

Sepolcro

Cassazione Civile, SS.UU., 28 giugno 2018, n. 17122 - Pres. Mammone - Est. Manna

Nel sepolcro ereditario lo *ius sepulchri* si trasmette nei modi ordinari, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, come qualsiasi altro diritto, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia, mentre in quello gentilizio o familiare - tale dovendosi presumere il sepolcro, in caso di dubbio - lo *ius sepulchri* è attribuito, in base alla volontà del testatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari di esso, acquistandosi dal singolo *iure proprio* sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, *iure sanguinis* e non *iure successionis*, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari, caratterizzata da intrasmissibilità del diritto, per atto tra vivi o *mortis causa*, imprescrittibilità e irrinunciabilità. Tale diritto di sepolcro si trasforma in ereditario con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione *mortis causa*.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi

Cass. 29 settembre 2000, n. 12957; Cass. 29 gennaio 2007, n. 1789; Cass. 8 maggio 2012, n. 7000; Cass. 27 settembre 2012, n. 16430; Cass. 16 aprile 2018, n. 9282; T.A.R. Pescara 3 dicembre 2014, n. 481.

Svolgimento del processo

Con testamento olografo pubblicato nel 1956 P P lasciava alla moglie, X X, l'usufrutto e ai cugini ... e P P fu ... la nuda proprietà di tutti i suoi beni. Col medesimo testamento onerava l'una e gli altri di costruire un sepolcro su di un lotto di cui egli era concessionario nel comune di ...

Realizzato il sepolcro e consolidatosi alla morte della X, avvenuta nel 1991, la proprietà piena in favore di ... P e di ... P (figlia di P P fu ...), sorgeva controversia tra questi ultimi, da un lato, e Y Y Y, dall'altro, alla quale la X aveva a sua volta legato il sepolcro.

Tale controversia sfociava nel 1995 in una causa che B e CP promuovevano innanzi al Tribunale di Bari affinché fosse accertata, in tesi, la falsità del testamento olografo di X X, e in subordine, l'inefficacia del legato di sepolcro ivi disposto in favore della Y Y, perché la testatrice, in quanto soltanto usufruttuaria dei beni relitti da P P, non avrebbe potuto disporre *mortis causa*. Il tutto previa eventuale disapplicazione della delibera n. 561/93 della giunta municipale di Rutigliano che aveva intestato alla Y Y il lotto cimiteriale.

Quest'ultima, dapprima, e gli eredi di lei, dopo, resistevano in giudizio e, per quanto ancora rileva in questa sede di legittimità, eccepivano il difetto della giurisdizione ordinaria.

Il Tribunale con sentenza n. 414/12 rigettava la domanda nel merito, senza pronunciarsi espressamente sulla giurisdizione. Gli attori, affermava, non avendo né ereditato il lotto né costruito il sepolcro a loro spese, non avevano titolo a contestare il testamento della X e il diritto di lei di disporre del sepolcro stesso.

Tale sentenza era ribaltata dalla Corte d'appello di Bari, che in accoglimento del gravame dichiarava in favore degli eredi P il diritto di superficie sul lotto cimiteriale e quello di proprietà sul sepolcro ivi realizzato. A base della pronuncia, la circostanza che B P e P P fu B dovevano considerarsi eredi *ex re certa* del cugino P P, con la

conseguenza che essi avevano ereditato ogni altro diritto di lui, inclusi quelli sul lotto cimiteriale in concessione e sul sepolcro ivi costruito.

La cassazione di tale sentenza è chiesta da ...eredi di ... e, con lui, di Y Y Y, sulla base di due motivi.

Resistono con controricorso ...

Attivato il procedimento camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c., introdotto, a decorrere dal 30 ottobre 2016, dall'art. 1-bis, comma 1, lett. f), D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197 (applicabile al ricorso in oggetto ai sensi dell'art. 1-bis, comma 2, del medesimo D.L. n. 168/2016), le parti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

1. Col primo motivo si eccepisce la carenza della giurisdizione ordinaria sub specie di violazione degli artt. 3, 5 e 21 legge TAR, 7 e 133, comma 1, lett. b) D.Lgs. n. 104/10, in relazione agli artt. 37 e 360, n. 1, c.p.c., 4 e 5 legge n. 2248 del 1865, all. E, 824 c.c. in relazione all'art. 360, nn. 1, 3 e 4, c.p.c., 345 e 102 c.p.c. in relazione all'art. 360, n. 4, c.p.c. Sostiene parte ricorrente che la lite avrebbe ad oggetto, nella sostanza, la contestazione della legittimità della concessione rilasciata dal comune di ... a Y Y Y relativamente al lotto cimiteriale che ospita il sepolcro. Pertanto, essendo il rapporto concessorio non già un semplice presupposto storico, ma l'oggetto principale del contendere, la causa rientrerebbe nella giurisdizione - o generale di legittimità o esclusiva - del giudice amministrativo.

1.1. Il motivo è inammissibile.

L'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione "è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo", deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo ("asse portante della nuova lettura della norma"), della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi

dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. All'esito della nuova interpretazione della predetta disposizione, volta a delinearne l'ambito applicativo in senso restrittivo e residuale, ne consegue che: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c. (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito per saltum, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito (S.U. n. 24883/08 e successive tutte conformi).

Nella specie, la decisione di merito di primo grado implicava di necessità logica l'affermazione della giurisdizione ordinaria, e con essa la necessità, ad evitare il giudicato, di un appello incidentale condizionato da parte degli odierni ricorrenti, risultati vittoriosi in primo grado. Appello la cui mancata proposizione ha dunque prodotto il giudicato interno sulla giurisdizione.

2. Il secondo motivo denuncia il difetto di legittimazione attiva degli P e la violazione degli artt. 457, 565, 583, 587, 588 e 1362 c.c., in relazione ai nn. 3 e 4 dell'art. 360 c.p.c., nonché l'omesso esame d'un fatto decisivo e discusso dalle parti.

Quanto alla posizione di CP, figlia di P P fu B cugino del de cuius, la rinuncia di suo padre all'eredità non la costituiva a sua volta chiamata per rappresentazione. Quanto a B P, si sostiene, l'istituzione d'erede ex re certa su beni specificamente indicati (a fortiori ritenendo la disposizione testamentaria come legato), diversi dal sepolcro, non avrebbe determinato in favore di lui l'acquisto anche di quest'ultimo bene, operando invece l'accrescimento a vantaggio del coniuge del testatore, X X.

2.1. La censura non ha fondamento.

2.1.1. Quanto alla posizione di B P (e dunque dei suoi eredi), va osservato che:

a) la institutio ex re certa è compatibile con l'accrescimento. Infatti, questa Corte ha avuto modo di affermare che in tema di delazione dell'eredità, non ha luogo la

successione legittima agli effetti dell'art. 457, secondo comma, c.c., in presenza di disposizione testamentaria a titolo universale, sia pur in forma di istituzione ex re certa, tenuto conto della forza espansiva della stessa per i beni ignorati dal testatore o sopravvenuti (cfr. Cass. n. 12158/15). Soluzione, quest'ultima, da condividere e riaffermare anche in considerazione del conforme avviso della dottrina largamente maggioritaria, la quale osserva che la posizione dell'istituto ex re certa non è diversa da quella dell'erede pro quota, in favore del quale opera senz'altro la c.d. forza espansiva della delazione testamentaria, che riguarda anche i beni ignorati o sopravvenuti (e non solo quelli ignorati, come invece suppone parte ricorrente);

b) a maggior ragione ciò vale nel caso di specie, in cui più che la forza espansiva della delazione ereditaria viene in rilievo il fatto che i due cugini furono istituiti eredi con l'onere (condiviso con la moglie del de cuius) di costruire la cappella; la quale, indipendentemente da chi l'abbia eretta, è divenuta di proprietà non dell'usufruttuaria generale, ma dell'unico erede (B P, visto che è pacifico in causa che P P fu B rinunciò all'eredità), quale proprietario del relativo lotto cimiteriale edificabile.

c) l'usufrutto generale è secondo la dottrina dominante un legato e non un'istituzione di erede (contra Cass. nn. 13310/02 e 2617/05, la quale ultima è puramente adesiva alla prima), e dunque neppure pro quota avrebbe potuto determinarsi l'accrescimento in favore della X X.

2.1.2. È ben vero, poi, che in favore di CP, figlia di P P fu B, il quale a sua volta era soltanto cugino del de cuius, non opera la successione per rappresentazione (art. 468, primo comma, c.c.).

Tuttavia - e in disparte il limitato (ma non per questo inesistente) interesse dei ricorrenti alla richiesta dichiaratoria - la legittimazione attiva di lei si fonda su di un'altra circostanza. È decisivo osservare, infatti, che la sentenza impugnata ha accertato (o meglio dato incontestatamente per presupposto: v. pag. 2) che secondo la volontà del testatore la tomba avrebbe ospitato, se i cugini l'avessero voluto, l'intera famiglia P; il che vale a qualificare il sepolcro come di tipo gentilizio, e non già ereditario.

Ne consegue la piena applicabilità della costante giurisprudenza di questa Corte, in base alla quale nel sepolcro ereditario lo ius sepulchri si trasmette nei modi ordinari, per atto inter vivos o mortis causa, come qualsiasi altro diritto, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia, mentre nel sepolcro gentilizio o familiare - tale dovendosi presumere il sepolcro, in caso di dubbio - lo ius sepulchri è attribuito, in base alla volontà del testatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari del sepolcro stesso, acquistandosi dal singolo iure proprio sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, iure sanguinis e non iure successioneis, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari, caratterizzata da intransmissibilità del diritto, per atto tra vivi o mortis causa, imprescrittibilità e irrinunciabilità. Tale diritto di sepolcro si trasforma da familiare in ereditario con la morte

dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione mortis causa (v. nn. 7000/12, 1789/07, 12957/00, 5015/90 e 519/86)

3. In conclusione il primo motivo di ricorso va dichiarato inammissibile ed il secondo va respinto.

4. Seguono le spese, liquidate come in dispositivo, a carico solidale delle parti ricorrenti.

5. Ricorrono le condizioni per il raddoppio del contributo unificato a carico dei ricorrenti, in solido fra loro, in base all'art. 13, comma 1-quater, D.P.R. n. 115/02, inserito dall'art. 1, comma 17, legge n. 228/12.

P. Q. M.

La Corte dichiara inammissibile il primo motivo di ricorso, rigetta il secondo motivo e condanna i ricorrenti, in solido tra loro, alle spese, che liquida in complessivi euro 5.200,00, di cui 200,00 per esborsi, oltre spese generali forfettarie nella misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, D.P.R. n. 115/02, inserito dall'art. 1, comma 17, legge n. 228/12, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti, in solido tra loro, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

La *vis expansiva* dell'*institutio ex re certa*, e il legato di usufrutto generale, in relazione allo *ius sepulchri* di Matteo Boselli (*)

La Corte di cassazione, nella pronuncia n. 17122/2018, oggetto del presente commento, affronta questioni storicamente dibattute nell'ambito del diritto successorio, affermando la *vis expansiva* dell'*institutio ex re certa* rispetto ai beni non contemplati nel testamento, considerando il lascito di usufrutto generale come disposizione testamentaria a titolo particolare, e ribadendo i tradizionali principî, che governano il regime giuridico dello *ius sepulchri* nell'âlveo del sepolcro familiare.

1. Il caso

Il caso, sottoposto all'attenzione del Supremo Collegio, trae la sua origine da una scheda testamentaria olografa, pel cui tramite l'ereditando attribuì l'usufrutto di tutti i proprî beni alla moglie e la nuda proprietà degli stessi ai cugini, onerando l'una e gli altri di costruire un sepolcro su di un lotto, di cui egli era concessionario. Il sepolcro, una volta realizzato, veniva legato, dalla moglie del *de cuius*, con testamento olografo, a una persona estranea alla famiglia. I cugini - divenuti, alla morte dell'usufruttuaria, pieni proprietari dei beni relitti dall'originario testatore - contestavano l'efficacia del legato di sepolcro, confezionato nel negozio di ultima volontà della succitata moglie, adducendo che essa, in quanto semplice titolare dell'usufrutto su tutti i beni ereditari, non avrebbe potuto disporne *mortis causa*. Soccombenti in primo grado, i cugini venivano considerati, nel giudizio d'appello, eredi *ex rebus certis* dell'originario testatore e, in quanto tali, titolari, altresì, del diritto

di superficie sul lotto cimiteriale e di proprietà sul sepolcro ivi realizzato.

La Corte di cassazione, nella pronuncia in commento, ribadisce la proprietà del sepolcro in capo ai predetti cugini, escludendone l'accrescimento in favore della moglie del *de cuius*, in quanto mera legataria dell'usufrutto generale; riafferma, inoltre, il principio, pressoché consolidato, giusta il quale, relativamente al sepolcro familiare, o gentilizio, lo *ius sepulchri* sorge, in capo ai famigliari del fondatore, non già *iure successionis*, bensì, fin dalla nascita, *iure sanguinis*, dando luogo a una particolare forma di comunione, caratterizzata dalla intrasmissibilità del diritto per atto *inter vivos* o *mortis causa*, e da imprescrittibilità, irrinunciabilità e indivisibilità.

2. La *heredis institutio ex certa re*, e la sua *vis expansiva*

L'*institutio ex re certa* suscita, ormai da lunga data, non pochi imbarazzi interpretativi (1). La *vexata quaestio*,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) In argomento, v., almeno, L. Mengoni, *L'istituzione di erede "ex certa re" secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 740 ss.; A. Burdese, *"Institutio ex*

re certa" e divisione fatta dal testatore (Sulla natura dell'atto divisorio), in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 465 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, VI, *Successioni*, II, Torino, s. d., ma 1997, II ed., 142 ss.; S. D'Andrea, *La heredis institutio ex certa re*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir.

presa in considerazione dalla pronunzia in commento, attiene specificamente alla sorte dei cespiti, dei quali il testatore non abbia espressamente disposto, o perché da lui ignorati, o perché da lui volontariamente taciuti, o, ancora, perché sopravvenuti al momento della confezione del testamento (2). Diviene attuale, dunque, l'interrogativo, se l'istituto *ex re certa* partecipi, oppure no, al riparto delle *ceterae res*, vale a dire degli elementi patrimoniali non menzionati nel testamento.

Nel caso di specie, la Corte di cassazione, confermando la sentenza di appello, opina nel senso che non "ha luogo la successione legittima agli effetti dell'art. 457, comma 2, c.c., in presenza di disposizione testamentaria a titolo universale, sia pur in forma di istituzione *ex re certa*, tenuto conto della forza espansiva della stessa per i beni ignorati dal testatore o sopravvenuti". Ne discende, in altri termini, che la posizione ricoperta, nella fattispecie, dai cugini del testatore, *id est* quella di eredi istituiti *ex rebus certis*, non differisce da quella dell'erede *pro quota*, in favore del quale opera, senz'altro, la così detta *vis expansiva* della delazione testamentaria, con riferimento, appunto, ai beni ignorati o sopravvenuti. Il *decisum* della Suprema Corte incontra il conforto di larga parte della dottrina (3); non di meno, alcuni interpreti hanno sostenuto opinioni divergenti, che meritano di essere sinteticamente richiamate (4).

Orbene, secondo un'interpretazione restrittiva, l'erede, istituito ai sensi dell'art. 588, comma 2, c.c., succede nei limiti delle *certae res* attribuitegli e si apre, indi, la successione legittima relativamente ai beni non contemplati nel testamento, dalla quale vanno forzatamente esclusi gli eredi istituiti *ex*

rebus certis, quand'anche rivestano la qualifica di successibili legittimi. La tesi si regge su un'interpretazione letterale della norma racchiusa nell'art. 457, comma 2, c.c., che ammette il concorso della successione testamentaria, ancorché in *re certa*, con la successione legittima (5). Siffatta opinione non sembra condivisibile, giacché prospetta una soluzione aprioristica, che trascende dal concreto accertamento dell'effettiva volontà del testatore: criterio interpretativo, quest'ultimo, pertinente alla vicenda successoria in esame, ove non può farsi luogo alla successione legittima in relazione al sepolcro, posto che non difetta, alla luce di un'attenta interpretazione della scheda testamentaria, una vocazione a titolo universale, sia pure in *re certa*, dei cugini dell'originario testatore, conseguendone l'acquisto, in capo agli stessi, proprio per successione testamentaria, anche della proprietà del sepolcro.

Secondo altri interpreti, invece, l'*institutio ex re certa* attribuisce, all'istituto, soltanto i beni che formano oggetto della disposizione, là dove i beni non assegnati sono devoluti agli eredi legittimi, ivi compresi, ove abbiano tale qualifica, gli eredi istituiti *ex rebus certis*. A sostegno di tale opinione, si adduce la norma prevista dall'art. 734, comma 2, c.c., in base alla quale, pel caso in cui, nella divisione disposta dal testatore, non siano compresi tutti i beni lasciati al tempo della sua morte, i beni in essa non contemplati sono attribuiti conformemente alla legge, salvo che risulti una diversa volontà del *de cuius* (6). L'interpretazione, pur autorevolmente sostenuta, non convince, giacché la divisione disposta dal testatore è istituito profondamente diverso dalla *heredis institutio ex certa re* (7): la quale, invero, condivide con la

da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 223 ss.; V. Barba, *Istituzione ex certa re e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 53 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015, IV ed. a cura di A. Ferrucci - C. Ferrentino, 79 ss.

(2) Al riguardo, v., per tutti, G. Bonilini, *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 246.

(3) In tal senso, v., senz'altro, A. Trabucchi, *Nota a Cass. 23 marzo 1963, n. 737*, in *Giur. it.*, 1964, I, 186; P. Schlesinger, voce *Successioni (Diritto civile). Parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 752; G. Bonilini, *op. cit.*, 248 ss.; G. Perlingieri, *Heredis institutio ex certa re, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 465 ss. Di recente, v. anche F. Mastroberardino, *Institutio ex re certa e divisione disposta dal testatore*, in questa *Rivista*, 2016, 257.

(4) V., fra gli altri, L. Mengoni, *op. cit.*, 767; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1964, II ed., 381; G. Caramazza, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, in *Comm. teorico-pratico al Codice Civile*, dir. da V. De Martino, s. I. e s. d., ma Roma, 1982, II ed., 35 ss.; G. Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 243 ss.; A. Burdese, *op. cit.*, 465 ss.; D.

Barbero, *Il sistema del diritto privato*, I ed. dopo la scomparsa dell'Autore, a cura di A. Liserre - G. Floridia, Torino, 1988, 1156 ss.; L. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 142 ss.; G. Capozzi, *op. cit.*, 81 ss.

(5) Nel senso che, rispetto ai beni non espressamente attribuiti dal testatore, debba farsi apertura della successione legittima, con la forzata esclusione degli eredi istituiti *ex rebus certis*, v. D. Barbero, *op. cit.*, 1156 ss. e G. Caramazza, *op. cit.*, 35 ss.

(6) Nel senso che le *ceterae res* vadano assegnate agli eredi legittimi, con inclusione degli eredi istituiti *ex rebus certis*, secondo le rispettive quote di ciascuno, v. L. Mengoni, *op. cit.*, 767; C. Gangi, *op. cit.*, 381; G. Amadio, *op. cit.*, 243 ss.; A. Burdese, *op. cit.*, 465 ss.; L. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 142 ss.; G. Capozzi, *op. cit.*, 81 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 23 marzo 1963, n. 737, in *Giur. it.*, 1964, I, 185, con nota di A. Trabucchi, *Nota a Cass. 23 marzo 1963, n. 737*, cit.; Cass. 9 febbraio 1977, n. 574, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Successione ereditaria*, n. 44.

(7) Sulla divisione ereditaria, nella ricca letteratura, v., *ex multis*, L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, *passim*; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1980, *passim*; G. Bonilini, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VI, Torino, 1990, IV ed., 481 ss.; G. Azzariti, *La divisione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, II, *Successioni*, 6, Torino, s. d., ma 1997, II ed., 391 ss.; P. Forchielli - F. Angeloni, *Della divisione. Artt. 713-768*, in *Comm. cod. civ.*

disposizione testamentaria, racchiudente la divisione, la causa attributiva, non già quella divisoria (8). Si rammenti, al riguardo, come i due istituti non presentino soltanto differenze di spiccato interesse teorico, ma anche di sostanziale rilievo pratico, applicandosi, infatti, esclusivamente alla divisione, non già all'*institutio ex re certa*, le norme affidate agli artt. 735, comma 1, e 763 c.c., che prevedono, rispettivamente, la nullità della divisione per preterizione di legittimari, o mancato apporzionamento degli eredi istituiti, e la rescissione della divisione per lesione (9).

Merita di essere condivisa, dunque, l'opinione di quanti, in dottrina, reputano che, una volta accertata l'effettiva volontà del testatore di attribuire determinati beni come quota del suo patrimonio (10), la qualifica ereditaria ad essa rannodata, vale a dire quella di erede *ex re certa*, non possa mancare della virtù, o capacità, espansiva, ché essa è tratto essenziale della qualità di erede (11); ne discende, l'attribuzione dei beni, dei quali il testatore non abbia espressamente disposto, agli eredi testamentari, in proporzione

del valore delle rispettive quote, accertato, *a posteriori*, al tempo della morte dell'ereditando (12). Siffatto argomentare trova conferma, oltre che nel provvedimento in commento, nei più recenti pronunziati giurisprudenziali (13).

3. Il lascito di usufrutto generale, e la sua natura di disposizione testamentaria priva del carattere dell'universalità

Nell'eventualità in cui il diritto di usufrutto venga costituito sull'intero asse ereditario, o su una quota ideale dello stesso, si è in presenza di usufrutto così detto generale, o universale, o sull'asse (14). Fortemente discussa, ne è la natura giuridica. In altri termini, la difficoltà esegetica, nella quale si imbattono, da lunga data, la dottrina e la giurisprudenza, si annoda alla definizione della natura del lascito di usufrutto generale. Si pone, in definitiva, l'interrogativo, se il beneficiario della disposizione testamentaria, avente a proprio oggetto l'usufrutto universale, acquisti la qualità di erede, oppure quella di legatario. Questione, la cui soluzione comporta differenti

Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, II ed., *passim*; A. Mora, *La divisione. Funzione, natura, effetti, atti equiparati alla divisione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, 143 ss.

(8) Sul punto, v., almeno, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2018, IX ed., 438. In ordine alle differenze fra l'*institutio ex re certa* e la divisione fatta dal testatore, si contrappongono due correnti di pensiero. Parte della dottrina rintraccia il criterio distintivo nell'espressa predeterminazione di quote, adducendo che essa sia tipica della divisione testamentaria, non anche della *heredis institutio ex re certa*, nel cui ambito, la concreta determinazione dell'entità delle quote avviene, *a posteriori*, al momento dell'apertura della successione, sulla base del rapporto fra il valore dei beni assegnati come quota del patrimonio e il valore dell'intero asse: in tal senso, v. M. R. Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1998, II ed., 252 ss.; G. Perlingieri, *op. cit.*, 467. Secondo altra dottrina, invece, il discrimen fra i due istituti non va già individuato nell'espressa predeterminazione di quote, ché è ben possibile che l'ereditando ponga in essere sì una divisione fra i propri vocati, epperò senza predeterminare, *a priori*, l'entità delle quote, bensì nella preventiva istituzione di erede, la quale difetta nell'*institutio ex re certa*: in tal senso, v. A. Burdese, *op. ult. cit.*, 253 ss.; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 723; P. Forchielli - F. Angeloni, *op. cit.*, 302 ss. Tale, ultima, opinione trova conforto in talune pronunzie giurisprudenziali: v. Cass. 18 novembre 1981, n. 6110, in *Mass. Giust. civ.*, 1981; Cass. 14 luglio 2011, n. 15501, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1067. Nel senso, invece, che l'*institutio ex re certa* configuri un possibile mezzo tecnico di divisione disposta dal testatore senza predeterminazione di quote, v. L. Mengoni, *op. ult. cit.*, 28 ss.; G. Amadio, *op. cit.*, 243 ss.; Id., *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 897 ss.

(9) Sul tema, v., di recente, F. Mastroberardino, *op. cit.*, 256, il quale individua, nella norma contemplata dall'art. 588, secondo comma, cod. civ., uno strumento ermeneutico di utile esegesi della *voluntas testantis*.

(10) L'indagine ermeneutica sull'intenzione del testatore, volta alla qualificazione del lascito alla stregua di *institutio ex re certa*, costituisce accertamento di fatto, giocoforza riservato al giudice di merito e insindacabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivato. Di ciò, si trova ampia conferma in giurisprudenza: v., in particolare, Cass. 10 ottobre 2012, n. 17266, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 25 ottobre 2013, n. 24163, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 24 giugno 2014, n. 14315, in *Banca dati De Jure*; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158, in questa *Rivista*, 2016, 250, con nota di F. Mastroberardino, cit.; Cass. 4 marzo 2016, n. 4312, in *Banca dati Leggi d'Italia*.

(11) La prevalenza degli interpreti è di questa opinione; si vedano: A. Trabucchi, *op. cit.*, 186; P. Schlesinger, *op. cit.*, 752; G. Bonilini, *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, cit., 248 ss.; G. Perlingieri, *op. cit.*, 465 ss., secondo il quale, ove si propendesse per altra lettura, si eluderebbe la volontà del testatore e la parità di trattamento fra gli eredi *ex rebus certis* e tutti gli altri eredi; F. Mastroberardino, *op. cit.*, 257.

(12) Secondo la migliore dottrina, infatti, si producono, nei confronti dell'erede istituito *ex re certa*, tutti gli effetti riconnessi all'acquisto della qualità di erede: l'obbligo di pagare i debiti ereditari; la legittimazione all'esercizio della *hereditatis petitio*; la continuazione del possesso del dante causa dall'apertura della successione; la prosecuzione del processo, del quale il testatore fosse parte. In tal senso, v. G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 248 ss.

(13) V., *ex plurimis*, Cass. 4 febbraio 1999, n. 974, in *Giur. it.*, 1999, 1579; Cass. 1° marzo 2002, n. 3016, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 18 gennaio 2007, n. 1066, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 25 ottobre 2013, n. 24163, cit.; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158, cit.; Cass. 4 marzo 2016, n. 4312, cit. Nella giurisprudenza di merito, v., fra le altre, Trib. Salerno 9 giugno 2000, in *Giur. mer.*, 2001, 372; Trib. Bari 7 gennaio 2008, n. 25, in questa *Rivista*, 2008, 607. In senso contrario, v. Cass. 23 marzo 1963, n. 737, cit.; Cass. 9 febbraio 1977, n. 574, cit.

(14) In argomento, v. G. Bonilini, *Dei legati. Artt. 649-673*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2006, II ed., 132 ss.; Id., *Il lascito di usufrutto generale*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 245 ss.

conseguenze di ordine pratico, a seconda che si propenda per l'uno o l'altro corno dell'alternativa (15). La Suprema Corte, nella decisione in commento, condivide, apertamente, la corrente di pensiero, che qualifica il lascito di usufrutto generale come disposizione testamentaria priva del carattere dell'universalità; considera, quindi, la moglie superstite, cui l'ereditando attribuì l'usufrutto su tutti i propri beni, non già erede, bensì legatario, escludendo che, in suo favore, possa determinarsi, neppure *pro quota*, l'acquisto, per accrescimento, del sepolcro, la cui titolarità va ricondotta, di necessità, in capo ai cugini dell'ereditando, suoi eredi *ex rebus certis*. L'affermazione del Supremo Collegio si unifica, così, all'orientamento della dottrina (16) e della giurisprudenza (17) prevalenti. D'altronde, la tesi, che reputa il beneficiario del lascito di usufrutto universale come legatario, è confortata da plurime argomentazioni convincenti e fondate.

(15) Si pensi, fra l'altro, al differente regime di responsabilità per i debiti ereditari; alle diverse modalità di acquisto del lascito; alla differente disciplina del possesso; all'operatività della *vis expansiva* rispetto al solo acquisto a titolo ereditario; alla legittimazione, oppure no, dell'usufruttuario, a intervenire nella divisione ereditaria; all'individuazione del giudice competente ad autorizzare l'alienazione dell'usufrutto, allorché il beneficiario sia un soggetto incapace. Sulle profonde differenze, dommatiche e pratiche, derivanti dalla qualificazione del lascito di usufrutto generale come istituzione di erede, oppure come legato, v., per tutti, G. Bonilini, *Il lascito di usufrutto generale*, cit., 246.

(16) Nella ricca letteratura, v., senz'altro, F. Santoro-Passarelli, *Legato di usufrutto universale*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, 201 ss.; W. d'Avanzo, *Delle successioni*, II, Firenze, 1941, 860; R. Nicolò, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Codice civile. Libro della proprietà. Commentario*, dir. da M. D'Amelio, Firenze, 1942, 591; G. Stolfi, *Sul lascito dell'usufrutto universale*, in *Foro padano*, 1949, III, 122 ss.; D. Barbero, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, 402 ss.; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, s. d., ma 1977, 156 ss.; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, IX ed., 524; A. Trabucchi, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, s. d., ma 1963, 614; C. Gangi, *op. cit.*, 383; G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, s. d., ma 1972, II ed., 214 ss.; G. Grosso - A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, s. d., ma 1977, 45 ss.; F. De Martino, *Della proprietà. Artt. 957-1026*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1978, 312; L. Bigliuzzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1979, 83 ss.; S. Delle Monache, *Il testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2005, 172; G. Bonilini, *Dei legati. Artt. 649-673*, cit., 132 ss.; Id., *La costituzione mortis causa, in Usufrutto, uso e abitazione*, a cura di G. Bonilini, in *Nuova Giur. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigliavi, I, Torino, 2010, 728 ss.; Id., *Il lascito di usufrutto generale*, cit., 245 ss.; A. Bertotto, *Legato di usufrutto universale*, in *Vita not.*, 2007, II, 1333 ss.; F. Spotti, *Attribuzione dell'usufrutto universale (legato o eredità?)*, in L. Mambelli - J. Balottin (a cura di), *Glossario notarile*, Milano, 2013, 306 ss. Altri interpreti, invece, individuano, nel lascito di usufrutto generale, una disposizione testamentaria connotata dal

Depone, anzitutto, in tal senso, il peculiare regime di responsabilità, contemplato dall'art. 1010, comma 1, c.c., giusta il quale, l'usufruttuario di un'eredità, o di una sua quota, è obbligato a pagare per intero, o in proporzione della quota, le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati, da cui l'eredità stessa sia gravata. Invero, tratto essenziale della qualità di erede, è l'obbligo, verso i creditori, al pagamento dei debiti ereditari, in proporzione della quota di eredità rispetto all'asse ereditario (art. 754 c.c.); indi, l'usufruttuario universale non è erede, giacché egli risponde soltanto delle annualità e degli interessi dei debiti ereditari o dei legati, e tale responsabilità limitata è sì "proporzionale alla quota dell'usufrutto, ma non è affatto proporzionale alla quota che l'usufrutto, come valore capitale, rappresenta rispetto al patrimonio ereditario" (18). È stato sostenuto, al contrario, che la responsabilità debitoria, racchiusa nell'art. 1010, comma 1, c.c., configuri una responsabilità diretta, seppur limitata sotto il profilo

carattere dell'universalità: si vedano, sul punto, A. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da A. Cicu - F. Messineo, XLII, Milano, 1961, II ed., 29 ss.; L. Ferri, *Successioni in generale. Artt. 456-511*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1997, 52 ss.; V. Barba, *L'eredità*, in *Usufrutto, uso e abitazione*, a cura di G. Bonilini, in *Nuova Giur. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigliavi, I, Torino, 2010, 379 ss.; A. Guarneri - D. Tessera, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione. Artt. 978-1026*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2017, 102 ss.

(17) Nel senso che il lascito di usufrutto generale sia da considerare come disposizione testamentaria a titolo particolare, v., *ex multis*, Cass. 30 marzo 1951, n. 716, in *Foro it.*, 1951, I, 104; Cass. 4 gennaio 1966, n. 37, in *Mass. Foro it.*, 1966, 14; Cass. 21 dicembre 1971, n. 3721, in *Mass. Foro it.*, 1971, 1083; Cass. 23 dicembre 1976, n. 1464, in *Mass. Foro it.*, 1976, 316; Cass. 15 febbraio 1979, n. 986, in *Mass. Foro it.*, 1979, 211; Cass. 20 febbraio 1993, n. 2088, in *Giust. civ.*, 1994, I, 221; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1557, in *Giur. it.*, 2011, 562; Cass. 31 gennaio 2011, n. 2172, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2011, I, 604. Nella giurisprudenza di merito, v., fra le altre, App. Cagliari 14 ottobre 2003, in *Riv. giur. Sarda*, 2004, 405; Trib. Napoli 16 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 508; Trib. Bologna 6 ottobre 2008, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, 143, con nota di M. Ieva, *Attribuzione al coniuge dell'usufrutto di tutti gli immobili compresi nel patrimonio: legato in conto di legittima*. Si esprimono, invece, nel senso che il lascito di usufrutto universale vada inteso come istituzione di erede, in quanto comprensivo dell'universalità dei beni ereditari, ai sensi dell'art. 588 cod. civ., Cass. 1° agosto 1987, n. 6646, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 12 settembre 2002, n. 13310, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2003, I, 644; Cass. 9 febbraio 2005, n. 2617, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 24 febbraio 2009, n. 4435, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2009, I, 950 ss.; Cass. 31 maggio 2018, n. 13868, in *Banca dati Leggi d'Italia*. Nella giurisprudenza di merito, v., fra le altre, Trib. Brescia 3 dicembre 2003, in *Mass. Trib. Brescia*, 2004, 238; Trib. Cagliari 2 settembre 2004, n. 1998, in *Riv. giur. sarda*, 2005, 157, Trib. Bari 18 marzo 2016, in *Banca dati Leggi d'Italia*.

(18) Così, G. Bonilini, *Il lascito di usufrutto generale*, cit., 247. Sul tema, v., altresì, G. Bonilini, *Dei legati. Artt. 649-673*, cit., 132 ss.

quantitativo, dell'usufruttuario universale, nei confronti dei creditori ereditari e dei legatari (19). Non di meno, occorre mettere in luce come la vocazione ereditaria, quale *vocatio in universum ius defuncti*, determini il subingresso anche nei debiti ereditari, là dove la vocazione all'usufrutto generale, quale vocazione a titolo particolare, faccia sorgere, in capo all'usufruttuario, la mera obbligazione per i debiti di annualità e di interessi: obbligazione, gioforza, interna, che sussiste nei soli confronti dell'erede, non anche dei creditori ereditari e dei legatari, e, per di più, *intra vires* (20).

Induce, inoltre, a considerare il lascito di usufrutto generale come disposizione di ultima volontà a titolo particolare, il postulato, secondo il quale, mentre la vocazione ereditaria è vocazione alla stessa posizione giuridica generale del *de cuius* nei rapporti attivi (*eiusdem iuris cuius fuit defunctus*), la vocazione all'usufrutto universale è vocazione a una posizione giuridica diversa nei rapporti attivi, ancorché generale (21). In altri termini, l'acquisto del lascito di usufrutto universale non realizza già una successione in senso proprio, bensì un acquisto derivativo-costitutivo, giacché l'usufruttuario generale ricopre una posizione nuova, rispetto a quella dell'ereditando. È stato obiettato che anche il nudo proprietario - al quale si riconosce, senza alcuna incertezza, la qualità di erede - succeda in una posizione diversa, rispetto a quella del *de cuius*, che, al momento della morte, era pieno proprietario (22). Non di meno, il nudo proprietario subentra nella stessa posizione del defunto e acquista la qualità di erede, posto che la nuda proprietà non è qualitativamente diversa dalla piena proprietà, essendo destinata a riespandersi, nel momento in cui si estingua l'usufrutto, e posto che sussiste una "identità virtuale della posizione del nudo proprietario dell'*universitas* con la posizione dell'ereditando: la stessa costituzione dell'usufrutto non è che una limitazione" (23). L'usufruttuario universale, invece,

acquista una posizione qualitativamente differente da quella del testatore, in quanto "transitoria, e subordinata, rispetto a quella del nudo proprietario" (24). La vocazione all'usufrutto generale, in definitiva, non determina mai la successione, del chiamato, nell'*eadem* posizione del defunto, sicché non è vocazione a titolo universale, bensì, di necessità, a titolo particolare.

Altro argomento, che avvalorava la convinzione - secondo la quale, la disposizione testamentaria, avente a proprio oggetto l'usufrutto universale, vada intesa come legato - è desumibile dalla temporaneità del diritto di usufrutto (25). La tesi opposta, infatti, considerando il lascito di usufrutto generale come istituzione di erede, pare ignorare l'evidente contrasto fra la naturale temporaneità del diritto reale di godimento e l'essenziale perpetuità della qualità di erede, misconoscendo, così, il noto principio *semel heres semper heres* (26). Invero, mentre la vocazione all'usufrutto universale è, per sua essenza, una vocazione a termine, non potendo, la durata massima del diritto di usufrutto, eccedere la vita del chiamato (art. 979 c.c.), la qualità ereditaria, una volta acquistata, non può essere perduta, né trasmessa, neppure per tramite della vendita dell'intera eredità (27). Non persuade a differenti conclusioni, peraltro, neppure il richiamo all'ammissibilità dell'istituzione di erede sotto condizione risolutiva (28), in quanto, al verificarsi dell'evento condizionale, la delazione in favore dell'istituito sotto condizione risolutiva si considera *tamquam non esset*, giusta il principio della retroattività (art. 646 c.c.) (29).

Di non poco momento, poi, è la considerazione che l'art. 550, comma 1, c.c. definisca, espressamente, quale legatario il titolare di un usufrutto, particolare o universale, pel caso in cui questi consegua la disponibile abbandonata dal legittimario, il quale si sia avvalso della così detta cautela sociniana; il dato

(19) In questo senso, v. A. Cicu, *op. cit.*, 27; L. Ferri, *op. cit.*, 55 ss.

In giurisprudenza, v., almeno, Cass. 12 settembre 2002, n. 13310, cit.

(20) Sul punto, v., ampiamente, F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 206; G. Bonilini, *Il lascito di usufrutto generale*, cit., 251.

(21) Sul tema, v. F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 209; G. Stolfi, *op. cit.*, 122 ss.; L. Cariota Ferrara, *op. cit.*, 249; G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 249.

(22) In argomento, v. L. Ferri, *op. cit.*, 54.

(23) Così, F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 211.

(24) Così, G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 249.

(25) Al riguardo, si vedano F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 206; R. Nicolò, *op. cit.*, 591; G. Stolfi, *op. cit.*, 124; G. Grosso-A. Burdese, *op. cit.*, 45; G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 250.

(26) Il principio *semel heres semper heres* emerge, con sicurezza, dalle norme, che vietano l'apposizione di termini alla *heredis institutio* (art. 637 c.c.) e all'accettazione dell'eredità (art. 475, comma 2, c.c.), e dalla norma, che sancisce l'imprescrittibilità della petizione di eredità (art. 533, secondo comma, c.c.). Sul punto, v. A. Bertotto, *op. cit.*, 1339.

(27) In tal senso, v. F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 206; C. Gangi, *op. cit.*, 383; G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 250. Secondo altri interpreti, invece, la temporaneità del diritto acquistato dall'erede sui beni ereditari non influenza la perpetuità del titolo ereditario: in tal senso, v., quanto meno, L. Ferri, *op. cit.*, 54 ss. Di recente, v., altresì, A. Guarneri - D. Tessera, *op. cit.*, 107 ss.

(28) A. Cicu, *op. cit.*, 29.

(29) G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 250.

normativo *de quo* sembra ulteriormente confortare l'opinione, in virtù della quale, il lascito di usufrutto generale sia da intendere come legato (30).

Un'incompatibilità logico-giuridica fra la posizione dell'usufruttuario universale e la qualità di erede emerge, altresì, dalla circostanza che, ai sensi dell'art. 1146, comma 1, c.c., "il possesso continua nell'erede con effetto dall'apertura della successione" e, quindi, l'erede acquista il possesso *ipso iure*, là dove l'usufruttuario generale deve richiedere il possesso dei beni ereditari al nudo proprietario e adempiere gli obblighi di inventario e di garanzia (cfr. artt. 982 e 1002 c.c.). Adducasi, altresì, che, all'usufruttuario universale, non appartengono gli amplî poteri di disposizione dei diritti ricevuti per successione, tradizionalmente facenti capo all'erede. L'usufruttuario, infatti, ha sì il diritto di godere dei beni ereditari, epperò deve rispettarne la destinazione economica (art. 981 c.c.): limitazione, che, in genere, non grava sull'erede. Inoltre, di norma, egli non può alienare alcun bene posto a oggetto dell'usufrutto, là dove il potere di alienazione è connaturato alla qualità ereditaria. Si rammenti, poi, che, ai sensi dell'art. 980, comma 1, c.c., il titolo costitutivo dell'usufrutto - in specie, il testamento - possa privare l'usufruttuario della facoltà di disporre del proprio diritto, vietandone la cessione. La sola titolarità del diritto dominicale è, in definitiva, indicativa della qualità di erede, e l'usufruttuario generale non può che essere mero legatario (31).

4. Lo *ius sepulchri*, e il suo peculiare regime giuridico

È noto, come il diritto di sepolcro trovi la propria regolamentazione nella consuetudine e in norme

giuridiche frammentarie, di natura privatistica e pubblicistica, espressione di valori etici, religiosi e culturali del tessuto sociale (32). Trattasi, invero, di un istituto complesso, ampiamente diffuso nella prassi, costituito da situazioni giuridiche soggettive di differente natura, fra le quali, anzitutto, il diritto, di natura reale, sul fondo in cui sorge il sepolcro (33). Il diritto di sepolcro si identifica, poi, nel così detto diritto primario di sepolcro, avente a proprio oggetto la facoltà di essere seppellito (*ius sepulchri*) e di seppellire altri in un dato sepolcro (*ius inferendi in sepulchrum*), considerato, da alcuni, come diritto d'uso di natura personale, da altri, come diritto reale (34). Integra, invece, il così detto diritto secondario di sepolcro, di natura personalissima, la facoltà di accedere al sepolcro, al fine di esercitare la *pietas* devozionale, e di opporsi agli atti idonei ad arrecarvi disdoro. Va menzionato, infine, lo *ius nominis sepulchri*, concernente l'intestazione del sepolcro.

Acquisita l'eterogeneità di contenuti del diritto di sepolcro, si rivela di preminente rilievo, la distinzione fra il sepolcro familiare, o gentilizio, destinato ad accogliere, oltre alle spoglie del fondatore, quelle dei suoi famigliari, e il sepolcro ereditario, deputato alla sepoltura degli eredi del fondatore. Si rammenti, al riguardo, come la concreta fisionomia della tipologia sepolcrale dipenda dall'esclusiva volontà del fondatore, la cui interpretazione, indi, si palesa indispensabile, allorché manchino precise indicazioni, che consentano di comprendere agevolmente la natura del sepolcro; qualora dalla volontà, anche implicita, del fondatore, non sia possibile accertare la qualità del sepolcro, esso deve presumersi familiare, non già ereditario (35). Presunzione, quest'ultima, superabile solo pel tramite della prova contraria della

(30) Nel senso che l'art. 550 c.c. offra un significativo indizio normativo per negare la qualità di erede in capo al beneficiario dell'usufrutto universale, si veda G. Stolfi, *op. cit.*, 124; cfr. A. Bertotto, *op. cit.*, 1345.

(31) G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 252, secondo il quale, la natura di legato del lascito di usufrutto generale trova ulteriore conforto nella tradizionale funzione alimentare del diritto di usufrutto.

(32) Sul sepolcro, definito, da Ulpiano, come il luogo destinato ad accogliere la spoglia umana inanimata ("*sepulchrum est ubi corpus ossave hominis condita sunt*"), v. F. Carresi, voce *Sepolcro (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, s. d., ma 1970, 33 ss.; P. Perlingieri, *Sul diritto ad essere inumato nella cappella "familiare"*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1056 ss.; M. Petrone, voce *Sepolcro e sepoltura (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, s. d., ma 1990, 24 ss.; A. Ansaldo, voce *Sepolcro*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, s. d., ma 1998, 453 ss.; G. Musolino, *Il diritto di sepolcro: un diritto al plurale*, in *Riv. not.*, 2001, II, 471 ss.; G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 789 ss.; G. Capozzi, *op. cit.*, 814 ss.; A. Arfani, *Il diritto al sepolcro*, in questa *Rivista*, 2016, 190 ss.

(33) Nel caso di specie, la Corte considera, impropriamente, come diritto di proprietà il diritto sul sepolcro, acquistato, *iure hereditario*, dai cugini del testatore. Invero, il diritto sul sepolcro costruito in area cimiteriale, attribuito al fondatore prima della morte, nasce in virtù di una concessione da parte della Pubblica Amministrazione, sicché, secondo l'orientamento prevalente, esso configura un diritto soggettivo perfetto, di natura reale, assimilabile al diritto di superficie o di servitù nei confronti degli altri privati. È qualificabile, invece, come diritto dominicale, il diritto sul sepolcro costruito su di un suolo di proprietà privata, sebbene la natura reale di tale diritto risenta della peculiare funzione del sepolcro, con conseguenti limitazioni ai poteri di godimento e di disposizione. Sul tema, v. M. Petrone, *op. cit.*, 28 ss.; A. Ansaldo, *op. cit.*, 455; G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 795 ss.; A. Arfani, *op. cit.*, 193.

(34) Nel senso che il diritto primario di sepolcro sia da intendere quale diritto d'uso di natura personale, v., senz'altro, F. Carresi, *op. cit.*, 35 ss. Nel senso, invece, che tale diritto costituisca un diritto reale patrimoniale, v., per tutti, G. Musolino, *op. cit.*, 475. In giurisprudenza, v., almeno, Cass. 18 gennaio 2008, n. 1009, in *Banca dati Leggi d'Italia*.

(35) In tal senso, v. F. Carresi, *op. cit.*, 36; M. Petrone, *op. cit.*, 32; A. Ansaldo, *op. cit.*, 456; G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 801; A. Arfani,

volontà effettiva del fondatore di destinare il sepolcro alle spoglie degli eredi (36).

La Corte di cassazione, nella decisione in epigrafe, dopo aver risolto la questione circa la proprietà del sepolcro (37), dedica la propria attenzione alla disciplina dello *ius sepulchri*, fattispecie che - va ribadito - si distingue dal diritto reale sul sepolcro. In particolare, viene confermata la qualità familiare, non già ereditaria, del sepolcro di specie, in virtù dell'accertamento, in fatto, operato dal giudice d'appello (38). Di talché, attenendosi al criterio della identificazione dei soggetti titolari dello *ius sepulchri* sulla base della individuazione della specifica destinazione (*sibi familiaeque suae* o *sibi heredibusque suis*) impressa, dal fondatore, al sepolcro, la Corte attribuisce la titolarità dello *ius sepulchri* in favore dei famigliari del *de cuius*, ricomprendendovi, altresì, i cugini.

Pertanto, relativamente al sepolcro familiare, lo *ius sepulchri* si acquista per il solo fatto di trovarsi in un determinato rapporto familiare con il fondatore; ne discende, fra l'altro, che anche colui, il quale sia stato dichiarato indegno di succedere, potrà ricevere sepoltura nel sepolcro gentilizio, a nulla rilevando, nel qual caso, la circostanza che non possa essere successore (39). Nell'ipotesi in cui il fondatore non abbia diviso i soggetti, ai quali sia riservato lo *ius sepulchri*, si ritiene che abbiano diritto alla sepoltura nel sepolcro familiare, anzitutto, il coniuge del fondatore, ancorché separato, i discendenti maschi per linea maschile - ivi compresi quelli *nondum nati* - e le loro mogli, nonché le discendenti femmine per linea maschile rimaste nubili. Nell'ambito dei famigliari, aventi titolo a essere seppelliti nella cappella gentilizia, pare potersi ricomprendere, altresì, il convivente *more uxorio* (40), e la parte superstite dell'unione civile, in ragione della sostanziale, e

piena, parificazione, della parte medesima, al coniuge superstite (41). Nessun dubbio, poi, che anche le spoglie dei figli adottivi possano trovare sistemazione nel sepolcro gentilizio. Inoltre, la pronunzia in commento riconosce, con sicurezza, il diritto di essere inumati nel sepolcro familiare anche ai cugini del *de cuius*, parenti in linea collaterale: pertinente, è la precisazione che, sebbene tali soggetti siano eredi *ex rebus certis* del testatore, il titolo, in forza del quale acquistano lo *ius sepulchri*, non è già quello ereditario (idoneo, nel caso di specie, all'acquisto del diritto reale sul sepolcro, ma non anche dello *ius sepulchri*), bensì quello familiare, emergendo, dall'interpretazione della volontà dell'ereditando, l'intenzione di ospitare, nella tomba gentilizia, l'intera sua famiglia, considerata estesa ai cugini. Ne consegue, in definitiva, che l'individuazione dei famigliari, beneficiari dello *ius sepulchri*, non possa compiersi *a priori*, ma debba, piuttosto, desumersi, in concreto, dalla volontà del fondatore, ove specificamente manifestata.

Il Supremo Collegio, poi, nella parte terminale dell'ordinanza in esame, ribadisce il noto principio, secondo il quale, quanto al sepolcro familiare, lo *ius sepulchri* si acquista non già *iure successionis*, bensì, fin dalla nascita, *iure sanguinis*, e si instaura, fra i contitolari del diritto medesimo, una particolare forma di comunione (42), caratterizzata dalla intrasmissibilità del diritto per atto *inter vivos* o *mortis causa*, e da imprescrittibilità, irrinunciabilità e indivisibilità (43). Indiscusso, pertanto, è l'acquisto *iure proprio*, originario, e non già *iure hereditario*, derivativo, del diritto di trovare sepoltura nella cappella gentilizia, che esso sorge, in capo ai famigliari del fondatore, *ab origine*, fin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi, con il fondatore medesimo, nel rapporto previsto nell'atto di fondazione o dalle regole

op. cit., 193 ss. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. 27 gennaio 1986, n. 519, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 16 febbraio 1988, n. 1672, in *Giur. it.*, 1988, I, 1978; Cass. 29 maggio 1990, n. 5015, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2547; Cass. 19 maggio 1995, n. 5547, in *Dir. fam. e persone*, 1997, I, 494, con nota di M. Leo, *Sepolcro familiare o parentale?*; Cass. 29 settembre 2000, n. 12957, in *Riv. not.*, 2001, II, 469, con nota di G. Musolino, *op. cit.*; Cass. 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 8 maggio 2012, n. 7000, in *Riv. not.*, 2012, II, 1355. Nella giurisprudenza di merito, v., fra le altre, Trib. Roma 4 aprile 1973, in *Dir. fam. pers.*, 1973, 1081; T.A.R. Pescara 3 dicembre 2014, n. 481, in questa *Rivista*, 2016, 190, con nota di A. Arfani, *op. cit.*

(36) In questi termini, v., almeno, G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 801, il quale rileva come, in difetto di un atto di fondazione, o, comunque, di un atto ricognitivo della volontà del fondatore, occorra aver riguardo, in ordine alla destinazione del sepolcro, ai comportamenti dallo stesso tenuti e alle altre manifestazioni di volontà a lui riconducibili.

(37) V., *supra*, par. 2.

(38) Sul punto, v., in luogo di tante, Cass. 16 aprile 2018, n. 9282, in *Banca dati Leggi d'Italia*, a mente della quale, l'individuazione della natura di una cappella funeraria come sepolcro

familiare, oppure ereditario, costituisce apprezzamento di mero fatto, non suscettibile di sindacato in sede di legittimità.

(39) Al riguardo, v., almeno, G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 801.

(40) G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 855.

(41) Sul tema, v. G. Bonilini, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in questa *Rivista*, 2016, 987.

(42) In argomento, v., quanto meno, F. Carresi, *op. cit.*, 37; G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., 805, il quale mette in luce che la comunione nel diritto primario di sepolcro vada tenuta ben distinta da quella avente a proprio oggetto il fondo destinato al sepolcro, che quest'ultima è regolata dalle norme sulla comproprietà, là dove la prima è regolata da norme speciali, di differente natura.

(43) Nello stesso senso, v., altresì, Cass. 27 gennaio 1986, n. 519, cit.; Cass. 16 febbraio 1988, n. 1672, cit.; Cass. 29 maggio 1990, n. 5015, cit.; Cass. 19 maggio 1995, n. 5547, cit.; Cass. 30 maggio 1997, n. 4830, in *Vita not.*, 1997, I, 1481; Cass. 29 settembre 2000, n. 12957, cit.; Cass. 29 gennaio 2007, n. 1789; Cass. 8 maggio 2012, n. 7000; Cass. 27 settembre 2012, n. 16430, in *Giust. civ.*, 2013, I, 2535. Nella giurisprudenza di merito, v., fra le altre, T.A.R. Pescara 3 dicembre 2014, n. 481, cit.

consuetudinarie. Non suscitano incertezze, inoltre, i corollarî della intrasmissibilità del diritto pel tramite di negozi tra vivi o a causa di morte, della imprescrittibilità dello stesso e della indivisibilità della singolare comunione *de qua*. Epperò, desta perplessità, un'ipotetica irrinunciabilità dello *ius sepulchri*, giacché pare preferibile riconoscere, al titolare del diritto, la facoltà di rinunziarvi, manifestando la volontà, a titolo di esempio, di affidare i proprî resti mortali a un luogo diverso dal sepolcro familiare, oppure di cremare la propria spoglia e di conservare, o disperdere, le ceneri (44). D'altronde, la rinunziabilità dello *ius sepulchri* è confortata dalla circostanza che, ove il *de cuius* nulla abbia disposto circa la propria sepoltura, i suoi stretti congiunti hanno il diritto, sussidiario, di scelta della destinazione delle relative spoglie mortali (45). Dalla proprietà dello *ius sepulchri* discende, poi, un fascio di poteri, attinenti all'utilizzo del sepolcro e alla relativa tutela nei confronti dei terzi, e di doveri, concernenti gli oneri gestorî del sepolcro.

La decisione in commento pone, altresì, in luce come, al tempo della morte dell'ultimo superstite della cerchia dei famigliari del fondatore, si estingua la classe degli aventi titolo alla sepoltura nel sepolcro familiare, il quale, indi, muta la sua natura, divenendo, di necessità, ereditario: ne discende, la successiva trasmissibilità del diritto primario di sepolcro agli eredi, in virtù delle regole generali previste per la successione a causa di morte (46).

Va, peraltro, rammentato che il fondatore possa, fin dall'origine, imprimere, al sepolcro, la qualità ereditaria, beneficiando, così, i proprî eredi. Invero, relativamente al sepolcro ereditario, lo *ius sepulchri* si acquista, non già *iure sanguinis*, bensì *iure successionis*, in base alle norme che regolano la successione *mortis causa*. Di tale diritto, dunque, l'ereditando può liberamente disporre nella scheda testamentaria, attribuendolo, a titolo ereditario o a titolo di legato, anche in favore di persone estranee alla propria famiglia (47). Nel qual caso,

evidentemente, l'acquisto dello *ius sepulchri* postula la preventiva accettazione dell'eredità, o, comunque, il mancato rifiuto del legato, da parte del beneficiario della disposizione, nonché il difetto di una causa di indegnità a succedere (48).

Pur non emergendo dalla pronunzia in epigrafe, un cenno merita, infine, il diritto di visita sepolcrale (così detto diritto secondario di sepolcro), la cui titolarità non spetta soltanto agli eredi, o ai congiunti, del defunto, ma, più in generale, anche a coloro, i quali siano stati legati, al defunto, da rapporti affettivi, sentimentali, o di amicizia: ne sono destinatari, di conseguenza, anche il convivente *more uxorio*, il coniuge separato, con o senza addebito, e il coniuge divorziato (49). Manifesta, è la ragione di tutela della *pietas* nei confronti del defunto.

5. Considerazioni conclusive

La decisione in commento, pur resa nella forma dell'ordinanza, a Sezioni unite, in forza della questione di giurisdizione proposta con il ricorso, e non apparendo, quindi, specificamente destinata a risolvere questioni di diritto già decise in senso difforme dalle Sezioni semplici, affronta, tuttavia, varî argomenti di particolare importanza per il diritto successorio.

Invero, in dichiarata conformità ad arresti precedenti e alla dottrina dominante, la Corte ammette l'erede, istituito ai sensi dell'art. 588, comma 2, c.c., a partecipare al riparto dei beni non espressamente menzionati nel testamento, in virtù della capacità espansiva dell'*institutio ex re certa*; attribuisce, poi, al lascito di usufrutto generale, la natura di legato; rimarca, infine, la nota distinzione fra il sepolcro familiare e quello ereditario, soffermandosi sul regime giuridico dello *ius sepulchri* e sui tratti *sui generis*, che esso riveste nella prima tipologia sepolcrale, dal momento che origina, fra i suoi contitolari, una forma di comunione alquanto peculiare.

(44) Sul tema, v. G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 808 ss., secondo il quale, ciascun soggetto vanta, sul proprio corpo, un diritto personale di carattere speciale (così detto *ius eligendi sepulchrum*), che gli consente di disporre liberamente in ordine alla sorte delle proprie spoglie. Sulla cremazione e dispersione delle ceneri, v., almeno, G. Bonilini, " ... Così al vento nelle foglie levi si perdea la sentenza di Sibilla ", in *Studium iuris*, 2002, 139 ss.; G. Bonilini - C. Coppola, *Cremazione di cadavere e dispersione delle ceneri*. Art. 3, L. 30 marzo 2001, n. 130, in G. Bonilini - M. Confortini (a cura di), *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni*, Torino, 2007, 1856 ss.; G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., 825 ss.

(45) Al riguardo, v., almeno, G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., 818 ss.

(46) Sul punto, v. A. Ansaldo, *op. cit.*, 456; G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 802; A. Arfani, *op. cit.*, 196. In giurisprudenza, nel medesimo senso, si vedano, in luogo di tante, Cass. 27 gennaio 1986, n. 519, cit.; Cass. 16 febbraio 1988, n. 1672, cit.; Cass. 29 maggio 1990, n.

5015, cit.; Cass. 19 maggio 1995, n. 5547, cit.; Cass. 30 maggio 1997, n. 4830, cit.; Cass. 29 settembre 2000, n. 12957, cit.; Cass. 29 gennaio 2007, n. 1789; Cass. 8 maggio 2012, n. 7000; Cass. 27 settembre 2012, n. 16430, cit.

(47) Sul tema, v. G. Bonilini, *Dei legati*. Artt. 649-673, cit., 160 ss.

(48) A. Ansaldo, *op. cit.*, 458; G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., 808; A. Arfani, *op. cit.*, 196, ad opinione del quale, ove il disponente ometta di includere, fra i beneficiari dello *ius sepulchri*, uno, o più, legittimari, non concorre a ledere la loro quota di riserva, posto che la disposizione testamentaria, avente a proprio oggetto l'attribuzione del diritto primario di sepolcro, non ha natura direttamente patrimoniale e, di conseguenza, non deve essere computata, nell'asse ereditario, in occasione dell'esperimento dell'azione di riduzione.

(49) In argomento, v. G. Bonilini, *op. ult. cit.*, 850 ss.