

Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico-comparatistica*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le regole giustiniane nelle Novelle 118 e 127, 1. – 3. Le regole giustiniane all'epoca dello *ius commune*. – 3.1. Questioni specifiche. – 3.2. Subentrare «in luogo» del defunto: la dottrina della rappresentazione. – 3.3. *Paterna paternis, materna maternis; ius recadentiae, retour lignager*. – 3.4. *La fente, kloving*. – 4. «Non alia in parte videas magis variare leges moresque gentium». – 5. La codificazione del diritto ereditario dei parenti. – 6. Ordinamenti giuridici privi di un codice civile. – 7. Discendenti. – 7.1. Successione per stirpi (*per stirpes*). – 7.2. Rappresentazione nelle codificazioni delle tradizioni francese e spagnola. – 7.3. Rappresentazione nelle codificazioni con il sistema delle parentele. – 7.4. Rappresentazione: valutazione. – 7.5. Successione *per stirpes*: valutazione. – 7.6. Nipote risalente a diverse stirpi: successione *per capita*?. – 7.7. Ordinamenti giuridici privi di un codice civile. – 8. Chi è il prossimo a ereditare?. – 8.1. Genitori oppure genitori, fratelli e sorelle?. – 8.2. Un genitore è premorto. – 8.3. Fratelli e sorelle unilaterali. – 8.4. «Fente successorale» e «Lienarsukzession». – 8.5. Successione *per stirpes* con riguardo ai discendenti dei genitori. – 8.6. La logica del sistema delle parentele. – 8.7. ...o il pragmatismo?. – 8.8. Successione illimitata della famiglia. – 9. Lo Stato come erede residuale. – 9.1. *Ius commune*. – 9.2. Diritto moderno. – 9.3. Altre possibili soluzioni?. – 9.4. Solidarietà pubblica. – 10. Ordinamenti giuridici non occidentali. – 10.1. Diritto islamico. – 10.2. Diritto consuetudinario di «prime nazioni». – 11. Sintesi.

The law of intestate succession is faced with two central tasks: (i) to determine in which sequence the deceased's relatives are called to inherit and (ii) to coordinate the position of the surviving spouse with that of the relatives. The present paper analyses how the intestate systems of the Western world deal with the first of these tasks. In spite of differences in detail, they can be subdivided into three types: the "French system", the three-line system, and the parentelic system. All modern legal systems of the Western world attempt to take account of the deceased's relatives in a rational fashion. In

* Il contributo si basa sull'opera: *Comparative Succession Law, II, Intestate Succession*, a cura di K.G.C. Reid, M. de Waal e Reinhard Zimmermann, Oxford, 2015; una versione in inglese è reperibile ai paragrafi II e III del capitolo conclusivo del citato volume: K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, *ivi*, 442-512. Il contributo deve molto al costante dialogo con Jan Peter Schmidt e alla sua approfondita analisi del sistema delle tre linee, contenuta nel suddetto volume (*Intestate Succession in Latin America*, 118-158), nonché allo scambio con Kenneth Reid e Marius de Waal. Il manoscritto ha costituito la base per la relazione di apertura del semestre della Facoltà di giurisprudenza della Westfälische Wilhelms-Universität di Münster del 14 ottobre 2014. Si ringrazia sentitamente il dott. Francesco Paolo Patti per la traduzione in lingua italiana.

that respect they build on the scheme established in Justinian's novels. The "French" system and the three-line system represent different manifestations of the Justinianic scheme, while the parentelic system implements its underlying ideas in an even more consistent manner, and inspired by Natural law ideas. All in all, a reasonably limited parentelic system appears to be the superior intestate succession system.

1. Premessa.

Gli ordinamenti giuridici del mondo occidentale prevedono la successione volontaria e quella legittima. Nel primo caso le conseguenze patrimoniali derivanti dalla morte di una persona si determinano in base alle sue disposizioni a causa di morte (tipicamente, dunque, alla luce del suo testamento), nell'altro secondo regole di carattere generale stabilite dalla legge. In prospettiva storica, la forma di successione più antica è quella legittima¹; e, sebbene anche oggi sia più diffusa rispetto a quella volontaria², risulta ad essa subordinata: si applica soltanto nelle ipotesi in cui il defunto non abbia posto in essere una (efficace) disposizione a causa di morte.

Le norme della successione legittima si basano dovunque sul principio della successione della famiglia. La famiglia del *de cuius* è composta, in primo luogo, dai parenti. Può aggiungersi, in secondo luogo, il coniuge (o il convivente omo- o eterosessuale). In questo modo, in relazione alla disciplina, si pongono due fondamentali problemi: (i) in quale ordine i parenti sono chiamati a ereditare dal defunto (in quanto è pacifico che non tutti possono disporre degli stessi diritti ed ereditare senza distinguere in base al loro rapporto con il *de cuius*); e (ii) come si coordina la posizione del coniuge (o del convivente) superstite nei confronti, e nel rispetto, dei parenti superstiti? È possibile separare le due questioni, posto che la successione dei parenti può essere determinata indipendentemente dalla presenza o meno di un partner sopravvissuto. Il presente contributo affronta soltanto il primo, più importante, problema: la successione dei parenti. La successione del coniuge è invece oggetto di un ulteriore contributo³. La linea direttrice deve essere la prospettiva storico-comparatistica che renderà più chiaro e comprensibile il disomogeneo quadro delle diverse normative offerte dagli ordinamenti giuridici moderni, e permetterà altresì di individuare, e di esaminare criticamente, gli elementi strutturali essenziali delle diverse regolamentazioni. In questo senso, ci si ricollega alle osservazioni introduttive di una precedente ricerca di taglio storico-comparatistico sulle forme testamentarie, in cui è stata

¹ R. ZIMMERMANN, *Heres Fiduciarius?*, in *Itinera Fiduciae: Trust und Treuband in Historical Perspective*, a cura di R. Helmholz, R. Zimmermann, Berlin, 1998, 267, 268-270, 277-279 e ivi le ulteriori indicazioni.

² V. K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, in *Comparative Succession Law*, I, *Testamentary Formalities*, a cura di K.G.C. Reid, M. de Waal, R. Zimmermann, Oxford, 2011, 432, 435 s.; per la Germania cfr. le cifre nel mio contributo edito nello stesso volume a 204. Cfr. inoltre REID, DE WAAL, ZIMMERMANN, *Interstate Succession in Historical and Comparative Perspective*, cit., 444 s.

³ R. ZIMMERMANN, *Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive*, in *RabelsZ*, 80, 2016, 39-92.

posta in discussione la tesi dominante, secondo cui la connotazione culturale del diritto ereditario, impedirebbe un'analisi di tipo comparativo⁴.

2. Le regole giustiniane nelle Novelle 118 e 127, 1.

La disciplina più antica della successione *ab intestato*, che nei suoi lineamenti generali può essere considerata moderna, risale all'anno 543 d.C. Essa ha concluso un lungo e complesso processo evolutivo⁵, che, muovendo dalle dodici tavole⁶, si sviluppò durante tutte le fasi della storia del diritto romano, in ossequio alla specifica struttura della famiglia romanistica⁷. L'atto legislativo di Giustiniano della metà del sesto secolo d.C. (Novella 118, integrata mediante la Novella 127, 1 dell'anno 548)⁸ appare così moderno perché, in primo luogo, la successione non si orientava più al principio agnatico (secondo cui erano considerati parenti soltanto coloro che discendevano da un antenato in linea maschile), ma si basava sul legame parentale di sangue (*cognatio*). Inoltre, non si distingueva tra uomini e donne e tra persone emancipate e non emancipate. Non ricorrevano poi regole differenziate per le diverse componenti del patrimonio del defunto (in particolare: beni mobili/immobili). E, infine, in materia di successione *ab intestato* era anche venuta a cadere la dicotomia tra *ius civile* e diritto pretorio⁹. La Novella 118 (alla stessa stregua della Novella 127, 1) atteneva soltanto ai parenti del defunto; in particolare, non era contemplato il coniuge sopravvissuto. A tale riguardo, doveva evidentemente essere confermato il quadro normativo esistente¹⁰.

L'ordine dei successibili delineato dal sistema giustiniano¹¹ si fondava su una riparti-

⁴ R. ZIMMERMANN, *Testamentsformen: „Willkür“ oder Ausdruck einer Rechtskultur?*, in *RabelsZ*, 76, 2012, 471, 473-477, 505-507.

⁵ «Es ist wohl keine Lehre des Römischen Rechts, welche so viele und so wichtige Veränderungen erlitten hat, als die von der Intestaterbfolge der Verwandten»: C.F. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundlagen des älteren und neuern Römischen Rechts*, Erlangen, 1803, § 44.

⁶ XII Tavole 5, 4 s.; v. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., §§ 45-59; VOGLI, *Diritto ereditario romano*², 2, Milano 1963, 5-9; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², *Erster Abschnitt*, München, 1971, 91-104; RÜFNER, *Intestate Succession in Roman Law*, in *Intestate Succession*, cit., 5-7.

⁷ Il processo evolutivo è descritto da RÜFNER, *Roman Law*, cit., 2-32.

⁸ Secondo RÜFNER, *Roman Law*, cit., 32, si tratta di un esempio «of genuine progress in the law». Uno sguardo d'insieme sui cambiamenti intervenuti con la Novella 118, rispetto al diritto più risalente, è offerto da GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 90.

⁹ Sul punto, VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit., 10-17; KASER, *Das römische Privatrecht* I, cit., 697-703; RÜFNER, *Roman Law*, cit., 13.

¹⁰ GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 136; VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit., 56-58; KASER, *Das römische Privatrecht*², *Zweiter Abschnitt*, München, 1975, 510; RÜFNER, *Roman Law*, cit., 28.

¹¹ Cfr. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit., 54-56; KASER, *Das römische Privatrecht*, II., 510-512; M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*²⁰, München, 2014, § 66, Rn. 22-24; RÜFNER, *Roman Law*, cit., 26-29 (ove si afferma che le regole della Novella 118 possono essere considerate «as the fruit of an organic development of principles that were already present at early stages in the history of Roman succession law»). Trattazioni dettagliate più risalenti sono offerte da GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., §§ 90-133; S. STRYK, *Tractatus de Successione ab Intestato*, Francofurti, 1706 (si tratta di una sintesi di dodici dissertazioni delle quali le prime tre si occupano dell'ordine contenuto nella Novella 118, integrata dalla Novella 127, 1); cfr. inoltre K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, II, Marburg-Leipzig, 1867, §§ 414-419; T. SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechts*, I, Leipzig, 1863, § 13; C.G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, II, Leipzig, 1881, § 227; B. WINDSCHEID, T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1906, § 572 s.

zione dei parenti in tre classi: discendenti, ascendenti e collaterali¹². Tuttavia, poiché riconosceva una ulteriore sotto-ripartizione in tre categorie nell'ambito dei parenti collaterali e poneva una delle sotto-categorie sullo stesso piano dei genitori del *de cuius*, dovrebbe discorrersi, più correttamente, di quattro classi. Esse si susseguivano l'una all'altra in modo tale per cui i membri di una classe successiva venivano chiamati all'eredità soltanto se tutti i membri della classe precedente erano premorti. Talvolta si dice che all'interno di ogni classe l'ordine delle chiamate era determinato dalla vicinanza del grado di parentela con il defunto¹³: il più vicino escludeva tutti i più lontani¹⁴. Tuttavia, tale affermazione, basata sulla considerazione secondo cui nell'ambito di una classe la vicinanza di grado costituisce il criterio più naturale per determinare l'erede, è fuorviante: si accorda soltanto con la quarta classe e, nel quadro della seconda classe, per gli ascendenti¹⁵.

La prima classe era composta dai figli del defunto (che ereditavano parti uguali) e dagli altri suoi discendenti, suddivisi per stirpi (*stirpes*)¹⁶. Ne derivava che qualsiasi discendente superstite escludeva dalla successione tutti i discendenti legati al *de cuius* da un grado di parentela più lontano rispetto al suo. Nel contempo veniva stabilito che i discendenti di un discendente premorto potevano subentrare – per così dire – «in luogo» dello stesso discendente deceduto, ottenendo in questo modo la sua quota di eredità, da suddividersi *per capita*.

Membri della seconda classe¹⁷ erano gli ascendenti del defunto, i suoi fratelli e le sue sorelle, che dividevano entrambe le figure genitoriali con il *de cuius* (fratelli germani

¹² Novella 118, *praefatio*. Cfr. anche GUEDELINUS, *Commentarii de Iure Novissimo*, Antverpiae, 1644, Lib. II, Cap. XIII, 2: «Cognatorum sunt tres ordines»; W.A. LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-practicum*, Tubingae, 1723, allegato al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, VI. STRYK, *Tractatus* (nt. precedente) distingue, a sua volta, tra le questioni degli ascendenti e quelle dei collaterali: la sua opera contiene una dissertazione *De Successione Ascendentium* e un'ulteriore *De Successione Collateralium*.

¹³ Nel diritto romano la vicinanza del grado di parentela veniva stabilita in base al numero di nati che si interponevano (Gai. D. 38, 10; Inst. 3, 6; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 16; KASER, *Das römische Privatrecht* I, cit., 351) e non in base al numero delle generazioni di distanza rispetto all'ascendente comune, come in epoca successiva avrebbe previsto il diritto canonico; cfr. *Motive*, in *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I, a cura di B. Mugdan, Berlin, 1899, 389; O. STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*¹⁺², V, Berlin, 1885, 63-73; R. HÜBNER, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*⁵, Leipzig, 1930, 758-760.

¹⁴ Cfr. H. DERNBURG, J. BIERMANN, *Pandekten*⁶, III, Berlin, 1901, § 132: «Die Novelle 118 bildet im Allgemeinen eine Gradualerfolge, so daß die Nähe des Grades der Verwandtschaft entscheidet»; L. ARNDTS RITTER VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*¹², 1883, § 478; KASER-KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, cit., §§ 66, Rn. 23: «Gleiches [ossia, come nel caso in cui i chiamati della classe precedente non possano o vogliano divenire eredi: vengono chiamati i membri della classe successiva] gilt innerhalb einer Klasse im Verhältnis von Gradnäheren und Gradferneren».

¹⁵ Sul punto si tornerà subito. In relazione alla nozione di «successio (ordinum et) graduum» (che non risale al diritto romano) cfr. J. MERKEL, *Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben*, Tübingen, 1876, 5-7; E. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*², Berlin, 1901, 28, nt. 6; G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*³, V, Berlin, 1908, § 1930. Se ed eventualmente in quale misura sussisteva una «successio (ordinum et) graduum» era oggetto di una notoria diatriba tra gli autori del diritto delle pandette; cfr., ad es., SCHIRMER, *Römisches Recht*, cit., § 15; VON VANGEROW, *Pandekten*, cit., § 420; VON WÄCHTER, *Pandekten*, cit., § 278; WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 573; J. KOHLER, *Stammenbeit und Nachberufung*, in *AcP*, 59, 1876, 87-148; e la trattazione appena citata di MERKEL. Prima del diciannovesimo secolo, il problema veniva di regola identificato con quello della «rappresentazione» (su cui v. *infra*, 2.2.); cfr. MERKEL, *op. cit.*, 12-14; KOHLER, *op. cit.*, 87, 111.

¹⁶ Novella 118, 1. Su cui v. nel dettaglio STRYK, *Tractatus*, cit., *Dissertatio* I (*De Successione Descendentium*); GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., §§ 94-111; WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, 1.

¹⁷ Novella 118, 2 e 3 pr. Su cui v. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., §§ 112-126; WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, 2.

e sorelle germane). Tra gli ascendenti la successione si regolava a seconda della vicinanza nel grado di parentela: un ascendente superstite di grado più vicino (ad esempio, la madre) escludeva tutti gli ascendenti di grado più remoto (ad esempio, i nonni), a prescindere dalla circostanza che si trattasse di ascendenti in linea materna o paterna. Se sopravvivevano al defunto più ascendenti di pari grado del lato materno o del lato paterno, l'eredità si ripartiva *per capita*; se gli sopravvivevano più ascendenti dello stesso grado di entrambi i lati, la metà dell'eredità andava agli ascendenti del lato paterno (e si suddivideva tra loro *per capita*), l'altra metà agli ascendenti del lato materno (con ripartizione ancora *per capita*). I fratelli e le sorelle ereditavano *per capita* e i figli di un fratello premorto o di una sorella premorta (non anche i discendenti più lontani) subentravano «in luogo» di quest'ultimo, ottenendo la sua quota ereditaria, che dovevano ripartire tra loro per capi¹⁸.

Alla terza classe¹⁹ appartenevano i fratelli e le sorelle del defunto, e i germani erano anteposti agli unilaterali (che condividevano una sola figura genitoriale con il *de cuius*). Alla stessa stregua dei germani, anche gli unilaterali ereditavano *per capita* e anche in questo caso i figli del fratello unilaterale premorto subentravano «al suo posto».

In conclusione, altri parenti collaterali potevano essere chiamati all'eredità come membri della quarta classe²⁰. Nell'ipotesi di più parenti collaterali risultava decisivo il grado di vicinanza; parenti di pari grado ereditavano *per capita*.

3. Le regole giustiniane all'epoca dello *ius commune*.

Questi erano gli elementi sostanziali dell'ordinamento giustiniano così come li troviamo nella legislazione delle Novelle e come sono stati tramandati dalla letteratura del diritto romano «attuale» fino alla fine del diciannovesimo secolo²¹. Sennonché, nel corso dei secoli, la normativa giustiniana ha dato adito a una serie di questioni controverse²². Le questioni riguardavano punti non disciplinati dalle Novelle e specifici aspetti poco chiari delle stesse Novelle 118 e 127, 1²³. Risultava incerto in quale misura le norme di epoche della storia del diritto romano precedenti agli anni 543 e 548 d.C. dovevano considerarsi invariate. Talvolta, le controversie erano però ispirate anche da nuove idee, tratte dai giuristi del diritto comune in via ermeneutica dalle fonti romane²⁴.

¹⁸ Novella 118, 3 pr. Per il concorso tra ascendenti del defunto e fratelli e sorelle, cfr. *infra*, nt. 31.

¹⁹ Novella 118, 3 pr. Su cui v. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., §§ 127-131; WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, 3.

²⁰ Novella 118, 3, 1. Su cui v. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 132 s.; WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, 4.

²¹ Cfr. in particolare WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572.

²² Una panoramica si trova in H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht*, München 1985, 604-606.

²³ Cfr., ad es., la questione controversa menzionata *supra*, nt. 15; cfr. MERKEL, *Lehre von der successio graduum*, cit., 11 s., 52-55. In merito alla nozione di «successio ordinum et graduum» (secondo KASER, *Das römische Privatrecht* II, cit., 511, nt. 6 riconosciuto anche dalle Novelle 118 e 127, 1), cfr. ora KASER, *Das römische Privatrecht* I, cit., 698; KASER, *Das römische Privatrecht* II, cit., 506.

²⁴ In relazione alla prima fase dello *ius commune*, con particolare riferimento ai glossatori, cfr. RUFNER, *Roman Law*, cit., 29-31. Le

3.1. Questioni specifiche.

Ad esempio si affermava che, ove al defunto fossero sopravvissuti figli di diversi matrimoni, questi ereditavano ciò che il defunto aveva ottenuto dalle loro rispettive madri (assieme, ovviamente, alla porzione del restante patrimonio paterno): «expeditum est, quod in bonis paternis aequaliter, in bonis maternis vero quilibet suae matri succedat»²⁵.

Poiché i discendenti ereditavano per stirpi, avrebbe dovuto pensarsi che se al defunto non erano sopravvissuti figli ma una serie di nipoti, a questi ultimi sarebbe spettata in eredità la quota a cui il proprio rispettivo genitore avrebbe avuto diritto se fosse stato ancora in vita. La soluzione, pur assicurando un'equiparazione dei diritti tra le stirpi, avrebbe tuttavia comportato un trattamento disomogeneo dei nipoti nel caso in cui il numero degli stessi, nell'ambito delle stirpi, fosse stato diverso. Ciò è stato (e viene da alcuni ancora oggi²⁶) ritenuto iniquo e contrario alla presunta volontà del *de cuius*, e, per questa ragione, alcuni autori affermarono che in tali circostanze i nipoti avrebbero dovuto ereditare *per capita*²⁷.

Una problematica simile poteva porsi per la seconda classe di successibili. Come si è detto, i fratelli e le sorelle ereditavano per capi, e i figli di un fratello premorto o di una sorella premorta (ma non gli ulteriori discendenti) ottenevano la sua quota (ereditavano, quindi, quali soggetti appartenenti di una determinata stirpe). Tuttavia, come doveva decidersi il caso in cui il defunto avesse lasciato soltanto figli di fratelli premorti o sorelle premorte (ossia nipoti)? Questi ereditavano *per stirpes* o *per capita*?²⁸ Ciò era oggetto di una diatriba risalente all'epoca dei glossatori²⁹ che per l'Impero, nell'anno 1529, venne risolta dalla Dieta di Spira in favore della soluzione *per capita*, in conformità alla tesi di Azzone (e in senso contrario rispetto alla posizione di Accursio): di certo, in contrasto rispetto al senso della normativa giustiniana, come osservava con disapprovazione Bernhard Windscheid³⁰.

Tuttavia, la seconda classe poneva difficoltà soprattutto perché coinvolgeva (tutti!) gli ascendenti e un gruppo privilegiato di parenti collaterali (i fratelli germani del defunto ed

considerazioni che seguono si rivolgono soprattutto alle fasi successive dello *ius commune*, ossia all'*usus modernus pandectarum*, al diritto romano-olandese e al diritto delle pandette.

²⁵ La questione è discussa da STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio I, Cap. II, VI-IX; e da GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 101.

²⁶ Cfr. *infra*, n. 7.6.

²⁷ La questione è affrontata da GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 99; cfr. Anche STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio I, Cap. II, XXXV; J. KOHLER, *Zwei Studien über das sog. Repräsentationsrecht*, in (Puchelts) *Zeitschrift für Französisches Zivilrecht*, 7, 1876, 113, 170-175; WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, nt. 5. In merito al moderno approccio per stirpi privilegiato negli Stati Uniti, cfr. R.J. SCALISE, *Intestate Succession in the United States of America*, in *Intestate Succession*, cit., 410.

²⁸ La questione è discussa da A. FACHINAEUS, *Controversiae Iuris*, Coloniae Agrippinae, 1614, Lib. VI, Cap. III; GUDELINUS, *Commentarii de Iure Novissimo*, cit., Lib. II, Cap. XV, 6; LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-practicum*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXXV; STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio III, Cap. I, VIII-X; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 122; M. REINKENHOF, *Die Anwendung von ius commune in der Republik von San Marino*, Berlin, 1997, 132.

²⁹ Cfr. i riferimenti in FACHINAEUS, *Controversiae Iuris*, cit.

³⁰ WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572 nt. 15; cfr. anche KOHLER, in (Puchelts) *Zeitschrift für Französisches Zivilrecht*, 7, 1876, 113, 157 («[...] unrichtig und den Geist der Justin Verordnung widersprechend»).

eventualmente i loro figli). Qui era chiaro che i fratelli e le sorelle ereditavano insieme ai genitori sopravvissuti al defunto (e l'eredità veniva ripartita per capi), nonostante – essendo parenti di secondo grado – disponessero di un vincolo di parentela meno stretto con il *de cuius* rispetto a quello dei suoi genitori. D'altra parte, si ammetteva che i fratelli e le sorelle del defunto venissero preferiti ai suoi nonni, sebbene il grado di parentela con il *de cuius* fosse lo stesso³¹.

Infine, in merito alla quarta classe, si sosteneva talvolta che i parenti collaterali potevano essere chiamati all'eredità senza limiti (*ad infinitum*); secondo una diversa ricostruzione, il limite del decimo grado, che nell'epoca pregiustiniana valeva per gli agnati, era ancora applicabile, ma riguardava adesso soltanto i parenti collaterali³².

Le due controversie più interessanti riguardavano il c.d. *ius representationis* e la questione se i beni facenti parte del patrimonio ereditario, in determinate circostanze, dovessero ripartirsi a seconda del lato dal quale erano pervenuti: *paterna paternis, materna maternis*.

3.2. Subentrare «in luogo» del defunto: la dottrina della rappresentazione.

La prima delle controversie trovava la propria origine in due regole del diritto romano. Se al defunto sopravvivevano figli e figli di un figlio premorto, i nipoti subentravano «in luogo» del figlio premorto ed ereditavano assieme agli zii e alle zie (anche se diversamente da questi erano parenti di secondo grado del *de cuius*). Anche i figli di un fratello premorto o di una sorella premorta subentravano «in luogo» di quest'ultimo o quest'ultima ed ereditavano assieme agli altri fratelli o alle altre sorelle del defunto, se erano ad essi sopravvissuti³³. La traduzione latina dell'espressione greca utilizzata nella Novella 118 recita «in locum succedere»; in un punto si discorre altresì di «in parentum iura succedunt»³⁴. Presumibilmente, con tali espressioni i giuristi romani intendevano soltanto dire che i figli dei figli o dei fratelli premorti e delle sorelle premorte ottenevano e dovevano suddividere tra loro esattamente ciò che avrebbe ricevuto il figlio, il fratello o la sorella dal quale discendevano³⁵. Ovviamente, ricevevano la suddetta porzione di eredità in base a un diritto proprio e non «ex iure alieno».

³¹ In proposito, v. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 115; cfr. anche STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio II, Cap. I, XXIII; WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, nt. 16; KASER, *Das römische Privatrecht* II, cit., 511.

³² In proposito, v. la discussione in STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio III, Cap. I, XXVIII; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 133, 420; cfr. anche J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Parisiis, 1829, appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXII; parte III, Kap. XII, § 4 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*; G. WESENER, *Geschichte des Erbrecht in Österreich seit der Rezeption*, Graz-Köln, 1957, 84; REINKENHOF, *Ius commune in San Marino*, cit., 133. Sulla situazione giuridica nel diritto romano, v. *infra*, n. 8.8.; sui glossatori RÜFNER, *Roman Law*, cit., 30.

³³ La Novella 127, 1 stabiliva, in contrasto rispetto alla Novella 118, che i figli di fratelli premorti e sorelle premorte non venivano esclusi dagli ascendenti. Tuttavia, era dibattuto se ciò valeva anche in assenza di altri fratelli e sorelle (superstiti); cfr. STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio I, Cap. I, XXXI; LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-practicum*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXXVII; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 116; WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, nt. 11.

³⁴ Novella 118; cfr. anche WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, ntt. 4 e 11.

³⁵ Ne derivava che, da un lato, la quota del figlio premorto non era destinata ai suoi fratelli o alle sue sorelle, dall'altro, che questi ultimi non dovevano ripartirsi l'eredità per capi assieme ai figli del figlio premorto.

Nel medioevo e nella prima età moderna, i giuristi colti³⁶ erano chiaramente irritati dal fatto che, nelle due descritte situazioni, parenti di grado più remoto potessero ereditare assieme a parenti di grado più vicino³⁷. Ciò era ritenuto giustificabile da un punto di vista giuridico solo considerando i parenti di secondo grado come parenti di primo grado (nel caso dei nipoti del defunto) o i parenti di terzo grado come parenti di secondo grado (nel caso dei nipoti e delle nipoti). Si trattava naturalmente di una finzione che faceva perno sul significato letterale delle espressioni «in locum succedere» o anche «in iura succedere»: il nipote e la nipote abiativi o di zii ereditano in luogo, ossia come rappresentanti, del figlio o fratello premorto del defunto³⁸. Osservando la questione da questa prospettiva, si ponevano una serie di considerazioni dogmatiche. La più importante era quella secondo cui, evidentemente, il diritto ereditario del rappresentante era da ritenere identico a quello del rappresentato³⁹, presentando le medesime caratteristiche: se allora il rappresentato non aveva ottenuto l'eredità non perché premorto, ma perché ritenuto indegno, l'aveva rifiutata o era stato diseredato, lo stesso valeva per colui che si avviava a subentrare nella sua posizione. A volte ciò era espresso con la locuzione proverbiale «vivi nulla repraesentatio»⁴⁰. Tuttavia, l'estensione dell'ambito applicativo della rappresentazione e le implicazioni da essa derivanti non erano ovunque colte in maniera unitaria nelle diverse epoche. Così, talora, sulla base dello *ius repraesentationis*, veniva concettualizzato soltanto il diritto ereditario dei nipoti di zii ma non dei nipoti abiativi⁴¹.

³⁶ Cfr. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 22, secondo cui il diritto di rappresentazione può essere qualificato come «eine Erfindung der Rechtsgelehrten».

³⁷ Dato che, in ogni caso a partire dal periodo dei grandi autori del giusnaturalismo della prima età moderna, si pensava che la successione *ab intestato* si fondasse sulla volontà presunta, si riteneva che il defunto avesse voluto come eredi «qui sanguinis [...] vinculo sibi proxime defuncto sunt coniuncti»: J.A. HELLFELD, *Iurisprudencia forensis secundum pandectarum ordinem*, Ienae, 1766, § 1643.

³⁸ Cfr. STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio I, Cap. I, LXVIII: lo *ius repraesentationis* «est Successio in locum personae gradu proximioris, qua liberi fictione Juris parentum locum occupant, et ex eorum Jure et persona succedunt. [...] Haec vero repraesentatio toties necessaria est, quoties personae diverso rum graduum concurrunt, ne remotiores a proximioribus excludantur»; cfr. inoltre, per es., GUEDELINUS, *Commentarii de Iure Novissimo*, cit., Lib. II, Cap. XIII, 19; H. GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis*, Leiden 1939, Lib. II, Cap. VII, VI («Vicariam hanc successionem quae per stirpes fit, repraesentationem vocare amant recentiores Iurisconsulti»); VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., appendice al Lib. XXXVII, Tit. XVII, IV («In stirpes denique [succeditur], cum iure repraesentationis succeditur, quod ius repraesentationis est fictio iuris, qua gradu remotiores subintrant in locum proximioris defuncti»); G.A. STRUVE, *Syntagma Jurisprudentiae, secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, Jenae 1678, Exerc. XXXVIII, XVII («Quod ius repraesentationis seu vicariae successionis [...] locum habet, eoque succedunt inferiores in locum sive jus superiorum»); LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-practicum*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, III («[...] ex [Parentum] jure atque persona succedunt»; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 22; III, Kap. XII, § 1 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* («an die Stell des Repraesentanten eintreten, mithin auch kein mehrers, als den ihm gebührenden Antheil bekommen»). Cfr. anche la discussione in KOHLER, in (*Puchel's*) *Zeitschrift für Französisches Zivilrecht*, 7, 1876, 113, 114-120; WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 45-48; COING, *Europäisches Privatrecht* I, cit., 603 s.

³⁹ «Repraesentans eandem personam, et eadem privilegia habet»: *Index Juris Civilis copiosus*, Tomo IV dell'edizione del 1627, Lugduni, del *Corpus Iuris Civilis cum commentariis Accursii*, voce «Repraesentatio».

⁴⁰ Cfr. J. À SOMEREN, *Tractatus de Repraesentatione*, Coloniae Agrippinae 1713, Cap. III, I; KOHLER, in (*Puchel's*) *Zeitschrift für Französisches Zivilrecht*, 7, 1876, 113, 120 s., il quale fa riferimento a Dumoulin e altri autori francesi; per San Marino, v. REINKENHOF, *Ius commune in San Marino*, cit., 131; per l'America del sud, J.P. SCHMIDT, *Intestate Succession in Latin America*, in *Intestate Succession*, cit., 130.

⁴¹ GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 22, 116; cfr. anche À SOMEREN, *Tractatus*, cit., Cap. I, V: «[...] nepos ex proprio capite avo haeres existat».

Altri estendevano lo *ius repraesentationis* perfino agli ascendenti⁴², ma questa opinione veniva respinta dalla dottrina prevalente⁴³.

In linea di principio, la teoria della rappresentazione costituiva una mistificazione⁴⁴ con delle ricadute ad ampio raggio. Invero, verso la fine del diciannovesimo secolo, Bernhard Windscheid indicò che la teoria era «vollständig aufgegeben»⁴⁵, cioè da abbandonare del tutto, ma notava allo stesso tempo che nel *Code civil* essa aveva ottenuto un riconoscimento legislativo⁴⁶. L'istituto destava ancora incomprensioni, in Francia come altrove⁴⁷. La migliore spiegazione delle due regole romanistiche, sottese alla dottrina della rappresentazione, è presumibilmente che esse si fondavano sui principi della successione per stirpi. Ciò vale soprattutto per i discendenti: ciascuna stirpe riceve la stessa porzione e questa porzione percorre la stirpe fino a incontrare un discendente superstite⁴⁸. D'altra parte, nel caso dei fratelli e delle sorelle del *de cuius*, l'intuizione di una successione *per stirpes* appare soltanto in forma ridotta: la quota di un fratello premorto o di una sorella premorta si trasmette ai suoi figli, ma non a ulteriori discendenti⁴⁹. La ragione per cui non si eseguiva illimitatamente una successione per stirpi potrebbe essere dovuta al fatto che la seconda classe di parenti successibili comprendeva i fratelli germani e gli ascendenti, mentre i discendenti appartenevano a una propria classe.

3.3. *Paterna paternis, materna maternis; ius recadentiae, retour lignager.*

L'altra controversia di particolare interesse divenne pure rilevante da un punto di vista pratico in due distinte situazioni, in relazione però – nei suoi tratti essenziali – allo stesso nucleo problematico. Se al defunto sopravvivevano fratelli o sorelle unilaterali di diversi matrimoni in linea paterna e materna, molti giuristi autorevoli ritenevano che quanto era

⁴² V. i riferimenti in GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 122, il quale tuttavia è contrario alla suddetta tesi; cfr. inoltre STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio II, Cap. I, XVII; À SOMEREN, *Tractatus*, cit., Cap. II, I; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., appendice al Lib. XXXVII, Tit. XVII, XI («[...] nullus in ascendente linea repraesentationi locus est»); Teil III, Cap. V, § 3 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*.

⁴³ In proposito, v. le indicazioni nella nota precedente. Quale motivazione si adduceva: «Jus repraesentationis [...] id exigit, ut persona una in alterius locum transeat, a qua sanguinem trahit. [...] Jam vero Pater a Filio sanguinem non trahit, ut sic contra naturam foret, si Pater in filii locum per repraesentationem transire vellet» (STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio II, Cap. I, XVII). Dalla prospettiva del diritto naturale, cfr. S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, Francofurti ad Moenum, 1694, Lib. IV, Cap. XI, § 13 («[...] quia naturaliter spes successionis non ascendit, sed descendit»).

⁴⁴ «[...] der künstliche Ausdruck von etwas Natürlichem»: KOHLER, in (*Puchbelts*) *Zeitschrift für Französisches Zivilrecht*, 7, 1876, 159.

⁴⁵ WINDSCHEID, KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572 ntt. 4 e 11. Cfr. anche VON VANGEROW, *Pandekten* (nt. 11) § 414 («Bei genauerer Betrachtung kann man jedoch nicht umhin, das ganze s.g. Repräsentations-Recht als durchaus ungegründet und unhaltbar zu verwerfen»; DERNBURG, BIERMANN, *Pandekten*, cit., § 132 nt. 2 («[...] schief und irrhümlich»); J. UNGER, *Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt*², Leipzig, 1871, § 33 nt. 4 («[...] nichts anderes als ein trüber Nachklang eines überwundenen [...] gemeinrechtlichen Irrthums»).

⁴⁶ Artt. 739-744 *Code civil* (1804).

⁴⁷ V. *infra*, nn. 7.2-7.4.

⁴⁸ KOHLER, in (*Puchbelts*) *Zeitschrift für Französisches Zivilrecht*, 7, 1876, 113, 118; ID., in *AcP* 59, 1876, 87, 87-89; cfr. anche GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., §§ 21, 22, 100.

⁴⁹ Probabilmente, in contrasto rispetto alla tesi di Azzone (v. *supra*, nt. 29), confermata dalla dieta di Spira, i figli ereditavano *per stirpes* e non *per capita*, indipendentemente dal fatto che fossero o meno chiamati all'eredità assieme a fratelli sopravvissuti o sorelle sopravvissute: v. KASER, *Das römische Privatrecht* II, cit., 511, nt. 9.

caduto nel patrimonio del *de cuius* dalla linea paterna spettava al fratello o alla sorella unilaterale in linea paterna, mentre ciò che il defunto aveva ottenuto dalla linea materna andava al fratello o alla sorella unilaterale in linea materna: «Distinguitur [...] inter bona, quae ex linea paterna, et quae ex linea materna proveniant, ita ut frater consanguineus succedat in bonis paternis escluso fratre uterino, frater vero uterinus in bonis ex linea materna quesiti, praeferatur fratri consanguineo»⁵⁰. Tale tesi risale a straordinarie autorità del medioevo⁵¹ e si basava su un testo del *Codex Justinianus* (C. 6, 58, 13, 2) che, relativamente ai diritti successori dei fratelli e delle sorelle unilaterali, distingueva tra *bona paterna* e *bona materna*. Il risultato poteva essere sintetizzato, in modo conciso e serrato, con il detto «paterna paternis, materna maternis»; e talvolta la *ratio* era estesa a casi in cui venivano in considerazione figli di fratelli o sorelle unilaterali premorti⁵².

Tuttavia, vi erano anche autori che applicavano la regola *paterna paternis, materna maternis* alla più frequente fattispecie in cui l'eredità era devoluta agli ascendenti: «In successione quoque ascendentium de iure communi origo honorum, ex quanta linea pervenerint, inspicitur»⁵³. Ma in prevalenza gli autori della prima età moderna dello *ius commune* negarono l'applicabilità della suddetta regola in relazione al diritto romano contemporaneo⁵⁴. A prescindere da come il testo di C. 6, 58, 13, 2 dovesse essere inteso⁵⁵, esso è stato superato e, dunque, abrogato dalla Novella 118. E altre fonti del diritto romano non potevano essere accostate neppure ricorrendo a un'interpretazione estensiva: «Regulam [...] in analogia juris Romani haud esse fondata, neque quoad successionem ascendentium, neque quoad successionem Collateralium» (così la valutazione di sintesi del redattore di una dissertazione della prima parte del diciottesimo secolo)⁵⁶. E Bernhard

⁵⁰ B. CARPZOV, *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica* (Francofurti ad Moenum, 1644, III, Const. XIV, Definit. I; STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio II, Cap. I, XXII-XXV; GUEDELINUS, *Commentarii de Iure Novissimo*, cit., Lib. II, Cap. XV, 2 (sotto il profilo della «sententia vulgaris»); A. LEYSER, *Mediationes ad Pandectas*³, VI, Lipsiae et Guelpherbyti, 1744, spec. CCCXXIII, I e II; WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 64-66; sul diritto medievale, cfr. anche RÜFNER, *Roman Law*, cit., 30 s. Così sembra venga applicato ancora oggi il diritto romano nella Repubblica di San Marino: REINKENHOF, *Ius commune in San Marino*, cit., 130 (la quale, tuttavia, discorre altresì di una sentenza contrastante).

⁵¹ Cfr. i riferimenti nella letteratura citata nella nota precedente e *infra*, nt. 54.

⁵² V. CARPZOV, *Jurisprudentia Forensis*, cit., III, Const. XIV, Definit. I. Sembra però che vi fosse condivisione nel ritenere la suddetta regola applicabile soltanto nei casi «quae ex linea Paterna vel materna immediate, non in his, quae a cognatis Paternis vel maternis provenerunt»: STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio II, Cap. I, XXV; CARPZOV, *Jurisprudentia Forensis*, cit., III, Const. XIV, Definit. III. Con riguardo a residui beni del patrimonio «fratres uterini et consanguinei aequaliter succedunt»; lo stesso valeva, ovviamente, per patrimoni che il *de cuius* non aveva ricevuto né dalla linea paterna né da quella materna.

⁵³ CARPZOV, *Jurisprudentia Forensis*, cit., III, Const. XIV, Definit. II (in riferimento alla «ratio naturalis, quae in primis in causarum decisionibus est inspicienda»: questa opinione veniva ricondotta da FACHINAEUS, *Controversiae Iuris*, cit., Lib. VI, Cap. IV, passando dalla dottrina di Andrea Tiraquello, a quella di Bartolo «et multi alii».

⁵⁴ Con riguardo agli ascendenti, cfr. FACHINAEUS, *Controversiae Iuris*, cit., Lib. VI, Cap. IV; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, 11; STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio II, Cap. I, XXI; A SOMEREN, *Tractatus*, cit., Cap. II, III; LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-practicum*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXV; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 119. Per i «fratres uterini» e «consanguinei», cfr. FACHINAEUS, *Controversiae Iuris*, cit., Lib. VI, Cap. V; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, 19; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 129.

⁵⁵ In epoca attuale, KASER, *Das römische Privatrecht*, II, cit., 505, 506 s.

⁵⁶ J.H. FELTZIUS, *Dissertatio Juridica de Origine, Usu, et Aequitate Regulae: Paterna Paternis, Materna Maternis* (candidato: Nicolaus Franciscus Lancon), Argentorati, 1714, 23.

Windscheid, verso la fine del diciannovesimo secolo, constatava in modo categorico che il diritto romano non conosceva la regola, secondo cui il patrimonio paterno è destinato agli ascendenti in linea paterna e quello materno agli ascendenti in linea materna⁵⁷.

Nel contempo, tuttavia, non di rado si è affermato che la regola *paterna paternis, materna maternis* era applicabile nel caso in cui fosse stato «introdotto» il c.d. «ius recadentiae»⁵⁸. In effetti, ciò era in parte accaduto, sia in base a leggi che al diritto consuetudinario. Lo *ius recadentiae*, *terugvalrecht*, formato su base casistica, o il *retour lignager*, secondo cui, ove non sussistevano discendenti o non sussistevano discendenti e ascendenti, il patrimonio ereditario tornava alla linea da cui proveniva, sembra trovare la propria origine nel diritto consuetudinario medievale nel tempo del feudalesimo (X–XII secolo)⁵⁹. Riguardava soprattutto la proprietà fondiaria e metteva in luce la sua stretta correlazione con una determinata famiglia: aveva la funzione di evitare il passaggio di beni dalla famiglia paterna a quella materna e viceversa⁶⁰.

3.4. La fente, kloving.

La stesse ragioni si rinvenivano in un diverso istituto, che in Francia era noto come «la fente» e in Olanda come «kloving»⁶¹. Quest'ultimo atteneva, almeno in origine, a ciò che il defunto non aveva ottenuto mediante una trasmissione *mortis causa* e, in generale, ai beni mobili facenti parte del suo patrimonio; anche in questo caso, il presupposto applicativo era la mancanza di ascendenti⁶². Allo scopo di evitare che tutti i beni del patrimonio andassero al parente più vicino del *de cuius*, indipendentemente dal fatto che questi appartenesse alla famiglia paterna o materna, si assumeva che il defunto li avesse ricevuti in parti uguali da entrambe le linee, di talché essi dovevano tornare metà ciascuno alle due linee⁶³. Una simile considerazione potrebbe aver motivato la regola

⁵⁷ WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572 nt. 13 parte finale.; in merito alla regola *paterna paternis, materna maternis* con riguardo ai *fratres* uterini e consanguinei, cfr. WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 572, nt. 22, parte finale: questa tesi, ampiamente seguita in passato «ist jetzt aufgegeben». In epoca attuale, cfr. PH. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle*, Bruxelles, 1987, n. 672: «[...] totalement étrangère au droit romain».

⁵⁸ V., ad es., GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 119 parte finale.

⁵⁹ GODDING, *Droit privé*, cit., Rn. 672; cfr. anche M. LIPP, *Erbfolgeordnung*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I, a cura di A. Cordes, H. Lück e D. Werkmüller, Berlin, 2008, 1363 s.; H.-R. HAGEMANN, *Erbrecht*, *ivi*, 1373; per la Francia, cfr. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions, Les libéralités*⁴, Paris, 2014, n. 14. Nella letteratura più risalente, v. inoltre GUEDELINUS, *Commentarii de Iure Nouissimo*, cit., Lib. II, Cap. XV, 11; STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, cit., 6; HÜBNER, *Deutsches Privatrecht*, cit., 768 s.; WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 39 s.

⁶⁰ Sulle diverse forme del «retour lignager», v. GODDING, *Droit privé*, cit., n. 672, il quale distingue tra *coutumes de simple côté*, *coutumes souchères* e *coutumes de côté et de ligne*. Il *retour lignager* del diritto consuetudinario medievale anglo-normanno è ancora in vigore nel Jersey: PH. HELLWEGE, *Die Rechte der Kanalinseln*, in *ZEuP*, 2015, 781.

⁶¹ Secondo GODDING (il quale fa riferimento alle ricerche sul diritto consuetudinario delle Fiandre di E.M. Meijers) trae origine dal principio del *retour lignager*. Cfr. anche HÜBNER, *Deutsches Privatrecht*, cit., 769: «[...] eine andere Form des gleichen Gedankens».

⁶² Sulla distinzione tra i beni facenti parte del patrimonio in età contemporanea, cfr. GODDING, *Droit privé*, cit., nn. 190-202, ancora oggi di rilievo nel diritto del Jersey: HELLWEGE, in *ZEuP*, 2015, 780-783.

⁶³ GODDING, *Droit privé*, cit., n. 673; TERRÉ, LEQUETTE, GAUDEMET, *Les successions*, cit., n. 112; cfr. anche C. PÉRÈS, *Intestate Succession in France*, in *Intestate Succession*, cit., 33, 40 s.

giustiniana, in base alla quale, se al defunto non fossero sopravvissuti discendenti, ma soltanto ascendenti dello stesso grado, l'eredità doveva essere divisa in parti uguali tra i due gruppi di ascendenti⁶⁴.

4. «Non alia in parte videas magis variare leges moresque gentium».

La complessità del diritto delle successioni *ab intestato* aumentò ulteriormente in virtù della circostanza che le regole del diritto romano non erano applicabili alle proprietà fondiarie, le quali in linea di principio erano sottoposte al diritto feudale: «Versterf by ons werd anders ghericht ten aenzien van leengoederen anders ten aenzien van allerlei andere goederen», come scrisse Hugo Grotius⁶⁵. Altri autori si occupavano della successione relativa a beni legati a fedecommissi, che spesso riguardava il figlio primogenito, altrove il membro più anziano della famiglia, talvolta anche il figlio più giovane⁶⁶. Anche la successione nei masi era sottoposta a una disciplina per molti profili diversa, avente l'obiettivo di evitare una frammentazione non sostenibile da un punto di vista economico⁶⁷.

Tuttavia, si trattava di un settore del diritto più eterogeneo rispetto a tutti gli altri, soprattutto perché, in generale, nella maggior parte dei territori le norme romanistiche sulla successione *ab intestato* non vigevano affatto o vigevano in forma modificata, oppure venivano soltanto applicate al fine di colmare lacune: una sterminata moltitudine di norme consuetudinarie, o norme di legge che confermavano o modificavano le regole consuetudinarie, era applicabile in via prioritaria⁶⁸. «[N]on alia in parte videas magis variare leges moresque gentium; est, ubi parentes praeferuntur fratribus; est vicissim, ubi hi illis; est

⁶⁴ V. *supra*, il testo prima della nt. 18.

⁶⁵ H. GROTIUS, *The Jurisprudence of Holland*, I, testo olandese curato e trad. da R.W. Lee, 1926, II, XXVI, 6. J. VOET ha aggiunto la sua trattazione sulla successione *ab intestato* nel diritto romano nel suo *Commentarius ad Pandectas* (oben nt. 32) con una (ulteriore) appendice di non meno di 124 paragrafi: «Digressio de Feudis», secondo il Lib. XXXVIII, Tit. 17. Per il Belgio, GODDING ha integrato la parte sull'eredità di beni soggetti al regime feudale nella sua trattazione generale sulla successione *ab intestato* in base ai diversi diritti consuetudinari. In termini generali sul regime feudale, v. COING, *Europäisches Privatrecht* I, cit., 353-361 (p. 359 sul diritto successorio).

⁶⁶ STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio VII (*De Successione ex Fideicommisso Familiae*); in merito alla fondamentale opera di PH. KNIPSCHILDT, *Tractatus de Fideicommissis Familiarum Nobilium, von Stamm-Gütern*, Ulma, 1641, v. K. LUG, *Philipp Knipschildt und das Familienfideikommiss im Zeitalter des Usus modernus*, in *Itinera Fiducia*, cit., 361-387 (376-378 sul diritto successorio); COING, *Europäisches Privatrecht* I, cit., 385-389 (p. 389 sul diritto successorio).

⁶⁷ V. COING, *Europäisches Privatrecht* I, cit., 361-366 (363); ID., *Europäisches Privatrecht*, II, München, 1989, 624; HÜBNER, *Deutsches Privatrecht*, cit., 804-807. Nel nord-ovest della Germania la «Höfeordnung» contiene ancora oggi siffatte regole particolari («Anerbenrecht»). Lo stesso vale per l'Austria (C. WENDEHORST, *Intestate Succession in Austria*, in *Intestate Succession*, cit., 159, 166) e in Italia nella provincia di Bolzano (A. BRAUN, *Intestate Succession in Italy*, *ivi*, 67, 89); per la Polonia, cfr. F. ZOLL, *Intestate Succession in Poland*, *ivi*, 291, 299.

⁶⁸ Cfr., ad es., STRYK, *Tractatus*, cit., Dissertatio I, Cap. IV, I: «[...] vix ullibi locorum Jus Civile per omnia observatur, ut ei vel per Statuta particularia, vel per Consuetudines speciales derogatum non sit». Vigeva tale regola perfino nel San Marino, ove sotto parziale abrogazione della Novella 118, il principio agnatico restò in vigore per un periodo sorprendentemente lungo (anche se non è del tutto chiaro in che misura ciò sia accaduto); sul punto, v. REINKENHOF, *Ius commune in San Marino*, cit., 133-147.

denique, ubi utrique concurrunt; porro in quibusdam gradibus subito in locum admittitur, in aliis non admittitur; alicubi distinguitur, unde bona veniant, alicubi non distinguitur [...].», nelle parole dell'autore della citata dissertazione del 1714⁶⁹, il quale identificava contemporaneamente tre punti fondamentali in cui, relativamente al contenuto, i diritti si distinguevano tra loro: il rapporto tra ascendenti e fratelli, la rappresentazione, e la regola *paterna paternis, materna maternis*. Uno sguardo sommario alle più significative giurisdizioni nella *Censura Forensis* di Simon van Leeuwens conta ottanta pagine⁷⁰. Ma in molte zone quasi ogni città aveva un proprio diritto successorio: «Le droit successoral [ab intestat] est à coup sûr le domaine où la costume a élaboré les règles les plus complexes, et les plus diverses»⁷¹. Dal sedicesimo secolo in poi, il diritto romano iniziò a esercitare una discreta influenza, in particolare là dove le consuetudini erano state tramutate in leggi; tuttavia, questa influenza nell'insieme rimase piuttosto limitata⁷², sebbene l'ordinamento successorio romano talora fosse stato recepito *in toto* o in modo considerevole⁷³. D'altra parte, le stesse consuetudini potevano influenzare il diritto romano; la regola *paterna paternis, materna maternis*, in questo senso, offre un buon esempio⁷⁴.

5. La codificazione del diritto ereditario dei parenti.

Nell'epoca dell'illuminismo e degli stati moderni, la codificazione del diritto della successione *ab intestato* si profilava così un compito decisamente impegnativo. Gottfried von Schmitt, redattore della prima commissione per l'elaborazione del progetto di un codice civile, propose un'analisi accurata – e ammirevole per l'eshaustività – dei vantaggi e degli svantaggi delle contemporanee regolamentazioni della successione legittima⁷⁵. Quando infine si pronunciò a favore del sistema delle parentele (*Parentelsystem*), ciò fu a prima vista una scelta sorprendente, in quanto detto sistema vigeva soltanto in alcune parti dell'Impero

⁶⁹ FELTZIUS, *Dissertatio Juridica*, cit., 3; cfr. inoltre GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, cit., Lib. II, Cap. VII, XI.

⁷⁰ S. VAN LEEUWEN, *Censura Forensis Theoretico-practica*, Lugduni Batavorum, 1662, Lib. III, Cap. XVI-XXII.

⁷¹ GODDING, *Droit privé*, cit., n. 558. Godding offre una panoramica dettagliata della situazione relativa all'esperienza del Belgio: nn. 557-673. Per la Germania, cfr., ad es., STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, cit., 90-130; G. VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich* (1879), rist. in *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, I, *Erbrecht*, a cura di W. Schubert, 1984, 670-688; per l'Austria, cfr. WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 44-84; per la Francia, cfr. PÈRES, *France*, cit., 35; v. anche la panoramica generale in COING, *Europäisches Privatrecht* I, cit., 607-609.

⁷² Un esempio è lo «ius repraesentationis» in linea collaterale: cfr. GODDING, *Droit privé*, cit., Rnn. 657-663 e Rn. 667; cfr. anche STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, cit., 94-97, 113 s.; WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 49 s., 67-73; COING, *Europäisches Privatrecht* I, cit., 609 (sotto al punto 3.).

⁷³ Ciò vale in particolare per le *Siete Partidas* (S. CÁMARA LAPUENTE, *Intestate Succession in Spain*, in *Intestate Succession*, cit., 96, 100); la *Constitutio Joachimica* (Brandenburg), Cap. 3; e il *Codes Maximilianeus Bavaricus Civilis* (III, Cap. XII).

⁷⁴ V. *supra*, n. 3.3.

⁷⁵ VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 689-709; cfr. già F. MOMMSEN, *Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*, Braunschweig, 1876, 158-165; cfr. inoltre ZIMMERMANN, *Intestate Succession in Germany*, in *Intestate Succession*, cit., 181, 188-190.

tedesco, piuttosto marginali da un punto di vista geografico e politico. Così in seno all'impero rappresentava una novità non soltanto per alcuni, ma per tutti i territori di maggiore importanza; e la mancanza di condivisione, che caratterizzò il processo decisionale, incise indubbiamente sulla generale accettazione del sistema delle parentele in Germania⁷⁶. Si aggiungeva il fatto che per circa un secolo esso aveva disciplinato la successione *ab intestato* in Austria, in maniera pienamente soddisfacente: inizialmente in una *Erbfolgepatent* del 1786 e successivamente nel codice civile austriaco del 1814 (§§ 731–751)⁷⁷. Il redattore della *Erbfolgepatent*, Johann Bernhard Horten, era stato ispirato dal sistema successorio proposto dal giusnaturalista Joachim Georg Darjes⁷⁸, che aveva reso popolare il manuale per l'Università di Vienna di Karl Anton Freiherr von Martini⁷⁹. Il *Parentelsystem* – che riposa sul principio, secondo cui i parenti collaterali del defunto appartengono a diverse classi di eredi determinate dalla stirpe del *de cuius* (suoi discendenti) e successivamente dalle stirpi che risalgono a ciascun grado dei suoi ascendenti⁸⁰ – venne adottato non solo in Germania, ma anche in Svizzera⁸¹, in Grecia⁸², nei Paesi bassi⁸³ e in Ungheria⁸⁴, e altresì la successione *ab intestato* polacca può essere ricondotta a tale sistema⁸⁵.

In Francia era necessario trovare un compromesso tra la regolamentazione della successione *ab intestato* in vigore nel nord, essenzialmente basata sul diritto consuetudinario franco-germanico, e quella in vigore nel sud, ove dominava l'influenza del diritto romano⁸⁶; nel contempo, sussisteva l'esigenza di tenere in conto le ideologie dell'epoca rivoluzionaria, che avevano trovato espressione nel *droit intermédiaire*⁸⁷. Il risultato fu un regime che nei punti centrali faceva perno sulle Novelle di Giustiniano; in particolare, i genitori del defunto, i suoi fratelli e le sue sorelle appartenevano alla stessa classe di eredi: la seconda⁸⁸. Il sistema francese fu il padre delle normative sulla successione *ab intestato*

⁷⁶ Cfr. ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 189.

⁷⁷ Nel dettaglio WENDEHORST, *Austria*, cit., 163 s.

⁷⁸ J.G. DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*³, Ienae, 1748, §§ 647 s.

⁷⁹ K.A. FREIHERR VON MARTINI, *De lege naturali positiones in usum auditorii Vindobonensis*, Viennae, 1782, DCCCI; cfr. WENDEHORST, *Austria*, cit., 162 s.

⁸⁰ Sul punto ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 187 s.; WENDEHORST, *Austria*, cit., 169 s.

⁸¹ Artt. 457–460 ZGB.

⁸² Art. 1813–1824 Astikos Kodikas.

⁸³ Art. 4:9–4:12 BW. Anche se il sistema del nuovo BW viene ancora oggi ricondotto al sistema delle parentele (W. WEBER, *Niederlande*, in Ferid, Firsching, Dörner, Hausmann, *Internationales Erbrecht*, Loseblatt, 2004, Rn. 23), o considerato «almost purely parentelic» (W. KOLKMAN, *Intestate Succession in the Netherlands*, in *Intestate Succession*, cit., 224, 229), occorre rilevare che i genitori e i fratelli e le sorelle formano insieme la seconda classe di eredi; ciò costituisce un dato caratteristico del sistema giustiniano e di quello francese.

⁸⁴ §§ 7:55–66 *Polgari Törvény Könyv* (abbr. Ptk). Anche in epoca antecedente al 2014, nel diritto ungherese vigeva il sistema delle parentele (successivamente ripreso dal diritto austriaco).

⁸⁵ Cfr. ZOLL, *Poland*, cit., 301 s. Sull'estensione geografica del *Parentelsystem*, cfr. inoltre K.H. NEUMAYER, *Intestate Succession*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, V, 3, *Succession*, a cura di K.H. Neumayer, Tübingen, 2002, Rn. 7 s.

⁸⁶ Cfr. RÜFNER, *Roman Law*, cit., 31, il quale fa riferimento a un contributo di Emile Jarriaud, secondo cui, verso la fine dell'*ancient régime*, la Novella 118 veniva applicata «in almost all its aspects in the south of France».

⁸⁷ PÉRÈS, *France*, cit., 36. Cfr., inoltre, TERRÉ, LEQUETTE, GAUDEMET, *Les successions*, cit., nn. 13–16; MALAURIE, *Les successions, Les libéralités*⁵, Paris, 2013, nn. 16–19.

⁸⁸ Art. 748 *Code civil* (1804); art. 734 n. 2 *Code civil* (2001/2006).

dei Paesi bassi (1838)⁸⁹, dell'Italia (1865 e 1942)⁹⁰ e del Québec (1866 e 1994)⁹¹. Come si illustrerà nel prosieguo, specialmente il diritto italiano si allontanò per alcuni aspetti dal modello francese⁹².

I redattori del *Código civil* del 1889 poterono invece attingere da una tradizione di discipline legislative, in particolare le *Siete Partidas* (tredicesimo secolo) e le *Leyes de Toro* (1505), che, talvolta modificandole, ripresero le fonti giustinianee⁹³. In questo modo, si arrivò a un sistema basato su una chiara distinzione di tre «linee»: l'eredità inizialmente scende (discendenti), poi sale (ascendenti) e infine si muove verso i lati (parenti collaterali)⁹⁴. Ne deriva che i genitori non ereditano mai assieme ai fratelli e alle sorelle. Il sistema delle tre linee è divenuto un elemento caratteristico non soltanto del diritto spagnolo (e catalano)⁹⁵, ma anche del *Código civil* portoghese (1867 e 1966)⁹⁶ e di tutte le codificazioni dell'America latina⁹⁷.

6. Ordinamenti giuridici privi di un codice civile.

La disciplina della successione *ab intestato* degli ordinamenti privi di un codice civile corrisponde al sistema delle parentele (Sud Africa⁹⁸, Paesi scandinavi⁹⁹) o denota comunque elementi caratteristici dello stesso (Inghilterra e ordinamenti che traggono origine da quello inglese¹⁰⁰, Scozia¹⁰¹). Questa osservazione mette in discussione la tesi, secondo cui il sistema delle parentele sarebbe stato «inventato» dai giusnaturalisti, in particolare nell'ambito dell'esperienza austriaca. Con tutta probabilità, i giusnaturalisti si erano limitati

⁸⁹ Artt. 899-908 BW (1838).

⁹⁰ Artt. 721-758 codice civile 1865; artt. 565-586 codice civile 1942.

⁹¹ Artt. 614-635 *Civil Code of Lower Canada*; artt. 666-683 *Civil Code of Québec*. Cfr. anche L. SMITH, *Intestate Succession in Québec*, in *Intestate Succession*, cit., 52, 56; IECL/NEUMAYER, cit., n. 36.

⁹² In particolare: per l'assenza della *fente*, per il trattamento dei fratelli e delle sorelle unilaterali, per la successione dei parenti soltanto entro il decimo grado.

⁹³ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *Spain*, cit., 99 s. e RÜFNER, *Roman Law*, cit., 31.

⁹⁴ Artt. 930-955 *Código civil* spagnolo.

⁹⁵ Artt. 442-1-442-11 *Código civil* catalano; sulle questioni particolari, anche con riguardo alle residue comunità autonome, v. CÁMARA LAPUENTE, *Spain*, cit., 101 s., 114 s.

⁹⁶ Artt. 1968-1979 *Código civil* portoghese 1867; artt. 2139-2148 *Código civil* portoghese 1966.

⁹⁷ Sul punto, dettagliatamente, J.P. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 122-124.

⁹⁸ M. DE WAAL, *Intestate Succession in South Africa*, in *Intestate Succession*, cit., 258-262.

⁹⁹ J. SCHERPE, *Intestate Succession in the Nordic Countries*, in *Intestate Succession*, cit., 307, 309.

¹⁰⁰ In merito all'Inghilterra (e al Galles), R. KERRIDGE, *Intestate Succession in England and Wales*, in *Intestate Succession*, cit., 323, 346 s.; sull'Australia e la Nuova Zelanda, N. PEART-P. VINES, *Intestate Succession in Australia and New Zealand*, *ivi*, 349, 362; con riguardo agli Stati Uniti d'America, SCALISE, *United States of America*, cit., 403. Secondo IECL/NEUMAYER, cit., n. 2, le regole degli ordinamenti di *common law* non possono «directly be assigned to any of [the intestate succession] systems of the civil law tradition». Al n. 7, l'Autore precisa ovviamente che «[e]lements of the parentelic system have been adopted, to a large extent, in Anglo-American law», e li tratta nel prosieguo in quest'ultimo contesto.

¹⁰¹ K.G.C. REID, *Intestate Succession in Scotland*, in *Intestate Succession*, cit., 370, 376. La Scozia viene trattata in IECL/NEUMAYER (nt. 85) come un sistema essenzialmente riconducibile sia al modello del *Parentelsystem* (n. 8) che a quello giustiniano (nn. 47 e 48).

a concettualizzare e sistematizzare idee che, a partire dal medioevo, in Europa si rinvenivano nei diritti consuetudinari di molti territori¹⁰² (anche se questi non arrivarono mai a formare un principio generale del diritto germanico, come talvolta è stato sostenuto nel diciannovesimo secolo)¹⁰³.

In nessuno degli ordinamenti appena menzionati le regole della successione *ab intestato* fanno parte del diritto consuetudinario o del *common law*. In Inghilterra le apposite norme sono contenute nella parte IV dell'*Administration of Estates Act* del 1925 (il quale, da allora, è stato modificato più volte)¹⁰⁴; le moderne regole del diritto scozzese si rinvencono nel *Succession (Scotland) Act* del 1964, quelle sud africane nel *Intestate Succession Act* 88 del 1987, e quelle della Nuova Zelanda nelle sezioni 75-80 *Administration Act* del 1969. Ciascuno stato australiano dispone di una propria legge; lo stesso vale per gli Stati Uniti d'America e per i Paesi scandinavi. I tentativi di stabilire una sistema normativo unitario in Australia e negli Stati Uniti hanno avuto successo soltanto in parte. Il *Model Intestacy Bill* del 2007, riconducibile al progetto *Uniform Succession Law* iniziato nel 1991, è finora entrato in vigore solo nel New South Wales e in Tasmania¹⁰⁵. Lo *Uniform Probate Code* del 1969, redatto dalla *National Conference of Uniform Law Commissioners*, è stato adottato (talvolta soltanto parzialmente) da circa un terzo degli stati che formano gli Stati Uniti¹⁰⁶. In Scandinavia l'armonizzazione del diritto delle successioni *ab intestato* è considerata particolarmente difficile, talvolta addirittura alla stregua di un obiettivo irraggiungibile¹⁰⁷.

7. Discendenti.

7.1. Successione per stirpi (*per stirpes*).

I tre ordinamenti successori menzionati (il sistema delle parentele, il sistema «francese» e quello delle tre linee)¹⁰⁸ presentano delle distinzioni caratterizzanti soltanto a partire dal secondo ordine di successibili. D'altra parte, essi convergono nello stabilire non soltanto

¹⁰² In merito all'Austria, v. WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 3-38; WENDEHORST, *Austria*, cit., 160-163. Sul diritto anglo-normanno, v. H. BRUNNER, *Das anglonormannische Erbfolgesystem: Ein Beitrag zur Geschichte der Parentelordnung*, Leipzig, 1869; relativamente al *Schependomsrecht* a sud del fiume IJssel nei Paesi bassi, v. KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 251.

¹⁰³ In proposito, STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, cit., 79-122; H.-G. MERTENS, *Überlegungen zur Herkunft des Parentelsystems*, in *ZRG (GA)*, 90, 1973, 149-164.

¹⁰⁴ Per i particolari, v. KERRIDGE, *England and Wales*, cit., 327-329; R. KERRIDGE, *Parry and Kerridge, The Law of Succession*¹², London, 2009, n. 2-01.

¹⁰⁵ PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 351.

¹⁰⁶ SCALISE, *United States of America*, cit., 404. Lo *Uniform Probate Code* è stato oggetto di riforme nel 1990 e nel 2008.

¹⁰⁷ SCHERPE, *Nordic Countries*, cit., 307.

¹⁰⁸ L'analisi comparativa di IECL/NEUMAYER, cit., nn. 4-58 si basa su una classificazione simile: cfr. n. 2. Neumayer qualifica però il sistema «francese» come «giustiniano»: nn. 35-49. Tuttavia, anche il sistema delle tre linee può essere ritenuto, in maniera analoga, un discendente del diritto giustiniano.

che l'eredità debba essere devoluta in primo luogo ai discendenti del *de cuius*¹⁰⁹, ma anche che i figli debbano succedere sì per capi, ma nel contempo come rappresentanti di diverse stirpi, fondate per il loro tramite. Da ciò deriva che, al momento della morte, il figlio (o i figli) escludono dalla successione gli altri discendenti che, nell'ambito della stirpe, sono più lontani dal defunto. Inoltre, deriva che un figlio del *de cuius* può essere chiamato a ereditare assieme ai figli di un suo fratello o di una sua sorella (ossia, ai nipoti o alle nipoti), ove il fratello o la sorella non erediti (normalmente perché è premorto o è premorta), o addirittura con i nipoti di un fratello o di una sorella, nel caso in cui il fratello o la sorella e i suoi figli non ereditino. Come si è detto, il fatto che ereditassero insieme soggetti che possedevano un diverso grado di parentela con il defunto ha per lungo tempo costituito un rompicapo per gli autori dello *ius commune*¹¹⁰. Le difficoltà di ordine concettuale che vi si collegavano vennero risolte grazie alla dottrina della «rappresentazione»: i figli del figlio, che non diventa erede, vengono considerati «rappresentanti» del genitore a cui afferiscono. Da ciò si ricavò, ancora, che il soggetto, per poter essere «rappresentato», doveva risultare premorto, poiché: *vivi nulla repraesentatio*¹¹¹. In altri termini, una rappresentazione non era possibile se il figlio non era divenuto erede perché era stato diseredato, ritenuto indegno o perché aveva rinunciato all'eredità¹¹². Talvolta si sosteneva altresì che il «rappresentante» sarebbe divenuto successore del «rappresentato», che cioè dovesse ereditare da quest'ultimo: ciò non era possibile se era stato diseredato dal «rappresentato», se era ritenuto indegno o se aveva rinunciato all'eredità¹¹³.

7.2. Rappresentazione nelle codificazioni delle tradizioni francese e spagnola.

Le codificazioni che seguono le tradizioni del *Code civil* francese e del *Código civil* spagnolo contengono normalmente, talvolta nell'ambito di un solo titolo, un insieme di norme sulla «rappresentazione». Queste norme sono considerate come l'espressione di

¹⁰⁹ Solo molto di rado (El Salvador, Costa Rica) i genitori vengono equiparati ai discendenti: J.P. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 137. Dalla prospettiva del giusnaturalismo, cfr. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., Lib. IV, Cap. XI, § 3: «In successionebus igitur ex intestato et ipsa duce ratione, et consensu omnium, quas novimus, gentium liberi praeferuntur reliquis etiam ipsis parentibus»; DARJES, *Institutiones Iurisprudenciae*, cit., § 644 (riferendosi alla circostanza che per natura i genitori sono obbligati ad amare i propri figli più di chiunque altro). La *Glossa ordinaria* di Accursio, in questo quadro, si riferisce alla lettera dell'apostolo Paolo ai Galati, 4, 7: «Quindi non sei più schiavo, ma figlio; e se figlio, sei anche erede per volontà di Dio» (glossa *Parentibus* annessa all'*Authenticorum Collatio*, IX, Tit. I, Cap. I, in *Corpus Juris Civilis cum commentariis Accursii*, cit., V, c. 515).

¹¹⁰ V. *supra*, n. 3.2.

¹¹¹ V. *supra*, il testo relativo alla nt. 40.

¹¹² Queste sono le tre fattispecie che in genere vengono discusse relativamente alla problematica in esame. Ma non si tratta di una elencazione esaustiva, posto che sussistono ulteriori motivi, per cui un soggetto non diviene erede; per la Germania e l'Austria, cfr. l'*Erbverzicht*: §§ 2346-2352 BGB; § 551 ABGB, che in molti altri ordinamenti è un istituto sconosciuto. Talvolta l'indegnità viene considerata un caso di incapacità (cfr., ad es., l'art. 756 *Código civil* Spagna), e l'art. 929 *Código civil* Spagna, per questa ragione, con riferimento alla rappresentazione si fonda sulla «incapacidad». La diseredazione non ha sempre lo stesso significato. Spesso (ma non in Germania) si ha riguardo alla situazione in cui al testatore è concesso di non destinare la quota di riserva agli eredi legittimari. Il diritto francese non conosce la diseredazione.

¹¹³ Cfr. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 130 s.

una dottrina di carattere generale, applicabile non solo ai discendenti del *de cuius*, bensì anche – in ogni caso, entro certi limiti – ai parenti collaterali¹¹⁴. La rappresentazione, secondo le parole dell'art. 739 *Code civil* (1804), «est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté»: il discendente (o il parente collaterale) si reputa subentrato al posto, ovvero nel grado di parentela e *nei diritti*, del rappresentato. Pertanto vigeva: «[o]n ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes», e vi si collegavano le medesime conseguenze nei casi di indegnità e di rinuncia all'eredità, secondo il diritto romano interpretato dagli autori dello *ius commune*¹¹⁵. Risultavano corrispondenti le regole del *Burgerlijk Wetboek* olandese (1839), del *Civil Code of Lower Canada* (1866) e certamente, in parte, del codice civile italiano del 1865¹¹⁶.

Nel frattempo il regime giuridico è mutato¹¹⁷; Wilbert Kolkman discorre in proposito di una «estensione» della regola sulla rappresentazione¹¹⁸. Si può invece parlare anche di una desostanzializzazione. In seguito alle riforme del 2001 e del 2006, nel *Code civil* tale aspetto risulta non tanto nella nuova definizione della rappresentazione (in cui ancora si precisa che si tratta di una «fiction juridique», idonea a fare del rappresentante il successore «aux droits du représenté»)¹¹⁹, bensì dalla circostanza che la rappresentazione è ormai espressamente prevista anche nei casi di indegnità e rinuncia all'eredità¹²⁰. Il codice civile italiano già nel 1942 aveva attenuato le proprie regole, ammettendo la rappresentazione in caso di rinuncia all'eredità¹²¹; lo stesso trattamento è riconosciuto per l'indegnità, mentre con riguardo alla diseredazione la questione è controversa¹²². Si presenta conforme la situazione nel diritto olandese, ad eccezione del caso della diseredazione, espressamente equiparato a quelli della indegnità e della rinuncia all'eredità¹²³. Una riforma in confronto più tenue (ossia per il caso di indegnità) si è registrata nel *Civil Code* del Québec (1994)¹²⁴.

In relazione al concetto della rappresentazione, è possibile assistere ad un'analogia «estensione», o desostanzializzazione, nelle codificazioni della tradizione spagnola. In Spa-

¹¹⁴ Artt. 739-744 *Code civil* (1804); artt. 751-755 *Code civil* (2001/2006); artt. 729-735 codice civile (1865); artt. 467-469 codice civile (1942); artt. 888-895 BW (1938); artt. 619-624 *Civil Code of Lower Canada*; artt. 660-665 *Civil Code of Québec*; artt. 924-929 (ma anche, ad es., artt. 921-923) *Código civil* spagnolo; in merito all'America Latina, cfr. J.P. SCHMIDT, *op. loc. cit.*

¹¹⁵ V. *supra*, il testo in corrispondenza della nt. 40; cfr. in particolare anche agli artt. 730 e 787 *Code civil* (1804).

¹¹⁶ Cfr. KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 228; BRAUN, *Italy*, cit., 73 (in Italia la rappresentazione era però ammessa in caso di indegnità: cfr. l'art. 728 codice civile 1865); SMITH, *Québec*, cit., 59. Per la Spagna, cfr. l'art. 929 *Código civil*.

¹¹⁷ Per quanto riguarda la legislazione del diciannovesimo secolo, il mutamento del paradigma è peraltro rinvenibile nei riferimenti di VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 692-695 nei motivi relativi al progetto preliminare del BGB.

¹¹⁸ KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 233 s.

¹¹⁹ Art. 751 *Code civil* (2001/2006); in senso critico cfr. i riferimenti in PÈRES, *France*, cit., 41 s.

¹²⁰ Artt. 754(1), 729-1 e 755 *Code civil* (2001/2006).

¹²¹ Art. 468 codice civile 1942.

¹²² Cfr. i riferimenti in BRAUN, *Italy*, cit., 78.

¹²³ Art. 4:12(1) BW (2003) relativo alla «plaatsvervulling».

¹²⁴ Art. 660 *Civil Code of Québec*. Mentre il *Civil Code of Lower Canada* qualificava la rappresentazione alla stregua di una finzione giuridica, il *Civil Code of Québec* la considera «a favour granted by law»/«une faveur accordée par la loi».

gna il *Código civil* del 1889 ammetteva la rappresentazione nei casi di indegnità (nasosta dietro al concetto di incapacità) e di rinuncia all'eredità¹²⁵; e mentre il nuovo *Código civil* catalano del 2009 si presenta più conservatore (rappresentazione solo nei casi di indegnità)¹²⁶, l'evoluzione nell'America Latina dimostra molto chiaramente che la regola «vivi nulla repraesentatio» ha perso terreno: essa è stata del tutto rimossa o esiste soltanto in forma rudimentale¹²⁷. Sembra casuale il fatto che in un Paese la rappresentazione è esclusa in caso di indegnità, ma non in caso di rinuncia all'eredità, mentre in un altro, in caso di rinuncia all'eredità, ma non in caso di indegnità¹²⁸.

7.3. Rappresentazione nelle codificazioni con il sistema delle parentele.

Le codificazioni che hanno adottato il sistema delle parentele per la successione *ab intestato*, omettono argutamente di prevedere regole generali per la rappresentazione. Si impegnano piuttosto nel descrivere cosa accade nel caso in cui un figlio non diviene erede: la sua quota è destinata ai suoi discendenti¹²⁹, ossia questi ultimi subentrano «al posto» del genitore premorto (e la formulazione accolta nel BGB ricorda fortemente le parole utilizzate nella Novella 118)¹³⁰. Nel contempo è evidente che i compilatori dell'ABGB austriaco muovevano ancora dalla concetto qualificato al giorno d'oggi della «rappresentazione materiale» (*materielle Repräsentation*)¹³¹; non solo attinsero in un diverso contesto alla formula, secondo cui i discendenti «subentrano nel diritto» facente capo al genitore premorto¹³², ma spiegarono espressamente nel § 732, terza frase, ABGB che i nipoti di figli ancora in vita e i pronipoti di nipoti ancora in vita non hanno diritti sui beni ereditari. In epoca attuale, come spesso si afferma, prevale una concezione formale della rappresentazione o dell'«Eintrittsrechts»¹³³. Il mutamento di pensiero trovò espressione e supporto in una riforma della disciplina dell'indegnità, nel quadro della terza novella parziale del 1916. In base al riformato § 541 ABGB, il discendente dell'indegno a succedere è *chiamato* a succedere al suo posto, «wengleich er den Erblasser überlebt hat». La stessa regola viene applicata in via analogica al caso della diseredazione¹³⁴; mentre lo statuto giuridico della rinuncia all'eredità è controverso¹³⁵.

¹²⁵ Art. 929 *Código civil* spagnolo.

¹²⁶ Art. 441-7 *Código civil* catalano.

¹²⁷ Sul punto, nello specifico, SCHMIDT, *Latin America*, cit., 131.

¹²⁸ SCHMIDT, *op. loc. cit.*

¹²⁹ § 733 ABGB («[...] so fällt der Anteil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, [...] den mehreren Enkeln zu gleichen Teilen zu»).

¹³⁰ § 1924 III BGB.

¹³¹ R. WELSER, in Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Wien, 2000, §§ 733, 734, Rn. 1.

¹³² § 735 ABGB («[...] so treten dessen nachgelassene Kinder oder Nachkömmlinge in sein Recht ein»); questa regola si estende ai discendenti dei genitori del defunto, e quindi alla successione nella seconda «Parentel».

¹³³ Rummel/WELSE, cit., §§ 733, 734 ABGB, Rnn. 1-3; nonché UNGER, *Das österreichische Erbrecht* (nt. 45), § 33 Anm. 4; cfr. anche ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 196.

¹³⁴ Rummel/WELSER, cit., § 780 ABGB, Rn. 1.

¹³⁵ Rummel/WELSER, cit., §§ 799, 800 ABGB, Rn. 35.

La terminologia della rappresentazione viene anche utilizzata nella letteratura polacca e ungherese¹³⁶. Lo stesso vale per l'ordinamento tedesco¹³⁷, ove, in base a un primo riscontro, il BGB sembra addirittura perpetuare il principio «vivi nulla repraesentatio», dato che il § 1924, 3° comma, menziona soltanto il caso della premorienza. Tuttavia, è generalmente riconosciuto che i casi di indegnità, diseredazione e rinuncia all'eredità sono da trattare ugualmente¹³⁸. Ciò si ricava dalle norme relative agli effetti dell'indegnità e della rinuncia all'eredità¹³⁹. Nel nuovo diritto dei Paesi bassi lo stesso risultato discende direttamente dalla norma dell'art. 4:12 (1) BW.

7.4. Rappresentazione: valutazione.

È sorprendente che una dottrina caratterizzata da un fondamento così incerto¹⁴⁰ abbia potuto tenere sotto scacco gli studiosi tanto a lungo; e che anche le codificazioni, come spesso è accaduto, si sono prima di tutto limitate a riproporre i paradigmi dello *ius commune*. Oggi non dovrebbe più essere difficile riconoscere la vera ragione per cui i nipoti possono ereditare assieme ai figli del *de cuius*: i discendenti del defunto ereditano come autori (stipiti) di diverse stirpi familiari. Ovviamente, anche le codificazioni più recenti, come il BW olandese del 2003, si esprimono ancora al contrario, nell'affermare che «coloro, i quali ereditano per rappresentazione, [...] sono chiamati all'eredità in ragione della stirpe [*staaksgewijze*] per la quota della persona nei cui diritti subentrano»¹⁴¹. Il concetto di rappresentazione, in questa come in altre disposizioni, è semplicemente superfluo. Il diritto ereditario dei discendenti è un diritto *per stirpes*; e invece della affermazione che il discendente subentra «al posto» del genitore premorto, l'effetto di un diritto ereditario *per stirpes* dovrebbe, viceversa, essere precisato indicando che la quota ereditaria spetta a colui (o coloro) il quale (o i quali) al momento della morte è (o sono) autore (o autori) di una determinata stirpe o sottostirpe; oppure, espresso in modo figurativo: la quota di eredità cammina verso il basso all'interno di ogni stirpe e sottostirpe finché non incontra

¹³⁶ Cfr. ZOLL, *Poland*, cit., 301; L. VÉKÁS, *Intestate Succession in Hungary*, in *Intestate Succession*, cit., 278.

¹³⁷ Cfr. l'incertezza concettuale menzionata in ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 196, nt. 43. Anche la letteratura comparatistica adopera il concetto della rappresentazione: cfr. T. RAUSCHER, *Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts*, II, Regensburg, 1993, 140-147; IECL/NEUMAYER, cit., nn. 13-18, 20, 24-27, 38, 44, 47, 57.

¹³⁸ Cfr., ad es., D. LEIPOLD, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁶, IX, München, 2013, § 1924, Rn. 29; K. MUSCHELER, *Erbrecht*, I, Tübingen, 2010, Rn. 1314, discorre di una «berichtigende Auslegung». Sono invece diversi i casi di *Erbverzicht*: § 2349 BGB (cfr. *supra*, nt. 112); sul punto *Id.*, *op. cit.*, Rn. 1314; cfr. anche G. FROMMHOLD, *Ueber das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge des Enterbten nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 12, 1897, 305, 307 s. Per l'Austria, cfr. § 551, frase 2, ABGB e Rummel/WELSER, cit., § 551 ABGB, Rn. 10 («fragwürdig»).

¹³⁹ §§ 2344 II e 1953 II BGB; in merito alla diseredazione, cfr. FROMMHOLD, *Archiv für bürgerliches Recht*, 12, 1897, 305, 308-316; MüKo/LEIPOLD, cit., § 1938 BGB, nt. 4. Il primo progetto del BGB conteneva ancora una disposizione che riguardava tutte le suddette costellazioni: § 1972 E I; v. in proposito MUGDAN, *Motive*, V, cit., 199 s. Lo stesso vale presumibilmente per altri ordinamenti come quello polacco, in cui l'art. 931(2) *Kodeks cywilny* (abbreviato Kc), menziona altresì soltanto la premorienza, ma l'indegno viene considerato alla stregua di un soggetto premorto (art. 928 (2)); lo stesso effetto giuridico è previsto in caso di rinuncia all'eredità: cfr. art. 1020; in merito alla diseredazione, cfr. art. 1011.

¹⁴⁰ V. *supra* il testo in corrispondenza della nt. 44.

¹⁴¹ Art. 4:12(2) BW (2003); cfr. anche l'art. 753 *Code civil* (2001/2006).

un discendente sopravvissuto (o più discendenti sopravvissuti). La questione se al discendente in parola (o ai discendenti in parola) spetta questa quota di eredità, ove il discendente della stessa stirpe più prossimo al *de cuius* è giudicato indegno o è stato diseredato, oppure ha rinunciato all'eredità, per il legislatore è da decidere in base a giudizi di valore e non risulta, per così dire, automaticamente dall'idea della rappresentazione.

La maggioranza degli ordinamenti della tradizione continentale europea seguono oggi la concezione per cui la posizione giuridica di un nipote (facendo riferimento alle fattispecie più frequenti) non deve essere toccata dall'indegnità, dalla diseredazione o dalla rinuncia all'eredità del figlio del defunto dal quale discende¹⁴². In effetti, ciò appare ragionevole. In caso di indegnità il risultato corrisponde alla visione che i figli non dovrebbero pagare per i peccati dei genitori; e con riguardo alla rinuncia all'eredità, la regola si fonda sulla considerazione che i membri della generazione successiva non devono essere pregiudicati dalle decisioni dei propri genitori, ma dovrebbero essere messi in condizione di decidere autonomamente. Per ciò che concerne la diseredazione, la soluzione preferibile si risolve in primo luogo in una questione interpretativa: chi voleva diseredare il *de cuius*, soltanto il figlio o l'intera stirpe discesa da quest'ultimo? La legge richiede in proposito soltanto una regola alla quale fare riferimento in casi dubbi, e una tale regola dovrebbe adottare un'impostazione analoga a quella privilegiata in tema di indegnità e rinuncia all'eredità: il defunto che ha diseredato una determinata persona, nel dubbio non ha voluto diseredare questa determinata persona *e i suoi discendenti*. Questa soluzione è la più semplice perché consente di mantenere un approccio unitario; e in assenza di convincenti controindicazioni di ordine politico, la soluzione più semplice è certamente la migliore. Il regime giuridico preferibile può quindi riassumersi nel modo seguente: i discendenti sono eredi della prima classe, ma il discendente che sopravvive al defunto e che non è escluso per qualsiasi ragione dall'eredità, esclude dall'eredità tutti i discendenti, che per suo tramite hanno un legame parentale con il *de cuius*.

7.5. Successione *per stirpes*: valutazione.

Gli ordinamenti europei e quelli che ne risultano influenzati, indipendentemente a quale delle tre menzionate tradizioni essi appartengano, con riguardo agli ascendenti accolgono il principio della successione *per stirpes* quasi alla stregua di una cosa ovvia: soltanto di rado esso è sottoposto a una revisione critica. Perché? Cosa fa apparire questo principio così evidente? I figli del defunto ereditano per *capita*; pertanto, il diritto successorio li tratta in modo uguale¹⁴³ (e non gli è neppure consentito di trattarli in modo differente¹⁴⁴). Ciascun

¹⁴² V. KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 233.

¹⁴³ Cfr., ad es., art. 744(2) *Code civil*; art. 566(1) codice civile; art. 4:11(1) BW; § 732 ABGB; § 1924 IV BGB; § 7:55(1) und (2) Ptk; art. 931 e 932 *Código civil* spagnolo; art. 441-8 *Código civil* catalano; cfr. anche section 47(1)(i) *Administration of Estates Act* 1925; section 6(a) *Succession (Scotland) Act* 1964.

¹⁴⁴ Per la Germania, cfr. MUSCHELER, *Erbrecht* (nt. 138), Rn. 1315, il quale si riferisce all'art. 14 I GG.

figlio fonda normalmente una propria famiglia della quale è responsabile e a cui, secondo il naturale decorso della vita, perverrà la quota di eredità (posto che le diverse generazioni non solo nascono una dopo l'altra, ma muoiono altresì una dopo l'altra). L'ordine di questo naturale modello ereditario non dovrebbe essere turbato da una innaturale successione dei decessi: altrimenti i figli del figlio premorto del *de cuius* dovrebbero subire non solo la perdita del genitore, ma in aggiunta la perdita del patrimonio che avrebbero normalmente ottenuto per il suo tramite. Nel contempo, da un punto di vista patrimoniale, la morte del figlio del defunto costituirebbe per i suoi fratelli sopravvissuti una fortuna insperata, in quanto la loro quota aumenterebbe in maniera coincidente. Siffatto risultato non sarebbe equo e non corrisponderebbe a ciò che in genere il *de cuius* avrebbe voluto. Stabilendo la successione *per stirpes* il diritto agisce per rendere la successione «immune»¹⁴⁵ dall'elemento dell'arbitrio della sorte, concernente soprattutto la morte del figlio prima del *de cuius* e, inoltre, la determinazione di quale dei diversi figli del defunto è chiamato a incontrare questo destino¹⁴⁶.

7.6. Nipote risalente a diverse stirpi: successione *per capita*?

Una delle conseguenze della successione per stirpi risiede nel fatto che se al momento della morte del *de cuius* non sussistono figli sopravvissuti, ma una serie di nipoti, questi ultimi ottengono la quota che il loro rispettivo genitore avrebbe ricevuto se fosse sopravvissuto al defunto. Pertanto, se, ad esempio, l'ereditando ha due figli, entrambi a lui premorti, e quattro nipoti, di cui uno discende da un figlio e tre discendono dall'altro, al nipote figlio unico spetterebbe metà dell'asse ereditario, mentre gli altri tre dovrebbero dividersi l'altra metà del lascito. Talora questo risultato viene considerato iniquo, poiché, nel realizzare la concezione della parità di trattamento delle stirpi, determina una disparità di trattamento dei nipoti come individui. Un nonno tipico non considera i suoi nipoti come figli dei suoi figli (ossia membri di diverse stirpi), bensì come un gruppo di individui che gli sono equidistanti. Ogni nipote dovrebbe quindi essere chiamato ad ereditare dal nonno la stessa quota¹⁴⁷. Tuttavia, tale argomentazione fa perno su una pura speculazione, posto che altrettanto di frequente un trattamento uguale dei nipoti si porrebbe in contrasto con la tipica volontà del *de cuius*; i notai olandesi hanno addirittura cercato di dimostrarlo facendo ricorso alle proprie esperienze professionali¹⁴⁸. Alla luce di queste circostanze e del fatto che non sembrano sussistere ulteriori argomenti a favore di un trattamento uguale dei nipoti, è preferibile mantenere la soluzione logicamente riconducibile al principio della successione per stirpi¹⁴⁹. Essa risulta altresì rafforzata dalla considerazione che, nei limiti

¹⁴⁵ L'espressione è di SCHMIDT, *Latin America*, cit., 128.

¹⁴⁶ Così anche SCHMIDT, *op. cit.*, 128-130; cfr. inoltre SCALISE, *United States of America*, cit., 409.

¹⁴⁷ Diese Lösung findet sich in zwei lateinamerikanischen Kodifikationen, sie wird aber auch anderswo befürwortet; cfr. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 127 s.; KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 234; ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 196.

¹⁴⁸ KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 234.

¹⁴⁹ Ciò è in linea con l'orientamento prevalente in Germania, nei Paesi bassi e nella maggior parte dei Paesi dell'America Latina; per

del possibile, il diritto dovrebbe evitare situazioni in cui l'estensione della quota di eredità di una stirpe venga influenzata da eventi che accadono nell'ambito di una diversa stirpe. Il nipote discendente del primo figlio del *de cuius* non può non considerare arbitrario che la sua quota, in seguito alla morte dello zio, debba ridursi dalla metà a un quarto; per i tre nipoti discendenti del secondo figlio del defunto, la morte del padre determina, viceversa, da un punto di vista patrimoniale, un guadagno insperato. A ciò si aggiunge, infine, il rischio di manipolazioni, posto che il secondo figlio, rinunciando all'eredità, potrebbe far ottenere alla sua famiglia una quota maggiore dell'eredità, rispetto a quella che normalmente le spetterebbe¹⁵⁰.

7.7. Ordinamenti giuridici privi di un codice civile.

Anche gli ordinamenti anglo-americani e scandinavi, così come i sistemi misti presi in esame nel volume dedicato all'«Intestate Succession», attribuiscono precedenza ai discendenti del *de cuius*. Riconoscono altresì, e senza eccezioni, il principio della successione per stirpi; ed è interessante rilevare come, in questo contesto, adottino quasi tutti la terminologia della rappresentazione¹⁵¹. Non è sempre chiaro quali siano le conseguenze che vi si collegano: in Scozia, ad esempio, la rappresentazione riguarda soltanto casi in cui la persona rappresentata è deceduta prima del *de cuius*¹⁵². Tuttavia, ciò sembra emergere dalle parole della legge¹⁵³ e non dall'essenza della rappresentazione. D'altra parte, negli Stati Uniti d'America, la maggior parte degli Stati riconosce senza indugio la rappresentazione anche nei casi (secondo la terminologia del continente europeo) di indegnità e di rinuncia all'eredità¹⁵⁴. In merito alla questione se discendenti sopravvissuti appartenenti a diverse stirpi, che condividono il medesimo grado di parentela rispetto al *de cuius*, distaccandosi dalla logica delle stirpi, debbano ereditare *per capita*, il diritto statunitense dimostra che risulta più difficile implementare una regola di questo genere piuttosto che una logica attuazione della successione *per stirpes*¹⁵⁵. La tesi della successione *per capita* viene sostenuta anche in Scozia, ma non è rimasta incontrastata¹⁵⁶.

l'Italia, cfr. BRAUN, *Italy*, cit., 79.

¹⁵⁰ SCHMIDT, *Latin America*, cit., 128.

¹⁵¹ V. DE WAAL, *South Africa*, cit., 260; KERRIDGE, *England and Wales*, cit., 346; REID, *Scotland* (nt. 101), 389; SCALISE, *United States of America*, cit., 409; SCHERPE, *Nordic Countries*, cit., 310.

¹⁵² REID, *Scotland*, cit., 390.

¹⁵³ «[...] a person who, if he had survived an intestate, would [...] have had right [...] to the whole or any part of the intestate estate has predeceased the intestate, but has left issue who survive the intestate, such issue shall have the like right to the whole or to that part of the intestate estate as the said person would have had if he had survived the intestate»: section 5 *Succession (Scotland) Act 1964* (sotto il titolo «representation»).

¹⁵⁴ SCALISE, *United States of America*, cit., 417, 419.

¹⁵⁵ Sul punto, SCALISE, *United States of America*, cit., 409 s.

¹⁵⁶ REID, *Scotland* (nt. 101), 390 («not easy to justify»); cfr. inoltre IECL/NEUMAYER, cit., n. 14.

8. Chi è il prossimo a ereditare?

Tutti gli ordinamenti successori del mondo occidentale prevedono che i parenti appartenenti alla seconda classe ereditano soltanto quando non sussiste un erede della prima classe¹⁵⁷. Tuttavia, si differenziano tra loro in maniera caratteristica nel determinare chi fa parte della seconda classe. O la classe è formata dagli ascendenti del defunto (sistema delle tre linee)¹⁵⁸, oppure dai genitori del defunto e dai loro discendenti, per quanto i discendenti in nessun caso ereditano assieme al genitore in virtù del quale sono parenti del *de cuius*, ma soltanto ove tale genitore non erediti (*Parentelsystem stricto sensu*)¹⁵⁹, o erediti soltanto dai genitori del defunto (Inghilterra e ordinamenti giuridici di tradizione inglese)¹⁶⁰, oppure dai genitori del defunto e dai suoi fratelli, per quanto questi ultimi eventualmente possono essere «rappresentati» dai propri discendenti (Francia e ordinamenti giuridici di tradizione francese)¹⁶¹. La trattazione comparativa di questi modelli si scompone in una serie di questioni più specifiche, delle quali la prima e più significativa è: chi viene chiamato dopo i discendenti?

8.1. Genitori oppure genitori, fratelli e sorelle?

Mentre tutti gli ordinamenti occidentali convergono nel porre i genitori sopravvissuti in seconda linea, quelli di tradizione francese vi pongono anche i fratelli e le sorelle del defunto. Da nessuna parte i fratelli e le sorelle sembrano prevalere rispetto ai genitori del *de cuius*¹⁶². Ciò permette di concretizzare la suddetta questione nel modo seguente: genitori oppure genitori, fratelli e sorelle? Già un primo sguardo alle complesse regole che nel diritto francese e in quello italiano si rendono necessarie per coordinare i diritti successori dei genitori con quelli dei fratelli e delle sorelle¹⁶³ mette in risalto un importante pregio del regime

¹⁵⁷ Che un parente non erediti finché sussiste un parente appartenente a una classe più vicina al defunto è espresso alla stregua di un principio generale dall'art. 734 *Code civil*; § 1930 BGB; art. 4:10(1) BW («agtereenvolgens»), ma si evince altresì dal modo in cui le altre codificazioni e le altre leggi stabiliscono a quali condizioni una persona, appartenente alla seconda classe, è chiamata all'eredità. Il diritto inglese, gli ordinamenti riconducibili a tale tradizione e il diritto scozzese non suddividono i parenti in determinati classi, ma stabiliscono in apposite leggi soltanto l'ordine dei chiamati all'eredità *ab intestato*. In tutti questi ordinamenti, i discendenti sono al primo posto, mentre gli altri parenti sono chiamati all'eredità soltanto in assenza di discendenti.

¹⁵⁸ Art. 935 *Código civil* spagnolo; art. 442-8 *Código civil* catalano; per l'America Latina, v. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 122.

¹⁵⁹ § 735 ABGB; § 1925 I BGB; § 7:63 Ptk; Art. 932 Kc; s. 1(1)(d) *Intestate Succession Act 88* del 1987 (Sud Africa); sui Paesi nordici, SCHERPE, *Nordic Countries*, cit., 310 s.

¹⁶⁰ Section 46(1)(iii) *Administration of Estates Act 1925* (England); relativamente all'Australia e alla Nuova Zelanda, v. PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 364; con riguardo agli Stati Uniti, SCALISE, *United States of America*, cit., 414.

¹⁶¹ Art. 734(2) *Code civil*; art. 571 codice civile; art. 4:10(1)(b) BW; art. 674 (cfr. tuttavia anche gli artt. 672 e 673) *Civil Code of Québec*; cfr. inoltre section 2(1)(b) *Succession (Scotland) Act 1964*. In merito al diritto romano e allo *ius commune*, cfr. *supra* n. 2; una esauritiva panoramica comparativa è offerta in prospettiva contemporanea da VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 696-703.

¹⁶² Cfr., tuttavia, per le epoche precedenti la citazione di FELTZIUS, dal testo precedente alla nt. 69 («[...] est vicissim, ubi hi illis [...]»).

¹⁶³ Artt. 736-738-2 *Code civil*; artt. 568, 570 e 571 codice civile; artt. 670-676 *Civil Code of Québec*; per i Paesi bassi, v. art. 4:11(2) e (3) BW; cfr. anche IECL/NEUMAYER, cit., nn. 39-44.

«solo genitori»: la sua semplicità¹⁶⁴. Ovviamente, tale pregio assume sostanza se entrambe le soluzioni risultano accettabili. In effetti, il regime «solo genitori» appare preferibile anche per altre ragioni. In primo luogo, la soluzione è assistita dall'argomento della reciprocità¹⁶⁵. Se, come corrisponde alla visione comune, i figli sono le persone più vicine ai genitori, allora anche i genitori dovrebbero essere le persone più vicine ai propri figli (posto – e da questo presupposto non può non muoversi nel contesto in esame –, che questi ultimi non hanno propri figli).

In secondo luogo, anche il modo con cui il diritto stabilisce gli obblighi alimentari nell'ambito della famiglia dimostra che i fratelli non sono considerati in un rapporto di vicinanza alla persona analogo a quello dei genitori. Infatti, tali obblighi sussistono normalmente nei confronti dei figli – o, più in generale: nei confronti dei discendenti – e nei confronti dei genitori – o, più in generale: nei confronti degli ascendenti – (quindi in linea verticale; così, ad es., in Germania, Austria, Francia, nei Paesi bassi, Québec e negli Stati Uniti)¹⁶⁶, talvolta soltanto nei confronti dei figli (Inghilterra, Scozia, ordinamenti scandinavi)¹⁶⁷. Persino nei Paesi in cui gli alimenti possono essere dovuti anche nei confronti dei fratelli e delle sorelle (Italia, Spagna, Cile, Polonia)¹⁶⁸, questi sono posti all'ultima posizione. In terzo luogo, anche le norme sulle quote di riserva indicano quali persone sono dal diritto – in questo caso, finanche dal diritto successorio – considerate più prossime al defunto. Il circolo delle persone che, in ogni caso, al ricorrere di determinate condizioni, hanno diritto a una quota di riserva è ristretto ai figli, ai figli e ai genitori, o, più in generale: a discendenti e ascendenti¹⁶⁹; i fratelli e le sorelle non sono presi in considerazione. Tutto ciò conferma che nella tradizione del diritto occidentale i genitori godono di particolare rispetto: «Onora tuo padre e tua madre [...] perché la tua vita sia lunga»¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Non a caso Wilbert Kolkman dedica nella sua trattazione sul diritto dei Paesi bassi un capitolo alla «difficult second class»: KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 236.

¹⁶⁵ Cfr. anche HELFELD, *Iurisprudentia forensis*, cit., § 1652: «Successio, quae ex lege competit, regulariter est reciproca».

¹⁶⁶ Nel dettaglio, cfr. §§ 1601-1603 BGB; §§ 230-234 ABGB; artt. 203 e 205 *Code civil*; art. 1:392(1) BW (Paesi bassi); art. 585 *Civil Code of Québec*. Per una analisi sintetica dei c.d. «filial responsibility statutes» negli Stati Uniti, cfr. S.F. EDELSTONE, *Filial Responsibility: Can the Legal Duty to Support Our Parents Be Effectively Enforced?*, in 36 *Family Law Quarterly* (2002/2003), 501-514.

¹⁶⁷ Nello specifico, cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1783, Book I, Chapter 16, I. 1 (446-452), section 2 s. *Children Act 1989* (Inghilterra), section 1 (c) *Family Law (Scotland) Act 1985* (Scozia), LØDRUP, A. AGELL, A. SINGER, *Nordisk børneret I - Farskap, morskap og underbåll till barn*, København, 2003, 237-430 (Paesi scandinavi).

¹⁶⁸ Art. 433 codice civile; art. 143 *Código civil* spagnolo; art. 326 *Código civile* cileno; art. 134 *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* [Code of Family Law and Guardianship] (Polonia).

¹⁶⁹ § 2303 BGB; §§ 762, 763 ABGB; art. 536 codice civile; art. 913 *Code civil* (con riguardo agli ascendenti, cfr. ora art. 738-2 *Code civil*); artt. 4:35 e 4:36 BW; art. 807 *Código civil* spagnolo; art. 451-3 e 451-4 *Código civil* catalano; cfr. inoltre S. CÁMARA LAPUENTE, *Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law*, in *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, a cura di M. Anderson, E. Arroyo y Amayuelas, Groningen, 2011, 269-305, in merito ai diversi diritti forali. In Inghilterra solo i figli, i nipoti e i genitori possono, ove ricorrono determinate condizioni, pretendere «family provision» (section 7 *Family Provision Act*); per il Sud Africa, cfr. M.M. CORBETT, G. HOFMEYR, E. KAHN, *The Law of Succession in South Africa*, Lansdowne, 2001, 41-47.

¹⁷⁰ DEUTERONOMIO 5, 16. Dalla prospettiva del diritto naturale, PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, cit., Lib. IV, Cap. XI, § 13; DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae*, cit., § 647 (scopo: «Deficientibus descendentibus liberi per naturam obligati sunt, ut maxime ament parentes»).

8.2. Un genitore è premorto.

Ove i genitori nell'ambito della successione *ab intestato* siano chiamati all'eredità dopo i discendenti, appare ovvio che essi debbano ereditare per parti uguali. Ciò oggi è universalmente riconosciuto¹⁷¹. Ma cosa accade se uno dei genitori è premorto? Per poter valutare il quadro comparativo in maniera corretta, occorre distinguere se al genitore premorto siano o meno sopravvissuti discendenti. Nel caso in cui sussistano discendenti, molti ordinamenti giuridici (Austria, Germania, Polonia, Ungheria, Sud Africa, Paesi scandinavi)¹⁷² stabiliscono che questi ultimi acquistano la quota che normalmente sarebbe spettata ai genitori premorti; per quanto possibile, valgono le stesse regole previste per i discendenti del defunto (ossia gli eredi appartenenti alla prima classe). Nel desueto linguaggio dello *ius commune* si diceva (e, in effetti, ancor oggi si dice spesso) che il genitore premorto è rappresentato dai suoi discendenti. Altri ordinamenti giuridici destinano l'intera eredità al genitore sopravvissuto. Ciò è previsto negli ordinamenti del sistema delle tre linee¹⁷³ (dove questo risultato consegue al fatto che la seconda classe, ossia gli ascendenti, precede la terza classe, ossia i parenti collaterali)¹⁷⁴ e analogamente in Inghilterra e negli ordinamenti della tradizione inglese¹⁷⁵ (ne deriva che la tesi secondo cui si tratterebbe di ordinamenti riconducibili ai *Parentelsysteme*¹⁷⁶ appare suffragata in modo considerevole). (Gli ordinamenti in cui i genitori ereditano insieme ai fratelli e le sorelle, come la Francia, i Paesi bassi e la Scozia, in questo contesto possono essere tralasciati).

Probabilmente, la differenza tra le due soluzioni non dovrebbe rivelarsi particolarmente marcata, dal momento che, se i figli del genitore premorto sono altresì i figli del genitore sopravvissuto, la quota di eredità del genitore deceduto un giorno gli perverrà ove non l'abbiano ottenuta direttamente. Può perfino aggiungersi che siffatta regolamentazione successoria si pone in linea con una diffusa prassi testamentaria dei coniugi: di frequente l'intera eredità è destinata, anzitutto, al coniuge superstite e, soltanto dopo la sua morte, ai figli in comune¹⁷⁷. Il fatto che la prima delle due soluzioni debba chiaramente essere preferita dipende essenzialmente da due ragioni: (i) non di rado, il genitore superstite si

¹⁷¹ Art. 936 *Código civil* Spagna; art. 442-8 *Código civil* catalano; § 735 ABGB; § 1925 BGB; § 7:63 Ptk; art. 932(3) Kc; cfr. anche art. 736 *Code civil*; art. 675 *Civil Code of Québec*; art. 568 codice civile; art. 4:11(1) BW; s. 46(1)(iii) *Administration of Estates Act* 1925 (England); section 2(1)(b) e (d) *Succession (Scotland) Act* 1964; section 1(1)(d)(i) *Intestate Succession Act* 81 del 1987 (Sud Africa); in merito all'Australia e alla Nuova Zelanda, cfr. PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 364.

¹⁷² § 735 ABGB; § 1924 III BGB; § 7:63 Ptk; art. 932(4) Kc; s. 1(1)(d)(ii) *Intestate Succession Act* 81 del 1987 (Sud Africa); in relazione ai Paesi scandinavi SCHERPE, *Nordic Countries*, cit., 310 s.

¹⁷³ Art. 937 *Código civil* spagnolo; art. 442-8 *Código civil* catalano; sull'America Latina, v. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 132 e 137.

¹⁷⁴ L'ascendente premorto per questo non può essere «rappresentato» dai discendenti. Tuttavia, non può neppure essere «rappresentato» dai suoi ascendenti (non premorti): «[T]he legislatures apparently wished to restrict [the 'ascension' of the estate] to the necessary minimum, stopping at the first opportunity»: SCHMIDT, *Latin America*, cit., 132. In prevalenza, anche gli autori dello *ius commune* avevano manifestato l'opinione secondo cui non sussiste «rappresentazione» con riguardo agli ascendenti: cfr. *supra*, il testo in corrispondenza della nt. 42.

¹⁷⁵ Section 46(1)(iv) *Administration of Estates Act* 1925 (Inghilterra); in merito agli Stati Uniti, l'Australia e la Nuova Zelanda, v. SCALISE, *United States of America*, cit., 414 und PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 364; cfr. anche IECL/NEUMAYER, cit., n. 17.

¹⁷⁶ V. *supra*, nt. 100.

¹⁷⁷ Per la Germania, cfr. § 2269 BGB.

sposerà nuovamente, otterrà nuovi figli e, di conseguenza, fonderà una nuova famiglia. Ciò potrebbe indurlo a destinare il proprio patrimonio, comprensivo dell'eredità, alla nuova famiglia piuttosto che a quella precedente. Ma anche se non dovesse farlo, si ridurrebbe la quota di eredità *ab intestato* dei discendenti riconducibile al genitore premorto. Questo appare iniquo e non corrisponde neppure alla presumibile volontà del defunto¹⁷⁸. (ii) Strettamente connessa, si presenta un'ulteriore osservazione: in base alla seconda delle suddette soluzioni, il lascito del *de cuius* verrebbe condotto o nella famiglia di uno o in quella dell'altro genitore, a seconda del genitore che muore per primo. In questo modo, si finisce per incidere soprattutto sulla posizione dei fratelli e delle sorelle unilaterali del defunto. Tale posizione varierà in maniera considerevole, in dipendenza della circostanza se il genitore premorto è colui il quale essi condividono con il defunto o, appunto, colui il quale essi non condividono con quest'ultimo. La successione dei fratelli e delle sorelle unilaterali dipenderebbe così da un criterio casuale e ciò non sarebbe soddisfacente¹⁷⁹.

8.3. Fratelli e sorelle unilaterali.

In questa sede, sia pure da una prospettiva molto generale, è appropriato uno sguardo alla posizione dei fratelli e delle sorelle unilaterali nell'ambito della successione *ab intestato*, posto che sussistevano e sussistono ancora oggi notevoli differenze. Alcuni ordinamenti giuridici (tra i quali, quelli di tradizione romanistica e il diritto inglese¹⁸⁰) discriminano apertamente i fratelli e le sorelle unilaterali: questi sono chiamati all'eredità soltanto se non sussistono germani. Altri ordinamenti (in particolare, il diritto francese, a partire dalla riforma del 2001) riconoscono ai fratelli e alle sorelle unilaterali la stessa quota spettante ai germani (nei casi in cui entrambi i genitori siano premorti)¹⁸¹. Nel confronto, sembra preferibile una soluzione idonea a evitare i due estremi. Trattare ugualmente germani e unilaterali non significa che tutti devono ottenere la stessa quota di eredità: i fratelli e le sorelle unilaterali si trovano nella stessa posizione dei germani soltanto riguardo al genitore che hanno in comune con la persona premorta. Occorre pur sempre tenere in considerazione che essi dispongono di prospettive successorie anche in relazione ai membri della famiglia dell'altro genitore. Ove, ad esempio, il genitore premorto abbia lasciato tre ulteriori figli, dei quali due hanno in comune con il *de cuius* anche l'altro genitore, allora ciascuno dei tre figli dovrebbe ottenere un terzo della metà del lascito che sarebbe spettato al genitore premorto. Siffatto risultato discende naturalmente dal sistema delle parentele, che per

¹⁷⁸ SCHMIDT, *Latin America*, cit., 137.

¹⁷⁹ SCHMIDT, *Latin America*, cit., 138.

¹⁸⁰ In merito al diritto romano, v. *supra* testo in corrispondenza della nt. 19; per l'Inghilterra, v. section 46(1)(v) *Administration of Estates Act 1925*; per la Scozia, section 3 *Succession (Scotland) Act 1964*. Una panoramica comparativa si rinviene in RAUSCHER, *Erbrecht II*, cit., 142-144; per gli ordinamenti anglo-americani cfr. anche IECL/NEUMAYER, cit., n. 19.

¹⁸¹ Art. 737 *Code civil*. La medesima soluzione sembra vigere in una serie di singoli stati degli Stati Uniti d'America: SCALISE, *United States of America*, cit., 415. La Polonia tratta i fratelli e le sorelle unilaterali in maniera altrettanto favorevole (ZOLL, *Poland*, cit., 302).

questo motivo non contiene norme particolari per la successione dei fratelli e delle sorelle unilaterali¹⁸². Altri ordinamenti dispongono invece espressamente che i fratelli e le sorelle unilaterali hanno diritto ad una quota pari alla metà di quella spettante ai germani¹⁸³.

8.4. «Fente successorale» e «Lienarsukzession».

Se al defunto non sopravvivono discendenti, né i suoi fratelli o le sue sorelle, o i figli di questi ultimi, ma un genitore, la maggior parte degli ordinamenti giuridici riconoscono a quest'ultimo l'intero lascito¹⁸⁴. Tuttavia, esistono due eccezioni. La prima è la *fente successorale* del diritto francese: si suddivide l'asse ereditario in due metà, la prima è destinata al genitore superstite, l'altra agli ascendenti superstiti del genitore premorto¹⁸⁵. La regola è curiosa in quanto, in definitiva, porta al risultato che la metà dell'asse invece di essere acquistata dai parenti più vicini, perviene a parenti più lontani. Infatti, gli ascendenti superstiti, generalmente, non potranno godere a lungo della metà del lascito, prima che questa venga destinata ai propri discendenti. Da un punto di vista storico, ciò era considerato appropriato alla luce della regola *paterna paternis, materna maternis*: dato che i beni facenti parte dell'asse ereditario si assumono pervenuti al defunto sia dalla linea paterna sia dalla linea materna, appare iniquo che essi vengano attribuiti interamente a una delle due linee, a seconda di quale genitore sia deceduto prima del *de cuius*¹⁸⁶. Certamente, in ciò si annida un elemento di arbitrio, ma un giudizio negativo può derivare soltanto nell'ottica di una concezione feudale della famiglia: il patrimonio della famiglia deve restare accorpato e possibilmente non deve essere ridotto nel trapasso da una generazione all'altra. Si tratta, tuttavia, di una concezione superata. Viviamo nell'epoca dell'individualismo e se il diritto successorio tiene in conto la solidarietà familiare¹⁸⁷, lo fa soltanto movendo dalla prospettiva dell'ereditando. Egli, normalmente, avverte come più vicino il proprio genitore supersite piuttosto che i propri nonni o i bisnonni e i loro discendenti dell'altra linea¹⁸⁸. E se fosse effettivamente di primaria importanza che entrambe le linee ricevano qualcosa in seguito alla morte del *de cuius*, ci si dovrebbe aspettare che ciò accada anche nel caso in cui al defunto non dovessero sopravvivere ascendenti, bensì soltanto i discendenti di

¹⁸² Cfr., tuttavia, section 1(e)(i) *Intestate Succession Act 81* del 1987 (Sud Africa).

¹⁸³ Siffatte disposizioni si rinvencono all'art. 949 *Código civil* spagnolo e all'art. 570(2), 571(2) codice civile; art. 4:11(2) BW; in merito all'America Latina, v. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 134.

¹⁸⁴ Cfr. *supra*, ntt. 173 e 174; nonché § 737 ABGB; § 1925 III 2 BGB; section 1(1)(d)(ii) *Intestate Succession Act 81* del 1987 (Sud Africa). Un tale «switching of the sides» si genera anche ove entrambi i genitori siano premorti e solo uno di loro ha lasciato discendenti. Secondo la logica del sistema delle parentele tali discendenti superstiti ereditano l'intero asse (e non i più remoti ascendenti del defunto o i loro discendenti): infatti, i membri della terza classe sono chiamati all'eredità soltanto in assenza di membri della seconda classe. In merito alla Germania, cfr. MUSCHELER, *Erbrecht*, cit., Rn. 1329.

¹⁸⁵ Artt. 747, 748 *Code civil*.

¹⁸⁶ V. *supra*, nn. 3.3. e 3.4.

¹⁸⁷ ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 183; REID, DE WAAL, ZIMMERMANN, cit., 447.

¹⁸⁸ Diversamente, a successione secondo il principio *paterna paternis, materna maternis* non si basa sulla presumibile volontà del *de cuius*: cfr. TERRÉ, LEQUETTE, GAUDEMET, *Les successions*, cit., n. 14.

questi ultimi, ossia gli zii e le zie, o i prozii e le prozie. Tuttavia, questo non si verifica: in mancanza di ascendenti superstiti in una linea, gli ascendenti dell'altra linea ottengono l'intero asse ereditario¹⁸⁹. Infine, dovrebbe far riflettere i sostenitori della *fente* la circostanza che la codificazione italiana e quella dei Paesi bassi, sotto il profilo in esame, non hanno seguito il diritto francese, neppure nelle versioni originarie del 1838 e del 1865¹⁹⁰.

L'altra eccezione è la «Linearsukzession» del diritto ungherese¹⁹¹. Essa funziona in modo un po' diverso rispetto alla *fente successorale*, in quanto si estende soltanto alla parte del patrimonio che il defunto ha ottenuto direttamente o indirettamente da un ascendente o che ha sostituito tale parte del patrimonio. Inoltre, il patrimonio pervenuto al *de cuius* dagli ascendenti non risale soltanto agli ascendenti superstiti, ma agli ascendenti o ai parenti collaterali nell'ambito della linea familiare in questione. La «Linearsukzession», che nel 1861 venne introdotta nel diritto ungherese a fronte dell'abolizione del regime feudale¹⁹², nonostante forti opposizioni, non è stata espunta dalle riforme del diritto successorio ungherese, neppure in seguito all'adozione del nuovo codice ungherese del 2013. Si tratta di un moderno residuo del *retour lignager* della prima età moderna¹⁹³ e si presta a obiezioni analoghe a quelle mosse nei confronti della *fente successorale*. Non sorprende che nella prassi la «Linearsukzession» abbia sollevato notevoli difficoltà e che continuerà a sollevarne¹⁹⁴.

8.5. Successione *per stirpes* con riguardo ai discendenti dei genitori.

Dovrebbe ormai apparire evidente che l'esame comparativo dei sistemi successori contribuisce a confermare la bontà del sistema delle parentele. Esso presenta dei vantaggi sia rispetto al sistema delle tre linee che ai sistemi misti di origine romanistica o francese, poiché determina gli eredi *ab intestato* in un ordine adeguato, e lo fa in maniera semplice e facilmente comprensibile¹⁹⁵. Il BGB offre da questo punto di vista una regolamentazione

¹⁸⁹ Art. 748(3) *Code civil*. Non è sempre stato così; relativamente ai motivi che hanno portato all'adozione della nuova regola, cfr. TERRÉ, LEQUETTE, GAUDEMET, *Les successions*, cit., n. 115.

¹⁹⁰ KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 228; BRAUN, *Italy*, cit., 73. Nella stessa esperienza francese la *fente successorale* appare un tema scarsamente approfondito. Sull'evoluzione storica, cfr. MALAURIE, *Les successions*, cit., nn. 67-70; TERRÉ, LEQUETTE, GAUDEMET, *Les successions*, cit., n. 112; cfr. inoltre T. FRÖSCHLE, *Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten in Frankreich und England im Laufe des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, 1996, 16 s. Malaurie descrive la *fente* come un'espressione di un obbligo del defunto nei confronti delle due famiglie dalle quali è nato. Altri Autori (TERRÉ-LEQUETTE-GAUDEMET, *loc. cit.*) offrono una spiegazione più solida da un punto di vista sociologico: in ogni rapporto di coniugio esisteva «une homogamie sociale», ossia le famiglie originarie dei coniugi erano similmente benestanti. Ma al giorno d'oggi ciò non accade più.

¹⁹¹ §§ 7:67-71 Ptk.

¹⁹² VÉKÁS, *Hungary*, cit., 282.

¹⁹³ V. *supra*, il testo in seguito alla nt. 58.

¹⁹⁴ VÉKÁS, *Hungary*, cit., 283.

¹⁹⁵ Il sistema delle tre linee è altrettanto semplice ed esaustivo, in quanto provvede allo stesso modo alla «Entwicklung eines Prinzips durch alle Verzweigungen der Sukzession»: VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 689. Questo non accade nei sistemi misti di origine giustiniana o francese e ciò si profila uno dei principali svantaggi, non accompagnato ad alcun vantaggio. Rispetto al sistema delle parentele, anche il sistema delle tre linee presenta, tuttavia, notevoli svantaggi da altri punti di vista: esso determina tassativamente la precedenza di ascendenti anche remoti su tutti i parenti collaterali, la latente discriminazione dei fratelli e delle sorelle unilaterali, e risultati incerti nell'ambito della classe dei parenti collaterali. Per una analisi esaustiva, v. J.P. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 136-139.

concosa, mentre le disposizioni dell'ABGB (§§ 731–741, 750 s.), malgrado il carattere pionieristico, si segnalano per uno stile legislativo alquanto vetusto e didattico¹⁹⁶.

Gli ulteriori dettagli possono essere affrontati più rapidamente. Dalla regola secondo cui il genitore premorto è sostituito dai suoi discendenti, consegue logicamente che nel caso in cui entrambi i genitori siano premorti, questi vengano «sostituiti» dai rispettivi discendenti. Come si è detto, i fratelli e le sorelle unilaterali in questo modo vengono presi in considerazione esattamente come dovrebbero: ereditano esclusivamente come figli del proprio genitore premorto (ossia, espresso in forma metaforica: con una sola mano). Se oltre ai genitori, è premorto anche uno dei fratelli del *de cuius*, la quota di tale fratello è suddivisa tra i suoi discendenti¹⁹⁷: se è corretto che il genitore premorto venga sostituito dai suoi figli (o da discendenti più remoti), allora lo stesso deve valere per i figli premorti di un genitore premorto. Pertanto, si segue lo stesso sistema successorio *per stirpes*, previsto per la prima classe di eredi *ab intestato*. Infatti, sarebbe del tutto arbitrario se la logica della «sostituzione» terminasse con la generazione dei fratelli del defunto, come pure era stabilito nelle Novelle 118 e 127, 1¹⁹⁸. La ragione della regola giustiniana risiedeva presumibilmente nel fatto che (un gruppo privilegiato di) parenti collaterali e ascendenti dovevano essere coordinati nell'ambito della seconda classe di eredi¹⁹⁹.

In tal modo, si pone l'interrogativo se in base al sistema delle parentele gli ascendenti non debbano considerarsi iniquamente pregiudicati dal fatto che siano chiamati non solo dopo i fratelli e le sorelle dell'ascendente premorto, ma anche dopo i discendenti di questi ultimi. Una situazione di questo tipo, in cui almeno un nonno del *de cuius* è ancora in vita e almeno uno dei fratelli o delle sorelle del defunto ha nipoti, – ovviamente – non ricorre di frequente. In ogni caso, deve tenersi conto dei rilievi a cui si espone il sistema delle tre linee²⁰⁰. In particolare, all'ascensione dell'asse ereditario, si verificherà in maniera corrispondente un movimento verso i lati. Se il lascito è acquisito dai nonni del defunto, esso, normalmente, dopo poco tempo perverrà ai figli dei nonni, ossia agli zii e alle zie del *de cuius* e alle loro famiglie. Tuttavia, il rapporto che lega tali soggetti al defunto, generalmente, si profila meno stretto rispetto a quello intercorrente con le famiglie dei fratelli e delle sorelle, e la preferenza degli ascendenti rispetto ai discendenti dei fratelli e delle sorelle si porrebbe in contrasto sia con la presumibile volontà del *de cuius* sia con l'idea che la successione *ab intestato* debba concentrarsi sulla famiglia nucleare del defunto²⁰¹.

¹⁹⁶ Lo stile della normativa ungherese assomiglia più a quello del BGB, che a quello dell'ABGB. *L'Intestate Succession Act 81* del 1987 (Sud Africa) invece si caratterizza per uno stile tipicamente inglese, in quanto enumera le singole fattispecie disciplinate.

¹⁹⁷ Cfr. per il Sud Africa l'espressa previsione nella section 1(4)(a) *Intestate Succession Act 81* del 1987; per la Germania e l'Austria i §§ 1925 III BGB und 735 ABGB si basano sulle norme relative alla successione del primo ordine; in merito alla Scozia, cfr. section 5 e 6 *Succession (Scotland) Act 1964*.

¹⁹⁸ V. *supra* il testo in corrispondenza della nt. 18; cfr. anche IECL/NEUMAYER, cit., n. 18.

¹⁹⁹ V. *supra* il testo in corrispondenza della nt. 49.

²⁰⁰ V. nt. 195.

²⁰¹ Così anche SCHMIDT, *Latin America*, cit., 138.

8.6. La logica del sistema delle parentele.

Se al defunto non sopravvivono discendenti, genitori, fratelli e sorelle, né discendenti di fratelli e sorelle, vengono in considerazione i nonni e i loro discendenti²⁰². Con riguardo a tali eredi, appartenenti alla terza classe, e ai loro reciproci rapporti si applicano le stesse regole vigenti per la seconda classe, con una sola eccezione: si traccia una linea immaginaria tra le due coppie di nonni e per ogni coppia le regole relative alla seconda classe disciplinano la successione²⁰³. Ne consegue che una metà dell'eredità resta alla famiglia paterna e l'altra metà alla famiglia materna, ove sussistano membri di queste famiglie, ossia gli stessi nonni o loro discendenti. Solo ove nessuno degli indicati soggetti sia presente, l'eredità si sposta interamente all'altra linea. La *ratio* della norma non riposa tanto nell'antica regola *paterna paternis, materna maternis*²⁰⁴, quanto nel fatto che i nonni in linea paterna e in linea materna sono da ritenere autori (stipiti) di due diversi rami familiari – e normalmente sono anche considerati tali dal defunto – piuttosto che membri qualsiasi della stessa famiglia. In genere, per un periodo significativo della propria vita le coppie di nonni non hanno avuto rapporti tra loro, e il vincolo familiare instaurato attraverso il matrimonio dei propri figli non li legherà come il vincolo fondato mediante il proprio matrimonio. Perciò apparirebbe singolare che le quote dei nonni relative a una linea venissero intaccate dal fatto che uno dei nonni dell'altra linea è deceduto prima del *de cuius* senza discendenti²⁰⁵: la quota del nonno premorto dovrebbe preferibilmente spettare alla persona che con quest'ultimo condivide il rapporto più stretto²⁰⁶.

8.7. ...o il pragmatismo?

Lo svantaggio principale, connesso a una rigorosa applicazione del sistema delle parentele anche nell'ambito della terza classe, risiede nel fatto che spesso l'eredità si scompone in molte quote di piccola entità²⁰⁷: infatti, solo di rado al *de cuius* sopravvive uno dei suoi quattro nonni (mentre, contestualmente i suoi genitori e i loro discendenti sono morti). È molto più probabile che il posto di uno o più, oppure di tutti i nonni sia preso dai loro discendenti: i loro figli o anche i loro nipoti, ove i figli siano premorti. Le singole porzioni

²⁰² § 738 ABGB; § 1926 BGB; art. 4:10(1)(c) in combinato con l'art. 4:12 BW; § 7:64 Ptk; art. 934 Kc; per gli Stati Uniti, v. SCALISE, *United States of America*, cit., 415. Per l'Inghilterra, v. section 46(1)(v) *Administration of Estates Act 1925* (prima i nonni, poi zii e zie); in merito all'Australia e alla Nuova Zelanda, PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 364; in merito ai Paesi scandinavi, SCHERPE, *Nordic Countries*, cit., 314; per il Sud Africa, v. section 1(f) *Intestate Succession Act 81* del 1987 (i parenti di grado più prossimo in quote uguali). Ma v. section 2(f) e (g) *Succession (Scotland) Act 1964* (prima zii e zie e loro discendenti, poi i nonni).

²⁰³ §§ 738-740 ABGB; § 1926 III, IV BGB; § 7:64 Ptk; con riferimento agli Stati Uniti, cfr. SCALISE, *United States of America*, cit., 415; per l'Australia e la Nuova Zelanda, PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 364; cfr. anche RAUSCHER, *Erbrecht* II (nt. 137), 146 s.; IECL/NEUMAYER, cit., n. 22. Diversa si profila la disciplina polacca: artt. 934(2) e (3) Kc.

²⁰⁴ V. *supra*, 3.3.

²⁰⁵ Ma v., per il diritto dei Paesi bassi, KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 230.

²⁰⁶ Anche ordinamenti continentali, che non adottano il sistema delle parentele, conoscono una separazione tra le due coppie di nonni per i casi in cui questi ultimi siano chiamati all'eredità: art. 747 *Code civil*; art. 679 *Civil Code of Québec*; art. 569(1) *codice civile*; art. 940 *Código civil* spagnolo; art. 442-9 *Código civil* catalano; con riguardo all'America Latina, cfr. J.P. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 132.

²⁰⁷ «Polverizzazione» dell'asse ereditario: UNGER, *Das österreichische Erbrecht* (nt. 45), § 33 n. 2.

di eredità non solo saranno poco estese, si determinerà altresì un'ampia, eterogenea e complessa comunione ereditaria: molti coeredi non si conosceranno neppure e vivranno spesso lontani tra loro, e ulteriori difficoltà potrebbero porsi nel caso in cui uno dei nonni o uno dei loro figli si sia sposato più volte²⁰⁸. Pertanto, sarebbe più pragmatica la soluzione di assegnare tutto al nonno sopravvissuto, escludendo non solo i diritti dei suoi discendenti, ma anche dei discendenti degli altri nonni; e, in assenza dei nonni, agli zii e alle zie del defunto²⁰⁹ (oppure, ove non siano sopravvissuti zii e zie, ai loro discendenti con grado di parentela più prossimo al defunto)²¹⁰. La ragione per cui i redattori del BGB rifiutarono siffatta pragmatica limitazione del sistema delle parentele per la terza parentela si rinviene nella circostanza che avrebbe comportato una notevole ingiustizia nei confronti di persone relativamente più prossime al defunto: «Das Volksbewußtsein würde es namentlich nicht verstehen, wenn Großeltern schlechthin den Onkel des Erblassers von der Erbschaft ausschließen sollten»²¹¹. La prossimità di grado con il defunto fu così adottata come fattore determinante soltanto a partire dalla quarta parentela nel contesto delle rispettive parentele²¹².

A questo punto, entriamo apertamente nell'ambito della speculazione, riguardo a cosa una comunità ritenga o meno accettabile. Anche il parametro della presunta volontà del testatore non offre alcun supporto orientativo; lo stesso vale per l'idea della successione dei parenti. Sotto il profilo valoriale, la questione se un ordinamento giuridico debba attenersi alla logica del sistema delle parentele anche per la terza parentela configura una scelta che può essere presa in un senso o nell'altro. La logica delle parentele conduce a soluzioni consistenti e intellettualmente attrattive, volte a ridurre l'incidenza dell'elemento della casualità insito nella sequenza delle morti e assicurare la giustizia nel trattamento dei diversi rami della famiglia. Tuttavia, in un certo momento un approccio pragmatico deve imporsi. Se gli annosi dibattiti che hanno preceduto la genesi della disciplina della successione *ab intestato* del BGB potessero servire da indicatore²¹³, allora ciò dovrebbe accadere a partire dalla terza o dalla quarta parentela²¹⁴.

8.8. Successione illimitata della famiglia.

Strettamente connessa si presenta un'altra questione, non risolvibile in modo univoco: fino a che punto l'ordinamento giuridico dovrebbe attenersi alla concezione della suc-

²⁰⁸ Una discussione esaustiva in merito ai vantaggi e agli svantaggi del mantenimento della logica delle parentele anche per la terza parentela si rinviene in VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 703-709; cfr. anche MUGDAN, *Motive*, V, cit., 193 s.

²⁰⁹ Per l'Inghilterra, v. England, section 46(1)(v) *Administration of Estates Act 1925*.

²¹⁰ VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., §§ 234-237 (p. 50); per il Sud Africa, cfr. section 1(1)(f) *Intestate Succession Act 81* del 1987; per la Scozia section 2(1)(f)-(i) *Succession (Scotland) Act 1964* (ove tuttavia si prevedeva che in mancanza di ascendenti di una determinata generazione i fratelli appartenenti a tale generazione sono chiamati prima degli ascendenti della generazione più remota). Cfr. anche le osservazioni di ordine comparativo in IECL/NEUMAYER, cit., nn. 25-30.

²¹¹ I protocolli sono in MUGDAN, *Motive*, V, cit., 391.

²¹² § 1928 BGB.

²¹³ V. ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 190 s.

²¹⁴ Il nuovo codice civile ungherese segue la logica delle parentele, senza eccezioni, anche per la quarta parentela: § 7:65 Ptk.

cessione della famiglia? Le Novelle 118 e 127, 1 non stabilivano alcun limite: anche con riferimento ai parenti collaterali della quarta classe si teneva apparentemente conto ad *in infinitum*. Nella tradizione risalente ai glossatori²¹⁵, si era invece dell'avviso che soltanto i parenti collaterali entro il decimo grado dovessero ereditare. La tesi riposava sulla considerazione in base alla quale, nelle precedenti tappe evolutive del diritto romano, le previste restrizioni (come, ad es., quelle tramandate in Inst. 3, 5, 5)²¹⁶ non vennero toccate dalle Novelle di Giustiniano e si sarebbero dovute nuovamente determinare alla luce della circostanza che la distinzione tra la parentela agnatizia e cognatizia aveva ormai perduto rilevanza. All'inizio del diciottesimo secolo, Samuel Stryk riconobbe tale opinione come quella prevalente: «Fateor, communiorem fere sententiam esse, ad decimum usque gradum successionem tantum obtinere»²¹⁷. Egli, ovviamente, era di diverso avviso e con riguardo alla Novella 118, 3, 1 osservava: «Legis generalitas non [est] restringenda»²¹⁸ (nella Novella Giustiniano aveva chiamato all'eredità «omnes deinceps a latere cognatos [...] secundum uniuscuiusque gradus prerogativam»). Nel corso del diciottesimo e del diciannovesimo secolo, la descritta interpretazione si impose in maniera sempre crescente; tra gli autori del diritto delle pandette non era più oggetto di contrasti²¹⁹. Una serie di codificazioni dell'epoca aveva nel frattempo accolto una limitazione concernente i parenti collaterali: fino al dodicesimo grado in Francia e nei Paesi bassi (rispettivamente, nel 1917 e nel 1923, ridotta al sesto grado)²²⁰, fino al decimo grado in Italia (nel 1942, ridotta al sesto grado)²²¹, e fino al sesto grado in Spagna (nel 1928, ridotta al quarto grado)²²².

Nel complesso, si assiste ad un allontanamento dalle restrizioni molto liberali dei tempi passati²²³: l'eredità non deve essere trasmessa a persone tanto lontane dal *de cuius* per cui non sussistano, normalmente, significativi sentimenti di vicinanza familiare, ossia persone

²¹⁵ Glossa «Cognatos» alla Novella 118, 3, in: *Corpus Juris Civilis cum commentariis Accursii*, cit., V, c. 518.

²¹⁶ Secondo Inst. 3, 3, 5 il Pretore riconosce solo ai parenti consanguinei fino al sesto grado la *bonorum possessio*, e inoltre ai figli dei nipoti dei fratelli e delle sorelle; in merito a questa limitazione, cfr. RÜFNER, *Roman Law*, cit., 17; KASER, *Das römische Privatrecht* I, cit., 700. Lo stesso testo aggiunge che un parente agnatizio deve essere tenuto in conto anche in caso di parentela di decimo grado («aliquis [...] et si decimo gradu sit»), ma ciò, presumibilmente era affermato soltanto a titolo esemplificativo («nam [...] exempli gratia decimi gradus mentionem fieri»: STRYK, *Tractus*, cit., Dissertatio III, Cap. I, XXIX). Per questo trae in inganno la traduzione di BIRKS-G. McLEOD, *Justinian's Institutes*, London, 1987, 99 («[...] agnatic claims can run to the tenth degree»). Cfr. anche Pap. D. 38, 8, 9.

²¹⁷ STRYK, *Tractus*, cit., Dissertatio III, XXVIII. Cfr., ad es., CARPZOV, *Jurisprudentia Forensis*, cit., III, Const. XVIII, Definit. XXXI; per l'Austria, cfr. WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 106.

²¹⁸ STRYK, *Tractus*, cit., Dissertatio III, Cap. I, XXIX.

²¹⁹ STRUVE, *Syntagma Jurisprudentiae*, cit., Exerc. XXXVIII, XXXVI («etiam ultra decimum gradum in infinitum»); VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., appendice al Lib. XXXVIII; Tit. XVII, XXII; HELLFELD, *Jurisprudentia forensis*, cit., § 1654; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., 420; ARNDTS, *Pandekten*, cit., § 474; WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 571; cfr. anche VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 705.

²²⁰ Art. 755 *Code civil* (1804), oggi art. 745 *Code civil* (2001/2006); art. 908 BW (1838), oggi art. 4:12(3) BW (2003), secondo cui, tra l'altro, i trisavoli (e gli ascendenti più remoti) sono esclusi.

²²¹ Art. 742(2) codice civile (1865), oggi art. 572(2) codice civile (1942).

²²² Art. 955 *Código civil*, oggi art. 954 *Código civil*. Cfr. anche la panoramica comparatistica in IECL/NEUMAYER, cit., nn. 49 e 58, e in D. HENRICH, *Familienerbfolge und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, in *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, a cura di D. Henrich, D. Schwab, Bielefeld, 2001, 371 s.

²²³ Invece, nel codice civile ungherese è stata, di recente, aumentata l'estensione della successione della famiglia; esso riguarda ormai anche i discendenti dei bisnonni: § 7:65 Ptk. Sul punto, VÉKÁS, *Hungary* (nt. 136), 281.

per le quali l'acquisto dell'eredità si profili una fortuna insperata²²⁴. L'evoluzione è particolarmente evidente nelle codificazioni dell'America Latina, che generalmente stabiliscono come limite il quarto grado (o anche un grado precedente), o al massimo il sesto grado²²⁵. Nel confronto, il Québec nella nuova codificazione si presenta come modello conservatore, posto che sono esclusi dalla successione parenti oltre l'ottavo grado²²⁶ (in Québec e in Francia la successione di parenti collaterali non privilegiati²²⁷ è suddivisa in parti uguali tra la linea paterna e quella materna²²⁸, negli altri ordinamenti l'eredità perviene ai parenti di grado più prossimo, a prescindere se di linea paterna o materna²²⁹). Una posizione particolarmente restrittiva è assunta da alcuni ordinamenti privi di codificazione. Nel diritto inglese, il cerchio degli eredi *ab intestato* non si estende oltre gli zii e le zie²³⁰; lo stesso vale per alcuni Stati dell'Australia e della Nuova Zelanda²³¹. Anche gli ordinamenti scandinavi non considerano i cugini e le cugine come soggetti legati da un vincolo parentela sufficientemente vicino²³². All'estremo opposto troviamo la Scozia²³³, il Sud Africa²³⁴ e il diritto tedesco²³⁵ in cui non sussiste alcuna restrizione²³⁶. Il diritto austriaco prende in considerazione essenzialmente le prime tre parentele²³⁷. Si aggiungono i bisnonni (ma non i loro discendenti)²³⁸; tuttavia, non dovrebbe accadere di frequente che al *de cuius* sopravviva almeno un bisnonno, ma non sopravvivano discendenti, nonni o discendenti di questi ultimi. In origine, l'ABGB teneva in conto di tutti i parenti fino alla sesta parentela (ossia i quadrisavoli e i loro discendenti), ma questa norma venne considerata eccessiva e abrogata nel 1914²³⁹. Ogni ordinamento è posto di fronte all'interrogativo se è preferibile chiamare un parente *qualsiasi* (per quanto remoto esso sia), piuttosto che non chiamarne

²²⁴ Cfr. anche SCALISE, *United States of America*, cit., 415 s., il quale in questo contesto discorre dell'«erede ridente». È necessario aggiungere che può risultare difficile provare la posizione giuridica dell'erede e, inoltre, si agevola l'attività economica della «ricerca dell'erede» (v. *infra* nt. 241). Talvolta si fa anche riferimento alla mancanza di obbligazioni reciproche.

²²⁵ J.P. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 135; cfr. anche art. 442-11 *Código civil* catalano (quarto grado). Jan Peter Schmidt osserva che in America Latina la limitazione della successione in ambito familiare ha anche una funzione redistributiva: il lascito perviene allo Stato in virtù della considerazione secondo cui gli interessi della collettività sono più importanti rispetto a quelli di parenti lontani.

²²⁶ Art. 683 *Civil Code of Québec*.

²²⁷ I parenti non privilegiati formano la quarta classe di eredi; in merito alla Francia, v. PÉRÈS, *France*, cit., 40. Con riguardo al Québec, cfr. SMITH, *Québec*, cit., 60, 63 s.

²²⁸ Art. 749 *Code civil*; art. 679 *Civil Code of Québec*. Questa è una situazione in cui produce effetti la *fente successorale*.

²²⁹ Art. 572(1) codice civile; art. 955 *Código civil* spagnolo; art. 442-11 *Código civil* catalano; per l'America Latina, cfr. J.P. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 133.

²³⁰ Section 46(1)(v) *Administration of Estates Act 1925*.

²³¹ PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 364; cfr. anche IECL/NEUMAYER, cit., n. 31.

²³² SCHERPE, *Nordic Countries*, cit., 311.

²³³ Section 2(1)(i) *Succession (Scotland) Act 1964*.

²³⁴ Section 1(1)(f) *Intestate Succession Act 81* del 1987.

²³⁵ § 1929 BGB. Relativamente ai pareri relativi al progetto del BGB, questa era una delle due questioni ancora controverse in seno al *Reichstag*; ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 192.

²³⁶ Cfr. anche le indicazioni comparatistiche in RAUSCHER, *Erbrecht II* (nt. 137), 132; IECL/NEUMAYER, cit., nn. 32-34.

²³⁷ Così anche in Polonia. Il nuovo codice civile ungherese introduce un limite, essenzialmente, a partire dalla quarta parentela, ossia dopo i bisnonni e i loro discendenti. Tuttavia, sono chiamati in aggiunta anche tutti gli ascendenti più remoti (ma non i loro discendenti): § 7:66 Ptk.

²³⁸ § 741 ABGB. La Polonia, invece, esclude i bisnonni; tuttavia, i figliastri vengono inseriti nella quarta classe.

²³⁹ WENDEHORST, *Austria* (n. 67), 170.

affatto, oppure in quale momento tracciare un confine. Se il legislatore decide di introdurre una limitazione, deve accettare che in una certa misura la scelta si profili arbitraria²⁴⁰.

9. Lo Stato come erede residuale.

9.1. *Ius commune*.

Anche nell'ipotesi in cui l'ordinamento giuridico prediliga una successione illimitata della famiglia, può accadere che un erede appartenente alla famiglia non esista o non sia reperibile²⁴¹. Nell'ambito di una tradizione risalente al diritto romano, in questi casi il lascito ereditario, di regola, perviene allo Stato. Si tratta di una delle questioni non disciplinate dalle Novelle 118 e 127, 1. Per tale ragione, gli autori dello *ius commune* fecero riferimento a segmenti più antichi del diritto romano, in cui, nella materia in esame, si chiamava in causa il patrimonio dell'impero (*fiscus*)²⁴². Ma il fisco era veramente da considerare un erede (*ab intestato*)?²⁴³ O un successore universale analogo all'erede (*ab intestato*)? Oppure doveva ritenersi che il fisco, quale più alta autorità del territorio, acquistasse un patrimonio in mancanza di eredi (*bona vacantia*), sulla base di un potere espropriativo? In questa maniera, il fisco, competente nel territorio in cui il *de cuius* era deceduto, acquistava soltanto il patrimonio sito all'interno dei confini della sua sovranità territoriale, oppure – come un normale erede privato – anche il patrimonio posto al di fuori di tali confini? Sotto questo profilo, era necessario distinguere tra beni mobili e beni immobili? Dovevano osservarsi determinate procedure aventi lo scopo di accertare che non vi fossero eredi a cui spettasse l'eredità. E mentre si affermava che il fisco doveva adempiere le obbligazioni proprie di ogni altro erede, non vi era unitarietà di vedute in ordine alla questione se tale responsabilità era, in ogni caso, limitata come se l'eredità fosse stata acquistata *cum beneficio inventarii*, oppure se avrebbe dovuto esserlo soltanto se si fosse effettivamente proceduto all'inventario secondo le regole stabilite da Giustiniano²⁴⁴. Infine, era previsto un periodo

²⁴⁰ L'aspetto è messo in luce anche da RAUSCHER, *Erbrecht* II, cit., 131-138.

²⁴¹ E ciò, nonostante gli sforzi dei c.d. «cacciatori di eredità», i quali provano a guadagnarsi una retribuzione nel reperire parenti lontani; cfr. per la Germania ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 194; per gli Stati Uniti, v. SCALISE, *United States of America*, cit., 416. Non è semplice accertare con quale frequenza non vengono trovati eredi chiamati all'eredità. Secondo A. RÖTHEL, *Stiftungserbrecht statt Staatserbrecht*, in 189 *Non Profit Law Yearbook* (2007), 193, nella città-stato di Amburgo ciò accade in circa 100 su più di 17.000 morti all'anno (il numero si riferisce all'anno 2006).

²⁴² Ulpiani Epitome 28, 7 in combinato disposto con 17, 2; cfr. anche Gai. 2, 150. Sul punto, v. RÜFNER, *Roman Law*, cit., 21 s.; KASER, *Das römische Privatrecht* I, cit., 702 s.; Id., *Das römische Privatrecht* II, cit., 510.

²⁴³ Su aspetti specifici concernenti la suddetta questione e quelle successive, v. STRYK, *Tractus*, cit., Dissertatio V (De Successione Fiscis); GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., §§ 147-151; cfr. inoltre STRUVE, *Syntagma Jurisprudentiae*, cit., Exerc. XXXVIII, XLII; LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-practicum*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, LVII s.; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXVII-XXX; ARNDTS, *Pandekten*, cit., § 608; DERNBURG-BIERMANN, *Pandekten*, cit., § 138; WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, cit., § 570.

²⁴⁴ Sul *beneficium inventarii*, introdotto da Giustiniano nel 531 d.C., v. C. 6, 30, 22, KASER, *Das römische Privatrecht* II, cit., 543 s.

di quattro anni entro il quale il fisco avrebbe dovuto prendere possesso dell'eredità; in proposito, sussistevano singole questioni controverse.

Al ricorrere di alcune condizioni, determinati enti precedevano il fisco: il reggimento in cui aveva prestato servizio il soltanto deceduto, la chiesa, ove fosse morta una persona che vi aveva prestato il proprio servizio spirituale, la casa dei poveri con riguardo al patrimonio dei propri abitanti, le «accademie», per ciò che riguarda il patrimonio «dei propri professori o altri cittadini accademici», verosimilmente anche le corporazioni in merito al patrimonio dei propri membri²⁴⁵.

9.2. Diritto moderno.

Alla luce delle indicate circostanze, non sorprende che le codificazioni del diritto privato non offrano un quadro uniforme con riguardo alla posizione dello Stato rispetto a un'eredità di un *de cuius* privo di eredi²⁴⁶. Così, secondo il diritto francese si tratta di una «succession irrégulière» basata sulla sovranità territoriale²⁴⁷. Diversamente rispetto al caso degli eredi normali, è necessario un «envoi en possession» giudiziale²⁴⁸. Anche in altri Paesi, nell'acquisto di una *bona vacantia* la posizione dello Stato non viene concepita alla stregua di quella di un erede²⁴⁹. In Italia, invece, lo Stato è considerato un erede, sebbene *sui generis*²⁵⁰. Secondo il § 1936 BGB, lo Stato è erede²⁵¹, anche se sono riconosciute alcune particolarità connesse alla circostanza che esso non può evitare di diventarlo²⁵². In proposito, la sua posizione può essere qualificata anche come erede *sui generis*²⁵³. La Spagna dispone di una disciplina interessante, in quanto (i) lo Stato è considerato erede, (ii) è sottoposto a una responsabilità limitata, analogamente al *beneficium inventarii*, e (iii) l'acquisto dell'eredità presuppone un accertamento giudiziale. Lo Stato è poi tenuto a destinare un terzo della parte dell'eredità residua a enti della pubblica amministrazione che curano interessi generali presso il luogo

²⁴⁵ KASER, *Das römische Privatrecht* II, cit., 510; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., appendice al Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXXI s.; GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung*, cit., § 145; ARNDTS, *Pandekten*, cit., § 609.

²⁴⁶ Una esaustiva panoramica comparatistica è offerta, per la seconda metà del diciannovesimo secolo, da VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 740-751. Per ricerche più moderne, cfr. RAUSCHER, *Erbrecht* II, cit., 157-168; H. LANGE-K. KUCHINKE, *Erbrecht*⁴, München, 2001, 283-285; IECL/NEUMAYER, cit., nn. 165-177. La natura giuridica della legittimazione dello Stato ad ottenere l'eredità è significativa soprattutto nei casi in cui il defunto era titolare di beni in diversi Paesi.

²⁴⁷ M. FERID, *Frankreich*, in Ferid, Firsching, Dörner, Hausmann, *Internationales Erbrecht* (Loseblatt, Stand: 1987) Rn. 105-110. Das scheint sich infolge der Reformen von 2001/2006 nicht geändert zu haben: PÈRÈS, France, cit., 45.

²⁴⁸ Art. 724(3) e 811 *Code civil*.

²⁴⁹ Art. 696-702 *Civil Code of Québec* (soltanto con riferimento alla proprietà nella provincia del Québec); art. 4:189 BW; § 760 ABGB. V. SMITH, *Québec*, cit., 64; KOLKMAN, *Netherlands*, cit., 231; WENDEHORST, *Austria*, cit., 170. In merito all'Austria, v. anche WESENER, *Geschichte des Erbrechts*, cit., 106-108; LANGE, KUCHINKE, *Erbrecht*, cit., 283 («schillernde Gestalt»). Secondo IECL/NEUMAYER, cit., n. 171, la disciplina austriaca è da considerare un «right of escheat».

²⁵⁰ Art. 586 codice civile; su cui, v. BRAUN, *Italy*, cit., 87.

²⁵¹ § 1936 BGB. Per la precisione, in Germania l'eredità (come in altri Stati a struttura federale: IECL/NEUMAYER, cit., n. 166) è destinata al fisco del singolo Stato del quale il *de cuius* era cittadino al momento della morte.

²⁵² Sul punto, ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 195. Per un esame comparatistico relativo alle due questioni, se lo stato può rinunciare all'eredità e in quale misura la sua responsabilità è limitata, cfr. IECL/NEUMAYER, cit., nn. 172-174.

²⁵³ In Ungheria lo Stato è considerato un erede normale, privo tuttavia del diritto di rinunciare all'eredità: § 7:74 Ptk e VÉKÁS, *Hungary* (nt. 136), 289.

di residenza del defunto e un ulteriore terzo a istituzioni corrispondenti presso la provincia del *de cuius*²⁵⁴. L'ultimo terzo è utilizzato per l'estinzione del debito pubblico. Le disposizioni del codice civile catalano, pur essendo un po' meno precise nell'indicare, alla *Generalitat de Catalunya*, a quali enti debba pervenire l'eredità di un intestatario, destinano quest'ultima allo stesso modo a istituzioni sociali o culturali che un *de cuius*, orientato a prodigarsi per il bene comune, avrebbe potuto prendere in considerazione²⁵⁵. Nel contesto della descritta tradizione, si pone la maggior parte degli Stati dell'America Latina²⁵⁶.

In Inghilterra, Scozia e Nuova Zelanda l'eredità è devoluta alla corona; la corona può farla pervenire a persone alle quali è possibile supporre che il *de cuius* l'avrebbe voluta destinare²⁵⁷. Il diritto sud africano conosce una regola, secondo cui la *bona vacantia* spetta allo Stato, ma soltanto nel caso in cui per un periodo di trent'anni nessuno abbia fatto valere dei diritti in proposito²⁵⁸.

9.3. Altre possibili soluzioni?

Occasionalmente, si nutre una certa insoddisfazione nei confronti del diritto illimitato dello Stato ad acquistare l'eredità lasciata da un soggetto privo di eredi²⁵⁹. In particolare, si sostiene che la soluzione rispecchi soltanto in modo imperfetto la volontà del defunto. Per questa ragione sono stati ritenuti acquirenti più idonei il comune del defunto²⁶⁰, oppure una fondazione a scopo benefico particolarmente significativa per il *de cuius*, o in ogni caso per il luogo in cui viveva. Tuttavia, siffatte proposte della tradizione spagnola²⁶¹, che si muovono nel senso di una soluzione maggiormente individuale, non sono ancora state recepite. In effetti, occorre tenere in conto che non di rado una persona deceduta *ab intestato*, sia pure implicitamente, ha deciso di non destinare il proprio patrimonio a uno specifico scopo; e questa decisione non viene rispettata in maniera appropriata mediante una disposizione di legge che, nondimeno, destina il patrimonio a uno specifico scopo²⁶². Del resto, può affermarsi in modo analogamente convincente che un intestatario, interessato al bene comune, potrebbe volere attribuire il proprio patrimonio allo Stato: nell'agire

²⁵⁴ Artt. 956-958 *Código civil* spagnolo; su cui, v. CÁMARA LAPUENTE, *Spain*, cit., 113; IECL/NEUMAYER, cit., n. 169.

²⁵⁵ Artt. 442-12 e 442-13 *Código civil* catalano.

²⁵⁶ SCHMIDT, *Latin America*, cit., 156 (in cui si esaminano altresì le questioni relative a quali Paesi considerano lo Stato un erede e dove possa ritenersi che la proprietà venga acquisita nell'esercizio del potere sul territorio mediante *occupatio*).

²⁵⁷ KERRIDGE, *England and Wales*, cit., 347; REID, *Scotland*, cit., 390; PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 365. Per l'Australia, gli Stati Uniti e i Paesi scandinavi, cfr. Id., *op. loc. cit.* (il quale precisa che nella maggior parte degli Stati Australiani si discorre di «bona vacantia», mentre nell'ovest dell'Australia di «escheat»); SCALISE, *United States of America*, cit., 416; SCHERPE, *Nordic Countries*, cit., 310. Cfr. anche RAUSCHER, *Erbrecht* II, cit., 138-140.

²⁵⁸ DE WAAL, *South Africa*, cit., 265.

²⁵⁹ In merito alla Germania, cfr. ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 194; per l'Italia BRAUN, *Italy*, cit., 87; cfr. anche RAUSCHER, *Erbrecht* II, cit., 166-168.

²⁶⁰ Con riguardo alla Polonia, v. art. 935 Kc. Il fisco polacco eredita soltanto ove non sia possibile determinare il comune dell'ultima residenza del *de cuius*.

²⁶¹ Cfr. anche i riferimenti in RÖTHEL, in 189 *Non Profit Law Yearbook* (2007), 193, 201.

²⁶² RÖTHEL, in 189 *Non Profit Law Yearbook* (2007), 193, 208.

e nell'utilizzare le risorse pubbliche lo Stato dovrebbe essere orientato in modo particolare ad assicurare l'interesse della collettività!

È dubbio se la volontà del defunto costituisca un criterio adeguato per decidere sulle sorti dell'eredità²⁶³. Tuttavia, anche a volerlo ammettere, non si potrebbe affermare che il defunto avrebbe preferito destinare il proprio patrimonio al comune della sua ultima residenza o del luogo di nascita, o a un centro per animali domestici abbandonati, o ancora alla sua scuola, alla sua parrocchia o alla casa di riposto, piuttosto che allo Stato; in un'epoca di crescente mobilità, il legame di una persona con un determinato comune spesso risulta scarsamente accentuato²⁶⁴, e le preferenze per scopi benefici non sono sufficientemente chiare e, comunque, eccessivamente mutevoli per selezionarne una o alcune rispetto alle altre. Inoltre, per raggiungere una maggiore flessibilità, ponendo in capo allo Stato il compito di distribuire l'eredità a organizzazioni che perseguono il bene comune alle quali il *de cuius* era strettamente legato, sarebbe necessario prevedere apposite strutture amministrative; e i costi da sostenere sarebbero sproporzionati rispetto all'esiguo ammontare dei patrimoni normalmente devoluti allo Stato²⁶⁵. Infine, non sembra neppure adeguato porre in capo allo Stato un compito che il defunto avrebbe, senz'altro, potuto svolgere autonomamente.

9.4. Solidarietà pubblica.

Esiste una qualsiasi altra ragione sottesa alla successione dello Stato, oltre alla constatazione che non è individuabile un successore migliore? A volte si afferma che lo Stato normalmente ha garantito le condizioni generali di ordine culturale, economico e politico per la vita dell'ereditando e per la costruzione del suo patrimonio²⁶⁶. Di regola, il *de cuius* già nel corso della vita ha trasmesso il suo contributo per il mantenimento di tali condizioni generali mediante il pagamento di diversi tributi. Inoltre, sussiste la possibilità di porre in capo all'erede il pagamento di una imposta di successione, che permette allo Stato di partecipare alla trasmissione del patrimonio di una generazione a quella successiva. Al ricorrere di *bona vacantia*, ciò per definizione non è possibile e il diritto successorio, in un certo senso, può essere considerato alla stregua di un'opzione di riserva, in ogni caso ove non siano presenti potenziali eredi²⁶⁷. La constatazione riporta all'interrogativo se il diritto successorio debba prevedere un limite nell'ambito della successione della famiglia²⁶⁸.

²⁶³ V. RÖTHEL, in 189 *Non Profit Law Yearbook* (2007), 193, 206.

²⁶⁴ Questo argomento venne utilizzato già alla fine del diciannovesimo secolo: cfr. VON SCHMITT, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge*, cit., 745; *Protokolle*, in *Mugdan*, V, cit., 400.

²⁶⁵ Esistono pochi dati in materia; cfr., tuttavia, RÖTHEL, in 189 *Non Profit Law Yearbook*, 2007, 193: circa 240.000 Euro per i cento casi menzionati *supra*, cit..

²⁶⁶ Per la Germania, v. ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 194; per l'Italia, v. BRAUN, *Italy*, cit., 88; in merito all'America Latina, cfr. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 156.

²⁶⁷ Inoltre, mediante la successione dello Stato si evita che l'eredità resti senza un «padrone» e che tale situazione metta in pericolo l'ordine pubblico: cfr., a titolo esemplificativo, RAUSCHER, *Erbrecht* II, cit., 159.

²⁶⁸ V. *supra*, n. 8.8.

È preferibile far pervenire l'eredità a parenti molto remoti (ed eventualmente sottoporli al pagamento di un'elevata imposta successoria) o allo Stato? Tra il *de cuius* e l'«erede ridente» non sussiste un legame in qualche modo reale²⁶⁹; proprio per questa ragione ridono: l'eredità costituisce una fortuna insperata. D'altro canto, l'erede è parte di una comunità di cittadini di uno Stato, che tra loro sono legati da vincoli solidaristici, talvolta tenui e impersonali ma comunque reali. Ciò è dimostrato dai sistemi di sicurezza sociale propri dei moderni Stati sociali, nonché, su un piano più emotivo, nel contesto delle competizioni sportive internazionali. Inoltre, occorre notare che il destino dell'eredità è più sicuro, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo (nella prospettiva della presunta volontà dell'ereditando), se l'eredità perviene allo Stato piuttosto che a un parente sconosciuto di undicesimo o dodicesimo grado in un Paese lontano²⁷⁰. Pertanto, la successione dello Stato non è, come pure talvolta viene sostenuto²⁷¹, una soluzione di ripiego.

Dove dovrebbe perciò essere tracciato il confine tra solidarietà familiare e pubblica? Osservando il quadro comparatistico e prendendo come punto di riferimento il sistema delle parentele, la soluzione austriaca sembra proporre un buon (sebbene necessariamente alquanto arbitrario) compromesso²⁷²: a parte i discendenti del defunto, dovrebbero essere chiamati all'eredità soltanto i suoi genitori e i loro discendenti, i suoi nonni e i loro discendenti, e i suoi bisnonni. A seguire, dovrebbe essere chiamato lo Stato.

10. Ordinamenti giuridici non occidentali.

10.1. Diritto islamico.

La disciplina della successione *ab intestato* dei Paesi islamici non corrisponde ad alcun sistema occidentale²⁷³, poiché oltre a non disporre del carattere dei sistemi delle parentele, non si basa su una chiara distinzione tra discendenti, ascendenti e parenti collaterali; e non prevede neppure una successione di classi secondo il modello francese. Dalla prospettiva occidentale, il diritto dei Paesi islamici appare in materia decisamente premoderno. In primo luogo, gli eredi di sesso maschile e quelli di sesso femminile della stessa classe e dello stesso grado sono trattati in modo diverso: gli uomini ottengono il doppio rispetto alle donne. In secondo luogo, gli ordinamenti sunniti favoriscono i parenti agnati.

²⁶⁹ SCALISE, *United States of America*, cit., 416, il quale fa notare che una ragione convincente per cui i parenti lontani debbano essere chiamati all'eredità non è ancora stata enunciata.

²⁷⁰ Cfr. anche BRAUN, *Italy*, cit., 88.

²⁷¹ In merito alla Germania, v. ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 194; con riguardo alla Scozia, REID, *Scotland*, cit., 390. Per l'America Latina, v. SCHMIDT, *Latin America*, cit., 156, il quale afferma che spesso viene apertamente perseguito lo scopo di aumentare le risorse finanziarie dello Stato: si tratta di una questione comprensibile nell'ambito di società connotate da notevoli disegualianze sociali.

²⁷² §§ 731-741 ABGB.

²⁷³ Nel dettaglio, cfr. N. YASSARI, *Intestate Succession in the Islamic Countries*, in *Intestate Succession*, cit., 421-441.

Inoltre, gli elementi centrali del sistema sunnita e di quello sciita si basano su una scrittura sacra, il *Qur'an*, e non possono, per questa ragione, essere affrontati criticamente. E, infine, le norme del diritto successorio *ab intestato* islamico seguono i rapporti di vicinanza dei potenziali eredi con l'ereditando, sulla base di un ordine familiare, non più adeguato rispetto ai canoni di una società moderna. Del resto, le norme svolgono manifestamente una funzione assistenziale.

Nel diritto dei Paesi islamici non si accorda una precedenza a una determinata classe di eredi. Si distingue invece tra determinati parenti stretti, che ottengono una quota fissa dell'eredità, e altri parenti, che ottengono soltanto una quota del residuo. Solo ove non sussistano eredi appartenenti a una delle due categorie, l'eredità è devoluta a una terza categoria di eredi, denominati «parenti lontani». Le norme in base alle quali si determina la divisione dell'eredità presentano un livello di complessità fuori dal comune. Secondo gli ordinamenti sciiti, allo schema tradizionale si sovrappone una gerarchia di tre classi, in cui la prima classe è composta da tutti i discendenti e i genitori del defunto, la seconda dai nonni e dai parenti lontani, e la terza classe dagli zii, le zie e o i loro discendenti. Ogni membro superstita di una classe precedente esclude tutti i membri di una classe successiva. Soltanto nell'ambito di ciascuna delle tre classi rilevano le tre tradizionali categorie di eredi, riconosciute dagli ordinamenti sunniti.

10.2. Diritto consuetudinario di «prime nazioni».

In una serie di Paesi, trattati nel libro sulla successione *ab intestato* menzionato in apertura, «prime nazioni» insediatesi nei diversi luoghi sono state soppiantate, soppresse o emarginate: Australia, Nuova Zelanda, Stati Uniti, Canada, America Latina e Sud Africa. I colonizzatori europei esportarono i loro ordinamenti, ivi inclusa la disciplina della successione *ab intestato*. Talvolta, l'evoluzione ha portato all'applicazione generalizzata delle norme delle colonie «trapiantate» (Stati Uniti, America Latina). Altre volte sono stati però stabiliti regimi particolari che, in una certa misura, hanno tenuto conto del diritto consuetudinario proprio delle popolazioni indigene (Canada, Australia, Nuova Zelanda)²⁷⁴. Nel diritto sud africano, dal 1927 è in vigore una regola, secondo cui, relativamente alla successione *ab intestato* della popolazione indigena africana, deve farsi riferimento alle regole consuetudinarie africane²⁷⁵. In relazione ad alcuni aspetti discriminatori di tali norme, come la preferenza riconosciuta agli uomini e il principio della primogenitura, a seguito dell'entrata in vigore della costituzione sud africana dopo la fine della Apartheid, venne sollevata la questione relativa alla perdurante efficacia della suddetta regola. *Bhe and Others v. Magistrate, Khayelitsha and Others*²⁷⁶, nel 2005, ha offerto alla Corte costituzio-

²⁷⁴ SMITH, *Québec*, cit., 64-66; PEART-VINES, *Australia and New Zealand*, cit., 365-368.

²⁷⁵ Section 23 *Black Administration Act* 38 del 1927.

²⁷⁶ *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha and Others* 2005 (1) SA 580 (CC); v. DE WAAL, *South Africa*, cit., 266.

nale la possibilità di epurare la legislazione sud africana dalle «norme lesive», appartenenti al «nostro passato razzista e doloroso». Come conseguenza della pronuncia, il parlamento sud africano ha esteso l'ambito applicativo dell'*Intestate Succession Act* al settore del diritto consuetudinario africano²⁷⁷.

11. Sintesi.

In termini generali, si è dimostrato che, senza dubbio, la disciplina della successione dei parenti in alcuni punti si basa su determinazioni legislative arbitrarie, un aspetto idoneo a rendere il diritto successorio nel complesso poco attraente per il fondatore della scuola storica, Friedrich Carl von Savigny²⁷⁸. Occorre menzionare soprattutto le questioni, tra loro strettamente correlate, fino a che punto sia da perseguire l'idea della successione della famiglia e in quale misura, nel quadro della successione della famiglia, debba coerentemente realizzarsi la concezione del sistema delle parentele²⁷⁹. Tuttavia, la prospettiva storico-comparatistica consente pur sempre una limitazione del margine di discrezionalità. Una connotazione fortemente culturale (che, secondo una tesi diffusa renderebbe difficile o addirittura impossibile una valutazione comparativa e una razionale discussione in merito a questioni successorie)²⁸⁰, si riscontra in modo evidente nel confronto tra i diritti successorii occidentali e quelli non occidentali. Dalla prospettiva occidentale, questi ultimi appaiono sotto diversi profili come premoderni e contrastano con i dettami della razionalità e dell'uguaglianza²⁸¹. Nel contesto del mondo occidentale, le differenze sussistenti tra gli ordinamenti non sono però riconducibili a specifiche ragioni culturali. Invero, il sistema delle tre linee appare fortemente radicato in Spagna e in America Latina, come il sistema delle parentele in Austria o in Germania. Inoltre, nel corso del ventesimo secolo soltanto i Paesi bassi hanno modificato il proprio sistema (e soltanto in modo parziale); riforme verificatesi in altri Paesi (ad esempio, in Francia e in Italia) sono state meno incisive e si sono limitate alla correzione di alcuni profili del sistema prescelto. Tuttavia, il sistema delle parentele in Germania non è molto radicato da un punto di vista storico. La sua introduzione, alla fine del diciannovesimo secolo, si basava su considerazioni di ordine razionale e pragmatico²⁸². Gli ordinamenti moderni del mondo occidentale si sforzano soprattutto di stabilire un ordine possibilmente razionale e di chiamare alla successione distinte classi di eredi. In aggiunta, si adoperano per fornire una disciplina priva di discriminazioni. En-

²⁷⁷ *Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act* 11 del 2009; su cui, nel dettaglio, v. DE WAAL, *South Africa*, cit., 267.

²⁷⁸ Cfr. i riferimenti in ZIMMERMANN, in *RabelsZ*, 76, 2012, 471, 505 s.

²⁷⁹ V. *supra*, nn. 8.7. e 9.

²⁸⁰ Sul punto, v. le indicazioni in ZIMMERMANN, in *RabelsZ*, 76, 2012, 471, 475 s.

²⁸¹ V. *supra*, n. 10.

²⁸² In proposito, v. ZIMMERMANN, *Germany*, cit., 188-190.

trambi i profili si riallacciano alle Novelle di Giustiniano, contenenti la più antica disciplina della successione *ab intestato*, che si apprezza per la sua modernità²⁸³. Il sistema francese e quello delle tre linee sono diverse espressioni contemporanee della disciplina risalente alla tradizione giustiniana. Le singole differenze tra le discipline dipendono da contingenze storiche. Non sono individuabili disomogeneità culturali, idonee a spiegare perché il sistema delle tre linee si è radicato in Spagna ma non in Italia. Il sistema delle parentele ha perseguito le medesime ragioni sottese al sistema giustiniano in modo più coerente, nell'ambito di una riconcettualizzazione influenzata dalle idee del giusnaturalismo; di fondamentale importanza, è stata la scelta di orientarsi alla presunta volontà del defunto²⁸⁴.

Pertanto, le discipline della successione *ab intestato* del mondo occidentale, nonostante le differenze relative a questioni particolari, possono considerarsi espressione di tre sistemi: il sistema francese, quello delle tre linee e quello delle parentele. In prospettiva storico-comparativa, divengono evidenti alcuni fondamentali aspetti comuni (in particolare, la precedenza dei discendenti e la successione per stirpi)²⁸⁵, ma anche curiosi relitti del passato, che all'interno di un ordinamento moderno costituiscono dei corpi estranei (vi rientrano l'idea della rappresentazione, *paterna paternis*, la regola *materna maternis* e *la fente successorale*)²⁸⁶. Altri criteri di riferimento per la valutazione comparativa delle soluzioni disomogenee discendono dalla volontà di realizzare concezioni una volta riconosciute come corrette: evitare inconsistenze valoriali, risultati casuali e discriminazioni, evitare la possibilità di manipolazioni, il rispetto di valutazioni compiute dal diritto in altri settori, o anche la semplicità della soluzione. La volontà presunta del *de cuius* può risultare uno strumento significativo nell'individuazione della soluzione più adeguata²⁸⁷, in quanto le regole della successione legittima dovrebbero possibilmente rispecchiare ciò che i consociati ritengono adeguato per la suddivisione del proprio asse ereditario; del resto, in modo molto simile anche il diritto dispositivo contrattuale riflette la volontà ipotetica di contraenti ragionevoli. Sussistono tuttavia una serie di questioni per le quali il riferimento alla volontà presunta non aiuta o finisce per risolversi in una mera speculazione²⁸⁸.

In ultima analisi, il sistema delle parentele, limitato in modo adeguato, appare il modello più soddisfacente.

²⁸³ V. *supra*, n. 2.

²⁸⁴ WENDEHORST, *Austria*, cit., 161-163.

²⁸⁵ V. *supra*, n. 7.1.

²⁸⁶ V. *supra*, nn. 7.4. e 8.4.

²⁸⁷ In proposito, v. in termini generali REID, DE WAAL, ZIMMERMANN, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, cit., 446.

²⁸⁸ Cfr., ad es., *supra*, n. 7.6.

El interés superior del menor y la patria potestad: claroscuros en la modificación del sistema de protección jurídica del menor

SUMARIO: 1. Precedentes de la reforma. – 2. Criterio rector de la reforma; la profundización de la tutela del interés superior del menor. 2.1. Introducción. – 2.2. Consecuencias jurídicas derivadas del interés superior del menor como criterio primordial. – 2.2.1. El derecho del menor a relacionarse con sus progenitores. – 2.2.2. El derecho del menor a ser oído y escuchado. – 3. Otra singularidad de la reforma: deberes que no obligan. 4. Claroscuros acerca de la reforma de la capacidad de obrar de los menores. 4.1. Principio general. – 4.2. Adecuación de la capacidad para contratar del menor en el contexto actual. – 4.3. Restricciones a la autonomía de la voluntad del menor. – 5. Situación de la patria potestad en este contexto: el ejercicio de la patria potestad en beneficio del menor.

Over the past years, many legal systems has been amended in order to proclaim the best interests of the child as a primary consideration, inspired by the United Nations Convention on the Rights of the Child. On August 2015, in Spain entered into force the Organic Law 8/2015, 22 July, and the Law 26/2015, 28 July, both modifying the protection system for children and adolescents. The aim of this contribution is to show some of the most important changes in Spanish legislation, which are characterized by the improvement of child protection legislation in contrast with the recognition of their own autonomy and responsibility in accordance with their age and maturity.

1. Precedentes de la reforma.

En la línea de lo establecido por el art. 39.1 de la Constitución Española – en lo sucesivo, CE –, según el cual «los poderes públicos aseguran la protección social, económica,

* Contributo discusso in occasione del Convegno “La famiglia tra principi europei e Costituzione. Il punto sulle riforme”, tenutosi presso l’Università Cà Foscari di Venezia, nelle giornate del 4 e 5 dicembre 2015.

y jurídica de la familia», se ha procedido a la reforma del sistema de protección jurídica del menor, habida cuenta de los cambios sociales que se han producido en las últimas décadas.

Las reformas operadas en la legislación española sobre la protección jurídica del menor tienen su inspiración fundamental en los acuerdos o convenios internacionales referidos a tal cuestión. De este modo, acerca de la patria potestad y de la capacidad de obrar de los menores, se hallan la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, de 20 de noviembre de 1989; el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo, de 25 de enero de 1996; el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 16 de octubre de 1996; el Reglamento (CE) 2202/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, entre otros. Además, de especial relevancia son las propuestas y observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas como, por ejemplo, las Observaciones Finales a España, de 3 de noviembre de 2010.

2. Criterio rector de la reforma: la profundización de la tutela del interés superior del menor.

2.1. Introducción.

La necesidad de desarrollar y reforzar «el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario» ha sido el criterio rector en la elaboración de la LO 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia¹. El interés superior del menor se trata de un concepto jurídico indeterminado, el cual se encuentra regulado por el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor – en adelante, LOPJM. A pesar de que se ha intentado dotar de contenido al concepto del interés superior del menor, sigue tratándose de un concepto jurídico indeterminado². No obstante, se reconoce que el interés superior del menor es un derecho sustantivo y, por ello, se trata de un criterio de interpretación e, igualmente, una norma de procedimiento.

¹ Se realiza dicha reforma por medio de dos leyes distintas debido a que algunas de las medidas se refieren a materias cuya regulación se encuentran reservadas a ley orgánica – art. 81.1 CE –, pues son relativas al desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas – como el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la libertad o a la seguridad, entre otros.

² Si bien, al tratarse de un principio general y primordial, siempre necesitará de ciertas dosis de abstracción.

De acuerdo con el art. 2.1 LOPJM, «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan»³.

2.2. Consecuencias jurídicas derivadas del interés superior del menor como criterio primordial.

2.2.1. El derecho del menor a relacionarse con sus progenitores.

A través de la reforma recientemente realizada, se ha llevado a cabo una profundización del derecho del menor a relacionarse con sus progenitores y el resto de familiares. A partir de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se dispone en el art. 90 del Código Civil – CC, en lo sucesivo – que en los convenios reguladores, en supuestos de separación o de divorcio, se incluirá, si es necesario, «el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre, el interés de aquéllos».

En cuanto a la comunicación familiar, resulta singular que en la nueva redacción del art. 160 CC se haya previsto que «en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende las visitas a aquéllos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita»⁴.

En contraste con lo dispuesto por el art. 160 CC, en casos de abandono o maltrato, o bien ante cualquier otra circunstancia de la que se puedan derivar perjuicios para el menor, en el art. 158 CC se prevé que «el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará», entre otras medidas, «la prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, o a otros parientes o a terceras personas establecer contacto por escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático» – art. 158.5º CC. Asimismo, también se podrán adoptar todas las disposiciones que el Juez considere oportunas, «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas» – art. 158.6º CC.

2.2.2. El derecho del menor a ser oído y escuchado.

El derecho del menor a ser oído y escuchado no se trata de una novedad en nuestro ordenamiento, ya que se reconocía desde bastante tiempo atrás. Sin embargo, este derecho

³ Esta consideración del interés superior del menor es en consonancia con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y con las observaciones del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

⁴ Así, se da cumplimiento a lo previsto por el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, por el que el menor tiene reconocido el derecho de mantener contacto directo y regular con ambos progenitores, salvo que ello sea contrario a su interés.

a ser oído y escuchado se ha desarrollado, si cabe, aún más. Dice el art. 2.2.b) LOPJM que se tendrán en cuenta «los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior».

En este sentido, en el art. 156 CC, también recientemente modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se prevé el supuesto en el que los progenitores no lleguen a un acuerdo en relación a alguna decisión que se refiere al hijo menor de edad. Según el art. 156 CC, «en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos – progenitores – podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre».

Por otro lado, el interés superior del menor es también una norma de procedimiento, de manera que se ha procedido a la modificación de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil – en adelante, LEC –, a fin de asegurar la tutela efectiva de los derechos e intereses de los menores, respetándose el derecho de éstos a ser oídos en aquellos procedimientos que incidan en sus intereses.

En el art. 780.1 LEC, sobre la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, se ha añadido un párrafo en el que se dice que «los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso conforme a lo establecido por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe como su defensor para que les represente».

Teniendo en cuenta que, en numerosas ocasiones, el interés superior del menor se encuentra en contraposición a la de sus progenitores, nos planteamos si sería posible que estas reformas terminasen por abocar a un nuevo perfil de cliente para los abogados. Es decir, el menor de edad como cliente de servicios jurídicos, con capacidad para ser parte y, por tanto, con su propia representación.

3. Otra singularidad de la reforma: los deberes que *no obligan*.

Por la reforma de la LOPJM se entiende que, «desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no sólo titulares de derechos sino también de deberes», si bien no se han previsto consecuencias jurídicas que se deriven de su incumplimiento. Por lo tanto, podemos afirmar que tales deberes tienen un carácter meramente programático. En todo caso, los artículos dedicados a los deberes de los menores son, si acaso, de índole pedagógico e, incluso, moralizante.

Estos deberes se han clasificado según el ámbito al que hagan referencia, y se regulan en los arts. 9 bis a quinquies de la LOPJM. Distinguimos en primer lugar, los «deberes

relativos al ámbito familiar» – art. 9 ter. Así, «los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, con independencia de su sexo». En segundo lugar, sobre los «deberes relativos al ámbito escolar» – art. 9 quáter-, nos encontramos con que los menores «han de tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo». Y, por último, acerca de los «deberes relativos al ámbito social» – art. 9 quinquies –, mencionaremos, por lo llamativo que resulta, que los menores «deben respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible».

4. Claroscuros acerca de la capacidad de obrar de los menores en la reforma.

4.1. Principio general.

La línea seguida por el legislador con respecto de las modificaciones operadas en relación a la capacidad de obrar de los menores de edad se ve plasmada en el último párrafo del art. 2.1 LOPJM, según el cual, «las limitaciones a la capacidad de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés del menor».

4.2. Adecuación de la capacidad para contratar del menor en el contexto actual.

La capacidad para contratar de los menores de edad se encuentra recogida en el art. 1263 CC. Su reforma se ha realizado en consonancia con el reconocimiento de la autonomía y de la responsabilidad de los menores, ajustándose, por tanto a la realidad existente. Así pues, dice el art. 1263 CC que los menores no emancipados podrán prestar consentimiento válido a «aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus padres, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

Para la validez de determinados contratos que celebran habitualmente los menores de edad, de este modo, se dejan atrás justificaciones tales como aquella que sostenía que la validez del contrato procedía de una «declaración de voluntad tácita» de los progenitores que «impide que los contratos puedan considerarse inexistentes»⁵.

⁵ S. RIBELLES DURÁ, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Vol. II, Madrid, 2003, 128, quien hace referencia al Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991, (Roj: STS 16093/1991), y en la que se dice lo siguiente: «los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y de esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, si

4.3. Restricciones a la autonomía de la voluntad del menor.

En cambio, precisamente, en aras de proteger el interés del menor, han tenido lugar otras reformas que, y sin entrar en juicios de valor, se oponen a esa idea consistente en otorgar una mayor autonomía a los menores de edad, puesto que, más bien, tienen fines proteccionistas. Me refiero a las limitaciones efectuadas con respecto a la capacidad para contraer matrimonio y al consentimiento previo a una intervención médica.

Así pues, los menores no emancipados ya no podrán en ningún caso contraer matrimonio válido por medio de dispensa judicial – art. 46 en relación con el art. 48 CC. Y, por otro lado, en el ámbito sanitario, cuando nos hallemos ante una actuación médica de grave riesgo para la vida o salud del menor emancipado o mayor de dieciséis años, según el criterio facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo – lo cual se recoge en el art. 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

5. Situación actual de la patria potestad: el ejercicio de la patria potestad en beneficio del menor

El art. 5 de la Convención de los Derechos de los Niños ha sido interpretado en el sentido de que «el niño necesitará, para el ejercicio de sus derechos, dirección y orientación apropiada de sus padres o tutores, en consonancia con la evolución de sus facultades, de manera que habrá que ir disminuyendo a medida que vaya creciendo»⁶.

En este sentido, acerca de las excepciones referidas a la representación legal que ostentan los progenitores respecto de sus hijos menores no emancipados, en el art. 162 CC se ha introducido un párrafo según el cual, aunque los menores puedan realizar por sí mismos, de acuerdo con su madurez, actos relativos a los derechos de la personalidad, «los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia». Cuestión conectada a la capacidad para prestar consentimiento previo a una actuación médica de grave riesgo para la vida o salud del menor emancipado o mayor de dieciséis años que ahora corresponde al representante legal de éste.

que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” (art. 3.1 del Código Civil).

⁶ Extraído del “Estudio de la escucha del interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, realizado por el Defensor del Pueblo, Madrid, mayo de 2014, p. 10.

Puede consultarse a través del siguiente enlace web: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

Ahora bien, aunque ahora se reconozca parcialmente una mayor autonomía y capacidad del menor, sigue estando prevista la responsabilidad extracontractual de los progenitores respecto de los daños patrimoniales que sus hijos hubieren podido ocasionar, fundamentándose en una culpa *in vigilando* y también en una culpa *in educando* – ex art. 1903 CC⁷. Asimismo, pensemos también en la responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito penal por parte de un menor de edad, ya que se prevé la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho del menor⁸. Sin embargo, fundamentar la responsabilidad de los progenitores por los daños ocasionados por los hijos en base a una culpa *in vigilando* e *in educando* puede resultar cada vez más difícil de justificar cuando la vigilancia sobre los hijos se encuentra limitada por el incremento del nivel de autonomía que éstos van adquiriendo antes de llegar a la mayoría de edad y que, además, así tienen reconocida expresamente por ley. Ya señaló Díez-Picazo, que el art. 1903 CC presume que estamos ante un padre que todo lo controla y que, dada su autoridad en el seno de la familia, «tiene en sus manos los resortes necesarios para que las cosas ocurran o no ocurran»⁹, lo cual se aleja bastante de la realidad actual.

Además, acerca del ejercicio de la patria potestad, a través de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, se procedió a la modificación de lo establecido por el art. 154 CC. En dicho artículo se disponía que los progenitores podían «corregir razonable y moderadamente a sus hijos». No obstante, se procedió a la supresión de la facultad de corrección de los progenitores con motivo del Informe del Comité de los Derechos del Niño, aprobado el 7 de junio de 2002, ya que el Comité entendió de manera errónea – no puede considerarse de otro modo – que, en el ejercicio de esta facultad de corrección, se podría justificar alguna forma de abuso físico o psíquico, es decir, de maltrato, hacia el menor. Sin embargo, la corrección razonable y moderada en ningún caso podía ser causa de justificación de ninguna clase de maltrato, lo cual además vendría a ser una conducta constitutiva de delito¹⁰.

Aunque los progenitores no estén facultados por ley para corregir a sus hijos, en el supuesto de que soliciten la guarda voluntaria del menor, que supone la cesión de la guarda de los hijos a la Entidad Pública, si el menor fuese acogido en un centro habilitado para menores con conducta agresiva y violenta – lo cual, según señala el Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Ado-

⁷ Comienza diciendo el art. 1903 CC: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda (...)».

⁸ De acuerdo con el art. 61.3 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderá solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

⁹ L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad*, en *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Madrid, 2001, 1376.

¹⁰ Arts. 153 y 173 del Código Penal.

lescencia, se da cada vez con más frecuencia –, el personal del centro está facultado para ejercitar una serie de medidas de seguridad, de contención, de aislamiento, así como registros personales y materiales¹¹. En consecuencia, la corrección que pueden llevar a cabo los centros de protección dista mucho de la que los progenitores pueden ejercer sobre sus hijos o, por lo menos, de la que pueden ejercer en base a lo establecido por el art. 154 CC, que es ninguna. Como consuelo, siempre nos quedará el art. 155 CC, según el cual los hijos deben obedecer y respetar a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad. Aunque, siendo realistas, teniendo en cuenta la tendencia que se está siguiendo en este ámbito del Derecho, mejor dejarlo en «por ahora nos queda el art. 155 CC».

En ocasiones, conforme a la observación de Carrasco, parece existir un interés del menor, en oposición a la de los padres, que nos deja ante una situación en la que la sociedad es la que termina asumiendo la competencia de los límites y alcance del interés del menor, de tal manera que se podría llegar al punto en el que el Derecho de Familia pasaría a denominarse *Derecho de la Infancia*¹².

¹¹ Se regula la guarda voluntaria de los menores con problemas de conducta en el art. 172 CC y en los arts. 19 y 25 y siguientes de la LOPJM.

¹² Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia, Casos. Reglas. Argumentos*, Madrid, 2006, 27.