



VINCENZO BARBA

**SUI DIRITTI SUCCESSORÏ DI ABITAZIONE E DI USO SPETTANTI AL CONIUGE SUPERSTITE.
RIFLESSIONI INTORNO A UNA RECENTE SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE: QUANDO IL DUBBIO È
UN OMAGGIO ALLA SPERANZA (1)**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Genesi dell'equivoco e perseveranza giurisprudenziale. - 3. Senso dell'equivoco. - 4. Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nell'applicazione concreta. - 5. Il diritto di abitazione della casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano nella disciplina della successione necessaria. - 6. Segue. La tutela del coniuge leso qualitativamente nella disciplina della successione necessaria. - 7. Segue. Non si tratta di un prelegato. - 8. I diritti di cui all'art. 540, secondo comma Cod. civ. nella successione legittima. - 9. Epilogo e spinta centrifuga dal diritto ereditario.

1. In piena controtendenza con ciò che accade nella nostra contemporaneità, nella quale, oramai, il nichilismo popola convincimenti di filosofi e giuristi e il relativismo ha prepotentemente occupato

(1) Lo scritto, in una stringente sintesi, è in corso di pubblicazione, nella veste di nota a sentenza, su *Giurisprudenza italiana*.

Il tema, straordinariamente problematico, è stato variamente affrontato. Per tutti, si veda, almeno: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, vol. XLIII, 1, Milano, 1993, V ed., p. 165 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, vol. XLIII, 2, Milano, 2000 IV ed., pp. 166-170; L. MEZZANOTTE, *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989; M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993; A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Dir. famiglia*, 1978, p. 221 ss.; E. PEREGO, *I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 553 ss.; E. PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 707 ss.; A. MASCHERONI, *Il nuovo trattamento successorio del coniuge superstite*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, pp. 629- 631; P. FORCHIELLI, *Aspetti successorii della riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, II, p. 1013 ss.; M. CALAPSO, *Considerazioni sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c.*, in *Vita notarile*, 1978, p. 567 ss.; G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, in *Dir. famiglia*, 1978, p. 1309 ss.; A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, in *Riv. notariato*, 1980, III, p. 1620 ss.; M. CALAPSO, *Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c.*, in *Vita notarile*, 1984, p. 555 ss.; M. GAMBARDELLA, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite: una nuova figura di riserva*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 689 ss.; G. SCHIAVONE, *I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato*, in *Famiglia e dir.*, 1997, p. 151 ss.; E. BERGAMO, *Brevi cenni sui diritti ex art. 540, 2 comma, c.c., riservati al coniuge superstite*, in *Giur. it.*, 2001, p. 248 ss.; G. TEDESCO, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima*, in *Giust. civ.*, 2001, II, p. 381 ss.; C. COPPOLA, *Il diritto del coniuge ad una quota di eredità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. III, *La successione legittima*, dir. da G. Bonilini, Milano, 2009, p. 107 ss.; J. BALLOTTIN, *I diritti del coniuge sulla casa familiare nella successione legittima: tecniche contrattuali*, in *Notariato*, 2009, p. 641 ss. Per una sintesi dei problemi, assai efficace, A. TULLIO, *I diritti successorii del coniuge superstite*, in *Fam. Pers e successioni*, 2012, p. 290 ss. V., anche, C. COPPOLA, *Coniuge superstite: diritti d'abitazione e d'uso*, in *Fam. Pers e successioni*, 2005, p. 164 ss.; F. MARONE, *I diritti di abitazione e di uso ex articolo 540 co. 2 cod. civ. e ambito di applicazione*, in *Notariato*, 2004, p. 278 ss.; C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione ed uso spettanti ex lege*, in *Il diritto delle successioni: successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, dir. da G. Bonilini, Torino, 2004, p. 51; R. CICCARIELLO, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, in *Notariato*, 2001, p. 359 ss.

quasi tutte le scienze, arretrando, non senza fatica, soltanto, nelle dottrine e fedi religiose, sventa questa recente decisione del Supremo Collegio.

Mentre da più parti e svariati luoghi, si sollevano legittimi dubbî sulla opportunità di conservare nel nostro ordinamento giuridico la severa disciplina della successione necessaria, consolidando orientamenti di letteratura che si provano, in linea di continuità con queste istanze di ammodernamento, a interpretazioni restrittive di quella disciplina, le Sezioni Unite della Cassazione, nella fine del febbraio del 2013, hanno fermato questo principio di diritto: «nella successione legittima spettano al coniuge del de cuius i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall'art. 540, comma 2; il valore capitale di tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest'ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto dell'attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato» (2).

Una decisione, dunque, nella quale viene fermato un principio di diritto che, non soltanto non importa una interpretazione restrittiva della disciplina sulla successione necessaria, che non soltanto mortifica e, quasi, umilia l'autonomia testamentaria, e, dunque, l'autonomia privata, ma che, all'esito, e sotto taluni profili, finisce, paradossalmente, per tradire il senso e la misura della stessa disciplina recata nel secondo comma dell'art. 540 Cod. civ. (3), prevedendo, nei fatti, che questo diritto debba gravare, indistintamente, sulla quota di tutti i successibili (4).

La decisione in commento prende le mosse dalla sentenza della Cassazione del maggio 2012 (5). In essa, la II sezione, chiamata a stabilire se la disciplina di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., dovesse trovare applicazione anche nel caso della successione legittima, e, in caso positivo, se tali diritti dovessero aggiungersi alla quota intestata prevista a favore del coniuge, a norma degli artt.

(2) Cass., SS. UU., 27 febbraio 2013, n. 4847. Così, espressamente, A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 235, il quale nel 1978 scriveva: "in questo caso, [...] dal patrimonio relitto si stralcia, in primo luogo, il diritto di abitazione della casa e di uso dei mobili, che viene acquistato direttamente dal coniuge superstite. trattandosi, per l'appunto, di legato, non occorre accettazione, salva, anche in questo caso, la facoltà di rinunciare; e successivamente, su quanto resta, si fa luogo alla divisione, a sensi dell'art. 581 c.c.". Gli è, però, che secondo l'A. si tratta di un prelegato. La tesi del prelegato, invece, non viene, giustamente, accolta dalla Cassazione. Ciò, se da una parte, dà merito alla Cassazione, dall'altra parte, rende la decisione stessa della cassazione scarsamente coerente. Perché l'idea che esso si debba stralciare sarebbe compatibile soltanto con l'idea che quello segnato nel secondo comma dell'art. 540 Cod. civ., sia un prelegato.

(3) Molto critico già sull'impianto della norma di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., A. GARGANO, Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione, cit., p. 1622, il quale dice: "si può quindi concordare con chi afferma che nella successione del coniuge sono stati infranti due principi tenuti fermi dal legislatore del 1942, in base ai quali le quote di riserva erano intangibili e la quota disponibile era garantita nella misura minima pari a un terzo del patrimonio dell'ereditando".

(4) Nella decisione delle Sezioni Unite della Cassazione arieggiano, con tratto di signore, le considerazioni di A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 221 ss., al quale si deve l'impianto logico della tesi. Non occorre, tuttavia, dimenticare che la tesi dell'A. è datata 1978; essa, dunque, risente di quel particolare momento storico: il coniuge superstite era poco che aveva acquisito diritti successorî pieni.

(5) Cass., 4 maggio 2012, n. 6774, in Leggi d'Italia Professionale.



581 e 582 Cod. civ., assumendo che vi fossero, in punto, orientamenti contrastanti della giurisprudenza di legittimità, ha deciso di rimettere gli atti al Primo Presidente, ai fini della eventuale assegnazione della trattazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Il risultato definitivo lascia a desiderare e, soprattutto, sembra, addirittura, porsi in contrasto con una sentenza resa, un ventennio or sono, dalla Corte Costituzionale (6).

La quale chiamata a valutare, nel 1988, la legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 581 Cod. civ., nella parte in cui, diversamente da quanto non faccia la norma di cui all'art. 584 Cod. civ. per il coniuge putativo, non attribuisce al coniuge chiamato all'eredità in concorso con altri eredi i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano, aveva dichiarata la manifesta infondatezza della questione (7).

In particolare, in quella decisione, la Corte si era espressa nel senso della manifesta infondatezza, non già perché reputasse non spettante al coniuge, nella successione legittima, il diritto di uso e di abitazione, ma perché reputava, sulla base delle norme esistenti nel nostro ordinamento, che tale diritti competessero, comunque, al coniuge (8).

Correttamente quella decisione, rileva che nella successione ab intestato il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, come pure il diritto di uso sui mobili che la corredano (se di proprietà del defunto, o comuni (9)) spettano al coniuge non già nella sua qualità di erede legittimo, bensì nella sua qualità di legittimario. Ciò significa, a dire della Corte, che, l'omesso richiamo dell'art. 540, secondo comma, cod. civ., da parte della disposizione di cui all'art. 581 Cod. civ. (come anche di quella di cui all'art. 582 Cod. civ.) "vale unicamente ad escludere che i diritti in argomento competano al coniuge autonomamente e cioè si cumulino con la quota riconosciutagli dagli articoli medesimi".

In altri termini, già nel 1988 la Corte costituzionale, con singolare limpidezza, aveva chiarito che il diritto di abitazione e di uso spetta al coniuge, in quanto legittimario. Aveva chiarito, dunque, che

(6) Corte Cost., 5 maggio 1988, n. 527, in Foro it., 1989, I, p. 930 e in Rass. dir. civ., 1989, p. 689.

(7) Qui si legge già dissenso, rispetto alla soluzione proposta da A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 222, secondo il quale il legislatore avrebbe dimenticato, nella disciplina della successione legittima, di fare menzione dei diritti indicati all'art. 540, secondo comma, Cod. civ.

(8) In questo senso, L. MENGONI, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima, cit., p. 174, secondo il quale "il silenzio degli artt. 581 e 582 circa i diritti di abitazione e di uso sulla casa familiare significa che essi non competono al coniuge come autonomi diritti ab intestato, in via di cumulo con la quota attribuita dagli articoli citati. Tali diritti spettano al coniuge esclusivamente in qualità di legittimario".

(9) Si consideri che secondo un certo orientamento della giurisprudenza di legittimità, il diritto di abitazione e di uso spettano al coniuge soltanto nell'ipotesi in cui la casa adibita a residenza familiare sia di proprietà del coniuge tolto ai vivi, oppure nel caso in cui sia in comunione tra il coniuge tolto ai vivi e il coniuge al quale spetta il diritto. Diversamente, deve negarsi la configurabilità dei suddetti diritti nell'ipotesi in cui la casa familiare sia in comunione tra il coniuge defunto e un terzo. Così, Cass., 23 maggio 2000, n. 6691, in Notariato, 2002, p. 21.

tali diritti si aggiungono alla quota che spetta al coniuge in qualità di erede necessario, ma non in aggiunta a ciò che spetta al coniuge in qualità di erede legittimo.

Sicché se i beni attribuiti al coniuge secondo le norme sulla successione legittima fossero di valore inferiore a quanto sarebbe spettato al coniuge secondo la disciplina sulla successione necessaria (quota di riserva, aumentata del valore dei diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano), la successione, a norma dell'art. 553 Cod. civ., si sarebbe, automaticamente corretta.

Diversamente, se i beni attribuiti al coniuge, secondo le norme sulla successione legittima fossero di valore uguale, o superiore, a quanto spetta al coniuge secondo la disciplina della successione necessaria, costui, nel presupposto che gli fosse, comunque, assegnato il diritto di abitazione della casa e di uso dei mobili che la corredano, non avrebbe potuto avanzare alcuna pretesa.

2. Nonostante la precisa presa di posizione da parte della Corte Costituzionale, una sentenza della Corte di Cassazione del 1999 (10), apre, nuovamente, il dibattito sull'applicabilità della norma di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., alla successione legittima, ipotizzando che, rispetto a tale questione, si possano dare due diverse interpretazioni (11).

A dire dei giudici di legittimità, infatti, i diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano si possono considerare o come diritti che si aggiungono alla quota spettante al coniuge, sicché “assegnati, anzitutto, al coniuge i diritti di abitazione e di uso, la successione legittima si apre sul residuo” (12); oppure come diritti che non trovano applicazione nella successione

(10) Cass., 13 marzo 1999, n. 2263, in *Notariato*, 1999, p. 309 e in *Nuovo dir.*, 2000, p. 123.

(11) Già J. BALLOTTIN, *I diritti del coniuge sulla casa familiare nella successione legittima: tecniche contrattuali*, cit., p. 641 s., aveva rilevato che le sentenze della cassazione, con le quali si era riaperta la questione, contraddicendo il precedente orientamento, non adducevano specifiche motivazioni.

(12) Vale la pena di segnalare che il passaggio della decisione in commento nella quale la Corte propone questa prima soluzione interpretativa non risulta particolarmente lucido, dacché in un tratto, non si capisce quando essa si riferisca alla quota di legittima (intesa come quota spettante per successione legittima) e quando, invece, alla quota di riserva. Ciò, mi pare che vizi il ragionamento. Così è argomentata questa prima soluzione: “da alcuni, si ritiene che l'abitazione e l'uso raffigurino dei diritti, che al coniuge sono riservati come prelegati oltre la sua quota di riserva. Ciò si argomenta dal dato testuale, secondo cui i diritti di abitazione e di uso gravano sulla disponibile e, solo se questa non sia sufficiente, sulla quota riservata al coniuge ed ai figli. La definizione di legato ex lege, poi, si fonda sul modo della trasmissione: contemplando la disposizione beni determinati (il diritto di uso e di abitazione), si ritiene che la norma disciplini una trasmissione a titolo particolare. Dalla lettera della legge e dal chiaro intendimento legislativo di favorire il coniuge superstite, si argomenta che questi diritti si aggiungono alla quota spettante al coniuge. Assegnati, anzitutto, al coniuge i diritti di abitazione e di uso, la successione legittima si apre sul residuo”. Nel penultimo capoverso la Corte dice che dalla lettera della legge si argomenta che tali diritti si aggiungono alla “quota” spettante al coniuge. Non v'ha dubbio che ciò sia corretto, nella misura in cui si faccia riferimento alla quota di riserva spettante al coniuge. Posto che tali diritti si sommano alla quota di riserva, e non alla quota legittima, diventa meno congruente l'affermazione contenuta nell'ultimo capoverso. Ossia che nella successione legittima si debbano, prima, assegnare questi diritti al coniuge e, successivamente, aprire la successione legittima sul resto. Tale ultima affermazione sarebbe stata coerente soltanto nella misura in cui si fosse affermato che i diritti di abitazione e di uso spettano in aggiunta alla quota di legittima, ma assai meno e, quasi per



legittima, sicché essi debbono “comprendersi nella quota spettante a titolo di successione legittima” (13).

Con questa singolare decisione, la quale segna, almeno a me pare, una rottura con la precedente sentenza della Corte Costituzionale che, in modo lucido e sobrio, aveva, adeguatamente e correttamente, sciolto il problema interpretativo, non soltanto si pone, nuovamente, in discussione la questione, ipostatizzando un falso problema, ma, ciò che è peggio, si costringe la soluzione in una stringente e serrata alternativa ermeneutica, come se i corni di essa fossero, davvero, gli unici esiti esegetici, possibili e plausibili.

In altri termini, la sentenza della Cassazione del 1999, chiamata, peraltro in via, quasi, incidentale, a stabilire se il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano spettino al coniuge anche in caso di successione legittima, quando costui concorra con altri successibili, ha finito con il costringere il risolvimento di questo problema nelle due possibili ipotesi interpretative proposte.

La sua influenza nella giurisprudenza posteriore, è stata determinante.

In tutte le successive, per verità, non numerose, occasioni nelle quali il tema, a vario titolo, è stato nuovamente proposto, i giudici, movendo dal presupposto che la questione dovesse, davvero, essere risolta, in uno dei due possibili sensi suggeriti dalla Cassazione nel 1999, e senza verificare se il tema non dovesse, diversamente, impostarsi, si sono limitati a scegliere l'una o l'altra soluzione, aggiungendo qualche argomento a sostegno della tesi scelta.

Nel 2000, i giudici della Cassazione scelgono la seconda soluzione interpretativa (14). Affermano, dunque, con una decisione nella quale il tema viene, senz'altro approfondito, e svolto con

nulla, ove si afferma che tali diritti si aggiungono alla quota di riserva. Ove, infatti, si assuma che tali diritti spettano in aggiunta alla quota di riserva, non si giustifica il perché, nella successione legittima essi debbano essere pre-assegnati al coniuge. Così ragionando si finisce per ipotizzare che tali diritti spettano in aggiunta non già alla quota di riserva, bensì alla quota spettante al coniuge a titolo di successione legittima. Si giunge, cioè a una conclusione poco coerente con la premessa dalla quale il ragionamento muove.

(13) Non più convincente è l'argomento posto, da questa sentenza, a fondamento della seconda ipotesi interpretativa. Si legge nella motivazione: “da altri, invece, si rileva che in tema di successioni legittime non possono trovare applicazione gli istituti della disponibile e della quota di riserva. Pertanto, la enunciazione del diritto di abitazione e di uso raffigura la mera indicazione dei beni, i quali concorrono a formare la quota spettante al coniuge nella successione legittima. Le conseguenze sulla formazione della quota del coniuge sono differenti, perché i diritti di abitazione e di uso non si aggiungono, ma vengono a comprendersi nella quota spettante a titolo di successione legittima”. Evidente che, in questo argomentare, è possibile scorgere almeno un equivoco. Se, davvero, nella successione legittima non possono trovare applicazione gli istituti della disponibile e della quota di riserva, sfugge, perché, movendo da questa premessa si debba giungere alla conclusione che nella successione legittima i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., debbono comprendersi nella quota spettante al coniuge a titolo di successione legittima. Delle due l'una: o nella successione legittima gli istituti della riserva non trovano applicazione, sicché nella quota di legittima spettante al coniuge non dovrebbero comprendersi tali diritti, ovvero nella successione legittima gli istituti della riserva trovano applicazione e, allora, i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., devono comprendersi nella quota di legittima spettante al coniuge.

(14) Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, in Giust. civ., 2000, I, p. 2198, da cui le citazioni, e in Notariato, 2001, p. 357; in Vita notar., 2001, p. 141.

maggior rigore rispetto a quanto non sia accaduto nel 1999, che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., non sono contemplati nella disciplina recata agli artt. 581 e 582 Cod. civ., e, dunque, che tali diritti non si aggiungono alla quota intestata spettante al coniuge.

La motivazione, pur non esaustiva, è convincente.

Distingue la disciplina sulla successione necessaria, correttamente intesa non come *terzium genus*, rispetto alla successione legittima e testamentaria, bensì come disciplina di tutela di determinati soggetti, e la disciplina della successione legittima. Precisa che la riserva “rappresenta il minimo, che il legislatore vuole assicurare ai più stretti congiunti, anche contro la volontà del defunto” (15). Coglie che i diritti di cui al secondo comma dell'art. 540 Cod. civ. “fanno parte” (16) di quel minimo e che l'attribuzione di tali diritti costituisce un legato *ex lege* a favore del coniuge, e che, dunque, quest'ultimo “può invocarne l'acquisto ipso iure, ai sensi dell'art. 649 cod. civ., comma 1, senza dover ricorrere all'azione di riduzione” (17). Deduce, quindi, che “dal sistema della successione necessaria emerge che il legislatore interviene nel meccanismo delle successioni legittime quando la quota spettante nella successione intestata andrebbe al di sotto della quota di riserva” (18). Conclude, osservando che “da nessuna norma [...] risulta che il legislatore abbia modificato il regime della successione intestata per attribuire agli eredi legittimi (che siano anche legittimari), più di quanto viene loro riservato con la successione necessaria” (19).

L'evocata sentenza, per l'ipotesi in cui al coniuge dovessero essere assegnati, a titolo di quota di legittima, beni di valore inferiore rispetto a quelli che gli spetterebbero a titolo di riserva, indica, anche, lo strumento con il quale la successione deve correggersi. Si tratta della norma di cui all'art. 553 Cod. civ., la quale, regola di raccordo tra la successione legittima e la disciplina di tutela dei legittimari, “stabilisce che le porzioni fissate nelle successioni legittime, ove risultino lesive dei diritti dei legittimari, si riducono proporzionalmente per integrare tali diritti” (20).

(15) Così, nella motivazione di Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit., p. 2198.

(16) Così, nella motivazione di Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit., p. 2198.

(17) Così, nella motivazione di Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit., p. 2198. Quest'ultimo condivisibile rilievo è stato fatto proprio, più di recente, anche da Cass., 30 aprile 2012, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 896, nella cui massima si legge: “Il diritto di abitazione di cui all'art. 540 c.c., il quale si configura come legato *ex lege*, che viene immediatamente acquisito dal coniuge superstite direttamente dall'ereditando, in base alla regola dei legati di specie di cui al secondo comma dell'art. 649 c.c., al momento dell'apertura della successione, non è soggetto a trascrizione”. Opinabile, però, se ciò possa valere anche nel caso di successione testamentaria e per il caso in cui il de cuius abbia leso la quota di riserva del coniuge. In tale caso, non potendo operare la norma di cui all'art. 553 Cod. civ., ci si domanda se il coniuge debba agire con l'azione di riduzione, oppure, a cagione dell'automaticità dell'acquisto dei diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., debba agire con l'azione di rivendica. Resta ovvio che ove dovesse agire con la riduzione, si tratterebbe di un'azione speciale, perché essa non potrebbe riguardare le donazioni, non reclamerebbe in capo al coniuge l'onere di cui all'art. 564 Cod. civ. e, soprattutto, la riduzione non riguarderebbe tutte le disposizioni testamentarie in modo proporzionale, bensì soltanto quella attributiva, ad altri, dei diritti di abitazione della residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano.

(18) Così, nella motivazione di Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit., p. 2198.

(19) Così, nella motivazione di Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit., p. 2198.

(20) Così, nella motivazione di Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit., p. 2198.



Altra e diversa atmosfera si respira, invece, in una decisione del 2008 (21), nella quale i Giudici della Cassazione scelgono sempre di aderire alla seconda soluzione interpretativa proposta nella sentenza del 1999. La motivazione, qui, è, però, stringata e non perfettamente ragionata; del resto il tema costituisce, nell'economia complessiva della decisione, soltanto, un obiter dictum (22).

Non altre sentenze della Cassazione, prima della decisione di rimessione al primo Presidente e della pronuncia a Sezioni Unite, si occupano specificamente del tema. Se, dunque, si prescinde dalla sentenza del 1999, la quale non sceglie l'una o l'altra soluzione, semplicemente, proponendole entrambe, siccome possibili e plausibili, l'indirizzo della Corte di Cassazione non andava, così a ramengo, come la sentenza del 2012 ha denunziato. All'esatto contrario, nelle sentenze del 2000 e del 2008, sebbene con diversa armonia di soluzione, la Cassazione aveva opinato nel senso che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., non dovessero aggiungersi alla quota intestata del coniuge.

Il dubbio che, dunque, anima i giudici della II sezione, al punto di indurli a rimettere la decisione della questione al Primo Presidente della Cassazione trova fonte, non tanto nella distonia di decisioni tra le sezioni semplici che, invece, avevano un certo orientamento stabile, quanto nel convincimento che si era in presenza di una questione di massima e particolare importanza, rispetto alla quale, peraltro, una certa dottrina aveva, come la sentenza del 2012 non manca di osservare (23), proposto una soluzione interpretativa diversa da quella scelta e percorsa dalla Cassazione fino a quel momento.

(21) Cass., 5 maggio 2008, n. 4329, in Vita notar., 2008, p. 959.

(22) Questo il solo passaggio della sentenza dedicato alla questione: "La sentenza impugnata, premesso correttamente che nella specie non era pertinente il richiamo degli appellanti all'art. 540 c.c., per giustificare l'esercizio del diritto di abitazione nella casa coniugale da parte della Macchia, trattandosi nella specie di successione non necessaria ma legittima, nel cui ambito non risulta da alcuna norma che nella quota intestata in favore del coniuge superstite prevista dall'art. 581 c.c. siano compresi i diritti di abitazione e di uso".

(23) Deve, tuttavia, segnalarsi che nella decisione della Cassazione del 2012, con la quale la II sezione sceglie di rimettere la questione al primo Presidente, l'orientamento di dottrina prevalente, adottato a conferma dell'esistenza di contrastanti opinioni in materia, non viene riferito in modo preciso e, soprattutto, in modo coerente rispetto alla questione sollevata. In quella decisione, dopo che i giudici hanno attentamente ripercorso le decisioni nelle quali la questione era stata trattando, movendo dalla pronuncia della Corte Costituzionale del 1987 e dalla decisione della Cassazione del 1999, giungendo sino alle decisioni della cassazione 2000 e del 2008, così scrivono: "In dottrina prevale l'orientamento secondo cui i diritti di uso e di abitazione, pur non essendo espressamente menzionati dagli artt. 581 e 582 c.c., spettano al coniuge anche nella successione legittima. Si registrano, tuttavia, orientamenti contrastanti circa la fonte normativa di tale diritto e i criteri di calcolo del valore della quota del coniuge". Se non v'ha dubbio che l'opinione della dottrina maggioritaria sintetizzata dalla cassazione in questa proposizione sia corrispondente al reale indirizzo maggioritario, non è men vero che in tale rilievo si profila neutro rispetto alla questione della quale si tratta. La dottrina maggioritaria, infatti, non dubita che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., pur non espressamente previsti o richiamati negli artt. 581 e 582 Cod. civ. spettano anche al coniuge nella successione legittima. Non v'ha dubbio che gli spettino, in quanto si tratta di diritti che la legge riserva al coniuge in qualità di legittimario. Gli è, però, che questo rilievo, poco o nulla aggiunge alla questione dibattuta: se tali diritti spettino, o no, in aggiunta alla quota di legittima del coniuge in concorso con altri successibili.

3. L'alternativa nella quale la decisione della Cassazione del 1999 stringe il tema del rapporto tra i diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano, da un lato, e la disciplina delle successioni legittime, dall'altro, può, così, riassumersi: i primi possono essere considerati o come diritti che si aggiungono alla quota spettante al coniuge; oppure come diritti che non trovano applicazione nella successione legittima.

Gli è, però, che l'una e l'altra ricostruzione, benché possano trovare, per certi e, soltanto, per taluni versi, il consenso di autorevole dottrina, la quale, però, si badi, mai si è espressa in termini esattamente corrispondenti a quelli (24), non mi sembrano offrire un'adeguata impostazione del problema.

La costrizione in questa alternativa finisce per falsare il tema e generare l'equivoco che, negli ultimi due lustri, con certo interesse, ma con limitato impegno, occupa attenzione di prassi e letteratura.

Domandarsi, tout court, se i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., si aggiungano o no, alla quota virile, che la legge assegna al coniuge superstite, allorché costui concorra con altri successibili (art. 581 e 582 Cod. civ.), mescola due discipline distinte tra loro. Le quali, pur avendo importanti e fondamentali momenti di collegamento, rimangono, pur sempre discipline diverse, per struttura, funzione e natura.

Questa mescolanza non giova, di certo, all'intelligenza del problema e, soprattutto, in strada la soluzione lungo un cammino che, inevitabilmente, conduce a smarrire la strada maestra.

A me sembra che si debba, di necessità, muovere dalla diversa funzione che hanno successione legittima e sulla successione necessaria. Si tratta, come è ovvio di discipline che hanno straordinari e importanti momenti di collegamento, perché, è noto, la disciplina di tutela dei legittimari opera, sempre, quando vi sia una lesione dei diritti dei tutelati, indipendentemente dal fatto che la successione sia testamentaria o legittima. Quando si muova da questa premessa teorica, si avverte come il domandarsi, tout court, se i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., debbano, o no, essere compresi nella quota di legittima, diventa una domanda mal posta.

Non si tratta, infatti, di verificare se essi debbano essere compresi o no, nella quota di legittima, bensì di accertare cosa accade nell'ipotesi in cui, per effetto di una successione legittima, al coniuge vengano assegnati o attribuiti beni di valore complessivamente inferiore alla quota a lui riservata o

(24) Benché la decisione sembri ricalcare la tesi di A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 235, non può mancarsi di segnalare che secondo l'A. il cui pensiero era retto da stringente logicità, il legato in parola doveva considerarsi un prelegato. Cancellata o non condivisa, però, l'idea che si tratti di un prelegato, l'idea che il valore del legato si debba stralciare dall'asse e che si debba aprire la successione legittima sul residuo, perde in smalto e coerenza.



non vengano lui assegnati o attribuiti il diritto di abitazione della residenza familiare (25) e il diritto di uso dei mobili che la corredano (26).

Il che, com'è ovvio, impone di non stringere il rapporto tra successione legittima e diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., in un'arida alternativa, bensì di aprire questo rapporto a un'impostazione di carattere metodologico. La quale ben lungi dal voler ipostatizzare un'unitaria e univoca soluzione, come se una soltanto fosse sempre capace di valere per tutti i casi possibili, si sarebbe dovuta, unicamente, far carico di individuare i criteri di svolgimento di questa relazione.

L'idea che il rapporto tra successione legittima del coniuge e diritti di abitazione e di uso si presti a due sole possibili soluzioni interpretative, nel senso che gli ultimi o si aggiungono, o no, alla quota virile, mi sembra la base dell'equivoco; supporre che una delle due soluzioni, aprioristicamente, sia capace di valere e risolvere tutti i casi possibili, il senso, drammatico, di questo equivoco.

Occorre, dunque, cambiare radicalmente prospettiva e assumere consapevolezza che non si tratta di trovare la soluzione nell'uno o nell'altro senso prospettato dalla Cassazione del 1999, bensì di impostare, nel rispetto delle discipline positive, il rapporto tra due grandezze successorie, intrinsecamente connesse, ma inevitabilmente diverse l'una dall'altra.

Non v'ha dubbio, poi, che nel far ciò, occorrerà, di certo, chiarire se i diritti di riserva che la legge, al secondo comma dell'art. 540 Cod. civ., attribuisce al coniuge superstite costituiscano un *quid pluris* in termini soltanto quantitativi, ovvero in termini soltanto qualitativi, ovvero e, infine, in entrambi i sensi. Dacché, mi pare che, solo rispondendo a tale domanda, la quale è anche più grave del titolo in forza del quale questi diritti sono attribuiti al coniuge superstite, potrà stabilirsi cosa debba accadere nell'ipotesi in cui essi non siano attribuiti al coniuge e nondimeno le assegnazioni a

(25) Perché si possa discorrere di casa adibita a residenza familiare, occorre, anche secondo il prevalente indirizzo della Suprema Corte di Cassazione (Cass., 16 luglio 1992, n. 8667, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 3002 ss.; Cass., 22 maggio 1993, n. 6793, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, c. 242 ss.; Cass., 13 luglio 1980, n. 3934, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, c. 544) che si tratti di casa che i coniugi vi trascorressero, in maniera continuativa e prevalente, la propria vita. Ciò esclude che possa essere considerata residenza familiare la casa usata dai coniugi, ancorché ripetutamente negli anni, come casa estiva, per trascorrere uno o due mesi di vacanza, o la casa usata dai coniugi per trascorrere le vacanze invernali. Il che, tuttavia, non significa che la casa adibita a residenza familiare debba, di necessità essere una. Perché potrebbero darsi che i coniugi abbiano scelto come case adibite a residenza familiare, due o più abitazioni, nelle quali trascorrevano analoghi periodi di tempo. A tal fine potrebbe rilevare la cura che i coniugi abbiano scelto nell'arredare e curare l'abitazione, trattandosi di un dato rilevante, al fine di stabilire se si tratta di più case adibite a residenze familiari. Va da sé che ai fini della qualificazione di una abitazione siccome casa adibita a residenza familiare occorre, soltanto il fatto che i coniugi vi trascorressero concretamente, in modo continuativo e prevalente, la propria vita, mentre non è determinante il luogo nel quale i coniugi, a norma dell'art. 144 Cod. civ., abbiano fissato la residenza della famiglia.

(26) Il diritto di uso sui mobili che corredano la casa adibita a residenza familiare comprende non soltanto ai mobili e alle suppellettili che arredano la casa, ma anche a elettrodomestici e necessari per lo svolgimento delle incombenze domestiche. Occorre, però, che si tratti di mobili che abbiano una stabile destinazione a soddisfare interessi familiari, mentre non si estende ai mobili destinati ad altre funzioni e, dunque, a esempio, quella di commercio o di investimento. In altri termini ciò che rileva, ai fini della costituzione del diritto di uso, non è la loro presenza nella casa adibita a residenza familiare (sicché potrebbero rientrarvi mobili, non presenti per ragioni contingenti, come non rientrarvi mobili pur presenti), bensì la loro precisa funzione.

lui fatte siano di valore corrispondente alla quota a quegli spettante a titolo di riserva complessiva e se tali diritti possano essere conguagliati.

4. Quali e quanto distorsivi siano gli effetti della soluzione unitaria e aprioristica accolta dalla Cassazione può cogliersi, facilmente, se solo si drammatizzi l'esito epistemologico del principio di diritto espresso dal tribunale in funzione nomofilattica a successioni a causa di morte di modesta entità, ma, nondimeno, assai comuni.

Immaginiamo che Tizio, muoia ab intestato, lasciando dietro di sé una giovane coniuge, Caia, e due figli, Sempronio e Mevio. Supponiamo, poi, che l'asse ereditario consti di un solo bene immobile e dei mobili che lo corredano, ossia del bene che era stato destinato a residenza familiare e che il complesso dei beni ereditari valga 90. Ipotizziamo, infine, che il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso dei mobili che lo corredano, anche a cagione di una età non avanzata della coniuge, valgano 60 (27).

A seguire la tesi della Cassazione, i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, dovrebbero essere stralciati, di modo che sul residuo si apra, poi, la successione legittima. Il coniuge si vedrebbe, dunque, assegnati il diritto di abitazione e di uso, ossia beni per un valore di 60. Sul residuo 30, costituito dalla nuda proprietà sulla casa e sui mobili che la corredano, dovrebbe aprirsi la successione legittima. In forza di quella disciplina, al coniuge spetterebbe 1/3 dell'eredità, mentre ai figli, in parti eguali, i restanti 2/3. Ne verrebbe, in conseguenza, che il coniuge avrebbe diritto a 10 e ciascuno dei figli a 10.

Gli è, però, che all'esito di questo procedimento divisorio, alla coniuge, Caia, sarebbero, in definitiva, assegnati beni per un valore complessivo pari a 70, mentre a ciascun figlio beni per un valore pari a 10. Ai figli, cioè, vengono attribuiti beni insufficienti a integrare la quota che il legislatore, astrattamente, loro riserva.

(27) L'ipotesi è, tutt'altro, che lontana dalla realtà. È noto che, al fine di determinare quale debba essere il valore del diritto di abitazione sulla casa familiare si contentano il campo due diverse teorie. Una, la quale arieggia in una minoranza di autori, e avverso la quale non mi sembra che si possa indulgere a condivisione, ipotizza che si debba procedere a una valutazione sulla base dei parametri elaborati dalle compagnie di assicurazione nella stipulazione dei contratti di assicurazione sulla vita. L'altra, certamente, da preferire, suggerisce di utilizzare i criteri fiscali di capitalizzazione recati agli artt. 46 e 48 del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, noto come testo unico sulle disposizioni concernenti l'imposta di registro. Secondo quest'ultimo criterio, il valore del diritto di abitazione è determinato l'importo di un'annualità (calcolato moltiplicando il valore della piena proprietà del bene per un saggio legale di interesse) per un coefficiente variabile in relazione all'età anagrafica del coniuge stesso. Così, se ipotizzassimo che il valore della piena proprietà, proprio per restare all'esempio riportato nel testo, valesse 90, al fine di determinare il valore del diritto di abitazione spettante a un coniuge di anni cinquanta (dunque non proprio giovanissimo), ne verrebbe che tale diritto varrebbe 67,5 [90 (valore piena proprietà abitazione) x 2,5% (tasso attuale di interesse legale, attualmente fissato dal Dm Economia 12 dicembre 2011) x 30 (coefficiente corrispondente all'età di 50 anni, fissato nella tabella allegata al d.p.r. n. 131 del 1986)].



Secondo le norme sulla successione necessaria, infatti, al coniuge spetta $\frac{1}{4}$ dell'eredità, mentre ai figli, da dividere, in parti eguali, $\frac{1}{2}$, rappresentando il restante quarto la quota disponibile. Ipotizzando che il de cuius non abbia fatte, in vita, donazioni e che non esistano debiti ereditari, a ciascuno dei figli spetterebbero beni per un valore pari a 22,5 ($\frac{1}{4}$ di 90).

Sebbene i figli risultino lesi nella quota di riserva, non potrebbero agire in riduzione.

I diritti di abitazione e di uso, non soltanto assorbono, per intero la quota disponibile, azzerando, dunque, l'autonomia testamentaria, ma assorbono anche la quota del coniuge e, addirittura, parte di quella dei figli.

L'anomalia, grave, del principio di diritto accolto dalla Cassazione sta in ciò: in evidente violazione della norma fissata all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., finisce per far gravare i diritti di abitazione e di uso su tutti gli eredi, senza rispettare l'ordine normativo imposto.

Queste considerazioni si avvertono con maggiore gravità se ipotizziamo un caso in tutto corrispondente a quello appena proposto e differente soltanto in ciò: Tizio lascia dietro di sé, la giovane coniuge Caia, e due ascendenti, Sempronio e Mevio; il valore dei diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., vale 69.

Al coniuge, sempre a seguire la tesi della Cassazione, spetterebbe in una sorta di pre-deduzione, il diritto di abitazione e di uso, ossia beni per un valore di 69. Sul residuo 21, costituito dalla nuda proprietà sulla casa e sui mobili che la corredano, dovrebbe aprirsi la successione legittima. In forza di quella disciplina, al coniuge spetterebbero $\frac{2}{3}$ dell'eredità, mentre agli ascendenti, in parti eguali, il restante terzo. Ne verrebbe, in conseguenza, che il coniuge avrebbe diritto a 14, mentre ciascuno degli ascendenti 3,5.

All'esito di questo procedimento, alla coniuge, Caia, sarebbero, in definitiva, assegnati beni per un valore complessivo pari a 83, mentre a ciascun ascendente beni complessivi per un valore pari a 3,5.

La lesione dei diritti riservati agli ascendenti sarebbe evidente. A costoro, qualora concorrano con il coniuge, la legge riserva, complessivamente $\frac{1}{4}$ dell'eredità, ossia, nel caso di specie, 22,5. In concreto, però, ciascun ascendente, pur avendo diritto, a titolo di riserva, a 11,25, consegue, effettivamente 5.

Ma v'ha di più.

Gli ascendenti non potrebbero, neppure agire in riduzione contro il coniuge, con la conseguenza che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., in tale ipotesi, graverebbero, per intero, sulla quota disponibile ($\frac{1}{4}$ dell'eredità, pari, nel caso di specie, a 22,5), per intero sulla quota del coniuge ($\frac{1}{2}$ dell'eredità, pari, nel caso di specie, a 45), per parte sulla quota di riserva spettante a gli ascendenti (per i restanti 1,5). Si darebbe, dunque, un'ipotesi, in cui i diritti di cui all'art. 540, secondo comma,

Cod. civ., graverebbero non soltanto sulla quota disponibile, non soltanto sulla quota del coniuge, bensì anche sulla quota degli ascendenti. Ossia su una quota che, stante il tenore letterale dell'art. 540, secondo comma, Cod. civ., potrebbe dirsi non sottoposta a questo peso (28).

(28) Non si ignora, naturalmente, l'esistenza di un orientamento di letteratura, secondo il quale, pur in assenza di una precisa previsione al riguardo, diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano debbano poter gravare anche sulla quota degli ascendenti. Così, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 183, il quale postula che si debba applicare estensivamente agli ascendenti la stessa regola prevista per i figli. "Dice l'A. che la norma contenuta nell'ultima parte del secondo comma, dell'art. 540 Cod. civ., è una speciale applicazione del principio per cui il legato cumulabile con la legittima si imputa alla disponibile fino alla concorrenza del suo valore e, per il resto, può essere trattenuto dal legittimario imputandolo alla propria quota di riserva. "La specialità sta in ciò: che, mentre per i legati testamentari l'operatività del principio è subordinata alla condizione che il valore del legato non superi l'importo della porzione disponibile e della quota spettante al legatario come legittimario (art. 560, comma 3°), qui invece tale condizione non opera. Non per ciò si può dire che la norma ha carattere eccezionale; si tratta piuttosto di un diverso atteggiarsi del medesimo principio, determinato dalla destinazione legale dei due diritti a formare essi stessi una legittima". Aderisce a questa impostazione, G. IACOVONE, *Il diritto di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in *Il Notaro*, 1977, p. 15; G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, cit., p. 1321; C. COPPOLA, *Coniuge superstite: diritti d'abitazione e d'uso*, in *Fam. Pers. e successioni*, 2005, p. 167.

Ancora più rigida la posizione di coloro i quali non soltanto il legato non soltanto dovrebbe gravare sulla quota degli ascendenti, ma addirittura, gli ascendenti non potrebbero pretendere che esso gravi, prima, sulla quota del coniuge. In altri termini, il legato graverebbe, dapprima sulla disponibile e, di poi, proporzionalmente, sulla quota di coniuge e ascendenti. In questo senso, G. GABRIELLI, *Sub art. 540*, in *Commentario alla riforma di diritto di famiglia*, a cura di Carrara, Oppo e Trabucchi, Padova, 1976, p. 836: "la mancata menzione degli ascendenti non è singolare, poiché contrariamente a ciò che può sembrare a prima vista, non implica un trattamento di maggior vantaggio, ma deteriore rispetto a quello dei figli. In pratica, supposto il caso limite in cui l'asse comprenda solo la casa familiare arredata, la quota riservata agli ascendenti non potrà in nessun caso oltrepassare la nuda proprietà della metà, potendo espandersi solo a carico della disponibile e non come quella dei figli, a carico della quota riservata allo stesso coniuge". In questo stesso senso, E. PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., p. 722, secondo il quale: "d'altra parte mi pare che, in assenza di contraria indicazione di legge, debba essere rispettato il principio di cui all'art. 549 c.c. sulla integrità della quota riservata; quindi l'onere del legato non dovrebbe gravare sulla quota degli ascendenti senza prima aver esaurito la disponibile. Però, a mio modo di vedere, se la disponibile non fosse sufficiente, gli ascendenti non potrebbero, come i discendenti, pretendere di comprimere anche la quota riservata al coniuge per recuperare il valore del peso che grava sulla propria". Aderiscono, A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, cit., p. 1625; G. CATTANEO, *la vocazione necessaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. V, *Successioni*, Torino, 1997, II ed., rist. 2008, p. 447 s., "ma pare preferibile un'altra soluzione che si ricava dai principi generali: [...] il legato ex lege qui considerato -nella misura in cui la disponibile non sia sufficiente- dovrà pesare sulle quote di tutti i legittimari, ivi compreso il coniuge, in misura proporzionale all'ammontare di esse". M. CALAPSO, *Considerazioni sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c.*, cit., p. 578.

Nonostante queste precise prese di posizione, in senso nettamente contrario, ex abundantia cordis, mi sento di osservare, che l'assenza della previsione, non sia una lacuna, la quale meriti di essere colmata con il ricorso alla analogia, o una lacuna che importi un trattamento deteriore degli ascendenti, bensì una precisa scelta legislativa, la quale, dunque, esclude la lacuna e il ricorso all'analogia. In questo senso, parrebbe orientato anche A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., p. 239, il quale, dopo aver segnalato che la norma è "male impostata", osserva che "l'assoluta eccezionalità (se non, addirittura, impossibilità) di applicarsi in fatto" non consente di prendere posizione.

Questa diversa scelta del legislatore, peraltro, mi appare razionale, se solo si pensa che ben diverso è il concorso del coniuge con i figli, dal concorso del coniuge con gli ascendenti. Mentre i figli sono, a loro volta gli eredi legittimi e, addirittura necessari del coniuge, gli ascendenti del coniuge defunto e il coniuge superstite sono soltanto affini e, dunque, per il diritto successorio, estranei. Se, dunque, è ipotizzabile che i figli prendano parte alla successione del loro genitore, ossia del coniuge superstite, sicché è ipotizzabile che costoro riceveranno i beni o parte dei beni di cui, adesso, sono privati, lo stesso non si può, certamente, affermarsi per gli ascendenti e il coniuge. Sarebbe a dire, cioè, che i beni di cui gli ascendenti sarebbero privati, a ragione della possibilità che il diritto di abitazione e di uso possa gravare sulla loro quota, è certo che, secondo le norme sulla successione legittima e sulla successione necessaria, costoro non potranno più acquisirlo. La scelta del legislatore di prevedere che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. debba gravare, esaurita la disponibile e la quota del coniuge, soltanto sulla quota dei figli, ma non anche su quella degli ascendenti, mi pare dunque, che ne acquisti in evidente intelligenza, denunziando che non già di lacuna si tratta, bensì di precisa scelta positiva.



5. Se il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano, i quali, certamente competono al coniuge (29), in veste di legittimario, debbano considerarsi un'aggiunta alla quota di riserva a lui spettante, ovvero una specificazione qualitativa di essa, pur essendo discusso in dottrina, mi pare, alla stregua del tenore letterale della disposizione recata al secondo comma dell'art. 540 Cod. civ., la quale stabilisce che essi debbano gravare sulla porzione disponibile e che, solo in difetto di essa, debbano gravare sulla quota del coniuge e poi dei figli, che debba risolversi nel primo senso (30).

(29) Mentre è indubbio che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., non spettino né al coniuge separato cui sia addebitata la separazione, né al convivente more uxorio, né al coniuge divorziato, si discute se tali diritti spettino al coniuge separato, cui non sia stata addebitata la separazione. Al riguardo le tesi sostenute spaziano da quella che esclude tale possibilità a quella che la ammette, passando attraverso la tesi che tali diritti spettino al coniuge, soltanto se, dopo la separazione abbia proseguito ad abitare la casa, già adibita a residenza familiare, in forza di accordo con l'altro coniuge o del provvedimento di assegnazione ex art. 155 quater Cod. civ. Coloro che escludono che si possa continuare a discorre di residenza familiare, successivamente alla separazione personale, escludono che al coniuge spettino i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, cod. civ. (così, E. PEREGO, I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 712, già App. Venezia, 14 giugno 1984, in in Giur. it., 1986, I, 2, c. 28 ss.), mentre coloro i quali muovono dalla disposizione di cui all'art. 548 Cod. civ., la quale attribuisce al coniuge separato senza addebito i medesimi diritti successorî spettanti al coniuge non separato, ammettono che al coniuge spettino il diritto di abitazione sulla casa e il diritto di uso dei mobili (in questo senso, L. MEZZANOTTE, Vanificazione del diritto di abitazione spettante al coniuge separato di fatto, in Giur. it., 1986, I, 2, c. 28 ss., secondo la quale tale diritto compete anche al coniuge separato di fatto che abbia continuato ad abitare nella casa adibita, durante la convivenza matrimoniale, a residenza familiare). La dottrina maggioritaria, tuttavia, è orientata per una soluzione intermedia, per la quale al coniuge separato senza addebito spettano i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., soltanto se, successivamente alla separazione, abbia continuato ad abitare la casa familiare (in questo senso, già A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 243). Sebbene le inclinazioni della dottrina siano maggiormente orientate verso quest'ultima tesi, mi pare più coerente la tesi che esclude in radice che al coniuge separato spettino tali diritti. Non soltanto perché la separazione esclude che si possa continuare a discorre di casa adibita a residenza familiare, non soltanto perché ove pure al coniuge separato fosse assegnata la casa che è stata adibita a residenza familiare, ciò non consente, comunque, di continuare a discorrere di residenza familiare, ma anche perché la norma di cui all'art. 548 Cod. civ., serve soltanto per affermare che anche il coniuge separato ha diritto alla stessa quota di patrimonio ereditario riservata al coniuge non separato, ma non, di certo, a far sopravvivere un presupposto che la separazione, per definizione, fa venir meno (in senso contrario, L. MEZZANOTTE, Vanificazione del diritto di abitazione spettante al coniuge separato di fatto, cit., c. 30, la quale toglie, proprio dall'art. 548 Cod. civ., un argomento a favore della tesi opposta e conclude che "al coniuge separato di fatto spetta il diritto di abitazione sulla casa che prima aveva e anche dopo la separazione, conserva il carattere di residenza familiare").

(30) Già G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1320 s., aveva manifestato perplessità sulla regola posta al secondo comma dell'art. 540 Cod. civ., rilevando come essa impone una deroga evidente al principio della intangibilità della legittima posto dall'art. 549 Cod. civ. "Le conseguenze appaiono poco ponderate dal legislatore soprattutto quando si tratta di piccoli patrimoni in cui cade in successione la sola casa coniugale e il coniuge superstite è abbastanza giovane, per cui l'entità dei diritti di godimento può gravare notevolmente la quota degli altri legittimari. Una conclusione coerente porta, quindi, ad un grave pregiudizio delle ragioni successorie dei discendenti per i quali si conferma la scelta di una fin troppo accentuata posizione di inferiorità rispetto al coniuge. In definitiva, il legislatore ha finito col discriminare tra le varie categorie di legittimari in favore del coniuge, nel senso che si hanno diversi tipi di riserva: quella del coniuge non intaccabile, ma che può intaccare; quella dei discendenti che non può intaccare, ma che, a sua volta, può essere intaccata; quella degli ascendenti che [...] sembrerebbe restare fuori dalle novità qualitative della riforma".

Il legislatore della riforma del 1975 (31), nell'ansia di apprestare una più solida tutela dei diritti successorî del coniuge, storicamente limitati a cagione dell'idea romanistica che quegli non appartenesse alla famiglia del *de cuius*, (32), non soltanto ha stabilito che il regime legale tra i coniugi debba essere quello della comunione (33), non soltanto ha riservato al coniuge una quota di eredità in piena proprietà, variabile a seconda che concorra, o meno, con i figli o con gli ascendenti, ma gli ha, altresì, riservato il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso sui mobili che la corredano (34).

(31) Per un quadro di sintesi, V.E. CANTELMO, La situazione del coniuge superstite, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 37 ss., spec. p. 46 s., il quale, all'esito di un esame della nuova disciplina, reputa che per effetto della morte, è possibile dire che il rapporto di coniugio è destinato a una vera e propria vicenda di modificazione, sicché afferma: "il fondamento dei diritti successorî di un coniuge non sta nella morte dell'altro, ma, evidentemente, nel rapporto di coniugio che subisce, per l'apertura della successione, una vicenda modificativa". Anche, P. NICOLINI, *Appunti sulla successione legittima del coniuge*, in *Dir. famiglia*, 1981, p. 608 ss.

(32) Anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, al coniuge era riservato soltanto l'usufrutto di una quota del patrimonio dell'altro coniuge, variabile a seconda del rilievo che fosse l'unico legittimario (art. 540 Cod. civ., vecchio testo) o che concorresse con i figli (artt. 542 e 543 Cod. civ., vecchio testo) o con gli ascendenti (art. 544 Cod. civ., vecchio testo). Anteriormente alla riforma del diritto di famiglia, dunque, al coniuge non era riservata una quota in piena proprietà del patrimonio ereditario, bensì una quota in usufrutto. Ciò consentiva che alla morte del coniuge superstite, l'usufrutto sul patrimonio ereditario si sarebbe estinto e così, consolidata la piena proprietà in capo ai figli o agli ascendenti del *de cuius*. Era, ancora, solida l'idea romanistica secondo cui il concetto di famiglia si fondava sul vincolo di sangue; che il coniuge costituiva una minaccia per il patrimonio familiare, potendone mettere a repentaglio la conservazione e la trasmissione ai consanguinei. Saluta con entusiasmo la riforma, P. FORCHIELLI, *Aspetti successorî della riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 1014, il quale precisa che "l'attuale riforma cancella [...] la visione patriarcale, di remota reminiscenza feudale, della famiglia fondata sulla discendenza legittima e nella quale la madre, al di là dei sentimenti, veniva considerata come un indispensabile strumento per assicurare codesta discendenza. Dopo di che, almeno sul piano patrimoniale, la vedova riceveva, il .. ben servito con una non certo generosa quota di usufrutto". Va, tuttavia, da segnalare, che gli autori che salutano positivamente questa riforma muovono dal presupposto, certamente frequente statisticamente, ma non sempre valevole, che il coniuge superstite sia sempre la donna. Se si tenesse conto, benché meno frequente, il caso inverso, si avverte come la norma era ben lungi dal discriminare la donna all'uomo, perché trattava i coniugi, entrambi, nella stessa identica maniera.

(33) In caso di comunione legale, se i coniugi, cioè, non abbiano optato per il regime della separazione dei beni, la posizione giuridica del coniuge superstite risulta vieppiù favorita. Il regime di comunione dei beni importa che tutti gli acquisti fatti successivamente al matrimonio, anche da uno solo dei coniugi, salvo che si tratti di beni personali, a' sensi dell'art. 179 Cod. civ., cadono in comunione. Ciò, nei fatti, riduce significativamente il patrimonio ereditario del coniuge che per primo sia tolto ai vivi. Lo scioglimento del matrimonio, per la morte del coniuge, importa lo scioglimento della comunione dei beni. Ciò significa che la metà dei beni caduti in comunione spetta al coniuge superstite a titolo di scioglimento della comunione e che il patrimonio ereditario dell'altro sia composto dei di lui beni personali e della sola metà dei beni oggetto di comunione legale.

(34) Sebbene si sia discusso intorno alla natura del diritto di abitazione e di uso, profilandosi sia l'ipotesi che si tratti di veri e propri diritti di credito, che di diritti reali in senso tecnico, l'ultima soluzione appare quella preferibile. In quanto diritti reali, in senso tecnico, trovano, nei limiti di compatibilità, anche allo scopo di misurare e stabilire i poteri e le facoltà attribuite al titolare, le norme di cui agli artt. 1021-1026 Cod. civ. Il limite di compatibilità deve indurre a escludere l'applicabilità dell'art. 1022 Cod. civ., la quale limiterebbe il diritto dell'habitor ai suoi personali bisogni e a quelli della di lui famiglia, dacché la funzione dell'art. 540, secondo comma, Cod. civ., induce a reputare che il diritto si conservi anche nell'ipotesi in cui sia eccessivo rispetto ai bisogni del coniuge. Non trova, altresì, applicazione la disciplina recata all'art. 1026 Cod. civ., il quale prevede, tra le cause di estinzione del diritto, la prescrizione ventennale e l'abuso del beneficiario. Si dice, infatti, che tali regole si risolverebbero nell'apposizione di vincoli al diritto di abitazione, non compatibili con la sua funzione di diritto riservato al legittimario. Risulta, invece, applicabile la disciplina recata all'art. 1024 Cod. civ., che vieta la cessione o concessione in godimento dei diritti di uso e di abitazione, con l'intesa che la violazione del predetto divieto non importa l'estinzione del diritto, per abuso del suo titolare, bensì l'invalidità del negozio di cessione e l'obbligo di restituzione al nudo proprietario dei frutti illegittimamente percepiti.

Si discute, invece, se il diritto si debba estinguere, nel caso in cui il coniuge superstite, titolare del diritto di abitazione e di uso, contragga nuove nozze. Da taluni si afferma che tale circostanza importa il venire meno del diritto, ché il coniuge avrebbe costituito una nuova famiglia, rispetto alla quale non sarebbe più dato di discorrere di vecchia casa adibita a



Il legislatore, dunque, ha riservato al coniuge superstite diritti che hanno una estensione, anche, maggiore di quelli dei figli, dacché al primo è riservata, sempre una quota eguale o, addirittura, superiore di quella attribuita ai secondi (ciò accade quando i figli, che concorrano con il coniuge, siano più di due) (35), inoltre al primo sono riservati i diritti di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso sui mobili che la corredano (36), se di proprietà del coniuge mancato ai vivi, o comune (37) con quello superstite.

Inutile insistere sulle ragioni che hanno indotto il legislatore in questa scelta, le quali, com'è noto, riposano sulla presunta esigenza di tutelare lo stato di benessere fisico e psichico del coniuge

residenza familiare. Secondo, altri, viceversa, il diritto si manterrebbe, ché il diritto di abitazione si estende, non solo al titolare, bensì anche alla sua famiglia, quale dovrebbe considerarsi il nuovo coniuge. Si dice, inoltre, che non potrebbero valere, in questo caso, le stesse ragioni che consentono di escludere la perdita del diritto di abitare la casa che si attribuisce al coniuge separato. In quella disciplina, la funzione assistenziale dell'attribuzione non ha più ragion d'essere quando il coniuge separato passi a nuove nozze, costituendosi un nuovo rapporto di coniugio incompatibile con l'obbligo di assistenza gravante sull'ex coniuge (in questo senso, G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1326 e già L. MENGONI, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima, cit., p. p. 184, secondo cui il principio in forza del quale è possibile togliere tale conclusione è la regola che ammette la possibilità di privare il legittimario dei suoi diritti soltanto nel caso di indegnità.).

Trattandosi di diritti reali, si afferma anche la trascrivibilità dell'acquisto. A tale conclusione si giunge attraverso l'esegesi della norma di cui all'art. 2648 Cod. civ. Il quale pur non menzionando espressamente quest'acquisto, tra quelli soggetti a trascrizione, sancisce, in generale, la trascrivibilità dei legati aventi a oggetto diritti reali su beni immobili. Tale è, senz'altro, il diritto di abitazione sulla casa familiare. La trascrizione ha l'ovvia e consueta funzione dichiarativa e serve per rendere opponibile l'atto a terzi; sicché il coniuge non potrebbe opporre il proprio diritto a chi abbia acquistato per effetto di un atto trascritto anteriormente alla trascrizione dell'acquisto del diritto di abitazione.

(35) Cfr. artt. 540 e 542 Cod. civ.

(36) Opportunamente critico sul risultato della riforma e sulla eccessiva tutela successoria apprestata a favore del coniuge G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1333.

(37) Si discute se il diritto di abitazione spetti al coniuge superstite, qualora la casa adibita a residenza familiare sia di proprietà comune del coniuge defunto e di un terzo. Benché taluno ammetta che anche in tal caso spetti al coniuge superstite il diritto di abitazione sorge limitatamente alla porzione dell'immobile di proprietà del de cuius, con la conseguenza che in caso di immobile divisibile, il coniuge avrà diritto di abitazione sulla porzione concretamente assegnata agli eredi del coniuge defunto e che in caso di immobile non divisibile, non assegnato agli eredi del coniuge tolto ai vivi, il coniuge superstite ha diritto soltanto a un conguaglio di danaro, reputo preferibile la soluzione opposta. La disposizione di legge di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., presuppone che la casa adibita a residenza familiare sia di proprietà esclusiva del coniuge mancato ai vivi, ovvero di proprietà comune dei coniugi. Ciò significa che ove la casa adibita a residenza familiare sia di proprietà comune del coniuge mancato ai vivi e di un terzo, credo che difetti uno dei presupposti necessari perché al coniuge superstite venga riservato anche il diritto di abitazione. In senso contrario, si è espresso, tra gli altri, G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1329 s., il quale afferma che in caso di comproprietà con terzi, il diritto di abitazione si costituisce limitatamente alla quota di proprietà del defunto. Ma, sul punto, già, L. MENGONI, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima, cit., p. 173, secondo cui la condizione «se di proprietà del defunto o comuni» va intesa nel senso che i diritti in parola si trovino nel patrimonio ereditario. «Così interpretata, la condizione si verifica anche quando, avendo il defunto donato a un terzo la casa senza farne venire meno la destinazione a residenza della famiglia, il bene sia fatto rientrare nell'eredità, nei confronti del coniuge superstite e al solo effetto della costituzione del diritto di abitazione, mediante l'azione di riduzione contro il donatario». S. MOSCA, Titolarità dell'immobile adibito a residenza familiare e relativa rilevanza per l'applicazione dell'art. 540, comma 2°, cod. civ., in Nuova giur. civ. comm., 2001, I, p. 593 ss. Deve segnalarsi, poi, la posizione di M. GAMBARDELLA, I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite: una nuova figura di riserva, cit., p. 699 s., la quale muovendo dall'idea che la disciplina di cui all'art. 540 protegge un interesse esistenziale e non patrimoniale e che, addirittura, pone una prevalenza dell'interesse esistenziale su quello patrimoniale, nella parte in cui stabilisce che il diritto debba gravare, esaurita la disponibile, sulla quota di patrimonio riservata al coniuge, afferma che l'espressione se di proprietà del defunto o comune debba riferirsi non già al momento dell'apertura della successione, bensì, «ma al momento della destinazione del fabbricato e dei mobili alla soddisfazione dei bisogni familiari».

superstite (38), il quale potrebbe essere alterato dall'abbandono della casa in cui ebbe a vivere con il proprio compagno di una vita o dalla idea di doversi distaccare dal luogo e dalle cose, che esprimerebbero una sintesi materiale di affetti e ricordi (39). Piuttosto converrà verificare, più tecnicamente, quale sia il titolo in forza del quale questi diritti siano riservati al coniuge superstite, dacché si discute in letteratura, se gli competano in forza di una vocazione anomala (40), ovvero di una vocazione a titolo universale, per cui si tratterebbe di beni considerati come quota di eredità, ovvero di una vocazione a titolo particolare, per cui si tratterebbe di un'attribuzione patrimoniale a causa di morte priva del carattere dell'universalità.

Benché tutte le soluzioni siano state, variamente prospettate nella dottrina, tra tutte, convince, senz'altro, che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., debbano considerarsi un'attribuzione a titolo particolare (41). Si tratterebbe di un legato ex lege (42), il quale, poiché di specie, verrebbe acquistato dal coniuge, automaticamente, sin dal tempo di apertura della successione (43), salvo l'onere del coniuge superstite di domandare all'onerato il possesso della cosa legata (44). Si tratterebbe, dunque, di un'attribuzione a titolo particolare, che competerebbe al coniuge superstite anche in caso di rinuncia all'eredità, atteso che il rinunziante può sempre domandare il legato a lui fatto, almeno sino alla concorrenza della quota disponibile (art. 521 Cod. civ.) e salva la disposizione in tema di legato in sostituzione di legittima (45). Si tratterebbe di un legato che il coniuge acquista

(38) Così, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 166, "la ratio della norma scaturisce dalla moderna «sociologia della salute», che assume la salute non solo nel senso negativo di assenza di malattia, ma nel senso positivo di stato di benessere fisico e psichico".

(39) A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, cit., p. 1621 s., bene sintetizza la funzione che si suole assegnare a questa speciale riserva: "nell'esigenza etica e sentimentale di assicurare al coniuge superstite una tranquillità di vita ed una continuità di abitudini, risparmiandogli il disagio materiale e morale della ricerca di un alloggio o adattamenti a nuove condizioni di vita; nonché di garantirgli il godimento degli arredi che, sotto il profilo affettivo, hanno anche fondamentale importanza".

(40) Così, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 165, il quale, discorre di vocazione anomala "in quanto porta eccezione al principio di unità della successione e al suo corollario espresso nella regola di eguaglianza dei coeredi in proporzione delle rispettive quote".

(41) Sull'idea che si tratti di legato, insiste con efficacia, A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., p. 224 ss., il quale dedica quasi otto pagine del suo lavoro per giustificare che si tratta di una attribuzione a titolo particolare. Questo, mi sembra che sia il vero merito della tesi dell'A., il quale argomenta, anche sulla base di un'indagine storica, nella quale mette a confronto la precedente attribuzione a favore del coniuge, consistente nella quota di usufrutto. A dire dell'A., inoltre, è dirimente la circostanza che si tratta di un acquisto costitutivo, il quale non sarebbe compatibile con una successione a titolo universale, la quale presuppone, sempre un acquisto a titolo derivativo. Precisa, G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, cit., p. 1314, che la via del legato è l'unica che garantisce, con immediatezza, al legislatore il raggiungimento dello scopo che con tale disposizione si è prefisso. Essa, peraltro, sarebbe coerente con la lettera della legge.

(42) Già A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., p. 231 ss. Aderisce, tra gli altri, A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, cit., p. 1627.

(43) E. PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., p. 714.

(44) Per tutti, G. BONILINI, *Legato di immobili, e domanda del relativo possesso*, in *Fam., Pers. e successioni*, 2011, p. 205 ss.

(45) Si consideri, però, che secondo G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, cit., p. 1323, la disciplina di cui all'art. 521 Cod. civ., quando essa abbia tratto al legato di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., dovrebbe essere ripensata. Secondo l'A., infatti, "il coniuge superstite può rinunciare all'eredità ma ritenere il legato ex



automaticamente, all'apertura della successione, a meno che il testatore non abbia diversamente disposto di quei beni.

Che si tratti di un'attribuzione a titolo particolare, poi, sembra la soluzione più plausibile se soltanto si considera, per un verso, la singolarità del diritto che viene riconosciuto al coniuge, ove ricorrano le condizioni previste dalla legge, e, per altro verso, che tali diritti non vengono in considerazione come quota dei beni ereditari, né sono assegnati al coniuge come quota del patrimonio. Trattandosi, cioè, di un'attribuzione patrimoniale priva, come si dice, del carattere dell'universalità, sembra che sia, davvero, obbligata la conclusione che si tratti di un legato. Il quale trova fonte, direttamente, nella legge, al punto, che la migliore dottrina, da tempo, lo considera l'esempio, oggi, più rilevante di legato ex lege (46).

Di là, poi dello scopo pratico che esso mirerebbe a realizzare, il quale, personale e soggettivo del legislatore storico, poco o punto interessa, o dovrebbe interessare al giurista positivo, che ha dovere di aver in conto, oltre al dato letterale della legge, la sua nuda e obiettiva ratio, ossia l'impersonale e de-storicizzata funzione, non v'ha dubbio che tale legato ex lege, costituendo, un diritto speciale di riserva del coniuge superstite, che si aggiunge alla quota di beni che a lui è, variamente riservata, a seconda del suo eventuale concorso con altri, incide, significativamente, sul complesso dei diritti a lui riservati dalla legge.

E mi sembra che incida sia da un punto di vista quantitativo, che da un punto di vista qualitativo. Sotto il primo aspetto, perché si tratta di un diritto che si aggiunge e, dunque, incrementa la quota di patrimonio astrattamente riservata al coniuge, in qualità di legittimario; al coniuge superstite non spetta soltanto $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ o $\frac{1}{4}$ del patrimonio ereditario, a seconda che sia l'unico legittimario, o che concorra con uno o più figli, o con gli ascendenti, ma anche i diritti indicati al secondo comma della più volte richiamata disposizione codicistica.

Sotto il secondo profilo, perché questo potenziamento dei diritti di riserva del coniuge superstite, non è un mero accrescere astratto del quantum dovuto, ossia della quota di patrimonio ereditario a lui riservata, bensì l'incremento realizzato attraverso l'attribuzione, indipendentemente da quale sia il loro valore concreto, di beni precisi e determinati: il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano.

lege «interamente» in quanto la ratio per la quale l'art. 521 c.c. poneva il limite della disponibile non sussiste più di fronte ad un legittimario che è riservatario a doppio titolo e di erede e di legatario".

(46) Per tutti, G. BONILINI, *Il legato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, La successione testamentaria, Milano, 2009, p. 400.

La predetta incidenza non soltanto quantitativa, bensì anche qualitativa (47) ha conseguenze teoriche e pratico-applicative di non breve momento. Teoriche, dal momento che orienta la composizione della quota del patrimonio ereditario spettante al coniuge superstite (48), mediante l'assegnazione di un bene sempre eguale a sé stesso, ma di valore variabile di successione ereditaria in successione ereditaria (49). Pratico-applicative, perché incide sui meccanismi di tutela del coniuge superstite e orienta, di necessità, decisioni e determinazioni di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento e nella successione mortis causa.

Perché si possano considerare rispettate le norme sulla così detta successione necessaria, non basta che il coniuge consegua, complessivamente, beni per un valore corrispondente alla quota di patrimonio a lui riservata e al valore dei diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., ma occorre, con tratto di necessità, che il coniuge consegua, effettivamente e concretamente, i diritti di abitazione e di uso. Sicché, ove pure le attribuzioni patrimoniali fatte del coniuge gli garantissero beni di valore pari o, addirittura, superiore a ciò che a quegli, complessivamente, spetta, nondimeno costui dovrebbe reputarsi leso nei diritti riservati, se non ricevesse, ricorrendone i presupposti, i beni indicati all'art. 540, secondo comma, Cod. civ.

L'incidenza quantitativa e qualitativa dei diritti di abitazione e di uso, dunque, modifica la composizione della quota di riserva del coniuge, la quale deve, per un verso, essere almeno pari alla quota di patrimonio che la legge riserva al coniuge superstite, e, in ogni caso, comprendere il legato ex lege.

Ciò, da un punto di vista pratico, sta a significare che per determinare se, in concreto, vi sia una lesione, occorre non soltanto avere riguardo al quantum complessivo (quota di patrimonio più valore dei legati ex lege) riservato al coniuge superstite, bensì anche al quomodo. Con intesa che quantum e

(47) Postula che si tratti di una aggiunta quali-quantitativa, A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, cit., p. 1630 s. L'A., tuttavia, rileva, giustamente, che è difficile, se non ridicolo "sostenere di voler perpetuare su suppellettili o in quattro mura un affetto che può anche non essere mai esistito reciprocamente o che quanto meno non esiste più". In ragione di questa premessa, l'A. conclude, non senza avvertire che si tratta di una considerazione che ha tratto più a motivi di ordine sociale che non giuridico, nel senso che dovrebbe considerarsi possibile tacitare i diritti del coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare anche per equivalente. Ma sul punto, già L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 167 e s., il quale precisa che "la legge vuole che la tutela dell'interesse morale del coniuge a conservare il quadro di vita a lui consueto non vada a scapito della sua quota di legittima, né comporti a suo carico obblighi di conguaglio, per far fronte ai quali occorre di solito contrarre mutui onerosi. Per assicurare tali fini i due diritti sono stati posti a carico della disponibile (fino a concorrenza del suo valore) con una soluzione che si avvale di un mezzo tecnico sproporzionato perché non solo garantisce al coniuge una determinata composizione qualitativa della sua legittima, ma di questa comporta in ogni caso un aumento quantitativo".

(48) Secondo E. PEREGO, *I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite*, cit., p. 553, la norma avrebbe, anche, una funzione divisionale, sicché in una successione per quote astratte, la residenza familiare e i mobili che la corredano dovrebbero essere compresi nella concreta porzione spettante al coniuge superstite.

(49) Discorre di quota mobile M. CALAPSO, *Considerazioni sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c.*, cit., p. 573, il quale, peraltro, non nasconde che la mobilità di detta quota potrebbe anche dipendere da singolari accorgimenti che in vita l'ereditando possa adottare "destinando, per esempio, beni mobili di notevole valore a corredo della casa adibita a residenza familiare, o, al contrario, sottraendo beni di cui sopra dal corredo della casa familiare e così via".



quomodo debbono sempre mettere capo a valutazioni distinte, rispetto alle quali non è possibile che l'una colmi, o supplisca deficienze dell'altra, e viceversa.

Ciò determina una serie di conseguenze di non breve momento, sia nell'ipotesi in cui il quodomo sembra poter supplire il quantum, che nell'ipotesi inversa.

Muovo dalla prima ipotesi.

Se al coniuge superstite venisse assegnata la piena proprietà della casa adibita a residenza familiare e la piena proprietà dei mobili che la corredano, tale attribuzione concorrerebbe a integrare la quota di patrimonio spettante al coniuge a titolo di riserva, nei soli limiti del valore della nuda proprietà dei predetti beni. Ove si ragionasse diversamente, l'attribuzione della piena proprietà dei predetti beni, diventerebbe idonea a vanificare i diritti speciali che, in aggiunta, il legislatore riserva al coniuge superstite con la norma di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. (50).

Un esempio chiarisce.

Si ipotizzi che un coniuge abbia diritto a una riserva pari a 100, oltre ai diritti di abitazione e di uso. Si immagini che, per effetto della successione, legittima o testamentaria, al coniuge venisse attribuita la piena proprietà della casa adibita a residenza familiare e dei mobili che la corredano. Si ipotizzi, ancora, che la piena proprietà dei predetti beni valga 110. Se si ragionasse, confondendo le valutazioni sul quantum e sul quomodo, si potrebbe sostenere che, in un tale caso, non vi sia lesione. Perché il coniuge consegue beni sufficienti a integrare la quota di patrimonio che la legge gli riserva (nella specie, 100), perché il coniuge, conseguendo la piena proprietà della casa adibita a residenza familiare e la piena proprietà dei mobili che la corredano, soddisfa il presunto interesse protetto dalla norma di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. Gli è, però, che, così ragionando, di fatto si finisce con l'incidere negativamente sul quantum che la legge riserva al coniuge. Più correttamente,

(50) In questo senso, già A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 236; G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1316, "non si può sostenere, infatti, che i diritti in parola spettano comunque al coniuge, e poi non assegnarglieli se sono già ricompresi nella porzione a lui spettante". In senso contrario, E. PEREGO, I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite, cit., p. 553, "se la funzione della norma è quella di assicurare al coniuge l'uso della casa coniugale e degli arredi, mediante la costituzione di diritti reali di godimento su beni determinati, questa particolare riserva non entra in gioco allorché quei beni sono assegnati al coniuge in piena proprietà e vanno a formare la quota di patrimonio a lui riservata". Successivamente, E. PEREGO, I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 713, alla obiezione mossa alla sua tesi, la quale pregiudicherebbe la posizione del coniuge superstite al quale sia lasciata la piena proprietà della casa familiare, rispetto a quello cui non sia stata lasciata tale piena proprietà (G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1317), l'A. risponde: "a mio avviso l'obiezione si sostanzia in una critica al legislatore e non in un argomento valido per giustificare de iure condito l'altra soluzione". In conclusione, secondo l'A. (p. 723) "il diritto reale limitato presuppone che il bene sul quale si costituisce sia compreso nel relictum e attribuito a un successibile diverso dal coniuge". In tale direzione, anche G. IACOVONE, Il diritto di abitazione e di uso del coniuge superstite, cit., p. 15, il quale, pur avvertendo che dalla "prevista imputazione dei detti diritti sull'asse ereditario", dovrebbe affermarsi che tali diritti si aggiungano, comunque, alla quota di riserva, nondimeno giunge a una soluzione opposta, ragionando sulla presunta funzione della norma. Se il testatore assegna al coniuge la piena proprietà della residenza familiare, costui ha diritto soltanto alla quota riservata, alla quale non può aggiungersi, essendo compreso, il diritto di abitazione. A. GARGANO, Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione, cit., p. 1630,

dunque, in un caso del genere, è necessario scorporare, ai fini della determinazione del quantum complessivo, il valore dei diritti di abitazione e di uso. Se, per ipotesi, tali diritti valessero 50, l'attribuzione della piena proprietà della casa adibita a residenza familiare e dei mobili che la corredano concorrerebbe a determinare la quota di riserva del coniuge, non già per 110 (valore della piena proprietà), bensì per 60 (valore della nuda proprietà). Ciò significa che il coniuge sarebbe, comunque, leso, per 40, dovendo conseguire una quota del patrimonio pari a 100. Il coniuge, dunque, avrebbe diritto di agire con l'azione di riduzione.

Vengo alla seconda ipotesi.

Se al coniuge superstite venissero assegnati beni per un valore sufficiente a integrare la complessiva quota di riserva a lui attribuita (ossia la quota di patrimonio, oltre al valore dei diritti di abitazione e di uso), ma non fossero a lui, concretamente, attribuiti i diritti di abitazione e di uso, nondimeno una lesione vi sarebbe. Ove si ragionasse diversamente, l'attribuzione di beni di valore, complessivamente uguale o corrispondente ai diritti di riserva del coniuge superstite, diventerebbe idonea a vanificare i diritti speciali che il legislatore riserva al coniuge superstite con la norma di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. (51).

Ancóra una volta, un esempio chiarisce.

Si ipotizzi che un coniuge abbia diritto a una riserva pari a 100, oltre ai diritti di abitazione e di uso, i quali si supponga che valgano 50 e, dunque, che il coniuge, in punto di quantum abbia diritto a 150. Si immagini che, per effetto della successione testamentaria (52), al coniuge vengano attribuiti beni per un valore complessivo di 200, ma che al coniuge non venga assegnato il diritto di proprietà sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano, risultando, detti beni attribuiti ad altri (53). Anche qui, se si ragionasse, confondendo le valutazioni sul quomodo e sul quantum, si potrebbe sostenere che non vi sarebbe lesione. Perché il coniuge consegue beni largamente sufficienti a integrare il quantum complessivo a lui riservato (nella specie, consegue 200, avendo diritto a 150). Gli è, però, che, così ragionando, si finisce con l'incidere sul quomodo che la legge

(51) In questo senso, già A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 237.

(52) L'unica possibilità che si dia una lesione qualitativa, ma non anche quantitativa, si lega a una successione testamentaria. In caso di successione legittima, infatti, la norma di cui all'art. 553 Cod. civ., in uno con la considerazione che i diritti di abitazione e di uso costituiscono un legato *ex lege* di specie, consentono di escludere che al coniuge possa non essere assegnato almeno il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano.

(53) Sia beninteso, che ciò è possibile soltanto nel caso in cui il coniuge mancato ai vivi abbia disposto della proprietà sulla casa adibita a residenza familiare e della proprietà dei mobili che la corredano con atto mortis causa. Ché se ne avesse disposto in vita, anche con donazione, difetterebbe il presupposto perché al coniuge siano attribuiti i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. Presupposto perché sorgano in favore del coniuge superstite i predetti diritti è che essi siano di proprietà del defunto o di proprietà comune del defunto con il coniuge superstite. Ove il de cuius se ne fosse privato in vita, donando i predetti beni a un terzo, il coniuge non avrebbe diritto. Ciò esclude, dunque, che il coniuge che agisca in riduzione, per conseguire i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., possa agire in riduzione contro il donatario della casa adibita a residenza familiare.



riserva al coniuge, privandolo, di fatto, di beni che la legge intende riservargli. Più correttamente, dunque, in un caso del genere, sarebbe da dire che il coniuge, benché, in termini complessivi, riceva beni sufficienti a soddisfare il quantum a lui riservato, nondimeno subisce una lesione, perché in punto di quomodo, non consegue gli specifici beni che la legge gli riserva all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. Ciò significa che il coniuge superstite, anche in un caso del genere, dovrebbe considerarsi leso. Aperto, però, il problema della sua tutela.

6. Sebbene esista una certa concordia nella letteratura, nell'affermare che si possa avere una lesione qualitativa, ma non quantitativa, rimane discordia nello stabilire quale debba essere lo strumento con il quale il legittimario leso qualitativamente, possa tutelarsi. Da taluni affermandosi che il coniuge debba chiedere l'accertamento della nullità della disposizione testamentaria lesiva, poiché essa sarebbe nulla per contrarietà a una norma imperativa, da altri che il coniuge debba agire con l'azione di rivendica, perché avrebbe, di diritto, già acquistato il legato ex lege, da altri, infine, che debba agire con l'azione di riduzione, unico strumento a tutela della posizione giuridica del legittimario leso.

Delle tre accennate soluzioni che, tra loro, si contendono la scena, convince, senz'altro, l'ultima, a favore della quale militano, a mio credere, numerosi argomenti.

Intanto, anche allo scopo di chiarire l'ambito nel quale si possa porre un problema di lesione qualitativa, ma non anche quantitativa, credo che si debba, subito, precisare che esso può darsi soltanto nel caso di successione testamentaria. Nel caso di successione legittima, infatti, il legato ex lege, poiché di specie, verrebbe automaticamente acquistato dal coniuge. Ciò significa che una lesione qualitativa, ma non quantitativa, può porsi soltanto in caso di successione testamentaria, ossia quando l'ereditando abbia attribuito la piena proprietà della casa adibita a residenza familiare e dei mobili che la corredano, o altro diritto incompatibile con essi, a un soggetto diverso dal coniuge.

Stante l'esistenza di questo presupposto mi sembra inevitabile che lo strumento giuridico di tutela non possa che essere l'azione di riduzione (54).

Escluderei, in primo luogo, che si possa discorrere di nullità della disposizione testamentaria incompatibile con i diritti successorî speciali del coniuge, dacché, è noto, le disposizioni testamentarie lesive dei diritti dei legittimarî non sono nulle, bensì soggette a dichiarazione d'inefficacia. Il

(54) Così, anche, G. SCHIAVONE, I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato, cit., p. 155, il quale rileva che, pur se si tratta di legato ex lege di specie, non può dirsi sempre acquistato dal coniuge superstite al momento della successione, ove esista una contraria disposizione testamentaria. "Per superare la quale occorrerà esperire l'azione di riduzione, che è l'azione tipica predisposta dall'ordinamento per la tutela della posizione dei legittimari"

legislatore lascia, peraltro, al legittimario leso, di decidere se agire con l'azione di riduzione e violare, così, la volontà del testatore, ovvero di non esperire l'azione e, assecondare, così, la volontà testamentaria. Sotto un diverso profilo, poi, ipotizzare che la norma di cui al secondo comma dell'art. 542 Cod. civ., sia una disposizione imperativa, ossia una disposizione che limita, sempre e di necessità, lo spazio dell'autonomia privata, mi sembra che non si possa affermare con sicurezza. Se è vero, infatti, che il carattere imperativo di una norma di legge si collega, in genere, all'indisponibilità del diritto che essa pone, è difficile affermare che i diritti dei legittimari siano assolutamente indisponibili, dacché, almeno successivamente all'apertura della successione, essi risultano liberamente disponibili e rinunciabili da parte dei rispettivi titolari.

Neppure mi convince l'idea che il legittimario leso qualitativamente debba tutelare il proprio diritto con l'azione rivendica. Tale tesi sembra muovere, con tratto di stringente e serrata logicità, dalla premessa che le attribuzioni di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., costituiscano un legato ex lege, che, in quanto di specie, consente al coniuge, legatario, di acquistare i diritti in esso previsti, immediatamente e sin dal momento dell'apertura della successione. Per potere condividere questa tesi si deve, però, muovere dal presupposto che la disposizione testamentaria incompatibile con il legato di specie sia nulla e che, di diritto, a quella si sostituisca il valido legato ex lege (55). Il quale, soltanto nel presupposto che sia valido ed efficace, consente al coniuge di acquistare i diritti in esso portati e, dunque, di agire, se del caso, pel tramite dell'azione di rivendica. La tenuta di questa tesi, dunque, riposa sull'idea che la disposizione testamentaria incompatibile sia nulla e che, in suo luogo, sia valido ed efficace il legato ex lege. Gli è, però, che una tale conclusione mi pare che non si possa trarre avendo tratto alle norme che regolano la successione testamentaria, la successione necessaria e, in genere, il diritto delle successioni a causa di morte. Mi sembra, cioè, che, pur a voler reputare applicabile, analogicamente, al testamento, la disciplina portata dalla norma di cui all'art. 1419 Cod. civ. o, eventualmente, quella di cui all'art. 1339 Cod. civ., questo risultato non possa attingersi. Almeno per le stesse ragioni che mi hanno portato a escludere che disposizione testamentaria incompatibile con i diritti successorî speciali del coniuge possa considerarsi nulla. Ne viene che, non essendo nulla, o invalida, né inefficace la disposizione testamentaria incompatibile con i diritti successorî speciali del coniuge, non può pensarsi a una sostituzione automatica. Non può ipotizzarsi, dunque, che coesista, per il principio di non contraddizione degli effetti giuridici, il legato ex lege a favore del coniuge. Esso è destinato a divenire efficace, soltanto quando venga a cadere la

(55) In senso contrario, pur non ponendosi il problema del come l'acquisto automatico debba e possa prevalere su una contraria disposizione testamentaria, L. MEZZANOTTE, Vanificazione del diritto di abitazione spettante al coniuge separato di fatto, cit., c. 31, la quale scrive "ma se si considera che l'attribuzione di tali diritti avviene in forza di un legato ex lege, tale azione [riduzione] appare superflua, in quanto il loro acquisto è automatico [...] all'apertura della successione ed inoltre essi prevalgono su tutti gli altri diritti di eredi e legatari".



disposizione testamentaria incompatibile. Occorre, cioè, che il legittimario agisca contro quella disposizione, chiedendone l'inefficacia (56).

Mi pare, allora, che, anche nel caso di mera lesione qualitativa, la via giudiziale che il coniuge debba percorrere per conseguire i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., sia quella dell'azione di riduzione (57). Né potrebbe valere, per escludere la possibilità di esperire quest'azione, il rilievo che non vi sarebbe una lesione quantitativa. Dacché il presupposto dell'azione di riduzione non è la lesione quantitativa, bensì e, più genericamente, la lesione, ove pure essa sia soltanto una lesione meramente qualitativa. Ciò risulta se consideriamo che, per un verso, proprio all'art. 536 Cod. civ., che apre il capo dei legittimari, il legislatore discorre non soltanto di legittima in termini di quota di patrimonio, ma anche in termini di "altri diritti" e, per altro verso, che il presupposto della disciplina di tutela è sempre la lesione, la quale, per le considerazioni svolte deve apprezzarsi, avuto riguardo alla composizione della quota di legittima spettante al coniuge, non soltanto in termini di quantum, bensì anche di quomodo.

Piuttosto è a dirsi che nel caso di lesione qualitativa, ma non quantitativa, l'azione di riduzione deflette dall'ordinario regolamento. Il coniuge leso, infatti, non potrà agire in riduzione verso i donatari. Se la casa adibita a residenza familiare, avesse formato oggetto di una donazione, anteriormente al tempo dell'apertura della successione, essa non sarebbe nella titolarità del de cuius e, dunque, mancherebbe lo stesso presupposto dei diritti speciali del coniuge. Saranno, dunque, soggette a riduzione, soltanto le disposizioni testamentarie; non tutte e indistintamente, bensì soltanto quelle, concretamente, incompatibili con i diritti del coniuge. Ciò importerebbe, in astratto, che il

(56) Sebbene con altro tenore argomentativo, ammette la necessità di una riduzione anche A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, cit., p. 1627: "da detta configurazione giuridica [legato ex lege] non se ne fanno derivare i consueti corollari soprattutto tenendo presente il fatto che nell'ambito della successione necessaria non si verifica un acquisto immediato dei citati diritti, dato che se la casa familiare o gli arredi sono attribuiti a terzi, il coniuge superstite deve agire (se vi sono i presupposti) in riduzione per reintegrare la propria quota di riserva che risulta essere composita, ma con presupposti e conseguenze differenti".

(57) Anche V.E. CANTELMO, *La situazione del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 52 e G. SCHIAVONE, *I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato*, cit., p. 155 s. L'A., inoltre, escluso che nel caso in cui il diritto di abitazione o l'usufrutto sia attribuito ad altri, diverso dal coniuge, quest'ultimo possa contare su una tutela che gli consenta di conseguire, effettivamente i diritti riservatagli, ammette la possibilità di applicare, analogicamente, la disciplina recata all'art. 550 Cod. civ. "Il coniuge potrà o eseguire il legato o abbandonare al legatario la disponibile, mutando così l'oggetto del legato in una porzione di beni pari al valore della disponibile al netto dell'onere dei due diritti di godimento spettanti al coniuge". L'idea era già proposta da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 368 ss., spec. p. 370 s., il quale ha detto: "riterrei pertanto che il rimedio dell'art. 550 sia applicabile a tutela del coniuge non solo quando il valore della casa familiare è superiore a quello della porzione disponibile e il testatore ha legato ad altri l'usufrutto della casa a carico del coniuge istituito erede universale, ma anche quando il valore della casa non eccede la disponibile, e in questo secondo caso sia che sia stata legata ad altri in piena proprietà o in usufrutto. Il coniuge ha la scelta o di eseguire il legato o di abbandonare al legatario la disponibile integrando a carico di essa i diritti di abitazione e di uso sulla casa familiare. [...] Il rimedio dell'abbandono della disponibile sarebbe inapplicabile se il testatore avesse attribuito ad altri la casa familiare non a titolo di legato, ma a titolo di assegno divisionale [...] Ma è da ritenere che in questo caso la divisione sia nulla, così come non sarebbe vincolante l'assegno della casa a un coerede ai sensi dell'art. 733. L'art. 540, comma 2°, introduce un limite al potere di comporre le quote dei legittimari attribuito al testatore dall'art. 549 là dove fa salva l'applicazione degli artt. 733 e 734. ".

pregiudizio derivante dall'esercizio dell'azione di riduzione, ricada soltanto sul beneficiario della disposizione testamentaria incompatibile con il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso sui mobili che la corredano spettanti al coniuge superstite. Tuttavia, allo scopo di evitare questo risultato, sembra coerente ipotizzare che il beneficiario della disposizione incompatibile debba essere indennizzato, proporzionalmente, dagli altri eredi e legatari, di modo che il pregiudizio che il coniuge leso non può che concentrare sul primo, venga, poi, spianato su tutti gli altri, affinché, all'esito della riduzione, tutte le disposizioni mantengano la medesima proporzione di valore (58).

7. Un'ultima notazione, la quale ha tratto alla natura dell'attribuzione prevista a favore del coniuge dall'art. 540, secondo comma, Cod. civ., merita di essere svolta.

Convince, anche per le ragioni già espresse, che il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano riservati a favore del coniuge superstite debbano considerarsi un'attribuzione patrimoniale priva del carattere dell'universalità e, dunque, un legato avente fonte nella legge; un legato che, avendo a oggetto diritti su cose determinate, appartenenti al testatore, deve considerarsi di specie.

Mi sentirei, però, di escludere, che si possa, considerare un prelegato (59), ossia un legato, fatto a favore dell'erede e a carico dell'intera eredità. Non soltanto, perché non è ineludibile che il coniuge

(58) In questo senso, G. SCHIAVONE, I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato, cit., p. 155.

(59) È la tesi di A. RAVAZZONI, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 233 ss., il quale, muovendo dall'ultima parte del secondo comma dell'art. 540, secondo comma, Cod. civ., così argomenta: "sembra sicuro che, da ciò, possa ricavarsi il favore del legislatore a che il legato venga posto a carico dell'intera eredità. Ma se, a questo punto, si tiene presente il principio per cui il legato a favore di un coerede ed a carico di tutta l'eredità, si considera come legato per l'intero ammontare, mi parrebbe che l'unico dubbio, quello se effettivamente detto legato si debba ritenere a carico dell'intera eredità, dovrebbe ritenersi superato". La tesi dell'A. muove, dunque, da un preciso assunto: che il legato sia posto a carico dell'eredità. Tale assunto, però, mi sembra più una petizione di principio, che non un dato dimostrato. All'esatto contrario la disposizione recata all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., nella parte in cui stabilisce che il legato debba gravare sulla quota disponibile, poi, su quella del coniuge e, infine su quella dei figli, impone una conclusione diversa. Potrebbe anche essere vero che, in astratto, il legato possa gravare su tutta l'eredità (supponendo che esso debba gravare, anche sulla quota degli eventuali ascendenti, che invece, non sono inclusi). Gli è, però, che il prelegato presuppone che il legato gravi sull'intera eredità, sempre e comunque, in maniera proporzionale, senza mai differenziare tra gli uni o gli altri eredi. La legge prevede, invece, un meccanismo diverso: il legato grava, dapprima, sulla sola disponibile; in ipotesi di incapienza di essa, sulla quota di riserva del coniuge; infine, sulla quota di riserva dei figli. Perché si possa dare un prelegato, è necessario, non soltanto che in astratto il legato possa gravare su tutta l'eredità, ma anche che esso gravi immediatamente su tutta l'eredità. Ciò non mi pare si possa dire del legato ex lege avente a oggetto il diritto di abitazione sulla casa familiare e di uso dei mobili che la corredano. Per questa ragione, ho detto che l'assunto sul quale è costruita la tesi dell'A. è una petizione di principio. Se fosse vero quell'assunto, si tratterebbe di prelegato. Gli è, però, che quell'assunto non mi pare corrispondente alla scelta perseguita dal legislatore. Aderisce, A. GARGANO, Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione, cit., p. 1632 s.

In senso contrario, E. PEREGO, I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 720; G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1319 s.; M. CALAPSO, Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c., cit., p. 555 ss. e spec. p. 559; G. TEDESCO, I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione



sia erede, ma soprattutto perché è la stessa norma di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., a escludere che tale legato possa considerarsi posto a carico dell'intera eredità.

I due profili concorrono, ciascuno con tratto di autonomia, a escludere che si tratti di un prelegato.

Muovo dal primo, il quale, toccando temi centrali della disciplina sulla successione necessaria, consente, soltanto, spunti sommarî e non ordinati, privi di completezza e, soprattutto, della profondità che, invece, il tema evocato meriterebbe.

A mio credere si possono dare casi in cui il legittimario non sia affatto un erede.

Per avvedersene, basterà pensare al caso di legittimario che, espressamente, rinunzi all'eredità, decidendo di trattenere, nei limiti dell'art. 552 Cod. civ., soltanto le donazioni e i legati ricevuti; ovvero al caso di legittimario che nel testamento sia beneficiato soltanto attraverso legati idonei a soddisfare la quota di patrimonio a lui riservata e che, dunque, non intenda agire in riduzione; o, ancora, al caso di legittimario pretermesso, che abbia, però, ricevuto in vita, da parte del de cuius, donazioni sufficienti a fargli conseguire una quota di patrimonio eguale o, addirittura, superiore, alla quota di patrimonio che la legge gli riserva.

In questi casi, se il legittimario in parola fosse il coniuge, credo che non potrebbe reputarsi erede, sicché l'eventuale legato ex lege a lui fatto, non potrebbe considerarsi un prelegato, perché non sarebbe un legato fatto a favore di un erede, bensì un legato fatto a favore di non erede.

È ovvio, naturalmente, che quest'affermazione passa, di necessità, attraverso la negazione dell'idea che i beni imputati alla legittima (a' sensi degli artt. 564, comma 2 e 3, e 553 Cod. civ.) debbano considerarsi compresi e costituenti la quota ereditaria. Si dice, infatti, da autorevole dottrina, la quale muove dal dato testuale recato all'art. 536 Cod. civ., che discorre di "quota di eredità", che in tutti i casi in cui il legittimario concorra con altri eredi, l'imputazione ex se, determina l'inclusione dei beni ricevuti dal defunto, in virtù di donazioni o di legati, nella quota ereditaria del legittimario (60). Secondo tale dottrina, dunque, i beni imputati alla legittima possono considerarsi esclusi dalla quota di eredità del legittimario e, dunque, pur sempre considerati acquistati a titolo di donazione o legato, soltanto nel caso in cui si profili un rapporto tra legittimario, da una parte, e donatarî e legatarî

legittima, cit., p. 386 s.; G. SCHIAVONE, I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato, cit., p. 153.

(60) È la tesi di L. MENGONI, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, cit., p. 133 ss. Al quale si deve, senz'altro, il merito di aver sollevato la fondamentale questione, sulla quale l'eco della letteratura è stato davvero modesto. È da avvertire, infatti, che sebbene si tratti di tema di straordinaria rilevanza pratica, oltre che di significativa densità concettuale, spesso gli scritti monografici sulla successione necessaria, le voci enciclopediche in tema di successione necessaria e di imputazione neppure accennano al problema. talvolta lo svolgono appena, limitandosi a rinviare al lavoro di Mengoni. In controtendenza, si consideri il lavoro di F. MAGLIULO, La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria, in Riv. Notariato, 2010, p. 533 ss.

a carico della disponibile, dall'altro (61). In tutti gli altri casi, invece, all'imputazione si deve attribuire "l'effetto di includere il bene donato o legato nella legittima (quota di eredità)" (62), sicché l'imputazione stessa "non è soltanto una operazione di calcolo, ma reagisce sulla liberalità riducendola fino a concorrenza del valore della legittima, ai fini del concretamento della quota mediante gli stessi beni donati o legati" (63).

La tesi, pur autorevolmente sostenuta, non convince appieno. All'esatto contrario, mi sembra che quanto ricevuto dal legittimario a titolo di donazioni o legati a lui fatti dal defunto, si debba imputare alla quota di patrimonio spettante al legittimario, senza che debba mutare il titolo di quell'acquisto. Ciò peraltro, non mi pare che possa incidere sul problema della misura astratta della quota ereditaria spettante al legittimario, dacché una volta che si affermi che il legittimario ha diritto a una certa quota ereditaria, e, dunque, che esso è erede in una certa quota del patrimonio, a tale misura occorre attenersi a tutti gli effetti vantaggiosi (es. virtù espansiva della quota) o svantaggiosi (es. responsabilità per i debiti ereditari) (64) connessi alla posizione giuridica di erede. Sarebbe a dire, cioè, che postulata la misura astratta della quota di eredità spettante al legittimario, su quella quota astratta poi occorrerà fermare le conclusioni vantaggiose e svantaggiose, a poco o punto rilevando che tale quota sia composta di beni ricevuti in virtù di successione universale, ovvero di successione a titolo particolare, ovvero a titolo di donazione (65).

Tale soluzione, peraltro, mi pare coerente con la disciplina sulla tutela dei legittimari. La quale, se è vero che all'art. 536 Cod. civ., allo scopo di descrivere i diritti che la legge riserva ai legittimari, discorre, espressamente, di "quota di eredità", è pur vero che aggiunge, la formula linguistica "altri diritti", proprio per indicare la policausalità (66) delle attribuzioni idonee a comporre la quota di riserva, e che, in tutte le altre disposizioni di legge, dedicate a individuare la misura della quota riservata a ciascun legittimario, discorre sempre di "quota del patrimonio", cioè di *pars bonorum*.

(61) L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 134.

(62) L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 134.

(63) L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 134.

(64) Tale appare, massime, la preoccupazione espressa, da G. CATTANEO, voce *Imputazione del legittimario*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., vol. IX*, Torino, 1999, p. 356, il quale, aderendo alla posizione di Mengoni, scrive: "resta da vedere se i beni imputati alla legittima debbano ritenersi compresi nella quota ereditaria riservata al legittimario, o se viceversa debbano pur sempre considerarsi acquistati a titolo di donazione o legato, ed esclusi perciò da detta quota. La questione può avere rilevanza pratica, in quanto la soluzione influisce sulla determinazione della quota ereditaria (intesa come frazione aritmetica o percentuale dell'asse) spettante al legittimario, e quindi sulla misura in cui questi è tenuto a pagare i debiti ereditari e a sopportare il peso dei legati fatti ad altre persone".

(65) Non mi sembra, peraltro, che questa considerazione possa venire meno nel caso di accettazione con beneficio di inventario, dal momento che l'art. 490, comma 2, n. 2, statuisce che "l'erede non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti".

(66) Discorre di policausalità delle attribuzioni F. MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, cit., p. 533 ss., spec. paragrafo 4 "la legittima quale attribuzione policausale. Le disposizioni a titolo particolare imputabili alla legittima". All'A. si deve una indagine su tale profilo, tendenzialmente, tralasciato anche dalla letteratura di settore.



Peraltro, affermare che le quote di patrimonio riservate ai legittimari costituiscono una quota di eredità mi sembrerebbe anche inappropriato, se solo si consideri che il legislatore, fruendo pur sempre, nella disciplina sulla successione necessaria e sulla successione legittima, dello strumento delle frazioni, prende a riferimento due denominatori diversi: nelle prime, quello risultante dalla riunione fittizia; nella seconda, il solo relictum (67).

Ancora, non può non osservarsi che l'imputazione ex se, diversamente dalla collazione, non è obbligo per i legittimari, bensì, un così detto, onere, al punto che essa è considerata la quarta operazione necessaria nel calcolo per determinare la quota disponibile (68). Sarebbe a dire, cioè, che il legittimario è tenuto a imputare alla propria quota, salvo che non sia stato espressamente dispensato e nei limiti di efficacia della dispensa, quanto ricevuto dal defunto, in virtù di donazioni o di legati, soltanto qualora intenda agire in riduzione, o quando si faccia altra questione di misura della quota spettante al legittimario (69); non anche se non abbia intenzione di agire in riduzione. Con avvertimento, ulteriore, che se rinunziasse all'eredità e il legittimario concorresse con altri legittimari, troverebbe applicazione la norma di cui all'art. 552 Cod. civ.

Queste lapidarie considerazioni, mi inducono a escludere che il legislatore abbia immaginato che il legittimario debba, di necessità, essere erede.

Né mi sembra che possa pregiudicare questa conclusione, il rilievo che il legittimario pretermesso, quando si determini ad agire con l'azione di riduzione, acquista la qualità di erede (70). Il che, pur essendo indubbio, impone di domandarsi perché quegli diventa erede.

A ben ricostruire la disciplina non mi pare che costui diventi erede, perché la legge gli riserva una quota di patrimonio, bensì, e più semplicemente, perché la legge, anche contro il testamento lo

(67) Per inciso, si osservi che soltanto questa è la ragione che spiega perché si possa avere una lesione dei diritti dei legittimari anche nel caso di successione ab intestato. Se si confrontano le quote di riserva, con le quote di eredità della successione legittima è facile notare che le ultime, in termini assoluti, sono sempre maggiori delle seconde. Epperò, la lesione non si può escludere, perché può darsi che la quota di eredità, pur maggiore in termini assoluti, della quota di riserva, sia in termini relativi inferiore a quella.

(68) L. MENGONI, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, cit., p. 220 ss.

(69) L. MENGONI, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, cit., p. 130, osserva che all'imputazione "si deve far luogo anche in casi in cui non si pone una questione di riduzione: ad esempio per conoscere in quale misura sia privo di effetto, ai sensi dell'art. 549, un peso imposto all'istituzione del legittimario in una quota di eredità". Così conclude, alla p. 133: "Nel nostro sistema, che identifica la legittima con una quota di eredità, l'imputazione ex se assume una funzione più ampia, determinata dalla contrapposizione della legittima a una quota disponibile del patrimonio, e perciò operante tutte le volte che occorra stabilire l'entità delle due porzioni".

A riprova sia consentito, anche, rinviare al mio Azione di simulazione proposta dai legittimari, in Famiglia, Persone e Successioni, 2010, pp. 435-451, nel quale ho tentato di chiarire, che il legittimario ha interesse a promuovere l'azione di simulazione anche indipendentemente dall'azione di riduzione. Perché altro è il diritto del legittimario alla riunione fittizia, altro il diritto del legittimario alla azione di riduzione.

(70) Noto che il legittimario pretermesso acquista la qualità di erede soltanto all'esito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione. Azione non necessaria nel caso dell'art. 553 Cod. civ., in cui la riduzione opera di diritto. Ciò è possibile perché, il presupposto dell'applicabilità della disciplina segnata nella predetta norma è che il legittimario sia già erede. Aprendosi, in tutto o in parte la successione legittima, non potrebbe, infatti, occorrere l'ipotesi che il legittimario sia pretermesso.

considera erede (71) legittimo. L'azione di riduzione serve, infatti, a rendere inefficaci le attribuzioni lesive: dapprima le disposizioni testamentarie, successivamente, e, in caso di insufficienza delle prime, le donazioni (72). Diversa, però, è conseguenza che determina l'inefficacia quando essa abbia tratto a disposizione testamentarie istitutive, o quando abbia tratto a legati o donazioni. Pur sempre trattandosi d'inefficacia e, dunque, pur essendo unitario e comune lo statuto disciplinare della riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni (73), pur sempre, cioè, valendo tale azione a privare di effetto un certo atto dispositivo, e non, a semplicemente consentire la mera inopponibilità dell'atto medesimo (74), non v'ha dubbio che quando essa abbia tratto alle disposizioni testamentarie istitutive, l'inefficacia di quelle importa una riduzione, in tutto o in parte, delle istituzioni a titolo di erede. Ciò determina che la successione testamentaria diventi incompleta e si possa, dunque, far luogo alla successione legittima, includendo il legittimario escluso. Il quale, per questo, diviene erede e sol perché tale a costui possono essere attribuiti, in proporzione, e fino a concorrenza di quanto già ricevuto, i beni a titolo di eredità (75).

(71) Bene il meccanismo è spiegato da G. AMADIO, Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente"), in Riv. dir. civ., 2009, p. 683 ss., il quale precisa che l'azione di riduzione consente al legittimario che l'abbia esperita di acquistare il bene, non perché l'azione abbia questo effetto, ma soltanto perché serve a far ritornare il bene nel patrimonio del de cuius, consentendo, così, al legittimario, per la sua qualità di erede, acquisita in forza al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, e in ragion del suo diritto alla quota ereditaria, di acquistare il bene.

(72) Chiarisce, F. MAGLIULO, La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria, cit., p. 537, "In quest'ottica l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione può determinare la soddisfazione della legittima a titolo ereditario solo se esso dia luogo all'inefficacia in parte qua -dell'istituzione di erede che leda la legittima, onde il legittimario possa acquisire la quota ereditaria resa vacante dalla caducazione della predetta istituzione ovvero -delle disposizioni liberali a titolo particolare che ledano la legittima ed alla conseguente retrocessione dei beni che ne sono oggetto, onde il legittimario, che, se preterito, diviene erede a seguito dell'esito vittorioso dell'azione di riduzione, può far valere i propri diritti su beni che rientrano a far parte dell'asse ereditario.

Siffatta impostazione è del resto l'unica compatibile con un sistema, quale è il nostro, che consente la designazione testamentaria dell'erede anche in presenza di legittimari. In tale contesto invero appare inevitabile: - che l'acquisto della qualità di erede da parte del legittimario pretermesso non possa operare in dipendenza della sola apertura della successione; - che, per conseguire la qualità di erede, il legittimario pretermesso debba rendere in parte inefficace la designazione testamentaria dell'erede, esercitando per l'appunto un'impugnativa negoziale e non una semplice petizione dell'eredità; - che l'azione di riduzione costituisca pertanto un'impugnativa negoziale sia nei confronti delle donazioni sia nei confronti delle disposizioni testamentarie".

(73) Sulla unicità degli effetti dell'azione, almeno, A. PINO, Tutela del legittimario, Padova, 1954, p. 31, il quale dedica al tema dell'unicità dell'azione di riduzione un paragrafo, nel quale si legge: "un attento esame delle diverse disposizioni dettate per la disciplina della riduzione induce a ritenere che unica sia l'azione predisposta per eliminare gli effetti lesivi degli atti del de cuius. L'art. 564 cpv. richiede la imputazione ex se come presupposto per l'ammissibilità per l'azione di riduzione, qualunque sia l'atto lesivo".

(74) Seppur in senso parzialmente diverso, molto chiaro G. AMADIO, Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente"), cit., p. 6893 s., "L'obiettivo perseguito [con l'azione di riduzione] non è la mera inopponibilità al legittimario dell'atto traslativo, del tipo assicurato (per intenderci) al creditore dell'azione revocatoria: quest'ultima consente l'aggressione esecutiva di un bene che però resta nel patrimonio dell'acquirente; fine della riduzione è, viceversa, la possibilità di considerare il bene donato come effettivamente rientrato nell'asse, o meglio come mai uscito da esso. E tale appartenenza risulta (concettualmente e giuridicamente) indispensabile affinché nei confronti di quel bene possa operare un titolo d'acquisto che deve necessariamente restare mortis causa". Secondo, l'A., tuttavia, il titolo ereditario del legittimario è rappresentato dalla vocazione necessaria "assicuratagli ex lege, operante in virtù (e come conseguenza) dell'inopponibilità delle disposizioni lesive con essa incompatibile".

(75) Nota la tesi di L. MENGONI, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, cit., p. 61 s., secondo il quale la disciplina sulla successione necessaria si limita a individuare quote di patrimonio, le quali, nondimeno, rapportate al valore netto del relictum esprimono la quota di eredità nella quale il legittimario deve essere chiamato. La



La circostanza, però, che il legittimario pretermesso, una volta che abbia esperito l'azione di riduzione, diventi erede, non significa che il legittimario debba essere sempre erede, ch  si potrebbero dare, come ho accennato, casi in cui il legittimario non lo diventi, n  lo chieda.

Si potrebbe, quindi, dare l'ipotesi che il coniuge non sia erede, perch  abbia ricevuto donazioni o legati sufficienti a integrare la quota di patrimonio, che l'ordinamento gli riserva, che il coniuge, tuttavia non abbia ricevuto il diritto di abitazione e di uso e, in quanto qualitativamente leso, agisca con l'azione di riduzione. In questo caso, poich  l'azione mira soltanto al recupero di questo diritto, che, come ho detto   attribuito al coniuge a titolo di legato, quest'ultimo non acquista la qualit  di erede.

In tale evenienza, mi parrebbe, dunque, da escludere, in radice, che si possa discorrere di prelegato, perch  l'attribuzione a titolo particolare avente a oggetto il diritto di abitazione e di uso avvantaggia il coniuge che, anche all'esito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione non acquista la qualit  di erede, essendo l'azione volta soltanto a conseguire un legato ex lege.

finalit  della legittima, in altri termini, viene conseguita, secondo l'A. con il mezzo tecnico della vocazione a una quota di eredit  riservata, la quale rappresenta il titolo di acquisto della porzione di patrimonio dovuta al legittimario quando costui non abbia, per forza della legge o di testamento, un titolo di eguale natura e, almeno, uguale ampiezza. "La quota di patrimonio assicurata ai legittimari   la porzione legittima: porzione di una massa fittizia, e pertanto non quota di eredit , ma espressione di un valore che deve poi essere rapportato al valore netto del relictum. Questo rapporto rappresenta la quota ereditaria di riserva, la quale risulta cos  determinata a posteriori: numeratore   il valore della porzione indisponibile risultante dal calcolo dell'art. 556; denominatore   il valore del relictum al netto dei debiti. Concretata sul valore lordo dell'eredit , questa frazione esprime il valore della legittima al lordo della quota proporzionale dei debiti ereditari di cui il legittimario, come ogni altro erede, risponde secondo il principio generale dell'art. 754". Un esempio, pu  aiutare a comprendere il pensiero dell'A., nonch  la sua difficult  pratica di realizzazione. Si immagini che: Tizio, ha donato in vita all'estraneo, Alfa, un bene del valore di 30; alla sua morte lascia un patrimonio che vale 80 e debiti per 10. Gli sopravvivono, come legittimar , il coniuge e due figli. Si tratta di determinare, di l  di una successione legittima o intestata, che possa aver, comunque, fatto acquisire ai legittimar  una vocazione, quale sia, in concreto, la misura della quota di eredit , spettante ai legittimar  a titolo di riserva. Secondo l'A. si procede nel modo seguente. Al coniuge spetta una quota di patrimonio pari a $\frac{1}{4}$, mentre ai figli una quota di patrimonio pari a $\frac{1}{2}$. Per determinare a quale quota di eredit  corrispondono queste quote di patrimonio, si deve rapportare il loro valore al relictum, al netto dei debiti. La quota di patrimonio spettante a titolo di riserva al coniuge   di 25 ($\frac{1}{4}$ di $80-40+30$); la quota di patrimonio spettante a ciascun figlio   pari a 25 ($\frac{1}{2}$ di $80-40+30$). La quota di eredit  del coniuge sarebbe pari a $\frac{25}{40}$, mentre la quota spettante ai figli $\frac{50}{40}$. Gli  , perch  nel caso di specie, il calcolo non consente un'immediata intelligenza del fenomeno, dacch  $\frac{25}{40} + \frac{50}{40}$ d  un risultato incorrente rispetto alla unit  e gi  soltanto la quota complessiva dei figli, pari a $\frac{5}{4}$ sarebbe, essa stessa, incoerente. Ci  dovrebbe significare che nei casi in cui al numeratore troviamo un numero maggiore del denominatore, i legittimar  devono considerarsi eredi universali, perch  non si potranno dare altri eredi. Costoro, dunque, sono chiamati nell'unit  del patrimonio. Pu , allora osservarsi che questo procedimento, se aiuta a risolvere il problema disciplinare nei rapporti tra legittimar  e non legittimar , non risolve il problema del rapporto tra i legittimar , risultandomi affatto difficile, sulla base di questo calcolo, stimare quale sia la quota di eredit  di spettanza dei singoli legittimar . Per intenderci in che quota ereditaria devono considerarsi eredi i figli e in che quota il coniuge. A ci , tornando, cos , in coerenza al pensiero che ho espresso nel testo, mi pare che supplisca la disciplina sulla successione legittima, la quale stabilisce che al coniuge spetta $\frac{1}{3}$ e ai figli $\frac{2}{3}$. Sarebbe a dire, cio , che appurata l'eventuale necessit  di ridurre a zero eventuali disposizioni testamentarie che istituissero eredi soggetti estranei, ne verrebbe che la successione dovrebbe essere regolata secondo le quote di legge. Poi, ovviamente, occorre verificare se le quote di legge consentono a ciascuno dei legittimar  di conseguire beni per un valore corrispondente alla quota di patrimonio che l'ordinamento riserva loro. Con intesa che se cos  non fosse, ferme le quote di eredit  nelle quali i legittimar  sono chiamati a succedere, si dovrebbero regolare i conti secondo la ordinaria disciplina sulla successione necessaria, provvedendo, se del caso a domandare le riduzioni di donazioni lesive. Ovvio che in caso di concorso alla successione di soli legittimar  non si potrebbe dare un'ipotesi di riduzione delle loro quote.

Più semplice e, davvero, dirimente, il secondo profilo.

La legge esclude che tale legato sia a carico di tutta l'eredità.

Il legislatore, all'esatto opposto, stabilisce che questo legato debba gravare, in primo luogo sulla quota disponibile, successivamente, sulla quota del coniuge e, in ultimo, sulla quota dei figli. Esso dunque, non potrebbe gravare, indistintamente, su tutta l'eredità.

Se, per ipotesi, i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso dei mobili che la corredano, potessero, interamente gravare sulla porzione disponibile, essendo la medesima capiente, sarebbe evidente che il legato non graverebbe anche sulle quote spettanti agli altri legittimari e, dunque, non graverebbe neppure in parte qua, né sulla quota del coniuge superstite, né su quella dei figli. In questo caso, dunque, sarebbe, perfino assurdo discorrere di prelegato, perché la caratteristica peculiare di esso, ossia la coincidenza di onerato e onerato in capo a una medesima persona (76), non potrebbe darsi. Se, invece, la quota disponibile non fosse sufficiente, allora, dovrebbe gravare sulla quota di riserva spettante al coniuge e se essa fosse capiente, non potrebbe gravare su quella dei figli.

Affermare, che si tratti di prelegato, significa far gravare questo legato ex lege indistintamente su tutti gli eredi, in patente contraddizione con quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 540 Cod. civ., il quale gradua diversamente l'ordine dei soggetti su cui tale legato deve gravare (77). Con

(76) Per tutti, G. BONILINI, I legati, in *Il Cod. civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2006, II ed., p. 374. In particolare, si rinvia alle efficaci e chiare considerazioni svolte dall'A. a p. 378 ss. intorno al dibattito relativo alla possibilità che il prelegato gravi anche sul prelegatario e alle modalità di attuazione del prelegato, differenziando a seconda che si tratti di un legato a efficacia diretta o a efficacia obbligatoria. A. MASI, *Dei Legati* (artt. 649-673), in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1979, p. 102 ss., il quale ammette che debba considerarsi prelegato anche “la disposizione a favore di uno o più coeredi ed a carico di alcuni soltanto fra questi, qualora tra gli onerati siano compresi i prelegatari, nonché quella a favore a carico degli stessi prelegatari”.

(77) In questo senso, E. PEREGO, I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 720, “non mi pare di poter condividere l'opinione di chi intende applicare all'attribuzione in oggetto la disciplina del prelegato che implicherebbe la prededuzione del valore dei diritti in questione e la successiva divisione dell'asse fra i coeredi sui quali l'onere verrebbe così a gravare proporzionalmente, indipendentemente dall'attribuzione del bene ad uno di essi, e in contrasto anche con la graduatoria fissata dall'ultima parte del cpv. dell'art. 540 c.c., per il caso l'onere debba gravare su legittimari appartenenti a categorie diverse”. G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1319, “la linearità della deduzione [che si tratti di un prelegato, con le conseguenze di semplificazione del metodo di determinazione del lascito] trova, però, un ostacolo nella precisa disposizione del comma 2 dell'art. 540 c.c. in relazione alla distribuzione sulle quote ereditarie del carico rappresentato dai diritti di abitazione e di uso. Il legislatore opera una divisione in riserva e disponibile, e in riserva del coniuge e dei figli [...], e solo dopo tale operazione, e non prima, divide il peso sulle varie quote”. Anche, M. CALAPSO, Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c., cit., p. 559, “penso che possiamo concludere queste note affermando che non sembra possibile allo stato attuale della legislazione ravvisare nei diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite la figura giuridica di prelegato ex lege [...] e ciò proprio in considerazione degli effetti che derivano dall'applicazione del criterio di imputazione di cui al 2° comma dell'art. 540 c.c. Basti pensare, infatti, che i diritti di abitazione e di uso possono gravare sulla quota dei figli soltanto se e in quanto già il gravame di tali diritti abbia esaurito la quota di riserva del coniuge, il che esclude quel concetto di proporzionalità del gravame che è una delle caratteristiche fondamentali del prelegato”. Molto convincente, G. TEDESCO, I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima, cit., p. 387, “I diritti non si deducono in anticipo dalla massa, ma sono compresi nella quota intestata del coniuge; se tale quota è inferiore i diritti degli altri coeredi si riducono ai sensi dell'art. 553, nei limiti strettamente necessari per consentire al coniuge di conseguire una utilità complessiva pari alla sua riserva. Viceversa, la delazione dei diritti come prelegati imporrebbe un sacrificio proporzionale



l'ulteriore precisazione che se il testatore avesse disposto della quota disponibile mediante un legato e la quota disponibile fosse capiente per soddisfare il diritto del legittimario, il legato in parola graverebbe proprio sul legatario, sicché esso si atterrebbe, addirittura, a sub-legato, o legato in sottordine.

Peraltro che non si tratti di un prelegato, pare evidente anche alle Sezioni Unite della Cassazione che, nella decisione del Febbraio, pur affermando che il legato previsto dall'art. 540, secondo comma, Cod. civ., si aggiunge alla quota ereditaria che spetta al coniuge secondo la disciplina della successione legittima e, dunque, che "il valore capitale tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione" secondo le norme sulla successione legittima, precisano che si tratta di un'attribuzione che opera secondo un "meccanismo assimilabile [e, dunque, non corrispondente] al prelegato".

Da ultimo, poi, non sembra convincente la tesi che mettesse in dubbio la possibilità di considerare i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., un legato sol perché, le norme sulla imputazione ex se, imporrebbero al coniuge di tenere conto di questa attribuzione. È, infatti, evidente, che una tale obiezione non soltanto non coglie nel segno, ma soprattutto tralascia di considerare che tali diritti sono attribuiti al coniuge a titolo di riserva. Se, dunque, al coniuge venissero assegnati questi diritti, costui dovrebbe certamente imputare tale legato ai diritti che la legge gli riserva e, dunque, senza pregiudizio del diritto integrale alla quota riservata. Dacché, ho già detto, i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano, si aggiungono alla quota riservata al coniuge, modificando l'ultima non solo quantitativamente, bensì anche qualitativamente.

8. Il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano, i quali, certamente, competono al coniuge superstite, in veste di legittimario, in aggiunta alla quota di patrimonio a quegli riservata, ovviamente competono al coniuge anche nel caso di successione legittima. Né occorre, come ebbe a chiarire la Corte Costituzionale nel 1988, una precisa ed espressa indicazione in tal senso negli artt. 581 e 582 Cod. civ., dacché essi si limitano a stabilire, per caso in

immediato a carico di tutti i coeredi, prescindendo da qualsiasi confronto fra riserva del coniuge e valore della quota intestata, con un sacrificio ulteriore a carico della posizione dei coeredi non previsto dall'art. 553 c.c. Tale risultato, non imposto né dalla lettera dell'art. 540 c.c., né dalla finalità qualitativa perseguita dal legislatore, si evita adottando per la devoluzione dei diritti riservati al coniuge anzitutto sulla quota disponibile al medesimo attribuita». In questo senso, anche G. SCHIAVONE, I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato, cit., p. 153 s., "nel caso dell'art. 540, cpv., il legato ex lege è sì a favore di un coerede, come accade nel prelegato, ma non grava in modo indistinto su tutti gli eredi". L'A., inoltre, svolgendo un esempio concreto, dimostra come il concepire tale diritto siccome prelegato non sempre conduce a soluzioni eque.

cui manchi, in tutto o in parte, la successione testamentaria, la misura della quota di eredità che deve essere devoluta al coniuge superstite, quando concorra con altri successibili.

Se soltanto si mantiene la necessaria e ineludibile distinzione che corre, per struttura e funzione, tra la disciplina sulla successione legittima e quella sulla tutela dei legittimarî, è facile avvertire che il domandarsi se i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., debbano, o meno, aggiungersi alla quota di eredità spettante al coniuge nella successione ab intestato è una domanda mal posta e che, comunque, merita risposta negativa (78).

La disciplina sulla successione legittima, soccorre quando manchi in tutto una successione testamentaria, non essendovi un testamento, o essendo invalido quello esistente, oppure quando essa manchi in parte, avendo il de cuius istituito eredi testamentarî in quote inferiori all'unità. Essa serve per determinare chi debba essere chiamato all'eredità che non sia, per testamento, devoluta ad alcuno. Si tratta, dunque, di una disciplina suppletiva (79), ch  supprime l'assenza di scelte private, la quale determina l'immediata e diretta chiamata dei soggetti, ai quali la legge, secondo un rigoroso criterio di prossimit  della parentela, mitigato dal concetto del concorso, stabilisce che debba devolversi l'eredit . Tra i successibili legittimi, individuati dalla legge, v'ha il coniuge superstite, al quale spetta una certa quota di eredit , variabile a seconda che sia l'unico successore legittimo (art. 583 Cod. civ.), o concorra con i figli (art. 581 Cod. civ.), o con gli ascendenti, o i fratelli e le sorelle del de cuius (art. 582 Cod. civ.). Le quote di eredit  che la legge assegna ai successor  legittimi, fuori dei casi in cui si tratti dell'unit  (es. art. 583 Cod. civ.), sono espresse attraverso frazioni, nelle quali il denominatore   dato dal relictum ereditario in cerca del proprio erede, mentre il numeratore dalla porzione dell'unit  spettante al successore legittimo.

Altra e diversa la struttura e la funzione della disciplina di tutela dei legittimar , la quale serve ad assicurare a taluni familiari, tra cui anche il coniuge superstite, una certa quota di patrimonio ereditario. Anche nella disciplina sulla successione necessaria, la quota di patrimonio che la legge riserva ai legittimar    espressa attraverso frazioni, nelle quali, mentre il denominatore segna, pur sempre, la porzione dell'unit  spettante al legittimario, il denominatore, invece,   dato dal patrimonio calcolato secondo il procedimento della riunione fittizia, descritto nell'art. 556 Cod. civ.

La differenza di denominatori che il legislatore ha considerato nel determinare la quota di patrimonio riservata ai legittimar  e la quota di eredit  spettante ai successibili, spiega perch  si

(78) In questo senso, G. SCHIAVONE, I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato, cit., p. 156.

(79) Il tema   oggetto di una vivace controversia, discutendosi, anc ra oggi, intorno al rapporto tra successione legittima e successione testamentaria. Tuttavia, merita di essere segnalato, per l'impostazione, il lavoro di M. ALLARA La successione familiare suppletiva, Torino, 1954.



possano dare casi concreti nei quali, pur se in astratto la prima quota sia sempre inferiore alla seconda, si possa avere lesione dei diritti riservati ai legittimarî, anche nel caso di successione legittima.

Gli è, però, che nel caso di successione legittima la tutela dei legittimarî viene realizzata dalla legge in modo automatico e immediato. Non occorre, infatti, che il legittimario leso, non potendosi, per definizione, dare un'ipotesi di pretermissione, agisca in riduzione, perché, secondo la norma di cui all'art. 553 Cod. civ., nel concorso di legittimarî con altri successibili, le porzioni che spetterebbero a questi ultimi si riducono proporzionalmente nei limiti in cui sia necessario per integrare la quota riservata ai legittimarî. L'azione di riduzione rimane, allora, necessaria, sol che occorra chiedere la riduzione di donazioni fatte, in vita, dal de cuius.

Se soltanto si muova l'indagine da queste premesse e considerazioni, si avverte, con tratto di necessità, l'esigenza di sciogliere il rapporto tra le due discipline. Rapporto certamente popolato di problemi, sicuramente denso di insidie, nondimeno ineludibile, e, soprattutto, difficilmente aggirabile dall'affermazione che i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano costituiscono un plus, non soltanto rispetto alla quota di riserva del coniuge superstite, bensì anche rispetto alla di lui quota intestata (80).

Una volta che si apra la successione legittima, al coniuge superstite spetta la quota di eredità che, secondo la compagine familiare esistente al tempo di apertura della successione, la legge espressamente gli assegna a titolo di successibile (artt. 581, 582, 583 Cod. civ.). Se, per effetto della istituzione di erede del coniuge superstite nella quota virile (artt. 581, 582, 583 Cod. civ.), costui si trovi a ricevere beni in misura inferiore alla quota di patrimonio che al medesimo è riservata dal legislatore (artt. 540, 542, 544 Cod. civ.), allora le porzioni di eredità spettanti agli altri successibili si riducono automaticamente (art. 553 Cod. civ.), finché il coniuge non consegua, di là della quota ereditaria a lui spettante a titolo di successibile, una porzione di beni, per quantità e qualità, corrispondente ai diritti che la legge gli riserva, in veste di legittimario. Se anche l'integrale riduzione delle quote spettanti agli altri successibili non legittimarî, non fosse sufficiente a far acquisire al

(80) Il rapporto era stato già chiarito da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 175, il quale scrive: "a tale scopo nella successione legittima intestata la delazione dei due diritti di godimento si atteggia diversamente a seconda che il valore della quota attribuita al coniuge degli artt. 581 e 582 sia uguale o superiore al valore della legittima complessiva oppure inferiore. Nella prima ipotesi essi sono attribuiti come legato in conto, cioè conteggiabili nella quota intestata in sede di divisione ereditaria. Nella seconda è evidente che il coniuge non può pretendere più del valore complessivo della sua legittima, il quale risulta superiore al valore della stessa quota intestata. Occorre però distinguere a seconda che il coniuge concorra con successibili non legittimari o con successibili legittimari. Nel primo caso i due diritti si comportano come prelegati: dopo averli prelevati, il coniuge consegue sulla massa restante una porzione pari al valore della sua quota di riserva al netto dell'onere dei legati proporzionalmente gravante anche su di lui".

coniuge superstite la quota di patrimonio a quegli riservata, allora quest'ultimo, ove volesse, dovrebbe chiedere la riduzione delle donazioni fatte, in vita, dal *de cuius* (art. 555 Cod. civ.) (81).

A svolgere, dunque, il rapporto tra le due discipline, quella sulla successione legittima e quella sulla tutela dei legittimarî, si avverte che al coniuge spettano i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., in quanto si tratta di diritti che la legge espressamente gli riserva.

Tali diritti gli competono in aggiunta alla quota di patrimonio che la legge riserva al coniuge, in caso di concorso con altri legittimarî (art. 542 e 544 Cod. civ.); non necessariamente in aggiunta alla quota di eredità che al coniuge, in caso di concorso con altri, è assegnata in quanto successibile (artt. 581, 582 Cod. civ.).

Se tali diritti si aggiungano alla quota di eredità che compete al coniuge superstite a titolo di successione legittima è, financo, una domanda alla quale è, tecnicamente, non possibile offrire una risposta coerente, stante la diversità dei denominatori che connotano la quota di patrimonio riservata e la quota di eredità dei successibili.

Non si tratta, punto, si affermare che tali diritti si aggiungano, o no, alla quota di eredità, che spetta al coniuge a titolo di successibile, bensì soltanto di coordinare le due discipline, di modo che, di là della quota di eredità che spetta al coniuge superstite, secondo la disciplina sulla successione legittima, a costui sia, comunque, assicurata una *pars bonorum*, qualitativamente e quantitativamente, corrispondente e coerente a quella che il legislatore espressamente gli riserva, in quanto legittimario (82). Con l'intesa che tutte le volte in cui la quota di eredità astrattamente spettante al coniuge, in qualità di successibile, non gli consenta (a cagione della modesta entità del *relictum*) di conseguire una parte di patrimonio corrispondente a quella che la legge gli riserva, le porzioni degli altri successibili si riducono automaticamente (art. 553 Cod. civ.), salva, sempre, la possibilità del coniuge superstite, ove questo automatismo non fosse sufficiente a sanare la lesione, di domandare la riduzione delle donazioni fatte in vita dal *de cuius* (83).

(81) È di tutta evidenza, e non meriterebbe, neppure, una precisazione, che se la riduzione a zero delle porzioni che spettano ad altri successibili non legittimarî non fosse sufficiente a integrare la quota di patrimonio riservata al coniuge, ciò non può che dipendere dall'esistenza di donazioni o altre liberalità disposte dal *de cuius* in vita. Se, infatti, in vita, il testatore non avesse compiuto alcuna donazione, allora non v'ha dubbio che la sola riduzione delle porzioni degli eredi legittimi in concorso con legittimarî sarebbero, certamente, sufficienti a soddisfare le ragioni dei legittimarî lesi. L'insufficienza può, esclusivamente, legarsi all'esistenza di donazioni, con le quali il *de cuius* abbia disposto di beni per un valore eccedente la quota disponibile.

(82) In questo senso, G. SCHIAVONE, I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato, cit., p. 158, "il rapporto di coordinamento tra successione legittima e successione necessaria è tale che, nel caso in cui la quota ab intestato, sia inferiore alla riserva, prevale quest'ultima, dovendosi riconoscere in ogni caso al coniuge i diritti di cui all'art. 540 c.c." .

(83) Interessante e convincente, la soluzione proposta da E. PEREGO, I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 716, la quale assegna alla norma di cui all'art. 540, secondo comma, cod. civ., quando essa operi nell'ambito della successione testata, anche una funzione di divisione ereditaria. "La casa coniugale, a prima vista dovrebbe cadere nella comunione ereditaria con la conseguenza che i noti diritti graverebbero sulle quote di tutti i coeredi, col limite della disponibile se il concorso è coi discendenti del *de cuius*. Ma così si



L'idea che tali diritti debbano aggiungersi alla quota intestata del coniuge avrebbe anche un singolare effetto distorsivo dell'intera disciplina sulla successione legittima, perché finirebbe, sempre e comunque, per alterare le quote ereditarie che la legge assegna al coniuge e a coloro che concorrono con lui. Non appena si affermi, infatti, che quei diritti debbano aggiungersi, si finisce, inevitabilmente per dire che la quota di eredità che la legge, in caso di successione ab intestato, assegna al coniuge in concorso con altri, non è più pari a $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{2}{3}$ (artt. 581, 582 Cod. civ.), bensì essa diventerebbe pari a $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{2}{3}$ più il valore dei diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. In altri termini, si altererebbe non soltanto la misura quota di eredità del coniuge, ma anche, di necessità, la misura della quota spettante agli altri successori legittimi che con il coniuge possono concorrere; generando, attraverso questa ortopedica interpretazione, una vera e propria modificazione del sistema legislativo disegnato dal legislatore.

In taluni e, per vero, la maggioranza dei casi, la quota di eredità che spetta al coniuge superstite, in caso di successione ab intestato, consente a quest'ultimo di conseguire una parte di patrimonio corrispondente a quella che la legge gli riserva. Ipotizzare, allora, aprioristicamente, e di là di ogni coordinamento tra le discipline, che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., debbano aggiungersi alla quota di eredità, impone un'inutile alterazione degli equilibri successori che il legislatore ha fissati agli artt. 581 e 582 Cod. civ.; determina un'interpretazione correttiva del sistema, certamente dissonante e contraria alla lettera e allo spirito della legge.

Nei casi in cui la quota di eredità spettante al coniuge superstite a titolo di legittima, non gli consentisse di conseguire una parte di patrimonio corrispondente a quella che la legge gli riserva, la porzione che gli spetta viene, certamente, aumentata. Ma non perché, aprioristicamente, i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., si debbano aggiungere alla quota di eredità, bensì soltanto perché il legittimario è stato, quantitativamente o qualitativamente, leso e occorre sanare questa lesione (84).

modificherebbe la devoluzione ereditaria, come stabilita dalle norme sulla successione legittima che attribuiscono quote in piena proprietà, mentre è possibile assicurare al coniuge la tutela prevista dall'art. 540 cpv. c.c., imputando alla sua quota ereditaria la proprietà dei suddetti beni; solo se il valore di tali beni eccede quello della quota ereditaria del coniuge, le quote degli altri coeredi saranno gravate ex lege al fine di costituire in favore del coniuge i diritti di cui all'art. 540 cpv. c.c., e sempre col limite della disponibile per i discendenti del de cuius. In tal modo le quote ereditarie attribuite ai coeredi senza pesi, come previsto dalle norme sulla successione legittima, salvo il caso particolare di cui ho detto, e contemporaneamente la devoluzione dei beni non contrasta con l'art. 540 cpv. c.c. Poiché il principio di cui all'art. 553 c.c. opera sul presupposto di un'apparente incompatibilità fra le norme sulla successione legittima e le norme sulla successione necessaria, e tale incompatibilità si manifesta solo nel caso particolare descritto, quest'ultima soluzione mi pare preferibile". Esclude che tali diritti si debbano aggiungere alla quota di eredità spettante al coniuge a titolo di successione legittima, G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1331.

(84) Seppure svolte allo scopo di dimostrare una tesi diversa, valgano le considerazioni di M. CALAPSO, Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c., cit., p. 559 s., "L'effetto, inoltre, della compressione automatica esercitata dall'imputazione del valore dei predetti diritti sulla quota di riserva del coniuge, il quale può perdere l'intera proprietà della quota dei beni che, in mancanza di detta imputazione ne avrebbero fatto parte, è in evidente contrasto con il concetto di un'attribuzione in aggiunta alla quota

Ne va, dunque, il fermo dissenso rispetto al principio espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione. La quale, ben lungi dal proporre un'unitaria ricetta, avrebbe dovuto svolgere, in coerenza e aderenza al diritto positivo, il rapporto tra la disciplina sulla successione legittima e la disciplina sulla successione necessaria, concludendo nel senso che al coniuge superstite, anche nel caso di successione legittima, spettano tutti i diritti che la legge riserva al coniuge nella disciplina sulla successione necessaria, ma non perché quegli è successibile legittimo, ma sol perché è legittimario. Avrebbe, cioè, dovuto affermare che, ricorrendone i presupposti, al coniuge superstite, anche nel caso di successione ab intestato, spetta il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso sui mobili che la corredano. Tali diritti si aggiungono alla quota di patrimonio che la legge riserva al coniuge in quanto legittimario, non alla quota di eredità che la legge assegna al coniuge superstite in quanto successibile legittimo. Con intesa che se la quota spettante al coniuge, in quanto successibile, non fosse sufficiente a soddisfare i diritti che la legge riserva al coniuge superstite in qualità di legittimario, allora, e soltanto allora, avrebbe operato il meccanismo correttivo posto nell'art. 553 Cod. civ., ed eventualmente il diritto del coniuge superstite di chiedere la riduzione delle donazioni lesive (art. 555 Cod. civ.).

Infine, un'ultima considerazione pare necessaria.

Si legge nella motivazione della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, la quale echeggia taluni spunti di letteratura, che il meccanismo stabilito nell'art. 553 Cod. civ., non sarebbe idoneo a garantire al coniuge superstite di conseguire i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., perché prevede una riduzione automatica soltanto in caso di lesione della quota (85) e perché, imponendo al legittimario di imputare alla propria porzione quanto ricevuto in virtù di donazioni o di legati, importerebbe anche di imputare il legato di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., il quale, dovrebbe, invece, gravare sulla porzione disponibile (86).

di riserva spettante al coniuge a norma del 1° comma dello stesso art. 540 c.c., concetto che costituisce il presupposto del legato per l'intero ammontare, quale ulteriore vantaggio del coniuge”.

(85) Così, si legge, nella motivazione di Cass., SS. UU., 27 febbraio 2013, n. 4847, “Sotto un primo profilo, infatti, si osserva che l'art. 553 c.c., disciplina il concorso tra legittimari ed eredi legittimi e prevede la riduzione proporzionale delle porzioni spettanti a questi ultimi sull'asse ereditario nei limiti in cui è necessario per integrare le quote riservate ai primi, mentre i diritti di abitazione ed uso vengono comunemente assimilati a legati o prelegati ex lege, e dunque non si configurano quali quote; la suddetta riduzione delle porzioni degli eredi legittimi ex art. 553 c.c., opera poi sul piano quantitativo, mentre il riconoscimento al coniuge dei suddetti diritti si realizza in senso qualitativo con l'attribuzione ad esso del godimento di un bene determinato, e quindi con la correlativa preclusione per gli altri eredi del godimento della casa già adibita a residenza familiare dei coniugi e dei mobili che la arredano; sotto tale aspetto pertanto l'art. 553 c.c., non appare idoneo a dare fondamento a questa modalità di realizzazione di tali diritti, che in effetti resta estranea al suo ambito di operatività”.

(86) Così, si legge, nella motivazione di Cass., SS. UU., 27 febbraio 2013, n. 4847, “Inoltre occorre rilevare che il prospettato coordinamento tra l'art. 553 c.c. e l'art. 540 c.c., comma 2, trova un impedimento nella parziale incompatibilità del disposto delle due norme; infatti la prima di tali disposizioni prevede che, nel determinare la quota riservata ai legittimari al fine della eventuale riduzione proporzionale delle porzioni spettanti agli eredi legittimi, i legittimari devono imputare alla quota riservata, ai sensi dell'art. 564 c.c., il valore delle donazioni o dei legati ricevuti dal defunto; orbene, rilevato che, come, già esposto in precedenza, i diritti di abitazione ed uso vengono comunemente qualificati come dei



Entrambe le obiezioni non colgono nel segno.

Rispetto alla prima può semplicemente osservarsi che la disciplina recata all'art. 553 Cod. civ., benché espressamente discorra di “quota riservata ai legittimari”, indubbiamente potrebbe riferirsi, stante la precisa indicazione contenuta nell'art. 536 Cod. civ., nella quale si menzionano anche gli altri diritti, al complesso dei diritti riservati ai legittimari. Inoltre, deve osservarsi, così scendendo anche alla seconda considerazione, che alla prima si lega con tratto di necessità, che il meccanismo automatico che il legislatore ha previsto nell'art. 553 Cod. civ., per definizione, non può che operare sulla quota, mai potendosi immaginare, nella successione ab intestato, che esso possa servire allo scopo di garantire al coniuge superstite i diritti di abitazione e di uso.

I diritti segnati all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., ho già detto, debbono considerarsi un legato ex lege di specie. I diritti portati in tale legato vengono, pertanto, immediatamente acquistati dal coniuge superstite al momento dell'apertura della successione. Si tratta, cioè, di diritti che, ricorrendone i presupposti, vengono, di necessità e salvo rifiuto, acquistati dal coniuge.

Indubbio, poi, trattandosi di diritti portati in un legato, che il coniuge debba imputare il valore di quanto conseguito in virtù di questo legato alla propria quota (87). Indubbio, dunque, che il valore di questo legato debba essere considerato e scomputato dalla quota di eredità spettante al coniuge a titolo di legittima (88). Una volta che il coniuge abbia conseguito la quota di eredità che la legge gli assegna a titolo di erede legittimo (quota nella quale, di necessità, ricorrendone i presupposti, sono

legati ex lege, si osserva che l'art. 540 c.c., comma 2, nel disporre che tali diritti gravano anzitutto sulla disponibile, ha previsto in tal modo una dispensa da tale imputazione, sia pure nei limiti della sola disponibile; pertanto l'orientamento che prospetta l'attribuzione dei diritti in questione al coniuge nella successione legittima ai sensi dell'art. 540 c.c., comma 2, legittimando tale assunto sulla base della norma di raccordo di cui all'art. 553 c.c., tra successione legittima e successione necessaria non sembra farsi carico di tale difficoltà di coordinamento”.

(87) In senso contrario, A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, cit., p. 1628, secondo il quale si tratterebbe di legato che nasce, per volontà di legge, come legato con dispensa da imputazione.

(88) Non mi pare si possa dubitare che i legati fatti ai legittimari, siano essi in conto di legittima (senza dispensa), o in sostituzione di legittima, debbono gravare, secondo la regola che il legislatore fissa nell'art. 551 Cod. civ. Il legato grava sulla porzione indisponibile (ossia sulla quota di riserva del beneficiario); se, però, il valore eccede quello della riserva spettante al legittimario, per l'eccedenza grava sulla disponibile. La circostanza che detta regola sia posta nell'art. 551 Cod. civ. ha, talvolta, generato l'equivoco, che questo modo di imputazione dovesse valere soltanto per il legato in sostituzione di legittima, ma non anche per il legato in conto di legittima, senza dispensa. Il che, però, mi sembra soltanto il frutto di un equivoco. Reputo, infatti, inevitabile che anche un legato in conto di legittima, senza dispensa da imputazione, debba gravare sulla eredità in tal modo. La regola contenuta nell'art. 551 Cod. civ., non serve, dunque, per differenziare il modo in cui deve gravare sulla eredità il legato in sostituzione di legittima, rispetto al legato in conto di legittima, ma piuttosto per legittimare la possibilità che il primo possa avere un valore superiore alla quota di riserva. Quando, infatti, si pensa al legato in sostituzione di legittima, si immagina, in genere, un legato di valore inferiore alla quota di patrimonio che il legislatore riserva al legittimario beneficiario. Di qui la singolare disciplina per cui il legittimario può trattenere il legato, ma perdere il diritto a domandare l'integrazione della quota di riserva, oppure rinunciare al legato, far accertare la sua qualità di erede e conseguire, dunque, una parte di patrimonio corrispondente a quella che l'ordinamento giuridico gli riserva. Gli è, però, che la disciplina dell'art. 551 Cod. civ., nello stabilire che il legato deve gravare prima sulla quota indisponibile e, per l'eccedenza, sulla quota disponibile, lascia aperta la possibilità che il legato in sostituzione di legittima sia di valore complessivamente, anche, superiore alla pars bonorum riservata al legittimario. Il legato fatto al legittimario, che sia in conto di legittima o in sostituzione di legittima, grava sempre nel medesimo modo. Ciò che differenzia l'uno dall'altro è, soltanto il diritto al supplemento: chiedibile soltanto nel caso di legato in conto.

compresi i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano), occorrerà valutare se i beni concretamente assegnatigli abbiano un valore corrispondente alla quota di patrimonio che la legge gli riserva in quanto legittimario.

Ove le attribuzioni fatte al coniuge fossero sufficienti a integrare la quota di riserva, non si porrebbe alcun problema.

Ove, viceversa, le attribuzioni fatte al coniuge superstite, in forza della successione legittima, fossero insufficienti a integrare i diritti che la legge riserva al coniuge (a' sensi degli artt. 540, 542 e 544 Cod. civ.), allora opererebbe il meccanismo di cui all'art. 553 Cod. civ. In forza del quale le porzioni che spettano ai successibili non legittimarî si riducono, proporzionalmente, nei limiti in cui sia necessario per integrare la quota riservata al coniuge superstite, che con costoro concorra. Se la riduzione, anche a zero, delle porzioni spettanti ai successibili non legittimarî fosse sufficiente a integrare la quota riservata al coniuge, allora non v'ha dubbio, per un verso, che il meccanismo di cui all'art. 553 Cod. civ., sarebbe servito soltanto a ridurre le porzioni (rectius: quote) spettanti ai primi, dacché i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., sarebbero già acquisti dal coniuge superstite, a titolo di legato, e, per altro verso, che sarebbe pienamente rispettata la regola che impone di far gravare il legato prima, di tutto, sulla disponibile. La riduzione delle quote spettanti a successibili non legittimarî incide, per definizione, sulla sola porzione disponibile. Queste considerazioni non sarebbero scalfite se il coniuge superstite, nonostante l'operatività del meccanismo dell'art. 553 Cod. civ., non riuscisse a integrare la quota di riserva. In tale caso, infatti, dovrebbe domandare la riduzione di donazioni, a norma dell'art. 555 Cod. civ.

Il problema dei soggetti su cui debba gravare il legato ex lege, si pone, allora, soltanto nel caso di concorso tra soli successori legittimarî, caso nel quale, per definizione non può operare l'art. 553 Cod. civ., il quale presuppone un concorso del legittimario con successibili non legittimarî.

Soltanto in tale caso, diventa determinate stabilire in che misura il legato di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. debba gravare sulla quota del coniuge superstite ed eventualmente sulla quota dei figli. Ma qui tornano le considerazioni che ho già svolto, le quali, non soltanto offrono la soluzione nel rapporto tra successibili legittimarî, ma soprattutto dimostrano che il considerare il legato ex lege di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., un prelegato, importa la violazione della stessa norma, che gradua, diversamente, il carico di questo legato, imponendo che esso debba gravare, dapprima sulla quota disponibile, poi sulla quota di riserva del coniuge, in ultimo sulla quota di riserva dei figli (89).

(89) Una chiara e precisa esemplificazione del modo in cui il legato grava sulla quota disponibile, poi, sulla quota del coniuge e in ultimo sulla quota dei figli, si legge in G. TEDESCO, I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima, cit., p. 383 - 386. Alcuni esempi anche in E. PEREGO, I presupposti della nascita dei diritti di



Se alla successione testata vengono soltanto legittimari, ciò significa che si possono dare o il concorso del coniuge superstite con i figli, ovvero il concorso del coniuge superstite con gli ascendenti. Indubbio che se siano state fatte dal de cuius donazioni, che possano aver leso, quantitativamente le quote spettanti ai legittimari costoro avranno diritto di agire in riduzione. Non si potrebbe, invece, dare il caso che le donazioni compiute in vita dal de cuius, possano ledere la riserva qualitativa spettante al coniuge, dal momento che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., spettano al coniuge superstite soltanto se la casa adibita a residenza familiare sia di proprietà del defunto. Se essa, dunque, per effetto di una precedente donazione non faccia più parte del relictum, al coniuge non spetterebbero i predetti diritti.

In entrambi i casi di concorso al coniuge superstite spettano beni per un valore corrispondente alla quota di riserva, oltre ai diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano.

Si possono dare tre ipotesi, a seconda che tali diritti abbiano un valore non superiore alla quota disponibile, ovvero un valore non superiore alla quota disponibile e alla quota di riserva del coniuge, ovvero un valore superiore alla quota disponibile e alla quota del coniuge.

Nei primi due casi, che il coniuge superstite concorra con i figli, o con gli ascendenti, la situazione non muta.

Nel primo caso, al coniuge vengono attribuiti beni corrispondenti alla quota di riserva e i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., ai figli e agli ascendenti beni per un valore corrispondente alla quota di riserva. L'eventuale porzione ereditaria che residuasse (ciò è possibile nel solo caso in cui i legati ex lege a favore del coniuge valgano meno della disponibile) va ripartito secondo le norme della successione legittima (90).

Nel secondo caso, al coniuge superstite viene attribuito il diritto di abitazione e il diritto di uso. Poiché il valore di tali diritti è superiore al valore della quota disponibile, per l'eccedenza esso grava sulla quota di riserva del coniuge, con la conseguenza che tale quota viene ridotta in modo

abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., p. 718 s. e in G. VICARI, I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, cit., p. 1329.

(90) Precisa, chiaramente, G. TEDESCO, I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima, cit., p. 384, "Si è anticipato che la quota di successione legittima, in linea di principio, è in grado di assicurare al legittimario, insieme alla quota di riserva, una proporzionale partecipazione sulla disponibile. Dal canto suo l'art. 540 c.c. pone l'onere dei diritti del coniuge a carico della disponibile. Sotto questo profilo, pertanto, dire che la quota intestata è tale da comprendere non solo l'utilità espressa dalla riserva, ma anche i diritti sulla casa familiare, equivale a dire che quanto il coniuge consegue sulla disponibile, grazie a tale quota, è sufficiente per soddisfare quei diritti. In questa particolare ipotesi, i diritti di abitazione e di uso non gravano su tutta la disponibile, ma solo sulla parte compresa nella quota del coniuge ex art. 581 e 582 c.c.". In altri termini, il legato di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., dovrebbe, giustamente, operare, secondo l'A. quale legato in conto di legittima. L'A. così conclude, a p. 387, "con la tecnica del legato in conto, o tutti i coeredi concorrenti ricevono l'intero valore della quota intestata, ovvero quando ciò non sia possibile, la necessità della riduzione non lascia al coniuge la possibilità di concorrere nella successione per valori superiori alla sua riserva (comprensiva dei diritti ex art. 540 c.c.)".

proporzionale. Ciò significa, peraltro, che se i soli diritti di abitazione e di uso avessero un valore esattamente corrispondente al valore della quota disponibile e della quota di riserva spettante al coniuge superstite, quest'ultimo conseguirebbe soltanto tali diritti.

Nel terzo caso, al coniuge superstite vengono attribuiti soltanto il diritto di abitazione e di uso, i quali hanno un valore superiore alla quota disponibile e alla quota di riserva del coniuge. Ciò significa che l'attribuzione di tali diritti al coniuge, la quale non potrebbe essere frazionata o limitata, grava sulla quota di riserva spettante ai figli, o agli ascendenti. Nel caso di concorso con i figli, poiché l'art. 540, secondo comma, Cod. civ., prevede che tali diritti debbano gravare sulla quota dei figli, questi ultimi, pur parzialmente lesi non possono agire in riduzione contro il genitore superstite. Ciò significa che, scorporati diritti di abitazione e di uso, il resto (presumibilmente la sola nuda proprietà della casa adibita a residenza familiare) deve spettare ai figli.

Diversamente, nel caso di concorso con gli ascendenti, poiché l'art. 540, secondo comma, Cod. civ., non prevede che tali diritti debbano gravare sulla quota degli ascendenti, costoro subiscono una lesione a tutela della quale possono chiedere al coniuge un conguaglio in danaro. Va da sé, che il relictum spetterà soltanto agli ascendenti (91).

(91) Supponiamo che il de cuius lasci dietro di sé il coniuge e due figli. Immaginiamo che la massa ereditaria valga 200. Ipotizziamo per semplicità che non vi siano debiti e che non siano state fatte donazioni. Ebbene, secondo la disciplina sulla successione necessaria, al coniuge spetta 1/4 del patrimonio, ossia 50, ai figli spetta 1/2 del patrimonio, ossia a ciascun figlio 1/4 del patrimonio, e dunque, 50. La disponibile è pari a 1/4 del patrimonio, ossia 50. Se immaginassimo una successione ab intestato, nella quale non spettassero al coniuge i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. Civ., al coniuge sarebbe devoluta una quota di eredità di 1/3, mentre ai figli sarebbe devoluta la restante quota di 2/3. In conseguenza ciascuno conseguirebbe beni per un valore pari a 66,66. La questione si complica, però, se al coniuge spetti anche il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano. In tal caso bisogna distinguere a seconda del valore di tali diritti.

Immaginiamo che tali diritti valgano 30, ossia un valore inferiore alla disponibile (50). Se applicassimo le norme sulla successione legittima, il coniuge sarebbe leso, perché dovrebbe conseguire 66,66. Ciò determinerebbe, a suo carico, una lesione dei suoi diritti di riserva. A lui spetta la quota di patrimonio (1/4, ossia 50) oltre ai diritti di abitazione e di uso (che valgono 30). Ne viene che il coniuge consegue 80 (50 di quota di riserva + 30 di diritti di abitazione e di uso), mentre i figli conseguono ciascuno 60. Costoro conseguono, cioè, meno di quanto spetterebbe loro per effetto della successione legittima (ossia 66,66) in assenza del diritto di abitazione e di uso, nondimeno non v'ha lesione delle loro quote (conseguono più di 50).

Immaginiamo che tali diritti valgano 75, ossia un valore superiore alla disponibile (50), ma inferiore alla somma di disponibile e riserva a favore del coniuge (50 + 50 = 100). Se applicassimo le norme sulla successione legittima, il coniuge sarebbe leso, perché conseguirebbe 66,66. A lui spetta, invece, la quota di patrimonio (1/4, ossia 50) oltre ai diritti di abitazione e di uso (che valgono 75). Se, però, ipotizzassimo che al coniuge spettino, comunque, entrambi i



Mi sembra, dunque, confermato che i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano spettano al coniuge superstite solo in quanto legittimario; essi si aggiungono alla quota di patrimonio che la legge riserva al coniuge, modificandola, quantitativamente e qualitativamente, mentre non debbono aggiungersi alla quota di eredità che spetta al coniuge superstite, in qualità di erede legittimo. Piuttosto occorre coordinare le due discipline, nel presupposto che si tratta di un legato di specie e che la norma di cui all'art. 553 Cod. civ., conferma anche in questo caso la sua piena capacità di risolvere il conflitto tra le discipline.

Mi sembra, dunque, si possa confermare, che la recente decisione delle Sezioni Unite sia stata un'occasione mancata, per rinverdire il diritto ereditario e confermare la straordinaria e piena tessitura del suo ordine positivo.

diritti, ne verrebbe che al coniuge dovrebbero essere attribuiti beni per 125, mentre a ciascuno dei figli beni per un valore di 32,5. La lesione dei figli sarebbe molto grave. In tale evenienza i diritti di abitazione e di uso graverebbero, ugualmente, sul coniuge e sui figli, Gli è, però, che i diritti di abitazione e di uso, a norma dell'art. 540, secondo comma, Cod. civ., esaurita la disponibile debbono gravare, non già sulla quota dei figli, bensì sulla quota del coniuge. In conseguenza, al coniuge vengono assegnati beni per 100, mentre a ciascuno dei figli, beni per 50. In altri termini, i diritti di uso e di abitazione erodono parte della quota spettante al coniuge.

Immaginiamo, infine, che tali diritti valgano 110, ossia un valore superiore alla somma di disponibile e riserva a favore del coniuge (50 +50=100). Se applicassimo le norme sulla successione legittima, il coniuge sarebbe leso, perché conseguirebbe 66,66. A lui spetta, invece, la quota di patrimonio (1/4, ossia 50) oltre ai diritti di abitazione e di uso (che valgono 75). Se supponessimo che al coniuge spettino, comunque, entrambi i diritti, ne verrebbe che al coniuge dovrebbero essere attribuiti beni per 125, mentre a ciascuno dei figli beni per un valore di 32,5. In questo caso si farebbero gravare i diritti di abitazione e di uso, ugualmente, sul coniuge e sui figli, Gli è, però, che i diritti di abitazione e di uso, a norma dell'art. 540, secondo comma, Cod. civ., esaurita la disponibile debbono gravare, prima sulla quota del coniuge e solo per il residuo sulla quota dei figli. Ne viene che in questo caso l'attribuzione al coniuge superstite dei diritti di abitazione e di uso (del valore di 110) esaurisce la disponibile e la quota del coniuge. Intacca, però, anche la quota dei figli. In tale caso, allora, al coniuge spetta soltanto il diritto di abitazione e il diritto di uso, mentre a ciascuno dei figli 45. I figli sarebbero lesi. A ciascuno di loro spetterebbe 1/4 del patrimonio, ossia 50; epperò conseguono 45. Ciò dipende dal fatto che i diritti di abitazione e di suo, esaurita la disponibile e anche la quota del coniuge, possono gravare sulla quota dei figli. Con il risultato che costoro, pur conseguendo una porzione di patrimonio inferiore a quella loro risata in astratto, nondimeno non potrebbero agire in riduzione.

9. Le istanze di contemporaneità provenienti da più luoghi, le quali denunciano l'esigenza di un rafforzamento dell'autonomia testamentaria, e la consapevolezza della scelta tracciata e segnata dalla Consulta già nel 1988, avrebbero dovuto suggerire alle Sezioni Unite della Cassazione di percorrere un cammino diverso da quello battuto e, in un più stringente e rigoroso ossequio alle discipline positive, uniche nostre sovrane, di affermare un diverso principio di diritto, che, in luogo di congelare una ricetta sempre eguale a sé stessa, avesse avuto cura di cogliere che il quesito sul quale era stata chiesta di pronunciarsi implicava lo svolgimento di un rapporto tra due grandezze successorie, intrinsecamente connesse, ma, inevitabilmente, diverse l'una dall'altra.

Epperò, il Supremo Collegio, peraltro in funzione nomofilattica, sceglie una via diversa. Animato, di certo, da un'intenzione benefica, che arieggia, con tratto di signoria per tutta la sentenza, e che non si fatica di cogliere nell'esigenza di attribuire al coniuge superstite, già privato dal tribunale della storia del proprio compagno di vita, il diritto di continuare, usque ad mortem, ad abitare la casa familiare e a usare i mobili che la corredano (92). Un'esigenza, certamente coerente con lo spirito della disposizione di legge segnata al secondo comma dell'art. 540 Cod. civ., che, però, travalica e travolge lettera e spirito di quella disposizione, quando la Cassazione si spinge a sciogliere il modo di calcolo di tali diritti, ove esso si debba consumare nell'ambito della successione ab intestato, dallo stesso procedimento segnato nella legge, quando cioè la Cassazione postula che tali diritti di debbano pre-dedurre (93).

(92) Così, si legge nella motivazione della sentenza a Sezioni Unite: "In tal senso milita anzitutto la ratio di tali diritti, riconducibile alla volontà del legislatore di cui alla L. 19 maggio 1975, n. 151 di realizzare anche nella materia successoria una nuova concezione della famiglia tendente ad una completa parificazione dei coniugi non solo sul piano patrimoniale (mediante l'introduzione del regime imperniato sulla comunione legale), ma anche sotto quello etico e sentimentale, sul presupposto che la ricerca di un nuovo alloggio per il coniuge superstite potrebbe essere fonte di un grave danno psicologico e morale per la stabilità delle abitudini di vita della persona; ebbene è evidente che tale finalità dell'istituto è valida per il coniuge superstite sia nella successione necessaria che in quella legittima, cosicché i diritti in questione trovano necessariamente applicazione anche in quest'ultima".

(93) Così, si legge nel passaggio della motivazione, certamente più rilevante e, a tratti, vibrante, della sentenza a Sezioni Unite: "Pertanto le modalità di attribuzione dei diritti di abitazione ed uso nella successione legittima devono prescindere dal procedimento di imputazione previsto dalla norma sopra menzionata - procedimento invero strettamente inerente alla tutela delle quote di riserva dei figli del de cuius, nel cui solo ambito ha rilievo il riferimento alla disponibile di cui all'art. 540 c.c., comma 2 - e quindi i diritti in questione, non trovando tali limitazioni nella loro concreta realizzazione, devono essere riconosciuti pienamente, avuto riguardo alla già evidenziata volontà del legislatore che ha introdotto la L. 19 maggio 1975, n. 151, di attribuire al coniuge superstite una specifica tutela del suo interesse alla continuazione della sua permanenza nella casa adibita a residenza familiare durante il matrimonio anche dopo la morte dell'altro coniuge, con i conseguenti riflessi di carattere successorio in ordine alla effettiva consistenza patrimoniale dell'asse ereditario; conseguentemente ai fini del calcolo di tali diritti occorrerà stralciare il valore capitale di essi secondo modalità assimilabili al prelegato, e poi dare luogo alla divisione tra tutti gli eredi, secondo le norme della successione legittima, della massa ereditaria dalla quale viene detratto il suddetto valore, rimanendo invece compreso nell'asse il valore della nuda proprietà della casa familiare e dei mobili".



È quest'ultima scelta che non può essere condivisa e merita di essere riformata. Perché si tratta di una scelta mossa, probabilmente, da una presunta esigenza di giustizia, ma non corroborata dal sistema positivo. Del resto è noto che si invocano esigenze di giustizia e richiamano valori sociali e umani, soltanto quando si è consapevoli che l'interpretazione della legge non consente il risultato esegetico avuto di mira. Echeggia, in questo atteggiamento, seppure con toni e colori molto lontani e diversi da quelli di allora, l'atmosfera della stagione dell'uso alternativo del diritto.

La Cassazione, quindi, con la decisione assunta, angustia l'autonomia testamentaria, lede le istanze di contemporaneità e perde l'occasione di ripensare il rapporto tra successione legittima e successione necessaria, che, solo, avrebbe consentito la soluzione al problema sollevato.

Nella successione legittima, nei casi in cui il coniuge concorra con altri successibili, non v'ha dubbio, che costui, in quanto legittimario, abbia diritto alla riserva e, dunque, anche al diritto di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano. Tali ultimi diritti, però, spettano al coniuge in quanto legittimario; essi servono a comporre la sua quota di riserva; essi non si aggiungono, però, alla quota virile che al coniuge spetta a titolo di legittima.

Soltanto questa interpretazione avrebbe consentito di dare respiro all'autonomia testamentaria; soltanto questa soluzione avrebbe consentito equilibrio e armonia di soluzione (94).

Gli esempi utilizzati ai fini di cogliere, nella drammatizzazione dell'esito epistemologico, la distorsione della soluzione scelta dal Supremo Collegio, possono, nuovamente, tornare utili.

(94) È appena il caso di osservare che la Seconda Sezione civile della Cassazione, tornando, appena due mesi dopo la pronuncia a Sezioni Unite, sulla questione, non applica il principio espresso dal Supremo Collegio, affermando che esso debba valere solo nel caso di successione legittima, ma non anche di successione testamentaria. Cass., 19 aprile 2013, n. 9651, inedita, stabilisce che "in tema di successione necessaria, la disposizione di cui all'art. 540, secondo comma, cod. civ. determina un incremento quantitativo della quota contemplata in favore del coniuge, in quanto i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano (quindi, il loro valore capitale) si sommano alla quota riservata al coniuge in proprietà. Posto che la norma stabilisce che i diritti di abitazione e di uso gravano, in primo luogo, sulla disponibile, ciò significa che, come prima operazione, si deve calcolare la disponibile sul patrimonio relitto, ai sensi dell'art. 556 cod. civ., e, per conseguenza, determinare la quota di riserva. Calcolata poi la quota del coniuge nella successione necessaria, in base a quanto stabiliscono gli artt. 540, primo comma, e 542 cod. civ., alla quota di riserva così ricavata si devono aggiungere i diritti di abitazione e di uso in concreto, il cui valore viene a gravare sulla disponibile. Se la disponibile non è sufficiente, i diritti di abitazione e di uso gravano, anzitutto, sulla quota di riserva del coniuge, che viene ad essere diminuita della misura proporzionale a colmare l'incapienza della disponibile. Se neppure la quota di riserva del coniuge risulta sufficiente, i diritti di abitazione e di uso gravano sulla riserva dei figli o degli altri legittimari". Consapevole dello strappo, la cassazione ha cura di precisare che questa sua decisione non si pone in contrasto con il principio espresso dalle sezioni Unite. E così scrivono i giudici: "Questa conclusione non si pone in contraddizione con la pronuncia di questa Corte, a Sezioni Unite, 27 febbraio 2013, n. 4847 [...] il dictum delle Sezioni Unite relativo allo stralcio dall'asse ereditario si riferisce, espressamente, alla sola successione legittima, e muove dalla sottolineatura che, in questa, «non si pone in radice un problema di incidenza dei diritti degli altri legittimari per effetto dell'attribuzione dei diritti di abitazione e di uso al coniuge», cosicché le disposizioni previste dall'art. 540, secondo comma, cod. civ., finalizzate "a contenere in limiti ristretti la compressione delle quote di riserva dei figli del de cuius in conseguenza dell'attribuzione al coniuge dei diritti suddetti", "non possono evidentemente trovare applicazione in tema di successione intestata". Se la soluzione concretamente scelta dalla sentenza di aprile 2013, merita di essere condivisa, non convince, affatto, l'argomento utilizzato per giustificare la contraddizione con la soluzione prescelta dalle Sezioni Unite. A seguire questo ragionamento, infatti, nella successione intestata e nella successione testamentaria, il diritto di abitazione e di uso si dovrebbero comportare in modo diverso, nell'una funzionando da prelegati, nell'altra come semplice legati in conto.

Nel primo caso proposto, il risultato finale era il seguente: la coniuge, Caia, consegue beni per un valore complessivo pari a 70, mentre a ciascun figlio beni complessivi per un valore pari a 10.

La soluzione più coerente al tessuto positivo è ben altra.

Al coniuge spetta senz'altro il diritto di abitazione e di uso. Gli è però che tali diritti, poiché valgono 60, assorbono non soltanto la disponibile, ma anche tutta la quota spettante al coniuge. Il quale, proprio per aver acquisto tali beni, non avrebbe diritto a partecipare alla divisione del relictum, nel senso che il restante valore di 30, dovrebbe essere diviso, esclusivamente tra i figli, ognuno dei quali dovrebbero conseguire 15.

Non v'ha dubbio che anche in questo caso ciascuno dei figli sarebbe astrattamente leso. Ciascuno di loro avrebbe avuto diritto, a titolo di riserva, a 22,5. Ciascuno di loro consegue, invece, 15, ossia 7,5 in meno di quanto la legge loro riserva. Ciò significa che i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., gravano, per intero, sulla quota disponibile ($\frac{1}{4}$ dell'eredità, pari, nel caso di specie, a 22,5), per intero sulla quota del coniuge ($\frac{1}{4}$ dell'eredità, pari, nel caso di specie, a 22,5), soltanto per parte sulla quota di riserva spettante ai figli (per i restanti 10).

La differenza balza agli occhi: la soluzione scelta dalla Cassazione consegna a ciascun figlio 10, la soluzione che ho proposta consegna a ciascun figlio 15. In entrambi i casi, in ossequio alla scelta fatta dal legislatore nell'art. 540, secondo comma, Cod. civ., i figli sono lesi nella loro quota di riserva, senza possibilità di agire in riduzione e domandare ciò che, astrattamente, competerebbe loro. Almeno, però, la soluzione proposta vale a limitare la distorsione (95).

(95) Ancóra più evidente la distorsione nel secondo caso che avevo proposto. In quello, il risultato finale era il seguente: Caia, conseguiva beni per un valore complessivo pari a 83, mentre ciascun ascendente, beni complessivi per un valore pari a 3,5. Soprattutto in questo caso, dacché si discorre di ascendenti, ossia di soggetti sulla quota di riserva dei quali non possono gravare i diritti di abitazione e di uso, la soluzione più coerente al tessuto positivo è ben altra. Al coniuge spetta senz'altro il diritto di abitazione e di uso. Gli è però che tali diritti, poiché valgono 69, assorbono non soltanto la disponibile, ma anche tutta la quota spettante al coniuge. Il quale, proprio per aver acquisto tali beni, non avrebbe diritto a partecipare alla successione legittima, nel senso che il restante valore di 21, dovrebbe essere attribuito esclusivamente agli ascendenti. I quali, dunque, avrebbero diritto di conseguire 10,5 ciascuno. Tale attribuzione, tuttavia, determinerebbe, in ogni modo, una lesione degli ascendenti. I quali avendo, complessivamente, diritto a $\frac{1}{4}$ dell'eredità, avrebbero dovuto conseguire, complessivamente, 22,5 e, ciascuno, 11,25. Ciascun ascendente sarebbe leso per 0,75. I diritti di abitazione e di uso graverebbero, cioè, per intero, sulla quota disponibile ($\frac{1}{4}$ dell'eredità, pari, nel caso di specie, a 22,5), per intero sulla quota del coniuge ($\frac{1}{2}$ dell'eredità, pari, nel caso di specie, a 45), per parte anche sulla quota di riserva spettante agli ascendenti (per il restante 1,5). Gli è però, anche in ragione delle considerazioni che ho svolte sub nota n. 28 non credo che i diritti di abitazione e di uso possano gravare sulla quota degli ascendenti. Ciò significa che gli ascendenti potrebbero agire in riduzione nei confronti del coniuge. Il quale, non potendo ridurre il legato a lui fatto, sarebbe tenuto, a conguagliare la quota spettante agli ascendenti. Sarebbe, dunque, un caso, molto singolare, nel quale all'esito della riduzione, i soggetti risultai vittoriosi avrebbero diritto soltanto a un conguaglio in danaro. Stando, quindi, a quest'esempio, e all'eventuale esito dell'azione di riduzione, il coniuge conseguirebbe 67,5 (ossia il diritto di abitazione e di uso che vale 69, salvo l'obbligo di conguaglio agli ascendenti, per complessivi 1,5), mentre gli ascendenti, complessivamente 22,5 e ciascuno 11,25 (ossia ciascuno 10,5 oltre a un conguaglio da parte del coniuge di 0,75). Ove pure, poi, non si volesse aderire a questa soluzione interpretativa e postulare che i diritti di abitazione e di uso debbano gravare, colmando la presunta lacuna legislativa dell'art. 540, secondo comma, cod. civ., anche sulla quota degli ascendenti, nondimeno l'interpretazione che ho proposta porterebbe, comunque, a un risultato ben diverso da quello conseguibile seguendo la ricetta suggerita dalle Sezioni Unite della Cassazione. Ne verrebbe, infatti, che al coniuge spetta 69 e a ciascun ascendente 10,5. La differenza starebbe in ciò: che gli ascendenti, pur essendo lesi, non potrebbero agire



Il caso, con la forza banale dei numeri, segna le importanti conseguenze pratiche; dimostra quanto quest'ultima decisione delle Sezioni Unite abbia negativamente inciso sulla posizione di tutti gli altri legittimari, diversi dal coniuge superstite.

Una soluzione, dunque, che nello stringere le maglie dell'autonomia testamentaria, inevitabilmente, -mi sento di dire *ex abundantia cordis*- rafforza la spinta centrifuga che, da anni, caratterizza l'atteggiamento dei consociati rispetto al nostro diritto delle successioni a causa di morte.

Dopo questa decisione, non è difficile attendersi che nei partici si consolideranno e diffonderanno, sempre più, allo scopo di sottrarsi a una disciplina, divenuta, ancora più asfissiante, tecniche di trasferimento anticipato della ricchezza, manovre tese a spogliare i soggetti della proprietà della casa adibita a residenza familiare, anche attraverso intestazioni di beni sotto nome altrui, costituzioni di società, anche di diritto estero, soprattutto anonime e operazioni sempre più raffinate di ingegneria successoria volte a realizzare *spin-off* ereditari. Destinati a divenire la nuova frontiera del diritto ereditario.

Abstract

The Supreme Court, in late February of 2013, established that the capital value of the right «di abitazione» and the right «di uso» on the house used as a family residence (art. 540, II, cc) should be deleted from the inheritance and then proceed to the division of the latter among all the co-owners, according to the rules of legitime.

The new case-law considers them to be «prelegati».

in riduzione e dovrebbero “accontentarsi” di conseguire 10,5. A ogni modo, non v'ha chi non veda come questa soluzione non solo è più vantaggiosa per gli ascendenti che, secondo la cassazione, finirebbero con il conseguire, ciascuno, soltanto 3,5, ma è soprattutto più coerente con la disciplina positiva e, in specie, con la norma di cui all'art. 544 Cod. civ., la quale riserva agli ascendenti $\frac{1}{4}$ dell'asse ereditario. Quarto che, nella prospettiva suggerita dalle Sezioni Unite della Cassazione verrebbe eccessivamente ridotto, a vantaggio del coniuge.

Un'ultima notazione mi pare necessaria. *Quid iuris* in caso di concorso di coniuge con ascendenti nella successione ab intestato, se i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., siano di valore complessivamente inferiore alla somma della disponibile e della riserva spettante al coniuge. In tal caso credo che, assegnato al coniuge il diritto di abitazione e di uso, sui restanti beni debba aprirsi la successione legittima, alla quale debbono concorrere sia gli ascendenti che il coniuge. Tuttavia, se per effetto dell'applicazione delle norme sulla successione legittima, si determina una situazione tale per cui agli ascendenti venissero attribuiti beni inferiori rispetto a quelli loro spettanti a titolo di legittima, senza necessità che costoro agiscano in riduzione, a loro dovrebbero, almeno essere assegnati, ex art. 553 Cod. civ., beni idonei a integrare la loro quota di riserva. Restando all'esempio precedente, immaginiamo che la successione sia ab intestato, che l'asse valga complessivamente 90, che i diritti di abitazione e di uso valgano, complessivamente, 50, che il *de cuius*, lasci dietro di sé la coniuge, Caia, e due ascendenti Mevio e Filano. A Caia spettano i diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ., i quali valgono 50. Il residuo 40 dovrebbe essere diviso, tenendo conto del diritto che sull'intero asse ciascuno degli eredi ha. Poiché l'art. 582 Cod. civ., devolve al coniuge $\frac{2}{3}$ dell'eredità e agli ascendenti $\frac{1}{3}$ dell'eredità, ne verrebbe, che i residui 40 dovrebbero essere attribuiti per 30 agli ascendenti e per 10 al coniuge. Con la conseguenza finale che, in linea di stretta aderenza con ciò che stabiliscono le norme sulla successione legittima e la disciplina sulla tutela dei legittimari, il coniuge conseguirebbe beni complessivi per 60, mentre gli ascendenti beni complessivi per 30.

The decision can not be shared and is not persuasive.

The rule of art. 540, II co., Civil Code, provides that such rights must weigh on disposable portion; when the latter is not sufficient, on marital portion ; finally, on the children's portion.

The idea that it is a «prelegato» disrupts this mechanism and, above all, determines the distorting practical consequences that end up limiting the freedom of to make one's will.