

Quesito Civile n. 87-2018/C. Sostituzione fedecommissaria e trust testamentario

Risposta del 4 maggio 2018

Si prospetta la seguente fattispecie concreta: la signora Tizia, vedova, ha un figlio interdetto, ricoverato in una struttura psichiatrica. Vorrebbe effettuare testamento nominando erede il figlio con obbligo di conservare e restituire i beni ad un soggetto, Caio, che dovrà prendersi cura di lui. La particolarità risiede nel fatto che l'interdetto non può essere allontanato dalla struttura sanitaria e le visite devono essere concordate con il medico in modo da non alterare l'equilibrio psichico dell'interdetto. La cura sarebbe allora definita dalla stessa Tizia nelle seguenti attività: fare visite regolari all'interdetto e pagare eventuali visite specialistiche e laddove consentito fare effettuare all'interdetto brevi uscite dalla struttura sostenendone le spese. In genere provvedere a tutte quelle esigenze cui non può sopperire la struttura sanitaria, in guisa che all'interdetto non debba mancare nulla.

Rispetto tale fattispecie, e stante la sua peculiarità, si chiede se sia ricevibile un testamento pubblico nel quale si preveda una sostituzione fedecommissaria indicando il nominato del soggetto che si prenderà cura dell'interdetto nonché le attività in cui consisterà la cura. Attività, queste, da verificare se possano farsi rientrare nella formula normativa "prendersi cura" di cui all'art. 692 c.c.

In alternativa, si chiede se sia legittimo, in base alla l. n. 112/2016, un *trust* testamentario, indicando un altro soggetto come beneficiario finale dopo la morte dell'interdetto.

Il primo problema è stabilire se il testatore ha il potere di designare il sostituto ovvero se può individuare direttamente nel testamento i beneficiari della sostituzione fedecommissaria.

In dottrina vi è chi lo nega.

Ad avviso di Autorevole dottrina, la lettera dell'art. 692 c.c. sembra ammettere «soltanto la possibilità che il testatore disponga la sostituzione fedecommissaria con una *relatio* a coloro "che, sotto la vigilanza del tutore, avranno avuto cura dell'interdetto". Ciò viene confermato dal 2° comma che prevede, per l'appunto, una distribuzione dei beni a favore dei beneficiari proporzionale "al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto» [\[1\]](#).

Per come formulata la struttura lessicale della disposizione, l'Autore considera quindi nulla la sostituzione fedecommissaria formulata in uno dei seguenti modi, laddove il testatore disponga la sostituzione fedecommissaria:

- a favore di determinate persone, purché provvedano alla cura dell'interdetto;
- genericamente a favore di alcune di esse.

Stante tale preclusione, per salvare comunque la volontà del testatore, l'Autore propone una diversa soluzione e cioè che «il testatore possa disporre, mediante un *modus* afferente all'istituzione del primo chiamato, che la cura e l'assistenza dell'incapace vengano esercitata in una certa maniera. Quali che siano i limiti in cui si può disporre un *modus* siffatto, esso non viene però ad incidere sui presupposti

di validità della sostituzione fedecommissaria (...) e si darà soltanto il problema dell'adempimento di esso» [2].

In alternativa a questa soluzione si potrebbe tuttavia seguire anche un'altra strada. Altra dottrina, infatti, «pur ammettendo che il sostituto possa essere comunque designato *in incertam personam*, attraverso una *relatio* legale a favore di tutte le persone, fisiche e giuridiche, che si prendano cura dell'incapace, consente tuttavia che la specifica espressa designazione possa essere frutto dell'autonomia del testatore, il quale potrebbe addirittura nominare più sostituti, che operino congiuntamente ovvero successivamente (...) rimanendo fermo, in entrambe le ipotesi, il criterio della proporzionalità nell'attribuzione dei beni: esso riguarderebbe non soltanto il tempo per il quale la cura venga svolta da ciascuno, ma anche la quantità e la qualità dell'opera posta in essere a favore dell'incapace» [3].

Altro problema è se beneficiario della sostituzione fedecommissaria possa anche essere il tutore, e quindi se la dicotomia “cura-vigilanza” possano coincidere nella stessa persona. Il problema si pone perché «il testo del co. 1 distingue, almeno per l'ipotesi normale, la funzione della cura dell'incapace da parte del sostituto da quella di vigilanza sul sostituto, affidata al tutore. Ma tale dicotomia “cura-vigilanza” non esclude che le due funzioni possano coincidere nella stessa persona» [4]. Di conseguenza, se si aderisce a questa ricostruzione, «qualora l'istituito sia già sottoposto a tutela, e si ammetta che il testatore possa designare un sostituto, potrà determinarsi il cumulo delle funzioni in capo allo stesso soggetto; ove invece, l'istituito non sia sottoposta ancora a tutela, ovvero sia il testatore medesimo il suo tutore, potrà la stessa persona designata come sostituto essere nominata tutore» [5].

L'ultimo problema riguarda il concetto di “cura”. Secondo Attenta dottrina «nel concetto di cura va compresa non solo l'assistenza materiale (vitto, alloggio, cura mediche, ecc.), ma anche quella morale e spirituale. Anzi quest'ultima cura ha particolare rilevanza perché deve essere prestata direttamente dal sostituto, mentre quella materiale potrebbe, almeno in parte, essere attuata a mezzo di altre persone (si pensi ad una clinica priva, ad una casa di cura» [6]. In tal caso, il sostituto resta la persona fisica che nel provvedere alla cura di un infermo di mente si serve del trattamento di una clinica privata [7].

Alla luce delle indicazioni fin qui emerse, laddove condivise, sembra ammissibile che il testatore possa indicare il sostituto prevedendo le attività nelle quali si sostanzia la cura di cui all'art. 692 c.c., la quale può, almeno in parte, essere attuata a mezzo di una clinica privata, quantomeno per tutte quelle esigenze e necessità a cui soltanto una struttura sanitaria può sopperire per il trattamento medico della persona interdetta.

Si tratta di una scelta rimessa al prudente apprezzamento del notaio, analogamente a quella di ricevere, in alternativa, un *trust* testamentario, alla luce della legge n. 112/16, che sembrerebbe poter consentire la stipula di un *trust* testamentario che preveda l'interdetto quale beneficiario e terzi quali beneficiari residuali [8].

[1] M. Talamanca, *Art. 692*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, Bologna-Roma, 1976, 57 s. Altra problema, risolto in termini dubitativi, è se la sostituzione fedecommissaria nulla perché formulata in uno di questi due modi possa convertirsi in una valida, laddove dal contesto possa presumersi che il testatore, a conoscenza

della nullità, avrebbe testato nel modo consentito dalla legge. In questa ottica, la designazione del sostituto fatta dal testatore dovrebbe considerarsi come non apposta, operando una specie di conversione legale a favore di incerta persona, in deroga all'art. 631 c.c.

[2] M. Talamanca, *Art. 692*, cit., 58. Adesivo, M. Bernardini, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Riv. not.* 1992, 1090.

[3] F. Amato e G. Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Camerino, 1979, 46 s. Ivi per la dottrina richiamata.

[4] G. Marinaro, *Art. 692*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* Perlingieri, Napoli, Roma, Benevento, 1991, 517. Ivi per la dottrina richiamata. Così, fra gli altri, G. Benedetti, *Art. 197*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, tomo I, parte II, Padova, 1977, 892: «La conclusione negativa affatto, seppure non priva di argomenti, non può essere condivisa. Nulla induce a ritenere mortificata fino a questo segno l'autonomia privata, della quale, invece, l'istituto, con tutti i suoi limiti, rappresenta ancora un'estrema affermazione. L'interpretazione della previsione relativa al sostituto va certamente operata alla luce della nuova ratio, la quale, se esclude che possa trovare comunque rilievo l'interesse, che prima la caratterizzava, della conservazione e concentrazione del patrimonio della famiglia, non giunge a negare un qualche spazio alla libera determinazione del disponente, in quanto essa si cali esattamente nell'alveo dell'interesse cui il nuovo istituto si ispira, cioè la tutela dell'incapace».

Diversamente, A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, II, 2386 per il quale il tutore per svolgere attività di assistenza deve rinunciare al suo ufficio.

[5] F. Amato e G. Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Camerino, 1979, 49. Così, fra gli altri, G. Benedetti, *Art. 197*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, tomo I, parte II, Padova, 1977, 893: «Questa distinzione, se esclude che la legge identifichi la cura dell'incapace con l'attività istituzionale del tutore, non esclude tuttavia che in concreto essa possa essere apprestata da questi. Che perciò potrà beneficiare dell'effetto sostitutivo. La singolare circostanza della coincidenza nella stessa persona delle due funzioni, una delle quali la legge espressamente sottopone alla vigilanza dell'altra, anche se non determina in linea di principio incompatibilità, impone tuttavia maggiori cautele. Il vario articolarsi degli interessi in concreto potrà creare conflitto tra gli stessi, ma sono già nell'ordinamento i criteri per risolverlo. E si dovrà, nella dicotomia delle discipline del fedecompresso e della tutela, accordare prevalenza a quest'ultima, perché poziore».

[6] G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 1039.

[7] Sulle questioni relative alla ipotesi in cui, in alternativa alla persona fisica, il sostituto sia determinato in un ente, cfr. diverse posizioni in M. Talamanca, *Art. 692*, cit.; G. Benedetti, *Art. 197*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, tomo I, parte II, Padova, 1977, 894.

[8] Per una utile e corretta qualificazione del ruolo dei protagonisti di un siffatto programma negoziale (*trustee*, gestore, beneficiario di reddito, beneficiario finale), e per una valutazione di compatibilità con i principi inderogabili della materia successoria, si rinvia ad. A.C. Di Landro, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 1, 47. Per ulteriori approfondimenti sul rapporto tra *trust* e norme dell'ordinamento italiano, si rinvia a tutte le implicazioni evidenziate in S. Bartoli, D. Muritano e C. Romani, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, spec. p. 227 e ss. con riferimento alle differenze con il divieto di sostituzione fedecommissaria, e spec. 258 con riferimento all'art. 549 c.c. Per spunti, C. Romano, *Gli effetti del*

trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario, in *Notariato*, 2014, p. 593 ss., spec. 608; mentre per i rischi di lesione di legittima, cfr. almeno S. D. Puggioni, *Lesione di legittima e trust statunitense*, in *Trusts*, 2018, 1, 9.

- **Antonio Musto**