

Quesito Civilistico n. 162-2018/C. La conversione della sostituzione fedecommissaria in sostituzione volgare.

Risposta del 23 luglio 2018

Si pone un quesito in tema di sostituzione fedecommissaria, prospettando un testamento olografo contenente la seguente clausola: *Lascio esclusivamente i miei averi mobili e immobili a mio marito Caio ed alla sua morte passeranno a mia figlia Tizietta.*

All'apertura della successione, il marito Caio risulta premorto mentre la figlia Tizietta è in vita.

Si chiede di conoscere, pertanto, se tale clausola testamentaria a carattere fedecommissario sia:

- 1) nulla, in base all'art. 692, comma 5, in quanto, non costituendo una ipotesi di sostituzione *ex art.* 688 c.c., realizza ogni altro caso in cui la sostituzione fedecommissaria è vietata;
- 2) interpretabile alla stregua di una ipotesi di sostituzione *ex art.* 688 c.c., facendo applicazione del principio della conservazione del testamento;
- 3) interpretabile alla stregua di una ipotesi di istituzione del marito nell'usufrutto e della figlia nella nuda proprietà, sempre facendo applicazione del principio della conservazione del testamento.

Nel rispondere al quesito bisogna preliminarmente interpretare la disposizione testamentaria in questione, per determinare se il testatore abbia voluto disporre:

- una sostituzione fedecommissaria vietata *ex art.* 692, comma 5, c.c.;
- una sostituzione ordinaria *ex art.* 688 c.c.;
- una attribuzione separata e simultanea a soggetti diversi della nuda proprietà e dell'usufrutto dei beni ereditari;

Nel fare ciò, si deve necessariamente muovere dalla ricerca della effettiva volontà del “*de cuius*”, attraverso l'analisi delle finalità che il testatore intendeva perseguire, oltre che attraverso il contenuto testuale della scheda testamentaria^[1]. Questo compito è esclusivo del giudice di merito, risolvendosi in un accertamento di fatto, nel senso che è a lui solo riservata la scelta e la valutazione degli elementi di giudizio più idonei a ricostruire la predetta volontà. Pertanto, le seguenti indicazioni costituiscono una mera ipotesi di ragionamento, esulando dalle attività di questo Ufficio ogni indagine sulle clausole contenute nella scheda testamentaria.

Tanto premesso, bisogna rilevare che, in assenza dei presupposti in base ai quali la legge eccezionalmente la consente (art. 692 c.c.), la sostituzione fedecommissaria è vietata ogniquale volta il testatore imponga all'erede o al legatario (c.d. istituito) l'obbligo di conservare i beni ricevuti per restituirli, alla sua morte, alla persona (o alle persone) designate dal testatore stesso (c.d. sostituiti)^[2].

Dal fedecommissario tipico va tenuto distinto il c.d. fedecommissario *de residuo*, anch'esso è vietato, che «si caratterizza, invero, al pari del fedecommissario tipico, per la duplice vocazione e per l'ordine successivo delle chiamate, ma si distingue, invece, da quest'ultimo in quanto non vi è per l'istituito l'obbligo di conservare ma solo di restituire: solo il c.d. residuo verrà, cioè, automaticamente, per effetto della morte del primo chiamato, sulla base dell'originaria disposizione testamentaria, devoluto al chiamato successivo. Il beneficiario istituito, sia esso erede o legatario, potrà pertanto liberamente disporre dei beni ricevuti per atti tra vivi, essendogli preclusa unicamente la possibilità di disporre dei medesimi per testamento»^[3].

Nel caso di specie, stando alla clausola riportata nel testamento olografo, sembra possibile riconoscere l'esistenza di una sostituzione fedecommissaria *de residuo* vietata, ricorrendone tutti i presupposti:

- la doppia vocazione, intesa quale chiamata alla successione di più soggetti (il marito Caio e la figlia Tizietta), rispetto ai medesimi beni (averi mobili e immobili) e allo stesso titolo (entrambi chiamati alla successione come erede)[4];
- l'ordine successivo di chiamata, in virtù del quale il sostituto (la figlia Tizietta) subentra all'istituito (il marito Caio) soltanto al momento e per effetto della morte di quest'ultimo e in forza della volontà del defunto per come espressa nel testamento olografo;
- l'obbligo imposto all'istituito di restituire, alla sua morte, i beni conservati che *alla sua morte passeranno* alla figlia Tizietta.

Questo è vero fino ad un certo punto.

La premorienza del marito Caio ha impedito che all'apertura della successione potessero operare tutti i sopra descritti elementi costitutivi del fedecommissario. Rimane infatti inefficace la istituzione del marito Caio. Resta, pertanto, da stabilire se, anche in questo caso, una disposizione testamentaria di tal fatta conduca *tout court* alla nullità *ex art. 692, ult. comma, c.c.*, con conseguente applicabilità delle regole della successione legittima[5], oppure se possa attribuirsi rilevanza giuridica alla circostanza di fatto della premorienza dell'istituito valga a salvaguardare l'efficacia della previsione testamentaria - attraverso una sorta di ri-qualificazione *ex post* della stessa in termini di sostituzione ordinaria oppure di istituzione testamentaria nell'usufrutto (dell'istituito premorto) e nella nuda proprietà (della sostituita vivente)[6] - dando così luogo ad una vocazione diretta a favore di quest'ultima.

In altri termini, va chiarito se la disposizione a favore della successiva chiamata (vale a dire della figlia Tizietta):

- 1) cada, comunque, per nullità della disposizione a carattere fedecommissario contenuta nel testamento, con la conseguenza che debba farsi luogo alla devoluzione della eredità *ex lege*;
- 2) se possa sopravvivere in qualche modo, facendo ricorso per via interpretativa al meccanismo ora della sostituzione ordinaria *ex art. 688 c.c.* ora della istituzione testamentaria nell'usufrutto (dell'istituito premorto) e nella nuda proprietà (del sostituito vivente);

Fra le alternative prospettate, a parere di chi scrive, la soluzione sembra potersi ritrovare nelle pieghe, di risalenti e maggiormente recenti, pronuncianti giurisprudenziali[7].

In base all'indirizzo costante della giurisprudenza, di seguito riportato, e della prevalente dottrina[8], nel caso di premorienza dell'istituito fedecommissariamente, la sostituzione fedecommissaria si converte in sostituzione ordinaria e conserva tutti i suoi effetti verso i sostitutivi, vale a dire diventa senz'altro efficace nel nostro caso la disposizione a favore della figlia Tizietta, pervenendo così direttamente i beni a quest'ultima all'apertura della successione del testatore.

A fondamento di questa conclusione si adducono principalmente due argomenti: per un verso, l'interpretazione conservativa del testamento, sorretta dalla presunta volontà del defunto[9]; per un altro verso, l'applicazione analogica ai negozi a causa di morte del principio di conservazione del negozio originariamente nullo previsto dall'art. 1424 c.c. per i contratti[10].

Nel solco indicato sono ascrivibili, al netto di isolate voci contrarie dottrinarie[11], le seguenti pronunce di merito[12] e di legittimità.

In particolare la Corte di Cassazione[\[13\]](#) fa perno su tre punti fondamentali.

Innanzitutto, bisogna avere riguardo al momento dell'apertura della successione per l'accertamento della validità delle disposizioni testamentarie e della capacità a succedere. Per tale motivo, non si può «ravvisare alcuna sostituzione fedecommissaria e, quindi, alcuna nullità della disposizione, ove, in tale momento, dell'istituto non ricorrano, di fatto, gli elementi costitutivi e non possa trovare, pertanto, applicazione il divieto normativo; mancando, infatti, nell'ipotesi di premorienza dell'istituto al testatore, la stessa materiale possibilità che si verifichi la vietata acquisizione della qualità ereditaria da parte di due soggetti, istituito e sostituito, in ordine successivo e con onere per il primo di trasmettere al secondo, può fondatamente ritenersi, in applicazione tanto del principio di conversione ex art. 1424 CC quanto del principio di conservazione ex art. 1367 CC, che la volontà di beneficiare espressa dal testatore abbia finito, in tal caso, con l'investire immediatamente e direttamente il solo soggetto rimasto tra quelli indicati nella disposizione in quanto chiamato diretto e non più successivo».

In secondo luogo va tenuto nel dovuto rispetto ed in corretta interpretazione l'originaria volontà del testatore di far pervenire in definitiva i propri beni al sostituito, com'è dimostrato dalla mancata revoca del testamento o della sua modificazione dopo la morte dell'istituto. Non avendolo fatto, in tale comportamento negativo del testatore, possono ravvisate, in sede d'interpretazione del testamento, «sia una presa d'atto della sopravvenuta impossibilità della prima parte della disposizione, sia un'implicita ma inequivoca contestuale conferma della seconda parte della stessa in quanto ritenuta non influenzata dall'evento impeditivo della prima, questa evidentemente considerata ormai dal testatore, per esserne venuta meno la funzione di realizzare una temporanea disponibilità dei beni da parte dell'istituto in attesa della loro finale trasmissione al sostituito, *tamquam non esset*».

L'ultimo aspetto di rilievo riguarda la funzione del divieto di sostituzione fedecommissaria. La Corte ricorda come la sua funzione «va ravvisata, non solo e non tanto nella tutela dell'interesse del primo istituito a liberamente disporre, così in vita come per il tempo successivo alla propria morte, dei beni pervenutigli in eredità, quanto anche, e soprattutto, nell'interesse della collettività alla libera circolazione dei beni, diversamente immobilizzati e sottratti alla loro naturale commerciabilità, che comporta l'esigenza d'evitarne qualsiasi impedimento per un periodo più o meno lungo relativamente ai beni ricompresi nell'asse ereditario, interesse che rimarrebbe leso ove fosse rispettato l'obbligo imposto dal testatore al primo istituito di conservare i beni per trasmetterli poi al secondo; per il che la norma persegue essenzialmente la realizzazione dell'interesse collettivo a prevenire ed impedire il determinarsi d'una situazione inconciliabile con i principi regolatori dell'economia nazionale, se pure in via mediata attraverso la tutela dell'interesse del singolo alla libera disponibilità dei beni pervenutigli in successione, mentre le è del tutto estranea la considerazione dell'interesse d'altri eventuali aspiranti alla successione. La nullità comminata dalla norma in relazione all'astratta fattispecie previstavi non ha, pertanto, in relazione al caso concreto quale manifestatosi al momento dell'apertura della successione, possibilità alcuna d'essere ravvisata, essendone venuti meno i presupposti di fatto e, quindi, le ragioni giustificative, tanto sotto l'uno quanto sotto l'altro dei profili d'interesse presi in considerazione, del singolo come della collettività, allorquando, premorto l'istituto al disponente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo l'eredità si devolva direttamente all'unico soggetto rimasto tra quelli dallo stesso indicati, nel previsto ordine temporale, come destinatari dei propri beni; ciò cui non osta la possibile invalidità della disposizione testamentaria nel suo complesso all'atto della sua redazione, in quanto, come è stato giustamente rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza già sopra richiamate, la norma sanziona non l'intenzione ma il fatto, se ed in quanto questo sussista al momento in cui il comando in essa contenuto deve trovare applicazione».

Facendo applicazione delle regole fin qui enunciate, nel caso in esame, è possibile pervenire alla conclusione che la parte di eredità di mobili e immobili, come disposta dal defunto, è direttamente devoluta alla figlia Tizietta (sostituita) per premorienza del marito Caio (istituito). Tale conclusione

risulta conforme ai richiamati principi elaborati dai principali indirizzi giurisprudenza che si sono innanzi richiamati, mentre non possono essere condivise le difformi tesi svolte in segno contrario. Risulta evidente, nel caso di specie, che era intenzione del defunto beneficiare la figlia Tizietta, sia pur garantendo al marito Caio la titolarità dei suoi beni vita natural durante.

[1] Cass., 18 luglio 2005, n. 15130, in *Riv. not.*, 2006, 783, con nota I. La Mendola, *Sull'interpretazione conservativa di una disposizione olografa in relazione al divieto di sostituzione fedecommissaria*: «In tema di interpretazione del testamento, al fine di stabilire se sia stata prevista l'attribuzione separata e simultanea a soggetti diversi della nuda proprietà e dell'usufrutto dei beni ereditari ovvero se sia configurabile la sostituzione fedecommissaria di colui che, essendo stato designato erede universale, sia obbligato - in virtù di una duplice chiamata secondo un ordine successivo - a conservare e restituire alla propria morte i beni a favore del sostituito, al quale viene trasmesso il medesimo diritto attribuito all'istituto, l'indagine non può limitarsi a valorizzare esclusivamente l'espressione "vita natural durante" usata dal testatore con riferimento alla disposizione a favore di uno dei soggetti onorati; infatti, la durata della vita del beneficiario assume rilievo sia nel caso in cui sia attribuito il diritto di usufrutto, sia nell'ipotesi in cui venga conferito il diritto di proprietà piena a favore dell'istituto nella sostituzione fedecommissaria, atteso che la durata della vita dell'usufruttuario costituisce la misura temporale del diritto reale conferito ed è al termine della vita dell'onorato che diventa operante la chiamata dei sostituiti nella sostituzione fedecommissaria»; Cass., 18 settembre 1998, n. 9320, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 110, con nota Belloni; in *Giur. It.*, 1999, 5, con nota E. Bergamo, *Interpretazione della volontà testamentaria, fedecommissario ed attribuzione disgiunta dell'usufrutto e della nuda proprietà: una fattispecie ricorrente*: «L'interpretazione di una disposizione testamentaria volta a determinare se il testatore abbia voluto disporre una sostituzione fedecommissaria o una costituzione testamentaria di usufrutto, deve necessariamente muovere dalla ricerca della effettiva volontà del "de cuius", attraverso l'analisi delle finalità che il testatore intendeva perseguire, oltre che attraverso il contenuto testuale della scheda testamentaria»; Cass., 31 gennaio 2011, n. 2172, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, 604 nota di D. Tessera, *Il divieto di sostituzione fedecommissaria tra conservazione del testamento e certezza del diritto*: «L'interpretazione di una disposizione testamentaria volta a determinare se il testatore abbia voluto disporre una sostituzione fedecommissaria o una costituzione testamentaria di usufrutto deve muovere dalla ricerca della effettiva volontà del "de cuius", attraverso l'analisi delle finalità che il testatore intendeva perseguire, oltre che mediante il contenuto testuale della scheda testamentaria, con la conseguenza che la disposizione con la quale il "de cuius" lascia a persone diverse rispettivamente l'usufrutto e la nuda proprietà di uno stesso bene (o dell'intero complesso dei beni ereditari) non integra gli estremi della sostituzione fedecommissaria (ma quelli di una formale istituzione di erede) quando le disposizioni siano dirette e simultanee e non in ordine successivo, i chiamati non succedano l'uno all'altro, ma direttamente al testatore, e la consolidazione tra usufrutto e nuda proprietà costituisca un effetto non della successione, ma della "vis expansiva" della proprietà».

[2] Cass., 7 ottobre 1974, n. 2632, *Mass. Giur. It.*, 1974: «È da ritenere fedecommissario, vietato dall'art. 699 c.c. 1865 ed anche, attualmente, nei limiti di cui all'art. 692 c.c., quella disposizione testamentaria comunque articolata che conferisca secondo un ordine successivo determinati beni ad un istituto per la durata della sua vita ed i medesimi beni ad un altro soggetto (sostituito) dopo la morte del primo, con l'effetto di far gravare sulla situazione giuridica del primo un vincolo reale a favore del secondo». Per approfondimenti, Pacia Romana, *Sostituzione fedecommissaria fra tradizione e modernità*, in *Riv. not.*, 2008, 555.

[3] A. Todeschini, *L'interpretazione del testamento: tra fedecommesso de residuo e attribuzione separata della nuda proprietà e dell'usufrutto*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 10, 918. Ivi per riferimenti bibliografici. In giurisprudenza, almeno, «l'imposizione dell'obbligo di conservazione è estranea, per definizione, al fedecommesso de residuo - anch'esso affetto dalla nullità comminata dall'art. 692 c.c. - che la Corte d'appello ha ravvisato nella sostituzione disposta dalla *de cuius*, proprio perchè costei non aveva stabilito il divieto per la sorella di alienare i beni nella cui proprietà doveva subentrare suo figlio, confidando che li avrebbe conservati per lui. É dunque ininfluyente che il suddetto obbligo non fosse stato sancito nel testamento, essendo comunque presente l'elemento della duplice vocazione in ordine successivo».

[4] Cass., 20 dicembre 1969, n. 4016, *Mass. Giur. It.*, 1969: «La duplice delazione sui medesimi beni o su parte di essi, può avvenire per lo stesso titolo od anche per un titolo diverso (ad esempio: il primo viene chiamato alla successione come erede; il secondo come legatario per un bene determinato), senza che venga meno il vincolo fedecommissorio e quindi, il divieto posto dall'art. 692 c.c. Ove, invece, il testatore con la medesima disposizione testamentaria lasci a due diverse persone, rispettivamente, la nuda proprietà e l'usufrutto di uno stesso bene, non ricorrono gli estremi della sostituzione fedecommissoria in quanto: a) se le disposizioni sono due, esse, tuttavia sono entrambe dirette e simultanee e non in ordine successivo; b) i chiamati non succedono l'uno all'altro, ma direttamente al testatore; c) la consolidazione dell'usufrutto con la nuda proprietà, quando si verificherà, costituisce un effetto non della successione, bensì della vis espansiva della proprietà».

[5] Trib. Sulmona, 30 luglio 2004, «Laddove il “*de cuius*” abbia redatto un testamento olografo, questo è da considerarsi nullo ove sussista un'ipotesi di sostituzione fedecommissaria vietata dall'art. 692, ultimo comma, del cod. civ. Di conseguenza, non sussiste una vocazione testamentaria bensì una vocazione legittima, ma indipendentemente da questa distinzione, quando l'accettazione dell'eredità non è esercitata nel termine di dieci anni o non si è posto in essere un comportamento, da cui arguire una accettazione tacita della chiamata ereditaria, si perde definitivamente il diritto di accettare l'eredità».

[6] Secondo l'insegnamento della giurisprudenza «la disposizione con la quale il *de cuius* lascia a persone diverse rispettivamente l'usufrutto e la nuda proprietà di uno stesso bene (o dell'intero complesso dei beni ereditari) non integra gli estremi della sostituzione fedecommissaria (ma quelli di una formale istituzione di erede) quando - siccome nel caso di specie - le disposizioni siano dirette e simultanee e non in ordine successivo, i chiamati non succedano l'uno all'altro, ma direttamente al testatore, e la consolidazione tra usufrutto e nuda proprietà costituisca un effetto non della successione, ma della “*vis espansiva*” della proprietà (cfr. Cass. 24.2.2009, n. 4435). Ovvero (...) sono valide le clausole di ultima volontà che prevedono l'attribuzione dell'usufrutto vitalizio ad un soggetto diverso da quello a cui è attribuita la nuda proprietà, a meno che non si tratti di sostituzione fedecommissaria vietata, la quale ricorre allorché il designato usufruttuario - il che non è nella fattispecie - risulti l'effettivo erede, a causa dei poteri di disposizione attribuitigli in contrasto con la struttura propria del diritto di usufrutto, ed il nudo proprietario risulti, così, solo chiamato a subentrargli nell'eredità al momento della di lui morte (Cass. 21.6.1995, n. 7035)» Cass., 19 luglio 2017, n. 17751; ancora, Cass., 1° settembre 1993, n. 9252, in *Riv. not.*, 1994, 1142: «La clausola testamentaria contenente due disposizioni, l'una attributiva di usufrutto generale e l'altra della nuda proprietà, non integra il divieto di fedecommesso in ragione della simultaneità della chiamata del nudo proprietario e dell'usufruttuario»; Cass., 3 febbraio 1993, n. 1320 *Giust. Civ.*, 1994, I, 499 nota di Di Mauro; Trib. Viterbo, 4 giugno 1985, in *Giur. di Merito*, 1986, 4 nota di Azzariti; *Temi Rom.*, 1985, 781 nota di Giuliani: «La disposizione testamentaria attributiva dell'usufrutto di tutti i beni dell'asse a favore della vedova del *de cuius* e della nuda proprietà degli stessi beni a favore dei nipoti del testatore non contiene una sostituzione fedecommissaria vietata».

[7] Cass. Roma, 12 giugno 1894, in *Foro it.*, 1895, I, 77; Cass., 7 giugno 1956, *ivi*, 1956, I, 1914.

[8] G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, 1049, per la dottrina citata sub nota 2242.

[9] Non è senza rilievo, soprattutto, la presunta volontà del testatore, perché, come si fa acutamente notare, se «il testatore, disponendo la sostituzione fedecommissaria, ha dato prova di volere che i suoi beni, sia pure attraverso o dopo l'istituto, pervenissero in definitiva al sostituto, doveva necessariamente, presumersi, fino a prova contraria, che ciò egli avesse voluto anche caso in cui l'istituto fosse venuto a mancare per premorienza o incapacità, o assenza, o dichiarazione di indegnità, o rinunzia, e che il sostituto fedecommissario venisse chiamato immediatamente come sostituto volgare» G. Azzariti, *Sostituzione fedecommissaria e sostituzione volgare*, in *Giur. merito*, 1983, 19.

[10] Cass., 17 maggio 1969, n. 1701, in *Giust. Civ.*, 1970, 1252 «Nella ricerca della volontà del testatore il *favor testamenti*, cioè il principio di conservazione, fa sì che qualora un testamento o una clausola testamentaria ammetta due interpretazioni, delle quali l'una importerebbe la sua nullità totale o parziale, debba essere preferita quella interpretazione che evita tale nullità e consente alla volontà testamentaria di avere pratica e concreta attuazione».

[11] In senso contrario, considera interamente nulla la disposizione in esame, evidenziando l'impossibilità di sanare una disposizione sulla base di un fatto nuovo estraneo e diverso alla volontà del testatore, Furno, *Fedecompresso e c.d. sostituzione volgare implicita*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, II, 1204. Più di recente, L. Battaglia, *Fedecompresso e sostituzione volgare implicita*, in *Corr. Giur.*, 2005, 522.

[12] Trib. Vigevano, 9 febbraio 1982, in *Giur. merito*, 1984, 14, con nota G. Azzariti: «Quando il testatore abbia disposto un fedecompresso “de residuo” e l'istituto gli premuoia, l'eredità si devolve al sostituto, da considerare come sostituto volgare ovvero come chiamato diretto, anche nel caso di fede commesso nullo».

Trib. Messina, 5 ottobre 1993, in *Giur. merito*, 1994, 868, con nota critica F. Cintioli, *Conversione del fedecompresso de residuo in sostituzione volgare e ambito soggettivo della rappresentazione in linea collaterale*: «Nell'ipotesi in cui sia stato disposto un fedecompresso “de residuo” ed il primo istituito sia premorto al “de cuius”, la sostituzione fedecommissaria si converte in sostituzione ordinaria e conserva i suoi effetti verso i sostituiti, purché nel contesto della disposizione emerga con chiarezza l'intento del testatore di beneficiarli del lascito».

Corte Appello Roma, 14 gennaio 2000, in *Vita not.*, 2000, 753, con nota R. Buttita, *Sostituzione fedecommissaria e sostituzione ordinaria*: «L'originaria invalidità della sostituzione fedecommissaria non può tradursi nell'invalidità della seconda istituzione, operante in concreto come sostituzione ordinaria, attesoché, all'atto dell'apertura della successione venga a residuare quale unica istituzione in concreto possibile, in luogo di quella originaria. Cosicché, in virtù del principio ermeneutico volto al rispetto ed al mantenimento della volontà espressa dal testatore, viene considerata valida la seconda istituzione che configura una sostituzione ordinaria».

[13] Cass., 28 giugno 2004, n. 11968, in *Corr. Giur.*, 2005, 522, con nota L. Battaglia, *Fedecompresso e sostituzione volgare implicita*.

- Antonio Musto