

SOSTITUZIONE FEDECOMMISSARIA E ATTRIBUZIONE SEPARATA DI USUFRUTTO E NUDA PROPRIETÀ

Cassazione civile, sez. II, 18 settembre 1998, n. 9320 - Pres. Garofalo - Rel. Elefante - P.M. Palmieri (conf.) - Sapienza ed altri c. Greco

È corretta l'interpretazione di un testamento - da effettuare secondo il principio del favor - con il quale un genitore di un incapace di intendere e volere lascia alle proprie cugine il suo patrimonio a condizione che lo assistano, ancorché disponendo la loro immissione nel possesso dei beni dopo la morte di tale figlio, nel senso di un'istituzione di eredi delle predette nella nuda proprietà del patrimonio, e di un legato di usufrutto a favore dell'incapace, anziché di una sostituzione fedecommissaria - nulla perché in violazione dell'art. 692 c.c. - perché manca la doppia vocazione in ordine successivo e l'obbligo, per il figlio, di conservare e restituire.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1. Con l'unico, ampio, articolato motivo i ricorrenti deducono «violazione degli artt. 360 nn. 3 e 5 c.p.c. per errata e violativa interpretazione e valutazione del testamento redatto da Salamone Rosaria in data 10 gennaio 1965, in relazione alla reale ed effettiva intenzione ed alla volontà della testatrice, nonché al significato specifico e concreto delle singole disposizioni ed espressa dalla stessa usate, nonché ancora in relazione sia alla mentalità e personalità della testatrice Salamone Rosaria e sia alla corretta applicazione degli articoli 1362, 1363 c.c. ed in particolare, in stretta relazione anche con gli artt. 587 e 588 del c.c., il tutto con evidente, manifesta ed insanabile violazione e falsa applicazione di norme di diritto, nonché per insufficienza e contraddittorietà della motivazione e valutazione, sul piano logico-giuridico, sia della volontà che di tutti gli elementi acquisiti, in relazione allo scopo voluto dalla testatrice e all'intero *thema decidendum*, con attribuzione agli elementi acquisiti di un significato del tutto inconciliabile con il suo effettivo contenuto e con assoluta incompatibilità razionale dei vari elementi di causa acquisiti, il tutto con la conseguenza che - se tali elementi fossero stati correttamente tenuti presenti e correttamente valutati - avrebbero certamente portato ad un diverso con-

vincimento, senza insanabili contraddizioni e travisazioni che hanno travisato la volontà della testatrice e reso impossibile il controllo sul processo logico che ha determinato la impugnata sentenza».

Assumono i ricorrenti che i giudici di merito hanno erroneamente applicato i principi (di cui alla cit. Cass. 17 luglio 1979, n. 4181) elaborati da questa Corte in tema di interpretazione delle disposizioni testamentarie, sicché, attraverso la corretta applicazione di essi e l'esame di tutti gli elementi acquisiti, risulterebbe evidente l'errore logico-giuridico di valutazione, interpretazione e di motivazione commesso con la impugnata sentenza; e ciò sia nella interpretazione della "volontà" della testatrice, sia in relazione al "contenuto" e al *nomen iuris* della scheda testamentaria.

In base alla volontà della testatrice e al corretto ed effettivo esame del contenuto delle disposizioni, risulterebbe evidente che il testamento olografo in questione conterrebbe una evidente "sostituzione fedecommissaria" tra l'istituita (figlia Elisa) e le sostituite (cugine Greco), vietata dalla legge (art. 692 c.c., nel testo vigente al tempo del testamento).

Erroneamente i giudici di merito, senza la dovuta e corretta "valutazione" e "motivazione", hanno ritenuto che la testatrice avrebbe distaccato l'"usufrutto" dalla "nuda proprietà", assegnando il primo alla figlia Elisa, e la seconda alle cugine Rosa e Maria Greco, per cui sarebbe venuto meno l'elemento essenziale del "fedecommeso", e cioè la duplice e contemporanea "vocazione" rispetto agli stessi beni.

Invero la testatrice non avrebbe fatto alcuna distinzione tra "proprietà" e "possesso", mentre la verità sarebbe ben diversa, come risulterebbe non solo dal "contenuto" letterale della scheda testamentaria, ma soprattutto dalla "volontà" della *de cuius* non disgiunta da quel particolare "stato d'animo" in cui la stessa versava.

I giudici di merito, anziché interpretare la "volontà" della testatrice, in base all'intero contesto della "scheda testamentaria", ritenendo che l'espressione "possesso" equivallesse a "usufrutto", hanno insistito sull'assurda ed inesistente distinzione tra "nuda proprietà" e "usufrutto", andando contro lo scopo pratico cui era diretta la volontà della stessa testatrice, che intendeva esclusivamente assicurare alla figlia inferma ogni ampia tutela e assistenza, ma non certamente limitare i suoi diritti ereditari. Inoltre non avrebbe-

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

577

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 5/1999

ro considerato che nel linguaggio comune "possesso" equivale a "proprietà", per cui la testatrice, con l'espressione "le mie cugine entreranno in possesso dei beni", ha voluto dire che le stesse sarebbero diventate proprietarie "dopo la morte di mia figlia Elisa", a "patto" che avrebbero prestato assistenza alla stessa nella "propria" casa di Via P. Umberto e di via Caracciolo.

Ed invero dal contenuto della scheda testamentaria si ricaverrebbe, in modo chiaro ed inequivocabile, che la *de cuius* lasciava alle cugine Greco (quali istituite) il "patrimonio", e che le stesse entravano in "possesso" dei beni solo "dopo la morte" della figlia Elisa (quale istituita, perché nominata sua "erede"), "a patto" (cioè a condizione) che le medesime (quali sostituite) avessero integralmente adempiuto l'obbligo, tassativamente imposto, di assistere la predetta figlia.

Non si trattava affatto di due "distinte" ed "autonome" disposizioni, una avente per oggetto "la nuda proprietà", e l'altra l'"usufrutto", ma di una sola "disposizione" e precisamente prima in favore della istituita, cioè la figlia Elisa, e, dopo la morte della stessa, in favore delle sostituite, cioè le cugine Greco.

Con il testamento in questione Rosaria Salomone non volle altro che istituire "erede universale" del suo patrimonio la figlia Elisa Albertini, non solo perché la stessa era l'unica figlia, ma soprattutto perché era assolutamente incapace di intendere e di volere, e, quindi, di provvedere ai propri bisogni. Allo scopo di assicurare alla stessa una adeguata assistenza la testatrice ebbe a lasciare alle cugine Greco, quali "sostituite", lo stesso "patrimonio", prevedendo che le medesime sarebbero entrate nel "possesso" dei beni dopo la morte della figlia Elisa, "a patto" che avessero effettivamente prestato assistenza alla suddetta figlia.

Tale ricostruzione rispecchia non solo la volontà della testatrice ma anche lo scopo che la stessa intendeva perseguire; ed è conforme alla obiettiva chiarezza delle espressioni usate e alla portata giuridica da attribuire alle stesse.

La diversa interpretazione data dai giudici di merito si rivela del tutto errata, illogica ed arbitraria perché non tiene conto della effettiva volontà della testatrice e dell'intento pratico che la stessa mirava a perseguire.

Inoltre l'interpretazione data dai giudici di merito porta all'assurdo che la testatrice avrebbe "diseredato" la propria figlia Elisa o, quanto meno, avrebbe leso i suoi diritti successori, privandola di quanto le spettava per legge.

Una volta accertato che la scheda testamentaria conteneva una sostituzione fedecommissaria, la stessa andava dichiarata nulla, non essendo applicabile l'art. 692 c.c., come novellato dalla legge n. 151/75, essendo anteriore a tale riforma.

2. Il ricorso è infondato in tutti i suoi aspetti.

2.1. Va innanzitutto osservato che l'impugnata sentenza ha correttamente applicato i principi di diritto successorio concernenti sia le regole che

devono essere osservate per assicurare che il testamento venga interpretato con riguardo a quella che è stata la effettiva volontà del testatore, al di là della formulazione letterale della scheda testamentaria, anche in base ad elementi estrinseci al testamento; sia le regole stabilite per assicurare, per quanto possibile, la conservazione degli effetti del testamento.

Invero, in tema di interpretazione del testamento, caratterizzata rispetto all'interpretazione del contratto, da una più attenta e penetrante ricerca della effettiva volontà del *de cuius*, l'interprete è tenuto a valorizzare, con ampia libertà di indagine, procedendo a una loro globale valutazione, tutti gli elementi di carattere testuale ed extratestuale che valgano comunque a rivelare e a chiarire sul piano logico quale sia stata la effettiva volontà del testatore, anche se espressa in termini impropri e inadeguati e comunque non rispondenti al significato letterale ed oggettivo e socialmente riconoscibile delle espressioni usate dal *de cuius*, con possibilità di attribuire alle parole della scheda testamentaria un significato diverso da quello tecnico e letterale, quando si prestino ad esprimere in modo più adeguato e coerente la reale intenzione del testatore, assicurando per quanto è possibile la conservazione dei relativi effetti e privilegiando, quindi, nei casi dubbi, a salvaguardia del favor testamenti, la interpretazione che conduca a un siffatto risultato (Cfr. fra le tante: Cass. 28 dicembre 1993, n. 12861; 24 agosto 1990, n. 8668; 26 maggio 1989, n. 2556; 30 maggio 1987, n. 4814; 12 novembre 1986, n. 7025).

In tale ricerca, la reale intenzione dell'autore della scheda testamentaria e la concreta portata di questa vanno individuate anche in funzione degli scopi (criterio teleologico) che il *de cuius* ha inteso perseguire, tenendo conto della cultura, della mentalità, dell'ambiente di vita (Cass. 7 febbraio 1984, n. 110), della personalità e della condizione sociale del testatore (Cass. 6 luglio 1984, n. 3972), nonché delle circostanze che furono presenti alla sua coscienza idonee ad influire sulla determinazione della sua volontà e che valgano a rilevare le ragioni e il contenuto delle disposizioni testamentarie e le finalità con esse perseguite (Cass. 26 febbraio 1970, n. 496; 10 giugno 1966, n. 1518), ponendo attenzione al grado di parentela od affinità del testatore con i vari chiamati, al valore che ha inteso attribuire a tali rapporti, al suo modo di pensare in merito alla famiglia, ai bisogni e agli interessi che ha inteso garantire e soddisfare (Cass. 7 gennaio 1984, n. 110; 17 luglio 1979, n. 4181).

2.2. Correttamente l'impugnata sentenza, in conformità dei principi ermeneutici sopra esposti, ha escluso, disattendendo la tesi dei ricorrenti, che la disposizione testamentaria in questione configura una "sostituzione fedecommissaria" tra l'istituita (figlia Elisa Albertini) e le sostituite (cugine Rosa e Maria Greco), vietata dalla legge, perché non rientrante in alcuna del-

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

578

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 5/1999

le ipotesi eccezionali consentite dall'art. 692 c.c. secondo il testo originario, applicabile in base all'art. 238 della riforma attuata con la l. 15 maggio 1975, n. 151.

Al riguardo deve osservarsi che il legislatore del 1942, scomparsa da tempo la società feudale e venute meno le critiche ideologiche all'istituto del fedecommesso, non riprodusse il divieto rigoroso di cui all'art. 899 c.c. abrogato (che sanciva la nullità «di qualunque disposizione con la quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona», ancorché, al successivo art. 900, facesse salva, contrariamente a quanto stabilito dal codice francese, l'istituzione), ma stabilì che l'istituto potesse essere un figlio o un fratello (o sorella) del testatore e sostituiti o un ente pubblico o tutti i figli dell'istituto, e che oggetto della sostituzione potesse essere soltanto la quota disponibile.

Con la riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151) è stata introdotta la nuova figura giuridica del "fedecommesso assistenziale" che si ha allorché il genitore o altro ascendente in linea retta o il coniuge dell'interdetto istituiscono, rispettivamente il figlio, il discendente o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo (art. 692, comma 1 c.c.). La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'art. 416 interverrà la pronuncia di interdizione (art. 692, comma 2, c.c.).

2.3. L'impugnata sentenza ha escluso il fedecommesso non avendo riscontrato nella disposizione testamentaria quegli elementi che, secondo il costante indirizzo di questa Corte, costituiscono tale istituto, vale a dire: a) la duplice vocazione (che ricorre quando la doppia vocazione cada sui medesimi beni o parte di essi a titolo di eredità o di legato non essendo richiesta la chiamata del sostituto nella medesima qualità dell'istituto); b) l'ordine successivo (che si verifica quando uno stesso bene è attribuito in ordine successivo a più soggetti, con l'obbligo per il primo istituito di conservarlo e di trasmetterlo al successivo istituito che deve però conseguirlo come avente causa del *de cuius*); c) l'obbligo di conservare per restituire (come sopra indicato).

Nella ricostruzione della effettiva volontà della testatrice Rosaria Salamone, i giudici di merito - dopo aver fatto riferimento alla triste vicenda della testatrice, rimasta vedova con a carico l'unica figlia Elisa, totalmente incapace di intendere e di volere, e quindi, di provvedere a se medesima e alle proprie esigenze di vita, individuando le ragioni della disposizione testamentaria nell'intento della donna di assicurare alla figlia la necessaria assistenza e cura in un ambiente che potesse

accoglierla e darle il calore dell'affetto familiare - hanno ritenuto che la disposizione testamentaria andava intesa come attributiva del patrimonio in nuda proprietà alle cugine Rosa e Maria Greco, con l'obbligo dell'assistenza alla figlia, e in usufrutto alla figlia Elisa.

I giudici di merito hanno anche spiegato che tale interpretazione, oltre che essere conforme alle finalità che la testatrice aveva inteso perseguire, emergeva dal contenuto della scheda testamentaria, riguardando la prima parte il lascito dell'intero "patrimonio" alle cugine Rosa e Maria Greco, con l'obbligo dell'assistenza alla figlia Elisa, e la seconda parte il conseguimento del "possesso" dopo la morte di quest'ultima. Ed hanno anche aggiunto che la espressione "possesso" non poteva essere intesa nel senso di "proprietà", ma, in base alla mentalità della testatrice e allo scopo che la stessa intendeva raggiungere, era da intendere nel significato di "usufrutto", di modo che si potesse disporre dei frutti del patrimonio, assegnato in nuda proprietà alle cugine Greco, affinché fossero interamente devoluti per le esigenze della beneficiaria, essendo al tempo stesso l'attribuzione dell'usufrutto (possesso) in favore della figlia Elisa fino alla morte una garanzia per la medesima di disponibilità dei mezzi di assistenza.

2.4. L'impugnata sentenza ha pure richiamato l'insegnamento di questa Corte (Cass. 17 luglio 1979, n. 4181) secondo cui il giudice di merito, nell'interpretare una disposizione testamentaria, per stabilire se contenga un fedecommesso anziché una attribuzione di usufrutto non deve basarsi sulla astratta rispondenza della disposizione stessa ai dati formali riassuntivi della struttura del fedecommesso, ma deve ricercare i concreti elementi idonei ad indicare l'effettiva volontà del testatore; quali la necessità o la utilità di istituire un intermediario nella proprietà, la preoccupazione di assicurare al beneficiario intermedio la possibilità di far fronte a qualsiasi evenienza al di là del mero godimento, la quantità effettiva di poteri assegnati ai diversi chiamati, la preoccupazione di impedire a che è beneficiario effettivo di privarsi dei beni prima di un certo tempo.

Con ampia e adeguata motivazione ha rilevato che il testamento, pur con comprensibili improprietà terminologiche, presentava indubbiamente un inequivoco significato logico, sottolineando che vi era stata una chiamata immediata, diretta e simultanea delle cugine Greco nella nuda proprietà e della figlia Elisa nel legato di usufrutto: il che emergeva *ictu oculi* dalla lettura della disposizione testamentaria, risultando evidente il lascito dell'intero patrimonio alle cugine Greco, con l'onere di assistere la figlia Elisa, per conseguirlo dopo la morte di costei, e, l'attribuzione di usufrutto a favore di quest'ultima.

2.5. Non vi sono ragioni per discostarsi dal suddetto insegnamento, né d'altro canto i ricorrenti ne indicano alcuna, tanto più che esso è stato ulteriormente ribadito e specificato da questa Corte

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

579

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 5/1999

(Cass. 2 luglio 1991, n. 7276; 20 febbraio 1993, n. 2088) che ha osservato come nella interpretazione di una disposizione testamentaria con riguardo alla previsione dell'attribuzione (separata) simultanea, a distinti soggetti, della nuda proprietà e dell'usufrutto dei beni ereditari oppure di una sostituzione fedecommissaria, è decisivo il criterio secondo cui la sostituzione fedecommissaria non è ravvisabile quando, indipendentemente dalla terminologia usata, dalla struttura della disposizione emerge l'attribuzione ai chiamati in via successiva di due diritti diversi, rispettivamente di godimento - ancorché dell'intero compendio dei beni ereditari - al primo e di nuda proprietà al secondo, giacché in tale ipotesi erede è soltanto il nudo proprietario, il quale può esercitare i relativi poteri fin dall'apertura della successione. Al contrario, è ipotizzabile una istituzione con sostituzione fedecommissaria qualora il testatore, pur adoperando la terminologia corrispondente ad una attribuzione separata di usufrutto e di nuda proprietà, abbia attribuito all'onorato dell'usufrutto diritti ed obblighi incompatibili con la qualità di usufruttuario e spettanti invece all'erede oppure abbia condizionato l'acquisto della qualità di erede del secondo alla sua sopravvivenza al primo.

Il riferimento a tale insegnamento risulta particolarmente pertinente e appropriato nel caso specifico che appare caratterizzato dalla mancata

previsione della istituzione di erede a favore della figlia Elisa, nonché dell'obbligo a carico di costei di conservare i beni in vista del loro ritrasferimento alle Greco dopo la sua morte, obbligo che costituisce uno degli elementi costitutivi della sostituzione fedecommissaria.

Invero, come innanzi detto, perché si abbia sostituzione fedecommissaria, occorre una doppia vocazione, un obbligo di conservare per restituire i beni e un ordine successivo delle due chiamate, presenti contemporaneamente nelle disposizioni testamentarie: l'istituto ed il sostituito debbono venire chiamati in forza di un'unica volontà, nello stesso momento, per lo stesso oggetto e al medesimo titolo, in modo che il secondo succede solo dopo il decesso del primo, su cui grava l'obbligo di conservare per trasmettere i beni ereditari. Se, invece, i titoli sono diversi e tra loro compatibili, come nel caso in cui uno abbia avuto attribuito l'usufrutto e l'altro la nuda proprietà, non si ha sostituzione fedecommissaria e in tal caso i chiamati non succedono l'uno dopo l'altro, ma contemporaneamente. Da ciò discende che, ove manchi una prima istituzione di erede, l'"altra" non può essere considerata "successiva", ed avente natura di "sostituzione fedecommissaria", e, pertanto, essa non incorre nel generale divieto di cui all'art. 692 c.c., come correttamente ritenuto nell'impugnata sentenza in merito alla fattispecie in esame.

IL COMMENTO

di Fabio Valenza

Il caso esaminato dalla Corte di cassazione nella sentenza del 18 settembre 1998, n. 9320 è quello di un testamento olografo, pubblicato in data 12 febbraio 1975, in cui la testatrice lasciava il suo patrimonio a due cugine "a patto" che avessero prestato assistenza alla figlia incapace e stabilendo che le stesse sarebbero entrate in possesso dei beni dopo la morte di quest'ultima. Il tema è quello dei rapporti tra sostituzione fedecommissaria e attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà (1), argomento di estremo interesse in quanto, oltre a rendere necessaria una precisa individuazione e distinzione delle relative fattispecie, coinvolge temi di portata generale, quali la natura negoziale delle disposizioni testamentarie, i relativi criteri ermeneutici, la conversione del negozio nullo, il concetto di negozio in frode alla legge, ed, oggi, deve necessariamente confrontarsi con l'istituto del *trust*, alla luce della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata in Italia con la legge 16 ottobre 1989 n. 364 e dell'ampio dibattito che ne è seguito.

Il fedecommesso: aspetti storici

La sostituzione fedecommissaria (2), traente le sue origini dal diritto romano, che ha conosciuto,

nella sua evoluzione, il *fidei commissum*, tipicamente caratterizzato da un evidente fondamento fiduciario, non più riscontrabile nel *fideicommissum*

Note:

(1) Su questo tema cfr. Cass. 15 luglio 1965, n. 1524, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1193; Cass. 30 dicembre 1969, n. 4016; Cass. 7 ottobre 1974 n. 2632, in *Giust. civ.*, 1975, I, 46; Cass. 17 luglio 1979, n. 4181, in *Foro it.*, 1980, 384; Cass. 21 gennaio 1985, n. 207; Cass. 2 luglio 1991 n. 7267; Cass. 3 febbraio 1993 n. 1320, in *Giust. civ.*, 1994, I, 499, con nota di Di Mauro; Cass. 20 febbraio 1993 n. 2088, in *Riv. not.*, 1994, 179; Cass. 10 gennaio 1995 n. 243 e, in dottrina, Talamanca, *Successioni testamentarie*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, II, Bologna-Roma, 1965, artt. 679-712, 294 ss.; Ricca, voce *Fedecommesso*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 139; Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983, 591-592; Durante, voce *Fedecommesso*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 3; Bernardini, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Riv. not.*, 1993, 1105; Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1996, 768.

(2) Sulla sostituzione fedecommissaria cfr. in generale, oltre alle opere sopra citate, Talamanca, *Successioni testamentarie. Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, artt. 692-696; Id., *Successioni testamentarie*, rist. aggiornata della I ed., in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978; Benedetti, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Comm. rif. dir. fam. Carraro-Oppo-Trabucchi*, I, 2, Padova, 1977; Amato e Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979; Terzi, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, I, Padova, 1994.

sum familiae relictum, nella *substitutio pupillaris* e nella disposizione *ad exemplum pupillaris substitutionis*, si sviluppa nel diritto intermedio e, a partire dal secolo XVI, diventa un tipico strumento per la conservazione e concentrazione del patrimonio familiare.

Le nuove idee di eguaglianza e di libertà delle persone e dei beni, che vietano in modo assoluto il fedecommesso, trovano anche nella nostra tradizione giuridica un espresso momento sanzionatorio nell'articolo 899 del codice civile del 1865. Più in particolare il fondamento del divieto del fedecommesso è stato ravvisato, oltre che nell'esigenza di garantire la libera circolazione dei beni, anche in ragioni tecnico-giuridiche riconducibili, da un lato, al principio per cui *semel heres semper heres*, dall'altro, al principio della libertà di testare e del correlativo divieto di regolamentare l'altrui successione ed, infine, al principio della tipicità dei diritti reali ed alla conseguente difficoltà di inquadrare teoricamente la temporaneità del diritto dell'istituto fedecommisario.

Successive istanze volte a difendere e rafforzare il nucleo familiare vengono ad ammettere, con il codice del 1942, nei limiti della quota disponibile, il fedecommesso di famiglia e di beneficenza, quali deroghe al divieto unicamente in favore dei figli nati o nascituri dell'istituto - figlio o fratello del *de cuius* - o di un ente pubblico.

Con la legge di riforma del diritto di famiglia del 19 maggio 1975, n. 151, il fondamento dell'istituto, ammesso, peraltro, in limiti molto ristretti, è radicalmente mutato: non più generiche istanze volte a difendere e rafforzare il nucleo familiare, ma soltanto esigenze più specificamente assistenziali nei confronti di soggetti interdetti legati al disponente da rapporti di parentela in linea retta o di coniugio valgono a giustificare deroghe al divieto di sostituzione fedecommisaria esclusivamente in favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo; in ogni altro caso la sostituzione fedecommisaria è nulla.

Il fedecommesso: elementi strutturali

Elementi caratteristici dell'istituto, quali individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (3) e ribaditi, altresì, dalla sentenza in esame sono:

– la doppia delazione, rispettivamente a favore dell'istituto e del sostituto, avente ad oggetto il medesimo diritto sugli stessi beni;

– l'ordine successivo consistente nel fatto che la delazione non esaurisce i suoi effetti a favore dell'istituto, ma si rinnova, alla morte di questo, a favore del sostituto, che, fino a quel momento, non è titolare di alcuna situazione giuridica soggettiva perfetta trasmissibile, ma solo di una aspettativa di delazione;

– l'obbligo di conservare e restituire imposto a carico del primo istituito, espressione che risente, certamente, dell'antico fondamento fiduciario

dell'istituto, ma che deve, oggi, essere correttamente intesa come espressiva delle limitazioni di carattere reale che gravano sulla posizione dell'istituto, che alcuni hanno assimilata a quella dell'usufruttuario, altri hanno considerato di proprietà temporanea (4), eccezionalmente ammessa nel nostro ordinamento, altri, ancora, più correttamente, hanno definito di proprietà eventualmente temporanea o transitoria (5) e, pertanto, risolubile non retroattivamente, individuando l'evento risolutivo nella sopravvivenza del secondo chiamato al primo e nell'effettivo adempimento dell'onere di cura e di assistenza, onere, quest'ultimo, che viene, pertanto, ad integrare il quarto elemento costitutivo della nuova sostituzione fedecommisaria.

Istituto fedecommisario ed usufruttuario. Sostituto e nudo proprietario. Distinzioni

In effetti, benché anche di recente (6) siano state equiparate, le posizioni dell'usufruttuario e quella dell'istituto fedecommisario, almeno da un punto di vista tecnico-giuridico, non sono sovrapponibili, in quanto, da un lato, a differenza dell'usufruttuario, l'istituto può compiere innovazioni produttive, modificando anche la destinazione economica dei beni (7), può amministrare liberamente e può, addirittura, sia pure nella qualità di titolare di un ufficio di diritto privato (8) e previa autorizzazione del giudice delle successioni, acquisito il parere del giudice tutelare, alienare i beni in caso di utilità evidente, ovvero costituire ipoteche sui beni medesimi a garanzia di crediti destinati a miglioramenti e trasformazioni fondiari, dall'altro, l'istituto, a differenza dell'usufruttuario, è tenuto anche alle spese straordinarie di cui all'art. 1005 c.c. ed alle passività ereditarie, risultando inapplicabile l'art. 1010 comma 1 c.c., anche se l'onere economico di tali spese e passività non è dallo stesso sopportato in via definitiva, essendo il sostituto tenuto a rimborsare senza interessi le somme erogate (9). Da un altro punto di vista la posizione dell'istituto è caratterizzata da una limitazione che, viceversa, non si riscontra nella posizione dell'usufruttuario, al quale è preclusa l'alienazione della

Note:

(3) Cfr. per tutti, in dottrina, Talamanca, *Successioni testamentarie*, 1978, cit. 276 ss.; Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983, 573-574 ed, in giurisprudenza, Cass. 15 luglio 1965, n. 1524, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1193; Cass. 7 ottobre 1974, n. 2632, in *Giust. civ.*, 1975, I, 46.

(4) Cfr. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1969, 44-45.

(5) Per questa espressione cfr. Durante, *Fedecommesso*, cit. 2.

(6) Cfr. Bernardini, *Sostituzione fedecommisaria*, cit. 1094.

(7) Cfr. per tutti Durante, *Fedecommesso*, cit. 7.

(8) Cfr. per tutti Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit. 580.

(9) Cfr. Durante, *Fedecommesso*, cit. 7-8.

piena proprietà del bene, ma non necessariamente - arg. ex art. 980 comma 1 c.c. - quella del suo diritto; l'istituto fedecommisario, viceversa, se può, debitamente autorizzato, alienare la piena proprietà dei beni in caso di utilità evidente, non può alienare la sua posizione di proprietario risolubile come risulta dall'art. 695 c.c., secondo il quale i creditori personali dell'istituto non possono agire sui beni che formano oggetto della sostituzione, ma soltanto sui frutti, ricavandosene una situazione di assoluta inalienabilità della posizione dell'istituto, tanto in *executivis*, quanto in via di cessione volontaria, così come, a differenza della posizione del nudo proprietario, è inalienabile la posizione del sostituto prima della morte dell'istituto, in quanto, prima di questo evento, non è operativa la delazione a suo favore e il sostituto, alienando la sua posizione, verrebbe a disporre di una successione non ancora aperta ed impingerebbe, così, contro il divieto dei patto successorio di cui all'art. 458 c.c. (10).

La posizione del sostituto, prima della morte dell'istituto, è, pertanto, molto diversa da quella del nudo proprietario in quanto, mentre quest'ultimo è titolare di una situazione giuridica soggettiva perfetta, definitivamente acquisita e, pertanto, trasmissibile, che può coesistere, nella sua realtà ed attualità, con quella dell'usufruttuario, la posizione del sostituto fedecommisario non è attuale in quanto è quella di un possibile erede indiretto del testatore oltre che, secondo la dottrina preferibile (11), successore del primo istituito ed, essendo tale posizione subordinata alla sopravvivenza del sostituto all'istituto ed all'adempimento dell'onere di assistenza, non può considerarsi una situazione giuridica soggettiva perfetta, definitivamente acquisita e, pertanto, trasmissibile.

Le considerazioni che precedono trovano un immediato riscontro, da un lato, nel secondo comma dell'art. 696 c.c., per il quale, se le persone o gli enti che hanno avuto cura dell'incapace muoiono o si estinguono prima della morte di lui, i beni o la porzione dei beni che spetterebbe loro è devoluta ai successori legittimi dell'incapace, e, dall'altro, nell'ultimo comma dell'art. 693 c.c., per il quale all'istituto sono comuni, *solo in quanto applicabili*, le norme concernenti l'usufruttuario, ciò che presuppone una chiara ed ineliminabile differenza e distinzione tra i due istituti.

Fattispecie concreta e criteri interpretativi. Il favor testamenti

Con particolare riguardo alla fattispecie concreta, oggetto della sentenza in commento, la palese necessità di interpretare la disposizione, con la quale la testatrice lasciava il suo patrimonio a due cugine "a patto" che avessero prestato assistenza alla figlia incapace e stabilendo che le stesse sarebbero entrate in *possesso* dei beni dopo la morte di quest'ultima, costituisce una evi-

dente conferma della natura negoziale (12) delle disposizioni testamentarie in genere, contro quelle teorie (13) che hanno messo in dubbio tale natura sul presupposto che le fonti legali avrebbero un rilievo fondamentale nella determinazione del contenuto dell'atto e dei suoi effetti e, più in generale, nella dinamica del fenomeno successorio: il testamento si porrebbe, così, soltanto, come un mero atto giuridico, i cui effetti dovrebbero farsi risalire ad altre fonti. Tale tesi fa leva sul fatto che la materia successoria è contraddistinta da una presenza costante e continua del legislatore, che pone precisi limiti all'autonomia testamentaria.

In realtà l'ordinamento pone limiti, schemi e vincoli in tutti i settori del diritto, ed, anzi, come non manca di sottolineare la sentenza in oggetto, la volontà, nella materia testamentaria, assume un rilievo preminente (14) rispetto alla materia contrattuale. Nel testamento, infatti, vi è soltanto la volontà del testatore; non vi sono affidamenti di terzi da tutelare, non vi è una buona fede che possa valere a condizionare l'interpretazione delle disposizioni (15). In giurisprudenza è ricorrente (16) la massima, per la quale, nell'interpretazione dei testamenti, il giudice deve accertare, secondo il principio generale di ermeneutica di cui all'art. 1362 c.c., quale sia stata l'effettiva volontà del testatore comunque espressa, badando al significato specifico e concreto delle singole espressioni da lui usate, e a tale significato dando prevalenza rispetto a quello letterale, tenendo presente, nei casi dubbi, il complesso delle disposizioni in rapporto alla mentalità, alla cultura e all'ambiente di vita del testatore, anche in funzione degli scopi che questi ha inteso perseguire, potendo, altresì, al solo fine di chiarire detta volontà e, comunque, in via sussidiaria, fare ricorso ad elementi estrinseci, quali altri atti o scritti lasciati dal testatore, e, in particolare, altri testamenti nulli o revocati e anche semplici progetti di testamento; potendo prendere in considerazione ciò che il testatore avesse verbalmente dichiarato dopo la redazione dell'atto per precisarne il conte-

Note:

(10) Sulla inalienabilità della posizione dell'istituto e di quella del sostituto cfr. per tutti Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 579 e 583.

(11) Cfr. per tutti Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 583-584.

(12) Cfr. Bigliuzzi Geri, *Il testamento*, in *Trattato Rescigno*, VI, 2, Torino, 1982, 18.

(13) Cfr. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 10 ss.; 201 ss., 210 ss.

(14) Cfr. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, I, Napoli, 1977, 180.

(15) Cfr. per tutti Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 437.

(16) Cfr. Cass. 28 marzo 1962, in *Mass. Foro it.*, 1962, 183; Cass. 26 febbraio 1970 n. 496; Cass. 26 luglio 1977, n. 3342, in *Foro it.*, 1978, I, 177; Cass. 13 gennaio 1981, n. 275, in *Rep. giur. it.*, 1981, voce *Successione legittima e testamentaria*, c. 3443, n. 59; Cass. 7 febbraio 1984 n. 110; Cass. 28 dicembre 1993 n. 12861.

nuto, tenere conto della situazione dei luoghi in rapporto all'assegnazione dei beni, ed, all'uopo, ammettere sia la prova per testimoni, sia quella per presunzioni e preferire, infine, in tali casi, una soluzione che consenta un effetto concreto ad un'interpretazione che non sia suscettibile di esecuzione - c.d. principio di conservazione -, che, nella materia in esame, si coordina con il *favor testamenti*, immanente a tutta la disciplina. L'applicazione di questi principi alla fattispecie in esame ha condotto il Supremo Collegio ad avallare l'interpretazione, data dai giudici di merito, all'espressione *possesso dei beni*, utilizzata dalla testatrice, nel senso di facoltà di godimento e quindi, tecnicamente, di usufrutto e non già di proprietà degli stessi, ciò che avrebbe portato a configurare la fattispecie non come attribuzione separata di usufrutto alla figlia e nuda proprietà, con l'onere di assistenza, alle cugine, ma come vera e propria sostituzione fedecommissaria nulla perché non rientrante in alcuna delle ipotesi eccezionali consentite sia dall'art. 692 c.c. secondo il testo originario, applicabile alla fattispecie in base all'art. 238 della legge 15 maggio 1975, n. 151, sia, peraltro, dallo stesso art. 692 c.c., nel testo novellato, in quanto la figlia della testatrice fu dichiarata interdetta successivamente all'apertura della successione della madre. Si è, pertanto, fatto applicazione del criterio teleologico, che ha riguardo agli scopi, bisogni ed interessi avuti presente dal testatore e, congiuntamente ad esso, del principio di conservazione degli effetti.

Il limite dell'interpretazione conservativa: la conversione del negozio nullo

In materia di sostituzione fedecommissaria, peraltro, il ricorso al principio di interpretazione conservativa è ammesso soltanto quando la disposizione ha una portata oggettivamente ambigua e cioè quando nella fattispecie ricorrano elementi contrastanti e non si rinvengano indici sicuri dell'una o dell'altra configurazione. Alcuni di tali possibili indici sono stati individuati dalla sentenza in esame nella necessità o utilità di istituire un intermediario nella proprietà, nella preoccupazione di assicurare al beneficiario intermedio la possibilità di far fronte a qualsiasi evenienza al di là del mero godimento, nella quantità effettiva di poteri assegnati ai diversi chiamati, nella preoccupazione di impedire a chi è beneficiario effettivo di privarsi dei beni prima di un certo tempo, nell'attribuzione al primo soggetto di diritti ed obblighi incompatibili con la qualità di usufruttuario ed, infine, nel condizionare l'acquisto della qualità di erede del secondo soggetto alla sua sopravvivenza al primo. L'interpretazione conservativa non può, invece, spingersi sino a realizzare una vera e propria conversione del negozio nullo, di cui all'art. 1424 c.c., che, pur astrattamente ammissibile anche in materia testamentaria, trova, tuttavia, un insuperabile ostacolo nella concreta disciplina del fedecom-

messo nullo, che, in quanto salva l'istituzione, prescinde dalla presumibile volontà del disponente (17). La giurisprudenza (18), invero, ritiene applicabile in materia di sostituzione fedecommissaria il principio della conversione del negozio nullo unicamente nella ipotesi di fedecompresso disposto al di fuori dei casi consentiti e, pertanto, nullo, qualora la disposizione debba, nel caso concreto, considerarsi inutile per la premorienza o altra causa di mancata successione dell'istituito: in tale ipotesi potrebbe operarsi una conversione della sostituzione fedecommissaria, priva di scopo assistenziale e, quindi, teoricamente nulla, ma, in concreto, inutile per mancata sopravvivenza, accettazione o degnità dell'istituito, nella sostituzione ordinaria di cui all'art. 688 c.c.. Tale conversione non può, peraltro, operare nella ipotesi in cui la premorienza o altra causa impeditiva dell'istituito attenga alla fattispecie ammessa di fedecompresso, attesi, da un lato, i nuovi, peculiari fondamenti della stessa e, dall'altro, la mancata riproduzione del comma 4 dell'art. 696 codice civile 1942, portante il principio della sostituzione ordinaria implicita.

L'impossibilità di applicare, in via generale, in materia di fedecompresso, il principio della conversione del negozio nullo è, peraltro, ben presente in giurisprudenza, per la quale «il rispetto della volontà del testatore non può estendersi sino al punto di sottrarre alla sanzione di nullità una disposizione *contra legem*, come nell'ipotesi che si identifichi nel testatore la volontà di dare luogo ad una sostituzione fedecommissaria vietata» (19).

Il possibile vario atteggiarsi dell'obbligo di conservare e restituire

Così è stato ritenuto (20) che l'apposizione, a carico del primo istituito, di un *modus* consistente nell'erigere una fondazione e il previsto passaggio dell'eredità, nell'ipotesi in cui la fondazione non sorga e *senza che l'inadempimento del modus possa dar luogo alla risoluzione della disposizione testamentaria*, ad altro istituito, ma solo dopo la morte del primo istituito, che, frattanto, rimane usufruttuario dei beni ereditari, rientra pienamente nello schema del doppio ordine successorio, tipico della sostituzione fedecommissaria, vietata nei limiti di cui all'art. 692 c.c.

Tale conclusione è, sicuramente, condivisibile

Note:

(17) Cfr. Durante, *Fedecompresso*, cit. 3

(18) Cfr. Trib. Vigevano 9 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 287 e in *Giur. merito*, 1983, I, 15, con nota di Azza-riti e, in dottrina, Bernardini, *Sostituzione fedecommissaria*, cit. 1098-1100.

(19) Cfr. Cass. 27 ottobre 1973 n. 2797, in *Foro it.*, 1974, I, 2771.

(20) Cfr. Cass. 15 luglio 1985, n. 4137, in *Riv. not.*, 1985, 1348.

in quanto, da un lato, il mancato adempimento del *modus* potrà essere verificato solo al momento della morte del primo istituito e, pertanto, sino a quel momento i poteri di quest'ultimo saranno quelli del pieno proprietario e non già dell'usufruttuario, a nulla valendo tale qualifica *ex post* attribuita allo stesso, dall'altro, tale mancato adempimento, non producendo la risoluzione della prima disposizione, ma costituendo il presupposto del rinnovarsi della delazione a favore del secondo istituito al momento della morte del primo, viene ad integrare due dei requisiti del fedecommesso e precisamente quello della doppia delazione e quello dell'ordine successivo.

La particolarità della fattispecie concreta risulta, pertanto, solo quella della prevista facoltà di adempiere l'obbligo di conservare e restituire i beni ereditari, elemento, questo, che integra il terzo requisito del fedecommesso, anche con l'istituzione di una fondazione, rivelandosi, così, ancor più chiara, la volontà del testatore di disporre dei suoi beni per più di una generazione.

Del resto il possibile vario atteggiarsi, nelle singole concrete fattispecie, dell'obbligo di conservare e restituire i beni ereditari, non è, di per sé, di ostacolo alla configurazione delle fattispecie medesime come disposizioni fedecommissarie, ove, viceversa, ricorrono, chiaramente, gli altri due elementi della doppia delazione e dell'ordine successivo.

Fedecommesso *de residuo* e attribuzione di usufrutto con facoltà di vendita

Così si ritiene che rientri nell'ambito di applicazione dell'ultimo comma dell'art. 692 c.c., per il quale in ogni altro caso la sostituzione è nulla, anche il c.d. *fedecommesso de residuo*, vale a dire quella disposizione, per la quale i beni ereditari, che, eventualmente, residuino alla morte dell'istituito, debbano devolversi ad altro soggetto già designato dal testatore.

Tale disposizione, ritenuta valida vigente il codice del 1865, ricadde nell'area di applicazione dell'ultimo comma (allora vigente) dell'art. 692, codice civile del 1942, che espressamente sanciva la nullità della clausola con la quale il testatore proibiva all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari. Tale comma non è stato più riprodotto nel novellato art. 692, ma ciò non comporta che la disposizione superitaria debba, oggi, considerarsi valida in quanto, da un lato, sia pure con il limitato oggetto *de residuo*, si avrebbe comunque una sostituzione fuori dai limiti consentiti (21) e, dall'altro, ricorrerebbe, indubbiamente, il fondamento o un aspetto del fondamento di ordine tecnico-giuridico del generale divieto del fedecommesso, consistente nel principio della libertà di testare e del correlativo divieto di regolamentare l'altrui successione (22). Ritenuto, così, inammissibile il fedecommesso *de residuo*, salvo che non abbia, ovviamente, funzione assistenziale nel rispetto del-

la disciplina portata dall'attuale art. 692 c.c., si pone il problema di distinguere tale disposizione superitaria dalla attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà nella ipotesi in cui venga attribuito all'usufruttuario il potere di disporre dei beni ereditari.

Secondo una prima impostazione (23) tale clausola sarebbe nulla in quanto incompatibile con l'essenza dell'usufrutto che è, per sua natura, un diritto limitato al godimento e non comprensivo del potere di disporre della proprietà piena.

È stato, peraltro, successivamente chiarito (24) che la disposizione testamentaria, con la quale il beneficiario venga nominato con formule abbinate la qualità di usufruttuario e la concreta facoltà di vendere i beni ereditari, non è tale da escludere nel chiamato medesimo lo *status* di erede, e, eventualmente, di erede fedecommissario *de residuo*, ove, dalla complessiva interpretazione della scheda testamentaria, risulti la volontà del testatore di attribuire tale *status*, senza apporre vere e proprie condizioni alla facoltà di vendere i beni, incompatibili con i diritti dell'erede, ma solo raccomandazioni di carattere morale, affidate alla valutazione discrezionale del beneficiario medesimo, ovvero, anche se la facoltà di alienare, anziché essere concessa senza limitazioni, sia prevista per l'ipotesi in cui il beneficiario venga a trovarsi in stato di bisogno, sempre che sia lasciata alla valutazione del chiamato l'apprezzamento dello stato di bisogno.

Qualora, invece, la facoltà di vendere sia stata condizionata all'obiettivo e sindacabile verificarsi del bisogno, nella disposizione sono stati ravvisati due legati, uno puro e semplice, concernente l'usufrutto dell'eredità o di singoli beni ereditari, e l'altro, sospensivamente condizionato all'obiettivo e sindacabile verificarsi della situazione di bisogno, avente per oggetto la nuda proprietà dei beni da vendere per sopperire a questa situazione (25).

La validità della disposizione e la sua distinzione dalla sostituzione fedecommissaria *de residuo* discende, dunque, dall'obiettivo sindacabilità o meno dell'evento condizionante la facoltà di vendita.

Note:

(21) Cfr. per tutti Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 588-589.

(22) Cfr. Durante, *Fedecommesso*, cit. 4.

(23) Cfr. Talamanca, *Successioni testamentarie*, 1965, cit., 336.

(24) Cfr. Cass. 26 gennaio 1976, n. 251; Cass. 26 luglio 1977, n. 3342, in *Foro it.*, 1978, I, 717; Cass. 22 febbraio 1980, n. 1285; Cass. 21 giugno 1995, n. 7035.

(25) Cfr. in giurisprudenza Cass. 21 gennaio 1985, n. 207, in *Riv. not.*, 1985, 487; Cass. 2 luglio 1991, n. 7267, in *Rep. foro it.*, voce *Successioni*, n. 92; Cass. 20 febbraio 1993, n. 2088, cit. e, in dottrina, Capozzi *Successioni e donazioni*, cit., 412-413 e Palazzo *Le successioni*, cit. 768-770.

Attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà e negozio in frode alla legge

Se si fosse, peraltro, anche, ritenuto compatibile con il diritto di usufrutto la facoltà illimitata di vendita, dandosi, così, luogo a un diritto reale, se non atipico, quanto meno a contenuto atipico, la nullità della disposizione testamentaria attributiva del correlativo diritto di nuda proprietà, così rimodellato, quale disposizione sostitutiva fedecommissaria *de residuo*, sarebbe discesa dalla applicazione dei principi, che sanzionano l'*agere in fraudem legis*, dei quali la giurisprudenza ha, invero, ripetutamente, fatto corretta applicazione, adeguandoli, con una connotazione più spiccatamente soggettiva, alla materia testamentaria, quando si è dovuta occupare della c.d. clausola *si sine liberis decesserit*, affermandone la validità, in linea di principio, salvo che, risalendo alla volontà del testatore e ad altri elementi estrinseci, quali, ad esempio, la conoscenza, da parte sua, dell'*impotentia generandi* del primo istituito, dovuta alla tarda età, ovvero ad anomalie fisiche, si fosse potuto giungere alla conclusione che la clausola medesima fosse stata impiegata per mascherare una sostituzione fedecommissaria vietata (26).

Sfugge, invece, certamente (27), alla sanzione dell'*agere in fraudem legis* la semplice attribuzione separata del diritto di usufrutto, nel suo contenuto tipico, e della correlativa posizione nuda proprietaria in quanto tale disposizione non può farsi rientrare tra le ipotesi di negoziabilità indiretta e cioè di perseguimento e realizzazione di un risultato e di un effetto ulteriore rispetto a quello tipico del negozio adoperato, risultato ed effetto ulteriore che, soltanto se identico (28) a quello vietato dall'ordinamento, comporta la illiceità della relativa combinazione negoziale, in quanto mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Ed invero la notevole diversità, almeno da un punto di vista tecnico, di effetti sostanziali, sopra illustrata, tra sostituzione fedecommissaria ed attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà, congiunta, peraltro, al principio del *favor testamenti*, che, come si è osservato, domina l'intera materia, impedisce di attribuire rilevanza giuridica al possibile intento empirico del testatore, volto a raggiungere risultati soltanto analoghi a quelli vietati. È appena il caso di osservare che in altri settori del diritto privato e, specificamente, in tema di rapporti tra vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio, l'assenza di un analogo criterio di favore per la conservazione degli effetti negoziali ha condotto la giurisprudenza ad abbandonare il principio della assoluta identità degli effetti per aderire ad una linea argomentativa meno formalista e più aderente alla effettiva sostanza degli interessi economici perseguiti (29).

Rapporti con il trust

L'automatismo dell'effetto successorio a favo-

re del sostituito, in caso di premorienza dell'istituto e verificatasi, nel nuovo fedecommissario assistenziale, la condizione relativa all'assistenza dell'interdetto, costituisce uno degli elementi distintivi, sotto il profilo strutturale, tra sostituzione fedecommissaria e *trust* testamentario, appartenente al più ampio *genus* del *trust* (30), istituto fiduciario di diritto inglese, successivamente introdotto e disciplinato in corrispondenti modelli di alcuni ordinamenti, sia civilistici, sia di derivazione anglosassone, particolarmente in seguito al riconoscimento come modello astratto o, come meglio si è detto, amorfo, da parte degli Stati aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 (31), ratificata in Italia con la legge 16 ottobre 1989 n. 364, nella quale convenzione si precisa - art. 2 - che per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti - con atto tra vivi o *mortis causa* - da una persona - costituente - posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario (*private trusts*) o per un fine specifico (*charitable trusts*), con l'effetto - art. 3 - che i beni del *trust* costituiscono una massa distinta dal patrimonio del *trustee*, il quale è, peraltro, intestatario degli stessi ed è investito del potere ed onerato dell'obbligo, del quale deve rendere conto, di amministrare, gestire e disporre dei beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge.

Se, come è possibile, l'atto con il quale si trasferiscono i beni al *trustee* è un testamento, con le sue tipiche disposizioni attributive - istituzione di erede o legato - si avrà la fattispecie del *trust* testamentario (32). È stato, infatti, chiarito che gli obblighi gravanti sul *trustee* possono benissimo essere imposti quali oneri delle tipiche disposi-

Note:

(26) Sulla clausola *si sine liberis decesserit* cfr. Cass. 27 novembre 1990, n. 11428, in *Riv. not.*, 1991, 222 con nota di Di Mauro, *Sulla validità della clausola si sine liberis decesserit*, *ivi*, 226 ss.

(27) Cfr. Talamanca, *Successioni testamentarie*, 1978, cit., 294 ss.; Amato e Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, cit., 34; Durante, *Fedecommissario*, cit. 3.

(28) Cfr. per tutti, in dottrina, Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino, 1987, 167-172 e Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 588; *Contra*, Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1989, 191.

(29) Cfr. Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Riv. not.*, 1983, 765, che ha invertito l'orientamento giurisprudenziale precedente, confermata da Cass., Sez. un. civ., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Riv. not.*, 1989, 890, con nota di Di Mauro, *Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia*, *ivi*, 908 ss.

(30) Sul *trust* cfr. Lupoi, *Introduzione ai «trusts»*, *Diritto Inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto Italiano*, Milano, 1994; Atti Milano a cura di Beneventi, *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; Lupoi, *Trusts*, Milano, 1997 e, anche sotto il profilo redazionale, *Atto di costituzione di «Trust»*, a cura di Pasquale Leano, con il commento di Paolo Piccoli e Nicola Raiti, in *Notariato*, 1996, 3, 264 ss. e *Atto pubblico di «Trust»*, a cura di Romana Capaldo, *ivi*, 1997, 2, 176 ss.

(31) La Convenzione è entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

(32) Cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 584 ss.

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

585

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 5/1999

zioni testamentarie attributive, che non vengono, pertanto, a snaturarsi, attesa la non essenzialità della concreta ricorrenza della causa liberale per la tecnica configurabilità delle stesse, ma con la particolarità che in ogni caso si realizza l'effetto segregativo, più che di separazione patrimoniale, tipico del *trust*, - consistente nella assoluta incommunicabilità bidirezionale di effetti economici e giuridici tra il patrimonio costituito in *trust* ed il soggetto che ne è titolare (33) -, e ben più pregnante rispetto a quello che già discende, nel nostro ordinamento, dall'accettazione di eredità con beneficio di inventario (34).

Il *trust* testamentario si distingue dalla sostituzione fedecommissaria (35) e, pertanto, non impinge contro il relativo divieto, astrattamente rilevante per l'articolo 15 lettera c) della Convenzione, che fa salve le disposizioni inderogabili in materia successoria previste dalle regole di conflitto del foro, in quanto, mentre nel fedecommesso l'istituto ha l'amministrazione ed il godimento, ma non il potere di disposizione, se non, previa autorizzazione del giudice delle successioni, in caso di evidente utilità, il *trustee*, da un lato, è normalmente dotato del potere di alienare i beni in *trust*, dall'altro, non ritrae alcuna utilità in quanto titolare del diritto. D'altra parte a favore dei destinatari finali o dei beneficiari intermedi del reddito dei beni costituiti in *trust* non si verifica quell'automatismo dell'effetto successorio, necessariamente connesso alla morte del primo istituito, che è tipico della sostituzione fedecommissaria; essi - anche quando sono individuati già dal costituente e non si possa, quindi, parlare, da questo punto di vista, di *trust* discrezionale - profittano del *trust*, ma non hanno alcun diritto e non possono esercitare alcun potere sui beni costituiti in *trust*; nemmeno esiste, pertanto, una doppia titolarità di diritti reali, sia pure diversi - proprietà legale e proprietà equitativa; nuda proprietà e usufrutto - sugli stessi beni, ciò che vale a distinguere il *trust* anche dall'attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà; una recente sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea (C-294/92 del 17 maggio 1994: Webb c. Webb) ha, infatti, chiarito che l'azione proponibile dal beneficiario è di natura personale.

È stata, d'altra parte, rilevata (36) l'imprecisione terminologica dell'articolo 11 lettera d) con riferimento al termine in lingua francese "revendication" usato per indicare il rimedio processuale esperibile qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi. Ferma restando la natura personale dell'azione reipersecutoria esperibile, l'individuazione del concreto strumento tecnico - azione di inadempimento; azione di accertamento; azione di annullamento dell'atto dispositivo per conflitto di interessi; *tracing* - è affidata all'ordinamento individuato dalle norme di conflitto del foro e si dovrà coordinare con l'esistenza o meno e la conseguente applicabilità, in quell'or-

dinamento, di eventuali sistemi pubblicitari (37). Ove, infine, si ravvisi la *ratio* del divieto di sostituzione fedecommissaria nel principio della libertà di testare e del correlativo divieto di regolamentare l'altrui successione, si dovrà riconoscere che le conseguenze dell'isolamento o, come già detto, segregazione, più che separazione, dell'oggetto del *trust* nel patrimonio del *trustee* impediscono qualsiasi equiparazione. Infatti i beni del *trust* non fanno parte della successione del *trustee*, morto il quale il diritto si accresce al *trustee* superstite, ovvero gli subentra un altro *trustee* secondo un meccanismo che lascia del tutto inalterato il profilo della destinazione finale dei beni e delle utilità da essi ritraibili (38).

La distinzione tra sostituzione fedecommissaria e *trust* è stata, peraltro, ribadita da una recente sentenza resa dal Tribunale di Lucca il 23 settembre 1997 (39) relativamente alla successione di un cittadino italiano, residente negli Stati Uniti e proprietario di beni immobili nei due paesi, morto in Italia dopo aver fatto, negli Stati Uniti, un testamento con il quale istituiva un *trust*.

Tale sentenza, riconoscendo la validità del *trust* in questione anche relativamente ai beni del defunto siti in Italia, sembrerebbe portare argomenti a favore di quella interpretazione della Convenzione dell'Aja che conduce all'ammissibilità dei *trusts* cosiddetti interni, nei quali, cioè, non sia presente alcun elemento di estraneità all'infuori della scelta della legge applicabile (40), allo stesso modo, del resto, di quanto sostenuto in relazione all'art. 3 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in ordine al quale si è affermato, in dottrina (41), che l'indicazione di

Note:

(33) Cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 472-481.

(34) Cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 585 nota 359.

(35) Su tale distinzione cfr. Piccoli, *Trusts, patti successori, fedecommesso*, in Atti Milano, cit., 139-145 e Lupoi, *Trusts*, cit., 504 ss.

(36) Cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 498.

(37) Cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 497-504.

(38) Cfr. Piccoli, *Trusts, patti successori, fedecommesso*, cit., 143 e Lupoi, *Trusts*, cit., 506-507.

(39) In *Guida normativa - Il Sole 24 Ore*, anno 8, n. 179, martedì 6 ottobre 1998, 25 ss. con nota di commento di Lupoi, *Indubbia la legittimità dei negozi «interni»*, *ivi*, 28-29.

(40) Cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 436-438. *Contra* Broggin, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in Atti Milano, cit., 11-27. La ritenuta ammissibilità di *trusts* interni non elimina l'opportunità - sottolineata da più parti ed in particolare dal Servizio centrale degli ispettori tributari con la delibera dell'11 maggio 1998 n. 37 - di una disciplina domestica dell'istituto, che, probabilmente, non pregiudicherebbe la facoltà del costituente di scegliere un'altra legge regolatrice.

(41) Cfr. Sacerdoti, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in Sacerdoti-Frigo, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1994, I, 14.

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

586

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 5/1999

un ordinamento straniero rispetto a quello del foro vale, da sola, come criterio di estraneità e, quindi, a porre il contratto sotto l'impero della Convenzione, anche se, per il resto, si tratti di contratto puramente interno.

Questo sarebbe, peraltro, il significato da dare, anche, all'articolo 13 della Convenzione dell'Aja, per il quale nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust*, i cui elementi importanti sono strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione, fatta eccezione, tra gli altri, proprio dell'elemento importante costituito dalla scelta della legge da applicare, che, pertanto, come si è detto, sarebbe da sola idonea a costituire rilevante criterio di estraneità della relativa fattispecie (42).

Sono, tuttavia, salve le norme a tutela della posizione dei legittimari, giusta quanto dispone l'art. 15 lettera c) della Convenzione dell'Aja, ciò che, come, peraltro, precisato dalla sentenza del Tribunale di Lucca, non significa che il legittimario possa sostenere che il testamento, siccome incentrato sul *trust*, sia nullo, in tutto o in parte; egli può semplicemente agire in riduzione delle disposizioni testamentarie, che, ponendo i beni ereditari sotto il controllo esclusivo del *trustee*, si siano distinte come lesive della quota di riserva.

Il *trust* testamentario non entra, invece, in conflitto con l'art. 627 c.c., che sembrerebbe negare rilevanza giuridica alla fiducia in materia testamentaria, stabilendo che non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto *apparenti* e che, in realtà, riguardano altra persona, salvo l'effetto della *soluti retentio* in caso di spontanea esecuzione della disposizione fiduciaria da parte di chi è stato nominato nel testamento. A ben vedere, infatti, la *ratio* dell'art. 627 c. c. non è quella di negare rilevanza giuridica alla disposizione fiduciaria in sé, ma soltanto in quanto si risolva in una volontà segreta (43), priva, cioè, dei requisiti formali propri delle disposizioni testamentarie.

Fatta salva l'esigenza di tutela dei legittimari, sembra, pertanto, ammissibile nel nostro ordinamento, e risulta di più larga applicazione rispetto alla sostituzione fedecommissaria, l'istituto del *trust* protettivo (44), quale possibile alternativa per la tutela di soggetti incapaci o deboli, non necessariamente interdetti e legati da rapporti di parentela in linea retta o di coniugio con il disponente, che, previa scelta della legge sostanziale applicabile, potrà affidare il suo patrimonio ad un *trustee* affinché ne destini le rendite a vantaggio del soggetto debole, trasferendo, alla morte di questi, i beni alle persone che si saranno presi cura di lui, ovvero ad altri soggetti. Violerebbe, invece, il divieto di rendite successive, rilevante, anch'esso, per l'articolo 15 lettera c) della Convenzione, ed avrebbe, pertanto, efficacia soltanto limitatamente al primo

beneficiario il *trust* che prevedesse l'attribuzione del reddito a vantaggio di più soggetti successivamente (45).

Note:

(42) Secondo Lupoi l'art. 13 della convenzione avrebbe il valore di una norma di chiusura, permettendo, ma non imponendo, di non applicare la legge straniera - e quindi di negare il riconoscimento - qualora un *trust* interno produca effetti che, pur non colpiti dall'articolo 15 della convenzione, ripugnino e rendano inesigibile l'obbligo di riconoscimento. Cfr. Lupoi, *Legittimità dei trusts «interni»*, in Atti Milano, cit., 38-39.

(43) Cfr. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 404.

(44) Cfr. Palazzo, *Le successioni*, cit., 766.

(45) Cfr. Piccoli, *Trusts, patti successori, fedecommissario*, cit., 142 e Lupoi, *Trusts*, cit., 506.

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

587

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 5/1999