piano sistematico, la considerazione – questa invece meno pacificamente accettata in dottrina – che «il *modus* non diventa mai corrispettivo dell'attribuzione negoziale» e che pertanto «la **causa** del negozio attributivo rimane **liberale**»⁹.

Anche nella giurisprudenza di merito¹⁰ e di legittimità¹¹ è netta la considerazione in base alla quale l'art. 793 c.c. prevede espressamente la compatibilità dello **spirito di liberalità** con l'imposizione al beneficiato di un **peso**, in tutti i casi in cui un tale peso, però, non assuma carattere di **corrispettivo**, ma costituisca invece una mera limitazione del beneficio, mediante riduzione del valore attribuito al destinatario della liberalità.

Codice del 1865

Il codice civile del 1865 dedicava alla fattispecie in esame l'art. 1051 che, in apertura di disciplina, s'incaricava di esplicitare l'annoverabilità tra le donazioni anche di quelle «per cui s'imponga qualche peso al donatario», nonché l'art. 1080 che, nel capo previsto per i casi di «rivocazione delle donazioni», introduceva tra di essi anche la «causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario», prevedendo in particolare che siffatto ina-

⁶ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 196 e 205.

⁷ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 206.

⁸ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 206.

⁹ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 206. Cfr., inoltre, CATAUDELLA, *La donazione*, in *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2005, 53 ss., 119, secondo il quale la donazione modale è un contratto non a prestazioni corrispettive, anche se, di certo, non gratuito, poiché la presenza della prestazione a carico del donatario osta a tale qualificazione. Nello stesso senso, seppure attraverso un differente *iter* argomentativo, cfr. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 1984, 82 ss., secondo il quale la donazione modale è fattispecie non corrispettiva ma onerosa; cfr., pure, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 60. Nel senso del testo, pertanto, la donazione modale dovrà evidentemente essere considerata anche ai fini della collazione e dell'imputazione della quota di riserva: cfr. Cass., 26 luglio 2005, n. 15586, in *Guida dir.*, 2005, 41, 69; Cass., 27 novembre 1985, n. 5888, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 1785. In particolare, soggetta a collazione è solo la differenza tra il valore dei beni donati ed il valore dell'onere, dovendosi escludere il valore dei frutti già percepiti, ai quali il donatario aveva diritto, Trib. Brindisi, 12 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2002, 978.

¹⁰ Cfr. App. Roma, 21 marzo 2006, n. 1396, in *Giur. merito*, 2007, 2, 323.

¹¹ Cfr. Cass., 26 luglio 2005, n. 15586, cit.; Cass., 28 giugno 2005, n. 13876, in *Foro it.*, 2006, I, 778; Cass., 27 novembre 1985, n. 5888, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 1785; Cass., 21 giugno 1985, n. 3735, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 1148 s.

dempimento potesse essere dedotto dal donante quale «condizione risolutiva, espressa o tacita» il cui verificarsi avrebbe legittimato il donante a «proporre la domanda di revocazione della donazione»¹².

Il codice previgente, che collocava la donazione nel Libro Terzo dedicato ai modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose, più in particolare considerava tale, pertanto, anche quella in cui si impone un peso al donatario, tanto da sistemare anche questa fattispecie nella norma che, in apertura del Titolo III, sinteticamente indica ciò che è «anche» donazione (art. 1051) in aggiunta a ciò che è tipicamente donazione (art. 1050).

Del pari il Codice attuale, in piena continuità con il previgente, dopo avere inserito nel Titolo V del Libro Secondo riservato, appunto, alle donazioni, anche la fattispecie modale, sceglie di trattare questo particolare negozio nell'ottica disegnata dal Capo III e dunque in un quadro dedicato alla regolamentazione della donazione sotto il particolare profilo, oltre che della forma, dei possibili effetti.

**Rendita
perpetua**

A conferma di ciò soccorre inoltre anche il citato art. 1861 c.c., là dove prevede due distinti sottotipi costitutivi della rendita perpetua: il primo, nel quale il diritto di esigere la prestazione periodica nasce in cambio di un trasferimento immobiliare o della cessione di un capitale, e dunque «quale corrispettivo» di siffatta alienazione, e l'altro, nel quale il medesimo diritto di credito perpetuo di natura personale nasce sotto forma di pretesa all'adempimento di un onere che grava sul beneficiario di una alienazione immobiliare o di una cessione di capitale gratuita; con ciò venendosi a delineare molto chiaramente l'alternativa dualistica tra una prestazione eseguita quale corrispettivo o a titolo di scambio, e la differente prestazione eseguita in adempimento di un onere dell'attribuzione gratuita.

**Rendita
vitalizia**

Significativa è infine la disposizione di cui all'art. 1872 c.c., là dove sono previste le modalità di costituzione della rendita vitalizia.

La Suprema Corte¹³, a questo proposito, afferma che, distinta dal vitalizio oneroso – contratto dal quale derivano obbligazioni reciproche contrapposte tra i contraenti e nel quale sussiste un nesso di interdipendenza fra le due prestazioni –, per diversità della causa, della natura giuridica e degli effetti, è la donazione cui accede un onere che comporti l'obbligo, giuridicamente coercibile, del donatario di effettuare prestazioni periodiche in favore del donante o di un terzo per tutta la vita contemplata. In tal caso la disposizione modale costituisce un elemento accessorio dell'atto di liberalità in quanto con esso il disponente mira ad attuare un fine che si aggiunge a quello principale del negozio a titolo gratuito, operando come ulteriore movente di questo, senza peraltro con-

¹² A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 287, 309 s.

¹³ Cfr. Cass., 18 dicembre 1986, n. 7679, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, 2201 s.

dizionarne l'attuazione e senza che, anche quando la disposizione modale preveda a carico del donatario la prestazione di una rendita vitalizia a favore del disponente, resti modificata la natura e la causa della donazione.

2. Posizione della dottrina maggioritaria e stato della giurisprudenza sulla natura giuridica della donazione modale

Natura
giuridica
della
fattispecie
modale

Il dato storico-sistematico appena ricordato varrebbe, dunque, di per sé a togliere ogni dubbio in ordine alla natura giuridica della fattispecie modale¹⁴, e tuttavia sotto la vigenza di entrambi i codici si sono confrontate, maggiormente in dottrina, tesi che, come si vedrà di qui appresso, hanno avanzato dubbi circa la possibilità di ravvisare nel negozio in questione i caratteri tipici della donazione.

La Suprema Corte¹⁵ ha avuto modo di precisare che, premessa la compatibilità dello spirito di liberalità con l'imposizione di un peso al beneficiario, questo costituisce in effetti una modalità del beneficio portato dalla attribuzione a titolo gratuito, senza snaturare l'essenza di atto di liberalità della donazione, quando non assume il carattere di corrispettivo; l'indagine volta a verificare ciò è una indagine di fatto incensurabile in sede di legittimità, e attiene all'interpretazione del negozio di donazione, avendo quale particolare compito quello di stabilire se l'onere imposto al donatario sia tale da porre in essere un *modus* oppure valga a imprimere al negozio il carattere della onerosità¹⁶. In questo quadro ha inoltre chiarito¹⁷ che un'attribuzione patrimoniale per speciale apprezzamento di servizi in precedenza ricevuti, che venga effettuata in base ad una spontanea determinazione del disponente, nella consapevolezza di non esservi tenuto né per legge, né per obbligo naturale o costume sociale, esula dall'atto di pagamento correlato ad un negozio oneroso, o comunque inserito in un negozio «*mixtum cum donatione*», difettando il presupposto della ricollegabilità dell'attribuzione stessa, in tutto od in parte, all'adempimento di un obbligo del tipo indicato, e configura una donazione da qualificarsi come remuneratoria alla stregua dell'indicato fine perseguito dal donante. Ciò anche nel caso dell'eventua-

¹⁴ Cfr. CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 50.

¹⁵ Cfr. Cass., 28 giugno 2005, n. 13876, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 1424.

¹⁶ Il concetto di onerosità è usato dalla giurisprudenza citata in modo troppo generico, poiché la categoria dell'onerosità è solo una categoria generale nella quale rientra la *species* del contratto corrispettivo: è piuttosto a questo che la giurisprudenza citata avrebbe quindi dovuto fare riferimento. Infatti, seguendo il ragionamento della Corte, mentre il *modus* conferisce alla donazione, altrimenti gratuita, la nota della onerosità, la stessa modalità, quando introduce un elemento di scambio, conferisce invece, al contratto cui accede, la nota della corrispettività. Su tale classificazione, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 52 ss., in cui si richiama la serie delle discordanti posizioni assunte dalla dottrina sul punto.

¹⁷ Cfr. Cass., 29 novembre 1983, n. 7170, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, 2438 s.

le apposizione di un onere o *modus* a carico del donatario; questo non altera la natura del negozio cui accede, ove spieghi appunto una funzione di mero limite della liberalità, senza trasformarla in un corrispettivo di prestazione ricevuta.

Donazione modale e donazione semplice

Le tesi che si sono fronteggiate sono accomunate, quanto all'impostazione dell'indagine, da un identico punto di partenza, che si concreta nella comparazione della struttura della particolare operazione denominata **donazione**, seppure **modale**, con i caratteri tipici della **donazione semplice**; divergono poi quasi subito però, in ragione del fatto che non ricorre tra esse identità di veduta neppure su come debbano essere intesi quei tratti tipizzanti.

Prendendo le mosse dalla tesi tradizionale e dominante che individua nel *modus* una modalità o elemento accidentale della donazione, rileva in essa l'osservazione che la donazione modale sia un **sottotipo** del tipo contrattuale costituito dalla donazione¹⁸, poiché la connotazione ulteriore che nella modale è rappresentata dall'apposto onere, non supera i limiti di elasticità dello **schema donativo**, ovvero non introduce in tale schema alcun elemento incompatibile con la sua permanenza, ma si limita a specificare la fattispecie tipica con ciò richiamando, rispetto alla disciplina in generale dedicata a questa, una regolamentazione riservata e di ambito più ristretto¹⁹.

Caratteri tipici della donazione

Per la dottrina citata le costanti che valgono a connotare la donazione, ovvero in altri termini i **caratteri tipici** di questa, riposano essenzialmente: sull'**arricchimento in un senso soggettivo** del donatario, che sussiste semplicemente quando vi è l'intento concorde e/o condiviso e/o comune delle parti di far sì che una di esse si avvantaggi per il solo fatto di ricevere un'attribuzione senza corrispettivo, anche se nel patrimonio di questa non si apprezzi il ricorrere di un incremento o aumento oggettivo; sullo **spirito di liberalità** che, lungi dal rilevare semplicemente come spontaneità o mancanza di qualsiasi costrizione, coazione o vincolo in senso lato dell'agire, ricorre in particolare quando l'**interesse** perseguito spontaneamente dal donante con l'attribuzione patrimoniale, interesse vieppiù conosciuto e condiviso dall'altra parte, **non** è per il donante stesso neppure indirettamente **patrimoniale e/o economico**²⁰.

Il **modus** pertanto, se confrontato con il senso in cui vengono intesi entrambi i caratteri tipici premessi, richiama tanto i casi non normali né frequenti nei quali il soggetto destinatario dell'attribuzione potrà in concreto non oggettivamente beneficiare di alcun incremento patrimoniale o

¹⁸ L'aggiunta del *modus* non snatura l'essenza della donazione, non potendo ad esso assegnarsi la funzione di un corrispettivo; pertanto la donazione, seppure limitata attraverso il *modus*, risponde pur sempre alla causa di liberalità.

¹⁹ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 47.

²⁰ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 6, 20.

arricchimento economico, quanto i casi, invece tutt'altro che infrequenti, nei quali il soggetto disponente si predispone all'attribuzione patrimoniale non solo per il **puro intento di beneficiare** l'altro ma anche per una motivazione aggiuntiva; cosicché, nel saldarsi dei due cennati elementi, è senz'altro donazione anche quella operazione nella quale chi si dispone a dare, oltre a farlo per soddisfare un proprio generico interesse non economico che si concreta nell'attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale, a ciò addivene anche per uno specifico **motivo aggiuntivo**, sempre **di natura non economica**²¹, motivo che si potrà realizzare solo per il tramite dell'esecuzione di una prestazione da parte dell'onerato, potenzialmente idonea, nell'intento concorde delle parti, ad assorbire anche per intero il valore dell'attribuzione patrimoniale²².

Motivo a donare

È alla realizzabilità di tale specifico motivo, aggiunto rispetto al normale intento di liberalità²³, che la disciplina sul *modus* donativo tende, allorquando nel quadro più vasto della regolamentazione dettata per la donazione in generale, si incarica di dettare norme che, fermi restando i concorrenti capisaldi di tale regolamentazione generale, si rivolgono a stabilire i limiti entro i quali potrà rilevare un siffatto particolare atteggiarsi del motivo a donare; il *modus* evidenzia dunque un particolare atteggiarsi ed esplicitarsi, in seno al contratto, del motivo individuale e soggettivo che spinge un soggetto a donare, e riceve particolare disciplina proprio in considerazione della posizione di prevalenza che, nella fissazione del concreto assetto di interessi rappresentato dalla donazione, deve essere riservata al donante²⁴.

Con speciale riguardo al punto di vista di quest'ultimo dunque, non economico e/o patrimoniale sarà tanto l'**interesse tipico a donare** quanto il **sottotipico** e perciò giuridicamente rilevante «**motivo o inte-**

²¹ I motivi del dono servono a testimoniare e confermare l'assenza di un interesse patrimoniale del disponente, e dunque correlativamente servono anche a fare se del caso emergere, nell'operazione posta in essere dai privati, occulti interessi patrimoniali che, se non giungono al punto di indicare la presenza di un vero e proprio interesse economico fondativo della volontà di disporre, rivestono pur sempre il carattere di interesse economico concorrente alle ragioni essenziali dell'atto, facendone così un atto non già liberale e/o donativo ma piuttosto gratuito ed economicamente interessato, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, 20 ss., 28.

²² Cfr. A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000, 148 ss., distingue come è noto tra donazioni pure e donazioni « motivate », nelle quali ultime il motivo non assume semplicemente la dimensione, tradizionalmente irrilevante sul piano giuridico, di colorazione dello spirito di liberalità ovvero motivo o motivazione del donare, intesi quali particolare atteggiarsi, normalmente presente e in concreto variabile, dell'intento puramente liberale, ma riveste una certa valenza caratterizzante tanto da richiamare una « disciplina particolare nell'ambito di quella generale dettata per la donazione » (così, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 48, nel richiamare la dottrina appena citata). L'Autore, al quale è riferibile l'indagine tesa a ricostruire l'ambito delle « donazioni motivate », annovera tra di esse anche le donazioni modali. Cfr., anche, A. PALAZZO, voce « Donazione », in *Digesto/civ.*, VII, Torino, 2004, 152.

²³ Cfr. A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, cit., 47.

²⁴ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 48.

resse a donare»²⁵, per cui la prestazione modale imposta al beneficiario non potrà costituire per il beneficiario né la causa sufficiente a giustificare la propria prestazione donativa, né potrà rappresentare per il beneficiario una prestazione corrispettiva alla quale egli dovrà adempiere perché si giustifichi (e dunque per ricevere e conservare) l'attribuzione patrimoniale da parte del donante²⁶.

**Interesse
non economico**

In altri termini, la previsione di una prestazione a carico del beneficiario non snatura l'essenza del tipo donazione poiché sottende un motivo personale del donante – conosciuto e/o anche condiviso a volte dal donatario – che penetra nel contenuto della donazione²⁷, sotto forma di movente o interesse **morale o non economico**, mantenendo perciò inalterato lo «schema della donazione, che dai motivi prescinde e, quindi, appare atto a ricomprendere tutte le liberalità donative comunque motivate»²⁸; pertanto, il bisogno non economico che il beneficiario (con la condivisione del beneficiario) intende soddisfare, quale motivo aggiunto dell'atto di liberalità, funge da conferma della **non patrimonialità della causa** dell'attribuzione eseguita e, dunque, da conferma della sussistenza dello **schema formale della donazione**²⁹.

3. Obbligazione modale; dovere morale; obbligo fiduciario. Struttura dell'onere

Obbligazione modale

Si ritiene comunemente che l'onere possa avere ad oggetto l'adempimento di una **prestazione** a favore o, il che è lo stesso, a vantaggio del donante, di terzi e anche dello stesso donatario onerato³⁰: in quest'ultimo caso il comportamento impostogli è rivolto a suo esclusivo vantaggio, ciò che ha fatto decisamente osservare ad una parte della dottrina che un tale comportamento non possa costituire per definizione il contenuto di un'obbligazione modale³¹, e che ha fatto argomentare altri nel senso che, in tal caso, occorrerà vedere in concreto se si sia inteso dare al donata-

²⁵ A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 47 s.

²⁶ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 289 s.; A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 153, il quale osserva che nella donazione modale, la prestazione imposta al donatario non attiene alla causa del negozio, ma configura una mera limitazione del beneficio volta «al perseguimento di ulteriori fini morali del donante» fini morali che, una volta comprovati, «servono quindi per escludere la sinallagmaticità».

²⁷ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 293; A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 139.

²⁸ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 49.

²⁹ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 291.

³⁰ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 118, nota 57, che richiama, in senso conforme, la prevalente dottrina.

³¹ Cfr. GRASSETTI, *Donazione modale e donazione fiduciaria*, Milano, 1941, 29 ss.; cfr. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, 179 ss.

rio soltanto un **consiglio** o una **raccomandazione** ovvero se lo si sia voluto vincolare ad un dato uso dei beni donati³².

Dovere morale

Quando in particolare il peso è imposto nell'esclusivo interesse dell'onerato, intendendosi con ciò alludere ad un peso imposto a suo esclusivo vantaggio, si dovrebbe opinare per taluno nel senso di ritenere la clausola modale quale *nudum praeceptum*³³ ovvero quale dovere annoverabile tra quelli che per il donatario si pongono su un piano esclusivamente morale³⁴.

Il caso che vede beneficiario del *modus* il solo donatario onerato non può però essere aprioristicamente escluso dall'ambito applicativo della donazione modale, né dunque potrà essere altrettanto aprioristicamente ricompreso in una fattispecie in cui sorge a carico del donatario un dovere esclusivamente morale. Occorrerà piuttosto, sulla base dei canoni di interpretazione del contratto, indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, onde verificare in particolare se il donante abbia manifestato una volontà, condivisa anche dallo stesso donatario, tesa a relegare il peso imposto su quest'ultimo nei termini del semplice consiglio o raccomandazione, o se abbia altrimenti voluto, sempre d'intesa con l'onerato, vincolare giuridicamente quest'ultimo all'adempimento della prestazione modale³⁵.

Donazione fiduciaria

Non è escluso neppure che tra donante e donatario si sia inteso dare luogo non già ad una **donazione modale**, quanto piuttosto ad una **donazione fiduciaria**. In tal caso il donante stipulerà con il donatario un *pactum fiduciae*, in base al quale il secondo si obbligherà ad avvalersi del diritto donato esclusivamente per la realizzazione di uno scopo altruistico predeterminato dal primo, scopo rivolto a beneficio di un terzo, di una pluralità di beneficiari, o destinato a pubblica beneficenza o a fini di utilità generale. Ne deriverà allora che, avendo l'obbligo ad un dato uso dei beni donati assunto dal donatario nei confronti del donante, carattere solo fiduciario, questo potrà essere anche non adempiuto dal primo senza che il secondo abbia a pretendere nulla oltre al risarcimento del danno; né potrà, il donante, neppure in linea di principio, proporre una risoluzione della donazione per inadempimento del donatario, essendo l'attribuzione fiduciaria sostanzialmente irresolubile. Del pari, dato il carattere puramente interno, giacché fiduciario, dell'obbligo ad un dato uso dei beni donati, non sorgerà per definizione in capo ai terzi, in-

³² Si veda al riguardo la risalente dottrina richiamata in CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 6, Torino, 1997, 558, nota 32.

³³ In questi termini, una dottrina risalente, cfr. FILIPPON, *Rapporti tra il legato e il modus*, in *Giur. it.*, 1938, IV, 235, nota 10.

³⁴ In tal caso, correttamente si osserva che la deduzione in donazione di un obbligo solo morale ne richiama una rilevanza giuridica in termini di mera obbligazione naturale, cioè agli effetti della *soluti retenti*, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 303, nota 77.

³⁵ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 303.

interessati all'adempimento del *pactum fiduciae*, alcun diritto ad agire per l'adempimento dell'obbligo fiduciario, contrariamente a quanto disposto per la donazione modale ai sensi dell'art. 793, 3° co., c.c.³⁶.

Comportamento valutabile economicamente

È certo che se dal modo dovrà scaturire immancabilmente una obbligazione in senso tecnico³⁷ (obbligazione di erogare una parte del vantaggio patrimoniale conseguito, per un dato scopo o a beneficio di taluno, oppure obbligazione di eseguire una determinata prestazione di dare, fare o non fare, non connessa con i beni ricevuti in donazione, a favore di taluno) anche consistente, per esempio, in un negozio di puro trasferimento³⁸, potrà essere oggetto del modo solo un comportamento valutabile economicamente *ex art.* 1174 c.c.³⁹ ovvero un «comportamento coercibile»⁴⁰ nel senso di «assoggettabile alle tecniche di esecuzione»⁴¹: comportamento o prestazione che, per giunta, in base a quanto già anticipato e da precisare qui appresso, dovrà corrispondere ad un interesse necessariamente non patrimoniale del creditore della prestazione modale⁴². Si è invece decisamente fuori dall'ambito di applicazione della donazione modale – ma si potrebbe essere prima ancora fuori dallo stesso ambito di

³⁶ A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 295 ss. La donazione fiduciaria riveste, per i profili normativi accennati nel testo, carattere intermedio tra la figura della semplice raccomandazione o consiglio e quella della donazione modale, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 303. CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 855, osserva che si può parlare di donazione fiduciaria anche quando il donante, anziché promuovere l'erezione di una fondazione, affida dei beni al donatario affinché li destini ad uno scopo di interesse collettivo.

³⁷ Il modo, oltre alla clausola apposta alla donazione, designa infatti anche l'obbligazione che da tale clausola deriva in capo all'onerato, SANTORO PASSARELLI *op. cit.*, 202 s.; cfr. CARNEVALI, voce «Modo», in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 686; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 553; A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 306; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3ª ed., Milano, 2009, II, 1584.

³⁸ CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 845; G. CAPOZZI, *op. cit.*, 3ª ed., 1584. Il modo cioè può consistere anche nel trasferire ad un terzo un bene determinato, facente o non facente parte dell'attribuzione del donante, cosicché il donatario dovrà porre in essere un negozio di puro trasferimento a favore del beneficiario del modo stesso: cfr. LUMINOSO, *Apunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, 25 ss.

³⁹ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 553; cfr. inoltre, BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 399.

⁴⁰ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 121 ss., 128.

⁴¹ A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 149.

⁴² Si è dunque pur sempre fuori dalla donazione modale anche quando una parte consegna all'altra un bene per «scambiarlo» con una prestazione non avente valore tipicamente economico, ciò perché, pur essendo anche in tal caso non patrimoniale l'interesse del creditore alla prestazione non avente valore tipicamente economico, non ricorre però in tal caso l'intenzione di arricchire la parte che tale prestazione si obbliga a compiere; in tal caso la *datio* di beni realizzata a fronte dell'impegno di adempiere ad una controprestazione non patrimoniale, dovrà essere dunque vista nella logica dello scambio, cosicché «se per la realizzazione della prestazione non patrimoniale sia necessario l'impiego di mezzi economici» e non solo «sacrifici di ordine morale», l'assetto di interessi sarà soggetto «alle regole della risoluzione se lungo l'esecuzione si verifica l'impossibilità o il succedersi di eventi straordinari e imprevedibili» A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 149, 151, nel richiamare GORLA, *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, I, *La civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1952, 174, 186.

vincolatività giuridica del patto⁴³ – allorché il comportamento richiesto all'onerato non sia economicamente valutabile (come accade se lo si onera di assumere il nome del donante, di dedicarsi a certi studi o a certe occupazioni, di coabitare con il donante o con un terzo quale persona di compagnia)⁴⁴, tanto che taluno, allo scopo di ricondurre al contratto di donazione una qualche conseguenza giuridicamente rilevante per il caso di mancata esecuzione di quel comportamento, argomenta nel senso di individuare nel negozio in questione una fattispecie sottoposta a condizione risolutiva⁴⁵.

Struttura dell'onere

Se il modo è dunque un'obbligazione in senso tecnico, è necessariamente con riguardo ai requisiti fisionomici e strutturali di questa che dovrà essere ricostruito il dualismo soggettivo tipico del **rapporto obbligatorio**, fondato sulla posizione del donante-creditore e del donatario-onerato-debitore. Un tale schema dualistico è infatti rispecchiato fedelmente dal disposto di cui all'art. 793 c.c., sia nella parte in cui precisa che il soggetto passivo dell'obbligazione «tenuto all'adempimento dell'onere» è il donatario mentre il soggetto attivo sul quale sorge la pretesa all'adempimento dell'onere è immancabilmente il donante, sia nella parte in cui riproduce una siffatta struttura dualistica obbligatoria secondo l'angolazione parimenti bilaterale propria della fonte dalla quale essa promana, ovvero avuto riguardo al rapporto contrattuale nel quale l'obbligazione e/o l'onere è dedotto: sarà infatti il creditore che, in qualità di contraente-donante, rivestirà il ruolo di legittimato attivo nella domanda di risoluzione del contratto di donazione per inadempimento, e all'opposto il debitore, in qualità di contraente-donatario, a ivi rivestire il corrispondente ruolo di legittimato passivo.

⁴³ Per stabilire se il comportamento onerato insuscettibile di valutazione economica (e dunque idoneo a formare oggetto di una vera e propria obbligazione) sia un semplice consiglio o una semplice raccomandazione, piuttosto che oggetto di un obbligo o dovere giuridico, giova verificare la presenza, all'interno del contratto di donazione, di una clausola penale per il caso di mancata esecuzione del modo; la clausola penale, in tale caso, costituirebbe l'indice di giuridicità dell'impegno assunto dal donatario, non già l'indice di patrimonialità dell'interesse del donante all'adempimento del suddetto impegno. Il donante pertanto, potendo avere per definizione solo un interesse meramente morale all'esecuzione del comportamento onerato, se non fosse presidiato da una clausola penale resterebbe privo di risarcimento, non potendo per definizione allegare di avere sofferto alcun pregiudizio patrimoniale a seguito della inesecuzione del modo.

⁴⁴ Si è al di fuori della donazione modale anche quando in relazione ad una prestazione non avente valore rapportabile al denaro sta una semplice promessa del donante di dare qualcosa avente un valore tipicamente economico (ad es. denaro); qui infatti non solo si è fuori dalla donazione modale, ma si è piuttosto fuori dalla stessa donazione, trattandosi di semplice promessa: A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 149, 151.

⁴⁵ Cfr. GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 899 ss.; anche da ultimo, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 846; A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 149, 151. La donazione sottoposta a condizione, in tutti i casi in cui la condizione è limitativa della libertà personale per imporre al donatario di effettuare una scelta in ordine alla propria condotta, pone però un problema di possibile illiceità della clausola condizionale; per una rassegna delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali, cfr. MORETTI, *La donazione sotto condizione*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 832 ss.

Ma lo schema dualistico del rapporto obbligatorio e del **rapporto contrattuale**, quest'ultimo secondo la sua normale struttura relativa *ex art. 1372 c.c.*, non è sufficiente a spiegare tutto il funzionamento del meccanismo modale, poiché, sempre ai sensi della disposizione più sopra citata, qualora il contraente-donatario-debitore non adempia spontaneamente, «per l'adempimento dell'onere, può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso».

Si è di fronte, con tutta evidenza, ad uno schema di allocazione dei diritti e delle azioni analogo, se non identico, a quello più in generale previsto e disciplinato dall'art. 1411 ss. c.c.⁴⁶: premesso che il modo può essere posto anche a vantaggio o a beneficio esclusivo di un **terzo determinato o determinabile** con criteri automatici⁴⁷, è certo che per l'adempimento del modo potrà agire, oltre al donante – nella sua duplice qualità di creditore e avente causa *ex contractu* dal donatario – anche il terzo, nella sua unica qualità di soggetto che, dal momento della conclusione del contratto di donazione, acquista un diritto di credito nei confronti del donatario (art. 1411, 2° co., c.c.)⁴⁸, pur restando estraneo al rapporto contrattuale di donazione dal quale deriva il suo diritto.

Il terzo cioè, ovvero l'interessato secondo il dettato dell'art. 793 c.c., è in posizione analoga a quella del terzo a favore del quale è fatta la stipulazione *ex art. 1411 c.c.*, poiché trae un diritto di credito ad una prestazione sulla base di un contratto concluso tra un soggetto **stipulante** (il donante) e un soggetto **promittente** (il donatario), diritto di credito che egli potrà far valere, unitamente al donante-stipulante, nei confronti della parte contrattuale obbligata alla prestazione (il donatario-promittente)⁴⁹.

⁴⁶ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 305, che, nell'ammettere la possibilità di qualificare la donazione modale con *modus* a vantaggio di un terzo quale contratto a favore di terzi e dunque la possibilità di applicare a tale ipotesi di donazione modale la disciplina di cui all'art. 1411 ss. c.c., ricorda come l'art. 1128 del codice previgente già ammettesse la possibilità di stipulare a vantaggio di un terzo nel caso in cui «ciò formi condizione di una stipulazione che fa per sé stesso o di una donazione che fa ad altri», e che dunque la donazione con *modus* a vantaggio di un terzo costituisca già all'epoca una delle ipotesi eccezionali di contratto a favore di terzi, con applicazione ad essa della relativa disciplina. Nello stesso senso, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 119; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 557, ove ulteriori richiami di dottrina conforme.

⁴⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 119; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 557.

⁴⁸ Cfr. Trib. Asti, 14 gennaio 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2422: tra il donatario modale e i terzi beneficiari sorge un rapporto obbligatorio in forza del quale questi ultimi sono titolari di un diritto soggettivo azionabile in giudizio per ottenere l'adempimento del *modus* o il risarcimento del danno.

⁴⁹ Individuato correttamente il ruolo che ciascun soggetto coinvolto in un'operazione di donazione modale dovrebbe rivestire secondo l'ottica ivi tendenzialmente praticabile disegnata dallo schema del contratto a favore di terzi, va accolta l'obiezione che anche di recente ha riproposto, contro chi voleva differenziare la donazione modale dal contratto a favore di terzi (in tal senso, TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956, 58), una parte della dottrina [A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 306]; si osserva infatti che nella donazione modale, ad assumere il possibile ruolo di stipulante non è di certo il donatario, quanto piuttosto il donante, pertanto, se si vuole individuare, secondo la terminologia propria del contratto a favore di terzo, quel soggetto che nella donazione modale ricaverrebbe da essa l'attribuzione principa-

4. Donazione modale e contratto a favore di terzi: analogie e differenze

Contratto a favore di terzi

Il richiamo dello schema del contratto a favore di terzi, nel caso in cui il modo posto in donazione sia rivolto a vantaggio di un terzo⁵⁰, può però valere nei limiti in cui evidenzia una pura e semplice **analogia di struttura** tra le due fattispecie, non già al fine di assoggettare in tal caso la donazione modale alla disciplina dettata dall'art. 1411 c.c.; poiché, se da un lato è vero che nel codice vigente il contratto a favore di terzi non ha più il carattere eccezionale che aveva sotto il vigore del codice del 1865, e dunque se è vero che una tale categoria ha oggi carattere generale⁵¹, è pure altrettanto vero però che, nella vigenza dell'attuale codice, la fattispecie della donazione modale, quale sottotipo della donazione *tout court*, dispone di una propria compiuta ed esaustiva disciplina – speciale, rispetto a quella più in generale prevista per la donazione – che non ha bisogno né di essere integrata con altre disposizioni regolate in ben altro contesto, né tanto meno di essere ingiustificatamente derogata là dove presenti, rispetto a tali altre disposizioni, elementi di incompatibilità e/o discordanza.

Di particolare momento è infatti la differenza di disciplina che riguarda le due fattispecie a confronto, una differenza che può essere colta pur a fronte di talune assonanze che innegabilmente, come si è in parte già detto, caratterizzano le due fattispecie.

Analogia con donazione modale

Va preliminarmente rilevato che una sensibile analogia di struttura tra i due schemi si nota semplicemente avendo riguardo al tipico effetto negoziale che scaturisce tanto dalla **stipulazione a favore di terzo** quanto dal **modus** con prestazione da eseguirsi a vantaggio di un terzo determinato.

Dal *modus* deriva, per colui che viene gratificato con una donazione, un'obbligazione, si è detto, avente ad oggetto un dare o fare o non fare qualche cosa a favore di terzi⁵², e così dal contratto a favore di terzo deriva, per colui che assume il ruolo di promittente, un'obbligazione avente il medesimo oggetto variabile.

La nota costante è cioè rappresentata dal fatto che tanto la clausola modale quanto la clausola di deviazione degli effetti del contratto potranno produrre solo un effetto obbligatorio, che potrà se del caso consistere anche nella nascita di un'obbligazione avente ad oggetto una pre-

le, questo sarebbe di certo il promittente e non già lo stipulante, come erroneamente argomentato. Anche in tal caso dunque, lo stipulante – identificato nel donante – nulla riceverebbe per sé, ad eccezione del diritto a chiedere l'adempimento della prestazione posta carico del promittente-donatore, al pari dello schema previsto dall'art. 1411 c.c.

⁵⁰ Per una sintetica disamina del punto si veda, G. CAPOZZI, *op. cit.*, 3^a ed., 1586 ss.

⁵¹ In questo senso, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 305.

⁵² SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 206; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 118.

stazione traslativa, il cui contenuto consiste cioè in un dare in senso tecnico.

**Contratto
traslativo
a favore di
terzo**

Non sembra infatti accettata, da una parte autorevole della dottrina, la possibilità di un contratto traslativo a favore di terzo, preferendosi per varie ragioni l'impostazione che vuole limitato agli effetti obbligatori l'ambito di applicazione della stipulazione a favore di terzi⁵³; peraltro, la stessa giurisprudenza, se da un lato è vero che interpreta il contenuto possibile della prestazione del promittente in un senso ampio, dall'altro non pare però essersi univocamente spinta sino al punto di ammettere che il contratto a favore di terzo possa produrre effetti autenticamente traslativi.

I casi trattati infatti, quando non riguardano semplicemente l'ipotesi in cui sorge in capo al promittente la particolare prestazione di *facere* che si realizza con la prestazione di un consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà, in un'ottica tesa con ciò a ritenere ammissibile il preliminare a favore di un terzo⁵⁴ quale oggetto della stipulazione, altrimenti si riferiscono ad ipotesi del tutto particolari, nelle quali il contenuto della prestazione da rendersi al terzo consiste più propriamente nella costituzione di un diritto reale, come quando lo stipulante aliena un fondo al promittente con contestuale costituzione sul fondo alienato di una servitù a favore del fondo dominante appartenente ad un soggetto che, non avendo partecipato al contratto, abbia assunto la posizione di terzo favorito⁵⁵: è evidente che, in quest'ultimo caso, la stipulazione a favore di terzo non produce un effetto traslativo o meglio non si atteggia a negozio immediatamente dispositivo a vantaggio del terzo, ma genera piuttosto il ben diverso effetto derivativo costitutivo⁵⁶, che si avrà in tanto in quanto sorge in capo ad un terzo un diritto reale che, seppure derivato dal diritto qual faceva capo allo stipulante, si costituisce però pur sempre per il tramite dell'intermediazione o cooperazione del promittente, ovvero attraverso quella particolare forma di *facere* che si traduce nella prestazione di consenso alla stipulazione del futuro negozio costitutivo del diritto reale minore.

La premessa sugli identici limiti di contenuto della prestazione deducibile nel modo e nella stipulazione a favore di terzo, non assorbe la serie delle notevoli **differenze** che intercorrono tra le due fattispecie.

**Differenze
con donazione
modale**

Basti considerare che la stipulazione a favore di terzo è **revocabile** fino a quando costui non dichiara di volerne profittare, mentre il *modus*

⁵³ SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. Rescigno*, 10, Torino, 1997, 458, che richiama la dottrina favorevole all'ipotesi del contratto traslativo favore di terzo (nota 9); MAJELLO, voce «Contratto a favore di terzo», in *Digesto/civ.*, IV, Torino, 2004, 246; .

⁵⁴ Cfr. Cass., 1° dicembre 2003, n. 18321, in *Riv. not.*, 2004, 1228.

⁵⁵ Cfr. Cass., 13 febbraio 1993, n. 1842, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 306; nella manualistica, cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli-Roma, 2000, 929.

⁵⁶ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 93 s.

è invece **irrevocabile**⁵⁷: tale naturale effetto dell'irrevocabilità, per poter esser ammesso, non abbisogna infatti di essere espressamente statuito dalla disciplina specifica sul *modus*⁵⁸, poiché costituisce in realtà una conseguenza normale del carattere contrattuale della clausola che l'onere ha previsto⁵⁹. Pertanto, sembra maggiormente compatibile con tale premessa una ricostruzione della disciplina del *modus* che, nel mentre consente al terzo a beneficio del quale la prestazione è posta di rifiutare un tale effetto incrementativo (ciò sulla base dei noti principi generali), al contrario non contempli, quale meccanismo che consenta al beneficiario di rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore (e dunque per rendere irrevocabile il diritto di credito costituito a suo favore), la necessità di una esplicita dichiarazione da parte di questo di volerne profittare; difatti, inserendo nella disciplina della donazione modale caratterizzata da un onere posto a beneficio di terzi un elemento ulteriore, qual è quello costituito da una possibile definitività dell'acquisto del diritto di credito da parte del beneficiario per effetto della irrevocabilità del *modus* recata dalla esplicita dichiarazione di accettazione del diritto medesimo, si verrebbe a creare una ingiustificata limitazione del diritto del donante a domandare la risoluzione del contratto in caso di inadempimento del *modus*: la risoluzione infatti, in questo caso, secondo una dottrina, non dovrebbe essere ammessa, poiché ammetterla significherebbe altrimenti introdurre una ipotesi di revoca implicita del beneficio, cosicché al donante resterebbe solo la domanda di adempimento del modo⁶⁰.

Del resto, alla affermazione di un possibile identico trattamento normativo tra donazione modale e contratto a favore di terzi si frappone un'altra rilevante divergenza di disciplina, che sorge quando il terzo rifiuti di voler profittare della prestazione posta a suo favore: mentre nello schema di cui all'art. 1411, 3° co., c.c. il **rifiuto** profitta normalmente allo stipulante, nella interpretazione che si è soliti dare alla fattispecie di rifiuto della prestazione da parte del terzo beneficiario nell'onere donativo, il beneficio dovrebbe invece restare in capo all'onere, e cioè in capo a

⁵⁷ GAZZONI, *op. cit.*, 932.

⁵⁸ In questo senso invece A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 306, nella critica alla dottrina risalente che invece afferma l'irrevocabilità del *modus*.

⁵⁹ La «motivazione» che sorregge causalmente la clausola modale è infatti condivisa, ovvero asurge al livello di intento comune ad entrambi i contraenti, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 13, 48.

⁶⁰ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 557, nota 28. L'Autore – che tra l'altro sembra riferire la legittimazione all'azione di risoluzione e all'azione di adempimento al donatario piuttosto che al donante – ammette così un'ipotesi di preclusione all'azione di risoluzione allorché il diritto di credito che nasce dal *modus* sia stato accettato dal terzo. Nella interpretazione della disciplina del contratto a favore di terzo, taluno osserva che in caso di mancata soddisfazione della pretesa del terzo, lo stipulante possa chiedere al promittente il risarcimento del danno e la risoluzione per inadempimento del contratto, quest'ultima però nei limiti in cui il terzo non abbia più interesse all'adempimento tardivo, MAJELLO, *op. cit.*, 247.

colui il quale, nell'ottica dell'art. 1411 c.c., assolve alla funzione lì assolta dal promittente⁶¹.

Infatti, se si considera che nella stipulazione a favore di terzo chi dispone a vantaggio di questo non è tanto il promittente, quanto piuttosto lo stipulante – il quale, proprio mediante la clausola a favore di terzo e la conseguente attribuzione patrimoniale al terzo consegue per sé una ben precisa utilità economica indicativa di quell'interesse che la norma richiede ai fini della validità della stipulazione⁶² – si comprende il perché, in ipotesi di mancata realizzazione dell'effetto originariamente programmato, la prestazione resti normalmente a beneficio di questi, che per tale via conseguirà quantomeno il valore di quella utilità economica rifiutata dal terzo⁶³.

In senso diametralmente opposto invece, il caso del **rifiuto** della prestazione da parte del soggetto beneficiario nella **donazione modale** dà luogo ad una diversa conseguenza applicativa: qui infatti è innanzitutto la realizzazione dell'attribuzione *donationis causa* della situazione giuridica patrimoniale a favore dell'onerato a giustificare la permanenza in capo ad esso del diritto trasferitogli dal donante.

Argomenti contrari alla identificazione tra le due figure pertanto sussistono, e sembrano peraltro avere carattere assorbente.

È innegabile che il contratto a favore di terzo presenti un meccanismo in gran parte analogo a quello di altre fattispecie legali, tanto che non vi sarebbero ragioni logiche per negare che le varie figure assimilabili possano essere concettualmente tutte stipulazioni a favore del terzo⁶⁴, e tuttavia, come ricorda la stessa dottrina citata, «gli interpreti non hanno elevato questo regolamento a norma-quadro applicabile a tutti i negozi volti a costituire un diritto in capo ad un soggetto estraneo»⁶⁵.

È altresì pacifica l'affermazione che il contratto a favore di terzo non sia un contratto tipico a sé stante, ma un modo di essere del contratto di volta in volta concluso⁶⁶, modo di essere che si configura tale attraverso

⁶¹ In caso di rifiuto da parte del terzo della prestazione posta a suo vantaggio è plausibile infatti argomentare nel senso che talvolta la donazione da modale si potrà convertire in donazione pura, ciò dato il carattere accessorio del modo quale limite alla liberalità. Non sempre però potrà nel concreto operare una siffatta conversione: in particolare, tale ritorno del sottotipo al tipo principale non potrà avvenire nel caso in cui l'onere, secondo la previsione posta dall'art. 794 c.c., ha costituito il solo motivo determinante della donazione. Del resto, come correttamente avvertito da una parte della dottrina, il *modus* è un elemento accidentale non sempre accessorio: talvolta riveste infatti un carattere primario ed essenziale rispetto al negozio c.d. principale di donazione concretamente considerato, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 295.

⁶² MAJELLO, *op. cit.*, 239.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ In tal senso, SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 457 s., che annovera nella medesima area concettuale della stipulazione a favore di terzi, l'accollo, la stipulazione del mandatario senza rappresentanza e l'atto di gestione di affari altrui.

⁶⁵ SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 457 s.

⁶⁶ È corretto dire che «la disciplina del contratto a favore di terzo risulta dalla fusione della nor-

la c.d. clausola di stipulazione a favore del terzo inserita nel regolamento contrattuale base, in virtù della quale gli effetti del negozio si producono in via diretta ed immediata nel patrimonio di un terzo⁶⁷.

Sembra allora di poter dire che la **clausola di stipulazione a favore di terzo** reagisce sull'efficacia del negozio cui è apposta nello stesso modo in cui opera la clausola condizionale e la clausola che prevede un termine di efficacia del contratto: si tratta infatti, in tutti questi casi, di **modalità** che, nell'attendere appunto all'efficacia del **negozio**, non innestano però, sui relativi effetti tipici, altri effetti accessori o secondari rispetto ai primi – come invece è ritenuto in riferimento al modo –⁶⁸, ma si limita a deviarne (di tali effetti tipici, appunto) la portata verso il patrimonio di un terzo estraneo al contratto, o a renderli incerti in tutto o in parte (condizione) o infine a limitarli nel tempo (termine).

Sul piano dell'inquadramento generale dunque, mentre nel contratto con stipulazione a favore del terzo la volontà precettiva è unica, come è unica nel negozio condizionale e nel negozio a termine, nel negozio modale «può distinguersi dalla volontà principale, diretta alla produzione degli effetti tipici, una volontà subordinata, quella istitutiva del *modus*»⁶⁹.

Altre differenze con donazione modale

Altro elemento che rileva profondamente ai fini della distinzione tra le due fattispecie studiate riposa sul requisito di cui all'art. 1411, 1° co., c.c.: la stipulazione è infatti valida solo se «lo **stipulante** vi abbia **interesse**»; di contro, la previsione di un onere posto a beneficio di un terzo è valida, quale modalità della donazione, anche a prescindere dalla esistenza effettiva di un interesse in capo al donante. Per meglio dire, in quest'ultimo caso, non è dalla previa indagine concreta sulla esistenza in capo al donante di una «motivazione» a donare che si desumerà la validità della donazione modale, ma è piuttosto dalla mera stipulazione di quest'ultima, o meglio dal fatto che la donazione sia strutturalmente gravata da un onere, che si inferirà la circostanza che con tutta evidenza il donante è stato mosso in concreto alla apposizione della clausola modale in contemplazione di un certo specifico motivo o interesse oggettivato, ovvero emergente dal contratto, poiché tale da caratterizzarne in modo speciale la disciplina.

Inoltre, mentre lo schema di cui all'art. 1411 c.c. viene comunemente inteso nel senso di evidenziare la necessità, ai fini della validità della stipulazione, della presenza anche in capo al terzo di un interesse in termini oggettivi all'attribuzione in proprio favore, interesse la cui mancanza altrimenti impedirebbe la stessa nascita del diritto in capo ad esso⁷⁰, e

mativa di cui all'art. 1411 ss. con quella dettata per il singolo contratto concluso», GAZZONI, *op. cit.*, 928.

⁶⁷ MAJELLO, *op. cit.*, 235.

⁶⁸ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 195.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 456, osserva che il terzo acquirente, in quanto cre-

più in particolare mentre lo schema della stipulazione a favore del terzo presuppone normalmente la preesistenza, rispetto alla stipulazione, di un dato rapporto di valuta tra stipulante e terzo⁷¹, rapporto peraltro dal contenuto limitatamente variabile⁷², tutto ciò non ricorre nella donazione modale con l'onere posto a beneficio di terzi, nella quale a rilevare è la sola motivazione a donare dello stipulante, al più condivisa dal donatario, ma non certo oggetto di alcuna conforme e programmatica condivisione da parte del terzo.

Per giunta, la motivazione a donare è, come si è più volte riferito, immancabilmente morale o non patrimoniale, e dunque è comparabile con l'interesse dello stipulante nel sol caso in cui quest'ultimo voglia operare una liberalità, ovvero desideri «procurare un dono al terzo»⁷³; anche in tal caso però, pur se «l'interesse di chi vuol fare un dono al terzo» è «capace di soddisfare l'art. 1411»⁷⁴, ciò non basta per concludere nel senso dell'applicabilità diretta della normativa contenuta in tale norma alla fattispecie della donazione modale, normativa che, appunto, si presterebbe ad una valutazione di tendenziale sovrapposibilità a tale fattispecie tanto più quando si consideri che sorretti da una *causa donandi* possono essere anche i rapporti tra promittente e stipulante⁷⁵.

ditore, deve avere un interesse alla prestazione in conformità all'art. 1174; GAZZONI, *op. cit.*, 930, precisa che interesse dello stipulante e interesse del terzo finiscono per coincidere sul piano funzionale «nel senso che entrambi sono soddisfatti dalla prestazione eseguita dal promittente, tanto ciò vero che così lo stipulante come il terzo possono agire contro il promittente per l'esecuzione della prestazione». Sul punto, parte della dottrina sostiene che il diritto all'adempimento della prestazione dovuta dal promittente al terzo, allorché il terzo diventi titolare del diritto stesso in luogo dello stipulante, non compete più a quest'ultimo, il quale dunque non sarebbe così più legittimato a chiedere l'adempimento della prestazione al terzo, MAJELLO, *op. cit.*, 246. Questa ricostruzione dello schema dell'art. 1411 c.c., osteggiata da altra parte della dottrina, se accolta renderebbe ancor più ragione della diversità di tale schema rispetto alla ipotesi della richiesta di adempimento dell'obbligazione modale, invece aperta, per espresso dettato normativo (art. 793, 3° co., c.c.), oltre che alla legittimazione del terzo a vantaggio del quale l'onere è posto, nella qualità di interessato, a quella del donante.

⁷¹ Presuppone cioè che la stipulazione a favore del terzo sia programmaticamente preordinata ad assolvere ad una funzione inerente ad un rapporto (quello di valuta tra stipulante e terzo) la cui preesistenza, rispetto alla stipulazione, costituisce la stessa ragion d'essere di questa.

⁷² Lo stipulante infatti può, tramite il contratto a favore di terzo, mostrare di avere un interesse che coincide interamente con l'interesse del terzo (SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 456, ipotizza il caso «associato che stipula per l'associazione, associazione che stipula per il socio»), estinguere una precedente obbligazione nei confronti di quest'ultimo, ovvero eseguire una controprestazione a fronte di una prestazione che il terzo compie nei suoi confronti sulla base di altro distinto rapporto, autonomo ed estraneo rispetto al contratto che lo stipulante conclude con il promittente.

⁷³ SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 457.

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ L'orientamento che ammette la sussumibilità della donazione modale con onere a vantaggio del terzo nello schema astratto del contratto a favore di terzi, argomenta ciò, infatti, anche sulla base della considerazione che, in riferimento a questa seconda fattispecie, la giustificazione dei rapporti tra promittente e stipulante può essere costituita anche da una *causa donandi*, cosicché alla prima fattispecie potrà ben essere applicata direttamente la normativa contenuta negli artt. 1411 ss. c.c., A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 306.

Del resto, una conferma della distinzione che corre tra una stipulazione a favore di terzo, allorché sia sorretta da un **interesse morale** dello stipulante volto ad operare una liberalità nei confronti del terzo, e una donazione in cui l'onere è posto a beneficio del terzo, si ha proprio avendo riguardo all'opinione generale che è invalsa a proposito della qualificazione della natura giuridica del contratto a favore di terzo nel caso in cui il beneficiario riceva, appunto, non già *solvendi causa* ma a titolo di liberalità: si ritiene che qui il terzo risulti beneficiario di una **donazione indiretta** ex art. 809 c.c., e che dunque la stipulazione a suo favore debba non già rivestire la forma della donazione, ma quella propria del contratto concluso⁷⁶.

La prestazione ricevuta invece dal terzo in adempimento dell'onere modale, prestazione che per definizione partecipa sotto forma di oggettiva «motivazione» a donare della medesima *causa donandi* attesa l'unitarietà del regolamento contrattuale e dell'assetto di interessi che la donazione modale è preordinata a realizzare⁷⁷, non potrà essere, per una contraddizione in termini che non lo consente, mai assimilata ad una attribuzione patrimoniale che avviene per tramite di una donazione indiretta, poiché essa più semplicemente avviene in virtù di una **donazione diretta**, in quanto parte integrante di quest'ultima regolamentazione negoziale; cosicché, pare corretto infine chiedersi se non sia evidentemente improprio concludere nel senso che nel caso in cui il modo è volto a realizzare una liberalità nei confronti del terzo, esso dia luogo allora ad una donazione indiretta con conseguente assoggettamento della clausola modale alla relativa disciplina⁷⁸.

Il modo infatti, quando è posto a beneficio di un terzo determinato, è tipicamente e inderogabilmente volto a realizzare una liberalità dei confronti di quest'ultimo, a meno che le parti dell'operazione economica estrinsecata attraverso una donazione modale con prestazione da eseguirsi a vantaggio di un terzo determinato non vogliano in realtà, con essa, perseguire uno scopo ulteriore, al di là dello scopo tipico e cioè della causa tipica ascrivibili alla donazione modale; in tal caso però, lo scopo ulteriore e indiretto al quale mira, al di là dello scopo tipico del negozio, il donante, non potrà mai essere quello di operare una liberalità, non avendo un tale scopo nulla di indiretto e ulteriore rispetto, appunto, allo scopo tipico del negozio cui il modo accede, ma potrà essere al più quello, opposto, di attuare uno scambio attraverso il «procurare un acquisto (...) o una liberazione»⁷⁹.

⁷⁶ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 557; GAZZONI, *op. cit.*, 930.

⁷⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 7, 52.

⁷⁸ In tal senso invece, cfr. CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 854.

⁷⁹ SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 456 s.

A supporto degli argomenti tesi a dimostrare che la modalità costituita dalla stipulazione a favore del terzo non è tale da potere essere applicata alla donazione modale con prestazione a favore di terzo determinato o determinabile, se ne evidenziano altri di particolare rilevanza.

Vi è senz'altro un indice di totale divergenza tra i due istituti che emerge se solo si considera che nella stipulazione a favore di terzi lo stipulante, ovvero il soggetto che nell'economia di questo particolare modo d'essere del contratto dispone a favore del terzo⁸⁰, muove all'operazione *de qua* poiché intende esclusivamente attribuire un diritto e con esso l'utilità che ne deriva soltanto a favore del non contraente, mentre nella donazione modale il donante programma di erogare, sempre a favore del non contraente, solo una parte di ciò che, per così dire in via principale, vorrà donare al proprio avente causa.

Inoltre, nella **stipulazione a favore di terzo** il promittente deve pur avere un interesse che lo spinge a concludere il contratto con lo stipulante, interesse che si manifesta in ragione della esistenza del **rapporto di provvista** che lo lega appunto a quest'ultimo⁸¹. Al contrario, nella **donazione modale** il donatario non ha alcun interesse a costituirsi debitore del terzo poiché non ha da onorare alcun **rapporto di provvista** che lo leghi al donante: il donatario infatti, che neppure sul piano della ricostruzione dello spirito di liberalità della donazione per vero assume un ruolo veramente decisivo⁸², non si vincola al donante per lo scopo di adempiere alla prestazione modale a favore del terzo, e dunque per lo scopo di eseguire, a fronte di un proprio preesistente o coevo interesse patrimoniale, un atto di disposizione nei confronti del donante (quell'atto di disposizione che invece è il promittente a realizzare verso lo stipulante⁸³), ma si trova ad assumere un obbligo di adempiere ad una prestazione a vantaggio di un terzo in dipendenza e per il solo fatto che riveste la qualità di parte beneficiata in un contratto di donazione.

È ciò che si dice quando si precisa che il contratto a favore di terzi può anche essere a prestazioni corrispettive, oltre che con prestazioni a

⁸⁰ MAJELLO, *op. cit.*, 239.

⁸¹ Con la stipulazione il promittente soddisfa un proprio interesse per lo più patrimoniale, qual è quello a procurarsi la liberazione da un vincolo mediante la estinzione di una obbligazione che preesisteva nei confronti dello stipulante o l'altro a procurarsi un acquisto, come quando si costituisce verso lo stipulante debitore del terzo dietro corrispettivo, GAZZONI, *op. cit.*, 930.

⁸² Ad esso infatti si richiede che l'interesse o intento non patrimoniale perseguito dal donante di porre spontaneamente in essere un'attribuzione senza corrispettivo gli sia noto e sia da esso condiviso: CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 13, 19 specie nota 66, ove, riportando il pensiero di altra dottrina, si precisa che per condivisione non si intende che l'intento o interesse non patrimoniale diventi anche proprio del donatario, e quindi che diventi comune, bensì che entrambe le parti «si prospettano e vogliono, oppure accettano, che l'atto realizzi un interesse non patrimoniale del donante». L'Autore citato, sul punto, precisa che in ogni caso, pur se la posizione del donante è preminente, «la condivisione della motivazione da parte del donatario fa sì comunque, da rendere l'intento comune alle parti» (CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 13, nota 39).

⁸³ MAJELLO, *op. cit.*, 239 s.

carico del solo promittente⁸⁴, con conseguente diversa disciplina della risoluzione per l'inadempimento della prestazione: a differenza del *modus* cioè, a fronte del cui inadempimento si dovrebbe poter sempre agire in risoluzione, nell'ipotesi del contratto *ex art.* 1411 c.c. con prestazioni a carico di una sola parte, il rimedio della risoluzione sarebbe infatti precluso per espressa previsione dell'art. 1453 c.c.⁸⁵.

5. (Segue): il dibattito dottrinale sulla natura giuridica della donazione modale

Quando il promittente, che assume verso lo stipulante l'obbligazione di eseguire la prestazione a vantaggio del terzo, a ciò addiviene senza esservi obbligato ma con l'intento di compiere un atto di liberalità, si osserva che allora l'atto di attribuzione patrimoniale, inserito nello schema della **stipulazione a favore del terzo**, realizzerà a vantaggio dello stipulante una donazione indiretta⁸⁶.

L'esigenza di isolare comunque, nello schema della stipulazione a favore del terzo, un rapporto di provvista, ovvero un rapporto che, per il fatto stesso di esistere fornisca in quanto tale un'**idonea giustificazione causale** alla promessa (del promittente verso lo stipulante) di eseguire una prestazione a favore del terzo, si spiega in ragione del fatto che il contratto a favore di terzi non dispone di una propria (sufficiente e unica) **causa tipica**, cosicché occorrerà volta per volta reperire la concreta giustificazione causale che sorregge il rapporto tra stipulante e terzo (**rapporto di valuta**) e quella che sorregge il rapporto tra promittente e stipulante (**rapporto di provvista**).

Al contrario, nella donazione modale l'interprete non dovrà porsi il problema di ricostruire il contenuto in concreto del **rapporto tra donatario e donante**, ovvero la ragione che muove il primo ad adempiere alla prestazione modale, poiché una tale ragione si rinviene nella **causa tipica** posta a base dell'unitario regolamento contrattuale al quale accede l'onere, e cioè nella unificante **causa di donazione**; così mai potrà porsi la possibilità di concepire, nella prestazione che l'onere adempie nei

⁸⁴ GAZZONI, *op. cit.*, 930 s.

⁸⁵ GAZZONI, *op. cit.*, 932. La citata ulteriore differenza di disciplina conduce a rafforzare gli argomenti contro la sussunzione della fattispecie modale alla disciplina della stipulazione a favore del terzo, anche si deve considerare che non sempre è possibile per il donante chiedere la risoluzione della donazione modale per inadempimento del *modus* (art. 793, 4° co., c.c.) e che, per una parte della dottrina, anche nel contratto a favore di terzi a prestazioni corrispettive non sempre lo stipulante può domandare la risoluzione per inadempimento da parte del promittente, soprattutto quando il terzo ha ancora interesse all'adempimento tardivo, MAJELLO, *op. cit.*, 247.

⁸⁶ Al pari di quella che, sempre tramite lo schema dell'art. 1411 c.c., veda nella qualità di beneficiario il terzo e nella veste di beneficiante lo stipulante.

confronti del terzo, la presenza di un atto di disposizione del donatario verso il donante, con conseguente necessità di affrontare il problema di ricostruirne la natura sostanziale e la funzione concreta.

Natura
giuridica
della
donazione
modale

Di contrario avviso è chi avverte nella prestazione dell'onerato nei confronti del terzo la natura e la funzione di un atto di disposizione del donatario nei confronti del donante, o sotto forma di **controprestazione modale** in connessione funzionale con la prestazione donativa e dunque parte di un **contratto oneroso a prestazioni corrispettive**; o sotto forma di **adempimento di un obbligo** che reperisce titolo in un **autonomo negozio funzionalmente collegato**, per volontà delle parti, alla donazione; o sotto forma di **prestazione gestoria** in esecuzione di un **mandato ad erogare** conferito dal donante al donatario, mandato pur sempre combinato con una donazione⁸⁷.

Autonomo
tipo con-
trattuale

La prima tesi, minoritaria ma autorevole, ricostruisce la donazione modale come un autonomo tipo contrattuale distinto rispetto alla donazione, nel quale sussiste appunto una connessione funzionale tra prestazione del donante e prestazione modale tale da farne un contratto a prestazioni corrispettive⁸⁸; tale tesi prende le mosse proprio da un presupposto carattere tutt'altro che accessorio del modo e dunque della relativa prestazione modale, e muove da un'asserita portata del medesimo quale elemento immancabilmente essenziale del negozio cui accede⁸⁹, tanto da reputare esclusa dal novero della donazione modale l'ipotesi in cui l'onere è imposto nell'interesse dello stesso donatario: in tal caso infatti, posto che la prestazione del donatario non potrà essere apprezzata

⁸⁷ Per una sintetica esposizione della disputa sulla natura giuridica della donazione con onere, G. CAPOZZI, *op. cit.*, 3^a ed., 1584 ss.

⁸⁸ Cfr. GRASSETTI, *op. cit.*, 9 ss., 40, 47. TORRENTE, *La donazione*, cit., 283. A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1978, 263 s., osserva come la tesi della natura di contratto a prestazioni corrispettive (o come allora si usava dire di contratto bilaterale) della donazione modale poteva vantare, sotto l'impero del codice abrogato, una indubbia rilevanza, posto che ai sensi dell'art. 1080, l'inadempimento del modo era ricompreso, assieme ad altre ipotesi disposte dall'art. 1078, tra i casi di «rivocazione delle donazioni» e più in generale veniva considerato espressione di quella *fictio juris* rappresentata dalla valenza di una condizione risolutiva tacita (in tal caso «per causa di inadempimento dei pesi imposti al donatario») quale espressione di un principio fissato per tutti i contratti bilaterali dall'art. 1165; in altri termini, dalla prevista risoluzione per inadempimento del *modus* veniva tratto il convincimento della natura di contratto a prestazioni corrispettive propria della donazione modale.

⁸⁹ GRASSETTI, *op. cit.*, 20. Si differenzia, dalla citata dottrina, la ricostruzione di altro Autore che distingue la donazione modale semplice, non dotata cioè di clausola risolutiva espressa, dalla donazione modale regolata dall'art. 793, 4° co., c.c., caratterizzata dal fatto che il *modus* rappresenta l'unica ragione giustificatrice della prestazione donativa: solo in quest'ultimo caso, in cui il *modus* riveste valore essenziale e determinante rispetto alla prestazione del donante, la fattispecie esce dall'ambito della donazione per entrare in un contesto a prestazioni corrispettive, in cui la prestazione modale diventa una vera e propria controprestazione, e la donazione modale una vicenda corrispettiva atipica, dal momento che ciò che consente di qualificare la donazione è l'assenza di corrispettività: BISCONTINI, *op. cit.*, 138, 151 ss., 162. Nello stesso senso di quest'ultima dottrina, cfr. MARUCCI, *La donazione modale risolvibile*, in BISCONTINI e MARUCCI (a cura di), *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, Napoli-Roma, 2003, 131.

positivamente dalla sfera patrimoniale del donante o di terzi, e dunque non varrà a rilevare quale controprestazione correlata alla prestazione donativa, essa non sarebbe idonea a soddisfare un interesse (anche non patrimoniale) del donante ai sensi dell'art. 1174 c.c.⁹⁰.

**Carattere
strumentale della
prestazione donativa**

Questa tesi è stata, solo in parte, seguita da altra dottrina, là dove si è affermato che, nel sol caso in cui il modo è stato l'unico motivo determinante dell'attribuzione, la donazione modale potrà essere allora configurata come contratto bilaterale soggetto alle norme che tutelano l'esecuzione della prestazione, o meglio ancora quale contratto corrispettivo nel quale il nesso funzionale è posto tra prestazione donativa e prestazione modale, tale per cui, nell'intento del donante, l'adempimento della prima svolgerebbe una funzione meramente strumentale all'adempimento della seconda⁹¹: in tal caso cioè le parti del contratto avrebbero inteso in concreto dare luogo ad un assetto di interessi connotato da corrispettività, ovvero hanno voluto collegare le prestazioni da un nesso di scambio sufficiente ad alterare la causa tipica della donazione e a costituire un nuovo tipo legale.

Donazione modale e corrispettività

La tesi in discorso muove peraltro dalla premessa che tra donazione modale e corrispettività non vi sarebbe incompatibilità assoluta, poiché si tratterebbe di figure giuridiche che operano su piani diversi e che attingono a diversi problemi: la donazione modale infatti opererebbe sul solo piano della giuridicità dell'accordo, mentre la corrispettività, sulla premessa di un accordo già giuridicamente riconosciuto, atterrebbe esclusivamente alla realizzazione dello scopo che i contraenti intendono perseguire con lo schema giuridicamente vincolante, e dunque condizionerebbe la scelta dei mezzi di tutela destinati a presidiare l'accordo; da ciò deriverà che sulla fattispecie modale potranno in concreto concorrere entrambe le normative, quella a presidio del tipo donazione modale, e l'altra a presidio della causa di scambio, essenzialmente basata sui **c.d. rimedi sinallagmatici**, seppure applicabili in parte⁹².

La Suprema Corte⁹³, a questo proposito, osserva invece che rientrano fra i contratti a titolo gratuito, e non fra quelli commutativi, sia le donazioni remuneratorie, fatte per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario, sia quelle modali, in cui il **modus**, che è limitazione del beneficio mediante **un'obbligazione accessoria** posta a carico del donatario, non può equipararsi alla **controprestazione** propria dei contratti a titolo oneroso, e non è perciò idoneo a mutare la causa del contratto, che resta a titolo gratuito. Di conseguenza, per l'annullamento delle donazioni remuneratorie e modali, come di ogni altra do-

⁹⁰ GRASSETTI, *op. cit.*, 28 ss., 51.

⁹¹ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 124 ss., 145 ss., 168 ss., 184 ss.

⁹² CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 152, 191 ss.

⁹³ Cass., 6 dicembre 1984, n. 6414, in *Mass. Giust. civ.*, cit., 1984, 2085.

nazione fatta da persona incapace di intendere e di volere, non sono richiesti, ai sensi dello specifico disposto dell'art. 775 c.c. né il pregiudizio del donante, né la malafede del donatario trovando riferimento tali condizioni, previste dagli art. 428 e 1425 c.c., in rapporti di corrispettività e di equivalenza tra le prestazioni che sono pertinenti ai soli contratti a titolo oneroso.

A fronte di queste tesi, tutte caratterizzate da una presupposta unitarietà dell'assetto di interessi che la fattispecie negoziale modale è destinata a realizzare, si pongono quelle proposte interpretative che invece osservano come nella situazione di cui all'art. 793 c.c. alla donazione pura si colleghi un altro distinto contratto, idoneo a dotare di schema tipico e di causa la prestazione eseguita in adempimento del *modus*, o che osservano come la fattispecie *cum onere* si presti ad essere qualificata nei termini di donazione mista.

Nell'ambito della prima impostazione si fronteggiano più varianti.

**Combinazione
negoziale
variabile**

Per una dottrina sviluppatasi sotto la vigenza del codice del 1865 ma tutt'oggi emblematicamente richiamata spesso, quando il *modus* consiste nel ritrasferimento ad un terzo di una parte dell'attribuzione donativa, si può profilare una situazione di combinazione⁹⁴ tra negozi che può essere spiegata secondo la seguente alternativa: una prima ipotesi potrà essere quella in cui intercorre un contratto oneroso contrassegnato da una corrispettività tra la prestazione modale e una equivalente quota dell'attribuzione eseguita dal donante al donatario, cui è collegato un vero e proprio contratto di donazione avente ad oggetto la restante quota dell'attribuzione predetta; una seconda ipotesi che si rivela sotto forma di combinazione tra una donazione avente ad oggetto la parte della somma attribuita dal donante al donatario nella misura che supera l'entità della provvista richiesta per l'adempimento del *modus* e un mandato ad erogare la restante somma che il mandante ha consegnato a tale scopo⁹⁵.

**Collegamento
negoziale**

Nota è la posizione assunta nell'orientamento che sostiene che donazione e *modus* sono negozi diversi, distinti e autonomi, e tuttavia collegati al raggiungimento dello scopo perseguito dal donante⁹⁶.

Tale tesi, che riserva alla disposizione modale un carattere autonomo, trae da ciò ulteriori rilevanti corollari applicativi: in primo luogo, non sarebbe necessaria una contestualità tra donazione e *modus*, cosicché quest'ultimo potrebbe anche essere aggiunto alla donazione successivamente; inoltre, in un senso teso a dare un rilievo ancora più deciso al

⁹⁴ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 296, per il quale i negozi che in tal modo si combinerebbero tra di loro sarebbero del tutto autonomi e indipendenti, poiché nella risalente prospettazione non sarebbe dato di intravedere «quel rapporto funzionale ricompreso sotto il *nomen juris* di collegamento negoziale».

⁹⁵ Cfr. ASCOLI, *Trattato delle donazioni secondo il diritto civile italiano*, Firenze, 1898, 218 ss.

⁹⁶ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1982, II, 826 ss. A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 281.

carattere autonomo della disposizione modale, si ammette che il soggetto beneficiario da una donazione, in epoca posteriore alla donazione stessa, possa stipulare con il donante una autonoma convenzione con la quale si obblighi ad adempiere un onere a favore del donante in relazione a quanto ricevuto⁹⁷.

**Donazione
mista**

Al di fuori della impostazione che ricollega alla fattispecie della donazione modale una duplicità di negozi distinti anche se combinati, si situa l'altra che evidenzia come l'onere costituisca l'innesto di un elemento di onerosità sulla gratuità del negozio donativo e come dunque la fattispecie che ne deriva risulti contemporaneamente ed integralmente suscumbibile in due diversi tipi legali a schema ampio, quello basato sullo scambio tra le prestazioni e l'altro basato sulla donazione, in quanto idonea a realizzare contemporaneamente entrambe le funzioni: ne deriverebbe allora che la donazione modale potrà essere qualificata come *negotium mixtum cum donatione*⁹⁸.

6. Le principali obiezioni dottrinali alle tesi che conducono la fattispecie modale fuori dal tipo donazione o fuori dall'unitario regolamento negoziale posto dalla donazione modale

**Autonomo
tipo con-
trattuale:
critica**

Le varie tesi sinteticamente esposte, tutte accomunate dal dato della **scomposizione dell'unitario regolamento negoziale** posto dalla donazione modale, sono soggette a numerose considerazioni critiche, complessivamente condivisibili.

Contro la ricostruzione della prestazione modale nei termini di controprestazione idonea a configurare, sempre o anche solo talvolta, la donazione modale quale tipo legale distinto dalla donazione, giustificato da una **causa di scambio**, si è obiettato: che se le parti intendono realizzare uno scopo di scambio tra le prestazioni, ovvero se per l'una, scopo della propria prestazione è esclusivamente l'effettivo adempimento della controprestazione ad opera dell'altra, risulterà allora del tutto ingiustificato il ricorso allo schema donativo; che se il **valore dell'onere** supera talvolta quello della donazione, ciò rappresenta non già la normalità ma un'eventualità eccezionale, la quale semmai potrà al più rendere improprio qualificare donazione quella fattispecie che in concreto una tale variante presenti; che se il modo ha costituito per il donante l'**unico motivo** che lo ha determinato a donare, ciò integra parimenti un caso eccezionale e tutt'altro che frequente, comunque inidoneo ad alterare il connotato minimo

⁹⁷ A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 274 ss., 277.

⁹⁸ Sul punto, le osservazioni di A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 296 s.

della donazione sorretto su una nozione di spirito di liberalità intesa come equivalente dell'assenza di una causa presente, futura o *praeterita, sufficiente*, cioè sufficiente a giustificare l'attribuzione patrimoniale; che se all'inadempimento dell'onere consegue la possibilità di ottenere la **risoluzione della donazione**, ciò è perché una tale possibilità è esplicitamente prevista nell'atto, ed è peraltro estesa anche alle disposizioni *mortis causa* per il caso di inadempimento della disposizione modale, mentre rileva il fatto che alla donazione modale è inapplicabile gran parte della normativa dettata proprio per i contratti a prestazioni corrispettive; che del pari, se la **illiceità** o **impossibilità** dell'onere rende nulla l'intera donazione, ciò è perché l'onere ha costituito per il donante il **solo motivo** che lo abbia spinto a donare, essendo altrimenti, l'invalidità dell'onere, inidonea di per sé a determinare l'inefficacia del contratto dovendosi l'onere viziato essere considerato come non apposto⁹⁹.

Collega-
mento
negoziale:
critica

Contro le tesi che individuano nella fattispecie sintetizzata nella donazione modale una operazione economica formata da una pluralità di negozi combinati o collegati, dei quali il *modus*, rispetto al tipo donativo, rivestirebbe un carattere autonomo, oppure un negozio con causa mista, si è obiettato: che sulla base della disciplina che lo prevede, il **modo donativo**, a differenza di quello testamentario che invece per parte della dottrina può costituire l'esclusivo contenuto del testamento ed essere imposto all'erede legittimo, non è strutturalmente concepibile alla stregua di una **convenzione autonoma**, poiché appare piuttosto legato inscindibilmente alla donazione della quale riveste il carattere costante di una componente del suo contenuto; che è problematico ipotizzare un negozio che abbia quale suo contenuto esclusivo l'imposizione di un obbligo a carico di un altro soggetto, ciò a fronte del canone della **intangibilità della sfera giuridica altrui**, mentre è sempre possibile un negozio con il quale un soggetto assume un'obbligazione a favore di un altro soggetto, ipotesi quest'ultima al di fuori del *modus* di cui all'art. 793 c.c., e piuttosto rientrante nello schema della donazione; che il *modus* è tradizionalmente destinato a confluire dentro un assetto di interessi inscindibilmente unitario, ricompreso com'è, nella sua portata di **elemento accidentale**, nel contenuto di una donazione, e dunque neppure astrattamente concepibile al di fuori di quell'assetto di interessi che le parti intendono innanzitutto porre in essere con il contratto di donazione; che pertanto non è possibile una scissione tra **atto donativo** e **atto costitutivo del modus**; che l'atto con il quale il donatario si obbliga, con autonoma convenzione successiva alla donazione, ad eseguire una prestazione a favore del donante in relazione a quanto ricevuto, non è *modus* ma autonomo contratto di donazione obbligatoria; che se si qualifica

⁹⁹ Cfr. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 66; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 49 ss.; A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 289 ss.

l'obbligo dell'onerato ad erogare una parte dell'utilità conferitagli a tale scopo dal donante quale prestazione gestoria, dedotta in un contratto di **mandato a donare** collegato alla donazione, non si è in grado di spiegare la ragione per la quale il **diritto a richiedere l'adempimento del *modus*** potrebbe essere esercitato anche dal terzo, con il quale invece il mandatario, che è legato da un rapporto giuridico nei confronti del solo mandante, non ha invece alcuna relazione; che se è vero che le parti in effetti potrebbero voler concludere talvolta una donazione e un mandato a donare, è altrettanto vero che non necessariamente una tale qualificazione dovrà imporsi quando si tratterà di attribuire ad un terzo una parte dell'oggetto della donazione; che la donazione modale ricava dal codice una disciplina esaustiva e «applicabile senza alcun concorso con la normativa di altri tipi legali», poiché tale operazione è unitariamente volta a realizzare un assetto di interessi corrispondente ad una funzione unica, qual è quella della donazione¹⁰⁰.

7. Donazione modale: causa e (sotto)tipo. Ipotesi di mancanza di causa o di assenza del (sotto)tipo

I contorni del sottotipo rappresentato dalla donazione modale, quali risultano dal quadro appena tracciato, mostrano un negozio giuridico dalla fisionomia ben precisa, e consentono dunque di isolare tutte quelle ipotesi nelle quali le parti di un contratto di donazione arricchito dalla particolare modalità costituita dall'onere, vogliono, attraverso di esso, perseguire in realtà uno scopo corrispondente ad una diversa **causa** e ad un diverso **tipo** negoziale.

Prima di affrontare questa indagine è utile riproporre una **nozione** di donazione modale, espressa per mezzo della **causa** e del **(sotto)tipo** corrispondenti.

**Causa
della
donazione
modale**

Quanto alla **causa** è ormai chiarito che di essa potranno essere rivolti gli esatti contorni solo avendo riguardo sia all'intento o scopo del donante di non volere meramente beneficiare il donatario¹⁰¹, sia al motivo oggettivo che muove il donante a volere imporre a carico del donatario una prestazione: quanto al primo, va precisato che **l'intento negativo** divisato partecipa della stessa natura dello spirito di liberalità che, se proposto in chiave positiva, potrà essere inteso come quella particolare condizione verso la quale convergono entrambe le parti del contratto nel

¹⁰⁰ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 52; A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 291 ss., 294 ss., 296, 297.

¹⁰¹ Il *modus* ha l'attitudine di modificare, ampliandolo, il singolo schema negoziale, consentendo la realizzazione di singole e specifiche finalità estranee alla causa, tanto del tipico negozio di liberalità quanto del negozio atipico di liberalità, Cass., 11 giugno 2004, n. 11096, in *Foro it.*, 2005, I, 466.

momento in cui «si prospettano e vogliono, oppure accettano» che l'atto di attribuzione senza corrispettivo «realizzi un interesse non patrimoniale del donante»¹⁰²; per quanto riguarda il secondo, va definitivamente chiarito che anche l'interesse (del donante) al quale deve corrispondere la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione modale dovrà essere in tal caso sempre di carattere non patrimoniale¹⁰³.

**Sottotipo
donazione
modale**

Sul piano del **(sotto)tipo** va osservato che l'assetto di interessi voluto dal donante e condiviso dal donatario risulterà conforme allo spirito di liberalità (nei termini appena precisati) solo se non predeterminato in guisa tale che per adempiere all'onere il donatario dovrà svolgere un'attività o investire capitali il cui **valore** è già dalle parti, all'atto della conclusione del contratto, **programmato** e voluto come **uguale** o addirittura **superiore** al **valore del bene** ricevuto con la donazione; e va infine precisato che nella prestazione imposta al donatario si ravvisa un onere nei limiti in cui il donante voglia, attraverso di essa, determinare soltanto una limitazione in senso economico della liberalità, ovvero stabilirne la misura.

Da tale premessa dovrebbe ormai risultare chiaro quando si verifichino casi in cui si assiste ad una **forzatura** della causa e del (sotto)tipo che connotano la donazione modale.

**Mancanza
di causa o
tipo**

Una prima serie di casi si concentra attorno all'evenienza in cui le parti del contratto di donazione programmino un assetto negoziale in cui il valore dell'onere sia uguale o addirittura superiore al valore del bene ricevuto in donazione.

E lo scopo che in tal caso le parti vogliono in concreto perseguire dipenderà a sua volta dallo specifico atteggiarsi dei rapporti sottostanti la donazione modale, poiché è certo che in queste ipotesi potrà individuarsi, accanto alla prestazione del donante e alla prestazione imposta all'onerato, una causa presente, futura o *praeterita* che appaia sufficiente a giustificare, se non entrambe le prestazioni, almeno una delle due.

Ciò avverrà quando, per esempio, preesista un interesse che leghi il donante al terzo beneficiario della prestazione modale, tale per cui il primo, mediante siffatta prestazione, si procuri una liberazione per mezzo dell'estinzione nei confronti del terzo di una preesistente obbligazione, ovvero esegua una controprestazione a fronte di una prestazione che il terzo compie nei suoi confronti sulla base di altro rapporto autonomo ed estraneo rispetto al contratto che il donante conclude con il donatario, oppure si procuri un acquisto (di un credito restitutorio), come quando imponga all'onerato di erogare una parte del denaro o delle cose fungibili donate al terzo, cui ha promesso una siffatta utilità a titolo di mutuo.

¹⁰² CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 19.

¹⁰³ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 118 s.

In tutti questi casi, oltre a mancare della donazione modale il tipo mancherà della stessa, prima ancora, la causa, poiché in essi ad essere patrimoniale è tanto l'interesse che muove il donante ad attribuire al donatario, quanto l'interesse che muove il donante a far sì che il donatario esegua l'onere nei confronti del terzo; della patrimonialità di quest'ultimo intento si è già appena riferito, mentre della patrimonialità del primo profilo è presto detto: il donante infatti, nel trasferire al donatario risorse economiche, intende esclusivamente somministrargli i mezzi necessari per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione modale, e dunque non mira semplicemente a porre una limitazione economica ad una liberalità della quale intende giovare il donatario.

Né a diversa conclusione è dato pervenire quando, in un'altra serie di casi, l'interesse che preesiste alla donazione modale si rinviene in capo al donatario che, allo stesso modo, con l'attribuzione al terzo assolve ad una esigenza di liberazione da un obbligo assunto verso il donante o esegua una prestazione a fronte di una controprestazione già eseguita dal donante o solamente promessa da quest'ultimo, oppure voglia più semplicemente compiere a favore del donante un atto di liberalità. Siamo ovviamente al cospetto di situazioni nelle quali il donatario, oltre ad eseguire la prestazione modale, fornisce anche i mezzi necessari per l'adempimento della stessa; ma a non diversa conclusione è dato giungere se l'utilità che il donatario presta al donante per corrispondere al rapporto che lo lega a quest'ultimo consista semplicemente nella prestazione di fare (adempiere all'obbligazione modale), di certo economicamente valutabile di per sé.

E a maggior ragione si sarà al di fuori del sottotipo rappresentato dalla donazione modale allorché la fattispecie sarà sorretta da una doppia causa, cioè da una causa che giustifica la prestazione del donante al terzo e di una causa che giustifica la prestazione del donatario nei confronti del donante.

Di diversa natura ma di identica portata è l'ipotesi in cui il *modus* costituisce il mezzo per realizzare lo scopo perseguito dal donante, che è quello di effettuare una liberalità non già a beneficio del donatario ma del terzo: la causa e il tipo di tale operazione integrerà dunque la fattispecie del mandato a donare, e si incentrerà su un interesse non patrimoniale, qual è quello che sostanzia il rapporto tra donante e terzo.

8. Donazione modale come negozio indiretto

La serie dei casi ipotizzati mostra fattispecie che si pongono abbondantemente al di fuori del (sotto)tipo donazione modale, e l'analisi invero evidenzia che, pur se la distanza dal (sotto)tipo di ogni singola fattispecie potrà essere più o meno accentuata, ciascuna di esse risponde però

ad un medesimo comune denominatore: essere, l'operazione economica, giammai volta a procurare, all'avente causa («donatario») del disponente («donante»), un vantaggio patrimoniale diretto e immediato, al punto che la «prestazione del donante» non potrebbe neppure essere intesa quale atto di attribuzione patrimoniale¹⁰⁴.

Atto gratuito interessato

Se invece è rinvenibile a favore del «donatario» una attribuzione, si tratterà allora di verificare se la limitazione in senso economico apposta al vantaggio patrimoniale ad esso procurato sia giustificata o meno da uno scopo di mero arricchimento del ricevente della prestazione eseguita in adempimento dell'onere (cioè del terzo a beneficio del quale è posto l'onere), oppure se, mediante ciò il donante voglia perseguire per sé un vantaggio che, per essere più o meno occultamente «economicamente interessato», escluda, con riguardo all'interesse-motivo alla prestazione modale, il tratto liberale e indichi piuttosto l'emersione di un tratto di gratuità¹⁰⁵; in altri termini, può essere che il donante, con la semplice condivisione del donatario o anche sulla base di un motivo-interesse comune¹⁰⁶, voglia destinare una parte del valore della cosa donata al soddisfacimento di un proprio concorrente **interesse economico**¹⁰⁷, al punto

¹⁰⁴ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 220. È dubbia l'individuazione di un negozio di attribuzione patrimoniale tra «donante» e «donatario» proprio in quei casi nei quali emerge la situazione di un modo programmato nel senso di essere destinato ad assorbire l'intero arricchimento; è pertanto condizionale la riserva espressa dalla dottrina (CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 559, nota 38) a proposito della decisione che ha giudicato modo l'obbligo di destinare tutta la somma ricevuta allo scopo di liberare un ostaggio sequestrato dai banditi (cfr. Cass., 18 febbraio 1977, n. 377, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 818).

¹⁰⁵ Quando l'attribuzione gratuita risulta strettamente correlata ad un interesse patrimoniale di colui la attua, ci si trova di fronte ad un atto gratuito che non integra una liberalità, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 63, nota 59.

¹⁰⁶ Nel primo caso, alla manifestazione dell'intento economicamente interessato propria del donante si unisce, nel senso di dividerla, l'adesione del donatario (CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 12 s. specie nota 39, e a proposito più in generale dell'intento di beneficiare, precisa che si tratta dell'emersione di una modalità di espressione dell'«intento comune»); nel secondo caso l'interesse di natura economica o patrimoniale che fonda la particolare destinazione ad altri di una parte del valore della cosa donata è un interesse autenticamente comune. Rientrano, a titolo esemplificativo, in tali ipotesi, i casi del donante che, oltre a voler beneficiare il donatario, desideri anche fare mecenatismo o patrocinio per perseguire scopi di mercato e di ritorno pubblicitario, per promuovere la propria attività, oppure per proteggere il buon nome commerciale della propria azienda, o più in generale per guadagnare favori personali, dunque in generale per conseguire sia pure indirettamente e a lungo termine ritorni di carattere economico (sul punto, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 19 s.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 26 ss.). La pianificazione di un ritorno economico sia pure indiretto, che rende appunto parzialmente interessata l'operazione gratuita complessivamente riconducibile alla donazione modale, potrà essere poi riconducibile congiuntamente al donante e al donatario, quando è anche quest'ultimo a trarre, dalla destinazione di una parte del valore della cosa donata, un indiretto vantaggio economico.

¹⁰⁷ Il ritorno di carattere economico che il donante trae dal favore che consegue per sé, nell'avere destinato al favorito una parte del valore della cosa donata, potrà essere in concreto individuato anche nel caso in cui l'onere sia strutturato in guisa tale da imporre una prestazione che il donatario dovrà eseguire non già a vantaggio di terzi ma a proprio diretto favore: la dottrina in generale osserva infatti che se il donante impone al donatario un certo comportamento, non limitandosi a dare ad esso semplicemente un consiglio, con ciò manifesta un interesse che, a fronte di una presta-

che il contratto di donazione modale, oltre ad essere normalmente e direttamente volto allo scopo tipico di liberalità, integri anche la natura sostanziale e la funzione concreta di un **atto gratuito economicamente interessato**, costituendo il «mezzo tecnico» per la realizzazione dell'ulteriore **scopo di carattere economico**.

Premessi i chiariti contorni del sottotipo donazione modale, si tratterebbe allora di isolare le ipotesi nelle quali le parti del contratto modale, vogliono in realtà, attraverso di esso, perseguire uno **scopo ulteriore**, che vada al di là di quello tipico ovvero della causa tipica alla quale la fattispecie disciplinata dall'art. 793 c.c. tende¹⁰⁸, scopo che come è noto potrà compiersi anche mediante più **negozi collegati**.

Uso indiretto
della
donazione
modale

Deve essere in primo luogo precisato che i casi di **uso indiretto** della donazione modale all'esame, presuppongono che le parti del contratto di donazione abbiano programmato un assetto negoziale nel quale il valore dell'onere sia inferiore al valore del bene ricevuto in donazione.

Interesse
econo-
mico
del
donante

Una prima ipotesi si potrà avere quando il donante intende, con la condivisione del donatario, destinare per motivi di interesse anche solo indirettamente economico, una parte del valore della cosa donata al soddisfacimento di tali motivi: si tratta in tal caso, come si è cercato di spiegare, di un uso della donazione modale quale «mezzo tecnico» che consente principalmente al donante, e talvolta unitamente ad esso anche al donatario, di compiere un atto gratuito economicamente interessato.

Interesse
econo-
mico
del
donatario

Una seconda ipotesi si potrà poi avere quando ad avere un più o meno occulto interesse economico alla destinazione di una parte del valore della cosa donata è esclusivamente il donatario onerato, il quale se per un verso, attraverso il compimento dell'attività onerata, avrà modo di presidiare la realizzazione del suddetto interesse, per altro verso, su altrettanta garanzia di soddisfacimento non potrà invece contare là dove l'onere sia apposto ad una donazione avente ad oggetto l'assunzione di un obbligo di dare. In tal caso infatti, la prestazione di dare potrebbe non essere (dal donante al donatario) adempiuta, cosicché quest'ultimo si troverà nella condizione di non poter eseguire, a sua volta, la prestazione modale nei confronti del soggetto a vantaggio del quale è posta, versando così nella condizione di non poter soddisfare il proprio indiretto interesse economico.

zione suscettibile di valutazione economica, rileva *ex art.* 1174 c.c., ovvero fa del comportamento imposto l'oggetto di una vera e propria obbligazione prevista tanto nell'interesse del donante quanto nell'interesse del donatario (CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 51, nota 206). Pertanto, potrà rientrare nel novero dell'uso indiretto della donazione modale anche il caso in cui la parte del valore della cosa donata destinata a risorsa per l'adempimento dell'onere, sia rivolta a vantaggio dello stesso donatario, allorché il donante voglia in parte semplicemente beneficiarlo e in parte ottenere, mediante una porzione del valore della donazione, un ritorno economico sia pure indiretto.

¹⁰⁸ Sulla nozione di negozio indiretto, SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 182 ss.

La situazione descritta non offre al donatario alcun rimedio tipicamente riconducibile all'alveo della disciplina prevista dalla donazione modale, poiché la risoluzione per inadempimento della donazione, anche se prevista nell'atto di donazione, è volta al solo soddisfacimento dell'interesse del donante e dei suoi eredi allo scioglimento del contratto dovuto all'adempimento della prestazione modale; dunque si tratta di un rimedio che non può essere in alcun modo esteso al donatario, per l'inadempimento della prestazione del donante.

Ciò non toglie che se il donatario rivela un indiretto interesse economico all'adempimento della prestazione ad opera del donante, poiché ha interesse a dare al terzo a vantaggio del quale è posto l'onere una parte del valore della cosa donata, un tale risultato egli potrebbe di certo vedersi tutelato attraverso la previsione nell'atto di donazione modale di una **clausola penale**, con la quale venga stabilito che in caso di inadempimento della prestazione donativa il donante sarà tenuto ad una determinata prestazione consistente nel pagamento di una somma di denaro corrispondente ad un importo pari al costo dell'esecuzione della prestazione modale individuato in riferimento al momento in cui il modo dovrà essere eseguito.

**Interesse
economico di
entrambi**

In aggiunta alle fattispecie di uso indiretto del contratto di donazione modale appena evidenziate, si pongono quei casi nei quali lo scopo ulteriore che le parti perseguono potrà essere realizzato attraverso la fissazione, ad opera delle stesse, di un **nesso di corrispettività** o di connessione funzionale tra la prestazione del donante e la prestazione modale, tale per cui le parti hanno inteso fare del contratto di donazione modale un «mezzo tecnico» corrispondente ad un contratto a prestazioni corrispettive.

Nell'apprezzamento dei contraenti cioè, ciascuna prestazione trova la sua ragion d'essere nell'altra, cosicché mentre la ragione della prestazione del donante si rinviene nella prestazione modale da parte dell'onerao, correlativamente siffatta prestazione trova la sua ragion d'essere nella prestazione del donante, in un quadro nel quale «le parti hanno composto interessi potenzialmente confliggenti, cercando di trovare, ciascuna, la misura di scambio più vantaggiosa»¹⁰⁹. E si tratterà di un conflitto di interessi tendenzialmente omogenei.

Il donatario potrà avere semplicemente quel diretto interesse economico alla prestazione donativa che sarà tale da procurargli, seppure entro certi limiti, un incremento patrimoniale, mentre il donante potrà coltivare, verso la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione modale e nei termini più sopra precisati, anche un concorrente interesse indirettamente economico accanto a quello normalmente morale.

¹⁰⁹ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 9.

Nell'apprezzamento delle parti quindi, la configurazione di questi due contrapposti interessi potrà avvenire proprio mediante quello strumento che, più di ogni altro, garantisce la realizzazione nel nesso di corrispettività tra la prestazione del donante e la prestazione dell'onerato, e dunque non tanto attraverso lo strumento risolutivo di cui all'art. 793, 4° co.: la risoluzione del contratto cui dà luogo l'inadempimento dell'onere, infatti, non dipende da un difetto funzionale della causa, come nei contratti a prestazioni corrispettive appunto¹¹⁰, ma è posta esclusivamente a presidio della mancata realizzazione di quell'interesse esclusivamente non patrimoniale del donante che, come più volte è stato riferito, si oggettivizza in quello specifico motivo che ha mosso in concreto il donante a beneficiare il donatario.

Indici

L'indice che configura un uso indiretto della donazione modale si rivela dunque attraverso la previsione, nell'atto di donazione modale, di una **clausola risolutiva espressa** che consenta, cioè, di domandare la risoluzione secondo i termini generali di cui all'art. 1453 ss. c.c., dunque anche da parte del donatario, o che consenta di chiedere, a chi domanda la risoluzione, anche il **risarcimento del danno**¹¹¹ mediante il pagamento di una somma di denaro corrispondente, anche in tal caso, ad un importo pari al costo dell'esecuzione della prestazione modale individuato in riferimento al momento in cui il modo dovrà essere eseguito; o che permetta di chiedere, anche una volta fatta istanza per la risoluzione, l'adempimento del modo da parte del donante¹¹². Del pari ulteriore indice agli effetti di cui sopra si riscontrerebbe nella clausola risolutiva espressa che stabilisce che il donatario, oltre a potersi avvalere degli effetti della risoluzione di diritto del contratto nel caso in cui non venga adempiuta la prestazione del donante, avrà altresì titolo per chiedere a quest'ultimo il risarcimento negli stessi termini di cui sopra.

¹¹⁰ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 206.

¹¹¹ Il risarcimento del danno da inadempimento dell'onere è ammesso in linea generale, allorché l'inadempimento dell'onere che porti alla risoluzione sia produttivo di danno risarcibile per il donante, da CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 121. *Contra*, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 560, nota 44, con richiami di dottrina conforme.

¹¹² Mentre per parte della dottrina l'adempimento del modo può essere richiesto anche una volta fatta istanza per la risoluzione (CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 559 s.), per altri ciò, in conformità ai principi generali, non è ammesso, A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 302; A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 311.

9. Adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa donata. Stato della giurisprudenza. Azione per l'adempimento

La donazione modale dà origine ad un'obbligazione in capo all'onerato e quindi richiama le norme e i principi dettati per le **obbligazioni in generale**¹¹³.

Non si comprende pertanto sulla base di quale fondamento una corte di merito¹¹⁴ abbia potuto stabilire il principio che possa essere preso in considerazione, come inadempimento della obbligazione modale, anche il comportamento non già del solo contraente-donatario-onerato, ma anche del soggetto avente causa da costui a titolo particolare; e che dunque la domanda di risoluzione della donazione per inadempimento del modo possa essere avanzata anche nei confronti di questo, sol che alla stessa il donante sia ammesso in quanto semplicemente sussistano le condizioni di cui all'art. 793, 4° co., c.c., ovvero che la risoluzione per l'inadempimento dell'onere sia stata preveduta nell'atto di donazione.

Il caso di specie riguardava in particolare un trasferimento a titolo gratuito di un immobile da destinare ad un determinato uso e a condizione che sulla sua facciata permanesse una data iscrizione. Al riguardo, invero, la domanda di risoluzione della donazione per inadempimento da parte del soggetto avente causa dal donatario a titolo particolare non avrebbe potuto essere accolta non già escludendo alla fattispecie il carattere della donazione modale, né osservando che anche a volerne ammettere il carattere di donazione modale mancherebbe però l'espressa previsione di cui all'art. 793, 4° co., c.c., ma più radicalmente premettendo il carattere necessariamente relativo della pretesa all'adempimento dell'onere e dunque la conseguente azionabilità altrettanto relativa della risoluzione per inadempimento dell'obbligazione modale nei soli confronti del contraente-donatario, a meno che non si voglia ricostruire l'**onere** come una **obbligazione reale o ambulatoria o passivamente propter o ob rem**¹¹⁵, ciò che non trova alcun riferimento né dottrinale né giurisprudenziale.

Del pari inappropriata, per le stesse ragioni, è la qualificazione di donazione modale, data dalla Suprema Corte¹¹⁶ alla fattispecie che obbliga il donatario primo onerato, al trasferimento del bene ad altri per realizzare le finalità stabilite dal donante, tutto ciò secondo il seguente meccanismo: per il caso che per qualsiasi motivo il donatario non possa o non voglia continuare a prestare l'attività benefica stabilita dal donante a favore dell'infanzia di un certo luogo, il do-

¹¹³ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 558.

¹¹⁴ Cfr. App. Firenze, 23 giugno 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 3634.

¹¹⁵ Per la definizione di tale particolare situazione giuridica soggettiva, in cui la posizione passiva di obbligato ad un dato comportamento dipende dal fatto che l'obbligato sia a sua volta anche soggetto attivo in un rapporto reale, SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 81 s.

¹¹⁶ Cfr. Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, in *Foro it.*, 2000, I, 2289, e in *Giur. it.*, 2000, 258.

nante impone al donatario l'obbligo di mettere a disposizione della Curia il complesso dei beni donati, per la continuazione, alle stesse condizioni, a mezzo di altro ente a scelta della Curia stessa, delle benefiche attività che il donante con la donazione si è proposto di perpetuare.

Una tale previsione contrattuale risultò infatti in concreto attuata nei seguenti termini: il primo donatario-onerato, dopo avere adempiuto alla obbligazione modale per un certo tempo, trovandosi nella impossibilità di proseguire nell'opera benefica, rappresenta ciò alla Curia e quindi procede a donare, all'ente designato dalla Curia stessa, i beni originariamente ricevuti in donazione; del pari, il secondo donatario, versando nella medesima condizione del primo, segue la medesima procedura di quest'ultimo, finché i beni, ritornati nella disponibilità della Curia vengono da questa trattenuti in parte, pur dopo la richiesta di restituzione dei medesimi.

In altri termini, il soggetto onerato, e cioè il soggetto tenuto all'adempimento dell'obbligazione modale, viene individuato in base alla circostanza che risulti avere, in un certo momento, la proprietà di alcuni beni, e che dunque, in buona sostanza, risulti rivestire, in quel momento, la qualità di avente causa, immediato o mediato, a titolo particolare e per atto tra vivi, ovvero per donazione, dell'originario contraente-donatario-onerato.

Adempimento dell'onere

L'art. 793, 2° co., c.c., al pari dell'art. 671 c.c. in tema di legato modale¹¹⁷, stabilisce che il donatario, nella sua qualità di debitore, è tenuto all'adempimento dell'onere solo «entro i limiti del valore della cosa donata» e non oltre: la disposizione dunque richiama la necessità di porre in raffronto l'**ammontare dell'onere** e l'**ammontare della liberalità**, ovvero di confrontare il costo dell'esecuzione della prestazione modale con l'entità dell'arricchimento¹¹⁸.

Per opinione unanime, la **ratio** della disposizione è quella di impedire che l'esecuzione dell'onere determini per il donatario un costo maggiore rispetto al valore della liberalità ricevuta¹¹⁹, e dunque la compara-

¹¹⁷ In tema di onere apposto all'istituzione di erede non sussiste alcun limite al relativo adempimento, poiché vige il principio della responsabilità *ultra vires* dell'erede che non abbia accettato con beneficio d'inventario, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 307.

¹¹⁸ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 307, ricorda che sotto il vigore del codice abrogato non sussisteva una norma che stabiliva il limite entro cui l'onerato era tenuto ad adempiere, e aggiunge che la dottrina dell'epoca (Cfr. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909, 244 ss., 250 ss.) aveva individuato una soluzione differenziata a seconda che si trattasse di onere donativo, onere apposto ad un legato o onere apposto all'istituzione di erede. Mentre per il legato e l'istituzione di erede, la dottrina citata ammetteva che il valore dell'onere potesse essere di entità pari o (limitatamente all'istituzione di erede) anche superiore all'attribuzione patrimoniale principale, delineandosi in quest'ultimo caso l'ipotesi dell'eredità dannosa, per il *modus* donativo invece l'essenzialità dell'arricchimento in senso economico impediva all'onere di assorbire *in toto* l'arricchimento del donatario.

¹¹⁹ Ciò si verifica quando, tra il momento della conclusione del contratto e il momento dell'adempimento dell'onere, si sia verificato il caso di una diminuzione di valore del bene donato o dei frutti che il bene produce, o il caso di eventi che rendono, a parità di valore del bene donato, più costosa l'esecuzione del modo; in altri termini, debbono essersi verificati eventi idonei «ad alterare il

zione dei valori dovrà essere riferita non già al momento della conclusione del contratto di donazione modale, ma all'atto dell'esecuzione del modo¹²⁰, nel senso che è a tale momento che dovrà essere individuato e attualizzato, oltre alla spesa necessaria per l'adempimento dell'obbligazione modale, anche il valore dei beni donati¹²¹; valore che, per rispondere appieno alla *ratio* dell'art. 793, 2° co., c.c., dovrà essere determinato (si ripete al momento dell'esecuzione del modo, e non già al momento iniziale della stipulazione dell'onere) in modo tale da ricomprendere ogni elemento attivo e passivo maturato al momento dell'esecuzione dell'onere, come i frutti percepiti, le migliorie apportate e le spese incontrate per la conservazione della cosa¹²².

La Suprema Corte¹²³ afferma che in caso di donazione gravata da un onere modale consistente nel compimento di un'opera di cui sia destinatario lo stesso donatario, per stabilire se l'adempimento dell'onere si risolva in un pregiudizio economico per il donatario, a causa della sua eccedenza sul valore della cosa donata, occorre avere riguardo al risultato finale conseguibile con lo sfruttamento di tutte le potenziali caratteristiche e funzionalità del bene donato e del suo incremento patrimoniale ad opera compiuta.

In altra sede¹²⁴ si osserva che se la donazione è gravata da un onere modale che si concreti in una prestazione vitalizia di assistenza in favore del donante, spetta a costui, se agisce per l'adempimento dell'onere, provare la misura complessiva della prestazione dovuta dal donatario, contenuta ai sensi dell'art. 793, 2° co., c.c. nei limiti del valore del bene donato, mentre il donatario può limitarsi a sostenere di avere già esattamente adempiuto l'onere, in quanto l'assistenza prestata superava il valore del bene ricevuto in donazione.

rapporto di valore tra arricchimento e modo» (CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 559), ma non in un senso che volge a beneficio dell'onerato (come quando la cosa ricevuta incrementa di valore a fronte di costi per l'adempimento dell'onere rimasti invariati), ma nel senso opposto che volga a svantaggio dello stesso: il danno derivato da tale svantaggio non può pertanto essere posto a danno esclusivo dell'onerato.

¹²⁰ Quando l'onere apposto alla donazione consiste in una prestazione di assistenza in favore del donante, spetta a quest'ultimo provare la misura complessiva della prestazione dovuta dal donatario, Cass., 26 giugno 2000, n. 865, in *Mass. Foro it.*, 2000.

¹²¹ Nel considerare, oltre agli eventi che incidono sul costo della prestazione modale, anche quelli che diminuiscono il valore dei beni donati, dovrà per esempio essere contemplata la svalutazione monetaria subita dai titoli obbligazionari donati, così come i vizi della cosa donata che incidono sul valore di quest'ultima, per i quali non sia dovuta garanzia al donante salvo espressa previsione, *ex art. 797, n. 3, c.c.*, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 863.

¹²² A. MARINI, *Il modus*, cit., 248 s.; i frutti percepiti dovranno dunque essere destinati all'adempimento del *modus*, in analogia a quanto dispongono, in riguardo alla responsabilità *intra vires haereditatis* dell'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario, gli artt. 490, n. 2, e 492 c.c., così come, in analogia al disposto di cui all'art. 748 c.c., dovranno essere computate, per evitare che la donazione si risolva in un impoverimento del donatario, le spese sostenute dal donatario per i miglioramenti, oltre a quelle sostenute per la conservazione della cosa.

¹²³ Cfr. Cass., 22 giugno 1994, n. 5983, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 870.

¹²⁴ Cfr. Cass., 26 gennaio 2000, n. 865, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 151.

**Rapporto
di valore
tra dona-
zione e
onere**

La dottrina correttamente osserva che tra quegli eventi successivi alla stipulazione del contratto che devono assumere rilievo in quanto idonei ad alterare o eliminare il **rapporto di valore tra donazione e onere**, rientra anche la sopravvenuta impossibilità parziale e la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione del donante: in quest'ultimo caso, in particolare, si ritiene che il donante, pur sempre partecipe di un contratto con obbligazione di una sola parte, potrà infatti ricorrere ai rimedi disposti dall'art. 1468 c.c., e non già a quello di cui all'art. 1467 c.c., previsto invece appositamente per il contratto a prestazioni corrispettive¹²⁵, e dunque conseguire essenzialmente una **riduzione della prestazione donativa**.

Pertanto, in caso di sopravvenuta impossibilità parziale e di sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione donativa¹²⁶, potrà essere fatto ricorso al meccanismo previsto dalla norma di cui all'art. 793, 2° co., c.c.; cosicché il modo potrà essere contenuto, anche in queste ipotesi, nei limiti del valore della prestazione donativa siccome ridotto a causa della impossibilità sopravvenuta di una parte della prestazione donativa stessa o nei limiti della prestazione donativa risultante dalla richiesta riduzione della misura originaria della medesima per eccessiva onerosità sopravvenuta¹²⁷.

Il richiamo in via analogica all'art. 748, 1° e 2° co., c.c., in sede di determinazione del valore dei beni donati, potrebbe infine valere anche per il disposto di cui al 3° co. della norma citata, e dunque far ritenere che nel caso in cui la diminuzione di **valore dei beni donati**, apprezzabile al momento dell'esecuzione dell'onere, è scaturita da un **deterioramento dovuto a colpa dell'onerato** – dovendosi in tal caso imputare a debito dell'onerato stesso il relativo deterioramento –¹²⁸, la ricostruzione del valore della cosa donata dovrà avvenire senza considerare la diminuzione dipesa dal deterioramento imputabile al donatario¹²⁹, cosicché, in ipotesi di equilibrio tra valore dei beni donati (ricostruito nei termini anzidetti) e costo dell'onere (condizione questa che rende esigibile l'adempimento

¹²⁵ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 147 s.

¹²⁶ O in caso di perimento parziale del bene donato, per causa non imputabile al donatario, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 863.

¹²⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 147 s.; A. MARINI, *Il modus*, cit., 294 ss.

¹²⁸ Cfr. FORCHIELLI, sub art. 748, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, sub art. 713-768, Bologna-Roma, 1970, 465; cfr. AZZARITI, *La divisione*, in *Tratt. Rescigno*, 6, Torino, 1982, 406.

¹²⁹ Se i beni oggetto di donazione sono stati consumati, alienati o siano andati totalmente perduti per una causa diversa dal fortuito, il donatario è ugualmente tenuto all'adempimento dell'onere: entro i limiti del valore della cosa donata stabilito al momento della donazione, nel primo caso; ponendosi una scelta tra valore iniziale dei beni e corrispettivo conseguito dal donatario con l'alienazione di essi, nel secondo caso; nei limiti della somma ottenuta a titolo di risarcimento dal terzo responsabile della perdita del bene o nei limiti del valore iniziale dei beni, se la perdita è imputabile allo stesso donatario, nel terzo caso; sul punto, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 863 s.

dell'obbligazione modale), alla differenza tra il primo e il secondo dovrà far fronte, al momento dell'esecuzione del modo, l'onerato stesso con il proprio **personale patrimonio**¹³⁰.

Una situazione particolare è quella che si verifica quando la **prestazione** dovuta dall'onerato è *ab origine* **infrazionabile** e la spesa che l'onerato dovrebbe sostenere per adempierla è, appunto *ab origine*, maggiore del valore della liberalità ricevuta; la dottrina che si è occupata del caso, dopo aver escluso l'applicabilità ad esso della nullità del *modus* per impossibilità originaria della prestazione – in particolare osservando che una prestazione infrazionabile è di per sé senz'altro possibile e dunque tale da poter essere adempiuta dall'onerato –, conclude nel senso che siffatta ipotesi può essere equiparata a quella in cui la prestazione modale nella sua totalità ed entità sia superiore al valore della donazione, con la conseguenza che l'intera prestazione risulterà inesigibile e che il soggetto onerato sarà liberato *in toto* dall'obbligazione a suo carico¹³¹.

Una situazione del tutto particolare si prospetta anche quando il valore del bene trasferito sia **ab origine inferiore** al sacrificio che comporta l'onere, caso nel quale non ci si trova a ben vedere di fronte ad una pura e semplice limitazione del beneficio ricevuto, apprezzabile quale riduzione del valore attribuito al destinatario della liberalità, ma ad una fattispecie nella quale all'avente causa è sin da subito esclusa la stessa possibilità dell'arricchimento; in tal caso, quando cioè è programmato *ab origine* che il valore dell'onere non sia contenuto entro quello del bene trasferito, non si potrà fare ricorso alla donazione modale e, in particolare, alla applicazione del rimedio di cui all'art. 793, 2° co., c.c., ma dovrà essere fatto ricorso «a congegni contrattuali diversi dalla donazione»¹³².

Si è dunque al di fuori, in questi casi, dall'unitario schema donativo modale, a meno che non si voglia argomentare ricostruendo la donazione modale nei termini del collegamento negoziale tra una clausola modale, valevole quale disposizione autonoma e distinta, da un lato, e donazione o attribuzione donativa, dall'altro, collegamento volto a perseguire lo scopo del donante anche per mezzo di una combinazione di negozi non contestuali¹³³.

In base a tale ricostruzione infatti si spiega quella casistica paradigmaticamente operata dalla dottrina appena citata sulla base della premessa che, in tali casi, attraverso il «controllo sull'arricchimento a favore di una delle parti» il valore dell'onere risulterebbe comunque conte-

¹³⁰ Del resto è stato affermato che il modo può essere validamente adempiuto anche con mezzi diversi dall'oggetto della donazione, a meno che non sia provata una diversa volontà del donante, Cass., 17 aprile 1993, n. 4560, in *Foro it.*, 1994, I, 1114.

¹³¹ A. MARINI, *Il modus*, cit., 251 s.

¹³² In tal senso sembra porsi anche A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 151.

¹³³ È notoriamente la ricostruzione fatta propria principalmente da A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 272 ss., e, anche da ultimo, da G. CAPOZZI, *op. cit.*, 3^a ed., 1585 ss.

nuto entro quello rappresentato dal bene trasferito, stante che «a seconda dell'arricchimento prevalente, la posizione di donatario è assunta dal trasferente o dall'obbligato principale e quella di donante dall'avente causa onerato»¹³⁴.

L'osservazione deve essere ovviamente esplicitata.

Il primo caso è infatti quello di un soggetto che, nel trasferire un immobile urbano di valore modesto, «si riserva l'area per una sopraelevazione a carico dell'avente causa secondo un progetto che prevede necessariamente lavori di rafforzamento dell'edificio», lavori che importino per l'avente causa medesimo un sacrificio superiore al valore del bene trasferito: qui, a beneficiare di un certo arricchimento e/o vantaggio è il trasferente, il quale quindi assumerà la posizione di donatario onerato (l'onere consiste appunto nel trasferimento dell'immobile urbano di valore modesto). Il secondo caso viceversa, concerne l'ipotesi in cui il trasferimento ha ad oggetto «un pregevole fabbricato del centro urbano» con l'onere da parte dell'avente causa di ristrutturare a favore del trasferente il piano attico: qui, a beneficiare di un arricchimento è l'avente causa del trasferente, il quale dunque assumerà la posizione di donatario con l'onere a vantaggio del trasferente¹³⁵.

Conclude la dottrina citata che in entrambi i casi emblematici gli interessi in gioco «si possono comporre sia nella struttura e nella forma della donazione modale, sia nel collegamento negoziale tra vendita e prestazione d'opera che realizzano una donazione indiretta»¹³⁶.

A diversa conclusione si dovrebbe invece pervenire là dove si osserva che quando in un contratto un soggetto pone in essere un **atto di disposizione attributivo** a favore dell'altro e quest'ultimo pone in essere un corrispondente **atto di obbligazione**¹³⁷, in base allo schema donativo tipico donante sia il primo e donatario sia il secondo; cosicché, in un quadro nel quale potrebbe apparire fuorviante «relativizzare» i ruoli di donante e donatario, si dovrà invece concludere che si superano i limiti di elasticità dello schema donativo ogni volta che il sacrificio economico che comporta l'adempimento della prestazione assunta con l'atto di obbligazione supera per volontà delle parti il valore del bene trasferito con l'atto di attribuzione. In tal caso pertanto, gli interessi in gioco richiederanno l'enucleazione di una differente causa dell'operazione economica, assolvibile necessariamente mediante una differente struttura negoziale che sia idonea a contenere quegli elementi di atipicità che non sono contenibili all'interno dello schema donativo modale (tra di essi, appunto, il valore dell'onere superiore al valore della cosa donata).

¹³⁴ A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 151.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 151.

¹³⁷ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 220.

**Legittima-
zione
all'azione
di adempi-
mento**

Per stabilire il soggetto che, ai sensi dell'art. 793, 3° co., c.c., può agire per l'**adempimento dell'onere**, la norma richiamata sembra prevedere una sorta di naturale indicazione, là dove in primo luogo contempla a tale scopo il donante, quale soggetto portatore dell'interesse ai sensi dell'art. 1174 c.c.; poi chiarisce però che «oltre il donante» potrà agire «**qualsiasi interessato**», al quale l'azione compete in modo concorrente e non residuale rispetto al donante, tanto è vero che l'interessato, appunto, potrà intraprendere l'azione per l'adempimento dell'obbligazione rimasta inadempita in ogni tempo, ovvero «anche durante la vita del donante».

Dunque, mentre l'istanza di risoluzione per l'inadempimento dell'onere è, a condizione che sia prevista nell'atto di donazione, riservata solo al donante e ai suoi eredi, la domanda di adempimento del modo è aperta a «qualsiasi interessato»¹³⁸.

L'espressione «qualsiasi interessato» è intesa, da una risalente dottrina e dalla giurisprudenza¹³⁹, in un senso letterale, ovvero in guisa tale da doversi sempre riferire, in modo ampio e indeterminato, a chiunque riceva un vantaggio anche soltanto riflesso dalla prestazione imposta all'onerata, o a chiunque abbia anche solo un puro interesse «morale» all'adempimento¹⁴⁰; rispetto a un tale modo di intendere l'espressione legislativa, che mira sostanzialmente a non ammettere alcuna particolare limitazione o esclusione dal novero dei legittimati alla domanda di adempimento dell'onere, si è invece portati a ritenere che la formula, nel riferirsi all'interessato, tendenzialmente intenda considerare tale il soggetto che risulti tra i vari e possibili beneficiari diretti del modo: qualsiasi interessato dunque, nel senso di qualsiasi, anche potenziale, beneficiario diretto del modo¹⁴¹.

¹³⁸ In giurisprudenza, il più ristretto ambito dei legittimati a chiedere la risoluzione della donazione per inadempimento del modo, rispetto all'ambito dei legittimati a chiedere l'adempimento del modo, viene spiegato con la considerazione che i terzi non potrebbero farsi interpreti della volontà del donante di far eseguire o meno all'inadempimento la risoluzione della donazione, cfr. Cass., 29 gennaio 2000, n. 1036, in *Giust. civ.*, I, 1693. Sul punto, in posizione parzialmente critica, in dottrina: MARUCCI, *La donazione modale risolubile*, in BISCONTINI e MARUCCI (a cura di), *op. cit.*, 135 s. Si precisa inoltre che dalla legittimazione ad esperire l'azione di risoluzione dovranno essere esclusi, in quanto non ricompresi nel novero ristretto sancito dalla norma, i legatari e gli eventuali creditori del donante che si sostituiscono ad esso in via surrogatoria, A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 302.

¹³⁹ In dottrina, cfr. MAROI, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c. D'Amelio*, Firenze, 1941, 774. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, 688; TORRENTE, *La donazione*, cit., 491. In giurisprudenza, anche di recente, cfr. Cass., 29 gennaio 2000, n. 1036, cit., che osserva come l'azione di adempimento dell'onere imposto dalla donazione può essere proposta da chiunque vi abbia interesse in quanto è la volontà del donante che viene protetta e si chiede che venga realizzata.

¹⁴⁰ Si è discusso in dottrina se tra gli interessati indiretti a pretendere l'esecuzione del modo potessero rientrare anche i creditori del donante o del terzo, i quali potrebbero perciò agire in via surrogatoria: NICOLÒ, sub *art. 2900* in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, sub *art. 2900-2904*, cit., 1953, 122. *Contra*, BIONDI, *op. cit.*, 686.

¹⁴¹ Da ultimo, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (a cura di), *Trattato*, 856 s.

Pertanto, la questione della **legittimazione** alla richiesta di adempimento del modo deve essere risolta tenendo conto dei vari possibili destinatari della prestazione in esso dedotta; cosicché il novero dei legittimati risulterà ampio e indeterminato nei soli casi in cui beneficiario dell'onere, quale destinatario della prestazione modale, sia un gruppo di persone indeterminate, ovvero una categoria indeterminata ed indeterminabile di persone la cui individuazione (della categoria e dei suoi singoli componenti) sia collegata ad una scelta dell'onerato o di un terzo appositamente incaricato, che agiscono nella veste di arbitratori¹⁴²: in tal caso pertanto, coloro che si reputano interessati hanno una ben precisa tutela, poiché potranno agire per costringere il donatario, o il soggetto all'uopo incaricato, a compiere la scelta¹⁴³.

Di contro, se l'onere è posto a beneficio del donante o del donatario medesimo, non è dato immaginare altro legittimato all'istanza di adempimento che non sia il donante¹⁴⁴; se l'onere è invece posto a vantaggio di un terzo determinato o determinabile con criteri automatici, legittimati invece saranno il donante, in quanto portatore dell'interesse all'adempimento *ex art.* 1174 c.c., e ovviamente il terzo¹⁴⁵.

Concedere in questi casi un'azione per l'adempimento anche ai **cc.dd. interessati indiretti**, sarebbe come consentire una illegittima intromissione nella sfera del donante¹⁴⁶.

Anche nel diverso caso in cui la prestazione è rivolta a beneficio di una collettività di persone indeterminate *ab initio*, come nella ipotesi della donazione della collezione d'arte soggetta al modo di consentirne la periodica fruizione da parte del pubblico del museo presso cui è depositata, sussisterà una pluralità indeterminata di soggetti portatori non già

¹⁴² CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 77 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 120. Da ultimo, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 855, osserva che fin quando non interviene la determinazione del beneficiario la donazione resta inefficace per quanto riguarda il diritto attribuito al beneficiario stesso, e quest'ultimo acquista il diritto alla prestazione a suo favore solo al momento della sua individuazione.

¹⁴³ In questo senso, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 74 ss. *Contra*, A. MARINI, *Il modus*, cit., 232 ss. Da ultimo, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, 858, peraltro osserva opportunamente che nei casi del modo che consiste nella erogazione ogni anno di un premio a chi si è distinto in un particolare settore della vita sociale, o che consiste nella erogazione di sovvenzioni a favore di iniziative benefiche o culturali, il donatario ha una certa discrezionalità circa la scelta del beneficiario; pertanto chi ritiene di trovarsi nella situazione prevista ha dunque una legittima aspettativa di ordine economico diretto, come possibile futuro creditore della prestazione modale; egli è dunque un «interessato» titolare di una legittimazione attiva a tutela di un proprio interesse patrimoniale che non è ancora assunto al rango di diritto soggettivo.

¹⁴⁴ MAROI, *op. cit.*, 774; CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 857; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 120: il quale, anche in caso di onere a favore del donatario, ricorda esservi, oltre ad un interesse del donatario alla prestazione, un interesse del donante, *ex art.* 1174 c.c. (CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 51, nota 206).

¹⁴⁵ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 885 ss.

¹⁴⁶ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 558. *Id.*, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 857.

di un diritto soggettivo, quanto piuttosto di un «interesse», per il quale potranno dunque agire per imporre al donatario l'adempimento del modo (l'esposizione della collezione nei periodi prestabiliti dalla clausola modale), in quanto portatori di una «speciale legittimazione processuale scissa da una sottostante situazione di diritto soggettivo»¹⁴⁷.

10. Inadempimento e impossibilità sopravvenuta della prestazione del donante o della prestazione modale: rimedi

La donazione modale è, come si è più volte precisato, un contratto dal quale nascono obbligazioni per entrambe le parti, dunque, se per un verso è soggetto, come si è detto alla disciplina generale dell'obbligazione¹⁴⁸, per altro verso, invece, non può essere sottoposto alla normativa dettata per i contratti con prestazioni corrispettive, categoria, quest'ultima, non applicabile al sottotipo (della donazione) in questione¹⁴⁹.

Ciò premesso, la dottrina ammette, a certe condizioni, la possibilità dell'applicazione analogica alla donazione modale di alcune norme previste per i contratti a prestazioni corrispettive¹⁵⁰, là dove ricorrano specifiche patologie del rapporto che risultino tali da incidere su quel particolare atteggiarsi della funzione gratuita nel contratto di donazione modale¹⁵¹.

Si osserva innanzitutto che nella donazione modale a restare inadempita potrebbe anche essere la **prestazione del donante**¹⁵².

Inadempimento della prestazione donativa

¹⁴⁷ CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 858. Id., *La donazione modale*, cit., 198 ss., che osserva come, in assenza di una disciplina specifica della prestazione modale, la multiforme varietà e tipologia delle prestazioni che possono essere imposte al donatario potrà essere assoggettata alla applicazione diretta, talvolta, o analogica, nella gran parte dei casi, della serie di norme che, all'interno degli schemi contrattuali volta a volta corrispondenti, regolano le tipiche prestazioni in essi dedotte.

¹⁴⁸ CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 859.

¹⁴⁹ In questo senso, invece, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 149 ss., 275, nel preciso caso cui l'adempimento dell'onere ha costituito l'unico motivo determinante dell'attribuzione patrimoniale.

¹⁵⁰ CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 865 ss.

¹⁵¹ In questo senso è orientata anche la giurisprudenza, la quale afferma che la natura patrimoniale del *modus* comporta che tanto nel caso di inadempimento imputabile al donatario, quanto nel caso di impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, devono essere applicate per analogia le norme sulla risoluzione del contratto: Cass., 2 ottobre 1974, n. 2561, in 1153 s.; Cass., 3 ottobre 1979, n. 5066, in 2253 s.; Cass., 30 marzo 1985, n. 2237, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce «Donazione», n. 10.

¹⁵² Se la donazione è costitutiva di una obbligazione e il donante non ha ancora eseguito la sua prestazione, dovrebbero applicarsi i principi e le regole valevoli in generale per la tutela del diritto di credito nascente in virtù di un contratto diverso dalla donazione: il donatario dunque potrà assoggettare all'azione esecutiva il patrimonio del donante, BONILINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, in BONILINI (a cura di), *Trattato*, cit., 600 ss. Il donatario invece non può, in caso di inadempimento del donante, domandare la risoluzione del contratto di donazione, poiché un tale istituto è finalizzato ai contratti a prestazioni corrispettive, e inoltre il donatario non avrebbe neppure alcun vantaggio ad ottenerla, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 145.

In tal caso, atteso il carattere accessorio dell'onere rispetto alla prestazione donativa, il donatario potrebbe essere legittimato al ricorso al rimedio di cui all'art. 1460 c.c., e dunque rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se il donante non adempie o non offre di adempiere la propria; così come dovrebbe essere autorizzato a sospendere l'esecuzione della prestazione modale se le condizioni patrimoniali del donante siano divenute tali da porre in evidente pericolo il ricevimento dell'attribuzione gratuita, *ex art. 1461 c.c.*¹⁵³.

Impossibilità sopravvenuta della prestazione donativa

La prestazione del donante potrebbe inoltre essere divenuta impossibile, in tutto o in parte: nel primo caso, a fronte della liberazione del donante dal vincolo obbligatorio attesa l'irrealizzabilità della funzione concreta del contratto, *ex art. 1256, 1° co., c.c.*, corrisponde il diritto in capo all'onerato di rifiutarsi di adempiere al modo¹⁵⁴; nel secondo caso, ritenuto correttamente non applicabile il rimedio previsto dall'art. 1464 c.c. nella parte in cui prevede il recesso dal contratto per la parte che non ha un apprezzabile interesse alla prestazione parziale¹⁵⁵, è invece invocabile, come si è già visto, lo strumento della riduzione della prestazione modale che si traduce nella possibilità per l'onerato di contenere il costo della esecuzione della prestazione nei limiti del ridotto valore della prestazione donativa dovuto alla sopravvenuta parziale impossibilità della stessa¹⁵⁶, fermo restando l'obbligo per il donante di adempiere la parte della prestazione rimasta possibile.

Inadempimento della prestazione modale

Se ad essere inadempita è invece la **prestazione dell'onerato**, vale innanzitutto quanto dispone l'art. 793, 4° co., c.c., e dunque la risoluzione del contratto di donazione potrà essere domandata dal donante o dai suoi eredi¹⁵⁷ secondo una scelta che si confà ad una tipica azione con-

¹⁵³ BIONDI, *op. cit.*, 658 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 145; MARUCCI, *La donazione modale risolvibile*, in BISCONTINI e MARUCCI (a cura di), *op. cit.*, 135.

¹⁵⁴ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 145 ss. La dottrina precisa correttamente che se la prestazione è divenuta solo temporaneamente impossibile per il donante, quest'ultimo è ovviamente solo esonerato da responsabilità per il ritardo.

¹⁵⁵ Così come il donatario non trae alcun vantaggio ad ottenere una risoluzione del contratto per l'inadempimento del donante, del pari alcun interesse può avere a recedere dal contratto se è divenuta impossibile una parte dell'attribuzione gratuita, ciò proprio per la mancanza di corrispettività tra questa e il modo, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 145, 147.

¹⁵⁶ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 146 s.

¹⁵⁷ Si è discusso se l'azione che spetta agli eredi debba essere loro riconosciuta *iure proprio* o *iure haereditatis*: chi sostiene il primo titolo precisa che gli eredi esperiscono l'azione di risoluzione nel solo caso in cui abbiano un proprio interesse diretto (GIANNATTASIO, *Delle successioni: Divisione-Donazione*, Torino, 1964, 298 ss.); chi sostiene il secondo titolo precisa che con la previsione di una legittimazione all'azione di risoluzione riconosciuta agli eredi il legislatore ha voluto garantire nel miglior modo quell'interesse normalmente morale che ha indotto il donante ad imporre il *modus* (CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 121, nota 72). In questo secondo senso è anche la Suprema Corte, che osserva che gli eredi hanno titolo a valutare l'opportunità di richiedere la risoluzione per l'inadempimento in quanto sono considerati continuatori della personalità del donante e, quindi, gli unici in grado di apprezzare le ragioni dell'inadempimento con riguardo allo spirito di liberalità da cui era animato il loro dante causa, Cass., 29 gennaio 2000, n. 1036, cit.

trattuale, che vede il primo legittimato in quanto contraente, e i secondi titolati in quanto aventi causa dal contraente; la risoluzione, inoltre, può essere richiesta soltanto se è stata espressamente prevista nell'atto di donazione¹⁵⁸ e non anche, pertanto, per il fatto che l'adempimento del *modus* sia stato motivo determinante dell'attribuzione patrimoniale, come nel diverso caso della disposizione testamentaria *ex art. 648 c.c.*¹⁵⁹.

In tal caso, posto che la previsione della risoluzione della donazione per l'inadempimento dell'onere indica che questo «dovrebbe considerarsi parte costitutiva dell'assetto di interessi programmato ed il mancato adempimento dello stesso inciderebbe sulla stessa ragion d'essere della prestazione del donante», ne deriva che il donante potrà ricorrere anche all'eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 c.c.* oppure alla sospensione dell'esecuzione della prestazione da lui dovuta *ex art. 1461 c.c.* se, rispettivamente, l'onerato non adempie o si rifiuti di farlo, oppure se ne siano mutate le condizioni patrimoniali al punto da porre in evidente pericolo l'adempimento dell'onere¹⁶⁰.

Impossibilità sopravvenuta della prestazione modale

Evenienza particolare, non direttamente disciplinata dalle norme sulla donazione modale, è quella che si verifica quando interviene il caso della **impossibilità sopravvenuta** di esecuzione della prestazione modale non imputabile all'onerato, dovuta per ipotesi anche alla eventualità in cui i beni donati siano periti totalmente o parzialmente per caso fortuito¹⁶¹.

Le conseguenze di tale sopravvenuta impossibilità dell'onere potranno dunque essere apprezzate sia sul piano della estinguibilità della prestazione modale¹⁶², e su quello connesso della liberazione dell'onerato dall'obbligo di eseguire la prestazione, sia sul diverso livello degli effetti che dalla estinzione della obbligazione modale derivano sul contratto di donazione.

¹⁵⁸ Diversamente da quanto stabilisce l'art. 1453 c.c. per i contratti a prestazioni corrispettive, la risoluzione per inadempimento del *modus* donativo può essere pronunciata solo se ed in quanto la risoluzione sia stata espressamente prevista nel contratto di donazione, TORRENTE, *La donazione*, cit., 494 ss., A. MARINI, *Il modus*, cit., 265. In giurisprudenza, cfr. Cass. 30 marzo 1985, n. 2237, cit. *Contra*, nel senso di un più largo ricorso alla risoluzione, GRASSETTI, *op. cit.*, 75 ss., CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 273 ss., che giustifica il ricorso alla disciplina di cui all'art. 1453 c.c. se il *modus* rappresenta l'unico motivo determinante dell'attribuzione. Da ultimo, in un senso teso ad ammettere in via generalizzata il rimedio della risoluzione per inadempimento alla donazione modale in quanto tale, MARUCCI, *La donazione modale risolvibile*, in BISCONTINI e MARUCCI (a cura di), *op. cit.*, 133 ss.

¹⁵⁹ Cfr. Cass., 29 maggio 1982, n. 3329, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 1256.

¹⁶⁰ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 145.

¹⁶¹ In quest'ultimo caso, una parte della dottrina ha sostenuto che il donatario è tenuto ugualmente all'adempimento del modo, adducendo il principio *res perit domino*, altra parte ha concluso nello stesso senso giustificandolo sulla base dell'argomento della inesistenza di un vincolo di carattere reale sui beni donati: cfr., nel primo senso, GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 305; nel secondo senso, TORRENTE, sub art. 1861-1864, in TORRENTE e SALANDRA, *Rendita perpetua. Rendita vitalizia. Assicurazione*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, sub art. 1861-1932, Bologna-Roma, 1966, 26.

¹⁶² Che dunque si estingue anche quando i beni donati sono periti totalmente per causa non imputabile al donatario, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 863.

In primo luogo va rilevato che se l'impossibilità della prestazione modale è temporanea, l'onere è esonerato dalla responsabilità da ritardo, mentre se è parziale, esso è tenuto ad adempiere a quella parte di prestazione che gli è ancora possibile¹⁶³.

Se l'impossibilità è invece definitiva e totale, come nel caso fortuito, essa inevitabilmente libererà il donatario dall'obbligo di attuare l'onere¹⁶⁴.

Sul piano degli effetti che da ciò discendono sul contratto modale, la tesi prevalente osserva che la sopravvenuta impossibilità totale e definitiva della prestazione modale determina, con l'estinzione dell'obbligazione modale, la conseguenza che la donazione resterà pienamente valida come donazione pura, dato il carattere accidentale del modo¹⁶⁵.

Le Corti superiori¹⁶⁶, in linea con l'orientamento dottrinale appena citato, affermano che la sopravvenuta impossibilità della prestazione costituente oggetto del *modus* – diversamente da quella originaria che, ai sensi dell'art. 794 c.c., rende nulla la donazione modale ove dedotta in un onere che ne abbia costituito l'unico motivo determinante – estingue l'obbligazione dell'onere, e precisano¹⁶⁷ che affinché l'onere possa essere ritenuto come non apposto, occorre che la causa dell'impossibilità della prestazione non sia imputabile al donatario obbligato (arg. ex art. 1256 c.c.), stante che se l'onere è divenuto impossibile per fatto e colpa del donatario e le parti abbiano previsto espressamente la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere, allora dovrà applicarsi l'art. 793, 4° co., c.c.

In altri termini negano¹⁶⁸, nello stesso senso della dottrina più sopra citata, che l'impossibilità sopravvenuta del modo sia idonea di per sé a fondare la risoluzione della donazione.

A risultati che invece tengono conto di una valutazione in concreto volta ad indagare se il modo sia stato o meno l'unico motivo determinante della donazione, con conseguente inefficacia solo nel primo caso dell'intero contratto, perviene invece tanto chi ritiene applicabile all'ipotesi in esa-

¹⁶³ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 146.

¹⁶⁴ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 120. Per l'Autore citato analogo trattamento deve essere riservato all'onere che diventa illecito dopo la conclusione del contratto: mentre all'onere che si mostra illecito già al momento della stipulazione del contratto di donazione si applica la disciplina espressamente prevista dall'art. 794 c.c., a quello che illecito diventi in seguito, si applicheranno le norme che disciplinano l'adempimento dell'obbligazione, cosicché «l'illiceità sopravvenuta renderà giuridicamente impossibile l'adempimento del modo, liberando il donatario dall'obbligo».

¹⁶⁵ Cfr. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1964, 73 nota 14; A. MARINI, *Il modus*, cit., 281 ss., 285.

¹⁶⁶ Cfr. C. Stato, sez. II, 26 settembre 1984, n. 1327, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1844; Cass., 17 aprile 1993, n. 4560, in *Foro it.*, 1994, I, 1114.

¹⁶⁷ Cfr. Cass., 22 giugno 1994, n. 5983, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1292; Cass., 17 aprile 1993, n. 4560, cit.

¹⁶⁸ Cfr. Cass., 2 ottobre 1974 n. 2561, in *Rep. Foro it.*, voce «Donazione», n. 24.

me l'art. 794 c.c.¹⁶⁹ quanto chi osserva che, applicando in via analogica al contratto lo schema dell'art. 1419, 1° co., c.c., la caducazione della clausola modale in seguito all'impossibilità sopravvenuta della prestazione in essa prevista potrebbe estendersi all'intera donazione¹⁷⁰.

L'interpretazione che la dottrina e la giurisprudenza prevalente propongono per risolvere la questione in punto di impossibilità sopravvenuta della prestazione modale attutisce a ben vedere la portata di quella osservazione che conclude per la non applicabilità al caso di specie dell'art. 794 c.c. per la ragione che tale norma si riferirebbe con tutta evidenza solo all'impossibilità originaria del modo.

Infatti, sia che si neghi l'applicazione analogica di tale norma, optando per una soluzione basata sulla interpretazione nei termini più sopra riferiti, sia che la si affermi, in entrambi i casi si perverrebbe allo stesso risultato pratico disposto dall'art. 794 c.c., posto che l'onere impossibile si considererebbe come normalmente non apposto anche affermando che, per l'accidentalità della clausola che lo prevede, la donazione da modale diventerebbe pura e semplice.

D'altra parte, affermare una automatica conversione della donazione modale in donazione semplice, attesa l'inapplicabilità al caso di specie della disciplina prevista per l'onere *ab origine* impossibile, porta a trascurare la considerazione degli interessi coinvolti nell'atto di disposizione: quello facente capo al donante¹⁷¹ e quello opposto facente capo al donatario, il quale peraltro potrebbe avere nel frattempo anche dato parzialmente esecuzione per un certo tempo al *modus*, fin tanto che l'adempimento di questo si è mantenuto possibile¹⁷².

Una più attenta valutazione della ragione che ha costituito il motivo della donazione¹⁷³ potrebbe allora consentire il confronto tra l'impossibilità sopravvenuta e l'impossibilità originaria della prestazione modale proprio nei termini di cui all'art. 793 c.c., oltre che alla luce del richiamato art. 1419, 1° co., nel suo complesso, con la conseguente caducazione dell'intera fattispecie donativa se il motivo risulti determinante o se risulti che i contraenti non avrebbero concluso la donazione senza quella parte del contenuto che è colpita dalla inefficacia.

Tanto è vero che rispetto alla tesi che opta per la conservazione automatica della donazione, nella quale si convertirebbe la donazione modale, e l'altra che, preferendo applicare l'indagine sul carattere determi-

¹⁶⁹ BIONDI, *op. cit.*, 702.

¹⁷⁰ Cfr. SCOZZAFAVA, *L'impossibilità sopravvenuta del modo nella donazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 399 ss., che premette l'applicabilità dell'art. 1419, 1° co., c.c. anche all'inefficacia successiva del contratto.

¹⁷¹ In tal senso, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 899 ss.

¹⁷² Osserva in questi termini, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 40.

¹⁷³ I motivi sono infatti talvolta atti a «incidere sulla vita del contratto», CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 20 s.

nante del motivo, ipotizza in tal caso la nullità o comunque l'inefficacia altrettanto automatica della donazione, si pone in posizione intermedia quell'orientamento dottrinale a favore della applicazione per identità di *ratio* dell'art. 793, 4° co., c.c., espressamente previsto per la risoluzione in caso di inadempimento dell'onere: si osserva in particolare che la mancata attuazione del modo, qualunque sia la causa che ciò provoca, rileva quale fattore che rende inefficace la donazione nel caso in cui una esplicita previsione nel contratto dia conto del fatto che il modo assume, nel programmato assetto di interessi, un rilievo primario; pertanto, quando il modo è divenuto impossibile¹⁷⁴ può essere chiesta la risoluzione della donazione, se il modo è stato l'unico motivo determinante della donazione e le parti hanno previsto, nel contratto di donazione, la risoluzione per l'impossibilità sopravvenuta dello stesso o anche solo, come normalmente accade, per l'inadempimento¹⁷⁵.

11. Risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere. Stato della giurisprudenza. Risarcimento del danno da inadempimento dell'onere

L'impossibilità sopravvenuta del modo non per caso fortuito, ma in quanto provocata da un comportamento colposo dell'onerato, configura l'**inadempimento** di quest'ultimo: una siffatta vicenda opera dunque sul contratto di donazione nello stesso modo in cui operano le altre vicende più sopra descritte, nelle quali cioè il riflesso sull'intero contratto di donazione si apprezza se il modo ha costituito per il donante il motivo unico determinante della donazione¹⁷⁶.

Più in generale, la mancata esecuzione dell'onere che dipende da colpa dell'onerato determina un comune inadempimento, che dà luogo, si è visto, o ad una domanda di esecuzione in forma specifica della prestazione da parte del beneficiario del modo, qualora possibile, o ad una domanda di **risoluzione**¹⁷⁷, che farà perdere all'onerato la donazione¹⁷⁸.

¹⁷⁴ O quando è divenuto illecito e dunque tale da rendere giuridicamente impossibile l'adempimento del modo, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 120.

¹⁷⁵ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 146; TORRENTE, *La donazione*, cit., 496 ss. Per CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 213 ss., quando il *modus* è l'unico motivo determinante della donazione ciò è sufficiente per legittimare la domanda di risoluzione della medesima per impossibilità sopravvenuta dell'onere.

¹⁷⁶ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 120.

¹⁷⁷ Cfr. Cass., 9 giugno 1986 n. 3819, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1221: in caso di morte del donatario cui siano succeduti figli minori, l'azione di risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere va proposta nei confronti di tutti questi ultimi, ma qualora gli stessi, tramite il loro rappresentante legale, non abbiano accettato l'eredità nelle forme di legge (accettazione beneficiata), è necessaria la preventiva nomina di un curatore speciale ai medesimi *ex art.* 321 c.c.

¹⁷⁸ Per una parte della dottrina, in conformità ai principi generali dettati in materia di risoluzio-

Risoluzione per inadempimento del *modus*

La risoluzione per l'inadempimento del *modus*, in quanto inerente un contratto oneroso ma non a prestazioni corrispettive¹⁷⁹, può essere chiesta solo «se preveduta nell'atto di donazione»¹⁸⁰, *ex art. 793, 4° co., c.c.*¹⁸¹.

Sorge contrasto sulla **natura della clausola di risoluzione per inadempimento** dell'onere modale, nel senso di stabilire se essa sia o meno paragonabile, quanto a natura e funzionamento, a quella che prevede la risoluzione *ipso iure* e che è definita «clausola risolutiva espressa» dall'art. 1456 c.c.: per taluno tra le due clausole risolutive v'è identità e dunque il giudice, nel pronunciare la risoluzione, non può valutare l'importanza dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c.¹⁸²; per altri invece, se la previsione della clausola di risoluzione per inadempimento dell'onere modale è genericamente riferita all'inadempimento dell'onere, essa non potrà essere paragonata ad una clausola risolutiva espressa, cosicché compete al giudice di valutare se l'inadempimento dell'onere non

ne, mentre l'azione di adempimento non sarà più esperibile quando è stata domandata la risoluzione, non vale invece il contrario, A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 302; CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 280 ss. In senso opposto, altra parte della dottrina, per la quale invece l'adempimento del *modus* può essere richiesto anche una volta fatta istanza per la risoluzione, TORRENTE, *La donazione*, cit., 497 ss.

¹⁷⁹ Cfr. Cass., 8 aprile 1986, n. 2432, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, 672: nella controversia promossa, a norma dell'art. 793, 4° co., c.c., per conseguire una pronuncia di risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere da parte del donatario, deve escludersi che il giudice, qualificando il contratto come a prestazioni corrispettive, possa rilevarne lo scioglimento, ai sensi dell'art. 1456 c.c., in conseguenza di clausola risolutiva espressa, atteso che tale ultima pronuncia, di carattere dichiarativo e non costitutivo (come invece quella richiesta con la domanda), è riconducibile ad un'azione diversa, per presupposti, caratteri ed effetti.

¹⁸⁰ La norma che limita la richiesta di risoluzione soltanto se essa è stata prevista nell'atto di donazione non è applicabile alle donazioni concluse prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile, poiché nei confronti di esse continua ad essere operante l'art. 1080 c.c. del 1865, che nel consentire la revocazione della donazione per inadempimento dell'onere dei pesi imposti al donatario, prescinde da siffatto limite, consentendo la revoca della donazione anche in mancanza di clausola risolutiva espressa: cfr. Cass., 3 ottobre 1979, n. 5066, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, 2253 s. *Contra*, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 276 ss., per il quale quando la donazione modale rientra nella categoria del contratto a prestazioni corrispettive, poiché il *modus* rappresenta l'unico motivo determinante dell'attribuzione, allora la fattispecie sarà soggetta alla disciplina generale di cui all'art. 1453 c.c., in punto di risoluzione; nello stesso senso, BISCONTINI, *op. cit.*, 92 ss. Anche da ultimo [MARUCCI, *La donazione modale risolvibile*, in BISCONTINI e MARUCCI (a cura di), *op. cit.*, 137], viene proposta una interpretazione «evolutiva e sistematica» dell'inciso di cui all'art. 793, 4° co., c.c. («se preveduta nell'atto di donazione»), secondo la quale, cioè, al momento dell'atto potrebbe al più essere espressamente prevista una limitazione della legittimazione attiva dei soggetti titolati all'esercizio dell'azione di risoluzione, con la conseguenza che se al momento della redazione dell'atto le parti non si sono preoccupate di apporre l'espressa previsione, ad agire per lo scioglimento della donazione modale inadempita potrà essere qualsiasi interessato, al pari di ciò che è previsto per l'adempimento dell'onere ai sensi dell'art. 793, 3° co., c.c.

¹⁸¹ La prescrizione dell'azione di risoluzione per inadempimento dell'onere comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, ovvero dal momento in cui ha luogo l'inadempimento dell'onere, non già dalla data della conclusione del contratto di donazione modale, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 312, nota 109, ove riferimenti giurisprudenziali.

¹⁸² TORRENTE, *La donazione*, cit., 497 ss.; A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 302; A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 311.

assuma scarsa importanza al punto da legittimare la risoluzione della donazione¹⁸³.

La giurisprudenza di merito è ugualmente discorde: una parte¹⁸⁴ afferma che la disposizione contenuta nell'art. 793, 4° co., c.c. disciplina una clausola di risoluzione per inadempimento dell'onere modale che si differenzia dalla risoluzione *ipso iure* prevista in materia di contratti e definita «clausola risolutiva espressa» (art. 1456 c.c.), poiché al giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione della donazione modale spetta di valutare la gravità dell'inadempimento; altra parte¹⁸⁵ ritiene che va dichiarata la risoluzione ai sensi dell'art. 793, 4° co., c.c. della donazione gravata dall'onere qualora risulti provato dal parte del donante l'inadempimento dell'onere stesso da parte del donatario e dei suoi eredi e sia espressamente previsto nell'atto di donazione l'effetto della risoluzione quale conseguenza dell'inadempimento dell'onere.

Inoltre, la giurisprudenza che distingue tra clausola *ex art.* 793, 4° co., c.c. e clausola risolutiva espressa, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1456 c.c.¹⁸⁶, osserva che le parti non possono legittimamente sostituire la clausola prevista per la donazione modale con l'inserimento di una clausola c.d. risolutiva, espressa *ex art.* 1456 c.c., poiché il legislatore, avendo dedicato all'istituto della donazione una disciplina peculiare, ha regolato in modo completo ed esclusivo anche la sua risoluzione senza richiamare disposizioni che regolamentano la materia contrattuale, cosicché una eventuale clausola risolutiva espressa resterebbe priva di efficacia ed azionabilità.

Risarcimento del danno

L'inadempimento dell'onere obbliga quest'ultimo a **risarcire il danno patrimoniale** subito dal donante¹⁸⁷; si tratta cioè, per la dottrina che ammette la risarcibilità del danno da inadempimento dell'onere¹⁸⁸, di un pregiudizio evidentemente conseguente alla mancata attuazione del contratto cui l'obbligazione inadempita accede: legittimato a chiederne il ri-

¹⁸³ CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 904; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 119.

¹⁸⁴ Cfr. App. Potenza, 22 gennaio 2004, n. 14, in *Arch. civ.*, 2004, 751.

¹⁸⁵ Cfr. Trib. Bari, 7 giugno 2004, citata in A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 312, nota 106.

¹⁸⁶ App. Potenza, 22 gennaio 2004, n. 14, cit.

¹⁸⁷ Se il donante aveva un interesse meramente morale all'adempimento, e dunque non soffre alcun danno patrimoniale dalla inesecuzione del modo, non sorge alcun diritto al risarcimento: cfr. Trib. Bologna, 17 aprile 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 360. Deve essere risarcito anche il danno da ritardo, la cui domanda è dunque cumulabile con quella di adempimento del modo, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 860.

¹⁸⁸ *Contra*, MAROI, *op. cit.*, 775; BIONDI, *op. cit.*, 698. Le cui obiezioni avverso la risarcibilità del danno da inadempimento del *modus* sono state, nuovamente di recente, criticate, sulla base della considerazione che quando all'inadempimento dell'onere consegue la risoluzione del contratto, con conseguente eliminazione del titolo e recupero al patrimonio del donante dell'attribuzione gratuita, ciò non toglie che accanto a ciò si ponga anche l'autonomo e distinto, dunque cumulabile, rimedio del risarcimento del concreto danno derivante dall'inadempimento, CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 861.

sarcimento è dunque unanimemente ritenuto il donante, ovvero colui che è l'unico, in quanto contraente, a poter domandare la risoluzione del contratto¹⁸⁹.

Inoltre, il carattere autonomo dell'azione di risarcimento del danno da inadempimento dell'onere rispetto all'azione di risoluzione del contratto di donazione modale, ammesso anche in astratto¹⁹⁰, è affermato inoltre, in concreto, nei limiti in cui si ammette che il rigetto della seconda domanda non preclude al giudice l'accertamento dei presupposti e, infine se del caso, l'accoglimento della prima, tutte le volte in cui esistano le condizioni oggettive e soggettive per il riconoscimento del diritto al risarcimento, indipendentemente dalla risoluzione del contratto¹⁹¹.

Legittimazione

Ci si potrebbe invece chiedere se, ma in tal caso di sicuro a diverso titolo, possa essere configurabile un diritto al risarcimento del pregiudizio subito dal soggetto o dai soggetti a beneficio dei quali è posto l'adempimento dell'onere posto che ad essi la legge riconosce senz'altro, nella vicenda, una posizione giuridica soggettiva qualificata, allorquando attribuisce loro l'azione autonoma per l'esecuzione in forma specifica della prestazione modale della quale sia mancato l'adempimento spontaneo da parte dell'onerato.

12. Spirito di liberalità; intento di solidarietà; fini di pubblica utilità e donazione modale

Spirito di liberalità

La donazione dunque, quale contratto destinato a regolare rapporti giuridici patrimoniali¹⁹², si connota per uno spirito di liberalità che viene fatto univocamente e oggettivamente coincidere con l'«intento di porre spontaneamente in essere, per soddisfare un interesse non patrimoniale del donante, un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo a vantaggio del donatario»¹⁹³; essa non si connota cioè, sufficientemente, con il c.d. **intento di beneficiare**, intento quest'ultimo, considerato invece più

¹⁸⁹ Nulla esclude pertanto che alla richiesta di risarcimento del danno da inadempimento del modo siano ammessi anche, visto l'art. 793, 4° co., c.c., gli eredi del donante.

¹⁹⁰ In dottrina, tra gli altri, BISCENTINI, *op. cit.*, 92 ss., il quale puntualizza che nella donazione modale priva della clausola risolutiva, l'inadempimento dell'onere legittima il donatario soltanto alla domanda di risarcimento del danno.

¹⁹¹ Ciò avviene quando per esempio la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento dell'onere non è accolta poiché la risoluzione non è prevista nell'atto di donazione, Cass., 21 novembre 1971, n. 2966, in *Mass. Giust. civ.*, 1971,

¹⁹² Non è dunque donazione in senso tecnico quella avente ad oggetto organi umani, rientrando questa nelle cc.dd. prestazioni superetiche che rilevano non già se inadempite, per gli effetti di riprovaione sociale come avviene per quelle in adempimento dei doveri morali e/o sociali *ex art.* 2034 c.c., ma se attuate, per gli effetti di valutazione molto positiva che da ciò derivano, A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 16 ss.: cfr. BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 210.

¹⁹³ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 22.

un'eccezione che la regola, visto che nel concreto «le motivazioni del donare possono essere le più varie»¹⁹⁴.

Intento di solidarietà

Nell'ambito delle motivazioni del donare ben può rientrare, dunque, anche l'**intento di solidarietà**: esso cioè non rappresenta alcuna differenza rilevabile sul piano del processo di tipizzazione delle fattispecie, in quanto espressione di quei motivi variabili che possono essere tutti indistintamente sussunti nello schema donativo.

Si è però disposti a riconoscere al **motivo** del donante una certa rilevanza, maggiore se ad esso si riserva un rilievo in quanto tale¹⁹⁵, minore se invece di esso potrà darsi conto solo in quanto idoneo a richiamare, in riferimento alla donazione cui accede, una particolare disciplina in aggiunta a quella in generale prevista per il tipo¹⁹⁶.

Nella prospettiva che esclude il motivo dal novero degli elementi atti a caratterizzare il particolare **tipo** di donazione o, più in generale, a configurare un tipo diverso dalla donazione, si sviluppa cioè una riflessione, che trova la propria ragion d'essere nella riscontrata, innegabile differenza, psicologica e sociale, che talvolta passa tra un intento e l'altro: il donante infatti, può essere spinto a donare per soddisfare un **interesse** individuale e/o personale sia proprio sia del donatario, in tutti i casi in cui voglia puramente beneficiare quest'ultimo; a volte invece, è mosso alla donazione per «spirito di solidarietà» e cioè con l'intento, di più generale portata dunque non già semplicemente personale e/o egoistico, di aiutare altri a far fronte ai loro bisogni¹⁹⁷.

In altri termini, non ogni motivazione economicamente disinteressata è tale da essere pacificamente ricompresa tra i motivi che compenetrano lo schema formale della donazione, poiché talvolta un atto non interessato economicamente, si differenzia dal negozio caratterizzato dal mero spirito di liberalità per essere più propriamente funzionale al perseguimento di scopi di umana solidarietà civile o sociale ovvero per essere volto alla realizzazione di interessi superindividuali a causa di eventi che richiamano, da parte della società civile, risposte di tipo solidaristico, possibili anche attraverso liberi atti di autonomia privata¹⁹⁸.

¹⁹⁴ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 11, con ampi riferimenti dottrinali.

¹⁹⁵ Per A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 122 ss., 148 ss., rispetto alle donazioni pure si pongono, in quanto appartenenti ad un ambito piuttosto vasto, le cc.dd. donazioni motivate, che sono tutte quelle donazioni nelle quali deve essere dato rilievo al motivo del donante, essendo stato questo sottoposto ad un processo di oggettivizzazione poiché penetrato nell'atto e conosciuto, se non addirittura condiviso, dal donatario.

¹⁹⁶ Rientrano dunque nelle donazioni « motivate », e cioè nelle donazioni nelle quali il motivo assume una certa valenza caratterizzante solo perché (e nei limiti in cui) richiama una disciplina particolare nel contesto di quella più generale fissata per la donazione, le donazioni remuneratorie, quelle fatte in riguardo di matrimonio, le donazioni modali, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 48.

¹⁹⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 21, ove ulteriori rinvii bibliografici.

¹⁹⁸ Per una parte della dottrina le prestazioni di solidarietà che si realizzano attraverso attribuzioni patrimoniali scaturenti da negozi a titolo gratuito risultano idonee ad identificare una specifica

**Fini di
pubblica
utilità**

In tale quadro si pone la necessità di articolare un raffronto anche con l'istituto modale, ciò soprattutto quando sul soggetto gratificato con una donazione non grava semplicemente una obbligazione di dare o fare o non fare qualche cosa a favore del disponente o di terzi, secondo la struttura tipica dell'onere, e dunque non si crea puramente una accessoria limitazione in senso economico della liberalità o, il che è lo stesso, l'introduzione di una misura all'entità della liberalità, ma si istituisce un obbligo il cui contenuto consiste nella totale destinazione o dedizione dell'oggetto della liberalità al perseguimento di uno **scopo di pubblica beneficenza o di utilità generale**.

È ciò che accade quando un soggetto dona ad un ente un edificio costruito e *ab origine* destinato ad attività benefiche a favore della infanzia di un dato luogo, imponendo all'ente la perpetuazione delle stesse attività¹⁹⁹, o che accade quando un soggetto dona ad un ente un appezzamento di terreno con sovrastante fabbricato, destinato a casa di riposo per anziani sacerdoti o loro parenti, imponendo al donatario che l'immobile conservi in perpetuo una tale destinazione²⁰⁰. In entrambe le ipotesi si tratta di un trasferimento di beni avvenuto non per la volontà del donante di beneficiare l'istituto donatario mediante un'attribuzione gratuita del bene donato, ma al solo scopo di permettere al donatario di perseguire ed attuare i fini di pubblica utilità voluti dal donante; in entrambi i casi cioè, il dante causa del trasferimento non ha avuto di mira puramente la realizzazione di una liberalità, quanto piuttosto la dotazione di un patrimonio strumentale per la realizzazione di propri fini di solidarietà, e tuttavia la qualificazione che è stata riservata a tali operazioni è stata pur sempre quella di donazioni²⁰¹.

13. (Segue): il paradigma dell'attività di volontariato

Le ammesse differenze che passano tra un motivo a donare e l'altro rileverebbero dunque solo sul piano descrittivo, senza mai assurgere a indici rivelatori di schemi contrattuali diversi dalla donazione, quali potreb-

figura causale: si tratterebbe di negozi a titolo gratuito con causa di solidarietà, diversi dai negozi caratterizzati dallo spirito di liberalità, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 28, nota 93.

¹⁹⁹ Cfr. Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, cit.

²⁰⁰ Cfr. Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Riv. not.*, 2000, 369.

²⁰¹ CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 855, annovera la donazione all'ente pubblico di una collezione d'arte con il modo di consentirne l'esposizione al pubblico in determinate ricorrenze, oppure la donazione al Comune di un palazzo storico con parco con il modo di consentire che il pubblico acceda liberamente al parco in determinati orari, nella categoria dei casi in cui il modo è stabilito a vantaggio di una pluralità indeterminata di persone, tutte beneficiarie indistintamente del modo; al contempo però precisa che in tali ipotesi il donante, anziché promuovere l'erezione di una fondazione, affida i beni al donatario perché li destini ad uno scopo di interesse collettivo, dovendosi parlare così di «fondazione fiduciaria».

bero in denegata ipotesi essere quelli connotati dalla cennata funzione di solidarietà: il mero scopo di solidarietà è infatti inidoneo a configurare un tipo contrattuale a sé stante; e anche là dove fosse dotato di «supporti normativi» che lo valorizzino, non potrebbe comunque contare su una disciplina completa e unitaria idonea ad individuarlo come causa tipica.

Il fine di solidarietà è al più soltanto «una funzione contrattuale che l'ordinamento giuridico riconosce meritevole di tutela»²⁰².

**Prestazio-
ne di vo-
lontariato**

Ciò premesso, alcuni indici di rilevanza normativa dello spirito di solidarietà possono valere, entro i ristretti limiti nei quali compaiono, ad escludere che in quei particolari casi l'**atto gratuito** sia riconducibile allo **schema della donazione**: si tratterà però, in queste ipotesi, di **prestazioni di *facere***, e dunque ci si potrà riferire al più ai contratti che tali attività sono destinati a regolare, non potendo in essi essere ricomprese invece fattispecie negoziali aventi ad oggetto la disposizione di diritti o dalle quali nascono obbligazioni di *dare*²⁰³.

Entro tali limiti pertanto, l'attività (o prestazione di fare) e il contratto che la regola potranno essere considerati come positivamente connotati da un fine di solidarietà sociale, diverso da quello donativo; e del resto, una tale diversità, oltre che sul piano direttamente funzionale, si rileva anche, sensibilmente, su quello del «modo» (o struttura) attraverso cui il rapporto si articola²⁰⁴.

**Raffronto
con pre-
stazione
modale**

Se l'osservazione viene allora sviluppata in confronto alla donazione modale, si dovrà in primo luogo riconoscere che in essa ricorre immancabilmente un atto di assunzione di una obbligazione o di attribuzione patrimoniale da parte del donante a vantaggio, se non altro in parte, del donatario-onerato; mentre nel «rapporto di volontariato» la promessa di rendere in maniera non retribuita la **prestazione (di volontariato)** è resa dal volontario nei confronti dell'organizzazione di volontariato, e dunque è assunta non nei confronti del soggetto a beneficio del quale il promittente renderà poi spontaneamente la prestazione; in secondo luogo, la promessa dell'attività non retribuita non è in grado di assurgere al livello di obbligazione in senso tecnico, poiché né l'organizzazione né il terzo a beneficio del quale sarà rivolta l'attività, avranno titolo per chiederne l'adempimento, che invece dovrà avvenire, appunto, in modo spontaneo, ovvero non in attuazione di obblighi²⁰⁵.

Se dunque, la mancanza di un vincolo giuridico alla prestazione impedisce l'applicazione alla **promessa del volontario** dello schema della **donazione obbligatoria**, d'altro lato il diverso atteggiarsi del rapporto

²⁰² CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 25.

²⁰³ Ci si riferisce alle attività prestate nelle organizzazioni di volontariato in modo personale, spontaneo e gratuito, senza alcun fine neppure indiretto di lucro, ed esclusivamente per fini di solidarietà (art. 2, 1° co., l. 11 agosto 1991, n. 266), CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 23.

²⁰⁴ Così, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 24.

²⁰⁵ *Ibidem*.

tra volontario e organizzazione di volontariato, preclude la possibilità di individuare in esso uno schema di regolazione del conflitto intersoggettivo paragonabile a quello che inerisce alla relazione tra donante e donatario: l'organizzazione di volontariato, in altri termini, non è mai un avvenute causa del volontario.

L'organizzazione è piuttosto un tramite, o canale o mezzo o strumento del quale il singolo si avvale per connotare di un **oggettivo scopo solidaristico** una prestazione di fare che altrimenti, pur se ispirata da un personale intento di solidarietà, rileverebbe solo per la sua neutrale gratuità²⁰⁶; il passaggio è invero fondamentale per quanto si dirà in seguito.

L'attività di volontariato infatti diventa solidale, e dunque esce dal novero delle varianti attraverso le quali si manifesta lo spirito di liberalità, se svolta per l'organizzazione di volontariato: lo svolgersi nell'organizzazione e per l'organizzazione consente che lo spirito e il fine primario di sostanziale gratuità che anima l'attività del prestatore venga a fondersi e dunque ad identificarsi nel fine o scopo istituzionale di solidarietà sociale che contraddistingue l'organizzazione medesima.

14. Donazione modale; atto fondazionale in senso lato; negozio di fondazione

Fine soggettivo di pubblica utilità e scopo istituzionale

Nei casi concreti presi in esame dalla giurisprudenza di legittimità, i fini di pubblica utilità in funzione dei quali è stato disposto, ad opera del donante, il trasferimento immobiliare a favore del donatario, non coincidono con quelli per i quali l'ente beneficiario (in entrambi i casi si trattava di un istituto religioso) era stato costituito; in altri termini, «nessuna delle poche norme dettate in tema di fondazioni (artt. 28 e 32 c.c.) e di comitati per la raccolta di fondi (art. 42 c.c.) appariva applicabile», se non altro in una delle due fattispecie esaminate²⁰⁷, «trattandosi di una donazione rivolta ad un istituto religioso non perché perseguisse meglio i propri fini, ma perché attuasse quelli voluti dal donante».

Appare decisivo cioè, per continuare ad annoverare il negozio di attribuzione patrimoniale nell'ambito della donazione modale, il fatto che tra l'organizzazione beneficiaria dell'attribuzione patrimoniale e il disponente non intercorre alcuna **identità di fini**, nel senso che l'ente non dovrà essere stato costituito per la realizzazione di quello scopo solidaristico che invece ha mosso il donante a donare.

Infatti, del tutto differente è il caso in cui l'atto a contenuto patrimoniale miri propriamente a fornire al beneficiario i mezzi per il perseguimento

²⁰⁶ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 24.

²⁰⁷ Cfr. Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, cit.

Atto di fondazione e/o di dotazione

mento dello scopo istituzionale-sociale, e dunque evidenzi una funzione analoga a quella dell'**atto di fondazione** o, nella diversa prospettiva che scansioni la costituzione della fondazione in una duplicità di atti²⁰⁸, del **negozio di dotazione**: qui infatti i mezzi patrimoniali oggetto dell'atto di attribuzione tra donante e donatario, più che essere a loro volta l'oggetto del dare quale contenuto di una prestazione modale da eseguirsi da parte dell'onerato nei confronti dell'onorato, rilevano quale patrimonio destinato ad uno scopo e dotato perciò di tratti assimilabili a quelli della figura del **patrimonio della fondazione**²⁰⁹, con la differenza che in tali casi il disponente non si assicurerebbe in via diretta il soddisfacimento del «motivo a donare» attraverso l'azione di adempimento dell'onere ai sensi dell'art. 793, 3° co., c.c., come normalmente accade in presenza di una donazione modale, quanto piuttosto in modo per così dire indiretto, cioè attraverso l'azione di responsabilità degli amministratori prevista dall'art. 18 c.c.

Come è noto, infatti, l'atto di dotazione produce quale unico effetto quello di destinare i beni all'ente sottraendoli alla disponibilità del fondatore, salvo revoca, *ex art.* 15 c.c., ma non fa sorgere alcun obbligo di destinazione a carico del soggetto dotato (la fondazione), non essendo questo costretto ad utilizzare i beni ricevuti secondo il modo e lo scopo voluti dal fondatore²¹⁰.

Attribuzione a titolo gratuito

La specifica destinazione funzionale dell'attribuzione patrimoniale allo scopo istituzionale della fondazione rende ragione della **concreta funzione** che l'atto di liberalità è volto a perseguire in via propria ed esclusiva, cosicché esso, se non può essere assimilato, sotto il profilo della causa, ad un tipico atto costitutivo di una fondazione, non dovrebbe però neppure poter essere assimilato alle tradizionali figure delle liberalità tra vivi, e quindi in particolare al tipo negoziale donazione: dovrà invece essere annoverato, per la caratteristica nota costante della gratuità, ad un particolare tipo sociale di **attribuzione a titolo gratuito**²¹¹.

²⁰⁸ Cfr. note 211 e 214.

²⁰⁹ Sul punto, MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 38 s., che ricorda come nella dottrina francese si assimila alla fondazione in senso stretto, che si realizza tramite la costituzione di un ente morale creato per la gestione di un patrimonio destinato allo scopo, la fondazione in senso lato, che si ha per il tramite di un atto che, lungi dall'essere di donazione in senso stretto, è piuttosto atto fondazionale: donare o affidare ad un ente di scopo già operante uno o più beni al fine di destinarli a quello stesso scopo.

²¹⁰ Lo rileva la dottrina, la quale sottolinea che, invece, il gratificato dalla donazione modale assume un obbligo di comportamento, poiché è obbligato ad eseguire la prestazione dedotta nell'onere: A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 303 s.

²¹¹ Corrispondente al tipo legale che, a seconda della prospettiva prescelta, coincide con l'atto di dotazione collegato all'atto di fondazione, o con lo stesso atto di fondazione, di cui la dotazione sarebbe parte integrante e non scindibile: a prescindere, infatti, dalla premessa che si vuole accogliere, ciò che non muta è, in entrambi i casi, la convinzione che la dotazione, anche se la si voglia distinta dall'atto di fondazione (in caso contrario è infatti direttamente al tipo legale rappresentato da quest'ultimo che si ricollega e si giustifica, sul piano causale, l'effetto traslativo), non può essere

**Raffronto
con atti-
vità di vo-
lontariato**

Questa fattispecie presenta pertanto evidenti caratteri simili a quella, più sopra descritta, dell'attività di volontariato, nella quale, al di là della ovvia differenza che qui si tratta di una prestazione di fare mentre nei casi descritti di atti di disposizione, la prestazione di volontariato confluisce in un ente specificatamente costituito per la realizzazione del medesimo fine solidaristico che muove il volontario alla prestazione dell'attività²¹².

Per poter affermare che tra le due diverse vicende giuridiche intercorre una analogia è però necessario presupporre il verificarsi di una ipotesi nella quale il soggetto gratificato dall'attribuzione onerata è un **ente di scopo costituendo o già costituito**, e implica inoltre una coincidenza tra il tipo di interesse morale proprio dell'autore della liberalità e il tipo di finalità sociale propria dell'ente; per meglio dire, chi in tal caso effettua l'erogazione o la dotazione a favore dell'ente di scopo pone in essere un atto causalmente privo di quell'interesse tipico a donare o «volontà liberale» necessari per configurare, alla base dell'attribuzione patrimoniale, la nota funzionale minima della donazione, e dà luogo piuttosto ad una operazione nella quale ad emergere funzionalmente è soltanto ciò che, in riguardo ad una ipotetica tipica donazione modale, rivestirebbe propriamente il ruolo di «volontà accessoria» o motivo a donare: realizzare, attraverso l'impiego delle utilità economiche devolute all'ente di scopo, quello stesso scopo per il quale l'ente deve essere costituito o già operante.

**Atto fon-
dazionale
in senso
lato**

In altri termini, se si accetta una tale ipotesi teorica, nell'erogazione ad un ente di scopo, quando il motivo a donare coincide con lo scopo istituzionale del beneficiario dell'erogazione medesima, si sarebbe al di fuori della donazione modale per essere invece al cospetto di un **atto fondazionale in senso lato**.

Tale fenomeno si avrà però a condizione che l'autore dell'attribuzione patrimoniale motivata dallo stesso scopo sociale qual è quello perseguito dall'ente, non coincida con l'autore o, in caso di pluralità di fondatori, con alcuno degli autori del negozio di fondazione²¹³, e purché il ne-

adeguatamente rappresentata nella causa della donazione, rilevando piuttosto «come un particolare tipo di attribuzione a titolo gratuito». Cfr. DE GIORGI, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Rescigno*, 2, Torino, 1999, 435.

²¹² CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 24, nota 92, che ricorda tra gli altri la dottrina la quale assume che è proprio lo svolgimento dell'attività lavorativa per l'organizzazione istituita con la funzione di «mediazione necessaria» per la realizzazione del fine solidaristico, a far diventare solidale – e dunque non già puramente liberale – un tale attività (cfr. MESSINETTI, *Persone e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1999, 503).

²¹³ Per la dottrina più autorevole l'atto di fondazione tra vivi si realizza attraverso un negozio unilaterale non recettizio; caratteristica questa che non è destinata a venir meno neppure nel caso in cui alla costituzione partecipino più soggetti, poiché ivi, all'interno del medesimo atto pubblico si concentrano più manifestazioni di volontà; cfr. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, sub art. 11-35, Bologna-Roma, 1969, 157, RESCIGNO, voce «Fondazione (diritto civile)», in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 801; *contra*, ZOPPINI, *Considerazione sulla fondazione di im-*

gozio che trasferisce o destina mezzi patrimoniali alla fondazione avvenuta in un contesto giuridico-economico distinguibile rispetto a quello che si evidenzia con il momento costitutivo dell'ente rappresentato dalla stipulazione dell'atto di fondazione²¹⁴, poiché altrimenti ci si troverebbe più semplicemente di fronte ad un **atto tipico di dotazione di una fondazione**, quest'ultimo, per quanto già detto, manifestamente diverso, sia sul piano strutturale che su quello funzionale, dalla donazione²¹⁵.

15. (Segue): negozio gratuito interessato diverso dalla liberalità. Classificazione

Gratuità donativa e gratuità solidale

Sempre nell'ottica della ammissibilità della distinzione tra **atto di liberalità modale** e **atto di solidarietà**, è dunque in ordine ad un atto di apparente liberalità invece volto a perseguire scopi socialmente rilevanti, particolari indici per escluderne la «**gratuità donativa**» e affermarne di contro la «**gratuità solidale**»²¹⁶ emergono in tanto in quanto nell'atto ricorrano certe **qualità soggettive** o della parte disponente o della parte beneficiaria dell'attribuzione.

presa e sulla fondazione fiduciaria regolate da una recente legge francese, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 585, per il quale l'atto di costituzione posto in essere da più soggetti ha natura contrattuale.

²¹⁴ Per i fautori dell'unitarietà o unicità dell'atto di fondazione, del quale parte integrante e non autonoma in senso negoziale sarebbe la stessa assegnazione del patrimonio allo scopo, l'effetto reale di destinazione dei mezzi patrimoniali necessari per provvedere alla realizzazione dello scopo dell'ente deriverebbe direttamente dall'atto di fondazione (cfr. ZOPPINI, *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 304 ss.), e, in presenza di un unico negozio, la dotazione avrebbe quale causa quella tipica che si ritrova nella stessa fondazione dell'ente, non già un'autonoma causa, neppure donativa (cfr. A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 569 ss., GALGANO, *op. cit.*, 165 ss.). Per i fautori della tesi più diffusa, oltre che già imperante sotto l'abrogato codice, della duplicità e scindibilità dei due negozi – quello di fondazione e l'altro di dotazione, negozi che normalmente si evidenziano all'atto di dare vita ad una fondazione (si veda al proposito la dottrina citata in DE GIORGI, *op. cit.*, 434 note 36, 37 e 38) – è affermazione costante quella secondo la quale tra atto di fondazione e atto di dotazione intercorra un normale collegamento funzionale e teleologico, fermo restando che i due atti, seppure distinti, sono contenuti in un unico atto. L'ipotesi negoziale analizzata nel testo si riferisce invece ai casi nei quali l'attribuzione patrimoniale, per le singole e concrete modalità nelle quali è avvenuta, non possa essere considerata né «parte integrante» dell'atto di fondazione né collegata funzionalmente ad esso; senz'altro, un primo indice rivelatore di tale supposta autonomia innanzitutto funzionale è il dato strutturale rappresentato dal fatto che il singolo negozio di attribuzione patrimoniale della cui causa si discute non sia contenuto, a differenza di altri di dotazione, all'interno dell'atto di fondazione.

²¹⁵ Nel raffrontare la donazione modale e l'atto di dotazione di una fondazione, la dottrina ricorda che la prima è un contratto mentre il secondo è un atto unilaterale che, seppure a titolo gratuito, è essenzialmente diverso dalla donazione poiché funzionalmente destinato a dotare un ente di un patrimonio necessario al conseguimento del suo scopo, contrariamente alla donazione, diretta invece all'arricchimento del donatario, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 303 s. Inoltre, l'atto di dotazione non fa sorgere alcun obbligo di destinazione a carico del soggetto dotato (la fondazione), non essendo questo costretto ad utilizzare i beni ricevuti secondo il modo e lo scopo voluti dal fondatore; di contro, il gratificato dalla donazione modale assume un obbligo di comportamento, poiché è obbligato ad eseguire la prestazione dedotta nell'onere (*ibidem.*).

²¹⁶ MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 32.

**Indici di
differen-
ziazione**

Ciò accade in particolare quando: nel primo caso, l'attribuzione è disposta non spontaneamente, ma per attuare un vincolo funzionale che «lega il dare agli scopi statutari o istituzionali» del disponente²¹⁷; nel secondo caso, e più in generale come si è già visto, quando il soggetto gratificato rivesta formalmente una particolare soggettività²¹⁸ deputata a dare particolare rilievo oggettivo ai motivi sociali che accompagnano il donare: in quest'ultimo caso, si osserva correttamente che lo **scopo di solidarietà** dell'attribuzione non può non uscire «dalla palude dei motivi» e penetrare, sotto forma di **causa**, la ragione obbiettiva del **negozio attributivo**²¹⁹.

**Negoziato
gratuito
interessato**

In tali frangenti dunque, la fattispecie, in ragione dello scopo sociale al quale è preordinata (scopo che, si ribadisce, oggettivamente emergerà dato il particolare rilievo che nell'atto assumono le qualità soggettive di una o anche di entrambe le parti), non può non ricevere una diversa qualificazione rispetto a quella che tende semplicemente a ridurla allo schema della donazione modale²²⁰; essa allora, più correttamente, può essere ascritta alla categoria ampia del **negoziato gratuito interessato diverso dalla liberalità**²²¹, del quale, in un senso teso a distinguerlo rispetto alla liberalità *tout court*, è la stessa legislazione speciale²²².

Si è invece al di fuori del fenomeno appena divisato quando le parti, sulle quali grava l'attribuzione patrimoniale gratuita e la correlata assunzione dell'onere di destinazione dell'integrale valore della liberalità allo scopo sociale, siano semplici individui: qui, la particolarità dello scopo di solidarietà acquista un ridotto significato problematico, che non consen-

²¹⁷ MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 42, specie nota 146. L'autore, richiamando anche altra dottrina, individua in tali casi «forme di solidarietà obbligatoria» che però non cancellerebbero il carattere pur sempre gratuito e liberale delle erogazioni, poiché la mancanza di una costrizione dall'esterno delle medesime non ne farebbe venire meno la spontaneità quale requisito voluto dall'autore dell'atto, che è anche autore dello statuto.

²¹⁸ Si tratti di associazioni, comitati o altre istituzioni costituite per perseguire scopi socialmente rilevanti o di utilità sociale.

²¹⁹ MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 42.

²²⁰ È importante far notare che l'atto motivato da uno scopo socialmente rilevante o superindividuale – atto che per la particolare qualità soggettiva delle parti del rapporto è destinato a ricevere una particolare connotazione di «gratuità solidale» diversa da quella donativa – può essere per ciò stesso sottratto alla forma solenne prevista per la donazione, e la promessa a titolo gratuito di somme di denaro o di altri diritti su beni potrebbe pertanto risultare valida ed efficace pur se rivesta la struttura di un atto unilaterale a forma non solenne, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 32.

²²¹ SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, I, 652.

²²² P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 41. L'autore ricorda l'art. 64 della legge fallimentare e l'art. 13 del d.lgs. 460/1997: il primo riserva all'atto compiuto per scopi di solidarietà una disciplina revocatoria meno severa rispetto a quella dedicata all'atto gratuito in genere; la seconda consente il recupero dell'imposta sul valore aggiunto in quanto attività svolte nell'ambito delle finalità di impresa, da parte dell'imprenditore disponente, solo alle attribuzioni compiute per scopi di solidarietà, restandone escluse le «liberalità non aggettivate».

te di distinguere tra donazione *tout court*²²³ e donazione diversamente caratterizzata da uno scopo sociale, come uno tra i tanti e variabili motivi che affiancano l'atto donativo senza connotarlo giuridicamente²²⁴.

Contrariamente all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, si è tentati di ritenere che quando il donante obbliga il donatario ad utilizzare tutto il valore della cosa donata, per la destinazione dello stesso ad uno scopo sociale, posto che non sia dato ravvisare in ciò, se non altro in via diretta, un indice di differenziazione di tale fattispecie negoziale rispetto alla classica donazione modale, è senz'altro ragionevole individuare invece un caso in cui il «sottotipo» donazione modale viene piegato al raggiungimento di uno **scopo ulteriore o indiretto**.

In questo caso peraltro, il modo di manifestarsi dello scopo sociale quale concreto e individuale «motivo a donare» del disponente si avrà tendenzialmente quando, per esempio, grava sul donatario l'onere di destinare tutto il valore della cosa donata a beneficio di una fondazione, di una istituzione, di un'associazione o l'onere di promettere ed eseguire l'oblazione dell'intero valore della cosa donata a favore di un comitato.

Sulla base delle premesse effettuate si può tentare allora la seguente **classificazione**.

Donazione modale

Rientrano nella donazione modale le seguenti fattispecie, tutte caratterizzate da «motivi a donare» superindividuali o di solidarietà sociale: 1) le liberalità effettuate da persona fisica a persona fisica, con l'onere gravante in capo a quest'ultima di eseguire una prestazione di fare o di dare per scopi sociali, nei limiti di valore della cosa donata; 2) le liberalità effettuate da persona fisica a persona fisica, con l'onere gravante in capo a quest'ultima di fare una fondazione e di dare ad essa denaro o altri diritti su beni, o di dare (denaro o altri diritti su beni) ad una fondazione costituita o già costituita, in entrambi i casi nei limiti di valore della cosa donata; 2) le liberalità effettuate da ente morale a persona fisica, caratterizzate dal medesimo onere di dare e di fare gravante in capo al beneficiario, non eseguite dal disponente in adempimento degli scopi di legge o statuari per i quali l'ente è stato istituito; 3) le liberalità eseguite da persona fisica a favore di un ente morale, caratterizzate dal medesimo onere di fare e di dare gravante sull'ente gratificato, quando tra gli scopi istituzionali di esso non rientri la realizzazione del particolare scopo sociale per la cui attuazione è stata prevista la particolare prestazione modale.

²²³ Il motivo di solidarietà che induce il donante al contratto rileva in tal caso quale concreta motivazione del donare, ovvero quale interesse soggettivo, variabile ma tendenzialmente costante, che determina il donante a disporre, atteso che il «puro intento di beneficiare» ovvero il puro spirito di liberalità, «costituisce, più che la regola, l'eccezione», CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 11, note 33, 34, nella quale l'Autore richiama la dottrina che, sul punto, ha fatto proprio l'assunto secondo il quale l'intento puramente liberale può colorarsi in modi assai vari, tra i quali vi è senz'altro pure quello della solidarietà, della beneficenza e della filantropia.

²²⁴ MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata*, cit., 41 s.

**Negozi
gratuiti
interessati**

Non rientrano invece nella donazione modale, come si è in parte detto, le seguenti fattispecie, anch'esse tutte caratterizzate da motivi superindividuali o di solidarietà sociale: 4) le liberalità effettuate da ente morale a persona fisica, caratterizzate dal medesimo onere di dare e di fare gravante in capo al beneficiario, se eseguite dal disponente in adempimento degli scopi di legge o statutari per i quali l'ente è stato istituito; 5) le liberalità eseguite da persona fisica a favore di un ente morale, caratterizzate dal medesimo onere di fare e di dare gravante sull'ente gratificato, quando tra gli scopi istituzionali di esso rientri la realizzazione del particolare scopo sociale per la cui attuazione è stata prevista la particolare prestazione modale.

**Atto fon-
dazionale
in senso
lato**

Costituiscono invece negozi indiretti di dotazione di una fondazione: 6) quelle fattispecie donative caratterizzate nella forma particolare per la quale gravi in capo al beneficiario della liberalità il medesimo onere di dare e di fare come sopra specificato, con la previsione espressa, però, della totale destinazione all'ente costituendo o già costituito di tutto il valore della cosa donata.

In sintesi, se è diverso dall'interesse tipico a donare l'interesse che muove l'ente a devolvere ad un proprio avente causa per uno scopo di utilità sociale rientrante nelle finalità istituzionali o dell'uno o dell'altro, è del pari diverso dal «sottotipico» motivo a donare l'interesse che muove il medesimo ente a far acquistare ad un terzo, sempre per uno scopo di utilità sociale che rientra nelle sue finalità istituzionali, il diritto di credito alla prestazione da farsi valere nei confronti dell'avente causa onerato.

16. La clausola o disposizione modale

Il divisato carattere **accidentale** del *modus*²²⁵, rispetto sia all'astratto tipo negoziale costituito dalla donazione²²⁶, sia alla istituzione di erede e di legato (artt. 647 e 649 c.c.) e, secondo una più ampia prospettiva, pure ri-

²²⁵ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 118.

²²⁶ Accidentale rispetto al tipo negoziale astratto donazione, ma non necessariamente di rilievo accessorio o secondario rispetto al negozio concretamente considerato, stante che rispetto al contenuto concreto della singola donazione il *modus* potrebbe anche avere carattere o rilievo primario e/o essenziale, e dunque tutt'altro che accessorio e/o secondario, come del resto testimonia l'art. 794 c.c., allorché il *modus* costituisca appunto l'unico motivo che ha determinato il donante a disporre, tanto che la nullità che inficia la singola modalità costituita dal *modus* è tale da estendersi o comunicarsi all'intero negozio gli interessi che in concreto le parti intendono, A. MARINI, *Il modus*, cit., 28 ss. In generale, cfr. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, 112. Non corretta è la qualificazione data al *modus* dalla giurisprudenza là dove esso viene qualificato con il termine «accessorio», quale sinonimo di «accidentale»: Cass., 11 giugno 2004, n. 11096, cit. Ciò rileva anche A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 295, nota 36.

spetto ad ogni **negozio gratuito** in genere²²⁷ anche **atipico**²²⁸, conferma il carattere tutt'altro che autonomo della disposizione modale rispetto all'attribuzione donativa²²⁹ e produce anche rilevanti conseguenze applicative.

Forma della clausola modale

In primo luogo, per la dottrina dominante che esclude l'autonomia del *modus*, sorge la necessità che lo stesso, pur se nella veste di elemento accidentale della donazione, sia contestualmente ricompreso nel contenuto della stessa, e dunque non sarà concepibile una scissione formale tra **disposizione modale** e **attribuzione donativa**²³⁰; sul piano operativo dunque, non è ammissibile che il *modus* sia, rispetto alla donazione, aggiunto solo successivamente²³¹ e dunque, negata la non contestualità tra *modus* e donazione, non è ammissibile che il *modus* venga previsto con una **scrittura privata** distinta dall'atto pubblico di donazione²³².

La Suprema Corte²³³ invece ha ammesso la possibilità di imporre al donatario un onere successivamente alla donazione e anche mediante una stipulazione per scrittura privata, anziché per atto pubblico.

Risulta invece diffusamente ammessa la possibilità di apporre alla disposizione modale, quale unità precettiva negoziale autonoma²³⁴, gli elementi accidentali comunemente previsti per il negozio, in quanto diretti ad arricchirne il contenuto; dunque è ammessa la possibilità di stipulare un **modus condizionale**, sottoposto cioè ad una condizione sospensiva o risolutiva, oppure un **modus soggetto a termine di efficacia**, iniziale o finale²³⁵, o anche un *modus* cui è apposta una **clausola penale** in caso di inadempimento²³⁶.

²²⁷ A. MARINI, *Il modus*, cit., 178 ss.

²²⁸ Per l'apponibilità del *modus* al negozio atipico di liberalità, cfr. Cass., 11 giugno 2004, n. 11096, cit.

²²⁹ *Contra*, per l'autonomia del *modus* donativo, GRASSETTI, *op. cit.*, 22 ss., CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 6 e 110 ss. A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 262 ss.

²³⁰ A. MARINI, *Il modus*, cit., 176 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 118, specie nota 55.

²³¹ In questo senso, però, attesa la diversa premessa teorica dalla quale muove, A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 277.

²³² A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 293 s. CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 118, nota 55.

²³³ Cfr. Cass., 18 febbraio 1977, n. 739, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2163, con nota critica di AZZARITI, *Donazione con imposizione non contestuale di onere*.

²³⁴ Si precisa che il *modus*, come tutti gli elementi accidentali del negozio, risulta dotato di una propria autonomia nel senso che è possibile considerarlo come clausola o disposizione negoziale a sé stante; sicché accidentalità e autonomia, nel senso appena detto, vanno di pari passo e non sono tra loro in contraddizione, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 294.

²³⁵ Diverso ovviamente dal termine di adempimento dell'obbligo modale, ovvero dal termine che attiene non già all'efficacia del negozio nel quale è dedotta la prestazione, quanto piuttosto al momento nel quale questa diviene esigibile, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 294.

²³⁶ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 294 s. Non dovrebbe invece essere ammessa la possibilità di apporre ad una disposizione modale la clausola risolutiva

Il *modus* quindi è un elemento accidentale, necessariamente contenuto in una clausola autonoma del contratto di donazione del quale riveste la forma solenne, soggetto se del caso a termine di efficacia o a condizione sospensiva o risolutiva, talvolta essenziale allorché costituisce l'unico intento del donante, ovvero l'unico motivo che ha mosso il donante a disporre.

17. Onere; motivo della donazione; presupposizione. Stato della giurisprudenza

Il *modus* dunque, oltre a rilevare come modalità o modo d'essere o elemento accidentale della donazione, è anche quella particolare clausola del contenuto del contratto di donazione che traduce, sviluppa ed esprime un **motivo** che può essere in concreto, di rilievo primario e/o essenziale, oppure di rilievo secondario e/o accessorio²³⁷.

Disciplina
del motivo
nella
donazione

Il motivo nel **negozio gratuito** ha, peraltro, come si è già rilevato un particolare valore, tanto da richiamare una composita disciplina, che non è solo quella evocata dall'art. 794 c.c., se si considerano, nel contesto della disciplina generale della donazione, anche le disposizioni di cui agli artt. 787 e 788 c.c.

La Suprema Corte²³⁸ osserva che in tema di donazione, stabilire se un elemento sia da qualificare come **onere**, ex art. 793 c.c., o come **motivo**, in particolare per gli effetti di cui all'art. 787 c.c., si risolve nella valutazione di circostanze di fatto relative alla ricerca della **effettiva volontà dei contraenti**, che potrà essere censurata in sede di legittimità solo se le ragioni poste a base del convincimento del giudice di merito siano viziate da errori logici e giuridici.

Entro i limiti della presente trattazione è pertinente allora rilevare quanto segue.

Motivo e
onere

Nelle tre fattispecie astratte previste si è di fronte ad un atto di donazione nel quale risalta la presenza di un particolare motivo che ha ispirato il donante a disporre; il motivo è inoltre, in tutte e tre i casi previsti, parte della struttura e del contenuto dell'atto di donazione, poiché dovrà quantomeno **risultare dall'atto**²³⁹. L'unica differenza che distingue le

espressa in caso di inadempimento della prestazione modale, ciò perché il meccanismo di cui all'art. 793, 4° co., c.c. riguarda la risoluzione dell'intera donazione in quanto tale, A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 283.

²³⁷ Che il *modus* espliciti un motivo lo afferma espressamente l'art. 794 c.c., nel dire che l'onere illecito o impossibile «si considera non apposto; rende tuttavia nulla la donazione se ne ha costituito il solo motivo determinante».

²³⁸ Cfr. Cass., 19 ottobre 2005, n. 20189, in *Giust. civ.*, 2006, 6, 1240. Cass., 7 maggio 1980, n. 3023, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 1309 s.

²³⁹ Nella fattispecie di cui all'art. 794 c.c. un problema di apprezzabilità del motivo da parte del

prime due ipotesi dall'ultima, attiene al diverso atteggiarsi o esprimersi del motivo, visto che mentre per gli artt. 787 e 788 c.c. è sufficiente che esso si sia oggettivato nella dichiarazione negoziale del donante in guisa tale da essere stato a conoscenza del donatario sotto forma di **semplice motivazione** che ha spinto il primo a beneficiare il secondo, nell'art. 794 c.c. è invece necessario che il motivo, da semplice motivazione, abbia assunta la più definita forma dell'**obbligazione**²⁴⁰.

La Suprema Corte²⁴¹ osserva che, nei casi di cui agli artt. 788 e 789 c.c., per risultanza dall'atto non deve intendersi necessariamente che il motivo sia inserito e/o indicato nell'atto, ma è sufficiente che esso risulti dalla dichiarazione negoziale del donante in modo tale da essere pervenuta a conoscenza del donatario; il motivo pertanto dovrà desumersi interpretando la volontà del donante risultante dall'atto, potendo eventuali elementi interpretativi ricavabili *aliunde* soltanto confermare quanto già risulta dall'interpretazione dell'atto al fine di ricostruire pienamente la volontà del donante nella sua formazione.

Per il resto, la disciplina acquisisce nuovamente unità all'atto di individuare il presupposto al verificarsi del quale si produrrà l'**invalidità** della donazione: siffatta sanzione, nei termini dell'annullabilità (art. 787 c.c.) o della nullità (artt. 788 e 794 c.c.), si applicherà nel solo caso in cui il motivo – ovviamente illecito²⁴² – abbia avuto una particolare «**efficienza volizionale**»²⁴³, e di ciò possa esser data prova con ogni mezzo, ivi compresa la prova testimoniale, trattandosi di provare un mero fatto storico;

donatario non si pone neppure, poiché esso ivi si esprime nella forma di un obbligo di comportamento per quest'ultimo. Negli altri casi invece, si richiede che il motivo risulti dall'atto, cioè che il donatario possa trarne conoscenza proprio dalla dichiarazione negoziale; in particolare, per risultare dall'atto il motivo dovrà emergere dalla dichiarazione del donante, anche se non è necessario che sia espresso, potendosi anche desumere attraverso l'interpretazione della volontà del donante così come risulta, appunto, dall'atto: cfr. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 849; TAMPONI, *La nullità del contratto di donazione*, in BONILINI (diretto da), *La donazione*, Torino, 2001, II, 1055 ss. In giurisprudenza, nello stesso senso: Cass., 6 marzo 1992, n. 2695, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 806; per la quale il motivo, non necessariamente indicato nell'atto, dovrà però potersi desumere dalla interpretazione della volontà del donante.

²⁴⁰ Cfr. Cass., 19 ottobre 2005, n. 20189, in *Giust. civ.*, 2006, 1240, per la quale la qualificazione di un elemento quale onere o quale motivo, per ciò che poi ne consegue sul piano della applicazione delle relative discipline, si traduce in una valutazione di circostanze di fatto, relative alla ricerca della effettiva volontà dei contraenti.

²⁴¹ Cfr. Cass., 6 marzo 1992, n. 2695, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 806.

²⁴² Cioè contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume; per la casistica, si veda, BIONDI, *op. cit.*, 591 ss.

²⁴³ Può avere «costituito il solo motivo determinante» (secondo l'espressione usata dall'art. 794 c.c.) o «è il solo che ha determinato il donante alla liberalità» (secondo l'espressione dell'art. 788 c.c.) o «a compiere la liberalità» (in base all'espressione dell'art. 787 c.c.). Si dovrebbe in concreto ravvisare un rapporto di causa ed effetto tra motivo e attribuzione, tanto che in presenza anche di altri motivi, quello illecito possa essere considerato come l'unico, esclusivo e decisivo che ha indotto il donante alla liberalità: cfr. IACOVINI, *La forma della donazione*, in IACOVINI, TAVASSI, CASSANDRO, *La donazione*, Milano, 1996, 314; GARDANI CONTURSI LISI, *op. cit.*, 318.

non occorrerà dunque che tale «efficienza volizionale» o, il che è lo stesso, l'**unicità** del motivo risulti dalla dichiarazione del donante²⁴⁴.

Il motivo dunque, sia che abbia avuto «efficienza volizionale» sia che una tale efficienza non abbia invece rivestito, si caratterizza pur sempre per una sua idoneità a risultare, anche in via interpretativa, dall'atto di donazione; in altri termini, il **motivo**, che sia unico o meno, appare sempre **esplicitato**.

La Suprema Corte²⁴⁵, con particolare riferimento ad una ipotesi di annullabilità della donazione per errore sul motivo di fatto o di diritto, quando il motivo, oltre a risultare dall'atto, sia stato da solo idoneo a determinare il donante a compiere la liberalità, osserva quanto segue: quando un disponente, in considerazione delle affettuose cure ed attenzioni ricevute e delle altre cure ed attenzioni che è sicuro di ricevere in futuro, effettua la donazione, e chi la riceve, preso atto di quanto dichiarato dal donante, con animo riconoscente accetta quanto donato e ringrazia, si verifica una ipotesi in cui dette statuizioni non stanno a significare che il disponente si è indotto a donare nella certezza che il ricevente sarebbe stato giuridicamente obbligato ad assisterlo in futuro, stante che nell'atto di donazione non si parla affatto di obbligo giuridico di assistenza a carico del donatario, ma stanno piuttosto a significare che il donante mostra di voler beneficiare il donatario per gratitudine, e per farsi ben volere da quest'ultimo in futuro. È inoltre irrilevante un errore che non riguarda una realtà di fatto, ma che inficia la valutazione che delle intenzioni e dei sentimenti altrui può avere fatto il donante: infatti, se il donante spera di ricevere ancora nel tempo cure ed attenzioni dal donatario, e colloca detta speranza tra i motivi anziché imporla alla controparte come pretesa contrattuale (imponendo giuridicamente al donatario di assisterlo in futuro), e se detta speranza è poi andata delusa nel tempo, non potrà invocare un errore sul motivo poiché dimostra al più di essere incorso in un'erronea valutazione sulla generosità e capacità di riconoscenza del donatario.

Motivo e presupposizione

Il **motivo** dovrà poi essere tenuto distinto dalla **presupposizione**.

Rispetto alla presupposizione la linea di demarcazione, che non rileva solo sul piano teorico poiché produce anche distinguibili **conseguenze applicative**, è di più immediata constatazione.

La presupposizione, fenomeno privo di dimensione positiva, viene comunemente intesa come motivo, modalità o condizione inespressi, impliciti o non sviluppati. Si tratterebbe cioè di un motivo che resta estraneo alla struttura del contratto, non essendo ivi presente per mezzo di una clausola che neppure per via interpretativa si possa dire che lo pre-

²⁴⁴ Per una sintesi su tali profili, si veda CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 581 ss., dove compaiono numerosi richiami di dottrina.

²⁴⁵ Cfr. Cass., 19 ottobre 2005, n. 20189, in *Giust. civ.*, 2006, 6, 1240.

veda, ma che ciò nonostante riveste una portata determinante rispetto alla determinazione della volontà negoziale²⁴⁶ tanto che il suo mancato verificarsi dovrebbe comportare l'inefficacia del contratto. Il **modus** invece è un **motivo espresso** in una clausola che è parte integrante del contenuto del contratto, che non sempre riveste carattere determinante della volontà negoziale, e che infine produce, solo ove ricorrano specifiche condizioni, la risoluzione del negozio cui accede. Ma ciò che più rileva, sul piano della distinzione tra *modus* e presupposizione, è che soltanto il primo si traduce nella imposizione di un obbligo di comportamento a carico del donatario²⁴⁷.

18. Onere e condizione: indici di distinzione. Stato della giurisprudenza

Onere e condizione potestativa

Per la ricostruzione dei caratteri fisionomici del *modus* donativo rileva, quale aspetto peraltro classico di ogni trattazione sull'argomento, la distinzione tra **modus** e condizione²⁴⁸, in tutti i casi nei quali sia in quest'ultima dedotto un comportamento di dare, fare o non fare: l'alternativa si pone dunque, in tali ipotesi, propriamente tra *modus* e **condizione potestativa, sospensiva o risolutiva**²⁴⁹.

Criteri di distinzione

È nota la tesi che individua la distinzione tra le due modalità del negozio in differenze di carattere applicativo, che guardano cioè alla differente disciplina giuridica prevista per le due figure: mentre il modo obbliga i soggetti destinatari senza sospendere l'efficacia del negozio, la condizione sospensiva potestativa sospende ma non costringe; inoltre il *modus* si distingue, sul piano concettuale e normativo, dalla condizione risolutiva potestativa perché in caso di inadempimento non determina l'inefficacia del negozio retroattivamente, ma solo *officio iudicis* e, peraltro, con retroattività meramente obbligatoria, poiché limitata dalla necessità del rispetto dei diritti che i terzi abbiano acquistato sugli immobili prima della trascrizione della relativa domanda²⁵⁰.

²⁴⁶ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 191 s.

²⁴⁷ A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., 290 s. L'Autore molto correttamente sottolinea come il donare «presupponendo che il donatario faccia qualcosa, non è a rigore lo stesso che donare imponendo un determinato obbligo».

²⁴⁸ Entrambi «congegni giuridici per realizzare la causa dell'attribuzione» o «per comporre un assetto di interessi del donante e/o del donatario retti dalla causa dell'attribuzione», A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 141.

²⁴⁹ A. MARINI, *Il modus*, cit., 300. Sull'argomento, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 147 ss.; A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 141; cfr., inoltre, ROMEO, *Donazione modale e donazione soggetta a condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 916; MARTUCCELLI, *Pregiudizio economico per il donatario e impossibilità dell'onere nella donazione modale*, nota a Cass., 22 giugno 1994, n. 5983, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2806.

²⁵⁰ Cfr. RESCIGNO, voce «Condizione (diritto vigente)», in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1961, 764. Per altri riferimenti, si veda CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 250 ss., A. MARINI, *Il modus*, cit., 310, nota 6, 319 ss.

Per altra parte della dottrina i criteri di distinzione concettuale e normativa sono meramente descrittivi e idonei ad indicare al più una *regula iuris* senz'altro esatta, anche se priva di valore pratico, poiché non sarebbero utili per stabilire se in concreto ricorra un modo o una condizione²⁵¹.

Problemi di identificazione della natura giuridica del negozio, se condizionale o modale, non dovrebbero sorgere, rileva una dottrina, quando il comportamento richiesto al donatario non abbia contenuto patrimoniale, ovvero quando il peso non è suscettibile di valutazione economica; in tal caso si dovrebbe comunque verificare, in primo luogo, se il donante non abbia voluto esclusivamente dare al donatario un mero consiglio ovvero non abbia voluto soltanto esprimere un desiderio²⁵², per poi, risolto tale pregiudiziale quesito nel senso della natura condizionale del comportamento richiesto al beneficiario dell'attribuzione gratuita, indagare come il disponente abbia inteso far operare sull'efficacia del negozio l'alternativo atteggiarsi del comportamento richiesto, per accertare cioè se l'esecuzione del comportamento da parte del beneficiario valga a rendere efficace il negozio gratuito, oppure se sia invece l'inesecuzione di esso a risolvere gli effetti già verificatisi²⁵³.

Una dottrina riconduce la distinzione in concreto tra *modus* e condizione al piano interpretativo, facendo dunque ricorso ai criteri di interpretazione del contratto: pertanto, in primo luogo si porrà una *quaestio voluntatis*, nella quale cioè occorrerà ricostruire quale sia stata l'effettiva intenzione dei contraenti²⁵⁴, e poi, se ancora sussiste un dubbio interpretativo, si dovrà ricorrere all'interpretazione oggettiva, in particolare avendo riguardo al principio di conservazione del contratto, *ex art. 1367 c.c.*, e alla disposizione finale per la quale nel dubbio il contratto deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, ai sensi dell'art. 1371 c.c. In particolare, in riferimento a quest'ultimo criterio, si osserva che se il comportamento richiesto al beneficiario consiste in un dare o in un fare fungibili, il soggetto tenuto potrà essere costretto all'adempimento in forma specifica e dunque l'interesse del donante è maggiormente soddisfatto da una qualificazione del comportamento richiesto in termini di modo; mentre se il comportamento è infungibile, allora la qualificazione in termini di condizione risolutiva appare preferibile per il donante, poiché la risoluzione potrà esercitare una maggiore coazione all'adempimento che non il rischio di essere espulso solo al risarcimento del danno²⁵⁵.

²⁵¹ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 251; GRASSETTI, *op. cit.*, 43; A. MARINI, *Il modus*, cit., 320.

²⁵² CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 850.

²⁵³ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 556, nota 23. Per altra dottrina vi sarebbe condizione anche quando la prestazione è posta a vantaggio esclusivo dell'onerato, non potendo in tal caso configurarsi per definizione un onere, GRASSETTI, *op. cit.*, 29 ss. *Contra*, si è già visto, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 51, nota 206.

²⁵⁴ Cfr. A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, 405.

²⁵⁵ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 257 ss. *Id.*, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 850.

Anche tale tesi è però criticata, rilevandosi in particolare l'errore di impostazione metodologica di chi vuol ridurre la distinzione tra *modus* e condizione ad una *quaestio facti* ovvero ad un problema di interpretazione della singola fattispecie concreta, quando invece si tratterebbe di questione che attiene alla qualificazione della fattispecie, ovvero di un'analisi che ha riguardo alla individuazione nella fattispecie concreta degli elementi costanti e tipici previsti per la fattispecie astratta²⁵⁶.

Per altra dottrina, la distinzione tra modo e condizione è pur sempre una questione di interpretazione, e la ricostruzione della natura della modalità non è assolutamente agevole proprio quando il modo ha costituito per il donante l'unico motivo determinante della liberalità; ciò premesso, considerato che «è ben difficile ipotizzare che il donante abbia avuto a mente lo strumento giuridico da adottare (modo o condizione) per conseguire il risultato pratico», si dovranno allora prediligere i criteri di interpretazione oggettiva²⁵⁷.

A revisione critica si è esposta anche l'osservazione che vorrebbe vedere l'esistenza di un *modus* in tutti i casi in cui per l'esecuzione del comportamento richiesto risulti indispensabile l'attribuzione patrimoniale, nel senso che senza di essa un tale comportamento non sarebbe neppure concretamente eseguibile, cosicché l'attribuzione risulta essere mezzo indispensabile per il raggiungimento dello scopo²⁵⁸.

Una tale considerazione non appare decisiva ai fini della distinzione tra modo e condizione, poiché la funzione meramente strumentale dell'attribuzione rispetto allo scopo che il donante vuole raggiungere per tramite della apposizione della modalità, potrebbe avere rilievo al più per l'assegnazione alla concreta donazione modale di una concreta causa diversa rispetto a quella astratta tipicamente riconducibile alla donazione²⁵⁹, oppure per far emergere un uso indiretto della fattispecie donativa modale, piuttosto che per individuare la natura della modalità adottata; se si vuole invece valorizzare un tale indice (la posizione meramente strumentale dell'attribuzione rispetto allo scopo perseguito dal donante) nell'ottica della distinzione *modus*-condizione si dovrebbe allora, per una parte della dottrina, pervenire ad una conclusione opposta, e riconoscere che la modalità rilevi quale condizione e non già come *modus*²⁶⁰.

Per la dottrina da ultimo citata²⁶¹ un idoneo criterio distintivo tra *modus* e condizione può essere concepito muovendo dall'insegnamento tra-

²⁵⁶ A. MARINI, *Il modus*, cit., 321.

²⁵⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 119 nota 59.

²⁵⁸ In tal senso, GRASSETTI, *op. cit.*, 47 s.

²⁵⁹ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 132 ss., 145 ss., 148. *Contra*, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 51.

²⁶⁰ A. MARINI, *Il modus*, cit., 322 s.

²⁶¹ A. MARINI, *Il modus*, cit., 324.

dizionale²⁶² che distingue i tre elementi accidentali – condizione, termine e *modus* – osservando che solo il *modus* è produttivo di effetti ulteriori ed aggiuntivi rispetto a quelli tipici che le parti intendono realizzare con il tipo negoziale prescelto, poiché nelle altre due modalità si determina solo una particolare configurazione degli stessi invariati effetti tipici del negozio programmato, al punto che è sorto per taluno il dubbio che, soprattutto in riferimento alla condizione, si possa continuare ad affermare che, data l'intensità e inscindibilità del collegamento tra interesse negoziale tipico ed evento esterno (o, il che è lo stesso, data l'unità della volontà precettiva espressa nel negozio condizionale), un tale elemento (ovvero la condizione) possa continuare ad essere considerato a sé stante, e dunque dotato di una propria autonomia precettiva negoziale, rispetto alla regolamentazione negoziale cui accede²⁶³.

Sulla base di queste considerazioni la dottrina osserva che la natura condizionale della modalità potrà essere affermata in tutti i casi in cui, per le parti, la realizzazione dell'evento rappresentato nella donazione sotto forma di comportamento di dare, fare o non fare, costituisce la ragione stessa che ha determinato le medesime a volere gli effetti tipici del negozio attributivo, nel senso che tra interesse tipico perseguito con il negozio e interesse specifico, perseguibile solo con la realizzazione dell'evento rappresentato dall'attuazione del comportamento dell'onere, sussiste un collegamento o nesso di subordinazione inscindibile, tale per cui alla realizzazione effettiva del secondo è addirittura subordinata la realizzabilità del primo²⁶⁴.

La dottrina citata afferma al riguardo che l'indagine sulla natura e sul grado di intensità del collegamento che sussiste tra interesse tipico del negozio e interesse ulteriore che le parti vogliono realizzare con la modalità²⁶⁵, si sviluppa necessariamente in chiave interpretativa²⁶⁶, mo-

²⁶² L'insegnamento è di SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 192.

²⁶³ Cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 215.

²⁶⁴ Da ultimo, A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 301. È nota peraltro, in giurisprudenza, la ammessa deducibilità in condizione risolutiva dell'inadempimento di una prestazione, quale evento, appunto, condizionante in senso risolutivo l'efficacia del contratto: in particolare, avuto riguardo all'art. 1355 c.c. che rende nullo l'atto di autonomia nel solo caso in cui sia subordinato ad una condizione meramente potestativa, legittima risulta invece la pattuizione che fa dipendere dal comportamento adempiente o meno della parte l'effetto risolutivo del negozio; si aggiunga che, attesa la legittimità di una condizione meramente potestativa risolutiva, ben può essere il comportamento della parte rimesso al suo mero arbitrio, poiché, in quanto assunto a mero evento condizionante e non già ad obbligazione modale, non sarebbe neppure astrattamente assoggettabile ad una valutazione della colpa dell'inadempimento; cfr. Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Riv. not.*, 2007, 1206.

²⁶⁵ Che il collegamento tra i due interessi è meno intenso nella donazione modale, di quanto non lo sia nella donazione condizionale, è confermato, sempre secondo la dottrina citata, dal fatto che la risoluzione della prima per inadempimento dell'onere può aversi solo se espressamente prevista nell'atto di donazione [A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 302, nota 71].

²⁶⁶ A. MARINI, *Donazione modale*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti*, cit., 310.

strandando con ciò di aver superato l'obiezione dalla stessa a suo tempo mossa nei confronti di chi già in precedenza osservava, appunto, che la distinzione tra *modus* e condizione ponesse propriamente un problema di natura interpretativa.

Nella ricostruzione del regolamento negoziale bisognerà allora avere, innanzitutto, riguardo alla presenza o meno, nell'atto, della clausola di risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere, ai sensi dell'art. 793, 4° co., c.c.: la previsione della clausola di risoluzione, infatti, dovrebbe far escludere che le parti abbiano inteso introdurre nel contratto una condizione sospensiva²⁶⁷, e dovrebbe inoltre far propendere nel senso che le stesse abbiano voluto porre in essere una donazione modale, posto che se le stesse avessero inteso sottoporre a condizione risolutiva l'atto donativo non avrebbero di certo introdotto la pattuizione risolutiva²⁶⁸, attraverso la quale si perviene infatti ad una caducazione del contratto *officio iudicis* e non *già ope legis*, come invece accade nel caso del verificarsi dell'avvenimento futuro e incerto dedotto in condizione risolutiva.

Il dubbio interpretativo dunque riguarda sostanzialmente i casi nei quali nella donazione non compare la clausola risolutiva per inadempimento dell'onere²⁶⁹.

Stato della
giurispru-
denza

Sulla elaborazione dei criteri per distinguere il *modus* rispetto alla condizione, accanto alla riflessione dottrinale²⁷⁰, si è sviluppato un certo confronto giurisprudenziale.

²⁶⁷ Il contratto non sorretto da una clausola di risoluzione, nel configurare un certo comportamento da porre in essere ad opera di una delle parti, potrebbe riflettere l'intenzione delle stesse di voler contemplare siffatto comportamento (o meglio l'adempimento dello stesso) quale evento dal cui verificarsi dipende la stessa efficacia del regolamento negoziale: l'interprete, allora, si troverebbe di fronte ad una condizione sospensiva che potrebbe essere apposta nell'interesse di una sola delle parti (il donante, appunto), condizione che, però, non renderebbe nullo il contratto (ai sensi dell'art. 1355 c.c.) in tutti i casi in cui l'operatività della medesima non dipenda da una mera scelta arbitraria della parte, ma piuttosto da una valutazione ponderata dei propri interessi; la parte pertanto, nel cui esclusivo interesse è posta la condizione sospensiva del contratto (*rectius*, l'evento rappresentato dalla realizzazione della condotta ad opera del donatario), potrebbe anche rinunziarvi, sia prima che dopo il non avveramento di essa (*rectius*, sia prima che dopo il non adempimento della prestazione da parte del donatario): Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, cit.

²⁶⁸ Anche se è valutazione di merito, insindacabile in sede di legittimità, la qualificazione della volontà delle parti quale clausola risolutiva espressa e non quale condizione risolutiva; si argomenta da Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, cit.

²⁶⁹ Non compare cioè, nella previsione delle parti, una risoluzione dell'attribuzione liberale, ovvero quel «patto commissorio espresso che importa in caso di inadempimento la risoluzione del contratto», A. PALAZZO, voce «Donazione»; cit., 149.

²⁷⁰ Per distinguere tra donazione modale e donazione condizionale è di primario rilievo in primo luogo accertare a quale delle due parti del contratto sia principalmente riconducibile il motivo oggettivo a donare, stante che lo stesso oltre che conosciuto potrebbe anche essere condiviso dal donatario, e, una volta risolto tale passaggio interpretativo, accertare se, avuto riguardo a tale oggettivo motivo a donare, la parte o le parti alle quali sia riconducibile avrebbero voluto, in caso di mancata realizzazione dello stesso, conseguire semplicemente la risoluzione dell'attribuzione (negozio condizionale) o piuttosto esercitare il diritto alla esecuzione (negozio modale); si argomenta da A. PALAZZO, voce «Donazione»; cit., 149.

La Suprema Corte²⁷¹ osserva che mentre nella donazione sottoposta a condizione, l'avvenimento futuro e incerto, al cui verificarsi è subordinata l'efficacia o la risoluzione del contratto, non forma oggetto di obbligazione per l'obiettivo incertezza della realizzazione dell'evento previsto come condizione, nella donazione modale l'onere imposto al donatario costituisce una vera e propria obbligazione, con la conseguenza che la mancata sua esecuzione, quando sia determinata da inadempimento imputabile al donatario, può essere causa di risoluzione della donazione se in tale atto la risoluzione stessa sia preveduta (art. 793, 3° co., c.c.).

Altro indice che consente di distinguere il modo dalla condizione risiede, sempre secondo la Suprema Corte²⁷², nella considerazione che, in riferimento alla fattispecie concreta sottoposta al giudizio di legittimità, se il donante avesse inteso – nell'imporre al donatario una certa destinazione ad attività benefiche dei beni donati – dedurre ciò quale condizione risolutiva della donazione, avrebbe previsto, sulla base di una presupposta sopravvenuta inefficacia della liberalità ricevuta ove le finalità non fossero state più realizzabili, un obbligo di restituzione dei beni stessi al donante o ai suoi aventi causa; ciò che invece – nel caso concreto – non risulta dall'atto donativo, atteso che invece, al verificarsi della condizione di impossibilità di adempiere al *modus*, ciascun donatario, ferma la permanenza della efficacia della donazione ricevuta, avrebbe dovuto invece semplicemente ritrasferire i beni ricevuti nei modi e nei termini che consentissero ad altri la continuazione delle attività benefiche oggetto dell'onere donativo. La Suprema Corte quindi stabilisce il principio di diritto secondo cui costituisce *modus* e non condizione risolutiva l'obbligo apposto ad una donazione che non diviene inefficace in caso di inadempimento (e la sopravvenuta inefficacia, nell'intento empirico delle parti, si apprezza sotto forma di previsione di un obbligo di restituzione dei beni donati al donante o ai suoi aventi causa), ma che obbliga piuttosto il donatario al trasferimento del bene ad altri per realizzare (o continuare a realizzare) le finalità del donante.

Da notare però che, nella fattispecie che ha dato luogo alla pronuncia di legittimità appena richiamata, l'evento sul quale il donante aveva fondato l'obbligo per il donatario di ritrasferire ad altri i beni donati, per consentire la continuazione della realizzazione delle finalità del donante, era invero un evento costituito da evenienze assai diverse tra di loro, ovvero «per il caso, se pur imprevedibile che, per qualsiasi motivo l'Istituto donatario non potesse o volesse continuare a prestare l'opera propria in favore dell'infanzia (...)». Dunque, il mancato perseguimento della finalità caratterizzante il motivo della donazione poteva dipendere tanto da un comportamento potestativo o scelta dell'onere, che dunque avrebbe potuto sottrarsi volontariamente alla prestazione dell'attività benefica alla quale si era impegnato, quanto – dipendere – anche da cau-

²⁷¹ Cfr. Cass., 30 marzo 1985, n. 2237, in *Riv. not.* 1986, 1158.

²⁷² Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, cit.

se esterne, pure imprevedibili, e comunque tali da impedirgli, suo malgrado, la continuazione dell'opera onerata.

In altra sede allora, più coerentemente²⁷³, è stato osservato che se in un atto di donazione è stata convenuta una clausola in virtù della quale il donante dona alla condizione che l'immobile donato conservi in perpetuo una certa destinazione, non si è di fronte ad una fattispecie modale, nella quale dunque non potrà chiedersi l'inadempimento della donazione in assenza di una espressa previsione, quanto piuttosto di fronte ad una vera e propria condizione risolutiva del contratto di donazione, e ciò sia perché nell'atto pubblico rogato dal notaio è stato usato il termine condizione (dato letterale questo che non può ritenersi casuale e improprio) sia, soprattutto, perché ci si trova di fronte ad una condizione (e non già ad un *modus*) in tutti i casi in cui l'efficacia del negozio è subordinata ad un accadimento che, se non in tutto (potendo avere anche natura potestativa), quanto meno in parte è costituito da un fatto esterno al negozio medesimo, ovvero da un fatto che non coincide con una prestazione in senso tecnico, per essere invece autenticamente futuro e incerto. Infatti, posto che la donazione dell'immobile era avvenuta, nella fattispecie concreta, alla condizione che l'immobile conservasse in perpetuo la destinazione a casa di riposo, è certo che un eventuale mutamento di destinazione, oltre a poter dipendere da una scelta del donatario, ben potrebbe dipendere anche da cause esterne «come disposizioni dell'Autorità amministrativa o difficoltà di gestione che ne avessero reso impossibile la continuazione».

Peraltro, la pronuncia appena citata si segnala per un altro profilo problematico, che potrebbe emergere in tutti i casi nei quali, al pari della fattispecie concreta sottoposta al giudizio di legittimità richiamato, sia imposto, al soggetto beneficiato dall'attribuzione patrimoniale gratuita, un dovere di conservare in perpetuo una certa destinazione d'uso delle cose donate. La Suprema Corte²⁷⁴ al proposito osserva che l'imposizione del dovere di conservazione in perpetuo della destinazione d'uso del bene donato, pur non essendo puntualmente riconducibile al paradigma del **divieto di alienazione** ex art. 1379 c.c., integra una pattuizione che, contenendo appunto un **vincolo di destinazione**, comporta pur sempre e comunque una limitazione altrettanto incisiva del diritto di proprietà, per cui il contratto munito di una tale clausola è nullo, poiché ex art. 1354 c.c. contenente una **condizione risolutiva illecita** in quanto contraria alla norma imperativa di cui all'art. 1379 c.c.

²⁷³ Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Riv. not.*, 2000, 369.

²⁷⁴ Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, cit.

19. Donazione modale e donazione condizionale: onere illecito o impossibile; condizione illecita o impossibile

La trattazione che precede lascia evidentemente intendere che tracciare, all'atto pratico, una distinzione tra **donazione modale** e **donazione condizionale** è operazione tutt'altro che agevole, per la quale gli indici e i criteri che possono essere utilizzati in chiave di ricostruzione della reale e condivisa volontà delle parti costituiscono un sussidio non sempre decisivo.

Del resto, distinguere il *modus* dalla condizione risulta di particolare importanza soprattutto quando il **comportamento** di dare, fare o non fare imposto all'onerato sia **impossibile** o **illecito**, poiché se di esso emerge la natura condizionale dovrà applicarsi al contratto di donazione la disciplina dettata per i contratti in generale dall'art. 1354 c.c.²⁷⁵, mentre se ad esso viene riconosciuto carattere modale dovrà essere, di contro, applicata la norma espressa prevista dall'art. 794 c.c.²⁷⁶.

Condizio-
ne illecita
o impos-
sibile

Le conseguenze applicative sono infatti diametralmente opposte, poiché mentre ai sensi dell'art. 1354 c.c. il comportamento impossibile dedotto quale condizione risolutiva è *tamquam non esset* (avendosi per non apposta la condizione risolutiva che esso deduce), cosicché la donazione resterà immancabilmente ferma quale donazione semplice, quello strutturato alla stregua di una condizione sospensiva conduce al risultato del tutto contrario della nullità della donazione, ciò a prescindere dal rilievo che per il donante possa avere avuto l'attuabilità o meno del comportamento da parte del donatario; al pari della condizione impossibile sospensiva, infine, anche quella illecita, sia sospensiva che risolutiva, determina alle stesse condizioni la nullità della donazione²⁷⁷.

²⁷⁵ TORRENTE, *La donazione*, cit., 576 ss.; BIONDI, *op. cit.*, 502; GARDANI CONTURSI LISI, sub art. 794, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, sub art. 769-809, Bologna-Roma, 1976, 368 ss.; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 489; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 116, nota 46. Cfr., da ultimo, G. CAPOZZI, *op. cit.*, 3^a ed., 1577 s.

²⁷⁶ MORETTI, *La donazione sotto condizione*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 831, per la quale la particolare valenza dei motivi nel contratto di donazione, al pari che nel testamento, legittima l'applicazione della disciplina prevista per la condizione testamentaria impossibile o illecita (art. 626 c.c.) anche alla analoga condizione donativa, e dunque richiama l'applicazione dell'art. 794 c.c., che oltre all'onere illecito o impossibile potrà pertanto essere applicato alla condizione illecita o impossibile; ciò tanto più avuto riguardo alla «vicinanza» che intercorre tra onere e condizione. Nello stesso senso, si esprime in sede manualistica, una autorevole dottrina: cfr. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1982, 601.

²⁷⁷ La mancata riproduzione nel codice attuale dell'art. 1065 del codice previgente, che comminava testualmente la nullità della donazione fatta sotto condizione impossibile o contraria alla legge o al buon costume, non impedisce l'applicabilità alla condizione donativa illecita o impossibile dell'art. 1354 c.c., stante la certa qualificazione della donazione come contratto, TORRENTE, *La donazione*, cit., 577, BALBI, *op. cit.*, 54. Cfr. inoltre, sul punto, GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, sub art. 769 809, Bologna-Roma, 1976, 368 ss.

Onere illecito o impossibile

Quando invece si potrà dire che il comportamento viene dedotto sotto forma di obbligazione, allora *ex art. 794 c.c.* vige in ogni caso la **regola sabiniana**, risalente al diritto romano, in applicazione della quale l'onere impossibile si ha per non apposto, *vitiatur sed non vitiat*, salvo che non abbia costituito il solo motivo determinante della donazione, nel qual caso la rende nulla.

Sul piano della nozione di **illiceità o impossibilità del *modus*** vale ciò che viene comunemente osservato in riferimento alla condizione.

Ad essere **illecito**²⁷⁸ è infatti tanto il *modus* che deduce un comportamento che, se considerato in sé e per sé, è oggettivamente illecito, quanto quello che ha l'attitudine a incentivare la realizzazione di una condotta riprovata dalla legge o dalla morale²⁷⁹; illecito infine è anche il *modus* che obbliga ad un comportamento solo soggettivamente illecito, nel senso che illecito non è il comportamento in sé ma l'intento che il donante, mediante l'attuazione del comportamento, vuole realizzare: si pensi ai casi in cui il comportamento richiesto all'onerato, di per sé lecito, si traduca in una coartazione della volontà di quest'ultimo, oppure in una limitazione di un suo diritto o di una sua libertà individuale e/o personale²⁸⁰.

L'indagine sulla possibile illiceità del *modus*, cioè, dovrà essere condotta in concreto, attraverso la ricostruzione della volontà del donante e del donatario, e comunque considerando quale sia l'oggettivo ruolo che assume, nell'economia del contratto di donazione, quel dato comporta-

²⁷⁸ Per la valutazione della illiceità del *modus* si possono utilizzare i parametri che la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato in sede di ricostruzione dei profili di illiceità della condizione in materia testamentaria, poiché in riferimento alla condizione apposta alla donazione tali parametri, e i risultati interpretativi raggiunti in ambito testamentario, possono essere utilizzati in modo tendenzialmente analogo, BIONDI, *op. cit.*, 508; da ultimo, MORETTI, *La donazione sotto condizione*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 832 ss.

²⁷⁹ Specificamente in tema di condizione, BIONDI, *op. cit.*, 506; TORRENTE, *La donazione*, cit., 579, il quale osservava che è riprovevole tanto indurre il donatario ad un comportamento illecito, quanto indurlo ad astenersi da un comportamento vietato, poiché una attribuzione che tende a far astenersi il donatario da una attività illecita, non può essere per ciò stesso considerata lecita, in quanto dovrà essere tenuta nella debita considerazione «l'esigenza che i doveri giuridici coattivamente posti dall'ordinamento non siano compiuti per motivi di lucro». Sul punto, altra parte della dottrina (CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 116) correttamente osserva che quando la condizione oggettivamente illecita deve essere ravvisata nell'attitudine della stessa ad indurre alla commissione dell'illecito, allora «dovrà considerarsi illecita la condizione sospensiva che il donatario commetta l'illecito e la condizione risolutiva che sia il donante a commetterlo. Lecita, invece, la condizione sospensiva che il donante commetta l'illecito e la condizione risolutiva che a commetterlo sia il donatario: qui, anzi, la condizione costituisce una contropinta alla commissione dell'illecito».

²⁸⁰ Sul punto diffusamente, da ultimo: MORETTI, *La donazione sotto condizione*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 832 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 116. Cfr., inoltre, DI MAURO, *Considerazioni sulle condizioni testamentarie illecite*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 1 ss., specie 4. In tema di condizione si discute se ogni limitazione, anche temporanea, della libertà del donatario sia illecita, o se lo sia solo quella assoluta e definitiva, considerando che anche una limitazione di minore gravità è tale da urtare la sensibilità sociale, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 117.

mento del tutto lecito anche se tale da incidere sulla libertà o su un diritto fondamentale della persona²⁸¹.

Naturalmente, la questione di illiceità del *modus* che emerge sotto forma di coartazione o costrizione della volontà del donatario in ordine ad una propria scelta individuale di vita (tenere la condotta gradita ad altri per godere dell'attribuzione patrimoniale), rileva nei soli casi in cui il comportamento richiesto al donatario è idoneo ad essere comunque ricompreso nel concetto tecnico di prestazione, per essere anche solo indirettamente suscettibile di valutazione economica il sacrificio che il soggetto è costretto a subire per tenere la condotta personale gradita ad altri: si pensi, per esempio, all'abbandono di una certa attività artistica, sportiva di carattere professionistico, o professionale in senso lato²⁸².

Diversamente, quando cioè il comportamento richiesto non è tipicamente valutabile, neppure indirettamente, in senso economico (scelta in ordine al proprio stato civile, alla propria fede religiosa, alle proprie idee politiche, e ad altri diritti di libertà)²⁸³, dovendosi «concepire la donazione come condizionata»²⁸⁴, occorrerà di conseguenza applicare alla concreta fattispecie illecita l'elaborazione tratta dalla dottrina dalla giurisprudenza sulla condizione illecita.

Da aggiungere che lo stabilire se un certo *modus* debba considerarsi o meno illecito è indagine che non rileva solo sul piano della validità della singola clausola modale, ma che rileva anche su quello, ben più ampio, dell'intero contratto di donazione, che diventa nullo se il *modus* ritenuto illecito ha costituito il solo motivo determinante a donare.

Orbene, vi potranno essere allora i casi eclatanti in cui è imposto all'onerato un comportamento illecito oppure una condotta in sé lecita anche se limitativa della libertà personale, presidiati dalla previsione della **risoluzione della donazione** per inadempimento: qui, evidentemente, il meccanismo della risoluzione – e dunque la previsione di uno strumento che importa, in caso di mancata esecuzione della condotta gradita al donante, la risoluzione del contratto e dunque la perdita dei beni donati – induce il donatario alla commissione dell'illecito, o comunque è indice di una volontà del donante di coartare realmente la volontà del donatario, il quale è costretto a tenere la condotta gradita al primo per non perdere l'attribuzione; pertanto, il *modus* dovrà essere considerato illecito, proprio perché l'attribuzione è teleologicamente orientata allo scopo di far commettere l'illecito o far tenere al donatario quella determinata condotta²⁸⁵. In aggiunta, anche se, tra meccanismo della risoluzione dell'atto

²⁸¹ MORETTI, *La donazione sotto condizione*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 832 ss.

²⁸² Per alcuni spunti, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 132.

²⁸³ CARNEVALI, *La donazione modale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 832.

²⁸⁴ Per tutti, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 129.

²⁸⁵ TORRENTE, *La donazione*, cit., 580.

e carattere determinante dell'adempimento del *modus* rispetto all'attribuzione patrimoniale, non corre alcuna relazione diretta²⁸⁶ (nel senso che il primo non attesta immediatamente la ricorrenza del secondo), è pur vero che la previsione di una clausola risolutiva potrebbe costituire, in concreto e unitamente ad altri fattori, un indice formale dal quale inferire che l'adempimento dell'onere sia la ragione principale dell'attribuzione, e che nell'intento perseguito dal disponente l'adempimento dell'onere illecito ha costituito il solo motivo determinante dell'attribuzione: se così è, infatti, ad essere nulla risulta, per espressa previsione (art. 794 c.c.), l'intera donazione.

Si pongono invece in chiave problematica le ipotesi che, a differenza dei casi precedenti, pur essendo comportamenti illeciti o condotte in sé lecite, pur se limitative della libertà personale, non siano però assistite dalla previsione della risoluzione; cosicché il donatario, pur non potendosi dire che beneficerà di una contropista alla commissione dell'illecito o alla realizzazione della condotta non voluta, di certo può dirsi che neppure subirà alcuna efficiente induzione alla perpetrazione di tali comportamenti

Al contrario, potrà essere illecito l'onere che preveda un comportamento lecito di non fare, in tutti i casi in cui l'altrimenti illecito fare (quale inadempimento dell'obbligazione modale) non sia presidiato da alcuna risoluzione della donazione *ex art. 793, 4° co., c.c.*, e dunque il donatario resti libero anche di porre in essere, valutandolo conveniente, il comportamento illecito, non avendo alcuna contropista alla commissione dell'illecito stesso.

Impossibilità dell'onere si avrà, infine, quando ad essere impossibile *in rerum natura*, ovvero secondo l'ordine naturale delle cose, è ragionevolmente la stessa realizzabilità della prestazione oggetto dell'obbligazione modale²⁸⁷, poiché l'impossibilità giuridica dovrebbe essere fatta rientrare nell'illiceità²⁸⁸.

²⁸⁶ Tanto è vero che nel diverso caso della disposizione testamentaria (art. 648 c.c.), la risoluzione della disposizione può essere disposta, alternativamente, «se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione» o se «la risoluzione è stata prevista dal testatore» (cfr. Cass., 29 maggio 1982, n. 3329, in *Foro it.*, 1983, I, 756). Sul punto, cfr. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le successioni testamentarie*, Torino, 1983, 171; CIARDINI, *Testamento e sopravvenienza*, Padova, 2003, 262 ss.

²⁸⁷ Sul punto, MORETTI, *La donazione sotto condizione*, in BONILINI (diretto da), *Trattato*, cit., 828 ss., nota 20.

²⁸⁸ Cfr., in questo senso, ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in *Riv. not.*, 1983, I, 326 ss., specie 348.

20. L'evizione dei beni donati. La ripetizione delle prestazioni «non dovute» per il venir meno della donazione

Situazione del tutto particolare è quella che si viene a creare quando il donatario è tenuto ad eseguire una prestazione che non ha un valore tipicamente economico, ipotesi in cui, come si è visto, non si vede ostacolo a concepire la donazione come condizionata, e tuttavia l'«onerato» (in senso atecnico) subisca l'**evizione** dei beni donati o questi siano affetti da **vizi**.

Ipotesi di applicazione analogica dell'art. 797, n. 3, c.c.

Una parte della dottrina osserva che non si vede come possa trovare applicazione analogica, in tal caso, l'art. 797, n. 3, c.c., in quanto, a fronte peraltro di un principio di irrisarcibilità dei danni non patrimoniali, non sussiste, in presenza di una «onere» che per non essere tipicamente suscettibile di valutazione economica non potrà essere determinato nel suo ammontare, un parametro idoneo ad operare la proporzionalità richiesta in quella norma; la stessa dottrina però ammette che potrebbero essere in via analogica coperte dalla garanzia al più le spese eventualmente incontrate dal donatario, fermo restando che se a quest'ultimo è derivato anche indirettamente un vero e proprio danno economico dall'aver adempiuto all'«onere», allora dovrebbe applicarsi in via diretta la disciplina della garanzia per evizione, poiché in tal caso di sarebbe di fronte ad una donazione modale vera e propria, come quando viene richiesto all'onerato di abbandonare una data attività di teatro, di cinema o un'attività sportiva di carattere professionistico²⁸⁹.

Altra parte della dottrina invece è propensa a fare avere al donatario, per il quale l'adempimento dell' «onere» rappresenti comunque un grave sacrificio di ordine morale (come l'assunzione del nome del donante o dell'ordine sacerdotale), un risarcimento commisurato all'equivalente della cosa donata ed evitta²⁹⁰.

Nullità per illiceità dell'onere ed effetti restitutori

Altra serie di situazioni è quella che si pone quando la donazione è stata dichiarata **nulla per illiceità dell'onere** che ha costituito il solo motivo determinante dell'attribuzione, ai sensi dell'art. 794 c.c.

La sopravvenuta mancanza di una causa giustificativa dei rispettivi atti di disposizione (da parte del donante) e di esecuzione dell'obbligazione (da parte dell'onerato) rende necessarie, nei limiti del possibile, le **restituzioni**, che come è noto sono soggette ad una disciplina che varia a seconda dell'oggetto della ripetizione e dello stato soggettivo dell'*accipiens*²⁹¹.

²⁸⁹ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 131 s.

²⁹⁰ Cfr. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 187 ss. Sul punto, si veda anche A. PALAZZO, voce «Donazione», cit., 150.

²⁹¹ Cfr. SACCO, voce «Nullità e annullabilità», in *Digesto/civ.*, XII, Torino, 2004, 309 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 795 ss.

Quanto al primo aspetto va evidenziato che, da parte del donatario, l'**oggetto della ripetizione** può consistere nella restituzione al donante di una cosa determinata o del denaro, mentre più complessa è la questione dal lato del donante, il quale potrà anche non essere il soggetto a beneficio del quale è stata eseguita la prestazione modale poi priva di titolo.

In ordine al secondo aspetto pare corretto premettere che la nullità della donazione per illiceità dell'onere che ha costituito il solo motivo determinante richiama una disciplina, quella più in generale posta all'art. 788 c.c., per la quale il motivo illecito non si struttura come comune, essendo determinante del solo donante, anche se per una parte della dottrina la norma richiamata «non esclude, *a fortiori*, l'applicazione dell'art. 1345 cod. civ.»²⁹². Del resto, ai fini pratici della valutazione dello **stato soggettivo dell'accipiens**, può di certo giovare la considerazione che il motivo a donare, come si è più volte ricordato, oltre a poter essere condiviso dal donatario, talvolta può giungere sino al punto di essere addirittura fatto valere anche come proprio di questi, in quanto corrispondente ad un di lui concreto interesse.

Diritti
restitutori
del
donante

Venendo ad esaminare dunque l'oggetto della ripetizione si può innanzitutto rilevare che se al donatario è stato alienato un **bene determinato**, egli dovrà, a seguito della eliminazione del negozio di donazione, restituire la cosa facendone riacquistare la proprietà e il possesso al donante (mediante la consegna in caso di cosa mobile, e con atto scritto di ritrasferimento in caso di immobili, sostituibile dalla sentenza di esecuzione in forma specifica produttiva dell'effetto ritraslativo), che a tal fine potrà, per opinione prevalente, avvalersi alternativamente dell'azione di indebito o dell'azione di rivendica²⁹³; se al donatario è stata trasferita una certa quantità di **cose generiche**, egli dovrà invece restituirne una stessa quantità e qualità, mentre in caso di consegna di una **somma di denaro**, dovrà restituirla secondo il suo valore nominale, fatti salvi a rigore, nel caso in cui il motivo illecito sia comune, gli interessi legali e il risarcimento del danno da svalutazione²⁹⁴.

Particolarmente problematica è invece la vicenda restitutoria per quanto concerne il caso in cui titolare del diritto alla ripetizione sia il donatario, nella veste di adempiente della prestazione modale.

Diritti re-
stitutori
del dona-
tario

Qui pare di poter dire che il relativo **diritto alla restituzione del donatario** di quanto da questo eseguito in adempimento del *modus* viene ad intrecciarsi, in parte, con il fenomeno della impossibilità totale o

²⁹² CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 130 ss. Più in generale, la natura contrattuale della donazione, ferma restando la disciplina particolare per essa prevista, richiama quella sulla nullità del contratto di cui all'art. 1418 c.c., CATAUDELLA, *La donazione*, cit., 137 ss.

²⁹³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 796, 799.

²⁹⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 801.

parziale²⁹⁵, da parte del donatario stesso, dell'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta dal donante, a meno che il donatario non abbia adempiuto con mezzi propri; l'adempimento della obbligazione modale infatti può avvenire tramite l'erogazione di una parte del vantaggio patrimoniale conseguito, oppure tramite l'esecuzione di una determinata prestazione di dare, fare o non fare, non connessa con i beni ricevuti in donazione, oppure tramite un negozio di puro trasferimento, con il quale il donatario trasferisce al beneficiario del modo un bene determinato, facente o non facente parte dell'attribuzione del donante.

**Contenuto
della pre-
stazione
modale e
oggetto
della ripe-
tizione**

Si possono pertanto distinguere tre serie di casi: quelli in cui la prestazione modale consiste nel trasferimento al donante di una cosa determinata non connessa con i beni ricevuti o nell'adempimento, sempre a favore del donante, di una prestazione di fare o non fare, parimenti non connessa con i beni ricevuti; quello in cui siffatte prestazioni siano eseguite attraverso l'erogazione, a favore sempre del donante, di una parte delle risorse ricevute; quello in cui le prestazioni eseguite, tanto con mezzi propri quanto con parte delle risorse ricevute, siano rivolte a vantaggio di terzi.

Nella prima serie di casi il donante è tenuto alla restituzione a favore del donatario della cosa determinata e, ove abbia ricevuto una prestazione di fare, dovrà restituire al donatario un valore corrispondente all'ammontare che l'onere consistente nel *facere* aveva al momento dell'esecuzione (tale valore altro non è se non il sacrificio economico rappresentato da tutti i costi che l'onere ha dovuto sostenere per l'esecuzione del *modus*), ciò in analogia con quanto previsto dall'art. 797, n. 3, c.c., ricorrendone la medesima *ratio* consistente nella necessità di evitare che la donazione si risolva in un impoverimento del donatario²⁹⁶. Se invece la prestazione modale rivolta a vantaggio del donante consiste in un non fare, in base al principio dell'arricchimento ingiustificato dovrà essere restituito al donatario il vantaggio patrimoniale ottenuto dal donante per effetto del comportamento omissivo posto in essere dall'onere, sempre determinato al momento in cui l'onere doveva essere eseguito e sempre che ad un tale vantaggio abbia corrisposto un impoverimento o diminuzione sofferti dal patrimonio del donatario, ciò in base al principio di cui all'art. 2041 c.c.²⁹⁷.

Nella seconda serie di casi, nella quale – sempre a favore del donante – le prestazioni siano state eseguite attraverso l'impiego di una parte

²⁹⁵ Su tali profili, in generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 801.

²⁹⁶ Chiarisce la *ratio* dell'art. 797 n. 3 c.c., BALBI, *op. cit.*, 51.

²⁹⁷ Sembrano ricorrere nel caso in questione gli indici sui quali si fonda l'applicazione della regola di cui all'art. 2041 c.c., ovvero, a fronte del divieto di diritto positivo di arricchirsi a danno altrui, l'arricchimento dell'*accipiens* e il correlato danno dell'impoverito: cfr. MOSCATI, voce «Arricchimento (azione di) nel diritto civile», in *Digesto/civ.*, I, Torino, 2004, 447 ss.

delle risorse ricevute (siano esse cose determinate o cose generiche), il donatario non avrà diritto alla ripetizione di alcunché, avendo tratto quanto prestato al donante direttamente dalle cose donate; egli pertanto, avrà al più, e in ogni caso, diritto al rimborso delle spese eventualmente incontrate per l'esecuzione del *modus*, e al danno economico eventualmente subito sempre a causa dell'esecuzione del *modus*, nel caso in cui l'illiceità del motivo non sia bilaterale, in quanto ad essere illecito risulta essere propriamente e soltanto un motivo del donante.

Terza ed ultima serie di casi è quella in cui le prestazioni eseguite, tanto con mezzi propri quanto con parte delle risorse ricevute, siano rivolte a vantaggio di terzi, e la prestazione modale a vantaggio di costoro sia già stata eseguita.

Qui, i soggetti che hanno ricevuto indebitamente la prestazione modale sono terzi rispetto al contratto di donazione modale, e dunque rivestono esclusivamente la qualifica di titolari di un diritto di credito alla prestazione modale. Se però la prestazione che è stata a loro vantaggio compiuta dall'onerato diviene «non dovuta», per il venir meno successivamente del titolo alla prestazione stessa costituito dal contratto di donazione eliminato a seguito della dichiarazione di nullità, ne deriva allora che sarà innanzitutto l'adempiente, ovvero l'onerato al quale è imputato il pagamento, colui al quale spetterà di esercitare il diritto alla ripetizione della prestazione «non dovuta»; nulla esclude inoltre che alla fattispecie possa essere applicata la disciplina prevista per il mandato senza rappresentanza all'art. 1705, 2° co., c.c., e dunque che il donante, in tutti i casi nei quali abbia dotato il donatario dei mezzi per adempiere alla prestazione modale, possa sostituirsi al donatario per esercitare verso i terzi il diritto di ripetizione, salvo ovviamente che l'esercizio della facoltà di surrogazione nei diritti del donatario possa pregiudicare i diritti di quest'ultimo secondo il dettato di cui all'art. 1721 c.c.²⁹⁸.

Azione di nullità e divieto di venire contro il fatto proprio

Un ultimo punto merita particolare considerazione: il tenore dell'art. 794 c.c., nel disciplinare le possibili modalità di estrinsecazione dell'onere, richiama l'impostazione più in generale adottata per il motivo, secondo il dettato degli artt. 787 e 788 c.c., nel senso che se per un verso l'onere, così come il motivo, potrà essere stato – essenzialmente per il donante – più o meno l'unico che lo ha indotto alla liberalità, ciò soprattutto in presenza di una pluralità e concomitanza anche di altri motivi, per altro verso è tendenzialmente alla sfera soggettiva di questi – cioè del donante – che si guarda, particolarmente in tema di formazione della volontà negoziale e di conseguente tutela.

Ne deriva che anche la nullità – ferma restando la tutela dell'affidamento del donatario presidiata dal richiedere, tanto l'art. 787 c.c. quanto

²⁹⁸ In generale sui soggetti della ripetizione, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 797 ss.

l'art. 788 c.c., che il motivo illecito emerga dall'atto di donazione²⁹⁹ – è posta essenzialmente a tutela del donante, che è però anche colui al quale è riferibile l'ideazione soggettiva e la contemplazione oggettiva del motivo illecito che è causa dell'attribuzione.

Un tale contesto dunque richiama la necessità di interpretare la disciplina della nullità della donazione nel caso in cui l'onere illecito ha costituito il solo motivo determinante, in guisa tale da non pervenire a risultati incompatibili con il principio generale dell'ordinamento in base al quale da un comportamento illecito non possono mai derivare effetti favorevoli per l'autore dell'illecito, effetti che invece deriverebbero nel caso in cui al donante, che ha creato le condizioni sulla base delle quali poter fondare in astratto l'azione di nullità, sia consentito, in spregio al **divieto di venire contro il fatto proprio**³⁰⁰, di agire³⁰¹ per farla dichiarare anche al fine di ottenere la restituzione dal donatario di quanto da questo percepito³⁰².

²⁹⁹ CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 130.

³⁰⁰ Su tale principio, cfr. l'interessante monografia di FESTI, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Milano, 2007, 84 ss., 141 ss.

³⁰¹ Nell'ambito della teoria sull'abuso del diritto, tra le conseguenze dell'abuso si annovera, accanto a quelle di natura risarcitoria, la serie dei rimedi atti a precludere preventivamente l'esercizio del diritto, tra i quali la preclusione di una impugnativa altrimenti possibile, cfr. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.Vv., *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 30-31.

³⁰² Quest'ultimo infatti si sottrae all'obbligo restitutorio nel solo caso in cui la prestazione del donante è stata eseguita per uno scopo contrario al buon costume, ai sensi dell'art. 2035 c.c.: qui il donante non può giovare della dichiarazione di nullità della donazione; sul punto, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., 131.