



*ELENA DE CARVALHO GOMES*

*Professore associato di diritto civile – Università Federale del Minas Gerais (Belo Horizonte, Brasile)*

## **IL REGIME SUCCESSORIO DEL CONIUGE E DEL CONVIVENTE DI FATTO NEL DIRITTO BRASILIANO \***

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il regime successorio del coniuge superstite: la strada verso l'ampliamento dei suoi diritti.* – 3. *La successione intestata del coniuge superstite alla luce del cod. civ. del 2002.* – 4. *Profilo storico della convivenza di fatto nel diritto brasiliano.* – 5. *Il regime successorio del convivente di fatto nel cod. civ. del 2002.* – 6. *Osservazioni conclusive.*

1. – In dottrina<sup>1</sup>, si è registrato come, sebbene non siano emerse di recente nuove giustificazioni fondamentali per la successione legittima, quelle prospettate in passato siano comunque state reinterpretate, come è accaduto per l'idea della presunta intenzione del defunto, per quella dei doveri del *de cuius* verso i suoi familiari sopravvissuti, e per gli argomenti di politica pubblica<sup>2</sup>. Ciò ha portato a cambiamenti più o meno significativi in numerosi ordinamenti giuridici, essendo possibile individuare alcune tendenze.

Una prima tendenza concerne il miglioramento della posizione del coniuge superstite

---

\* Scritto destinato all'Opera collettanea *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, in preparazione per la *Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona*.

L'Autrice ringrazia Andrea Chiuchiarelli e Mauro Tescaro per le correzioni e i suggerimenti linguistici.

\* Scritto destinato all'Opera collettanea *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, in preparazione per la *Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona*.

L'Autrice ringrazia Andrea Chiuchiarelli e Mauro Tescaro per le correzioni e i suggerimenti linguistici.

<sup>1</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, in *Intestate Succession*, a cura di K. G C Reid, M. de Waal, R. Zimmermann, Oxford University Press, 2015, p. 490 ss.

<sup>2</sup> Per un esame più approfondito di queste per così dire “classiche” giustificazioni fondamentali per la successione legittima, cfr. K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 447 ss.

# JUS CIVILE



rispetto a quelle degli altri successibili. Infatti, se all'inizio del Novecento la posizione del coniuge risultava debole e precaria – basti pensare alle previsioni del *Code civil* del 1804<sup>3</sup> al riguardo –, all'inizio del ventunesimo secolo essa è divenuta decisamente privilegiata, passando il coniuge ad essere considerato addirittura “*the most favoured of all the relatives*”<sup>4</sup>.

La visione contemporanea del matrimonio, inteso oggi come un'istituzione al servizio della realizzazione personale dei coniugi<sup>5</sup>, ha senz'altro giocato un ruolo importante, alla pari della concezione dello stesso matrimonio come una *partnership* nella quale i contributi dei singoli *partner* vanno riconosciuti e ricompensati<sup>6</sup>. In tale contesto, non sembra esservi spazio per una disciplina successoria che disconosca l'importanza del coniuge non solo sul piano personale ma anche su quello patrimoniale. In tale prospettiva, apparirebbe naturale riconoscere al coniuge crescenti diritti successori, essendo questa la soluzione maggiormente adeguata dal punto di vista sia della presunta intenzione del *de cuius* sia dei doveri di quest'ultimo verso il consorte superstite, al quale debbono essere offerte le condizioni per una vita dignitosa e confortevole.

Una seconda tendenza – sicuramente meno forte e geograficamente più limitata della prima – riguarda il riconoscimento di diritti successori anche nell'ambito delle convivenze di fatto. Se, infatti, tra le giustificazioni fondamentali tradizionalmente associate alla successione legittima, si trovano – come abbiamo veduto – la presunta volontà del *de cuius* e i doveri di assistenza su di esso gravanti verso le persone alle quali era più legato, sembrerebbe naturale annoverare il convivente *de facto* tra gli eredi legittimi, o quantomeno assicurargli alcuni diritti successori seppure minori rispetto a quelli spettanti al coniuge<sup>7</sup>.

La verità è che, in generale, sussiste ancora una notevole esitazione, da parte di vari ordinamenti giuridici, a introdurre una disciplina successoria per il convivente *de facto*. Ciò è dovuto a una serie di ragioni, legate allo stesso tempo alla tradizione, alla morale,

---

<sup>3</sup> L'art. 767 del *Code Napoléon* prevedeva infatti che l'eredità finisse al coniuge soltanto qualora il defunto non avesse lasciato parenti successibili né figli naturali, ciò che ha suscitato la seguente osservazione di Reid, de Waal e Zimmermann: «As far as intestate succession rights are concerned, a surviving spouse was hardly better off under the *Code Napoléon* of 1804 than under the Roman law of a millennium-and-a-half earlier, inheriting only in the absence of eligible blood relatives and preferred only to the state» (K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 489).

<sup>4</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 490.

<sup>5</sup> J.B. VILLELA, *Liberdade e Família*, Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 13 ss.

<sup>6</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 490 ss.

<sup>7</sup> Questo ragionamento è sviluppato da K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 505.



alla politica e anche agli aspetti tecnici. Oltretutto, è necessario determinare in modo univoco chi potrebbe essere considerato convivente di fatto e, in un secondo momento, stabilire in quale misura tale convivente potrebbe partecipare alla successione<sup>8</sup>.

Non si tratta, evidentemente, di problemi semplici. Così, molti ordinamenti si sono astenuti dal disciplinare in modo organico le convivenze di fatto sul piano successorio. Altri ordinamenti, invece, si sono limitati a riconoscere diritti specifici<sup>9</sup>, con riguardo ad esempio ai legati di posizione contrattuale nei contratti di locazione immobiliare.

Ciononostante, vi sono pure ordinamenti che hanno adottato altre soluzioni, in alcuni casi più radicali, ad esempio la parificazione dei regimi successori del coniuge superstite e del convivente di fatto. Quest'ultimo è il caso dell'ordinamento brasiliano, oggetto del presente contributo.

Nelle pagine seguenti, tenteremo dunque di presentare le principali caratteristiche e i più recenti sviluppi della successione del convivente *more uxorio* in Brasile. A tal fine, si ritiene imprescindibile prendere le mosse dalla successione del coniuge superstite, giacché il regime successorio del convivente *de facto* vi si sta avvicinando sempre più, soprattutto negli orientamenti giurisprudenziali, come vedremo.

In ogni caso, la disciplina brasiliana sulla successione del coniuge superstite è di per sé assai interessante, rispecchiando essa la già rammentata tendenza – particolarmente evidente proprio in Brasile – all'ampliamento dei diritti riconosciuti a tale soggetto. Ciò considerato, e considerata la strada, presa dall'ordinamento brasiliano, della parificazione tra il regime del coniuge e quello del convivente di fatto, si può concludere che la tendenza è che la convivenza *more uxorio* sia in tale ordinamento ampiamente tutelata, anche sul piano successorio. Rimane peraltro da chiedersi se questo modello possa servire di ispirazione per altri ordinamenti o se rischi di restare confinato alla realtà brasiliana, considerate le variabili culturali, storiche, costituzionali e anche politiche che ne hanno determinato la creazione.

**2.** – Prendendo le mosse dalle ben note classificazioni tedesche in materia, si può affermare che l'ordinamento brasiliano rientra tra quelli che, per determinare l'ordine dei successibili legittimi tra i parenti, hanno accolto il c.d. “sistema delle tre linee” (*Dreili-niensystem*). Praticamente tutti i paesi sudamericani hanno adottato tale sistema, in continuità con la tradizione della Penisola iberica<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 505 ss.

<sup>9</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 505.

<sup>10</sup> Cfr. J.P. SCHMIDT, *Intestate Succession in Latin America*, in *Intestate Succession*, a cura di K.G.C. Reid, M. de Waal, R. Zimmermann, cit., p. 122 ss. Specificamente sul diritto portoghese, cfr. altresì I.

# JUS CIVILE



Dal punto di vista generale, il “sistema delle tre linee” si caratterizza per la semplicità delle sue regole. I parenti del *de cuius* formano tre gruppi di successibili, appunto le tre linee<sup>11</sup>.

Innanzitutto, sono chiamati a succedere i discendenti, con l’esclusione di tutti gli altri parenti. Non essendovi discendenti, sono chiamati a succedere gli ascendenti; infine, non essendovi ascendenti, sono chiamati a succedere i collaterali, fermo restando che, nell’ambito di tutte le classi di eredi, quelli di grado più vicino escludono quelli di grado più lontano, salvi i casi in cui sia previsto il diritto di rappresentazione<sup>12</sup>.

Nei vari ordinamenti che hanno adottato il “sistema delle tre linee”, la posizione del coniuge superstite ha subito una serie di variazioni nel corso del tempo. La partecipazione del consorte alla successione è stata – e in alcuni ordinamenti ancora è – condizionata dalla presenza di taluni parenti del *de cuius*, così come, talvolta, pure dalle regole sul regime patrimoniale della famiglia. Queste ultime possono infatti giocare un ruolo importante anche con riguardo alla determinazione della quota dell’asse spettante al coniuge superstite<sup>13</sup>. Vi sono pertanto non poche variabili che hanno condizionato e che tuttora condizionano la successione del coniuge superstite. Ciò considerato, è da condividere l’opinione dottrinale secondo cui, tra tutte le posizioni della successione *ab intestato*, quella del coniuge superstite è senza dubbio la più complessa<sup>14</sup>.

Il diritto brasiliano effettivamente offre un interessante esempio in tal senso. Nel diritto precodificato, il coniuge superstite era chiamato a succedere soltanto in assenza dei discendenti, degli ascendenti e dei collaterali fino al decimo grado. In pratica, costui era preferito soltanto allo Stato<sup>15</sup>, con la conseguenza che quasi mai finiva per ricevere il patrimonio del defunto in qualità di erede.

---

GALVÃO TELLES, *Apontamentos para a história do direito das sucessões português*, Universitas Olisiponensis, 1963, p. 210.

<sup>11</sup> I. GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 143.

<sup>12</sup> Non sono poche le critiche rivolte dalla dottrina straniera al c.d. “sistema delle tre linee”, che ciononostante non è mai stato messo in discussione in Brasile, almeno non per quanto riguarda i suoi aspetti fondamentali. È controversa, tra l’altro, la disparità derivante dall’applicazione delle regole sulla successione dei discendenti di secondo grado, i nipoti, a seconda che costoro succedano per “diritto proprio” (*per capita*) o per diritto di rappresentazione (*per stirpes*): v. J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 127 ss. Più in generale, inoltre, il “sistema delle tre linee” è criticato per la preferenza accordata agli ascendenti rispetto ai collaterali e per tutti gli ulteriori sviluppi di tale scelta. Per una descrizione dettagliata dei problemi, cfr. J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 137 ss.

<sup>13</sup> J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 141.

<sup>14</sup> J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 141.

<sup>15</sup> *Consolidação das Leis Civis*, Typographia Universal de Laemmert, 2<sup>a</sup> ed., 1865, p. 449. La *Conso-*



Ciò non significa che il coniuge superstite – normalmente la moglie – fosse condannato alla miseria e all’abbandono, giacché il regime patrimoniale legale della famiglia era la comunione “di tutti i beni”<sup>16</sup>, con la conseguenza che, in assenza di una convenzione matrimoniale di scelta di un diverso regime, tra i coniugi si sarebbe instaurata quella che oggi si definisce una “comunione universale”, ovverosia una comunione dei beni presenti e futuri<sup>17</sup>. Concretamente, morto uno dei coniugi, all’altro sarebbe normalmente<sup>18</sup> spettata la metà del patrimonio della coppia in forza dello scioglimento della comunione, ciò che in fin dei conti lo avrebbe in qualche modo “compensato” per la sua mancata partecipazione alla successione.

È dunque vero che, d’ordinario, il coniuge superstite non rimaneva privo di mezzi economici, anche se, nella maggior parte dei casi, non era chiamato a succedere al consorte. Ciononostante, soprattutto all’inizio del Novecento, si iniziò a dubitare della giustizia della soluzione successoria vigente, che stabiliva la preferenza rispetto al coniuge addirittura dei collaterali<sup>19</sup>. Era l’inizio del movimento che avrebbe portato ad un continuo e progressivo miglioramento della posizione del coniuge superstite nell’ambito della successione *ab intestato* in Brasile.

A tale proposito, prima ancora che il Brasile avesse il suo primo codice civile – ciò sarebbe avvenuto soltanto nel 1916 – l’allora Presidente Afonso Pena emanò il decreto n. 1839 del 1907, conosciuto come “Lei Feliciano Pena”, in onore del senatore che aveva presentato la proposta. Essendosi già formato il consenso sulla necessità di mutare le regole sulla successione del coniuge, e non volendosi attendere la fine del già lungo percorso legislativo del disegno di legge di quello che sarebbe poi divenuto il primo codice

---

*lidação das Leis Civis* è il frutto della genialità di Augusto Teixeira de Freitas (1818-1883), detto il “Savigny delle Americhe”. Trattasi di una sorta di *restatement* del diritto privato precodificato vigente in Brasile, raccolto e sistematizzato coordinando una grande quantità di fonti normative portoghesi e brasiliane, la principale delle quali era la legislazione portoghese del periodo coloniale, rimasta in vigore anche dopo l’indipendenza del Brasile dal Portogallo, avvenuta nel 1822: v. J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 119, nt. 4.

<sup>16</sup> *Consolidação*, cit., p. 81.

<sup>17</sup> Si vedano a tale proposito le note di Teixeira de Freitas all’art. 111 della *Consolidação das Leis Civis*: «Quando o regimen do casamento è o de comunhão em todos os bens, os conjuges estão em sociedade universal de bens presentes e futuros [...]»: *Consolidação*, cit., p. 81, nt. 1.

<sup>18</sup> Ovviamente, si prevedevano alcune ipotesi in cui certi beni non sarebbero entrati in comunione, per esempio nel caso di donazioni ad uno dei coniugi in cui fosse stabilita l’esclusione del bene donato dalla comunione: cfr. *Consolidação*, cit., p. 81, nt. 1.

<sup>19</sup> Sull’inizio di tale discussione, e sull’importante ruolo svolto da Clovis Bevilacqua, considerato il “padre” del primo codice civile brasiliano, quello del 1916, cfr. C.M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Forense, vol. 6, 12<sup>a</sup> ed., 2000, p. 71.

# JUS CIVILE



civile brasiliano<sup>20</sup>, il Presidente intervenne legislativamente determinando che, nell'ambito della successione intestata, il coniuge avesse diritto all'eredità qualora non vi fossero stati né discendenti né ascendenti del defunto; solo in assenza del coniuge superstite sarebbero stati chiamati i collaterali fino al sesto grado e, per ultimo, lo Stato.

Era l'inizio di un grande e profondo mutamento nel diritto brasiliano che, peraltro, non arrivò ad attribuire al coniuge la qualità di legittimario, riservata soltanto ai discendenti e agli ascendenti. L'importanza della "Lei Feliciano Pena" va comunque sottolineata, soprattutto considerando il momento in cui fu emanata, prima ancora del codice civile del 1916.

In linea di continuità con la "Lei Feliciano Pena", il codice civile del 1916 ha poi stabilito che come eredi legittimi fossero chiamati innanzi tutto i discendenti, in mancanza di questi gli ascendenti e, in mancanza pure degli ascendenti, il coniuge superstite<sup>21</sup>. Solo in assenza di queste tre classi di eredi sarebbero stati chiamati i collaterali. Non essendovi nemmeno collaterali, l'eredità sarebbe finita allo Stato.

Tale soluzione fu considerata un passo avanti, dal momento che il regime successorio del codice civile era incentrato sulla parentela, in linea con il diritto francese a quel tempo vigente, cui il legislatore brasiliano si era ispirato<sup>22</sup>. Così, pur di garantire al coniuge superstite una più equa partecipazione alla successione *ab intestato*, il legislatore del 1916 dovette rinunciare alla purezza concettuale. In tal modo, si poté dare continuità al modello introdotto nel 1907, inserendo il coniuge superstite nella terza classe di eredi, a seguire soltanto i discendenti e gli ascendenti.

Eppure, vi fu chi ritenne questo ammodernamento insufficiente. Lo stesso codificatore del 1916, Clovis Bevilacqua, arrivò ad affermare che, poiché il coniuge costituiva "l'elemento primordiale della famiglia", sarebbe dovuto rientrare nelle prime due classi di successibili, essendo cioè chiamato a concorrere con i discendenti e con gli ascendenti. Peraltro, sempre secondo Bevilacqua, qualora il coniuge superstite avesse ottenuto la metà del patrimonio della coppia a causa dello scioglimento del regime patrimoniale della famiglia, il citato concorso non sarebbe stato necessario, giacché il sopravvissuto avrebbe comunque ricevuto assistenza economica<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Clovis Bevilacqua (1859-1944) iniziò i lavori di codificazione nel 1899. In poco tempo ultimò il suo progetto di legge, che divenne codice civile solo nel 1916. Su questo lungo percorso, cfr. J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Mohr Siebeck, 2009, p. 46 ss.

<sup>21</sup> Art. 1603.

<sup>22</sup> C.M. SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 71.

<sup>23</sup> C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Francisco Alves, vol. 6, 1955, p. 46 ss.

# JUS CIVILE



L'eccezione in parola era contemplata dal cod. civ. del 1916, ma solo fino al 1977, quando il regime patrimoniale legale della famiglia fu modificato dal legislatore. Fino ad allora, infatti, in mancanza di diversa convenzione stipulata dagli sposi, vigeva il regime della *comunhão universal*<sup>24</sup>, simile alla “comunione di tutti i beni” del diritto precodificato. Questo regime, come anticipato, è incentrato sulla comunione non solo dei beni acquistati dai coniugi, insieme o separatamente, durante il matrimonio, bensì di tutti i loro beni, compresi quelli di cui ciascun coniuge era proprietario esclusivo prima del matrimonio, e compresi quelli acquistati successivamente al matrimonio anche per donazione o successione a causa di morte.

In presenza di una comunione così “radicale” quale regime legale, era naturale che la discussione sulla posizione del coniuge superstite nell'ambito della successione *ab intestato* passasse in secondo piano. Ciò spiega perché, subito dopo aver suggerito il concorso del coniuge con le due prime classi di eredi legittimi – i discendenti e gli ascendenti –, Bevilaqua sostenesse che, per ragioni di semplicità, il legislatore brasiliano aveva preferito assegnargli il terzo posto nell'ordine dei successibili<sup>25</sup>. Di più non sembrava necessario, proprio perché l'assistenza economica al coniuge sopravvissuto sarebbe stata garantita non tanto dalle regole successorie, quanto piuttosto da quelle sullo scioglimento della comunione<sup>26</sup>.

Da quanto fin qui rilevato, può trarsi una prima conclusione, e cioè che in Brasile l'influsso delle regole in tema di regime patrimoniale della famiglia sulle regole in tema di posizione del coniuge superstite come successibile legittimo è una costante storica, non solo una caratteristica della contemporaneità, come si potrebbe pensare alla luce del cod. civ. attualmente in vigore. Peraltro, con la codificazione del 2002, questo influsso ha raggiunto livelli inediti, come verificheremo nel prosieguo.

Ciò chiarito, occorre considerare che il citato mutamento della posizione successoria del coniuge – posto davanti ai collaterali, pur essendogli ancora preferiti i discendenti e gli ascendenti – non ha costituito l'unica evoluzione legislativa in suo favore. Nel corso del Novecento, gli sono infatti stati riconosciuti altri diritti, sempre in combinazione con le regole in tema di regime patrimoniale della famiglia.

Viene a questo proposito in rilievo, innanzitutto, il diritto di usufrutto sulla quarta parte dei beni appartenenti al *de cuius*, qualora vi fossero figli (comuni o soltanto del de-

---

<sup>24</sup> Art. 258 del cod. civ. del 1916.

<sup>25</sup> C. BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 46 ss.

<sup>26</sup> Così C.M. SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 71.





funto), oppure sulla metà di tali beni, qualora vi fossero soltanto ascendenti del defunto. Altrettanto importante è stato il diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, previsto a favore del coniuge superstite finché durasse la vedovanza, e alla condizione che tale bene immobile fosse l'unico di questa natura lasciato dal defunto.

Tali diritti sono stati entrambi contemplati dalla legge n. 4121 del 1962 che, sebbene si occupasse, tra gli altri temi, della tutela sul piano successorio delle donne sposate (fino a quel momento per la legge dotate di capacità di agire limitata), conteneva disposizioni valedoli anche nell'ipotesi in cui il *de cuius* fosse la moglie. Non vi sono dubbi, però, che i diritti in parola erano stati concepiti a tutela della vedova.

Né l'usufrutto né il diritto reale di abitazione comportavano in capo al coniuge la posizione di erede, bensì quella di legatario *ex lege*. Vi era, tuttavia, una condizione comune per il loro acquisto: il regime patrimoniale della famiglia del defunto e del coniuge superstite non poteva essere la c.d. comunione universale, cioè il regime legale. La protezione non si giustificava in questo caso, giacché al coniuge superstite veniva comunque riservata la metà di tutto il patrimonio appartenente alla coppia per effetto dello scioglimento della comunione.

La posizione successoria del coniuge si è dunque assai rafforzata durante lo scorso secolo. Ciononostante, essa rimaneva fragile, dal momento che il coniuge, non essendo considerato legittimario – diversamente da quanto valeva per i discendenti e per gli ascendenti<sup>27</sup> –, poteva sempre essere escluso dalla successione per testamento. Per questa ragione, un orientamento dottrinale – guidato da uno dei più illustri giuristi brasiliani della seconda metà del Novecento, Caio Mário da Silva Pereira – affermava la ormai ineludibile necessità di includere il coniuge superstite tra i legittimari. Si evidenziava, più precisamente, che la preferenza accordata al coniuge superstite rispetto ai collaterali poteva rimanere priva di significato pratico, considerata la libertà di testare riconosciuta all'altro coniuge<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 1721 del cod. civ. del 1916.

<sup>28</sup> C.M. SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 74 ss. Peraltro, in ambito dottrinale, non mancavano alcune posizioni diffidenti verso la libertà di testare, potendo essa associarsi a finalità diverse dalla pur condivisibile tutela della volontà del defunto. Al riguardo, è significativa l'opinione espressa da Clovis Bevilacqua: «Atendendo aos interesses da família, o Código limitou essa liberdade [di testare] à metade dos bens do testador, quando houver descendentes ou ascendentes sucessíveis, isto é, que não sejam excluídos da herança por disposição de lei (indignos) ou por ato do sucedendo (deserdados). A socialização do direito e o reclamo dos sentimentos éticos, [sic], opõem-se a que se ponha nas mãos do indivíduo esta arma perigosa da plena liberdade de testar, com a qual o egoísmo pode praticar revoltantes injustiças, desfazer o bem doméstico e conturbar as bases econômicas da sociedade» (C. BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 145 ss.). Peraltro, un dibattito, sia pure solo *de lege ferenda*, sulla opportunità di abolire la legittima non avrebbe mai potuto trovare spazio in Brasile; in





Non si può negare che il legislatore brasiliano avrebbe dovuto finire per includere il coniuge superstite tra i legittimari. Questo passo sarebbe stato effettivamente compiuto nel cod. civ. del 2002. La verità, però, è che la più recente codificazione è stata costretta ad andare ben oltre, dal momento che alla fine del secolo scorso furono introdotte due fondamentali novità, che avrebbero avuto importanti conseguenze sul piano successorio.

La prima novità riguarda la c.d. “legge del divorzio” del 1977<sup>29</sup> che, oltre ad aver introdotto questa causa di scioglimento del matrimonio nel diritto brasiliano, ha cambiato il regime patrimoniale legale della famiglia: dalla “comunione universale” si è passati alla “comunione parziale”, cioè alla comunione dei beni acquistati dai coniugi, insieme o separatamente, durante il matrimonio, esclusi i beni personali. Cadeva, così, il presupposto che storicamente aveva orientato la disciplina successoria del coniuge superstite nel diritto brasiliano.

La seconda novità concerne, invece, la promulgazione della vigente Costituzione del 1988 che, fra le tante sue regole in tema di persone e famiglia, ha riconosciuto le convivenze di fatto (*uniões estáveis*) quali “entità familiari”<sup>30</sup>. Tale riconoscimento costituzionale ha spinto il legislatore ordinario ad approvare due importanti leggi, le cui conseguenze sul piano successorio non si sono limitate alla convivenza di fatto, coinvolgendo invece anche il matrimonio<sup>31</sup>.

È sulla base di queste premesse che si procederà, nel prosieguo, alla disamina della disciplina successoria del coniuge superstite nel vigente cod. civ. del 2002, per poi confrontarla con quella, che sempre più le si avvicina, del convivente di fatto.

**3.** – Il progetto di legge che sarebbe poi stato recepito nel vigente cod. civ. del 2002 risale agli anni 70 dello scorso secolo<sup>32</sup>. Ovviamente, il testo originario ha dovuto essere adeguato agli innumerevoli cambiamenti avvenuti non soltanto nella società, ma anche nella legislazione brasiliana durante il lungo processo legislativo. Alcuni aggiornamenti sono stati fatti in modo del tutto soddisfacente. Altri, invece, sono stati frutto di improvvisazione e di insufficiente riflessione. Quest’ultimo è, purtroppo, il caso di tante regole

---

linea di continuità con il codice civile previgente, infatti, anche quello del 2002 contempla la legittima, pari invariabilmente alla metà dell’asse.

<sup>29</sup> Cfr. art. 50, co. 7, legge n. 6515 del 26 dicembre del 1977.

<sup>30</sup> Art. 226, co. 3°.

<sup>31</sup> Torneremo su questo argomento nel par. 4.

<sup>32</sup> Più precisamente, al 1975. Sulle origini del cod. civ. del 2002, cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 66 ss.



successorie, come verificheremo più avanti, specialmente quando esamineremo la successione del convivente di fatto.

Con specifico riguardo alla disciplina successoria del coniuge superstite, il legislatore del 2002 ha cercato di tradurre in norme l'opinione espressa in dottrina sulla necessità di un ampliamento dei suoi diritti, soprattutto dopo il cambiamento avvenuto con riguardo al regime patrimoniale legale<sup>33</sup>.

Oggi, infatti, il coniuge rientra tra i legittimari insieme ai discendenti e agli ascendenti<sup>34</sup>. Inoltre, mantenuto dal cod. civ. il c.d. "sistema delle tre linee", il coniuge riceve l'eredità intestata in concorso con i discendenti e, in mancanza di essi, con gli ascendenti. Non essendovi né discendenti né ascendenti del *de cuius*, gli spetta tutta l'eredità. In altre parole, oggi la partecipazione del coniuge superstite alla successione non è condizionata alla totale assenza di discendenti e di ascendenti del defunto, prevedendo la legge il concorso tra il coniuge e citati parenti. Si tratta evidentemente di un cambiamento notevole.

Eppure, la disciplina testé rammentata, anche se integra un progresso enorme, soprattutto se confrontata con quella del cod. civ. previgente, non può considerarsi soddisfacente. Nel tentativo di attuare un bilanciamento con le regole sui vari regimi patrimoniali della famiglia contemplati dalla legge, soprattutto in merito al concorso tra i discendenti e il coniuge, il legislatore ha creato una disciplina estremamente complessa, che lascia aperte non poche incertezze. Tutto ciò in un contesto in cui si afferma sempre più in dottrina l'idea che le soluzioni ottimali debbano evitare regole troppo complesse, le quali finiscono per portare confusione, piuttosto che positiva raffinatezza<sup>35</sup>.

Ciò premesso, esaminiamo nel dettaglio l'art. 1829 del vigente cod. civ. brasiliano, ove si stabilisce l'ordine degli aventi diritto alla successione legittima: «La successione legittima segue il seguente ordine: I. I discendenti, in concorso con il coniuge superstite, tranne il caso in cui costui fosse sposato con il *de cuius* in regime di comunione universale o di separazione, qualora essa risulti da un'imposizione legale<sup>36</sup>, o il caso in cui, in regime di comunione parziale dei beni, il *de cuius* non abbia lasciato beni personali; II.

---

<sup>33</sup> J.P. SCHMIDT, *Intestate Succession*, cit., p. 146.

<sup>34</sup> Art. 1845.

<sup>35</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 158.

<sup>36</sup> La legge prevede alcuni casi in cui non si consente agli sposi la scelta del regime patrimoniale della famiglia, imponendo la legge stessa la separazione dei beni. Si tratta dei casi di cui all'art. 1647 del cod. civ. del 2002, nei quali rientra, per esempio, quello in cui uno degli sposi abbia 70 anni o più. Tale previsione è spesso criticata, dal momento che comporta una gravosa limitazione alla libertà patrimoniale delle persone.



Gli ascendenti, in concorso con il coniuge; III. Il coniuge superstite; IV. I collaterali fino al quarto grado».

È evidente che la soluzione offerta dall'art. 1829 è tutt'altro che semplice e intuitiva, soprattutto per la prima classe di eredi. Inoltre, essa comporta un ulteriore problema: non essendosi il legislatore occupato del concorso tra i discendenti e il coniuge superstite che, con il *de cuius*, avesse optato per un regime patrimoniale della famiglia diverso<sup>37</sup> da quelli menzionati nell'art. 1829, semplicemente manca una regola che disciplini la successione qualora il regime patrimoniale non sia la comunione parziale o quella universale, o la separazione imposta dalla legge. Ciò può accadere, per esempio, qualora il regime prescelto sia la c.d. *participação final nos aquestos*<sup>38</sup>.

Tornando alla complessità delle regole di cui all'art. 1829, per avere un'idea dei problemi che ne derivano, basti riferire che lo stesso *Superior Tribunal de Justiça* – Corte con il compito di uniformare l'interpretazione della legislazione ordinaria – è arrivato a soluzioni diametralmente opposte per il caso che il regime patrimoniale tra il coniuge superstite e il defunto fosse la “comunione parziale”<sup>39</sup>. Ci sono infatti voluti anni di incertezza perché finalmente, nel 2015, la Corte prendesse una strada unitaria al riguardo, la quale peraltro non è stata pienamente condivisa dalla dottrina<sup>40</sup>.

Tutto ciò considerato, il problema non consiste tanto nel tentativo di coordinare le regole sulla successione intestata del coniuge con quelle sul regime patrimoniale della fa-

---

<sup>37</sup> Si tenga conto che la legge brasiliana consente ai coniugi l'adozione di un regime atipico, diverso da quelli previsti nel cod. civ.

<sup>38</sup> La *participação final nos aquestos*, chiaramente ispirata alla *Zugewinnngemeinschaft* tedesca, è regolata negli artt. 1672-1686 del cod. civ. del 2002. Visto il silenzio del legislatore, vi è chi, in dottrina, sostiene l'applicazione della norma sul concorso tra i discendenti e il coniuge in comunione parziale anche nell'ipotesi in cui il regime patrimoniale della famiglia sia la *participação final nos aquestos*: cfr. C.S. DINIZ, *A Salvaguarda dos Direitos dos Cônjuges e Companheiros na Perspectiva Civil-Constitucional*, in *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, a cura di A.C. BROCHADO TEIXEIRA e G. PEREIRA LEITE RIBEIRO, Processo, 3<sup>a</sup> ed., 2017, p. 684; in senso contrario, cfr., però, L.P. VIEIRA DE CARVALHO, *Direito das Sucessões*, Atlas, 2015, p. 355.

<sup>39</sup> La c.d. *Terceira Turma* della Corte sosteneva che, in questo caso, l'eredità del coniuge avrebbe dovuto essere calcolata soltanto con riferimento alla metà spettante al *de cuius*, una volta sciolta la comunione per la sua morte: v. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1.117.563-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 17.12.2009. La c.d. *Quarta Turma* affermava, invece, che, nel medesimo caso, l'eredità del coniuge comprendesse solo i beni personali del defunto: v. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 974.241-DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, v.u., j. 07.06.2011. Nel 2015, il *Superior Tribunal de Justiça* ha risolto il contrasto con una sentenza della c.d. *Segunda Seção* (la quale si occupa, tra l'altro, di uniformare la giurisprudenza della Corte), facendo prevalere l'interpretazione della *Quarta Turma*: v. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1.368.123-SP, Rel. Min. Raul Araújo, *maioria*, j. 22.04.2015.

<sup>40</sup> Per un riassunto delle varie posizioni, cfr. L.P. VIEIRA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 348 ss.



miglia, ciò che del resto integra una caratteristica costante del diritto brasiliano, come abbiamo veduto. Il problema consiste, piuttosto, nella creazione di una disciplina altamente complessa, come quella di cui all'art. 1829, la quale finisce per portare dubbi e insicurezze, invece che stabilità e certezza. Il regime della successione intestata deve favorire innanzi tutto la chiarezza e la semplicità. Chi desidera un approccio più elaborato ha pur sempre la strada del testamento<sup>41</sup>.

La complessità non è, purtroppo, l'unico problema della disciplina successoria del coniuge. Ve ne sono anche altri, i quali, complessivamente, danno all'interprete l'impressione che il legislatore abbia svolto il suo compito in modo frettoloso e poco accurato.

Si pensi, per esempio, alla regola che indica la quota di eredità intestata spettante al coniuge superstite in concorso con i discendenti del defunto. Secondo l'art. 1832 cod. civ.<sup>42</sup>, al coniuge andrebbe una frazione uguale a quella spettante ai discendenti che erediterebbero *per capita*, fermo restando che tale frazione non potrebbe mai essere inferiore alla quarta parte dell'eredità intestata, qualora il coniuge fosse anche ascendente degli altri eredi in parola.

Purtroppo, la regola – già di per sé estremamente complessa – non è stata accompagnata da un'altra che si occupi della situazione – sempre più comune – in cui non tutti i discendenti del *de cuius* siano allo stesso tempo discendenti anche del coniuge superstite. Varrebbe anche in tale caso la riserva della quarta parte dell'eredità intestata in favore del coniuge superstite? La legge, purtroppo, non offre una soluzione espressa al riguardo<sup>43</sup>.

Un altro problema è legato all'art. 1830 cod. civ., ai sensi del quale il coniuge superstite è chiamato ad ereditare *ab intestato* soltanto qualora non sia separato di fatto dal defunto da più di due anni, salvo il caso in cui si provi che la fine della vita in comune è avvenuta senza colpa del coniuge superstite<sup>44</sup>.

Anche senza contare che la formulazione letterale dell'art. 1830 non ne agevola

---

<sup>41</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 158.

<sup>42</sup> Art. 1.832: «Em concorrência com os descendentes (art. 1829, 1º co.) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer».

<sup>43</sup> La dottrina ha cercato di elaborare alcune proposte interpretative per risolvere il problema creato dal legislatore. Si è però poi giunti alla conclusione che nessuna di queste proposte risultava pienamente adeguata, ritenendosi necessario l'intervento del legislatore: cfr. G.M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, vol. 20, 2003, p. 229.

<sup>44</sup> Art. 1830: «Somente è reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente».



l'interpretazione, emerge qui una contraddizione con la disciplina della convivenza di fatto, ove sono attribuiti diritti successori al convivente superstite.

Infatti, la convivenza *more uxorio* può essere instaurata non solo da persone *single*, separate giudizialmente, divorziate o vedove, ma anche da persone separate meramente di fatto<sup>45</sup>, senza che si debba osservare un periodo minimo di convivenza. Essendo così ampi i requisiti soggettivi della convivenza di fatto, è possibile che, al momento della morte, una medesima persona lasci una moglie o un marito da cui si era separata di fatto e pure un convivente, entrambi titolari di diritti successori, visto l'art. 1830. Tale previsione finisce, così, per creare una fattispecie tanto singolare quanto assurda: il concorso successorio tra un coniuge superstite e un convivente di fatto, entrambi riferiti a una medesima persona defunta.

Sempre in merito all'attuale regime successorio del coniuge superstite, è stata infine mantenuta la disciplina previgente del diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare finché duri la vedovanza, a condizione che tale bene immobile sia l'unico di questa natura lasciato dal defunto<sup>46</sup>. L'usufrutto sulla quarta parte dei beni appartenenti al *de cuius*, invece, non è stato contemplato dal cod. civ., dal momento che non lo si riteneva più necessario, beneficiando ora il coniuge di una riserva ereditaria incentrata sulla proprietà – non più sul mero godimento – dei beni che la compongono<sup>47</sup>.

Alla luce delle più rilevanti caratteristiche della vigente disciplina brasiliana sulla successione intestata del coniuge, trova sicura conferma l'assunto secondo cui il cod. civ. del 2002 ha portato avanti la tendenza all'ampliamento dei suoi diritti. Va ribadito, tuttavia, che questo ampliamento è stato attuato in modo del tutto insoddisfacente, con poca accuratezza, senza la necessaria riflessione e, soprattutto, in assenza di un coordinamento sistematico con le altre regole del cod. civ., specialmente con il diritto di famiglia. Ne è derivata una disciplina confusa, incompleta e al tempo stesso complessa, che ha reso il diritto delle successioni una delle materie più frequentemente sottoposte all'esame delle corti da quando è entrata in vigore la codificazione del 2002<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Ciò risulta dalla lettera dell'art. 1723, co. 1.

<sup>46</sup> Art. 1831.

<sup>47</sup> C.S. DINIZ, *op. cit.*, p. 685; G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *op. cit.*, p. 216.

<sup>48</sup> J.P. SCHMIDT, *Das gesetzliche Erbrecht nichtehelicher Lebenspartner in Brasilien – der lange Weg zur Gleichstellung mit der Ehe*, in *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, dicembre 2017, p. 11.



4. – Per rendere pienamente comprensibili le riflessioni che svilupperemo più avanti, occorre premettere alcune sia pure sintetiche considerazioni sul profilo storico della convivenza di fatto nel diritto brasiliano. Solo dopo aver considerato l’evoluzione della disciplina, infatti, potremo analizzare e valutare le regole successorie attualmente vigenti.

In Brasile, la convivenza *more uxorio* tra un uomo e una donna non sposati è da sempre un fenomeno abbastanza diffuso, per una serie di ragioni<sup>49</sup>, anche di natura storica. A tale proposito, si rammenti che, con specifico riguardo all’ambiente luso-brasiliano, il risalente *Livro das Leis e das Posturas* già prevedeva il “matrimonio di pubblica fama”, facendo così prevalere il fatto sul diritto<sup>50</sup>.

Ciononostante, le convivenze di fatto non furono riconosciute dal cod. civ. del 1916 che, riproducendo il conservatorismo della società del tempo, contemplava un solo tipo di famiglia, quella fondata sul matrimonio.

La situazione ha cominciato a mutare soprattutto nella seconda metà dello scorso secolo, quando importanti cambiamenti sociali e culturali sono emersi con maggiore chiarezza<sup>51</sup>. La donna, sempre più presente nel mercato del lavoro, è divenuta un punto di riferimento dell’economia domestica. I costumi sono mutati e le vecchie istituzioni – compreso il matrimonio – sono state messe in discussione<sup>52</sup>. Tutto ciò ha prodotto cambiamenti nella disciplina dei rapporti personali e familiari, introdotti alcuni dal legislatore, come nel caso del già rammentato “statuto della donna sposata” del 1962, altri dalla giurisprudenza, come nel caso della convivenza di fatto.

Così, nel 1964, il *Supremo Tribunal Federal* ha deciso che, dimostrata l’esistenza di una società di fatto tra i conviventi, ne sarebbe stato possibile lo scioglimento, con la divisione del patrimonio acquisito attraverso lo sforzo comune degli stessi<sup>53</sup>. Si trattava di

---

<sup>49</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 12. Per un dettagliato elenco di queste ragioni, cfr. R. MADALENO, *Manual de Direito de Família*, Forense, 2017, p. 434 ss.

<sup>50</sup> J.B. VILLELA, *op. cit.*, p. 16. Redatto nel 1639, il *Livro das Leis e das Posturas* raccoglie una serie di norme su temi diversi risalenti ai secoli XIII e XIV. Trattasi di una pietra miliare giuridica del Medioevo portoghese. Con specifico riguardo al tema oggetto del presente scritto, si prevedeva che, se un uomo e una donna avessero convissuto sotto lo stesso tetto per più di sette anni consecutivi, trattandosi reciprocamente come “marito” e “moglie” ed essendo così riconosciuti dalle altre persone, non avrebbero potuto negare di essere sposati, anche in assenza della celebrazione del matrimonio in chiesa. Per il testo letterale della previsione in parola, cfr. J.B. VILLELA, *op. cit.*, p. 16, nt. 18.

<sup>51</sup> Cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 13 ss., il quale offre un dettagliato resoconto dell’evoluzione storica in materia.

<sup>52</sup> Con specifico riguardo al matrimonio, cfr. J.B. VILLELA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>53</sup> Cfr. *Súmula* 380 del *Supremo Tribunal Federal*: «Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum».



un importante passo in avanti, ispirato dalla finalità di garantire una qualche protezione economica alla parte più debole, la donna, qualora la convivenza terminasse<sup>54</sup>. Si noti, peraltro, che tale progresso si è verificato non sul piano del diritto di famiglia, bensì su quello del diritto societario. Ci sarebbe voluto ancora del tempo perché le convivenze di fatto potessero essere considerate diritto di famiglia in senso stretto<sup>55</sup>.

Non vi sono dubbi che il principale traguardo, nel processo di crescente riconoscimento giuridico delle convivenze di fatto, è stato segnato dalla vigente Costituzione del 1988, il cui art. 226 testualmente attribuisce la natura di “entità familiari” – non di mere formazioni sociali – alle “unioni stabili” (*uniões estáveis*), cioè alle convivenze di fatto costituite da un uomo e una donna. Pochi anni dopo la promulgazione della Costituzione del 1988, sono state inoltre approvate due leggi che hanno cercato di concretizzare sul piano privatistico tale riconoscimento costituzionale.

La prima legge, n. 8971 del 1994, garantiva ai conviventi di fatto il diritto agli alimenti, qualora uno di loro non potesse fare fronte alle proprie esigenze di vita. Tale legge prevedeva, inoltre, che l’eredità intestata fosse destinata al convivente superstite allorché non vi fossero né discendenti né ascendenti superstiti; e riconosceva, infine, al convivente che avesse collaborato all’acquisto degli stessi, il diritto alla metà dei beni lasciati dal *de cuius*.

Due anni dopo, si è avuta la legge n. 9278, che ha sancito i diritti e i doveri reciproci dei conviventi in modo del tutto analogo a quanto previsto per i coniugi<sup>56</sup>. La medesima legge ha altresì istituito una comunione legale<sup>57</sup> tra i conviventi sui beni acquistati du-

---

<sup>54</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

<sup>55</sup> Questa evoluzione si sarebbe compiuta soltanto con la legge n. 9278 del 1996, che ha attribuito ai giudici di famiglia la competenza sulle liti concernenti qualsiasi profilo delle convivenze di fatto (*uniões estáveis*).

<sup>56</sup> Ecco i diritti e i doveri previsti dalla legge n. 9278, art. 2: «São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíproca; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns». Ecco invece i diritti e i doveri previsti per i coniugi dal vigente codice civile, art 1566: «São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e considerações mútuos». Si noti che la legge non richiede che i conviventi abitino nella stessa casa, in linea del resto con il pacifico orientamento giurisprudenziale: cfr. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental em agravo de instrumento em recurso especial nº 59.256-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, *v.u.*, j. 18.09.2002; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 1096324-RS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, *v.u.*, j. 02.03.2010; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 275839 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *v.u.*, j. 26.08.2008; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 474962 – SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *v.u.*, 23.09.2003.

<sup>57</sup> Il testo della legge non era chiaro a tale riguardo; ciononostante, questo è sempre stato l’orientamento





rante l'unione stabile con lo sforzo comune di entrambi e, infine, sul piano successorio, ha previsto, in favore del convivente superstite, il diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, finché costui non si sposasse o non iniziasse un'altra unione stabile.

Il quadro appena illustrato consentirebbe di concludere che, dopo il riconoscimento compiuto dalla Costituzione del 1988, il legislatore aveva preso la strada del progressivo avvicinamento del regime della convivenza di fatto a quello del matrimonio. Ciò risultava in modo particolarmente chiaro da due norme: da un lato, quella che stabiliva i diritti e i doveri tra i conviventi<sup>58</sup>; dall'altro, quella che aveva istituito la comunione legale degli acquisti compiuti dai conviventi, insieme o separatamente, durante la convivenza, esclusi i beni personali.

In modo analogo, anche sul piano successorio tale avvicinamento si era verificato sotto due profili: in primo luogo, con l'inserimento del convivente di fatto tra i successibili, a seguire soltanto i discendenti e gli ascendenti; in secondo luogo, con la previsione in suo favore del diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare.

Una simile prospettiva, però, si pone parzialmente in contrasto con il vigente cod. civ. del 2002, soprattutto con riferimento alla materia successoria. Come verificheremo nel prosieguo, in tale materia vi è infatti stato un vero e proprio passo indietro, che è stato poi per così dire “corretto” dalla giurisprudenza, sia pure in modo del tutto criticabile.

Quanto alla convivenza di fatto in sé, e alle conseguenze che ne discendono direttamente, resta, tuttavia, confermata la tendenza precedentemente menzionata. Infatti, il legislatore del 2002 ha non solo mantenuto l'elenco dei diritti e dei doveri dei conviventi<sup>59</sup>, ma ha anche disciplinato – senza le precedenti ambiguità – la loro comunione legale degli acquisti<sup>60</sup>.

Ai sensi dell'art. 1723 cod. civ., le *uniões estáveis* possono essere definite “entità familiari” formate da un uomo e una donna, incentrate su una convivenza pubblica, continua e duratura con l'obiettivo di costituire una famiglia. La fattispecie, già di per sé oggettivamente ampia, è stata ulteriormente allargata dalla più alta Corte brasiliana, il *Su-*

---

prevalente: cfr. J.B. VILLELA ed E.C. GOMES, *Os Patrimônios Separados no Estatuto Jurídico da Família, in Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, a cura di R.C. PEREIRA, IOB Thomson, 2006, p. 479.

<sup>58</sup> Cfr. l'art. 2 della legge n. 9278 del 1996 e l'art. 1566 del cod. civ. del 2002.

<sup>59</sup> Art. 1.724: «As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos».

<sup>60</sup> Art. 1725: «Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens».



premo *Tribunal Federal*, che, nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale, l'ha estesa anche alle coppie omosessuali<sup>61</sup>.

Per configurare una *união estável*, non si richiede alcuna manifestazione di volontà da parte delle persone coinvolte, né un periodo minimo di convivenza, ciò che nella prassi comporta un'enorme incertezza, non essendo poche né di scarsa rilevanza le conseguenze che ne derivano, come sappiamo. Infatti, non è del tutto improbabile che, con sorpresa dell'altro – che magari non ravvisava alcuna dimensione giuridica nel rapporto intrapreso –, uno degli *ex-partner* presenti una domanda giudiziale di riconoscimento dell'*união estável*, allo scopo di ottenere la divisione degli acquisti compiuti quando le parti “stavano insieme”. Toccherà dunque al magistrato valutare concretamente la sussistenza di un rapporto senza implicazioni giuridiche, oppure – in presenza del requisito legale dell'obiettivo di costituire una famiglia – di una vera e propria convivenza di fatto. È evidente che l'ampiezza della fattispecie della *união estável*, basata fondamentalmente su concetti elastici, finisce per compromettere la prevedibilità e la certezza del diritto, valori questi che il legislatore dovrebbe invece assicurare, considerate le conseguenze, soprattutto patrimoniali, delle convivenze di fatto<sup>62</sup>.

Indice emblematico dell'appena menzionata incertezza è la creazione – avvenuta nella prassi – di una tipologia di patto destinata ad escludere l'applicazione dell'art. 1723 cod. civ., e così anche la fattispecie dell'*união estável*. Trattasi del c.d. *contrato de namoro*, con il quale le parti ribadiscono l'irrilevanza giuridica del loro rapporto, per l'assenza di un obiettivo attuale e concreto di costituire una famiglia<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade, n° 4277 – DF, Rel. Min. Ayres Brito, v.u., j. 05.05.2011. Secondo il *Supremo Tribunal Federal*, il riferimento costituzionale alle *uniões estáveis* basate sulla “convivenza tra un uomo e una donna” non avrebbe potuto essere preso “alla lettera”, così da escludere le coppie omosessuali. La soluzione contraria avrebbe violato il generale dovere – costituzionalmente previsto – della Repubblica di «promuovere il bene di tutti, senza preconcetti relativi all'origine, alla razza, al sesso, al colore, all'età o qualsiasi altra forma di discriminazione». Per estendere – con l'approvazione della dottrina maggioritaria – la fattispecie dell'*união estável* alle coppie omosessuali il *Supremo Tribunal Federal* ha dovuto adottare un'interpretazione elastica dei principi costituzionali, che suscita qualche perplessità. La natura di tale operazione ermeneutica emerge chiaramente dal testo della sentenza, soprattutto dalla seguente affermazione: «Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas».

<sup>62</sup> In dottrina, vi è però anche chi sostiene la posizione contraria, e cioè che il legislatore dovrebbe astenersi dal disciplinare dettagliatamente l'*união estável*, lasciando alla giurisprudenza il compito di valutare la sussistenza oppure non di una convivenza di fatto: v. A. BIRCHAL, *União Estável in Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, a cura di A. C. BROCHADO TEIXEIRA e G. PEREIRA LEITE RIBEIRO, cit., p. 121.

<sup>63</sup> Sebbene sia emerso nella prassi, il *contrato de namoro* è oggi riconosciuto ed esaminato anche dalla dottrina: cfr. R. MADALENO, *op. cit.*, p. 471 ss.



Ovviamente, non avendo le unioni stabili natura negoziale, gli effetti di un patto di questo tipo sono limitati, specialmente qualora esso contrasti con la realtà del rapporto instauratosi. Ciò non toglie, tuttavia, il valore che tale strumento può assumere come mezzo di prova dell'obiettivo di costituire una famiglia, richiesto dalla legge affinché si configuri un'unione stabile.

Alla luce delle osservazioni appena svolte, si potrebbe ragionevolmente ipotizzare un'insoddisfazione generale, in Brasile, in merito alla disciplina delle convivenze di fatto, considerate la sua incertezza, la sua imprevedibilità, e in qualche modo anche il suo autoritarismo. Ma non è così. Invero, poche voci hanno criticato la disciplina dell'*união estável*, sia pure, a nostro avviso, in modo pienamente condivisibile, giacché tale disciplina, sempre più vicina a quella del matrimonio, in molti casi finisce di fatto per "sposare *ex officio*"<sup>64</sup> tanti individui che consapevolmente non vogliono unirsi in matrimonio. Ciò finisce per pregiudicare la stessa libertà di stare insieme a qualcuno per la sola finalità di volergli bene<sup>65</sup>.

5. – Chiusa la parentesi sulle principali caratteristiche delle convivenze di fatto in Brasile, per come esse si sono storicamente sviluppate, rimane da affrontare la disciplina successoria delle *uniões estáveis*, materia questa che ha vissuto notevoli cambiamenti a

---

<sup>64</sup> L'espressione è di J.B. VILLELA, *Conferência de Encerramento da I Semana de Direitos da Família da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais*, inedito, 2004, p. 2 ss.

<sup>65</sup> Sembra opportuna, a tale proposito, la domanda di J.B. Villela: «In un ordine giuridico dove il matrimonio è gratuito e il divorzio si ottiene facilmente, quante volte si voglia, quale sarebbe il senso di una disciplina delle unioni affettive?». L'Autore è stato uno dei pochi in Brasile ad aver trattato in modo severamente critico le regole sulle convivenze di fatto, affermando testualmente: «Estamos perdendo a batalha pela liberdade no direito de família. Estamos sendo expurgados da autonomia de organizar nossas relações afetivas e de dar forma, expressão e destino ao nosso patrimônio. Mas sobretudo estamos perdendo nossa liberdade de amar. Uma conspiração urdida por legisladores, juizes, advogados e doutrinadores insiste em submeter o amor a efeitos extrínsecos às nossas vontades, fazendo nascer obrigações onde só queremos ver sonhos e emoção, monetarizando em tudo as relações de família e casando *ex officio* as pessoas que deliberadamente não se querem casar. Estar ou não estar casado é a mais pessoal das liberdades e unir-se pelo afeto o mais sagrado dos direitos. Hoje as pessoas não podem mais se aproximar umas das outras por pura afeição porque isso cheira a dinheiro, ônus, encargos ou para usar uma palavra da moda, tem sabor de estresse. Em uma ordem jurídica, onde o casamento é gratuito e o divórcio se obtém facilmente quantas vezes se queira, por que haver uma regulação das relações afetivas? Estáveis ou instáveis é nelas ou fora delas, é no casamento formal ou fora dele que cada um busca a realização de seus sonhos. E infeliz a sociedade onde temos de pagar pelos nossos sonhos. O Estado não tem o direito de nos proteger onde dispensamos a sua tutela, de nos defender onde abrimos mão de suas armas ou de nos impor o benefício de suas regras onde preferimos a prática da autodeterminação. A máxima *invito non datur beneficium*, se è válida para as relações patrimoniais privadas, mais ainda o è quando está envolvido o nosso direito ao autodesenvolvimento, que em boa hora o Art. 2º da *Grundgesetz* erigiu à categoria fundamental do ser humano» (J.B. VILLELA, *op. ult. cit.*, p. 2 ss.).



causa delle interpretazioni giurisprudenziali, le quali sono riuscite a riportare il diritto brasiliano sulla già menzionata strada dell'avvicinamento al matrimonio.

La partecipazione del convivente di fatto alla successione legittima è regolata dall'art. 1790 cod. civ., disposizione questa non presente nel progetto di legge presentato al Congresso nazionale nel 1975<sup>66</sup>. La disposizione è stata introdotta solo nel 1985, in occasione dei dibattiti svoltisi presso il Senato federale<sup>67</sup>. Essa fu a quel tempo considerata un notevole progresso, non essendo fino ad allora stati previsti diritti successori per il convivente superstite. Comunque, i diritti in quel momento introdotti erano assai limitati, soprattutto in confronto con quelli spettanti al coniuge superstite; ciononostante, rappresentavano un passo avanti rispetto alla legislazione previgente.

Eppure, l'art. 1790 cod. civ. sarebbe rapidamente divenuto anacronistico<sup>68</sup> e inadeguato, soprattutto dopo la Costituzione del 1988, con la quale l'ordinamento brasiliano ha preso, assai nettamente, la strada della parificazione tra i regimi del matrimonio e della convivenza di fatto. Sarebbe allora stato ragionevole pensare che il legislatore avrebbe adattato l'art. 1790 cod. civ. ai nuovi tempi e alla Costituzione. Ciò, però, non si è verificato.

Nel lungo e caotico<sup>69</sup> processo legislativo che ha portato all'approvazione del cod. civ. del 2002, non vi è stato spazio per un adeguamento della normativa introdotta nel 1985, essendosi così arrivati a una disciplina insufficiente, soprattutto se confrontata con le regole a quel tempo vigenti in tema di successione intestata del convivente superstite<sup>70</sup>.

L'art. 1790 cod. civ.<sup>71</sup> prevede che l'eredità del convivente si riferisca soltanto ai beni acquistati durante la convivenza, ad esclusione di quelli personali, soluzione questa che sembra poco appropriata per due ragioni fondamentali<sup>72</sup>. In primo luogo, il convi-

---

<sup>66</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>67</sup> Cfr. G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>68</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>69</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>70</sup> Non sono pochi nemmeno i problemi squisitamente tecnici legati all'art. 1790 c.c., che integra, forse più di ogni altra disposizione, un chiaro esempio dei fondamentali difetti del codice civile brasiliano: cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 17. Si aggiunga che l'art. 1790 non è collocato, nel libro sul diritto delle successioni, nel titolo sulla successione intestata, bensì in quello sulla successione in generale.

<sup>71</sup> Art. 1.790: «A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outoro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança».

<sup>72</sup> Gli argomenti sono di J.P. SCHMIDT, *Intestate Succession*, cit., p. 153.



vente ha in linea di principio già diritto a tali beni in forza delle regole del diritto di famiglia, ciò che fa pensare che il legislatore abbia a ben vedere fatto confusione tra la disciplina del regime patrimoniale della famiglia e quella del diritto delle successioni.

In secondo luogo, l'art. 1790 cod. civ. stabilisce che, nel caso di concorso con i figli del *de cuius*, la quota spettante al convivente sia variabile: qualora i figli siano comuni, succedono tutti in parti uguali; qualora si tratti di figli solo del defunto, al convivente spetta la metà della quota loro attribuita. Stranamente, non si prevede alcunché in merito all'ipotesi – sempre più frequente – in cui vi siano figli comuni e figli solo del defunto, né in merito all'ipotesi di concorso tra il convivente e altri discendenti del *de cuius*.

Non è però questa la parte più controversa dell'art. 1790 cod. civ. Invero, il punto più discusso è la previsione di un concorso tra il convivente di fatto e “gli altri parenti successibili” – collaterali compresi – allorché il defunto non abbia lasciato figli. In tale caso, al convivente di fatto spetta un terzo dell'eredità. Si supponga, ad esempio, che il defunto lasci il convivente e due cugini, suoi parenti in linea collaterale di quarto grado. Al convivente spetta un terzo, mentre ai cugini vanno i restanti due terzi dell'eredità, fermo restando che la partecipazione del convivente è limitata ai beni del *de cuius* che facevano parte della comunione, come già chiarito. Si tratta di una soluzione assurda, soprattutto dal punto di vista di una delle più tradizionali giustificazioni fondamentali dell'ordine di preferenza tra i successibili *ab intestato*: la presunta volontà del defunto<sup>73</sup>. Infine, l'eredità è devoluta esclusivamente al convivente di fatto solo qualora non vi siano “altri parenti successibili”.

I problemi del regime successorio del convivente di fatto nel cod. civ. del 2002 non riguardano solo l'art. 1790. Sebbene già dal 1996 fosse stato riconosciuto ai conviventi di fatto il diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, il nuovo cod. civ. non ha previsto alcunché al riguardo. Ciò non ha tuttavia impedito la conferma di tale diritto da parte della giurisprudenza<sup>74</sup>, sulla base dell'argomentazione che, non essendosi il cod. civ. del 2002 occupato della materia in modo esaustivo, resterebbe in vigore la legislazione precedente<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Tale giustificazione è spesso messa in discussione dalla dottrina, che peraltro continua a riproporla: cfr. K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 446.

<sup>74</sup> Cfr. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1203144-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, *v.u.*, j. 27.05.2014; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 129227 – SC, Rel. Luís Felipe Salomão, *maioria*, j. 17.12.2013; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1.156.744 – MG, Rel. Min. Marco Buzzi, *v.u.*, j. 09.10.2012.

<sup>75</sup> Tale argomentazione è stata criticata, in modo pienamente condivisibile, da J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, 153: «From a methodological point of view, this argument seems slightly dubious, as the Code presumably



In presenza di questa contraddittoria e lacunosa normativa, è stata affermata l'incostituzionalità dell'art. 1790 del cod. civ. del 2002, prima da parte della dottrina<sup>76</sup> e poi – nel 2017 – da parte del *Supremo Tribunal Federal*<sup>77</sup>.

Secondo la più alta corte brasiliana, la distinzione tra i regimi successori del coniuge e del convivente di fatto sarebbe incostituzionale, dovendosi applicare anche a quest'ultimo l'art. 1829 c.c., in tema di successione intestata del coniuge superstite. Si giunge a tale conclusione ritenendo che la distinzione in parola sia incompatibile con la Costituzione, dalla quale non potrebbe desumersi una preferenza per le famiglie fondate sul matrimonio rispetto a quelle fondate sulla convivenza di fatto. In tale prospettiva, la differente disciplina successoria di cui all'art. 1790 cod. civ. sarebbe incostituzionale, dal momento che violerebbe i principi della dignità umana, della “proporzionalità come divieto di mancata protezione” e del “divieto di arretramento”.

L'operazione ermeneutica compiuta dal *Supremo Tribunal Federal* desta evidentemente molte perplessità, essendo quantomeno dubbio che i menzionati principi – di contenuto così generale, talvolta nemmeno previsti espressamente – possano portare all'incostituzionalità dell'art. 1790 cod. civ. Ciononostante, occorre registrare che il *Supremo Tribunal Federal* è di fatto riuscito a riportare la disciplina successoria della convivenza di fatto sulla strada che essa aveva cominciato a percorrere dal 1988.

Se, da un lato, le sentenze del *Supremo Tribunal Federal* hanno fatto una certa chiarezza sulla disciplina successoria della convivenza di fatto – cui si applicano le regole del matrimonio, come già evidenziato –, esse hanno, dall'altro lato, suscitato rilevanti dubbi, ancora irrisolti. Non è chiaro, ad esempio, se il convivente di fatto sia un legittimario alla pari del coniuge superstite, giacché tale qualificazione deriva dall'art. 1845, non dall'art. 1829 cod. civ. Essendo così considerato, il convivente di fatto è altresì tenuto alla collazione dei beni ricevuti in donazione dal *de cuius*? Purtroppo, non vi è ancora una risposta chiara a questa e ad altre domande, essendo comunque possibile cogliere una tendenza alla totale parificazione dei regimi.

---

intended to make full provision for cohabitation, but it is understandable from a practical point of view, as the cohabitant will often have the same interest as a spouse in the family house».

<sup>76</sup> In tal senso, v. C.S. DINIZ, *op. cit.*, p. 690 ss.; L.P. VIEIRA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 399; C. CHAVES DE FARIAS e N. ROSENVALD, *Curso de Direito Civil: Sucessões*, vol. 7, Atlas, 2015, p. 298 ss.

<sup>77</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário n° 878694-MG, Rel. Min. Roberto Barroso, *maioria*, j. 10.05.2017; Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário n° 646721-RS, Rel. Min. Roberto Barroso, *maioria*, j. 10.05.2017, con commento di J.P. SCHMIDT, *Das gesetzliche Erbrecht*, cit.





6. – Alla luce delle più rilevanti caratteristiche della disciplina successoria brasiliana del coniuge e del convivente di fatto, si può concludere che, dal 1988 ad oggi, si è affermata – seppure con qualche discontinuità – una tendenza alla parificazione dei regimi.

In dottrina è stato sottolineato che, sebbene la citata parificazione non sia del tutto sorprendente, dal momento che i rapporti tra i conviventi sono, per il loro concreto svolgimento, analoghi a quelli tra i coniugi – proprio per questo motivo, del resto, si parla di convivenza *more uxorio* –, non tutti i paesi si sono spinti così avanti<sup>78</sup>. In Brasile ciò è stato possibile soltanto perché si sono combinati una serie di fattori di diversa natura, anche storica e culturale. Ma l'elemento decisivo è stato senz'altro la Costituzione del 1988, che ha attribuito alla convivenza di fatto la natura di "entità familiare". In presenza di una scelta così chiara da parte del legislatore costituzionale, era prevedibile che la disciplina della materia prendesse la strada della parificazione tra la convivenza di fatto e il matrimonio, nonostante le profonde differenze intercorrenti tra l'una e l'altro.

Tutto ciò considerato, il modello brasiliano sembra troppo influenzato dalle variabili culturali, storiche, costituzionali e politiche del suo ordinamento di provenienza, affinché possa servire da ispirazione per altri paesi ancora alla ricerca del modo migliore per regolare le convivenze di fatto, anche in merito ai profili successori. Ciononostante, vale sicuramente la pena di studiare tale modello, soprattutto affinché altrove possano essere evitati i problemi e le difficoltà già vissuti in Brasile.

In conclusione, forse quello che l'esperienza brasiliana può offrire, più che un esempio di disciplina organica delle convivenze di fatto, è una domanda. Dopo due anni dall'entrata in vigore del cod. civ. del 2002, J.B. Villela<sup>79</sup> si chiedeva quale potesse essere il senso di una disciplina delle unioni affettive, essendo il matrimonio gratuito e potendo il divorzio essere ottenuto facilmente e senza limiti, ma oggi la questione è un'altra: consolidatasi nella prassi la parificazione, anche sul piano successorio, dei regimi dei conviventi di fatto e dei coniugi, quale reale utilità potrà assumere in futuro la disciplina del matrimonio?

---

<sup>78</sup> In tal senso, v. K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 506: «If a surviving cohabitant must have been in a spouse-like relationship with the deceased, it is hardly surprising that the succession rights conferred in return are usually those of a surviving spouse. Some countries, however, are unwilling to go so far».

<sup>79</sup> J.B. VILLELA, *op. ult. cit.*, p. 2.