

STUDIUM IURIS

RIVISTA PER LA FORMAZIONE NELLE PROFESSIONI GIURIDICHE

RIVISTA BIMESTRALE
Anno XXX

Coordinatore
e direttore responsabile
ALESSIO ZACCARIA

2/2024

 pacinieditore.xligo.com/rivista/studium.iuris

30
ANNI

Comitato di Direzione

Renato Balduzzi - Giovanni Bonilini - Roberto Calvo - Marco Cian - Giorgio Conetti - Guido Corso - Giovannangelo De Francesco - Giovanni De Cristofaro - Maria Vita De Giorgi - Franco Ferrari - Gianluca Gardini - Fausto Giunta - Vincenzo Maiello - Antonella Marandola - Giorgio Marasà - Antonio Masi - Pietro Masi - Francesco Palazzo - Marco Pelissero - Andrea Pugiotto - Antonio Serra - Giorgio Spangher - Ferruccio Tommaseo - Paolo Veronesi - Enzo Vullo - Alessio Zaccaria

Responsabile della Redazione

Alessandro Pepe

Il contraddittorio nel nuovo Statuto del contribuente

La disciplina dell'arbitrato post-Riforma Cartabia

Le soglie di tenuità del fatto nel traffico di stupefacenti

Concessioni balneari e legittimazione processuale delle associazioni di categoria

Relazioni qualificate e responsabilità civile

La trasmissione della delazione, spunti comparatistici dal diritto spagnolo e catalano

Caso Regeni: processo inevitabile, ma i problemi restano

Decreto Caivano: coordinate di rotta

Temi in questo numero:

Contratti di leasing e clausola "rischio cambio"

Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto

Esame avvocato: atto giudiziario in materia di diritto penale

D. legisl. n. 81/2008 e responsabilità penale

Legato in sostituzione di legittima, diseredazione, disposizioni sulla sepoltura

Agibilità immobiliare, riserva di servitù, clausola risolutiva di inadempimento

DIREZIONE

Renato BALDUZZI	- Ord. dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
Giovanni BONILINI	- Em. dell'Università di Parma
Roberto CALVO	- Ord. dell'Università della Valle d'Aosta
Marco CIAN	- Ord. dell'Università di Padova
Giorgio CONETTI	- Em. dell'Università di Varese e Como «dell'Insubria»
Guido CORSO	- Ord. dell'Università di Roma Tre
Giovannangelo DE FRANCESCO	- Ord. dell'Università di Pisa
Giovanni DE CRISTOFARO	- Ord. dell'Università di Ferrara
Franco FERRARI	- Prof. of Law, New York University School of Law
Maria Vita DE GIORGI	- On. dell'Università di Ferrara
Gianluca GARDINI	- Ord. dell'Università di Ferrara
Fausto GIUNTA	- Ord. dell'Università di Firenze
Vincenzo MAIELLO	- Ord. dell'Università di Napoli «Federico II»
Antonella MARANDOLA	- Ord. dell'Università del Sannio
Giorgio MARASÀ	- Ord. dell'Università di Roma «Tor Vergata»
Antonio MASI	- Ord. dell'Università di Roma «La Sapienza»
Pietro MASI	- Ord. dell'Università di Roma «Tor Vergata»
Francesco C. PALAZZO	- Em. dell'Università di Firenze
Marco PELISSERO	- Ord. dell'Università di Genova
Andrea PUGIOTTO	- Ord. dell'Università di Ferrara
Antonio SERRA	- Ord. dell'Università di Sassari
Giorgio SPANGHER	- Ord. dell'Università di Roma «La Sapienza»
Ferruccio TOMMASEO	- Ord. dell'Università di Verona
Paolo VERONESI	- Ord. dell'Università di Ferrara
Enzo VULLO	- Ord. dell'Università di Sassari
Alessio ZACCARIA	- Em. dell'Università di Verona

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA: Francesco ADORNATO - Giuseppe AMADIO - Ferdinando ALBISINNI - Gian Guido BALANDI - Giampiero BALENA - Francesco BARACHINI - Vincenzo BARBA - Giovanni Francesco BASINI - Silvia BOLOGNINI - Silvia BORELLI - Paolo BORGHI - Giuditta BRUNELLI - Giovanni CAPO - Ettore CASADEI - Sebastiano Bruno CARUSO - Carlo CASONATO - Stefano COGNETTI - Cristina COPPOLA - Vincenzo CUFFARO - Antonio D'ANDREA - Maria DE BENEDETTO - Stefano DELLE MONACHE - Alberto DI MARTINO - Adriano DI PIETRO - Maria Cecilia FREGNI - Alberto GARGANI - Giulio GARUTI - Luca GHIDONI - Gianvito GIANNELLI - Marianna GIUFFRIDA - Tommaso GIUPPONI - Marco GOLDONI - Donata GOTTARDI - Carlo GRANELLI - Roberto GUERRINI - Paola IVALDI - Katia LA REGINA - Fiorenzo LIGUORI - Elisabetta LOFFREDO - Marcello MAGGIOLO - Alberto MALATESTA - Manuela MANTOVANI - Adriano MARTINI - Paolo MOROZZO DELLA ROCCA - Roberto MASTROIANNI - Marco MAZZAMUTO - Linda MIOTTO - Andrea MORA - Paolo MOSCARINI - Pasquale NAPPI - Domenico NOTARO - Mario NUSSI - Fabio PADOVINI - Stefano PAGLIANTINI - Luca Raffaello PERFETTI - Davide PETRINI - Roberto PUCELLA - Francesca RAGNO - Alberto ROMANO - Geremia ROMANO - Roberto ROMBOLI - Alessandra ROSSI - Giulia ROSSOLILLO - Marco RUOTOLO - Luigi RUSSO - Claudia SANDEI - Nicola SARTORI - Pietro SELICATO - Maria Luisa SERRA - Giulio SGARBANTI - Mario Rosario SPASIANO - Marco SPERANZIN - Giovanni STELLA - Mario TRIMARCHI - Sara TONOLO - Stefano TROIANO - Antonio VALLINI - Ilaria VIARENGO - Elena ZUCCONI GALLI FONSECA

COMITATO INTERNAZIONALE PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA:

Esther ARROYO AMAYUELAS (Universitat de Barcelona) - Ena-Marlis BAJONS (Universität Wien) - Christian BALDUS (Universität Heidelberg) - Andrea BONOMI (Université de Lausanne) - Alfonso-Luis CALVO CARAVACA (Universidad Carlos III de Madrid) - Sergio CÁMARA LAPUENTE (Universidad de La Rioja) - Giuditta CORDERO-MOSS (University of Oslo) - Fernando FERNÁNDEZ MARÍN (Universidad de Almería) - Gábor HAMZA (Eötvös Loránd Tudományegyetem Budapest) - Dieter HENRICH (Universität Regensburg) - Erik JAYME (Universität Heidelberg) - Peter KINDLER (Ludwig-Maximilians-Universität München) - Michael A. LIVINGSTONE (Rutgers University School of Law - Camden) - Miguel Ángel PRESNO LINERA (Universidad de Oviedo) - Martin SCHMIDT- KESSEL (Universität Bayreuth)

REDAZIONE

Alessandro PEPE (Responsabile della Redazione) - Edoardo CARUSO, Francesco OLIVIERO, Francesco PORCARI, Riccardo VILLANI

HANNO INOLTRE COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

Stefano Augusto - Gaetano Anzani (Avv. in Reggio Emilia) - Esther Arroyo Amayuela (Catedrática Univ. Barcellona) - Tommaso Bonamini - Camilla Caselli - Alessandro Catania - Nicola Chiricallo - Chiara Gigante - Luana Granozio (Avv. in Roma) - Massimo Maistrello - Renato Martucci - Valentina Passadore - Enrique Peruga Pérez - Diego Salvatore - Valerio Silveti (Avv. in Roma) - Francesco Tedioli (Avv. in Mantova)

La corrispondenza, inviata alla Direzione o alla Redazione del periodico, va indirizzata a:
redazione.studiumiuris@gmail.com

Il Codice etico della Rivista è reperibile sul sito di Pacini editore: www.pacineditore.it/prodotto/studium-iuris

Studium Generale

Collana di periodici per la didattica universitaria e postuniversitaria

fondata da

Giorgio Cian e Diega Orlando

STUDIUM IURIS

rivista per la formazione nelle professioni giuridiche

progetto e realizzazione di Giorgio Cian e Alessio Zaccaria

STUDIUM IURIS

rivista per la formazione nelle professioni giuridiche

COMITATO DI DIREZIONE

RENATO BALDUZZI
GIOVANNI BONILINI
ROBERTO CALVO
MARCO CIAN
GIORGIO CONETTI
GUIDO CORSO
GIOVANNANGELO DE FRANCESCO
GIOVANNI DE CRISTOFARO
MARIA VITA DE GIORGI
FRANCO FERRARI
GIANLUCA GARDINI
FAUSTO GIUNTA
VINCENZO MAIELLO

ANTONELLA MARANDOLA
GIORGIO MARASÀ
ANTONIO MASI
PIETRO MASI
FRANCESCO PALAZZO
MARCO PELISSERO
ANDREA PUGIOTTO
ANTONIO SERRA
GIORGIO SPANGHER
FERRUCCIO TOMMASEO
PAOLO VERONESI
ENZO VULLO
ALESSIO ZACCARIA

coordinatore e direttore responsabile
Alessio Zaccaria

redazione

Alessandro Pepe

Edoardo Caruso Francesco Oliviero
Francesco Porcari Riccardo Villani

REFERAGGIO - NORME DI AUTODISCIPLINA

I contributi ospitati nelle sezioni Attualità e Saggi e Lezioni sono innanzi tutto vagliati da un Direttore e quindi sottoposti a procedimento di revisione tra pari a singolo o a doppio cieco (come indicato in nota).

I contributi trasmessi per la valutazione a un componente del Comitato per la valutazione scientifica non recano il nome dell'Autore. L'identità dei valutatori è coperta da anonimato.

La Redazione informa l'Autore dell'esito della valutazione e degli eventuali suggerimenti per il miglioramento del lavoro. In caso di pareri contrastanti tra più revisori, la Direzione si assume la responsabilità della decisione finale.

I contributi dei Direttori non sono sottoposti a referaggio.

I Temi e le Rassegne sono controllati da un Direttore.

La documentazione relativa alle procedure di valutazione viene conservata presso la Redazione della Rivista.

INDICE DEL FASCICOLO 2/2024



ATTUALITÀ E SAGGI

VALENTINA PASSADORE, <i>Il contraddittorio nel nuovo Statuto dei diritti del contribuente</i>	141
FRANCESCO TEDIOLI, <i>La disciplina dell'arbitrato dopo la Riforma Cartabia</i>	151
DIEGO SALVATORE, <i>Le soglie di tenuità del fatto in materia di traffico di sostanze stupefacenti: proposte e ripensamenti nella giurisprudenza di legittimità</i>	158
STEFANO AGUSTO, <i>Illegittimità della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 18 del 2021 sulle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative: quali conseguenze e prospettive?</i>	170
GAETANO ANZANI, <i>Relazioni qualificate e responsabilità civile (Prima parte)</i>	175
ESTHER ARROYO AMAYUELAS ed ENRIQUE PERUGA PÉREZ, <i>La trasmissione della delazione. Spunti di riflessione dal diritto spagnolo e da quello catalano</i>	187



TEMI

Concorso per uditore giudiziario – Prova scritta di diritto civile, di NICOLA CHIRICALLO	196
Concorso per uditore giudiziario – Prova scritta di diritto penale, di ALESSANDRO CATANIA ...	200
Esame per l'iscrizione agli albi degli avvocati – Parere motivato su quesito proposto in materia di diritto penale, di CHIARA GIGANTE	207
Esame per l'iscrizione agli albi degli avvocati – Atto giudiziario su quesito proposto in materia di diritto penale, di RENATO MARTUCCI.....	211
Concorso per notaio – Prova teorico-pratica riguardante un atto di ultima volontà, di TOMMASO BONAMINI	220
Concorso per notaio – Prova teorico-pratica riguardante un atto tra vivi di diritto civile, di MASSIMO MAISTRELLO	228
I Temi del prossimo numero.....	241



NOTIZIARIO E VARIE

GIORGIO SPANGHER, <i>Regeni: il processo era inevitabile, ma i problemi restano</i>	244
LUANA GRANOZIO, <i>Decreto Caivano: coordinate di rotta</i>	245
CAMILLA CASELLI, <i>Gli strumenti giuridici di contrasto alla violenza contro le donne (Dipartimento di Giurisprudenza - Sede di Rovigo, Università degli Studi di Ferrara, 17 novembre 2023)</i>	246
VALERIO SILVETTI, <i>Whistleblowing: le misure di protezione a tutela del segnalante</i>	249

CONTENUTI ONLINE RISERVATI AGLI ABBONATI



NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

a cura di GIANMARCO BONDI, NICOLA CHIRICALLO, JACOPO DELLA VALENTINA,
ALESSANDRO PEPE, LINDA PINCELLI e FEDERICO RIZZOLO



GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

a cura di PAOLO VERONESI



GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di LUIGI BENINCASA



NOVITÀ LEGISLATIVE

a cura di SIMONA DROGHETTI



ESAMI E CONCORSI

La trasmissione della delazione. Spunti di riflessione dal diritto spagnolo e da quello catalano

di ESTHER ARROYO AMAYUELAS e ENRIQUE PERUGA PÉREZ (*) (**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo *ius delationis*. – 2.1. L'erroneamente denominato *ius transmissionis*. – 2.2. La trasmissibilità della delazione. – 2.3. La decadenza dalla delazione. – 3. La trasmissione della delazione quando vi sono sostituzioni disposte dal testatore. – 3.1. Nel diritto austriaco, le sostituzioni prevalgono. – 3.2. Nel diritto italiano, dal rapporto tra la sostituzione volgare e il diritto di rappresentazione può trarsi che la trasmissione della delazione non prevale quando il testatore ha disposto una sostituzione volgare. – 3.3. E in Spagna? – 3.3.1. La disposizione di una sostituzione fedecommissaria. – 3.3.2. La previsione di una sostituzione volgare espressa per l'ipotesi di morte successiva al dante causa senza avere esercitato la delazione. – 4. Il *favor* per una presunzione generale quando il testatore disponga una sostituzione. – 5. Prospettive di riforma. – 6. Conclusione.

1. Introduzione

In alcuni sistemi successori, il chiamato all'eredità deve compiere un atto di accettazione per acquistare la qualità di erede. È il caso del Codice civile italiano (c.c. it., art. 459), dell'ABGB austriaco (§ 799), del Codice civile spagnolo (c.c. sp., art. 988)(1) e di altri sistemi civili coesistenti in Spagna, come, quale unico esempio cui si farà riferimento nelle pagine seguenti, quello del Codice civile catalano (c.c. cat., art. 461-1)(2). Se il chiamato

(*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del *Comitato per la valutazione scientifica*.

(**) Il lavoro fa parte della ricerca svolta nell'ambito del gruppo di ricerca consolidato 2021 SGR 00347 finanziato dalla *Generalitat de Catalunya*. Enrique Peruga è beneficiario di un progetto di ricerca sulla trasmissione della delazione finanziato dal *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada* della *Generalitat de Catalunya* (DOGC n. 8836 del 19 gennaio 2023). Il contributo riprende, con l'aggiunta dei riferimenti bibliografici, la relazione tenuta da Esther Arroyo Amayuelas alla conferenza svoltasi il 13 ottobre 2023 presso l'Università di Verona organizzata dal Prof. Mauro Tescaro, al quale gli autori sono grati per l'ausilio nella traduzione del testo.

(1) M. WENCKSTERN, *Erbschaftsannahme/Ausschlagung*, in J. BASEDOW - K.J. HOPT - R. ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, I, Tübingen 2009, p. 425-428.

(2) Sul pluralismo legislativo in Spagna in materia di diritto civile, con particolare riferimento al diritto civile catalano codificato, v. E. ARROYO AMAYUELAS, *Civil Law in Spain is Plural, as are its National Civil Codes*, in M. GRAZIADEI - L. ZHANG (a cura di), *The Making of the Civil Codes*, Singapore, 2023, p.

muore senza aver accettato o rinunciato all'eredità, la delazione si trasmette *mortis causa* ai suoi eredi. Costoro (chiamati trasmissari), nel momento in cui dovranno pronunciarsi sull'accettazione dell'eredità del loro dante causa (chiamato trasmittente), potranno anche decidere se accettare o non l'eredità del dante causa di quest'ultimo.

Nei sistemi di acquisto dell'eredità *ipso iure* in seguito alla morte del defunto, come quello tedesco, non è invece necessario un atto di accettazione dell'eredità, per cui ciò che si trasmette è solo il diritto di rinunciare a quest'ultima (§ 1952, comma 1, BGB), purché il chiamato muoia prima della scadenza del termine di sei settimane, ovvero del termine entro il quale deve, in generale, essere effettuata la rinuncia, e decorso inutilmente il quale l'eredità si considera accettata (§§ 1943 e 1944, comma 1, BGB)(3).

Le questioni sollevate dalla trasmissione della delazione in Spagna sono numerose. Alcune di esse, pur assai importanti, non potranno essere trattate in questa sede(4). Queste pagine hanno, infatti,

31-49.

(3) D. LEIPOLD, § 1952 BGB, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 11, 8a ed., München 2020, pp. 284-288.

(4) Il problema principale (anche a fini fiscali) consiste nel determinare se il trasmissario che accetta la delazione che si trova nell'eredità del trasmittente succede direttamente al dante causa di quest'ultimo o se, in aggiunta, l'accettazione del trasmissario comporta che anche il trasmittente succede

AS

la sola finalità di analizzare, in primo luogo, quali conseguenze ha, sulla trasmissione della delazione, l'assenza di un termine per accettare o rinunciare all'eredità, come è espressamente previsto in Catalogna; e, in secondo luogo, qual è il rapporto tra la trasmissione della delazione, che è un effetto *ex lege*, e la volontà del testatore. Una breve analisi del diritto austriaco e di quello italiano fornirà alcuni argomenti al dibattito sulla necessità, in Spagna, di future riforme al riguardo.

2. Lo *ius delationis*

2.1. L'erroneamente denominato *ius transmissionis*

Lo *ius delationis* si estingue quando il suo titolare accetta l'eredità o vi rinuncia. Nel frattempo, il medesimo fa parte del patrimonio del chiamato e, se questi muore senza accettare né rinunciare, può passare ai suoi eredi (art. 461-13 c.c. cat.; art. 1006 c.c. sp.). Questo fenomeno è noto in Spagna come *derecho de transmisión* o *ius transmissionis*. Una simile denominazione non è, tuttavia, esatta, per almeno due ragioni. Innanzi tutto, poiché la successione nella delazione non ha nulla a che vedere con un atto di trasmissione o di disposizione da parte del titolare della stessa, in quanto è la morte del chiamato, e non la sua volontà, a determinare *ex lege* la perdita della titolarità della delazione (5). Inoltre, il cosiddetto "diritto di trasmissione" non è affatto un (autonomo) diritto, ma soltanto la manifestazione di una qualità specifica della delazione, ovvero la sua trasmissibilità. Ciò che dimostra, pertanto, come la regola generale sia quella per cui la delazione non è personalissima per l'istituto.

2.2. La trasmissibilità della delazione

Le ragioni per cui può verificarsi la trasmissione della delazione sono diverse. Tra le più frequenti, vi è l'ipotesi in cui l'istituto muoia poco dopo il testatore, senza aver conosciuto la delazione, o senza averla potuta esercitare. Naturalmente, la predetta

trasmissione rimane, viceversa, esclusa qualora sia avvenuta l'accettazione, con la volontà del chiamato (espressa o tacita) o senza di essa (*ex lege*), oppure quando il chiamato abbia rinunciato all'eredità. Tuttavia, il Codice civile italiano, che si riferisce solo alla trasmissione del diritto di accettare l'eredità (art. 479, comma 1), presenta la particolarità che, se il chiamato muore dopo avervi rinunciato, il diritto di accettarla comunque si trasmette ai suoi eredi, fintantoché nessun altro chiamato acquisti l'eredità e purché non sia intervenuta la prescrizione (art. 525 c.c. it.) (6).

2.3. La decadenza dalla delazione

La trasmissione della delazione è esclusa anche quando si sia verificata la decadenza dal diritto potestativo di accettare o rinunciare. Si dovrebbe a rigore parlare di decadenza e non di prescrizione in quanto si tratta di un diritto potestativo. Applicandosi il Codice civile spagnolo, che non contempla una specifica disciplina al riguardo, si ammette la possibilità di esercitare lo *ius delationis* per 30 anni. Si ritiene che questo sia il termine applicabile perché secondo la giurisprudenza l'azione di petizione ereditaria è sottoposta a prescrizione trentennale (7). Un termine analogo per accettare l'eredità era previsto anche nel diritto civile catalano prima della riforma del 2015 (8), mentre attualmente in Catalogna la delazione può essere esercitata *ad aeternum*, non essendo previsto alcun termine (art. 461-12, comma 1, c.c. cat.) (9). E questa soluzione, sebbene non sia sicuramente la più conveniente, è stata proposta anche in una futura riforma del Codice civile spagnolo (10).

(6) V. L. FERRI, *sub* art. 479, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, 3a ed., Bologna 1997, p. 301 s.

(7) Tra i tanti, v. M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *Aceptación y repudiación de la herencia*, in S. CÁMARA LAPUENTE (a cura di), *Curso de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Madrid 2022, § 200, p. 392. Isolatamente, M. ALBALADEJO GARCÍA, *La sucesión iure transmissionis*, in *Anuario de Derecho Civil*, 3, 1952, p. 931, sosteneva un periodo di 15 anni (vecchio art. 1964, comma 2, c.c. sp.) (oggi sarebbero 5 anni, dopo la riforma del termine ordinario di prescrizione realizzata dalla l. 5 ottobre 2015, n. 42).

(8) Ma il *dies a quo* variava: nel Codice delle successioni (1991) erano trent'anni dalla delazione (art. 28, comma, c. succ.) e poi, nella formulazione originaria del Libro IV del Codice civile catalano (2008), dalla morte del dante causa (art. 461-12, comma 1, c.c. cat). Successivamente, la l. 13 maggio 2015, n. 6, di armonizzazione del Codice civile catalano ha modificato la disciplina nel senso indicato nel testo.

(9) P. DEL POZO CARRASCOSA - A. VAQUER ALOY - E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3a ed., Madrid-Barcellona, Marcial Pons 2017, p. 474 s.

(10) V. art. 468-14, comma 1, del Progetto di Codice civi-

al primo dante causa. Sul tema, v. E. PERUGA PÉREZ, *Jurisprudència sobre la transmissió de la delació. Els seus efectes civils, fiscals i registrals*, in INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (a cura di), *Materials de les vint-i-dosenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria 2023, p. 641-672.

(5) J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona 1988, p. 57; L. ARNAU RAVENTÓS, M.E. GINEBRA MOLINS, J. TARABAL BOSCH, *Dret de Successions. Teoria i Casos*, 3a ed., Barcellona 2023, p. 67; M.C. GETE-ALONSO CALERA, *Art. 1006 c.c. sp.*, in A. CAÑIZARES LASO (a cura di), *Comentarios al Código Civil*, III, Valencia 2023, p. 4652.

Le ragioni per cui, in Catalogna, l'esercizio dello *ius delationis* non è sottoposto a decadenza non sono, peraltro, chiare. Si afferma che ciò sarebbe dovuto all'art. 121-2 c.c. cat., introdotto successivamente all'originario art. 461-12, comma 1, c.c. cat., secondo cui l'azione dichiarativa della qualità di erede non si prescrive. Tuttavia, la predetta disposizione si riferisce alla prescrizione e non alla decadenza. Proprio perché si riferisce alla prescrizione, deve avere come oggetto, secondo il diritto catalano, una pretesa nei confronti di un terzo (*Anspruch*) di essere riconosciuto come erede, cosa che è possibile solo se si è già acquisito il titolo, con la conseguenza che ciò presuppone che lo *ius delationis* sia già stato esercitato (11). Come argomento ulteriore, e certamente più fondato, per giustificare la mancata sottoposizione a decadenza dello *ius delationis*, si richiama l'art. 465-1, comma 3, c.c. cat., il quale prevede che l'azione di petizione ereditaria è imprescrittibile. Tuttavia, se si ritenesse che l'azione per reclamare l'eredità spetta solo a chi è già erede, il ragionamento comunque non sarebbe utile (12). Potrebbe essere utile solo se si intendesse che l'esercizio di questa pretesa può comportare l'assunzione del titolo, perché si tratta di un atto che non può essere compiuto se non con tale qualità; è chiaro allora che ciò presuppone necessariamente che lo *ius delationis* esista ancora (13).

Pertanto, almeno in teoria, in Catalogna la trasmissibilità della delazione è perpetua finché vi sono chiamati. In questo scenario, è quindi irrilevante che l'erede del trasmittente debba o non avvalersi solo del periodo di tempo che rimaneva al suo dante causa per accettare o rinunciare, come, al contrario, si sostiene con riguardo al Codice civile spagnolo (14). Indubbiamente, questo effetto inde-

siderato potrà essere evitato con l'*interrogatio in iure*, anche se va notato che, in Catalogna, la conseguenza del mancato pronunciamento del chiamato interrogato è la rinuncia all'eredità (art. 461-12, comma 2, c.c. cat.), cosicché la delazione dovrebbe, in tal caso, passare al chiamato di grado successivo, e pure quest'ultimo potrebbe, a sua volta, morire senza accettare o rinunciare, se nessun interessato lo interpellasse giudizialmente. Una soluzione oposta è, invece, accolta nel Codice civile spagnolo (art. 1005 c.c. sp.) (15), nell'ambito del quale si è, inoltre, poc'anzi veduto che si afferma la prescrizione (*rectius*, decadenza) della delazione. Ciò nonostante, per evitare l'effetto indesiderato di possibili situazioni provvisorie di pendenza eccessivamente prolungate nel tempo, la dottrina spagnola ammette che il termine per accettare o rinunciare decorra contemporaneamente anche nei confronti di coloro che sarebbero chiamati in assenza di colui che risulta attualmente chiamato, quando costoro, mediante l'*interrogatio in iure*, possono provocare la chiamata in loro favore nel caso in cui l'interpellato non diventi erede (16).

Proprio quest'ultima dovrebbe essere la soluzione e, in Catalogna, si possono addurre ulteriori argomenti per sostenere l'impossibilità della trasmissione "eterna" della delazione. Il primo argomento fa leva sulla circostanza che, trascorsi trent'anni, scatta la preclusione (art. 121-24 c.c. cat.), e tale termine di preclusione, che vale sia per la prescrizione sia per la decadenza, deve iniziare a computarsi dalla morte del dante causa, perché questo è il momento in cui l'eredità viene trasferita (art. 411-4, comma 1, c.c. cat.) e anche in cui la stessa si intende accettata, indipendentemente da quando abbia avuto luogo l'accettazione (art. 411-5 c.c. cat.). Se così è, si deve altresì ammettere che la preclusione riguarda non solo il diritto del delato, ma il diritto di tutti i chiamati (17).

La limitazione degli effetti indesiderati di questa mancata decadenza risulta, poi, evidente sotto un altro profilo, se si considera che la capacità successoriale degli ulteriori eredi del trasmittente deve porsi in relazione con la capacità di succedere al primo dante causa, ciò che in Catalogna si dedu-

le elaborato dalla *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, *Propuesta de Código Civil*, Madrid 2018.

(11) Sull'art. 121-2 c.c. cat., v. F. BADOSA COLL, *sub* art. 121-2 c.c. cat., in A. VAQUER ALOY - A. LAMARCA MARQUÈS (a cura di), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcellona 2012, p. 343-349, spec. p. 344; A. LAMARCA I MARQUÈS, *Els efectes jurídics del temps. Prescripció i caducitat*, in A. VAQUER ALOY (a cura di), *Dret Civil. Part General i Dret de la Persona*, 5a ed., Barcellona 2022, p. 121.

(12) M. ALBALADEJO GARCÍA, *La sucesión iure transmissio- nis*, in *Anuario de Derecho Civil*, 3, 1952, p. 931, nt. 43.

(13) L. ARNAU RAVENTÓS, *Art. 465-1 c.c. cat.*, in J. EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER RIBA (a cura di), *Comentaris al llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, II, Barcelona 2009, p. 1672-1677, spec. p. 1674.

(14) C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, *La delación*, in S. CÁMARA LAPUENTE (a cura di), *Curso de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Madrid 2022, § 19, p. 77.

(15) Soluzione che rimane invariata nel Progetto di Codice civile elaborato dalla *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, art. 468-14, comma 3.

(16) M. ALBALADEJO GARCÍA, *La sucesión iure transmissio- nis*, in *Anuario de Derecho Civil* 1952, 3, p. 932.

(17) P. DEL POZO CARRASCOSA - A. VAQUER ALOY - E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesio- nes*, 3a ed., Madrid-Barcellona 2017, p. 475.

AS

ce chiaramente dall'art. 412-8, comma 3, c.c. cat., anche se nell'ambito del Codice civile spagnolo si tratta di una questione controversa (18). Se così è, è chiaro che la successione "eterna" nello *ius delationis* si scontra con l'impossibilità di succedere di chi non esisteva al tempo della morte del primo dante causa.

3. La trasmissione della delazione quando vi sono sostituzioni disposte dal testatore

La trasmissione della delazione presuppone la persistenza della delazione medesima dopo la morte del suo titolare. Le sostituzioni (volgari o fedecommissarie) generano, invece, una nuova e diversa delazione a favore dell'erede sostituto e presuppongono che quella dell'erede chiamato in primo luogo non esista più. Nella sostituzione volgare, la delazione nei confronti del primo chiamato non sorge (il chiamato non può essere erede) o si estingue per rinuncia (il chiamato non vuole essere erede). Nella sostituzione fedecommissaria, la delazione nei confronti del secondo chiamato nasce dopo l'estinzione della delazione derivata dall'accettazione del primo erede istituito. Di conseguenza, la trasmissione della delazione di chi muore senza accettare né rinunciare e la nascita di una delazione propria per i sostituti (volgari, fedecommissari) derivano da situazioni distinte. Tuttavia, è dibattuto se, nel caso in cui il testatore abbia previsto una sostituzione (volgare o fedecommissaria), questa debba essere in ogni caso preferita, anche se si verifica il presupposto per la trasmissione della delazione. Il Codice civile austriaco (ABGB) accoglie chiaramente questa soluzione, indipendentemente dal fatto che la sostituzione disposta dal testatore sia volgare o fedecommissaria. In altri Paesi, invece, come l'Italia, solo una parte della dottrina ritiene che la sostituzione volgare prevalga sul diritto di trasmissione. Anche nella dottrina spagnola e catalana contemporanea si tende ad affermare la trasmissione della delazione se si verifica la fattispecie della sopravvivenza del chiamato al testatore e della sua successiva morte senza accettazione né rinuncia

all'eredità, indipendentemente dal fatto che il testatore abbia disposto una sostituzione, perlomeno se si tratta di una sostituzione volgare. Tuttavia, in Catalogna esiste un'eccezione con riguardo ai fedecommissari, secondo cui quando il fiduciario non può essere erede *per qualsiasi causa*, la delazione al fedecommissario (secondo chiamato) prevale sempre e non si verifica mai la trasmissione della delazione dell'erede fiduciario (primo chiamato), anche se quest'ultimo muore dopo il testatore senza aver accettato né rinunciato all'eredità. Per coerenza, questa eccezione dovrebbe essere estesa all'ipotesi di sostituzione volgare espressa nel diritto civile catalano, e sarebbe bene che un modello analogo potesse essere generalizzato anche nelle successioni regolate dal Codice civile spagnolo.

3.1. Nel diritto austriaco, le sostituzioni prevalgono

A differenza di quello che accade nel resto degli ordinamenti di radice tedesca, come la Germania e la Svizzera, in Austria l'ABGB stabilisce che l'acquisto dell'eredità richiede un atto espresso di accettazione da parte del chiamato (§ 799 ABGB). Può, quindi, accadere che il chiamato muoia senza avere accettato né rinunciato all'eredità, e che la delazione passi, pertanto, ai suoi eredi. L'originario § 809 ABGB stabiliva che, se l'erede moriva prima di accettare o rinunciare all'eredità, questo diritto di accettarla o rinunciarvi si trametteva ai suoi eredi, a meno che il testatore lo avesse escluso o avesse designato altri eredi successivi (19). Era, quindi, la legge a prevedere espressamente l'esclusione della trasmissione della delazione se il testatore avesse designato altri eredi successivi (*Nacherben*). Il problema, tuttavia, consisteva nel determinare cosa si intendesse con l'espressione *Nacherben*, ovvero a quali eredi sostituti si riferiva la norma: ai sostituti fedecommissari, a quelli volgari, o ad entrambe le categorie? La questione ha suscitato un certo dibattito dalla fine del XIX secolo. In particolare, Krainz, facendo riferimento alla storia del § 809 ABGB, intendeva il termine "eredi" come concernente i soli fedecommissari (20). In effetti, la norma si riferiva ai *Na-*

(18) Contro la necessità di una doppia valutazione della capacità, rispetto al trasmittente e al dante causa di quest'ultimo, v. F. JORDANO FRAGA, *La sucesión en el ius delationis*, Madrid 1990, p. 325-329; J.M. GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid 1996, p. 205. Pur ritenendo che i trasmissari siano successori diretti del dante causa del trasmittente, anche la STS dell'11 settembre 2013 (ECLI:ES:TS:2014:1744) è di questo avviso. *Contra* M.C. GETE-ALONSO CALERA, *sub* art. 1006 c.c. sp., in A. CAÑIZARES LASO (a cura di), *Comentarios al Código Civil*, III, Valencia 2023, p. 4654.

(19) § 809 ABGB: "Stirbt der Erbe ehe, als er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat; so treten seine Erben, wenn der Erblasser diese nicht ausgeschlossen, oder nicht andere Nacherben bestimmt hat, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen, oder auszuschlagen".

(20) L'opinione di Joseph KRAINZ è ripresa da U. EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II-2, 6a ed., Vienna 1924, p. 423, § 503, nota 15. L'opera è un aggiornamento del lavoro di J. KRAINZ precedenti.

cherben o agli eredi “successivi”, e non vi è dubbio che berede fedecommissario fosse incluso nell’originario § 809 ABGB, e che fosse, pertanto, sempre preferito al trasmissario. Tuttavia, in dottrina si riteneva frequentemente che persino il sostituto volgare potesse escludere il trasmissario. Questa era l’opinione di Unger, il quale, oltre ai §§ 537(21) e 809, richiamava anche il § 615 ABGB(22), salvo che si potesse dedurre altro dalla volontà del dante causa. Tale autore riteneva che l’esclusione dei trasmissari corrispondesse alla presunta intenzione del testatore, e giustificava la stessa anche invocando il carattere generale (nonché, implicitamente, suppletivo) del diritto di trasmissione(23). Ehrenzweig, invece, riteneva che, essendo il successore fedecommissario allo stesso tempo erede sostituto volgare (§ 608)(24), si trattava di vedere se costui escludesse il trasmissario nell’una o nell’altra veste. L’autore illustrava la controversia con un esempio: cosa succede se il testatore ha designato A come erede sostituto volgare e B (solo) come erede successivo o fedecommissario? Se l’eredità è già stata offerta all’erede, ma non è stata accettata, la delazione passa all’erede sostituto volgare o all’erede fedecommissario? Si rispondeva che, ovviamente, ciò era determinato principalmente dalla volontà espressa o presunta del testatore, alla quale avrebbe dovuto attribuirsi l’esclusione del sostituto volgare. In caso di dubbio, tuttavia, risultava decisiva la delimitazione legale tra sostituzione volgare e fedecommissaria. A questo punto, l’autore argomentava che la sostituzione volgare si estingueva solo con l’accettazione dell’erede istituito (§ 615 ABGB) e che, al contrario, l’eredità fedecommissaria presupponeva che l’erede avesse già accettato l’eredità (§

608 ABGB). La conclusione era, quindi, che non solo l’erede fedecommissario in quanto tale escludeva il trasmissario (per espressa disposizione del § 809 ABGB), ma che anche l’erede sostituto volgare prevaleva, poiché la sostituzione volgare persisteva finché l’erede non avesse accettato l’eredità(25).

In definitiva, poiché la trasmissione della delazione era una conseguenza legale, mentre la sostituzione volgare era una scelta consapevole ed espressa di un istituito in subordine, la volontà del dante causa doveva prevalere. A metà del XX secolo, questa opinione non sembrava discutibile(26) e fu, inoltre, confermata dall’*Obersten Gerichtshof* (OBH)(27). La Corte basò la propria decisione sul fatto che il termine *Nacherbe* era onnicomprensivo, e che l’ABGB utilizzava il medesimo non solo per designare il sostituto erede fedecommissario, ma anche per riferirsi al sostituto volgare, come risultava dalla lettura del § 604 ABGB nella sua formulazione originaria(28). Infatti, poiché il § 604 ABGB si riferiva anche al sostituto volgare come *Nacherbe*, e poiché il termine *Ersatzerbe*, oggi comunemente utilizzato per designare il sostituto volgare, non era conosciuto nella versione originaria dell’ABGB, la Corte finì per concludere che il termine *Nacherbe* aveva nell’ABGB un significato ampio, che comprendeva entrambi i tipi di sostituzione. In definitiva, un’interpretazione sistematica delle disposizioni dell’ABGB portò a concludere che, al fine di stabilire quando non trovava spazio il diritto di trasmissione (§ 809 ABGB), il termine *Nacherbe* comprendeva sia l’erede fedecommissario sia il sostituto volgare. L’OGH ricordava, inoltre, un argomento già sostenuto dalla dottrina, segnalando come, dal fatto che il § 615 ABGB stabiliva che la sostituzione volgare si estingueva (soltanto) quando l’erede designato avesse accettato l’eredità, derivasse che ciò non avveniva quando egli fosse (semplicemente) sopravvissuto al testatore; di conseguenza, nonostante la sussistenza del presupposto di fatto dello *ius transmissionis*, la sostituzione volgare poteva ancora produrre effetti.

temente aggiornato da L. PFAFF.

(21) § 537 ABGB: «Hat der Erbe den Erblasser überlebt; so geht das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbschaft, wie andere frey vererbliche Rechte, auf seine Erben über, wenn es anders durch Entsagung, oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war».

(22) § 615 ABGB: «Die gemeine Substitution erlischt, so bald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; die fideicommissarische, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist; oder wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhöret».

(23) J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, VI, *Das österreichische Erbrecht*, 4a ed., Leipzig, 1894, § 19, p. 88 e 90, nt. 7.

(24) § 608 ABGB: «Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode oder in anderen bestimmten Fällen einem zweyten ernannten Erben überlasse». Diese Anordnung wird eine fiduciarische Substitution genannt. Die fideicommissarische Substitution begreift stillschweigend die gemeine in sich».

(25) U. EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II-2, 6a ed. (aggiornato a cura di KRAINZ-PFAFF), Vienna 1924, § 503, p. 423.

(26) H. KLANG, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, III, Vienna 1952, p. 76 e 79.

(27) OGH 18 giugno 1969, 6 Ob 115/69, SZ 42/93.

(28) § 604 ABGB: «Jeder Erblasser kann für den Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangt, Einen; und wenn auch dieser sie nicht erlangt, einen zweyten, und im gleichen Falle einen dritten, oder auch noch mehrere Nacherben berufen. Diese Anordnung heißt eine gemeine Substitution. Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe».

AS

Da quel momento è pacifico che qualsiasi sostituzione volgare esclude la trasmissione(29). Si sostiene, infatti, che altrimenti non avrebbe avuto senso che il testatore avesse istituito un erede sostitutivo e che – argomentazione già nota – «in mancanza di altre istruzioni da parte del testatore, la sostituzione volgare si estingue quando l'erede ha accettato l'eredità (§ 615, comma 1, BGB)»(30).

Si noti che l'originario § 605 ABGB (il quale stabiliva che la sostituzione volgare si verifica quando l'istituito non può o non vuole accettare)(31) è ormai scomparso e che, a seguito della riforma del diritto successorio austriaco del 2015(32), rimane solo un generico § 604 ABGB, il quale stabilisce che «quando l'istituito non consegue l'eredità» ha luogo la sostituzione volgare(33). Sostituto volgare che ora, propriamente, non è più indicato come *Nacherbe* ma come *Ersatzerbe*. Questa formulazione facilita la comprensione del fatto che la sostituzione volgare prevale sempre, indipendentemente da quale sia il presupposto di fatto del citato non essere erede. Anche la formulazione dell'attuale § 809 ABGB è cambiata, in quanto il medesimo si limita a prevedere che, se l'erede muore prima di accettare o rinunciare all'eredità devolutagli, i suoi eredi si surrogano nel diritto di accettare o rinunciare all'eredità, e non fa riferimento alla designazione di altri eredi (*Nacherben*)(34).

In ogni caso, secondo la dottrina più recente, la riforma del 2015 non ha interessato il rapporto tra la sostituzione volgare e lo *ius transmissionis* e, per-

tanto, la prima continua a prevalere senza che sia necessario che il dante causa lo preveda espressamente: dal fatto stesso della nomina di un erede sostituito si deve, quindi, desumere che è volontà del testatore che costui abbia priorità sulla trasmissione della delazione(35). Del resto, continua a essere sicuro che la sostituzione volgare rimane senza effetto solo quando il primo istituito accetta l'eredità (§ 615 ABGB) e, pertanto, se il presupposto di fatto della sostituzione volgare è così ampio, la conclusione è che vi sarà *ius transmissionis* solo se il testatore non avrà disposto alcuna sostituzione.

3.2. Nel diritto italiano, dal rapporto tra la sostituzione volgare e il diritto di rappresentazione può trarsi che la trasmissione della delazione non prevale quando il testatore ha disposto una sostituzione volgare

Per l'ipotesi in cui il primo istituito muoia dopo il testatore, senza aver accettato l'eredità, la dottrina italiana ha tradizionalmente risolto la questione del rapporto tra la sostituzione volgare e la trasmissione della delazione a favore di quest'ultima. La fattispecie della trasmissione della delazione è disciplinata nell'art. 479 c.c. it. e quella della sostituzione volgare (propriamente, sostituzione ordinaria) nell'art. 688 c.c. it. «per il caso che il primo [erede istituito] non possa o non voglia accettare». In generale, si esclude che l'espressione «non possa» includa la morte successiva dell'istituito(36) e, inoltre, vi sono voci contrarie alla possibilità, per il testatore, di decidere che la trasmissione della delazione si verifichi oppure no nella sua successione(37). A differenza del Codice civile spagnolo e del Codice civile catalano, il Codice civile italiano contempla in termini generali un diritto di rappresentazione nella successione testamentaria. Così, l'art. 467

(29) R. WELSER - B. ZÖCHLING-JUD, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, II, 14a ed., Vienna 2015, p. 523; P. SCHWEDA, *sub § 809*, in A. FENYVES - F. KERSCHNER - A. VONKILCH (a cura di), *ABGB. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars*, Vienna 2021, p. 222 s.

(30) R. WELSER - B. ZÖCHLING-JUD, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, II, 14a ed., Vienna 2015, p. 523.

(31) § 605 ABGB: «Hat der Erblasser aus den bestimmten Fällen, daß der ernannte Erbe nicht Erbe seyn kann, oder, daß er nicht Erbe seyn will, nur Einen ausgedrückt; so ist der andere Fall ausgeschlossen».

(32) *Erbrechts-Änderungsgesetz* 2015, BGBl 2015/87. Per una panoramica della riforma, v. G. CHRISTANDL, *La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi*, in *R. d. civ.* 2017, 2, p. 423-442.

(33) § 604 ABGB. *Ersatzerbschaft*: «(1) Für den Fall, dass der eingesetzte oder gesetzliche Erbe die Erbschaft nicht erlangt, können ein Ersatzerbe, und wenn auch dieser sie nicht erlangt, ein zweiter oder auch noch weitere Ersatzerben berufen werden. (2) Ersatzerben gehen Anwachsungsberechtigten (§ 560) jedenfalls vor».

(34) § 809 ABGB. *Übertragung des Erbrechts*: «Stirbt der Erbe, bevor er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat, so treten seine Erben in das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, ein (§ 537)».

(35) R. WELSER - B. ZÖCHLING-JUD, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, II, 14a ed., Vienna 2015, p. 523; P. SCHWEDA, *sub § 809*, in A. FENYVES, F. KERSCHNER, A. VONKILCH, (a cura di), *ABGB. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars*, Vienna 2021, p. 222.

(36) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-2, 6a ed., Milano 2022, p. 94; A. ALESSANDRINI CALISTI, *Le sostituzioni*, in V. TAGLIAFERRI - F. PREITE - C. CARBONE (a cura di), *Le Successioni. Manuale Notarile*, Milano 2016, p. 527. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 2a ed., Milano 2002, p. 79.

(37) Per esempio, v. G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Roma-Bari 2004, p. 56. Ma v. anche la dottrina citata da A. ZACCARIA, *La trasmissione del diritto di accettare l'eredità, qualora il chiamato muoia prima di avere accettato, si verifica anche lì dove il testatore abbia previsto una sostituzione?*, in questa *Rivista* 2003, 4, p. 444. V. altresì R. CALVO, *Le vicende della delazione*, in R. CALVO - G. PERLINGIERI, *Diritto delle successioni*, I, 2a ed., Napoli 2015, p. 133, nt. 12.

stabilisce che, in virtù della rappresentazione, i discendenti succedono nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui l'ascendente non possa o non voglia accettare l'eredità (per essere premorto, o essere indegno, assente o aver rinunciato all'eredità), e purché l'ascendente, che è il primo chiamato, sia figlio o fratello del *de cuius* (art. 468, comma 1, c.c. it.). Tuttavia, se la rappresentazione si verifica nella successione testamentaria, la stessa opera solo quando il testatore non ha disposto una sostituzione ordinaria (art. 467, comma 2, c.c. it.). Di conseguenza, se la sostituzione ordinaria prevale sul diritto di rappresentazione, si deve concludere che la volontà del testatore viene prima di qualsiasi regola legale che preveda le modalità di copertura del posto resosi vacante del primo istituito. E poiché, a sua volta, il diritto di rappresentazione a favore di nipoti *ex filio* o *ex fratre* corrisponderebbe alla volontà presunta del testatore di favorire le persone vicine nella sua famiglia, sarebbe logico che questa volontà dovesse prevalere anche sulla trasmissione della delazione (a favore di queste o altre persone), quando il testatore non avesse disposto una sostituzione (38). Se la volontà del testatore (effettiva o presunta) prevale sulla soluzione legale, che prescinde completamente da qualsiasi volontà del dante causa, perché la trasmissione della delazione relativa alla sua eredità implica che questa delazione vada agli eredi del primo chiamato, che a loro volta possono essere persone completamente estranee alla sua cerchia personale (quella del primo dante causa), come non concludere, allora, che la sostituzione volgare, che è sempre un meccanismo volontario di organizzazione della successione, debba in ogni caso prevalere su qualsiasi meccanismo legale, cioè non solo sul diritto di rappresentazione, come attualmente previsto nell'art. 467, comma 2, c.c. it., ma anche sulla trasmissione della delazione? (39).

(38) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-2, 6a ed., Milano 2022, p. 69 e 89: «Se l'ascendente muore dopo l'apertura dell'eredità, il suo diritto di accettazione si trasmette agli eredi. Su questa previsione generale prevale tuttavia l'istituto della rappresentazione [...]. Di fronte all'ampia previsione normativa non appare pertanto giustificato escludere la rappresentazione quando il rappresentato sia deceduto prima di esercitare il diritto di accettare l'eredità». In senso contrario v. però G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Roma-Bari 2004, p. 56 e 61 s.; nonché G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Vol. I, 2a ed., Milano 2002, p. 79, il quale nega addirittura la prevalenza della sostituzione volgare; sulla stessa linea di pensiero, v. anche L. FERRI, *sub art.* 479, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, 3a ed., Bologna 1997, p. 300.

(39) Così A. ZACCARIA, *La trasmissione del diritto di accettare l'eredità, qualora il chiamato muoia prima di avere*

3.3. E in Spagna?

3.3.1. La disposizione di una sostituzione fedecommissaria

In Catalogna, è chiaro che la trasmissione della delazione non avviene quando il testatore ha disposto una sostituzione fedecommissaria, perché ciò è espressamente stabilito dall'art. 426-8, comma 3, c.c. cat. Pertanto, se il fiduciario muore senza accettare né rinunciare, non trasmette il proprio diritto ai suoi eredi, ma si verifica la sostituzione volgare che, anche se non espressamente disposta dal testatore, è sempre implicita nel fedecommissario (art. 426-8, commi 1 e 2, c.c. cat.). Ciò non solo impedisce la successione di persone diverse da quelle che il testatore intendeva favorire, ma soprattutto garantisce la successione di coloro che il testatore aveva previsto. Un ragionamento simile può essere fatto nell'ambito del Codice civile spagnolo, che pure non contiene una disposizione espressa in tal senso (40). Se, in un fedecommissario a termine, chi muore senza accettare né rinunciare è il fedecommissario, l'art. 462-4 c.c. cat. dà la preferenza al diritto di trasmissione rispetto all'accrescimento, salvo che il testatore abbia previsto una sostituzione volgare o che venga in rilievo la sostituzione volgare implicita nel fedecommissario, se vi sono altri eredi fedecommissari chiamati (art. 426-7 c.c. cat.). Sebbene il fedecommissario abbia già acquisito il suo diritto al fedecommissario contemporaneamente al fiduciario (art. 426-5, 2° co., c.c. cat., art. 784 c.c. sp.), si trasmette una aspettativa di diritto del fedecommissario che comporta il diritto di accettare o rinunciare al fedecommissario (41).

accettato, si verifica anche lì dove il testatore abbia previsto una sostituzione?, in questa Rivista 2003, 4, p. 445.

(40) M. ALBALADEJO GARCÍA, *Las sustituciones fideicomisarias, puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario*, in *Revista de Derecho Privado* 1979, p. 537; J.M. GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid 1996, p. 333; M.C. GETE-ALONSO CALERA, *sub art.* 1006 c.c. sp., in A. CAÑIZARES LASO (a cura di), *Comentarios al Código Civil*, III, Valencia 2023, p. 4653. Recentemente, v. *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública* (RDGSJFP) del 19 dicembre 2019 (BOE n. 63, del 12 marzo 2020); RDGSJFP del 15 luglio 2021 (BOE n. 180, del 29 luglio 2021). Tuttavia, sulle differenze tra fiduciario a vita e a termine, v. JORDANO FRAGA, *La sucesión en el ius delationis*, Madrid 1990, p. 288 s.

(41) M. ALBALADEJO GARCÍA, *Las sustituciones fideicomisarias, puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario*, in *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 531; S. CÁMARA LAPUENTE, *sub art.* 781 c.c. sp., in A. CAÑIZARES LASO

3.3.2. La previsione di una sostituzione volgare espressa per l'ipotesi di morte successiva al dante causa senza avere esercitato la delazione

La dottrina ammette pacificamente che il testatore possa estendere espressamente la fattispecie della sostituzione volgare anche al caso in cui il primo chiamato muoia senza avere esercitato la delazione (42). L'art. 461-13, 1° co., c.c. cat., sebbene stabilisca espressamente che, quando il primo chiamato è morto senza aver accettato né rinunciato all'eredità devolutagli, la delazione si trasmette "sempre" ai suoi eredi, non costituisce un ostacolo all'anzidetta possibilità. Apparentemente, l'avverbio determinerebbe la natura imperativa dello *ius transmissionis* (43). Tuttavia, questa formulazione mirava semplicemente a tramutare in regola generale quelle che nel diritto romano erano mere eccezioni (44). Di conseguenza, nell'art. 461-13, comma 1, c.c. cat. l'avverbio "sempre" non è, come detto, un ostacolo all'esclusione della trasmissione. Esso indica che la trasmissione può avvenire, ma non che (se si verifica il relativo presupposto di fatto) deve sempre avvenire.

4. Il favor per una presunzione generale quando il testatore disponga una sostituzione

Orbene, è sufficiente aderire alla convinzione secondo cui il testatore può configurare la fattispecie della sostituzione volgare anche nell'ipotesi in cui il primo chiamato muoia senza avere esercitato la delazione, per ritenere che la sostituzione prevalga sulla trasmissione della delazione? Se nella sostituzione il testatore designa chi vuole che gli succeda al posto di altri precedentemente o primariamente istituito, come non presumere che lo voglia indipendentemente dalla causa o dal motivo per cui il

primo istituito non finisce per essere erede? Non sarebbe ragionevole, allora, che la sostituzione volgare prevalesse sempre sulla trasmissione della delazione, senza necessità che il testatore dica ciò espressamente? Sebbene non siano mai mancati sostenitori della tesi secondo cui la disposizione di una sostituzione volgare (senza previsione espressa dei casi) costituirebbe una manifestazione tacita della volontà del testatore di escludere la trasmissione della delazione (45), è stato anche, in senso contrario, osservato come si tratti di una soluzione artificiosa che implicherebbe un'interpretazione estensiva di difficile dimostrazione (46). Tuttavia, si è già veduto che la sostituzione fedecommissaria impedisce la trasmissione della delazione agli eredi del fiduciario (art. 426-8, comma 3, c.c. cat.), e questo argomento dovrebbe valere anche nell'ipotesi in cui il testatore abbia disposto una sostituzione volgare, soprattutto se si tiene conto che tale sostituzione è implicita in ogni fedecommissario (espressamente, art. 425-3, comma 2, c.c. cat.) e, inoltre, che ciò avviene a prescindere dal motivo per cui il primo chiamato non diventa erede, verificandosi sempre l'esclusione della trasmissione della delazione (art. 426-8, commi 1 e 3, c.c. cat.) (47).

5. Prospettive di riforma

Per espressa disposizione di legge, sia in Austria sia in Catalogna la sostituzione prevale sulla trasmissione della delazione quando il testatore ha disposto un fedecommissario. Al contrario, nell'ambito sia del Codice civile spagnolo sia del Codice civile catalano, è necessario che il testatore abbia contemplato espressamente la postmorte dell'istituto (senza

(a cura di), *Comentarios al Código Civil*, III, Valencia 2023, p. 3805-3807.

(42) V. ora l'art. 468-15 del Progetto di Codice civile elaborato dalla *Asociación de Profesores de Derecho Civil*; P. DEL POZO CARRASCOSA - A. VAQUER ALOY - E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3a ed., Madrid-Barcellona 2017, p. 500, ove si cita RDGDEJ 14 settembre 2016 (DOGC n. 7223, del 10 ottobre 2016); J. GÓMEZ TABOADA, *El laberinto del ius transmissionis*, in *LaNotaría* 2021-2022, 1-2, pp. 57 s.

(43) Così RDGDEJ del 25.11.2005 (DOGC n. 4579, del 23.2.2006); RDGDEJ del 31.05.2010 (DOGC n. 5736, del 18.10.2010); RDGDEJ del 18.09.2014 (DOGC n. 6717, del 30.9.2014).

(44) R. FAUS ESTEVE - F. DE A. CONDOMINES VALLS, *Comentarios a la compilació de fret civil de Catalunya*, Barcelona 2010 (edizione identica alla prima, pubblicata originariamente nel 1960), p. 298.

(45) R.M. ROCA SASTRE, *El derecho de transmisión, Estudios de Derecho Privado*, Vol. II: *Sucesiones*, Madrid 1948, p. 301; C.-C. PASCUAL DE LA PARTE, *La exclusión del derecho de transmisión por la sustitución vulgar: una manifestación tácita de la voluntad del testador*, in *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 117, 1990, p. 1711-1717. V. anche, implicitamente, M.C. GETE-ALONSO CALERA, sub art. 1006 c.c. sp., in A. CAÑIZARES LASO (a cura di), *Comentarios al Código Civil*, III, Valencia 2023, p. 4653.

(46) In Catalogna, v. RDGDEJ del 16 febbraio 2006 (JUR 2007/87347). Nell'ambito del Codice civile spagnolo, v. JORDANO FRAGA, *La sucesión en el ius delationis*, Madrid 1990, p. 279, ove anche altri argomenti di natura tecnica.

(47) Con riguardo al Codice civile spagnolo, v. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Las sustituciones fideicomisarias, puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario*, in *Revista de Derecho Privado* 1979, p. 537; J.M. GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid 1996, p. 333.

che quest'ultimo abbia accettato o rinunciato all'eredità) come presupposto di fatto della sostituzione volgare, per poter concludere che la trasmissione della delazione non si verifica. Non si comprende, però, perché nel primo caso si fa prevalere quella che si presume essere la volontà del testatore (ovvero si ritiene preferibile che gli eredi fedecommissari escludano gli eredi del fiduciario, anziché succedere al testatore posteriormente a questi ultimi), mentre, nel secondo caso, si pretende che tale volontà risulti chiaramente dal testamento. Sarebbe, quindi, auspicabile che la legge prevedesse testualmente che la trasmissione della delazione non abbia luogo quando il testatore disponga una sostituzione volgare, salvo che egli escluda espressamente questo effetto. Gli argomenti tecnici a sostegno di tale soluzione sono quelli già considerati con riguardo al diritto austriaco, ossia che la sostituzione volgare rimane inefficace solo quando il primo istituito accetta l'eredità. Un altro argomento che dovrebbe rendere possibile la predetta soluzione è proprio quello che viene addotto nel diritto spagnolo o italiano per negare la conclusione raggiunta in questa sede, cioè che la delazione al primo chiamato deve considerarsi *ex lege* personalissima quando il testatore abbia disposto una sostituzione volgare, allo stesso modo in cui lo è, come abbiamo veduto, quando ha disposto una sostituzione fedecommissaria.

Se una simile riforma venisse realizzata in Catalogna, il legislatore non farebbe altro che seguire la tendenza già inaugurata con un'altra riforma del 2010, che ha introdotto nel Libro II del Codice civile catalano una norma sulla commorienza la quale prevede che, affinché la trasmissione dei diritti possa avere luogo, in caso di morte "in unità di circostanze" (per esempio in uno stesso incidente), il beneficiario della successione deve essere soprav-

vissuto al dante causa per almeno settantadue ore. In questo modo, si è fondamentalmente inteso eliminare i problemi di prova che spesso sorgono in situazioni di commorienza, ma si soggiunge che questa regola è altresì più rispettosa della volontà del dante causa che voleva favorire una determinata persona e non gli eredi di questa (art. 211-2 c.c. cat.)⁽⁴⁸⁾. Ed è evidente che preferire la sostituzione (a favore dei successori designati dal testatore) alla trasmissione della delazione (a vantaggio degli eredi del chiamato, che il testatore non necessariamente conosce o vuole beneficiare) non persegue un diverso obiettivo.

6. Conclusione

È ragionevole che, di regola, le sostituzioni, che sono disposizioni volontarie del testatore, prevalgano sulla trasmissione della delazione, che è un effetto legale, per di più indubbiamente privo di carattere imperativo. Se i relativi codici civili venissero riformati – e, in Catalogna, non basterebbe eliminare l'avverbio "sempre" dall'art. 461-13, comma 1, c.c. cat. – il diritto successorio spagnolo sarebbe sicuramente molto più rispettoso della volontà del testatore, cioè della regola che, in fin dei conti, dovrebbe sempre prevalere. Questa prevalenza si imporrebbe anche sull'eventuale successione intestata, che potrebbe, invece, avere la precedenza se gli eredi del trasmittente fossero determinati dalla legge.

(48) V. la sezione III a) 2 del preambolo della l. 29 luglio 2010, n. 25, del Libro II del Codice civile catalano. Per un giudizio critico su questa riforma, che prescinde completamente dalla situazione di premorienza che si verifica quando qualcuno muore in questo intervallo di 72 ore, v. E. ARROYO AMAYUELAS, *La persona física*, in A. VAQUER ALOY (a cura di), *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, 5a ed., Barcelona 2022, p. 163.