GIUSTIZIA CIVILE
ISSN 0017-0631
Anno LXIII Fasc. 3-4 - 2013

Valerio Moscatelli

ATTRIBUZIONE SIMULTANEA DELL'USUFRUTTO E DELLA NUDA PROPRIETÀ SUGLI STESSI BENI RELITTI. RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

[7912] Attribuzione simultanea dell'usufrutto e della nuda proprietà sugli stessi beni relitti. Rassegna di giurisprudenza (*)

Simultaneous Assignment of the Use of Real Property and of Ownership without Use of the Same in Inheritance. Report of Italian Case Law

Nell'articolo si esamina la recente giurisprudenza italiana in tema di attribuzione simultanea dell'usufrutto e della nuda proprietà sugli stessi beni relitti, al fine di chiarire se ciò configuri legato oppure istituzione di erede.

This article analyzes Italian case law in order to clarify whether the provision of a will that attributes the use of real property and ownership without use of the same to two different subjects, falls under succession or inheritance law?

SOMMARIO: 1. La costituzione del diritto di usufrutto. — 2. Natura giuridica della vocazione nell'usufrutto universale. — 3. Rapporti tra lascito di usufrutto universale e sostituzione fedecommissaria. — 4. Il legato di usufrutto con facoltà di alienazione. — 5. Il principio di intangibilità quantitativa della quota di legittima: lascito di usufrutto universale e cautela sociniana. — 6. L'interpretazione della scheda testamentaria e *l'institutio ex re certa.*

1. *La costituzione del diritto di usufrutto.* — Il modo più comune di costituzione dell'usufrutto è il negozio testamentario. Esso può avere ad oggetto sia beni singoli o complessi di cose sia il patrimonio ereditario per intero o limitatamente ad una quota.

Nel caso in cui l'usufrutto sia costituito sull'eredità o su una sua quota, si è in presenza di un usufrutto universale.

Il testatore, per mezzo del negozio testamentario, costituisce un nuovo diritto che non aveva nel suo patrimonio. Tale ipotesi non costituisce una vera e propria successione intesa come sostituzione di un soggetto ad un altro nel medesimo rapporto giuridico e produce l'acquisto dell'usufrutto a titolo derivativo-costitutivo, facendo sorgere l'usufrutto dalla proprietà, come diritto nuovo e distinto da essa, anche se resta collegato alla proprietà stessa.

Non si tratta di un diritto per propria natura intrasmissibile. L'usufruttuario, infatti, ha il potere di disporre in vita del proprio diritto, cedendolo per un certo tempo o per tutta la sua durata. La durata del diritto di usufrutto ceduto rimane commisurata alla vita dell'originario titolare, vale a dire del soggetto, in favore del quale fu costituito, e sarà questo il termine finale del diritto medesimo (art. 980 c.c.) (1).

L'usufrutto si concilia con l'esistenza della proprietà a causa della sua temporaneità la quale costituisce un suo carattere inderogabile.

(*) Scritto sottoposto a procedura di valutazione scientifica.

(1) Nell'ipotesi in cui, invero, il testatore abbia nel proprio patrimonio, un diritto di usufrutto, originariamente costituito a favore di un soggetto diverso da lui e dal *de cuius* stesso acquistato (art. 980 c.c.), tale diritto può nondimeno essere trasferito *mortis causa.* La sua durata rimarrà determinata dalla vita del soggetto a favore del quale fu originariamente costituito.

La nuda proprietà è una proprietà, comprimibile ed elastica, mentre l'usufrutto è un diritto su una cosa non propria che non può espandersi oltre i suoi limiti intrinseci e divenire esso stesso proprietà.

L'usufrutto e la nuda proprietà seguono un regime giuridico diverso. L'usufrutto è soggetto a una serie di cause estintive, non concepibili con la proprietà. La prescrittibilità per non uso (art. 1014) è proprio il carattere distintivo dei *iura in re aliena*, che li differenzia dalla proprietà.

Il negozio costitutivo del diritto di usufrutto può prevedere una durata dell'usufrutto pari alla vita dell'usufruttuario (c.d. « usufrutto vitalizio ») oppure può essere fissato un termine finale di durata dello stesso (art. 979 c.c.).

Si ritiene che la natura temporanea del diritto sia necessaria al fine di evitare la paralisi economica del bene dovuta sia all'impossibile modifica della destinazione originaria sia al limite alla libera circolazione della piena proprietà del bene.

L'art. 979 c.c. è una norma di ordine pubblico, non derogabile con convenzioni volte a costituire un usufrutto perpetuo.

Ne consegue che non è ammesso l'usufrutto successivo. La disposizione con cui è lasciato a più persone successivamente l'usufrutto ha valore solo a favore di quelli che alla morte del testatore si trovano primi chiamati a goderne (art. 698 c.c.).

L'usufrutto è costituito in vista delle necessità, degli interessi, delle condizioni particolari del beneficiario, quindi si pone in stretta connessione con l'*intuitu personae* dell'usufruttuario.

La costituzione del diritto di usufrutto mediante una disposizione testamentaria, avviene in modo diretto attraverso un legato con efficacia reale (c.d. « legato di specie ») costitutivo del diritto. Il negozio testamentario ne costituisce da solo il titolo, seguendo il disposto dell'art. 649, comma 2, secondo il quale l'acquisto del diritto da parte del beneficiario avviene in modo automatico ed immediato al momento dell'apertura della successione.

L'unica ipotesi in cui l'usufrutto trova la sua fonte nella legge è quella a favore del genitore esercente la patria potestà (art. 324 c.c.) (2).

È tuttora discusso se la disposizione dell'usufrutto di tutti o di una quota dei beni ereditari attribuisca la qualità di « erede » ovvero quella di « legatario ».

La Suprema Corte è tornata di recente sul tema attribuendo e poi negando la qualità ereditaria dell'usufruttuario, senza però affermare un'interpretazione univoca (3).

Fino ad ora tale questione era stata prevalentemente posta con riguardo alla posizione del coniuge superstite (usufruttuario *ex lege*), quale risultava dall'art. 127 c.c. precedente la riforma del diritto di famiglia del 1975.

---

(2) Non si devono, però, confondere, in tale ipotesi, i poteri spettanti ai genitori, quali amministratori *ex lege*, e i poteri che a loro competono quali usufruttuari legali. Il potere di modificare la destinazione economica dei beni afferisce alla loro qualità di amministratori *ex lege*, e non a quella di usufruttuario e sarà sottoposta ad autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c. Cfr. De Rosa, *La tutela degli incapaci*, Milano 1962, 268; Jannuzzi, Lorefice, *La volontaria giurisdizione*, 11ª ed., Milano 2006, 105 ss.

(3) Dopo il *revirement* della Suprema Corte che ha affermato, in Cass. 12 settembre 2002 n. 13310 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 644 ss.), la qualità di erede del beneficiario dell'usufrutto generale contrastando la dottrina prevalente, pronuncia seguita anche da Cass. 24 febbraio 2009 n. 4435 (*ivi*, 2009, I, 950), la Cassazione è di recente tornata a negare la qualità ereditaria del lascito con Cass. 26 gennaio 2010 n. 1557. Cfr. anche Trib. Cagliari 2 settembre 2004 n. 1998, in *Riv. giur. sarda*, 2005, 157, nella quale si afferma che ove il testatore assegni l'usufrutto generale dei beni al coniuge e istituisca eredi i nipoti *ex frate*, deve essere riconosciuta all'usufruttuario la qualità di erede e, di conseguenza, la facoltà di abbandono dell'art. 550 c.c.

Tale normativa attribuiva al coniuge superstite, a titolo di successione necessaria, una quota in usufrutto dell'eredità.

L'usufrutto risultava oggetto di una più ampia comunione di diritti eterogenei tra eredi e coniuge superstite. Quest'ultimo veniva così investito di un diritto reale che gli permetteva la partecipazione, insieme agli eredi, a una comunione incidentale di godimento sottoposta alle disposizioni sulla comunione ordinaria (4).

La facoltà di commutazione concessa ai discendenti legittimi è da interpretarsi come diritto potestativo che determina la cessazione tra i coeredi della comunione.

L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza escludeva la qualità di erede in capo al coniuge superstite attribuendole piuttosto quella di legatario.

Una volta costituito il diritto di usufrutto, la disposizione ha esaurito la sua funzione, e l'usufrutto sarà regolato dai principi e dalle regole sue proprie.

2. *Natura giuridica della vocazione nell'usufrutto universale.* — Il negozio testamentario in esame prevede l'attribuzione simultanea dell'usufrutto generale a un soggetto e della nuda proprietà ad un altro soggetto sugli stessi beni relitti.

Si pone il quesito se l'attribuzione dell'usufrutto sull'intero patrimonio sia da qualificare come legato oppure come istituzione di erede, come si ritiene vada qualificata l'istituzione nella nuda proprietà degli stessi beni relitti.

La disposizione di attribuzione simultanea a soggetti diversi dell'usufrutto e della nuda proprietà presenta come elementi caratterizzanti l'efficacia immediata delle due delazioni, la non identità dei diritti che ne sono oggetto e il fatto che la seguente consolidazione non è un fenomeno successorio ma avviene per effetto della successiva estinzione dell'usufrutto.

Lo studio deve considerare anche la prassi che vede impiegare il lascito di usufrutto a favore di un legittimario sotto la veste di un legato sostitutivo della legittima, il quale, se accettato, non attribuisce la qualità di « erede » (5).

Dottrina prevalente (6) e giurisprudenza (7) sostengono che l'attribuzione dell'usufrutto universale ha la natura di legato non solo per la disposizione avente ad oggetto una cosa determinata, ma anche quando sia attribuita l'universalità o

---

(4) Cfr. Cass. 10 gennaio 2011 n. 355 ha dedotto il principio secondo cui al coniuge superstite è attribuita, sin dal momento dell'apertura della successione dell'altro coniuge, la titolarità di un diritto reale che lo rende partecipe di una comunione incidentale impropria o di godimento tra diritti qualitativamente eterogenei. Tale diritto si configura come diritto di usufrutto diffuso *pro-quota* sull'intero asse ereditario. Cfr. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 7ª ed., III, Milano 1947, 475 ss.; Morelli M.R., *La comunione e la divisione ereditaria*, 2ª ed., Torino 1998, 25 ss.

(5) Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte per poter configurare un legato sostitutivo della legittima è necessario che risulti l'intenzione del testatore di soddisfare il legittimario con l'attribuzione di beni determinati senza chiamarlo all'eredità. Tale intento, in mancanza di formule espresse, può desumersi anche dal complessivo contenuto della scheda. Cfr. Cass. 10 giugno 2011 n. 12854, in questa *Rivista*, 2011, I, 2841.

(6) Cfr. Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano 1950; Messineo, *op. cit.*; Gangi, *La successione testamentaria*, Milano 1952, 383-386; Santoro-Passarelli F., *Legato di usufrutto universale*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, 201 ss.; Nicolò, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Commentario del codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro della proprietà*, Firenze 1942, 689; Stolfi, *Sul lascito dell'usufrutto universale*, in *Foro pad.*, 1949, III, 122 ss.; Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, IV, t. 5, Torino 1956, 186 ss.; Mengoni, *Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XLIII, t. 1, Milano 1973, 163 ss.; Bigliazzi Geri, *Usufrutto uso e abitazione*, ivi, XI, t. 1, Milano 1979, 83 ss.; Id., *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Libro secondo delle successioni*, *Art. 587-600*, Bologna-Roma 1994, 105 ss.; Coviello L., *Diritto successorio*, Bari 1962, 65 ss.

(7) Per la giurisprudenza, v., da ultimo, Cass. 26 gennaio 2010 n. 1557, cit.; Cass. 31 gennaio 2011 n. 2172; cfr. anche Cass. 15 febbraio 1979 n. 986.

una quota dei beni ereditari. L'onorato non succede nell'identica posizione giuridica del defunto come avviene, invece, per l'erede.

Un secondo orientamento dottrinale (8) sostiene la chiamata a titolo di erede a favore dell'usufruttuario. La Suprema Corte (9) non ha mancato di recepire tale tesi sostenendo la *vocatio* nell'*universum ius defuncti* a favore del beneficiario dell'usufrutto generale, conferendo in tale modo la qualità di erede, secondo il disposto dell'art. 588, comma 1, c.c. e, di conseguenza, riconoscendo all'onorato il diritto di estendere il diritto anche su quei beni ereditari eventualmente non contemplati dal testatore ma presenti al momento della sua successione.

La dottrina ha ritenuto, al fine di poter decifrare la natura della vocazione, di osservare l'oggetto di questa, cioè la natura del diritto di usufrutto, per poter stabilire se esso possieda i requisiti intrinseci oggettivi idonei ad aiutare l'interprete nella scelta tra una disposizione a titolo universale o particolare.

Centrale è, tra gli elementi considerati, la natura temporanea del diritto di usufrutto la quale appare contraddire il principio *semel heres, semper heres.* L'onorato è titolare di un diritto temporaneo che sembra contrastare con la perpetuità della qualità ereditaria.

La qualità ereditaria, una volta acquisita, però, non si perde per l'alienazione dell'intera eredità o per la rinuncia ai diritti oggetto del lascito, per la consumazione, il perimento o la distruzione dei beni che costituiscono l'eredità. La qualità di erede è oramai acquisita.

È, quindi, opportuno distinguere la perpetuità della qualità di erede dalla perpetuità dei diritti acquistati. Non si può escludere la vocazione ereditaria quando oggetto della delazione sono diritti temporanei perché temporalmente limitata non è la qualità di erede ma il contenuto del diritto e il termine non è elemento della chiamata ma della natura del diritto.

Si assiste da tempo alla previsione positiva di una serie di ipotesi nelle quali la proprietà è indubbiamente temporanea, essendone fissato il termine finale e, di conseguenza, la durata (10).

Esempio positivo di diritto temporaneo nel nostro ordinamento si ritrova nella figura della superficie, che riserva al superficiario le proprietà dell'edificio costruito su suolo altrui e che può essere costituita anche per un tempo determinato, con la conseguenza che, allo scadere del termine, la proprietà del superficiario si estingue automaticamente (art. 952-953).

Gli art. 952, comma 2, e 953 c.c. prevedono che il proprietario possa disporre della proprietà di una costruzione già esistente, separatamente dal suolo sul quale

---

(8) La tesi sostenuta dal Cicu e dal Ferri ritiene che l'usufrutto si estende al complesso dei rapporti e interpreta la volontà testamentaria come tesa a costituire l'usufrutto in funzione di una quota di eredità. Cfr. Cicu, *Natura giuridica della vocazione nell'usufrutto di eredità*, in *Foro it.*, 1938, IV, 134 ss.; Id., *Successioni per causa di morte*, pt. g., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., XLII, t. 1, Milano 1954, 26 ss.; Id., *op. ult. cit.*, ed. 1961, 29 ss.; Id., *Le successioni*, Milano 1947; Ferri L., *Disposizioni generali sulle successioni*, 3ª ed., in *Commentario del codice civile*, cit., *Libro secondo delle successioni*, cit., *Art. 456-511*, Bologna-Roma 1997, 52 ss.

(9) Sostengono che la disposizione testamentaria di attribuzione dell'usufrutto generale sui beni costituisce istituzione di erede e non di legato le seguenti sentenze della Suprema Corte: Cass. 12 settembre 2002 n. 13310, cit.; Cass. 24 febbraio 2009 n. 4435, cit.

(10) Cfr. Allara, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico,* Palermo 1930, 69; Id., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 4ª ed., Torino 1953. Sono ormai diffuse le figure di proprietà temporanea. Per una panoramica sulla multiproprietà, cfr. Alpa, *La multiproprietà nell'esperienza contemporanea*, in *La multiproprietà* a cura di Alpa e Iasiello, Padova 1993, 129 ss.; De Nova, Leo, *La multiproprietà*, Milano 1999; Natoli, *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, Milano 1962; Confortini, *La multiproprietà*, Padova 1983.

essa insiste, prevedendo che gli effetti prodotti siano a tempo determinato. Si ritiene senza dubbio che questa fattispecie configuri un'ipotesi di proprietà temporanea.

L'art. 953 c.c. prevede infatti che la costituzione del diritto può essere fatta a tempo determinato. Il diritto di proprietà superficiaria è destinato ad estinguersi allo scadere del termine, determinando il riespandersi del diritto del proprietario del suolo, il quale, in conformità al principio *superficies solo cedit*, riacquista la titolarità della costruzione (11).

L'autonomia privata nelle disposizioni testamentarie incontra dei limiti connaturati alla particolare natura degli atti a causa di morte. Il termine, infatti, può essere apposto solo alle disposizioni a titolo particolare, mentre per quelle a titolo universale si considera non apposto (art. 637) per il rispetto del principio *semel heres, semper heres.*

Si ammette, però, l'apposizione alle disposizioni a titolo universale o particolare della condizione risolutiva (art. 633) che, al suo verificarsi, determina la perdita di efficacia dell'istituzione stessa con efficacia retroattiva, come se l'istituzione ereditaria non fosse mai avvenuta.

Come per ogni negozio giuridico, la disciplina degli elementi accidentali appartiene al diritto dei contratti alla quale, anche in materia testamentaria è necessario rinviare.

La retroattività della condizione ha natura reale, nel senso che opera *ipso iure*, e ha effetti *erga omnes.* La retroattività non è un elemento essenziale, ma costituisce un effetto naturale della condizione: essa si fonda sulla presunta volontà delle parti, che, quindi, possono stabilire diversamente (art. 1360). Le parti seguendo il disposto dell'art. 1360 potrebbero concludere anche per l'irretroattività della condizione vanificando così l'effetto eliminatorio *ex tunc* e con esso il principio *semel heres, semper heres.*

È tutto da dimostrare che il nostro ordinamento considera come essenziale la perpetuità del diritto oggetto della vocazione ereditaria.

Un altro argomento sul quale la dottrina ha riflettuto al fine di qualificare il lascito è la responsabilità dell'usufruttuario per i debiti ereditari.

L'erede risponde, in quanto tale, dei debiti e dei pesi ereditari a norma degli art. 752 e 754 che disciplinano la responsabilità per i debiti dei coeredi nei rapporti tra loro e verso i creditori.

La tesi che attribuisce alla vocazione la natura di legato è stata sostenuta anche sulla base dell'art. 1010 c.c. il quale dispone espressamente che l'usufruttuario è obbligato a pagare solo le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata. Si sottolinea che se l'usufruttuario fosse erede, al contrario, non potrebbe essere obbligato solamente agli interessi e alle annualità e anche i debiti di capitale dovrebbero essergli addossati per una quota corrispondente al rapporto fra il valore dell'usufrutto e quello dell'intero patrimonio ereditario.

Sull'usufruttuario grava, quindi, il pagamento dei debiti di reddito come le prestazione periodiche, le rendite fondiarie e semplici, i canoni, gli interessi dovuti ai creditori di un capitale; si considerano invece debiti di capitale, che sono invece a carico dell'erede nudo proprietario, le prestazioni non periodiche, le rate di una somma capitale, nonché il capitale dei debiti e dei legati.

---

(11) V., *ex multis*, Messineo, *op. cit.*, 543; Palermo, *La superficie*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, VIII, t. 2, Torino 2008, 3 ss.

Si discute in dottrina se l'usufruttuario che anticipi il capitale, liberando l'erede nudo proprietario, sia legalmente surrogato nei diritti e nelle garanzie del creditore soddisfatto. Dottrina meno recente escludeva questa possibilità perché non ricorrevano nella specie i presupposti dell'art. 1203, n. 3, dal momento che l'usufruttuario non è obbligato a pagare il debito altrui, ma ne ha solo la facoltà. La dottrina prevalente ritiene applicabile nel caso in esame la surrogazione legale osservando che, se l'usufruttuario non è obbligato al pagamento, egli è però indirettamente obbligato, per non perdere l'oggetto del suo diritto, ad estinguere l'obbligazione dell'erede nudo proprietario e in questo come in casi analoghi, nei quali il titolare di un diritto su una cosa è costretto ad adempiere un'obbligazione altrui per evitare l'esecuzione forzata sulla cosa stessa, vi sono le medesime ragioni che sostengono la surrogazione legale.

I sostenitori della natura di legato dell' usufrutto universale ritengono che la norma riguardi solo i rapporti interni tra usufruttuario e nudo proprietario, vero successore nel debito ereditario e, quindi, che l'usufruttuario universale non sia direttamente obbligato verso i creditori. Tali obblighi sussistono solo nei confronti dell'erede.

Può ribattersi che l'usufruttuario universale, al contrario, risponde dei debiti nella misura stabilità dall'art. 1010, non essendo del tutto esonerato da tale responsabilità.

Tale opinione non sostiene che l'usufruttuario sia personalmente obbligato al pagamento dei debiti con tutto il suo patrimonio. Ma certamente egli non si trova nella medesima posizione del legatario.

Il dato che l'espropriazione forzata dei beni da parte dei creditori deve seguire contro entrambi potrebbe far ritenere che l'usufruttuario sia obbligato direttamente nei confronti dei creditori ereditari.

Il necessario consenso dell'usufruttuario in caso di vendita dei beni per il pagamento dei debiti è un ulteriore elemento idoneo a non estromettere del tutto l'onorato da ogni responsabilità (art. 1010, comma 4) (12).

La diversa natura dei diritti porta a una disciplina distinta ma collegata della posizione giuridica dell'usufruttuario e del nudo proprietario, i quali vengono considerati in rapporto reciproco, secondo la normale applicazione del principio secondo cui i debiti che incidono sul reddito sono a carico dell'usufruttuario, mentre quelli che incidono direttamente sul patrimonio sono a carico del nudo proprietario. Tutto ciò detto sembra confermare un equa divisione del peso.

Riteniamo, per concludere, che l'art. 1010 c.c. non offra argomenti decisivi né a sostegno della tesi che afferma la natura ereditaria della vocazione nell'usufrutto universale, né a favore di quella opposta (13).

La natura temporanea del diritto oggetto del lascito e la responsabilità per debiti dell'usufruttuario dell'eredità sono i due principali argomenti sui quali la dottrina e la giurisprudenza prevalenti si sono basate per confutare la qualità ereditaria del beneficiario dell'usufrutto. Entrambi questi elementi, come ampiamente dimostrato, non appaiono, però, del tutto persuasivi.

Dopo una panoramica degli istituti affini alla disposizione oggetto del presente studio, si cercherà di proporre una lettura diversa della questione cambiando punto di osservazione. Segue maggiormente i principi del sistema delle successioni

---

(12) Coviello, *Il lascito dell'usufrutto dell'eredità e l'art. 1010 c.c.*, in *Dir. giur.*, 1968, 1 ss.
(13) Cfr. Mengoni, *Successione legittima*, cit., 183; Messineo, *op. cit.*, IV.

un'interpretazione concentrata sulla volontà del testatore che non sulla natura dell'oggetto del lascito.

3. *Rapporti tra lascito di usufrutto universale e sostituzione fedecommissaria.* — Occorre distinguere se si sia in presenza di lasciti separati di usufrutto e nuda proprietà sullo stesso bene, dei quali nessuno dubita la liceità e l'ammissibilità, oppure di una sostituzione fedecommissaria vietata.

In presenza di una norma proibitiva, è necessario individuare la sua *ratio*, in modo tale da percepire se il legislatore abbia voluto impedire un determinato risultato economico, ovvero colpire lo strumento giuridico idoneo a conseguirlo.

Lo scopo economico cui è rivolta la sostituzione fedecommissaria può essere soddisfatto anche tramite una disposizione testamentaria che attribuisce separatamente l'usufrutto vitalizio e la nuda proprietà.

Il testatore attribuendo la nuda proprietà, la quale, dopo la morte dell'usufruttuario si consolida in piena proprietà potrebbe realizzare lo stesso risultato del fedecommesso, configurando, in tal modo, la c.d. « doppia vocazione » vietata.

A guidare l'interpretazione di una disposizione testamentaria orientata a determinare se il testatore abbia voluto disporre una sostituzione fedecommissaria oppure un'attribuzione simultanea di usufrutto e nuda proprietà, è l'effettiva volontà del *de cuius*, attraverso l'analisi del risultato economico che il testatore intendeva perseguire, oltre che attraverso il contenuto obiettivo della scheda testamentaria (14).

Il fondamento del divieto della sostituzione fedecommissaria, colpita da nullità ai sensi dell'art. 692, comma 5, c.c., è costituito in primo luogo dall'esigenza di mobilità della ricchezza che vuole la libera circolazione dei beni.

Il fedecommesso, o sostituzione fedecommissaria, è la disposizione testamentaria che obbliga l'istituito, erede o legatario, a conservare i beni oggetto della stessa per restituirli, alla sua morte, ad altro soggetto chiamato sostituito, così come risulta dalla disciplina degli art. 692 ss. c.c. modificati dalla legge di riforma del diritto di famiglia.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 ha inciso fortemente sull'essenza dell'istituto. L'istituito, legato al testatore da un rapporto di discendenza in linea retta o di coniugio, può essere soltanto una persona interdetta, perché in condizioni di abituale infermità mentale che la rende incapace di provvedere ai propri interessi. Il sostituito è la persona o l'ente che di esso abbia avuto la cura.

Il fine assistenziale che caratterizza l'istituto ha indotto a ritenere il fedecommesso una fattispecie complessa costituita dalla volontà del testatore e dalla circostanza di fatto della cura effettivamente prestata.

Si ha fedecommesso quando concorrono gli elementi della doppia istituzione a favore di due soggetti, dell'ordine successivo delle chiamate e, per ultimo, dell'obbligo di conservare e restituire.

Non rileva l'eventuale diversità del titolo delle due chiamate a favore dei due istituiti, che siano cioè a titolo di erede o di legatario.

Per effetto dell'ordine successivo delle chiamate, al momento della morte dell'istituito, il sostituito subentra automaticamente nella titolarità dei beni.

In forza dell'obbligo di conservare e restituire l'istituito è nell'indisponibilità giuridica dei beni trasferitigli, dovendo trasmettere i beni al successivo istituito.

---

(14) Cass. 12 settembre 2002 n. 13310, cit.; Cass. 10 gennaio 1995 n. 243; Cass. 1º settembre 1993 n. 9252; Cass. 24 febbraio 2009 n. 4435, cit.

Occorre aggiungere l'elemento di fatto rappresentato dall'effettiva cura dell'incapace configurandosi in tal modo una fattispecie complessa nella quale l'elemento volitivo del testatore non è l'unico elemento.

Secondo orientamento prevalente in giurisprudenza (15) la disposizione con la quale il *de cuius* attribuisce a persone diverse rispettivamente l'usufrutto e la nuda proprietà di uno stesso bene non integra gli estremi della sostituzione fedecommissaria, quando le disposizioni sono dirette e simultanee, e, quindi, non in ordine successivo; i chiamati non succedono l'un l'altro ma direttamente al testatore; la consolidazione tra usufrutto e nuda proprietà costituisce un effetto non della successione, ma della « *vis* espansiva » della proprietà.

L'orientamento prevalente in dottrina definisce la posizione dell'istituito come proprietà risolubile sottoposta alla *condicio iuris* non retroattiva, in quanto il sostituito è delato alla morte, non del testatore, ma dell'istituito da individuarsi nella premorienza dell'istituito al sostituito e nella cura da quest'ultimo prestata.

Dopo il recente *revirement* giurisprudenziale della Cassazione che ha qualificato istituzione di erede il lascito dell'usufrutto generale (16), la sovrapposizione degli effetti della successione universale, rispetto al mero acquisto del diritto reale minore, rende più labili i confini con la sostituzione fedecommissaria, perché il riconoscimento della qualità di erede all'usufruttuario, con la conseguente successione di quest'ultimo nelle azioni e dei poteri facenti capo al *de cuius* potrebbe rendere puramente formale la distinzione tra i due istituti; anche se permangono le differenze legate all'efficacia immediata delle due delazioni ed al futuro consolidamento della piena proprietà in forza della *vis espansiva* del diritto reale.

4. *Il legato di usufrutto con facoltà di alienazione.* — Diversa dai casi fino ad ora esaminati è l'ipotesi in cui il testatore attribuisce all'usufruttuario la facoltà di vendere, sul presupposto, talvolta, dello stato di bisogno dell'onorato.

Al riguardo è necessario distinguere la circostanza che il testatore abbia attribuito al beneficiario il potere di disporre liberamente i beni attribuiti in usufrutto, da quella nella quale sia stato attribuito all'onorato il potere di alienare i beni dell'asse ereditario solo in caso di bisogno.

Nella prima ipotesi è necessario considerare la volontà del testatore e considerare se egli si è espresso con il termine usufrutto, ma intendeva attribuire la piena disponibilità del bene. Occorre, in tal caso, ritenere la formula erroneamente usata e ammettere l'attribuzione del diritto di proprietà e di erede. Se il testatore, al contrario, ha utilizzato propriamente il termine usufrutto e ha voluto attribuire all'usufruttuario delle facoltà incompatibili con la disciplina giuridica di tale istituto, queste facoltà non gli possono essere riconosciute. Tale clausola è, pertanto, invalida, senza che sia invalidata la disposizione istitutiva dell'usufrutto *vitiatur sed non vitiat*, dato che il potere di alienare la proprietà del bene spetta soltanto al nudo proprietario, laddove l'usufruttuario è legittimato solo ad alienare il proprio diritto (17).

---

(15) Cfr. Cass. 31 gennaio 2011 n. 2172, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 604; Cass. 24 febbraio 2009 n. 4435, cit.; Cass. 18 luglio 2005 n. 15130; Cass. 17 aprile 2001 n. 5604; Cass. 12 febbraio 2000 n. 1573; Cass. 18 settembre 1998 n. 9320; Cass. 21 giugno 1995 n. 7035; Cass. 10 gennaio 1995 n. 243; Cass. 1° settembre 1993 n. 9252; Cass. 3 febbraio 1993 n. 1320; Cass. 2 luglio 1991 n. 7267; Cass. 21 gennaio 1985 n. 207 (in *Riv. not.*, 1985, II, 487 ss.).

(16) Cass. 12 settembre 2002 n. 13310, cit.; Cass. 24 febbraio 2009 n. 4435, cit.

(17) Cass. 26 luglio 1977 n. 3342; Cass. 22 febbraio 1980 n. 1285; Cass. 21 gennaio 1985 n. 207, cit.; Cass. 20 febbraio 1993 n. 2088 (in *Riv. not.*, 1994, II, 179 ss.).

Nell'ipotesi in cui il testatore abbia attribuito all'usufruttuario il potere di alienare i beni in caso di bisogno siamo in presenza di due legati, uno avente ad oggetto l'usufrutto, l'altro sospensivamente condizionato al verificarsi della situazione di bisogno, avente ad oggetto le proprietà dei beni da vendere per sopperire alla situazione stessa.

Tale disposizione è da considerarsi valida e nel momento in cui l'usufruttuario venga realmente a trovarsi nella situazione di bisogno, configura un'istituzione di erede, se emerge la volontà di attribuire all'onorato la completa disponibilità dei beni.

È necessario precisare che in tale ipotesi l'apprezzamento della sussistenza dello stato di bisogno, e quindi dell'avveramento della condizione, non può essere rimesso alla valutazione discrezionale di un terzo. Il testatore deve indicare i criteri cui il terzo deve attenersi, in quanto la determinazione dello stato di bisogno non può essere rimessa al mero arbitrio del terzo, ma al suo *arbitrium boni viri* (18).

5. *Il principio di intangibilità quantitativa della quota di legittima: lascito di usufrutto universale e cautela sociniana.* — Per effetto dell'attribuzione simultanea a soggetti diversi dell'usufrutto e della nuda proprietà sugli stessi beni relitti il testatore effettua una divisione qualitativa dei cespiti ereditari.

A presidio del diritto del legittimario alla legittima in piena proprietà, proprio nei rapporti tra usufruttuario e nudo proprietario, interviene l'art. 550 che prevede la c.d. « cautela sociniana », dal nome del giurista Mariano Socino che la ideò.

L'art. 550 c.c. appresta un sistema di garanzia del diritto alla legittima in piena proprietà, differente dal rimedio della riduzione che, basato sul concetto di lesione quantitativa, non assicura al legittimario la qualità, oltre che la quantità, della legittima.

Gli art. 550 e 554 c.c. sono per presupposti, struttura e finalità completamente diversi (19).

Il principio dell'intangibilità della legittima si riferisce esclusivamente alla lesione quantitativa della quota di riserva e l'azione di riduzione tutela il legittimario soltanto di fronte a tale lesione.

Si ritiene che la quota di eredità non implichi, sotto il profilo qualitativo, un necessario rapporto di omogeneità con le sostanze ereditarie.

La Suprema Corte (20) è intervenuta al fine di dirimere ogni dubbio e ha specificato che il principio di intangibilità della quota di legittima deve intendersi soltanto in senso quantitativo e non anche in senso qualitativo, potendo il testatore soddisfare le ragioni dei legittimari con beni di qualsivoglia natura, purché compresi nell'asse ereditario.

Ad eccezione, quindi, della cautela sociniana, nei rapporti tra usufruttuario e nudo proprietario, il nostro sistema delle successioni accoglie il principio secondo il quale il diritto del legittimario alla quota di riserva è solo di tipo quantitativo.

L'art. 550 stabilisce che se il testatore dispone di un usufrutto a vita il cui

---

(18) Cfr. Cass. 8 novembre 1956 n. 4210 in questa *Rivista,* 1957, I, 1374-1379, secondo la quale il lascito dell'usufrutto con facoltà di vendere in caso di bisogno, configura un'istituzione di erede, solo quando il riferimento al bisogno sia fatto come semplice raccomandazione, oppure quando la determinazione del bisogno sia potestivamente rimessa al mero arbitrio del beneficiario. Cfr. anche: Cass. 19 febbraio 1970 n. 389, *ivi*, 1970, I, 1031; Cass. 26 luglio 1977 n. 3342; Cass. 21 gennaio 1985 n. 207, cit.; Cass. 20 febbraio 1993 n. 2088, *ivi,* 1994, I, 221 ss.

(19) In questo tema, cfr. Trib. Cagliari 2 settembre 2004 n. 1998, cit.; Cass. 18 gennaio 1995 n. 511.

(20) Cass. 12 settembre 2002 n. 13310, cit.

reddito, ovvero la sua capitalizzazione eccede di valore la porzione disponibile della quale poteva disporre liberamente, e incide sulla quota di riserva, i legittimari ai quali è stata assegnata la nuda proprietà dei beni facenti parte della disponibile possono scegliere di eseguire tale disposizione ovvero di abbandonare la nuda proprietà dei beni stessi fino a concorrenza della parte disponibile.

Per accertare se vi sia lesione di legittima, occorrerebbe capitalizzare l'usufrutto; ma, poiché la durata dell'usufrutto è commisurata alla vita dell'usufruttuario e, quindi, incerta, l'accertamento sarebbe anch'esso incerto e aleatorio. A causa di tale incertezza è stato introdotto l'istituto in esame che lascia il legittimario arbitro di questa valutazione, offrendogli il vantaggio di operare un scelta.

La norma dispone espressamente che, nell'ipotesi nella quale l'erede scelga di abbandonare la nuda proprietà dei beni, il legatario conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede. Tale disposizione sembra qualificare la natura del lascito di usufrutto.

L'oggetto originario della disposizione testamentaria viene così sostituito *ex lege* da una quota di beni in piena proprietà.

La dichiarazione di abbandono è un diritto potestativo che si deve esercitare entro dieci anni dall'apertura della successione e si attua mediante un negozio giuridico unilaterale recettizio. In mancanza di una norma che prescriva una determinata forma deve considerarsi a forma libera. È preferibile ritenere, quando la scelta del legittimario abbia ad oggetto beni immobili ai quali egli rinunzia per conseguire la legittima, di applicare la disciplina dell'art. 1350, n. 5, c.c. che impone al forma scritta agli atti di rinunzia. Tale dichiarazione produce il mutamento oggettivo del legato.

Si pone, però, il dubbio se l'usufruttuario, percependo la disponibile abbandonata e, quindi, divenendo pieno proprietario su una quota del patrimonio non acquisti la qualità di erede.

Autorevole dottrina (21) sostiene che la scelta prevista dall'art. 550 c.c. sia esercitabile soltanto dal legittimario che abbia conseguito il titolo di erede. Solo al legittimario che rivesta tale qualifica può attribuirsi la facoltà di scegliere se eseguire le disposizioni testamentarie oppure abbandonare la disponibile per conseguire la legittima.

Se si segue l'orientamento che attribuisce all'usufruttuario generale dell'eredità la qualità di erede sussistono, quindi, i presupposti per l'applicazione della c.d. « cautela sociniana », la quale consente al legittimario di abbandonare l'usufrutto generale lasciatogli dal testatore al fine di conseguire la quota di legittima in piena proprietà (22).

Nel caso in cui, al contrario, sia attribuita la qualità di legatario, la disposizione di usufrutto attribuita al legittimario configura un legato in sostituzione di legittima, pertanto, al legittimario diseredato si propone la differente scelta stabilita dall'art. 551 c.c. che non è se eseguire o meno la disposizione in proprio favore, ma se accettarla o rifiutarla per poter agire in riduzione ai sensi dell'art. 551 c.c. (23).

---

(21) MENGONI, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., XLIII, t. 2, Milano 2000, 363 ss.

(22) CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, in *Le successioni*, cit., 202, sostiene che la facoltà di scelta spetti al legittimario cui sia attribuito l'usufrutto universale in coerenza con la sua opinione secondo la quale l'usufruttuario dei cespiti ereditari è erede.

(23) L'applicabilità dell'art. 550 c.c. in favore del legittimario usufruttuario universale dell'eredità è sostenuta anche dal FERRI L., *Legittimari*, in *Commentario del codice civile*, cit., *Libro secondo delle successioni*, cit., *Art. 536-564*, Bologna-Roma 1982, 120.

6. *L'interpretazione della scheda testamentaria e l'*institutio ex re certa. — Le riflessioni qui svolte hanno dimostrato che gli elementi presi in rassegna dagli autori citati, al fine di determinare la natura della vocazione testamentaria, non sono determinanti. Occorre a nostro avviso spostare il punto di vista dell'interprete dalla natura del diritto oggetto del lascito alla effettiva volontà del testatore seguendo i principi di ermeneutica applicabili al testamento.

Al fine di dirimere i contrasti sorti in dottrina, è opportuno, quindi, osservare l'attribuzione in esame non dal punto di vista oggettivo della natura del diritto trasferito ma da quello soggettivo della volontà del testatore espressa nel lascito.

L'interpretazione del testamento è caratterizzata, rispetto a quella contrattuale, da una più intensa ricerca della volontà, non incontrando, peraltro, il limite dell'affidamento (24).

L'attività esegetica deve accertare, seguendo i principi generali di ermeneutica previsti dagli art. 1362 ss. c.c., applicabili anche in materia testamentaria, quale sia stata la volontà del testatore, potendo gli elementi estrinseci solo fornire un chiarimento delle espressioni usate dal *de cuius*, nel rispetto del principio di conservazione del testamento.

L'art. 588, comma 1, c.c. fonda la distinzione tra eredità e legato su un criterio oggettivo, a seconda che vi sia stata o meno l'attribuzione dell'universalità o di una quota dei beni, qualunque sia l'espressione usata dal testatore.

L'utilizzo, quindi, di termini come « erede » o « legatario » non impedisce l'indagine volta ad accertare la reale intenzione del testatore.

La Corte (25) ha accolto la tesi minoritaria argomentando sul disposto dell'art. 588, comma 1, e ha rilevato che la distinzione tra eredità e legato viene impostata sulla diverse quantità di oggetti considerati, *universitas* oppure beni determinati, concludendo che erede sia anche l'usufruttuario avendo ad oggetto quella stessa *universitas iuris* per la quale si acquista la qualità di erede.

La Suprema Corte ha ritenuto in proposito, in una differente pronuncia, che quando l'attribuzione di quota del patrimonio avviene per classi o gruppi di beni si deve ritenere, se altri elementi della scheda non depongono in contrario, che l'attribuzione stessa abbia luogo a titolo universale e non a titolo particolare (26).

La caratteristica dell'istituzione di erede è il subentro nell'eredità intesa come *universitas iuris.* All'erede che succede nell'*universitas* si contrappone il legatario che acquista beni determinati.

---

(24) La Suprema Corte ha sottolineato che la volontà del testatore va individuata con riferimento ad elementi intrinseci alla scheda testamentaria, sulla base dell'esame globale della scheda stessa e non di ciascuna singola disposizione e solo in via sussidiaria, nel caso in cui dal testo del testamento non emerga con certezza l'intenzione del *de cuius*, con il ricorso ad elementi estrinseci alla scheda, ma sempre riferibili al testatore come ad esempio la sua personalità, la mentalità, la cultura, la condizione sociale. Per una panoramica di giurisprudenza sul tema dell'interpretazione del testamento confronta le seguenti pronunce: Cass. 30 novembre 2011 n. 25603; Cass. 3 dicembre 2010 n. 24637, in questa *Rivista*, 2011, I, 354 ss.; Cass. 14 gennaio 2010 n. 468, *ivi*, 527 ss.; Cass. 29 gennaio 2007 n. 1789, in *Riv. not.*, 2008, 453; Cass. 21 febbraio 2007 n. 4022, in *Not.*, 2008, 130; Cass. 19 ottobre 2005 n. 20204; Cass. 11 aprile 2005 n. 7422; Cass. 19 gennaio 2005 n. 1079, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2006, I, 331 ss.; Cass. 16 febbraio 2005 n. 3099, in *Riv. not.*, 2006, 233 ss.; Cass. 30 luglio 2004 n. 14548; Cass. 22 luglio 2004 n. 13785, in questa *Rivista*, 2005, I, 2691; Cass. 7 luglio 2004 n. 12477, *ivi*, 699 ss.; Cass. 22 ottobre 2004 n. 20604, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 33 ss.; Cass. 27 marzo 2002 n. 4373; Cass. 17 aprile 2001 n. 5604; Cass. 19 marzo 2001 n. 3940, in *Fam. dir.*, 2001, 444; Cass. 24 agosto 1990 n. 8668.

(25) Cfr. Cass. 12 settembre 2002 n. 13310, cit. e Cass. 24 febbraio 2009 n. 4435, cit.

(26) In tal senso, Cass. 6 novembre 1986 n. 6516, nella specie i giudici del merito avevano considerato entrambe a titolo universale le disposizioni con cui il testatore attribuiva ad un soggetto la nuda proprietà di tutti i beni immobili e ad altro la proprietà di tutti i beni mobili.

La tesi opposta sostiene che l'usufruttuario non è erede perché non succede nell'*universum ius defuncti*, ma in un solo diritto, quello di usufrutto.

Il successivo comma 2 dello stesso art. 588 introduce un criterio suppletivo di carattere soggettivo disponendo che l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.

La Cassazione (27) in tema di interpretazione del testamento sostiene che, *l'institutio ex re certa* configura, ai sensi dell'art. 588, comma 2, una successione a titolo universale nel patrimonio del *de cuius* solo qualora dall'interpretazione della volontà, risulta che il testatore, nell'attribuire determinati beni, abbia fatto riferimento alla quota di legittima spettante all'istituito, avendo in tale modo inteso considerare i beni come una frazione rappresentativa dell'intero patrimonio ereditario e non a titolo di legato. L'esatta determinazione aritmetica della quota potrà essere calcolata anche in seguito, nel momento dell'apertura della successione.

Per comprendere, quindi, se l'attribuzione di beni determinati sia a titolo universale o a titolo particolare è necessario stabilire se la disposizione sia stata fatta dal disponente in relazione al complesso del suo patrimonio, all'*universum ius.*

L'usufruttuario deve considerarsi nella stessa posizione dell'istituito nella nuda proprietà, entrambi succedono nella totalità dei rapporti giuridici del *de cuius* ed entrambi acquisiscono un diritto nuovo, non preesistente in capo al *de cuius* (28).

Non si comprende la ragione per cui il lascito della nuda proprietà sull'intero asse integra un'*institutio*, mentre il complementare lascito di usufrutto negli stessi beni configura un legato (29).

L'usufrutto di un patrimonio è, secondo la comune opinione, l'insieme degli usufrutti sui vari elementi che compongono il patrimonio (30). Si può considerare l'accettazione dell'eredità come fattispecie costitutiva di diritti semplicemente affiancati, ma distinti, oppure considerare il lascito unitariamente, come un tutto.

Coloro i quali sostengono che l'usufrutto generale comprenda un insieme di diritti unitariamente considerato, non hanno difficoltà nel seguire il disposto dell'art. 588, comma 1, e considerare entrambe le attribuzioni *de quo* effettuate nell'universalità o di una quota dei beni del testatore.

Chi ritiene, al contrario, che la disposizione sia costitutiva di separati e distinti diritti di usufrutto prima inesistenti nel patrimonio del testatore, potrebbe interpretare il lascito alla luce dell'art. 588, comma 2, quale *institutio ex re certa.*

Il presupposto in base al quale può riconoscersi la veste di erede ad entrambi i beneficiari cui non sia attribuita dal testatore una quota indicata con una frazione, ma beni determinati, è che risulti la volontà del testatore di volere ripartire fra i beneficiari l'intero patrimonio, così che entrambi i beneficiari hanno titolo ad estendere i loro diritti sui beni di cui il testatore non avesse eventualmente disposto.

---

(27) Cfr. Cass. 18 gennaio 2007 n. 1066; Cass. 13 giugno 2007 n. 13835; Cass. 1º marzo 2002 n. 3016; Cass. 4 febbraio 1999 n. 974; Trib. Bari 7 gennaio 2008.

(28) *Contra*, Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 139. In tal senso, Cicu, *Natura giuridica della vocazione nell'usufrutto di eredità*, cit., 144, il quale sottolinea che il fatto che il nudo proprietario conseguirà la piena proprietà per consolidazione rileverebbe solo ove si dimostri che erede non può essere se non chi è proprietario.

(29) In questo senso, Cicu, *Le successioni*, cit., 16 ss. *Contra*, Gangi, *op. cit.*, 385.

(30) Pugliese, *op. cit.,* 186 ss; Coviello, *L'usufruttuario di un patrimonio e la sua responsabilità per debiti*, Napoli 1936, 21 ss.; Nicolò, *op. cit.*, 148 ss.; *contra*, Barbero, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano 1952, 147, il quale osserva l'usufrutto di un patrimonio in una situazione giuridica complessa e unitaria.

I beni ignorati dal testatore, ovvero quelli acquisiti dal medesimo successivamente alla redazione del testamento vengono attribuiti agli istituiti *ex certis rebus* in proporzione dal valore delle quote accertate *ex post* (31), per la forza espansiva che caratterizza l'attribuzione a titolo universale (32).

L'intangibilità della quota di legittima, come accennato, deve intendersi in senso quantitativo, non qualitativo, riguarda cioè la quantità, non la specie di beni. Tale soluzione è pacificamente ammessa in dottrina e giurisprudenza fondandosi sul disposto degli art. 733 e 734 c.c. che attribuiscono al testatore la facoltà di dettare norme e criteri per la divisione oppure di procedere egli stesso alla divisione.

L'art. 588, comma 2, non pone alcun limite alla libertà del testatore riguardo la scelta dei beni ereditari da attribuire (33).

Un forma di divisione è quella di istituzione ereditarie in quote astratte del patrimonio, ai sensi dell'art. 588, comma 1, seguita dalla assegnazione ai coeredi di porzioni formate con beni determinati di valore corrispondente alle quote.

Un'ulteriore ipotesi di divisione è quella senza predeterminazione di quote attuata mediante un fascio di *institutiones ex certis rebus*, ai sensi dell'art. 588, comma 2

Entrambe queste ipotesi di divisione testamentaria ex 734 non configurano un modo di scioglimento della comunione ereditaria, che neppure si instaura tra gli eredi. L'attribuzione dei beni ha efficacia reale e automatica al momento dell'apertura della successione.

Il testatore nel procedere alla divisione non incontra i limiti fissati dagli art. 718 e 727 secondo i quali ciascun coerede non solo ha diritto di essere soddisfatto con beni ereditari, per un valore corrispondente alla sua quota, ma ha anche diritto ad ottenere una porzione concreta qualitativamente omogenea con le porzioni assegnate agli altri condividenti (34).

Il testatore, quindi, può formare le porzioni rispettando il diritto del coerede solo sotto il profilo quantitativo, sacrificando dall'altro, l'omogeneità qualitativa dei lotti (35).

Sembra contraddirsi, quindi, il Mengoni quando dopo aver sostenuto la libertà « qualitativa » del testatore nel formare le porzioni, sostiene che il testatore che procede alla divisione non può formare il lotto con l'attribuzione di beni in usufrutto anziché in proprietà (36).

---

(31) L'usufrutto di un patrimonio ha un valore che è possibile determinare con certezza attraverso la sua capitalizzazione.

(32) Sulla *vis* espansiva della *institutio*, cfr. Bonilini, Institutio ex re certa *e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 532; Gerbo, *L'institutio ex re certa*, Milano 2011; Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., 27. L'opinione contraria vede sui beni non contemplati dal testatore il concorso degli eredi legittimi con gli istituiti *ex certis rebus.* Per questa corrente dottrinaria, v., *ex multis*, Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano 1952, 381.

(33) Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., 150.

(34) Così Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., XII, t. 5, Torino 1980, 133 s.; Amadio, *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, II, Padova 1994, 104.

(35) Cfr. Cass. 8 agosto 1990 n. 8049; Cass. 23 marzo 1992 n. 3599. ne consegue secondo la Suprema Corte, che non viola il disposto degli art. 536 e 540 c.c. il testatore che abbia lasciato al coniuge superstite l'usufrutto generale sui beni mobili e immobili, sempre che il valore di detti beni copra la quota riservata al coniuge.Cfr. Burdese , *op. cit.*, 130 ss. C*ontra*, nell'ipotesi di usufrutto dell'eredità, Mengoni, *op. ult. cit.*, 140 ss.

(36) Mengoni, *op. ult. cit.*, 139 s.

Ben potrebbe verificarsi il caso di una divisione ereditaria, nella quale le parti determinando liberamente le porzioni, si attribuiscono, ad esempio tra coniuge superstite e figlio, al primo l'usufrutto e al secondo la nuda proprietà dei beni ereditari.

Riteniamo, per concludere, che quando il testatore, nel formare le porzioni per la divisione, considera tutto il suo patrimonio, gli onorati della nuda proprietà e dell'usufrutto dovranno essere considerati entrambi, nello stesso modo, eredi o legatari, secondo la volontà del testatore.

La scheda testamentaria potrebbe contenere locuzioni o elementi di dubbia interpretazione, o non contenere affatto ulteriori indizi oltre la disposizione di attribuzione simultanea dell'usufrutto e della nuda proprietà. Considerato, anche, che l'*institutio ex re certa* non ha una formula chiara e predefinita ma è una deduzione dell'interprete riguardo la volontà del testatore di assegnare quei beni in funzione di una quota del suo patrimonio, sarà compito dell'operatore dedurne gli effetti.

VALERIO MOSCATELLI