

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 2948

Atti di alienazione da parte dell'erede fiduciario di beni gravati dal vincolo fidecommissario

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 2 maggio 2001

E' stato posto il quesito concernente la sorte degli atti dispositivi di beni oggetto di sostituzione fidecommissaria, compiuti dall'istituito senza il necessario "consenso" dell'autorità giudiziaria.

È noto che l'istituito con fedecommissario è il figlio, il discendente, od il coniuge del testatore, che sia interdetto, o che, se minore d'età, si trovi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nell'ultimo anno della sua minore età intervenga la pronuncia di interdizione, e che sia nominato erede o legatario con l'obbligo di conservare o restituire a coloro che, siano essi persona fisica od ente, sotto la vigilanza del tutore abbiano avuto cura del medesimo. L'art. 693 c.c. dispone che tale istituito "ha il godimento e la libera amministrazione dei beni che formano oggetto della sostituzione, e può stare in giudizio per tutte le azioni relative ai beni dei medesimi. Egli può, altresì, compiere tutte le innovazioni dirette ad una migliore utilizzazione dei beni" **(1)**. Siffatta disposizione, rimasta vigente dopo la novella del 1975 che ha ridisegnato l'istituto della sostituzione fidecommissaria, attribuendogli un'evidente natura assistenziale, in luogo della funzione familiare che esso aveva in precedenza quando era rivolto essenzialmente a mantenere l'unità del patrimonio ereditario, attribuisce invero all'erede istituito il potere di ricavare tutti i vantaggi possibili dall'uso diretto od indiretto dei beni oggetto dell'attribuzione testamentaria, ivi compresa la percezione di frutti naturali e civili **(2)**.

L'art. 694 c.c., inoltre, statuisce che "L'autorità giudiziaria può consentire l'alienazione dei beni che formano oggetto della sostituzione in caso di utilità evidente, disponendo il reimpiego delle somme ricavate. Può anche essere consentita con le necessarie cautele, la costituzione d'ipoteche sui beni medesimi a garanzia di crediti destinati a miglioramenti e trasformazioni fondiari." Deve preliminarmente

osservarsi al riguardo, che l'istituto, prima dell'accettazione dell'eredità, si trova, in realtà, nella mera posizione di delato ed avrà di conseguenza esclusivamente i poteri di cui all'art. 460 c.c.. Solo, infatti, dopo aver accettato, con le forme di rito richieste dalla sua peculiare qualità soggettiva, egli verserà nella situazione giuridica delineata dagli art. 692 c.c. e seguenti del Codice civile ed avrà l'amministrazione dei beni attribuitigli, naturalmente con l'obbligo di conservarli e restituirli al momento della sua morte a favore del sostituto.

E', a tale proposito, evidente che l'erede fiduciario anche dopo aver accettato, non può incondizionatamente e liberamente disporre dei beni oggetto della disposizione testamentaria a suo favore, atteso che, comunque, il limite che afferisce alla sua proprietà si trasferirebbe all'acquirente, essendo il fedecommesso assistito da un'indisponibilità di tipo reale, in forza del disposto dell'art. 1357 cc., di generale valenza.

Può, tuttavia, in concreto, verificarsi l'ipotesi che al terzo di buona fede, acquirente dall'erede fiduciario di un bene mobile, non sia opponibile il limite del fedecommesso da parte del sostituto, proprio a causa dell'applicazione alla fattispecie della disciplina di cui all'art. 1153 c.c. relativa all'acquisto del possesso di buona fede **(3)**.

L'art. 2660, comma 2°, n.6, c.c. impone, invece, quanto ai beni immobili e mobili registrati, l'indicazione nella trascrizione dell'acquisto per causa di morte che l'attribuzione è avvenuta a titolo di fedecommesso, proprio a tutela dei terzi. Si deve, al riguardo, sottolineare che l'eventuale difettosa trascrizione del vincolo suddetto non è però opponibile al terzo di buona fede avente causa dall'istituto nel rispetto delle forme tutorie degli incapaci, proprio in forza dell'applicazione della disciplina dell'erede apparente. La dottrina **(4)** ha, peraltro, escluso la identificazione dell'erede fiduciario con un eventuale titolare temporaneo dell'eredità, nel senso che il primo non può cedere a terzi i beni sottoposti a vincolo sia pure sotto condizione risolutiva, a differenza di quanto sarebbe piuttosto consentito al titolare di una situazione giuridica risolutivamente condizionata *tout court*, ai sensi dell'art. 1357 c.c.. Infatti, se è vero che i creditori personali dell'istituto non possono che agire, a norma dell'art. 695 c.c., sui frutti dei beni vincolati a lui attribuiti e non su di essi direttamente, (a differenza dei creditori dell'usufruttuario e del titolare di diritti risolutivamente condizionati), e se è vero che, conseguentemente, l'alienazione forzata di siffatti beni non è ammissibile, non appare neppure evidentemente ipotizzabile la cessione volontaria *tout court* da parte dell'erede fiduciario. Un siffatto atto sarebbe, allora, "assolutamente improduttivo di effetti" **(5)**.

L'erede fiduciario, pertanto, potrà solo eventualmente disporre, nelle forme tutorie previste dal legislatore per il suo peculiare stato soggettivo, dei diritti dei quali è titolare sotto la condizione sospensiva dell'eventuale mancato operare della

sostituzione; in tal modo, non solo non lederà i diritti del sostituito, ma neppure violerà il disposto dell'art. 695 c.c., che vieta l'alienazione del suo diritto attuale. L'atto dispositivo sarà efficace, infatti, se ed allorquando la sostituzione non abbia luogo per qualsiasi causa.

L'art. 694 c.c. sopra ricordato consente, tuttavia, all'istituto innanzitutto di disporre "efficacemente" nei confronti del sostituito, procedendo ad atti di alienazione dei beni oggetto della disposizione fidecommissaria in caso di utilità evidente, disponendo il reimpiego delle somme ricavate. Con l'espressione "utilità evidente", in particolare, si ha riguardo nella fattispecie in esame non solo agli atti utili per il mantenimento del patrimonio oggetto di sostituzione, ma anche agli atti "necessari" a tale scopo, senza i quali, in altre parole, il compendio attribuito potrebbe deteriorarsi o, addirittura, venire meno. La variazione della *ratio* dell'istituto della sostituzione fidecommissaria, a seguito della novella del 1975, nel senso di attribuire maggior attenzione all'aspetto soggettivo dell'erede fiduciario, importa, inoltre, che all'interno della suddetta "categoria" dell'"utilità evidente" non possano non farsi rientrare anche gli atti necessari per il mantenimento e per i bisogni personali inderogabili dell'istituto. E', infatti, vero che all'attribuzione fidecommissaria si accompagna l'obbligo specifico della restituzione dei beni che ne formano l'oggetto, ma il nuovo carattere di siffatta disposizione impone un'interpretazione in linea con la nuova funzione attribuita dal legislatore all'istituto giuridico stesso **(6)**.

L'autorità giudiziaria che consente l'alienazione alle ricordate condizioni deve, poi, disporre il reimpiego delle somme ricavate. Tale elemento non può evidentemente consistere, tuttavia, solo nel mero acquisto di altri beni; il legislatore, insomma, ha inteso, in forza del principio della surrogazione che emerge dalla struttura della fattispecie in esame e dalla funzione propria del provvedimento onorario *in subiecta materia*, che il corrispettivo della cessione venga, in un certo qual modo, a far parte del compendio oggetto della sostituzione, in quanto possibile. Appaiono, in tale luce, ammissibili, allora, sia la permuta di beni oggetto dell'attribuzione con altri beni che ne tengano luogo, nonché il conferimento degli stessi in società di persone o di capitali **(7)**.

Lo stesso articolo 694 c.c. ammette, inoltre, la costituzione di ipoteche sui beni oggetto dell'attribuzione fidecommissaria da parte dell'istituto, a garanzia di crediti contratti per realizzare miglioramenti o trasformazioni fondiari. Un orientamento dottrinale **(8)** ha affermato che l'erede fiduciario potrebbe contrarre mutui anche per scopi diversi da quelli enunciati nella citata norma, purché rispondenti all'esigenza fondamentale di conservare il compendio attribuitogli, dovendosi l'istituto altrimenti veder costretto a cedere i beni oggetto dell'assegnazione.

E', tuttavia, preferibile l'impostazione della dottrina **(9)** che ha sostenuto la tassatività degli scopi dei crediti a garanzia dei quali è ammessa la iscrizione ipote-

caria su tali beni, con conseguente evidente divieto di interpretazione analogica. Il tenore del dettato normativo non lascia spazio a dubbi sull'intento del legislatore di escludere da siffatta possibilità l'assunzione di qualunque obbligazione di natura diversa da quella esattamente individuata nella citata disposizione del codice. In concreto, è bene ricordare che andrà autorizzato non solo l'atto di iscrizione ipotecaria, ma pure il contratto obbligatorio di mutuo, affinché anch'esso rientri nel compendio fidecommissario e, conseguentemente, alla morte dell'istituto si trasferisca al sostituto e non agli eredi del primo chiamato. Quest'ultimo, infatti, in assenza di un siffatto provvedimento tutorio, avrebbe tutto l'interesse a non pagare tale debito in modo che di esso, seppur garantito dall'ipoteca, ne rispondano solo i beni oggetto del compendio e non i suoi personali. Tale autorizzazione avrà, poi, l'ulteriore evidente effetto di consentire all'istituto di ottenere la restituzione di quanto avrà versato in soddisfazione del mutuo medesimo, come autorizzato.

Gli atti consentiti all'erede fiduciario sono, dunque, quelli che non contrastano con l'obbligo di conservazione, pur eccedendo l'ordinaria amministrazione. L'art. 694 c.c., allora, va interpretato anziché nel mero significato letterale che ammetterebbe esclusivamente l'alienazione in caso di utilità evidente con obbligo del reimpiego e la costituzione di ipoteche a garanzia di crediti destinati a miglioramenti e trasformazioni fondiari, più in generale in quello secondo il quale qualunque atto di straordinaria amministrazione è possibile, purché non contrasti con la suddetta finalità **(10)**. Possono, quindi, ritenersi ricompresi in tale ambito anche atti divisionali, nonché transazione e compromesso.

Per poter procedere all'alienazione o alla costituzione di un'ipoteca sui beni oggetto della sostituzione fidecommissaria è necessario, recita l'art. 694 c.c., il "consenso" dell'autorità giudiziaria. Siffatto "consenso", menzionato dalla disposizione ora ricordata, è, senza alcun dubbio, un'"autorizzazione" nel senso proprio del termine. E' questo, infatti, un punto fermo che emerge dall'esame della rara dottrina **(11)** che si è occupata della materia, nonostante l'improprietà evidente dell'uso del termine. Detto consenso da parte del giudice competente all'istituto rimuove, infatti, un limite alla sua facoltà di disporre ove l'alienazione abbia una sua "utilità evidente", ed ha natura giuridica schiettamente autorizzatoria. L'inalienabilità forzata del diritto del primo chiamato che, come si è visto, è desumibile dal tenore dell'art. 695 c.c., che attribuisce ai creditori personali dell'istituto il potere di agire solo sui frutti dei beni oggetto della sostituzione, impedendo in siffatta ipotesi il ricorso all'espropriazione coatta, conduce, infatti, chiaramente ad escludere anche da parte dello stesso istituto l'ammissibilità di una cessione volontaria, in assenza dell'opportuna autorizzazione.

La *lectio* della suddetta norma pone, inoltre, due ulteriori questioni sulle quali il dibattito è tuttora aperto, come risulta anche dall'esame di recenti contributi. Un

primo problema è relativo all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente ad autorizzare l'atto dispositivo dell'istituto.

Un indirizzo dottrinale **(12)** ha affermato che il procedimento autorizzatorio è, invero, duplice essendo necessaria accanto all'autorizzazione *ex art. 747 c.p.c. e 694 c.c.*, il provvedimento tutorio del giudice che si occupa della protezione dell'incapace istituito erede fiduciario (interdetto o minore per il quale è presumibile che intervenga l'interdizione nel termine di cui all'art. 416 c.c.). I due procedimenti tutori operano infatti in ambiti diversi e per scopi distinti e non è - secondo tale indirizzo - neppure ipotizzabile proprio per tale eterogeneità, affermare l'avvenuto assorbimento della competenza del giudice dell'incapace nella competenza del giudice delle successioni o viceversa. Né, da ultimo, può essere sostenuta la prevalenza delle regole dettate a tutela dell'incapace dal momento che queste ultime norme sono intervenute successivamente, atteso che esse regolano, in realtà, ambiti non coincidenti. L'istituto è, infatti, da una parte, erede beneficiario, in quanto incapace, e, dall'altra, obbligato a conservare e restituire i beni pervenutigli, a favore del sostituto. Tale duplicità di ruolo del provvedimento tutorio - secondo la suddetta impostazione - obbliga il Notaio a richiedere, accanto alla autorizzazione prevista in materia successoria, quella tipica preposta alla tutela dell'incapace .

E', piuttosto, preferibile l'opinione di chi **(13)** ha individuato solo nell'art. 747 c.p.c. la regola che presiede alla procedura onoraria in questione. L'autorizzazione è di competenza, infatti, sulla base della recente novella, trattandosi di beni ereditari, sentito in ogni caso il giudice tutelare, esclusivamente del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, in composizione collegiale, ove si tratti di beni immobili, od in composizione monocratica, ove si tratti di beni mobili. Allo stesso giudice spetta il compito di fissare le modalità per la conservazione ed il reimpiego del corrispettivo (art. 748, c.p.c.), ove occorra, qualora non si tratti naturalmente delle ipotesi anche ammissibili di permuta o conferimento in società i beni oggetto della sostituzione fidecommissaria. Secondo tale dottrina, che è da privilegiare proprio perché più vicina allo spirito del legislatore, trattandosi di beni ereditari, è proprio l'assenza di una specifica previsione normativa a far reputare sufficiente il ricorso al giudice di cui all'art. 747c.p.c., previo apposito parere del giudice tutelare, in considerazione del carattere soggettivo dell'istituto (interdetto o minore interdicensi). Sarà l'unico giudice delle successioni a dover tenere conto, contemperandoli, dell'interesse dei creditori e dei legatari e dell'interesse dell'incapace istituito. Detto orientamento ha escluso, inoltre, espressamente che il sostituto fidecommissario debba esser sentito, in sede istruttoria, e, conseguentemente, che egli sia titolare di un diritto a chiedere la revoca dell'autorizzazione ottenuta *ex art. 742 c.p.c.*, in quanto terzo rispetto alla procedura camerale. Va sottolineato, a questo punto, che evidentemente la suddetta autorizzazione, con le cautele del caso, consente

all'istituto di disporre della piena e libera proprietà dei beni e non della proprietà "risolubile" o sospensivamente condizionata **(14)**.

L'adesione all'indirizzo prevalente che afferma la necessità dell'unica autorizzazione ex art. 747 c.p.c. **(15)**, non libera, tuttavia, il campo dalla pluralità di valutazioni sulla sorte di un atto dispositivo compiuto dall'istituto senza il "consenso", pur unico, dell'autorità giudiziaria anche a causa dell'assenza di qualsiasi espressa indicazione normativa al riguardo.

Un Autore **(16)** afferma che l'autorizzazione è data all'istituto non per integrare la sua capacità o legittimazione ad agire, bensì per permettere la opponibilità dell'atto dispositivo al sostituto. La facoltà di alienazione è concessa solo in caso di utilità evidente, tenendo pur sempre presente la finalità di conservazione dei beni oggetto della sostituzione; la *ratio* della norma è quella di rendere possibile la restituzione del complesso ereditario o di parte di esso al sostituto, curandone l'integrità patrimoniale complessiva, al di là della sua analitica composizione. L'atto privo del "consenso giudiziale" è, allora, solo ed esclusivamente inopponibile al sostituto.

Il difetto di autorizzazione, secondo altra dottrina **(17)** che condivide in larga parte quest'ultima impostazione, importa piuttosto "l'inefficacia dell'atto limitatamente al fedecommissario" (o sostituto), al quale l'atto che il fiduciario (o istituto) è tenuto a compiere essendone obbligato, non è "opponibile" "fatti salvi ovviamente gli effetti della trascrizione" (art. 2660, n.6, c.c.).

Un altro orientamento **(18)** sostiene che, essendo sospesa la facoltà di disposizione, l'atto compiuto in difetto di autorizzazione tutoria è invalido per difetto di legittimazione. Tale categoria della "invalidità" è, a sua volta, oggetto di valutazioni non univoche da parte della dottrina. Un Autore **(19)** distingue nella fattispecie due diverse sanzioni, poste a salvaguardia del duplice interesse che le norme intendono tutelare in questa materia, quello dell'incapace, e quello teso alla salvaguardia del compendio ereditario, entrambi sia pure attraverso un unico provvedimento onorario: a difesa dell'incapace è allora posta la tipica azione di annullamento prevista e disciplinata espressamente dall'art. 377 c.c., laddove a tutela del sostituto e, pertanto, dell'integrità del patrimonio successorio, l'*actio ex art. 694 c.c.* diretta ad ottenere l'inefficacia relativa dell'atto compiuto, all'esperimento della quale tuttavia sarebbe legittimato il solo sostituto. Tale soluzione avrebbe poi il pregio di conciliare la tipicità dell'azione di annullamento con la salvaguardia di entrambi gli interessi in gioco. Una pronuncia della Suprema Corte **(20)** sembra, poi, confermare l'assunto dell'annullabilità dell'atto compiuto "senza consenso" del giudice a ciò deputato, sia pure senza distinguere fra tutela dell'incapace e del sostituto.

Altri Autori **(21)** affermano che la nullità è piuttosto la sanzione che meglio tutela gli interessi in gioco, dei creditori ereditari e degli incapaci istituiti. Se è, in-

fatti, vero che la legge prevede e disciplina espressamente le ipotesi di annullabilità, allora la sanzione da applicare nel caso di specie non può che essere quella della nullità, in forza del comma 1° dell'art. 1418 c.c. che recita "il contratto è nullo quando è contrario a norma imperativa, salvo che la legge disponga altrimenti". Propendono per tale impostazione, inoltre, secondo tale dottrina, due considerazioni, una di ordine sistematico ed una di ordine pratico. La prima discende dal fatto che l'annullabilità è testuale, ovverossia deve essere specificamente prevista dal legislatore, laddove la nullità è virtuale (art. 1418 c.c.). La seconda è da individuare nella brevità del termine prescrizione (cinque anni) dal compimento del negozio, che porrebbe ad un rischio eccessivo gli interessi in gioco **(22)**. Il negozio compiuto dall'istituto ed avente ad oggetto i beni fedecommessi è, allora, secondo tale impostazione, radicalmente e insanabilmente nullo.

Può a questo punto, in estrema sintesi, affermarsi che le opinioni dottrinali nella materia *de quo* possono unificarsi, sia pure con le debite differenze fra loro sino ad ora segnalate, nelle categorie della inefficacia o della inopponibilità (nei confronti del sostituto), della annullabilità e della nullità dell'atto compiuto in assenza della debita autorizzazione da parte del giudice delle successioni. E' ben difficile, se non impossibile, tuttavia, attribuire prevalenza all'uno od all'altro orientamento, in assenza peraltro di qualsiasi indicazione proveniente dal dettato normativo, sebbene la dottrina più recente **(23)** sembri preferire la tesi della nullità che appare in astratto più idonea alla salvaguardia degli interessi come delineati a seguito della novella del 19 maggio 1975, n. 151. Il rispetto della funzione assistenziale della fattispecie giuridica in esame, novità della riforma ora ricordata appare, infatti, più garantito se alla violazione del divieto di atti dispositivi di cui all'art. 694 c.c. (che, pur tuttavia, non ha subito mutamenti di sorta, restando eguale nella sua *lectio* originale) faccia seguito la nullità dell'atto medesimo. Deve da ultimo ricordarsi, ancora una volta, che il ricorso da parte del legislatore del termine "consenso" in luogo di quello proprio "autorizzazione", infatti, non è sufficiente per far prevalere l'una impostazione sull'altra.

La *quaestio* dell'ammissibilità di una "sanatoria" *ex post* dell'atto non autorizzato segue poi l'impostazione alla quale si accede relativamente alla sanzione applicabile alla fattispecie. Ove si ammetta che il difetto del provvedimento tutorio renda l'atto dispositivo, pur perfettamente valido *inter partes*, meramente inopponibile al sostituto, quest'ultimo potrà renderlo opponibile nei suoi riguardi con proprio autonomo e successivo atto. Del pari, l'indirizzo che afferma l'inefficacia dell'atto dispositivo privo di autorizzazione **(25)**, non esclude la sanatoria dell'acquisto allorquando "il primo chiamato od i suoi eredi vengano ad acquistare la piena titolarità dell'eredità per il mancare della sostituzione fidecommissaria".

L'orientamento dottrinale che di recente ha confermato l'assunto della radicale

nullità dell'atto non autorizzato **(25)**, piuttosto sostiene conseguentemente che di tale atto potrà essere effettuata solo la rinnovazione, previo idoneo provvedimento tutorio, non essendo consentita la convalida (art. 1423 c.c.). La rinnovazione dell'atto nullo infatti potrà essere rogata, validamente ed efficacemente, solo qualora il giudice competente l'abbia autorizzata ove abbia reputato che essa sia conforme alle indicazioni di cui all'art. 694 c.c..

Giuseppe Trapani

-
- (1) Il terzo comma dell'art. 693 c.c. recita, inoltre, che "All'istituito sono comuni, in quanto applicabili, le norme concernenti l'usufruttuario". Siffatto richiamo normativo tiene evidentemente in conto la differenza giuridica fra la posizione giuridica dell'istituito, titolare di un diritto di proprietà risolubile (in tal senso si esprime la prevalente dottrina, per tutti cfr. M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie Artt. 672-712 in Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca Bologna-Roma 1965, p.344 e ss.; P. LOREFICE, *Dei provvedimenti di successione*, Milano, 1991, p. 124; L. RICCA, voce *Fedecommesso (dir. civ.) in Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, vol. XVIII, p. 120; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, Tomo II, 1982, p. 576-578; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Milano, 1986, vol. III, p. 648) e quella dell'usufruttuario e riguarda essenzialmente l'estensione degli obblighi di redazione dell'inventario e di prestazione della cauzione, salvo idonea dispensa da parte del testatore. La suddetta condizione risolutiva viene individuata dalla sopra citata dottrina nella premorienza al sostituito dell'istituito, in ipotesi in cui il primo sia una persona fisica, o nella sua estinzione giuridica, qualora il secondo sia un ente (art. 696, 2° comma, c.c.), nella inefficacia della delazione del sostituito (in via esemplificativa, per sua incapacità di succedere o di ricevere) nella assenza della cura e dell'assistenza che il sostituito deve avere per l'istituito ed, infine, nella cessazione dello stato di interdizione. Si tratta, insomma, di una *condicio iuris* non retroattiva, dal momento che il sostituito è delato dalla morte dell'istituito e non del testatore (sul punto cfr. *amplius* G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 651-652). Sottolinea che, nel caso di specie, oltre alla sostituzione fidecommissaria, si può ricorrere all'istituto del *trust* A. PALAZZO (in *Le successioni in Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000).
- (2) Sul punto diffusamente G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 658.
- (3) M. Talamanca *op. cit.* p. 380 e G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 674.
- (4) M. TALAMANCA (*op. cit.*, p. 380) ricorda che così come "può apparire erede apparente incondizionato l'erede la cui istituzione è sottoposta a condizione sospensiva o risolutiva; può esser erede apparente definitivo l'erede fiduciario, che è invece un titolare eventualmente temporaneo dell'eredità". L'apparenza va oltre l'ipotesi in cui il non erede si contrappone all'erede, potendo infatti riguardare qualsiasi limitazione che riguardi quest'ultimo. Né, peraltro, il carattere reale dell'indisponibilità viene meno per effetto della mancata pubblicità del vincolo risolvendosi quest'ultimo in un mero obbligo di non fare dell'erede fiduciario assistito da un'azione personale di annullamento, come afferma altra dottrina (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1956-1965, vol. VI, p. 179).
- (5) G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 675; nello stesso senso M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 381 (il quale esclude che comunque una siffatta clausola possa celare un patto successorio vietato); G. CAPOZZI, *op. cit.*, vol. II, p. 579.
- (6) P. LOREFICE, *op. cit.*, p. 124; G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 677; *contra* F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova 1982, p. 536; A. JANNUZZI, *Manuale*

della volontaria giurisdizione, Milano, 1984 p. 607 (il quale giunge ad ammettere, tuttavia, che nel concetto di "utilità evidente" possa farsi rientrare anche "l'alienazione per necessità la quale sia determinata dalla esigenza di impiegare il controvalore per la riparazione straordinaria di altri beni o quando vi sia il pericolo di rovina").

- (7) In tal senso M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 383; G. SANTARCANGELO, *op. cit.* p. 676. Deve, al riguardo, essere segnalato che secondo tali Autori può aversi "reimpiego" anche "nell'utilizzazione delle somme ricavate per apportare miglioramenti, o per pagare passività ereditarie", evitando che i creditori ereditari aggrediscano i beni oggetto del fedecommesso. In tali due ipotesi è chiaro che non potrà verificarsi l'attuazione del detto principio di surrogazione. Deve, da ultimo, sottolinearsi che la partecipazione dell'istituto a società ove ammessa, è soggetta alle relative autorizzazioni tutorie richieste per gli incapaci (cfr. sul punto G. CAPOZZI, *Incapaci e Impresa*, Milano, 1992). Interpreta il reimpiego di cui all'art. 694 c.c., in modo particolarmente rigoroso C. GIANNATTASIO (*Delle Successioni - Successioni testamentarie - (art. 587-712)*, in *Commentario Utet*, Torino, 1978), pur ammettendo la possibilità di autorizzare la permuta dei beni assoggettati a vincolo fidecommissario.
- (8) U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968-1969, vol. II, p. 47.
- (9) M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 384 (il quale afferma la completa erroneità, sotto il profilo della politica legislativa della restrizione) e G. SANTARCANGELO, *op. cit.* p. 676; A. JANNUZZI, *op. cit.*, p. 607 (il quale rileva che in tale caso i beni ipotecati saranno soggetti alla procedura esecutiva prevista dalle leggi speciali).
- (10) P. LOREFICE, *op. cit.* p. 125. G. SANTARCANGELO, in *op. cit.* p. 678, afferma che "l'istituto può stipulare contratti di locazione" aventi ad oggetto i beni della sostituzione fidecommissaria ed, inoltre, che "non si applica la disciplina dell'art. 999 c.c., ma il contratto è opponibile al sostituito". Un altro Autore afferma che l'istituto "potrà costituire servitù attive, ma non servitù passive" (G. CAPOZZI, *op. cit.*, vol. II, p. 580). G. CAPOZZI, *I negozi giuridici sui beni ereditati dall'incapace*, in *Vita Notarile*, 1972, p. 184 e ss. (il quale afferma che l'erede istituito può compiere ogni atto di straordinaria amministrazione e non solo i negozi espressamente indicati dal legislatore nella redazione della norma, poiché "il limite, correlato alla funzione di questa amministrazione, che consiste nel conservare integro il patrimonio al sostituito, nella sua consistenza complessiva, come è confermato dalla necessità del reimpiego"(p. 188)).
- (11) Sul punto espressamente cfr. solo G. BENEDETTI, *sub "art. 694 c.c."*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. V, Padova, 1992, p. 240, il quale afferma che il "consenso dell'autorità giudiziaria si risolve sostanzialmente in un'autorizzazione".
- (12) AA. VV., *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi Padova, 1997, p. 691; G. METITIERI, *Le alienazioni di beni ereditari appartenenti ad incapaci dopo la riforma del diritto di famiglia*, in *Rivista del Notariato*, 1976, I, p. 130; G. AZZARITI, in *Trattato Rescigno, Successioni*, Tomo II, Torino, 1997, p. 345).
- (13) M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 383; G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 240; L. RICCA, *op. cit.*, p. 131; A. JANNUZZI, *op. cit.*, p. 607; P. LOREFICE, *op. cit.*, p. 125; AA.VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2000, p. 58-60; A. JANNUZZI, *op. cit.*, p. 327; G. CAPOZZI, *I negozi giuridici sui beni ereditati dall'incapace*, *op. cit.*, p. 184 e ss.
- E' talmente pacifica la prevalenza dell'impostazione dottrinale in esame che in un recente contributo un Autore così afferma "I problemi di volontaria giurisdizione parrebbero d'agevole soluzione a stregua dell'art. 747, 1° e 2° comma, c.p.c., che prevede l'unitarietà del provvedimento, sì da soddisfare gli interessi eventualmente divergenti dell'interdetto e del sostituito", senza neppure dar conto della contraria opinione (V. DURANTE, voce "*Fedecommesso*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 8).
- (14) G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., vol. II, p. 580, il quale sottolinea che la proprietà è "tendenzialmente destinata al sostituito".
- (15) G. METITIERI, *op. cit.*, p. 137-138, il quale fa discendere alla pluralità di autorizzazioni, una pluralità di sanzioni in base a quale è il provvedimento tutorio non richiesto dalle parti, in assenza del

quale si è stipulato l'atto dell'istituto.

- (16) A. JANNUZZI, *op. cit.*, p. 607. Tale indirizzo trova conferma nella tesi espressa dal Ricca (*op. cit.* p. 132 e ss.) il quale vi aderisce (seppur sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 694 c.c.), solo dopo aver criticato l'orientamento che afferma nel caso di specie l'atto non autorizzato esser nullo, non essendovi un interesse prevalente di ordine generale a presidio del quale è posta la norma, e l'indirizzo che sostiene il rimedio dell'annullabilità, essendo tale rimedio posto a salvaguardia di ipotesi per le quali è testualmente previsto. Il limite di tale impostazione discende tuttavia proprio dal completo mutamento della *ratio* della sostituzione fidecommissaria, a seguito della novella sopra ricordata, oggi posta a salvaguardia non più dell'interesse alla conservazione del patrimonio familiare, bensì dell'interesse della cura e dell'assistenza dell'istituto.
- (17) P. LOREFICE, *op. cit.*, p. 125.
- (18) M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 379, il quale afferma che "l'erede fiduciario non può alienare efficacemente i beni oggetto della sostituzione fedecommissaria", eccezion fatta per l'ipotesi disciplinata dall'art. 694 c.c. . Un'opinione recente afferma che nel presupposto che "il congegno fedecommissario implichi per l'istituto un'indisponibilità temporanea dei beni, reputa l'atto dispositivo, che non sia previamente autorizzato, radicalmente inoperativo, se non addirittura inesistente, per difetto di legittimazione, escludendo ogni possibile sanatoria" (V. DURANTE, *op. cit.*, p. 8).
- (19) G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 240.
- (20) Cass. 6 marzo 1993, n. 2725, non pubblicata ma citata da AA. VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit. p. 59.
- (21) F. MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria*, Roma, 1986, p. 68; C. GANGI, *La successione testamentaria*, Milano 1964, p. 314; G. CAPOZZI, *I negozi giuridici sui beni ereditari dell'incapace*, cit., p. 202.
- (22) Sic G. CAPOZZI, *I negozi giuridici sui beni ereditari dell'incapace*, cit., p. 202, il quale distingue fra la sanzione che colpisce i soggetti (ove gli agenti siano capaci), dalla sanzione che colpisce il negozio, come nel caso in esame ove i soggetti agenti siano incapaci. Afferma tale Autore che non diversa è la sanzione ove l'autorizzazione sia data da un giudice incompetente (ad esempio, dal giudice posto a tutela dell'incapace, piuttosto del giudice delle successioni), dal momento che si tratta della stessa nullità esaminata a proposito dell'atto privo di autorizzazione, sanzione "che colpisce i provvedimenti viziati da competenza funzionale" (p. 202).
- (23) AA. VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit. p. 60. E' al riguardo significativo che un Autore (G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 678) riferisce infine puramente e semplicemente gli orientamenti dottrinali senza assumere alcuna posizione in merito. In generale sul problema delle autorizzazioni tutorie e degli atti compiuti in loro difetto cfr. A. RUOTOLO, *Autorizzazione all'alienazione di beni ereditari del minore*, in C.N.N., *Studi e materiali* 5.1, 1995 – 1997, Milano, 1998, 476 ss..
- (24) M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 382, nota n. 3, il quale aggiunge che ciò non "urta contro il divieto di cessione (attuale) dell'erede fiduciario.
- (25) AA. VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit. p. 59.

(Riproduzione riservata)