

Capo VII  
***Successioni***  
di Sara Tonolo



ART. 46

*Successione per causa di morte*

*La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte.*

*Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato. Nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta.*

*La divisione ereditaria è regolata dalla legge applicabile alla successione, salvo che i conviventi, d'accordo fra loro, abbiano designato la legge del luogo d'apertura della successione o del luogo ove si trovano uno o più beni ereditari.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Operatività del rinvio. – 3. Rinvio indietro e rinvio oltre “accettato”. – 4. La disciplina dell'art. 46, 1° co.: universalità della successione e unità della legge applicabile. – 5. Il collegamento della cittadinanza. – 6. La disciplina dell'art. 46, 2° co.: la *professio iuris*. – 7. Limiti della *professio iuris* relativi all'oggetto. – 8. Limiti in materia di forma della *professio iuris*. – 9. Limiti posti a tutela dei legittimari. – 10. Aspetti problematici. – 11. Ambito d'applicazione della *lex successionis*. – 12. Limiti. In particolare, i c.d. “limiti funzionali” e le questioni preliminari. – 13. La disciplina della divisione ereditaria.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – c.c., art. 554, art. 458, artt. 768 bis-768 octies – cost., art. 29, art. 30 – trattato CE, art. 3, art. 14 – l. 16.10.1989, n. 364, esecuzione Conv. L'Aja 1.7.1985 relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento – l. 14.2.2006, n. 55.

**Bibliografia** Migliazza 1952 – Migliazza 1954 – von Overbeck 1965 – Migliazza 1971 – Conetti 1987 – Lagarde 1989b – von Overbeck 1989 – Li 1990 – Conetti 1991 – Droz 1991 – Carlier 1992 – Migliazza 1993 – Davi 1994 – Scoles 1994 – Lenzi 1995 – Villani 1995 – Ballarino 1996 – Bonomi 1996 – Clerici 1996 – Deli 1996 – Zabban 1996 – Fumagalli 1997 – Mosconi 1997a – Picone 1998 – Ballarino 1999 – De Cesari 2002 – Damascelli 2003 – Davi 2004 – Ricci 2004 – Davi 2005 – Mosconi e Campiglio 2006 – Damascelli 2007 – Peroni 2007.

## 1. Osservazioni introduttive

Il Capo VII della l. 218/1995 delinea la disciplina internazionalprivatistica delle successioni, stabilendo quattro disposizioni di conflitto (artt. 46-49), ed una norma di giurisdizione (art. 50), per determinare, rispettivamente, la legge applicabile ai singoli aspetti delle fattispecie successorie, ed i limiti entro cui è possibile delimitare la giurisdizione italiana in materia. La regolamentazione così prevista, oltre ad essere maggiormente **dettagliata** della previgente, presenta inoltre delle novità sostanziali, quali l'ammissione del **rinvio**, secondo quanto prevede l'art. 13, e l'introduzione della **professio iuris**, ovvero della facoltà per il testatore di scegliere la legge del paese di residenza per disciplinare la propria successione.

La previsione del rinvio, in particolare, viene considerata come indizio della parziale rottura della nuova disciplina con i principi – tradizionali nell'ordinamento italiano – dell'unità e dell'universalità della successione. Infatti tale procedimento (precedentemente escluso dall'art. 30 disp. prel. c.c.) può compromettere il principio dell'**unità della successione**, qualora la legge nazionale del defunto si ispiri al criterio della scissione e comporti l'applicazione di leggi diverse a seconda della natura e della situazione dei beni ereditari. Si pensi ad es. alla successione di un cittadino francese che aveva l'ultimo domicilio in Italia e possedeva beni immobili in Inghilterra (Ballarino 1996, 36). Si determina l'operatività di leggi diverse, dal momento che l'ordinamento francese sottopone la successione dei beni mobili alla *lex domicilii* e la successione dei beni immobili alla *lex rei sitae*. È facile scorgere gli svantaggi di tale procedimento: una pluralità di leggi applicabili comporta la coesistenza di discipline spesso poco omogenee, se non addirittura incompatibili. È ipotizzabile ad es. che gli eredi accettino l'eredità in uno Stato e la rifiutino in un altro, che i successibili e l'entità dei loro diritti siano determinati in maniera diversa per ciascuna massa, e che le quote di riserva siano stabilite in maniera differente, in relazione a ciascuna massa ereditaria (Fumagalli 1997, 837). Ne derivano dunque difficoltà di coordinamento, ma anche problemi connessi al rispetto dell'esigenza di uguaglianza nei rapporti successori, con particolare riguardo ad es. ai diritti dei legittimari, diversamente disciplinati negli ordinamenti di *civil law* e nei sistemi giuridici di *common law*.

## 2. Operatività del rinvio

Le **difficoltà** connesse all'applicazione del rinvio, riconducibili – come si è visto – al contrasto con il fondamentale principio dell'unità della successione, non possono tuttavia escludere l'operatività di tale istituto nella materia in esame. Tale eventualità non è ammessa sia per la tipicità delle limitazioni al funzionamento del rinvio (art. 13, 2°, 3°, 4° co.), sia soprattutto in considerazione del fatto che ai principi di universalità e unità della successione non può

in alcun modo essere assegnata portata assoluta e inderogabile (Fumagalli 1997, 840).

D'altra parte, occorre ricordare che l'applicazione del rinvio è suscettibile di produrre anche alcuni **vantaggi**, quali ad es. nella disciplina delle successioni dei cittadini stranieri l'uniformità di soluzioni tra i vari ordinamenti implicati, e la maggiore effettività delle statuizioni normative e delle decisioni italiane in materia (Davi 1994, 107 ss.; Fumagalli 1997, 836; Picone 1998, 66 ss.).

Tali vantaggi costituiscono aspetti importanti, e per questo motivo sono, tra l'altro, oggetto di attenzione crescente da parte del diritto internazionale, come conferma l'accoglimento del rinvio nell'art. 4 della **Convenzione de L'Aja dell'1.8.1989** sulla legge applicabile alle successioni – non ancora internazionalmente in vigore – che prevede in linea generale un sistema dualista (Lagarde 1989b, 249 ss.; von Overbeck 1989, 138 ss.; Scoles 1994, 85 ss.; Li 1990, 44 ss.), ovvero una soluzione di compromesso, talvolta criticata (Droz 1991, 244), in cui la designazione volontaria della *lex successiois* (art. 5) coesiste con i collegamenti oggettivi della nazionalità o della residenza abituale del *de cuius* (art. 3).

### **3. Rinvio indietro e rinvio oltre “accettato”**

Una volta affermata in linea teorica l'operatività del rinvio nella disciplina delle successioni, occorre puntualizzare le condizioni in presenza delle quali tale meccanismo può in concreto ricevere attuazione.

In primo luogo la successione deve essere sottoposta a una legge straniera, in base al criterio di collegamento della cittadinanza del soggetto della cui successione si tratta. Ciò in considerazione del fatto che se la disciplina della successione da parte di una legge straniera dipende dall'*electio iuris* del *de cuius*, il rinvio non opera secondo quanto prevede l'art. 13, 2° co., lett. a). In secondo luogo il rinvio si verifica se la *lex successiois* straniera prevede un criterio di collegamento diverso da quello stabilito nell'ordinamento del foro in materia successoria (ad es. domicilio, residenza, luogo di situazione dei beni immobili).

Dall'operatività del rinvio in materia di successioni discendono varie conseguenze.

Innanzitutto si può configurare l'applicazione della legge italiana, in presenza di un **rinvio indietro** (art. 13, 1° co., lett. b)), e cioè nel caso in cui il collegamento utilizzato dalla *lex successiois* sia localizzato in Italia, come ad es. relativamente alla successione dei beni mobili di un cittadino francese domiciliato in Italia (Bonomi 1996, 485). Sarà invece la legge di un terzo Stato ad assumere rilevanza nelle ipotesi di **rinvio oltre “accettato”** (art. 13, 1° co., lett. a)), ovvero se l'ordinamento richiamato in base all'art. 46, 1° co., si dichiara competente a regolare la successione. Ciò accade ad es. nel caso di successione di beni immobili siti in Germania, di proprietà di un cittadino francese domiciliato in Italia. Il diritto internazionale privato italiano rende applicabile il diritto

francese, che richiama la legge tedesca a titolo di *lex rei sitae* e quest'ultima si applica perché prevede il medesimo criterio di collegamento del *situs rei* per la fattispecie in esame.

#### **4. La disciplina dell'art. 46, 1° co. Universalità della successione e unità della legge applicabile**

Le innovazioni contenute nel Capo VII costituiscono indizi di una rottura soltanto parziale con i principi dell'unità e dell'universalità della successione.

Accanto a tali innovazioni, occorre ricordare, infatti, che la disposizione dell'art. 46, 1° co., pone la nuova regolamentazione in una linea di sostanziale continuità rispetto all'art. 23 disp. prel. c.c. (Villani 1995, 1249). Vengono cioè confermati i due principi fondamentali seguiti dalla disciplina previgente: la sottoposizione della successione ad un'unica legge e l'individuazione di quest'ultima in base al criterio di collegamento della cittadinanza del *de cuius* al momento della morte (Relazione, *sub* art. 42).

Relativamente al primo aspetto, è evidente l'influenza dell'elaborazione dottrinale storicamente consolidata, secondo cui nello statuto personale rientrano anche i rapporti successori, che devono pertanto essere sottoposti esclusivamente alla legge della persona (Li 1990, 25 ss.). A formare il principio dell'unicità della legge regolatrice della successione ha contribuito inoltre il sistema dell'universalità della successione, proprio degli ordinamenti di tradizione romanistica, secondo cui la successione a causa di morte è considerata come l'acquisto dell'*universitas* dei rapporti patrimoniali spettanti al defunto, e deve pertanto essere regolata in base ad una disciplina unitaria (Monaco 1954, 191; Migliazza 1971, 864 ss.).

#### **5. Il collegamento della cittadinanza**

L'altro principio fondamentale seguito dall'art. 46, 1° co., per regolare in generale le successioni, è l'individuazione del collegamento della cittadinanza del *de cuius* al momento della morte. Ciò in linea con la tradizione del sistema giuridico italiano e con l'impostazione generale dell'attuale disciplina di diritto internazionale privato, in cui la nazionalità viene in rilievo come espressione del forte legame tra i soggetti e la loro comunità statale di appartenenza, per cui risulta imprescindibile la sottoposizione del cittadino alle norme previste dalla sua legge nazionale per regolarne la condizione personale e le relazioni giuridiche familiari (Davì 1994, 89), cui si ricollegano necessariamente le successioni (Fumagalli 1997, 833).

Il collegamento della cittadinanza consente all'interprete di individuare facilmente la legge applicabile in materia, anche perché viene richiamato con ri-

ferimento al momento della morte del *de cuius*, e risulta pertanto preferibile rispetto a criteri quali la residenza o il domicilio, la cui verifica può dar luogo a concrete incertezze.

Esso presenta tuttavia il limite di richiamare talvolta una disciplina priva di legami effettivi con la fattispecie concreta, ad es. nelle ipotesi di soggetti che si trasferiscono all'estero e vi stabiliscono il centro d'affari e interessi della propria vita, pur mantenendo formalmente la cittadinanza d'origine (Picone 1998, 62; Deli 1996, 1285 s.; Zabban 1996, 95 ss.). Tale limite avrebbe potuto essere superato dalla previsione di alcune condizioni all'operatività del collegamento della cittadinanza, soprattutto in considerazione del fatto che la l. 218/1995 ha attribuito rilevanza ad un collegamento diverso dalla nazionalità nell'art. 46, 2° co., prevedendo appunto la possibilità di designare la disciplina della successione tramite il riferimento alla residenza (Picone 1998, 63).

La preferenza per il collegamento della cittadinanza è inoltre criticabile sotto un profilo di **politica legislativa**. Si è rilevato infatti che in un Paese di immigrazione, qual è attualmente l'Italia, l'operatività di tale criterio determina una moltiplicazione dei casi in cui vengono in rilievo leggi straniere, con evidenti ripercussioni sulla certezza del diritto e sui costi economici di amministrazione della successione (Picone 1998, 62). Ulteriori **complicazioni** potrebbero sorgere poi all'atto dell'applicazione del collegamento in esame relativamente alle successioni di soggetti titolari di più cittadinanze. Secondo quanto dispone l'art. 19, l. 218/1995, si segue la legge dello Stato con cui il soggetto ha il collegamento più stretto, prevalendo comunque, se presente, la cittadinanza italiana, con il rischio di rendere operativa una disciplina prima di legami effettivi con la fattispecie. Nel caso in cui la cittadinanza richiami un ordinamento plurilegislativo, si applica la norma dell'art. 18 (su cui v. Ricci 2004).

## 6. La disciplina dell'art. 46, 2° co.: la *professio iuris*

Come si è visto, l'art. 46, 2° co., introduce una delle due novità più significative dell'attuale disciplina internazionalprivatistica delle successioni, e cioè la possibilità, per il *de cuius* di scegliere la legge applicabile alla propria successione, c.d. *professio iuris* (Carlier 1992, 254 ss.; De Cesari 2002; Davi 2004, 473 ss.).

Al tradizionale collegamento oggettivo si affianca così il criterio costituito dalla volontà del *de cuius*, in linea con il favore generalmente riconosciuto all'autonomia dei soggetti nella legge italiana di diritto internazionale privato ove, oltre alla materia contrattuale in cui l'applicazione di tale principio è tradizionale, numerose fattispecie risultano ad essa sottoposte: rapporti patrimoniali tra coniugi (art. 30), donazioni (art. 56, 2° co.), responsabilità non contrattuale (artt. 62 e 63).

La *professio iuris* si ricollega all'elaborazione secondo cui l'impiego della volontà dei privati rappresenta in generale lo strumento per realizzare la migliore localizzazione dei rapporti giuridici sia sotto il profilo del diritto internazionale sia sotto il profilo del diritto materiale (Davi 1994, 65 s.).

In particolare, per quanto riguarda la materia delle successioni, l'*electio iuris* – da tempo accolta in altri ordinamenti (v. ad es. nella giurisprudenza inglese *Chancery Division*, 6.7.1945, in *Giur. comp.*, 1954, 276-278, nota Migliazza) – offre il **vantaggio** di determinare una disciplina maggiormente prevedibile, con cui il *de cuius* ritiene di avere un collegamento significativo, come viene confermato dal fatto che il rinvio non opera – come si è visto – nei casi in cui le norme italiane di diritto internazionale privato richiamino la legge scelta dalle parti interessate (art. 13, 2° co., l. 218/1995). Inoltre essa agevola sia il coordinamento tra sistemi di conflitto che si ispirino a principi diversi, quali ad es. la nazionalità e il domicilio, oppure unione e scissione (Davi 1994, 65-66), sia l'armonizzazione tra la disciplina delle successioni e dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Ponendosi poi nell'ottica del diritto materiale, la *professio iuris* rappresenta lo strumento migliore per tutelare gli interessi del testatore, concedendogli la possibilità di regolare la successione secondo la sua volontà.

Il **problema** principale della scelta di legge è rappresentato dal fatto che essa può essere utilizzata in maniera abusiva, al solo scopo di sottrarsi alle norme imperative degli ordinamenti interni quali ad es. quelle relative ai diritti dei legittimari (Deli 1996, 1288; von Overbeck 1965, 1102 ss.).

## 7. Limiti della *professio iuris* relativi all'oggetto

Al fine di attenuare il rischio che la *professio iuris* diventi lo strumento per eludere le disposizioni imperative previste dall'ordinamento italiano in materia successoria, l'art. 46, 2° co., stabilisce delle **limitazioni** relative all'oggetto della scelta, a differenza di altre norme che la prevedono in maniera più liberale, come ad es. l'art. 5 della Convenzione de L'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni (Deli 1996, 1287; Picone 1998, 72).

Infatti l'unica legge che può essere scelta dal *de cuius* è la legge in vigore nel paese di **residenza** (da intendersi come residenza abituale, v. Picone 1998, 73) di quest'ultimo. Ciò conferma che la *professio iuris* viene prevista dal sistema di diritto internazionale privato italiano come mezzo per avvicinare i criteri della residenza e della nazionalità (von Overbeck 1965, 1094 ss.). Si pensi ad es. alla scelta di legge effettuata dal cittadino italiano i cui beni sono situati nello Stato straniero in cui risiede: l'*electio iuris* consente di raggiungere l'omogeneità di soluzioni tra gli ordinamenti implicati (Clerici 1996, 233).

Occorre sottolineare inoltre che l'*optio legis* del defunto non può riguardare una parte della successione, evitando così espressamente la scelta rivolta al *dépeçage*, in ossequio al principio di unità della successione (sul punto v. Mosconi e Campiglio 2006, 149).

Un limite ulteriore alla facoltà di scelta del *de cuius* è rappresentato dalla circostanza secondo cui la residenza del *de cuius*, che individua la legge dallo stesso scelta per regolare la successione, sia tale sia nel momento dell'*electio iuris* sia nel momento della morte, secondo il c.d. “**doppio collegamento soggettivo**” (Picone 1998, 73).

### **8. Limiti in materia di forma della professio iuris**

La scelta della legge regolatrice della successione deve essere effettuata, secondo quanto prevede l'art. 46, 2° co., 1ª parte, “con dichiarazione espressa in forma testamentaria”.

È pertanto evidente che anche in ordine alle modalità della *professio iuris* la l. 218/1995 ha previsto una disciplina rigorosa, in considerazione della necessità di prevenire ogni eventuale contestazione relativa ad essa.

La “**dichiarazione espressa**” esclude infatti la possibilità di dedurre la volontà del *de cuius* dall'interpretazione dell'atto di ultima volontà. Non sarà ad es. consentito accertare l'esistenza della *professio iuris* in base alla circostanza che il testamento è stato redatto in conformità alle disposizioni della legge del paese in cui il disponente risiede (Bonomi 1996, 495 s.). Inoltre si è escluso che il riferimento, contenuto nel testamento, ad alcune disposizioni in vigore nella legge del paese di residenza possa configurare la dichiarazione espressa con cui si manifesta l'*electio iuris* del disponente (Mosconi e Campiglio 2006, 150 s.).

La previsione della “forma testamentaria”, valida ai sensi dell'**art. 48**, l. 218/1995, per la dichiarazione espressa della scelta di legge, viene interpretata in dottrina non esclusivamente con riferimento alla redazione di un testamento (Lenzi 1995, 1139; Deli 1996, 1291; Picone 1998, 75). È infatti possibile che il *de cuius* individui la legge applicabile alla successione legittima; occorre però che anche tale designazione abbia la forma di una disposizione *mortis causa*. La forma testamentaria è inoltre richiesta per la revoca dell'*electio iuris*, che, nel silenzio della disposizione in esame, si ritiene senz'altro ammissibile (Mosconi e Campiglio 2006, 151).

Relativamente alla **capacità** di porre in essere la *professio iuris*, la dottrina è divisa tra quanti invocano la generale applicazione dell'art. 47 (Lenzi 1995, 1139; Deli 1996, 1292, Mosconi e Campiglio 2006, 151), e quanti invece distinguono, in maniera più opportuna, tra capacità e vizi della volontà, sottoponendo la prima all'art. 47 e i secondi invece alla legge designata dal *de cuius* (Picone 1998, 75).

### 9. *Limiti posti a tutela dei legittimari*

L'ultimo limite all'*electio iuris* è contenuto nella disposizione, secondo cui

«nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta»

(art. 46, 2° co., l. 218/1995).

L'art. 46, 2° co., ricollega in linea generale l'operatività di tale limite ad un contatto socialmente rilevante dei **legittimari** con l'ordinamento italiano, in modo tale da non privilegiare esclusivamente i cittadini italiani (Picone 1998, 74).

In concreto, la tutela dei diritti dei legittimari è subordinata all'esito dell'accertamento operato dal giudice. Quest'ultimo, secondo quanto prevede la disposizione in esame, deve confrontare concretamente la legge designata dal disponente e la legge italiana, per controllare che venga comunque garantita la tutela dei diritti dei legittimari. Qualora ciò non si verifichi, l'*electio iuris* rimane valida, una volta esclusa l'applicabilità delle disposizioni che pregiudicano i diritti dei legittimari. Il limite di cui all'art. 46, 2° co., 2ª parte può condurre pertanto al *dépeçage* della disciplina successoria con risultati non pienamente condivisibili, sia quanto alla disciplina complessiva della successione, sia quanto alla correttezza delle soluzioni.

### 10. *Aspetti problematici*

A tale riguardo, viene innanzitutto in rilievo l'ingiusta **discriminazione** tra eredi legittimari, derivante dalla circostanza che la tutela prevista dalla legge italiana di diritto internazionale privato opera soltanto in relazione ai legittimari residenti in Italia, pregiudicando quindi la posizione dei **legittimari residenti all'estero**.

Si pensi ad es. all'ipotesi in cui un cittadino italiano residente a Londra, titolare di beni immobili situati in Italia, designi nel testamento la legge inglese per regolare la propria successione, ed istituisca erede universale un'amica, conferendo ai figli (che risiedono uno in Italia, e l'altro in Inghilterra) soltanto delle somme di denaro, di valore molto inferiore rispetto alla legittima (Bonomi 1996, 503). Secondo quanto prevede l'art. 46, 2° co., il figlio residente in Italia potrà contestare l'*electio iuris*, nella misura in cui essa pregiudica i diritti che la legge italiana gli garantisce in quanto legittimario, ed esercitare l'azione di riduzione (art. 554 c.c.); al contrario, il figlio residente in Inghilterra non potrà esercitare alcun rimedio. La discriminazione è dunque evidente ed irragionevole, in quanto fondata sul collegamento della residenza in Italia che non

trova alcuna giustificazione nelle norme costituzionali relative alla protezione della famiglia e dei minori, quali l'art. 29, 2° co., e l'art. 30 Cost.

Alla luce di tali considerazioni, si delineano probabili problemi di **legittimità costituzionale** della disposizione in esame relativamente al trattamento discriminante dei legittimari che, pur essendo cittadini italiani, risiedono all'estero (Migliazza 1993, 4; Villani 1995, 1249; Bonomi 1996, 503; Deli 1996, 1291; Zabban 1996, 105), nonché dubbi circa la compatibilità di essa con le norme di **diritto comunitario** che prevedono la libertà di circolazione delle persone (artt. 3 e 14 Trattato CE), difficilmente risolvibili tramite il ricorso all'**ordine pubblico** di cui all'art. 16, l. 218/1995 (Mosconi e Campiglio 2006, 160).

L'altro limite della tutela accordata ai legittimari dall'art. 46, 2° co., è rappresentato dalla circostanza che la disciplina in esame opera soltanto in relazione alla successione di un cittadino italiano. Pertanto ai legittimari di **un de cuius straniero** non è garantita alcuna protezione anche qualora essi siano cittadini italiani o soggetti residenti in Italia. Si pensi ad es. al caso in cui un cittadino francese, sposato con una cittadina italiana, e residente in Italia con moglie e figli (titolari di doppia cittadinanza), trasferisca la propria residenza a New York e rediga un testamento in cui richiami la legge locale per disciplinare la propria successione e diseredare la moglie e i figli. Tale *professio iuris* è valida secondo il diritto italiano, anche se pregiudica i diritti di cittadini italiani, residenti in Italia. Per estendere la disciplina prevista dall'art. 46, 2° co., alle successioni di cittadini stranieri, una soluzione possibile pare individuabile nella bilateralizzazione della disposizione in esame ad opera dei giudici chiamati a darvi applicazione (Bonomi 1996, 502).

## 11. Ambito d'applicazione della *lex successionis*

A differenza dell'individuazione della *lex successionis*, che viene effettuata tramite criteri di collegamento parzialmente diversi da quelli stabiliti nella disciplina previgente, l'ambito d'applicazione della disciplina sino ad ora esaminata è sostanzialmente immutato rispetto al passato.

In particolare, si rileva la necessità di distinguere due fasi: la fase dell'acquisto del **titolo ereditario** che comprende l'individuazione degli eredi e dei legatari, la determinazione dei beni e dei diritti esercitabili su di essi, e le conseguenze dell'acquisto dei diritti successori, ed è sottoposta alla **lex successionis**; la fase in cui concretamente si acquistano **i beni** formanti la massa ereditaria, tramite le varie procedure di controllo e le forme pubblicitarie, regolata in base alla **lex rei sitae** (Deli 1996, 1293).

Senza poter analizzare approfonditamente la disciplina internazionalprivatistica delle diverse fasi della successione (Picone 1998, 80 ss.), è opportuno ricordare in linea generale che la **lex successionis** disciplina: le cause di apertura della successione, le presunzioni relative alla commorienza, l'individuazione e

l'ordine dei successibili, salvo quanto prevede l'art. 49 circa la successione dello Stato, la determinazione dei legittimari, la capacità di succedere, i casi di indegnità e l'eventuale riabilitazione, la determinazione della consistenza della massa ereditaria, l'accettazione dell'eredità, l'ammissibilità e gli effetti della rinuncia all'eredità, i poteri e gli atti di amministrazione sul patrimonio ereditario che gli eredi possono compiere, l'imputazione dei debiti contratti dal *de cuius* e di ogni altra passività gravante sulla massa ereditaria, nonché l'estensione della responsabilità dell'erede relativamente al passivo dell'eredità, la collazione, la disciplina della comunione ereditaria, il modo e i limiti in cui si può far luogo alla successione per rappresentazione, la rappresentanza processuale dell'eredità. La *lex successionis* disciplina inoltre la sostanza del testamento, la legittimità delle disposizioni inserite dal testatore relativamente alla istituzione di eredi e legatari, alle sostituzioni, al rispetto delle quote di riserva, alla nomina di esecutori e curatori testamentari (Deli 1996, 1294; Ballarino 1999, 523).

Infine si riconduce alla *lex successionis* – nonostante il criticabile silenzio della l. 218/1995 al riguardo (Picone 1998, 95 ss.) – la disciplina di alcuni istituti previsti in altri sistemi giuridici, ma vietati dall'ordinamento italiano, quali ad es. la **sostituzione fedecommissaria, il testamento reciproco e il testamento congiuntivo** (Migliazza 1993, 5 ss.; Deli 1996, 1294 s.). Quanto ai **patti successori**, mette conto rilevare che il divieto di cui all'art. 458 c.c. ha recentemente subito un'attenuazione per effetto dell'entrata in vigore della l. 14.2.2006, n. 55, che ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto del **patto di famiglia** (artt. 768 *bis*-768 *octies* c.c.), ovvero lo strumento giuridico che consente all'imprenditore di trasferire in tutto o in parte la propria attività aziendale a un suo discendente. La particolare qualificazione recentemente attribuita a tale istituto nella disciplina degli artt. 768-*bis* e ss. c.c. pone tuttavia in dubbio l'esclusiva applicabilità della *lex successionis*, che pare debba piuttosto coordinarsi con la *lex contractus* (sul punto v. Peroni 2007, 611 ss.) o con la *lex donationis* (Damascelli 2007, 629).

## **12. Limiti. In particolare, i c.d. "limiti funzionali" e le questioni preliminari**

La legge regolatrice della successione incontra limiti derivanti dalla disciplina di istituti connessi alla successione e sottoposti ad altre leggi, imponendo il contemperamento tra i diversi aspetti della fattispecie (Conetti 1991, 98).

Sono stati evidenziati infatti i c.d. "limiti funzionali" dello statuto successorio (Ballarino 1999, 524), che ricorrono ad es. nei casi in cui la morte di un soggetto abbia effetti sui contratti da quest'ultimo conclusi (**mandato o locazione**), e vengono pertanto regolati dalla legge che disciplina il rapporto obbligatorio relativo. E ancora: nell'ipotesi di **trust**, istituito *mortis causa* sul patrimonio del *de cuius*, l'attribuzione dei beni ricompresi nel *trust* alla massa ere-

ditaria del *de cuius* dovrà essere regolata dalla disciplina prevista dalla **Convenzione de L'Aja dell'1.7.1985 sulla legge applicabile al trust e al suo riconoscimento**, e non dalla *lex successionis* (Mosconi e Campiglio 2006, 160, e, in giurisprudenza Trib. Lucca, 23.9.1997, *RIPP*, 1998, 818-826). È pertanto possibile ipotizzare che, in forza della Convenzione de L'Aja del 1985, anche un cittadino italiano possa porre in essere un *trust*, con atto di ultima volontà, in un ordinamento che lo consente, e che gli effetti di tale atto siano riconoscibili in Italia.

Altri limiti si evidenziano in relazione alla determinazione dei successibili, per la necessità di risolvere **le questioni preliminari** quanto all'accertamento di uno *status* familiare in rapporto con il defunto; tali questioni, secondo l'opinione prevalente (Mosconi e Campiglio 2006, 159), dovranno essere risolte previamente e autonomamente in base all'ordinamento richiamato dalle norme della l. 218/1995, per la disciplina degli *status* rilevanti, secondo un orientamento già diffuso in dottrina (Conetti 1987, 638), e in giurisprudenza (Trib. Bolzano 12.11.1971, *RGAA*, 1971, 15; Trib. Milano 10.3.1997, *FD*, 1998, 2, 170-173), nel vigore delle disp. prel. c.c., nonché nella giurisprudenza straniera (Cass. fr. 3.1.1980, *RCrit.DIP*, 1980, 331-333, nota Batiffol; Cass. fr. 11.3.1986, *RCrit.DIP*, 1988, 302-306, nota Bischoff).

### **13. La disciplina della divisione ereditaria**

La divisione ereditaria è regolata, in linea generale, dalla *lex successionis*, in conformità all'orientamento tradizionale secondo cui lo statuto successorio doveva estendersi il più possibile al fine di salvaguardare l'universalità della successione (Migliazza 1952, 161 ss.).

L'art. 46, 3° co., prevede inoltre la possibilità della **scelta di legge** in sostituzione della *lex successionis*. È consentito infatti agli eredi designare la legge del luogo di apertura della successione o del luogo in cui si trovano uno o più beni ereditari, anche nel caso in cui la legge regolatrice della successione sia già il risultato della *professio iuris* del *de cuius*. In questo caso la volontà degli aventi causa prevarrà sulla precedente scelta del defunto (Zabban 1996, 106), ed opererà in ordine ad essa l'esclusione del rinvio di cui all'art. 13, 2° co., lett. a). Occorre poi precisare che la scelta della legge del luogo in cui si trovano uno o più beni ereditari non comporta una scissione della disciplina applicabile ai singoli beni, ma vale solo a sottoporre l'intera divisione alla legge dello Stato in cui si trovano uno o più beni (Villani 1995, 1250), coinvolgendo dunque anche beni che si trovino eventualmente in altri Stati.

La **capacità** di compiere l'*electio iuris* prevista dall'art. 46, 3° co., viene disciplinata in base a quanto dispone l'art. 23.

Per quanto riguarda i requisiti di forma e di validità sostanziale dell'accordo di scelta di legge dei dividendi, la dottrina è divisa. Alcuni affermano l'applicabilità della disciplina degli artt. 9 e 8 della **Convenzione di Roma** del

1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in quanto tale patto appare configurabile come accordo accessorio al contratto di divisione (Lenzi 1995, 1141; Deli 1996, 1296); altri richiamano la legge italiana a titolo di *lex fori*, in ragione della natura autonoma di tale accordo sulla scelta di legge (Mosconi 1997a, 166; Mosconi e Campiglio 2006, 153).

Relativamente all'operatività della previsione dell'art. 46, 3° co., si può rilevare in linea generale che la portata innovativa della stessa è più apparente che reale per due ragioni. Innanzitutto perché la maggior parte degli ordinamenti giuridici sottopongono la divisione alla legge del luogo di apertura della successione; in secondo luogo perché è molto difficile che in caso di controversia gli eredi siano d'accordo sulla legge da applicare alla divisione (Broggini 1996a, 24).

Occorre poi coordinare la disciplina della *lex successionis*, competente a regolare i presupposti della divisione, sia con la *lex rei sitae*, competente in tema di possesso e di diritti reali (art. 51), nonché in materia di pubblicità degli atti relativi ai diritti reali (art. 55), sia con la *lex fori* in caso di divisione giudiziale (Villani 1995, 1250).

## ART. 47

### *Capacità di testare*

*La capacità di disporre per testamento, di modificarlo o di revocarlo è regolata dalla legge nazionale del disponente al momento del testamento, della modifica o della revoca.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La deroga alla disciplina generale delle capacità speciali. – 3. Ambito d'applicazione.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218.

**Bibliografia** Migliazza 1993 – Badiali 1995 – Lenzi 1995 – Deli 1996 – Zabban 1996 – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Damascelli 2003 – Mosconi e Campiglio 2006 – Ubertazzi 2006.

#### **1. Osservazioni introduttive**

L'art. 47 completa la disciplina generale in materia di capacità prevista dagli artt. 20 e 23. Esso stabilisce infatti, in linea generale, l'applicabilità della **legge nazionale** del disponente al momento del testamento, della modifica o della revoca per regolare la capacità di compiere tali atti.

Si tratta di una soluzione positivamente valutata dalla dottrina, in quanto conferma il netto parallelismo esistente tra capacità giuridica e capacità d'agire sia per quanto attiene alla disciplina generale, sia relativamente alle capacità speciali, ed evita pertanto l'insorgere del problema di qualificazione (Badiali 1995, 44; Deli 1996, 1297; Damascelli 2003, 100).

Va inoltre approvata la scelta di delimitare temporalmente il riferimento alla legge nazionale del *de cuius* in relazione al momento del **compimento dell'atto** in ordine al quale rileva l'accertamento della capacità. In questo modo si risolvono le incertezze collegate alla modificabilità della cittadinanza, in passato oggetto di dibattito tra quanti ritenevano di riferire tale collegamento al momento del compimento dell'atto e quanti invece preferivano definirlo in relazione al momento della morte (Migliazza 1993, 7). Attualmente il testamento validamente disposto ai sensi dell'art. 47 resterà tale anche se la capacità del disponente è venuta meno, magari in seguito ad un mutamento di cittadinanza (Ubertazzi 2006, 234).

## 2. *La deroga alla disciplina generale delle capacità speciali*

La caratteristica principale della disposizione in esame è che essa introduce una deroga alla disciplina generalmente fissata per le capacità speciali, in ordine alle quali l'art. 20 e l'art. 23, 1° co., prevedono che le condizioni richieste per il compimento di determinati atti siano sottoposte alla legge regolatrice di questi ultimi.

La giustificazione di tale deroga va ricercata in primo luogo nella circostanza che la capacità di testare non costituisce parte integrante della configurazione che gli istituti successori assumono nei singoli ordinamenti, rappresentando piuttosto una delle espressioni della capacità giuridica (Badiali 1995, 53).

Inoltre si osserva che l'applicazione della disposizione dell'art. 47 alla capacità di testare si fonda anche sulla peculiarità della fattispecie in esame, caratterizzata dall'imprevedibilità e dall'irreparabilità dell'evento da cui ha origine; solo tramite il richiamo alla legge nazionale, temporalmente individuata al momento di redazione del testamento, il *de cuius* avrà la possibilità di valutare l'esistenza delle condizioni di validità del testamento. Se operasse la *lex successionis*, potrebbe accadere invece che la morte del testatore avvenga prima che questi abbia potuto verificare l'esistenza dei requisiti di capacità secondo la disciplina della successione, ad es. perché egli ha mutato cittadinanza poco prima di morire (Deli 1996, 1299; Ballarino 1999, 533).

## 3. *Ambito d'applicazione*

Gli aspetti più problematici della disciplina fissata dall'art. 47 riguardano l'ambito d'applicazione della stessa.

Si è rilevato innanzitutto che non appare chiaro se la disposizione in esame operi anche in relazione ai **vizi della volontà**, che inficiano, analogamente all'incapacità del disponente, la validità del testamento (errore, violenza, dolo, erroneità o illiceità del motivo). Parte della dottrina si è espressa a favore della soluzione negativa, ritenendo che tale materia debba essere sottoposta alla *lex successionis* (Picone 1998, 77; Mosconi e Campiglio 2006, 155); altri invece ritengono debba applicarsi l'art. 47, in considerazione del nesso stringente tra i vizi della volontà e l'atto che viene posto in essere, e della conseguente necessità che la disciplina dei medesimi venga individuata con riferimento al momento della *testamenti factio* (Lenzi 1995, 1142; Deli 1996, 1301).

Una questione connessa all'ambito d'applicazione della disciplina della capacità concerne la **capacità a succedere**, non regolata espressamente dalla l. 218/1995. Al riguardo si è tuttavia rilevato che la condizione personale del soggetto – ivi compresa l'**indegnità a succedere** – viene considerata come titolo di legittimazione relativo al singolo rapporto e deve pertanto essere determinata in base alla legge regolatrice di quest'ultimo (Migliazza 1993, 7; Zabban 1996, 107; Mosconi e Campiglio 2006, 154).

## ART. 48

### *Forma del testamento*

*Il testamento è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto, ovvero dalla legge dello Stato di cui il testatore, al momento del testamento o della morte, era cittadino o dalla legge dello Stato in cui aveva il domicilio o la residenza.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Legge applicabile. – 3. Operatività dei criteri di collegamento richiamati. – 4. Incertezze applicative. Il collegamento della cittadinanza. – 5. L'adattamento alle Convenzioni internazionali di diritto uniforme. – 6. Il testamento internazionale ai sensi della Convenzione di Washington del 28.10.1973.

**Legislazione** l. 31.5.1995, n. 218 – l. 25.5.1981, n. 303, esecuzione Conv. Basilea 16.5.1972 sulla registrazione dei testamenti – EGBGB, art. 26 – l. 29.11.1990, n. 387, esecuzione Conv. Washington 28.10.1973, che istituisce una legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale, artt. 3-7.

**Bibliografia** Batiffol 1961 – von Overbeck 1961 – Droz 1968 – Nadelmann 1974 – Curtis 1975 – Sturm 1987 – Groppi 1992 – Revillard 1995 – Villani 1995 – Boschiero 1996a – Clerici 1996 – Deli 1996 – Zabban 1996 – Picone 1998 – Mondini 1999 – Damascelli 2003 – Davi 2004 – Ricci 2004 – Davi 2005 – Mosconi e Campiglio 2006.

#### **1. Osservazioni introduttive**

La disciplina prevista dall'art. 48 per la forma del testamento si inquadra nella tendenza della l. 218/1995 a prevedere disposizioni *ad hoc* per la forma di singole categorie di atti e negozi giuridici, quali ad es. l'art. 28 per la forma del matrimonio, l'art. 35, 3° co., per la forma del riconoscimento del figlio naturale, l'art. 56, 3° co., per la forma della donazione, l'art. 60, 2° co., per la forma della procura, l'art. 9 della Convenzione di Roma, così come richiamata dall'art. 57. Si tratta tuttavia di una tendenza solo apparentemente uniforme, in quanto il contenuto delle singole disposizioni è nella sostanza molto diverso, come osservato dalla dottrina più critica nei confronti di tale scelta normativa (Picone 1998, 41 ss.).

Quanto alla legge applicabile, il principio del *favor testamenti* ha ispirato la previsione, in maniera alternativa, di sette leggi applicabili, sulla scorta delle

soluzioni della **Convenzione de L'Aja del 5.10.1961** sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, non ratificata dall'Italia, ma internazionalmente in vigore dal 1967 (von Overbeck 1961, 38 ss.).

Infine la disciplina attuale della forma del testamento è caratterizzata dall'**esclusione del rinvio**, secondo quanto dispone l'art. 13, 2° co., lett. b). Tale soluzione, criticabile in alcuni casi (Picone 1998, 171 ss.), merita invece approvazione relativamente alla disciplina della forma del testamento, ove i collegamenti, alternativamente richiamati, consentono già di raggiungere l'uniformità di soluzioni nelle varie fattispecie concrete, riducendo così la rilevanza concreta del rinvio (Picone 1998, 173).

## **2. Legge applicabile**

Come si è visto, l'art. 48 richiama **sette leggi** regolatrici della forma, e cioè: 1) legge dello Stato in cui il testatore ha disposto; 2) legge nazionale del testatore al momento della redazione del testamento; 3) legge nazionale del testatore al momento della morte; 4) legge del luogo di residenza del testatore al momento della redazione del testamento; 5) legge del luogo di residenza del testatore al momento della morte; 6) legge del domicilio del testatore al momento della redazione del testamento; 7) legge del domicilio del testatore al momento della morte.

Accanto a criteri di collegamento tradizionalmente previsti già nell'art. 26 disp. prel. c.c., come ad es. la nazionalità del testatore al momento della redazione del testamento o della morte, oppure il luogo di disposizione dell'atto, la norma dell'art. 48 introduce alcune innovazioni, quali la considerazione del domicilio o della residenza del testatore sia al momento del testamento che in quello della morte.

Viene invece a mancare il riferimento alla *lex substantiae*, che avrebbe consentito al testatore di designare la legge della propria residenza – qualora quest'ultima non fosse mutata al momento della morte – per regolare in maniera uniforme sostanza e forma del testamento.

## **3. Operatività dei criteri di collegamento richiamati**

Con la disposizione dell'art. 48, l'ordinamento italiano dimostra di adeguarsi alla disciplina della Convenzione de L'Aja del 1961, richiamandone tutti i criteri di collegamento ad eccezione del luogo di situazione degli immobili oggetto del testamento, la cui applicazione – si è osservato – avrebbe compromesso il principio dell'unità della successione (Boschiero 1996a, 24; Deli 1996, 1306; Zabban 1996, 107; Mosconi e Campiglio 2006, 155 s.) in materia di forma.

Ciò oltre alla già menzionata difformità di disciplina tra tali aspetti, conseguente alla mancata previsione dell'*electio iuris* in tema di forma del testamento (v. *supra*, par. 2). Alla luce di tali considerazioni, si evidenzia pertanto il problema di delimitare con esattezza le questioni che rientrano nella categoria della forma, dagli aspetti sostanziali del testamento, con le inevitabili **difficoltà di qualificazione** (Deli 1996, 1306; Ballarino 1999, 536 ss., Davì 2004, 485), più evidenti in relazione agli istituti di *common law*, quale ad es. il *probate* (Cass. 9.5.1994, n. 4477, *NGCC*, 1995, 497-499, con nota Basini).

Per quanto riguarda poi il coordinamento tra i criteri di collegamento richiamati dall'art. 48, occorre osservare in linea generale che è il principio del ***favor validitatis*** ad ispirare l'interpretazione della norma in esame, in cui il richiamo delle diverse leggi deve essere considerato simultaneo e alternativo (Villani 1995, 1250; Deli 1996, 1304, Mosconi e Campiglio 2006, 155). È poi da notare la puntualizzazione temporale di nazionalità, domicilio e residenza. Tali collegamenti assumono rilevanza sia in relazione al momento della **confezione del testamento**, sia in relazione a quello del **decesso**.

Un testamento valido al tempo in cui è stato posto in essere non potrà quindi diventare successivamente nullo in seguito ad un cambiamento di nazionalità, di residenza o di domicilio. Al contrario, è ipotizzabile che un testamento in origine formalmente invalido acquisti validità in seguito ad un mutamento di residenza, di domicilio o di nazionalità, in forza del principio del *favor testamenti*.

#### **4. Incertezze applicative. Il collegamento della cittadinanza**

Alcune incertezze possono essere generate invece dall'applicazione del collegamento della cittadinanza.

A tale riguardo viene innanzitutto in rilievo il caso in cui il **testatore sia cittadino di uno Stato plurilegislativo**, per regolare il quale può essere senza dubbio utilizzato l'art. 18 (v. Ricci 2004), in conformità alla soluzione prevista dalla Convenzione de L'Aja del 1961. Quest'ultima dispone infatti che in tale ipotesi la legge regolatrice della forma venga determinata dalle norme interne di quell'ordinamento o, qualora non ve ne fossero, dalla legge interna con la quale il testatore presenta il collegamento più stretto (art. 1, 2° co.).

Nelle fattispecie in cui il **testatore sia titolare di doppia o plurima cittadinanza**, rileva l'art. 19, secondo cui si applica la legge dello Stato con cui il soggetto ha il collegamento più stretto, fatta salva la prevalenza della cittadinanza italiana, ove esistente. In questo modo è ipotizzabile il verificarsi di problemi di coordinamento con la disciplina della Convenzione de L'Aja del 1961, secondo la quale non vale invece la ricerca della nazionalità più effettiva, ma è sufficiente, quanto alla validità formale dell'atto di ultima volontà, che essa sia sancita da una delle leggi nazionali in conflitto (Batiffol 1961, 162;

von Overbeck 1961, 56 ss.; Droz 1968, 6). Tale interpretazione, in concreto contrastata dalla presenza dell'art. 19, potrebbe però essere supportata dal principio del *favor validitatis*, come nel caso (Trib. Belluno 22.12.1997, *DFP*, 2000, 1110), in cui si è ritenuto valido il testamento manifestato oralmente da una cittadina italo-austriaca in presenza di tre testimoni (valido non secondo la legge italiana ma secondo quella austriaca) L'applicazione di tale principio consentirebbe allora di raggiungere l'armonia delle soluzioni tra l'ordinamento italiano e altri sistemi giuridici, come ad es. quello tedesco (art. 26 EGBGB), in cui le regole della Convenzione de L'Aja del 1961 sono state accolte (Sturm 1987, 74 ss.).

### ***5. L'adattamento alle Convenzioni internazionali di diritto uniforme***

Nella determinazione della disciplina della forma del testamento, viene poi in rilievo la Convenzione di Washington del 28.10.1973, in vigore per l'Italia a far data dal 16.11.1991, ed avente ad oggetto una nuova forma di testamento, che si aggiunge pertanto, ma senza sostituirle, alle diverse forme previste nei singoli Stati che aderiscono alla Convenzione.

Relativamente al rilievo da attribuire a tale normativa uniforme, si segnala l'esistenza, in dottrina, di alcune **incertezze**. Alcuni affermano infatti che l'applicazione di tale Convenzione è subordinata all'art. 48, nel senso cioè che essa appare ipotizzabile soltanto qualora, all'interno degli ordinamenti richiamati dall'art. 48, e, nel quadro di quello prescelto dall'interprete in quanto più favorevole alla validità del testamento, si rinvenivano le norme di esecuzione della Convenzione che contiene la legge uniforme sulla forma del testamento internazionale (Clerici 1996, 244).

Altri ritengono invece – in conformità all'orientamento diffuso in altri paesi (Curtis 1975, 121) – che il regime convenzionale operi indipendentemente dal funzionamento dell'art. 48, dal momento che esso prevede, per gli ordinamenti che vi hanno aderito, norme di applicazione necessaria che vanno attuate a prescindere dalla ricerca della legge applicabile (Deli 1996, 1309; Mondini 1999, 396). Seguendo tale ultima interpretazione, si evitano le difficoltà connesse alla determinazione della legge applicabile, realizzando l'obiettivo fondamentale della Convenzione ora in esame, che richiama le disposizioni della legge uniforme ad essa annessa. Tale conclusione appare inoltre coerente agli orientamenti recentemente espressi nell'ambito della Comunità europea dal **Libro verde dell'1.3.2005 sulle successioni**, in cui la Commissione afferma la necessità di armonizzare le norme di conflitto degli Stati membri in materia (sul punto v. Davì 2004, 473; Davì 2005, 297 ss.).

## **6. *Il testamento internazionale ai sensi della Convenzione di Washington del 28.10.1973***

La legge uniforme annessa alla Convenzione contiene – come si è visto – le norme materiali chiamate a regolare la forma del c.d. testamento internazionale, che si aggiunge ai tipi di testamento già previsti dai sistemi giuridici nazionali.

Le regole previste dalla legge uniforme si applicano infatti non solo nelle fattispecie che presentano elementi di estraneità, ma anche in ordine alle situazioni meramente interne, come si deduce dall'**art. 1** della legge uniforme. Pertanto l'aggettivo internazionale – fortemente criticato in dottrina (Revillard 1995, 587) – è da riferirsi esclusivamente all'origine dell'istituto (Nadelmann 1974, 371; Groppi 1992, 114; Deli 1996, 1309).

Anche un **cittadino italiano** potrà pertanto avvalersi delle forme previste dalla Convenzione di Washington per regolare la propria successione, e cioè: la redazione per iscritto di un testamento, la consegna al notaio di quel documento con contestuale dichiarazione, in presenza di due testimoni, che si tratta del proprio testamento, la sottoscrizione del testamento (o il riconoscimento della propria anteriore sottoscrizione), la sottoscrizione dei testimoni e del notaio, che apporrà inoltre sul testamento la data, redigerà l'atto di ricevimento (artt. 3-7. l. uniforme) e provvederà poi alla conservazione del testamento (art. 8. l. uniforme).

## ART. 49

### *Successione dello Stato*

*Quando la legge applicabile alla successione, in mancanza di successibili, non attribuisce la successione allo Stato, i beni ereditari esistenti in Italia sono devoluti allo Stato italiano.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Operatività della disciplina dell'art. 49. – 3. Limiti.

**Legislazione** l. 31.5.1995, n. 218 – c.c., art. 586, art. 827.

**Bibliografia** Monaco 1954 – Venturini 1956 – Maridakis 1958 – Vitta 1975 – Ballarino 1990 – Migliazza 1993 – Villani 1995 – Deli 1996 – Zabban 1996 – Picone 1998 – Damascelli 2003 – Mosconi e Campiglio 2006.

#### **1. Osservazioni introduttive**

La disposizione dell'art. 49 rappresenta un'ulteriore **innovazione** apportata dalla l. 218/1995 alla disciplina internazionalprivatistica italiana delle successioni, in tema di successione dello Stato, generalmente regolata, nell'ordinamento italiano, dall'art. 586 c.c. Tale norma viene complessivamente approvata in dottrina come soluzione adeguata e ragionevole dell'antico problema della successione dello Stato, (Migliazza 1993, 7; Deli 1996, 1314), anche se talvolta criticata a causa dell'inquadramento conflittuale di un problema prevalentemente territoriale.

L'origine di tale problema va ricercata nel fatto che la previsione – diffusa tanto negli ordinamenti di *civil law* quanto in quelli di *common law* – secondo cui lo Stato acquista i beni di coloro che muoiono senza lasciare eredi, c.d. *bona vacantia* si fonda su considerazioni differenti (Maridakis 1958, 802 ss.; Connetti 1991, 99). Infatti in alcuni sistemi giuridici tale acquisto si basa sul riconoscimento, di natura privatistica, della qualità di erede allo Stato. In altri ordinamenti sono invece considerazioni di carattere pubblicistico a consentire l'acquisto dei *bona vacantia* da parte dello Stato, tutte riconducibili al c.d. "dominio eminente" che spetta allo Stato sul proprio territorio e sui beni ivi esistenti (Vitta 1975, 170 ss.). Tali differenze avevano pertanto indotto la dottrina tradizionale ad impostare la questione in esame in termini di **qualificazione**: si in-

dividuava la legge applicabile nella *lex successionis* o nella *lex rei sitae*, a seconda che si qualificasse, secondo la *lex fori*, la pretesa dello Stato come inerente alla materia successoria, oppure come pretesa sovrana (Monaco 1954, 195 ss.; Venturini 1956, 42 ss.). Un'altra soluzione consisteva invece nel coordinamento tra la disciplina posta dalla *lex successionis* e quella prevista dalla *lex rei sitae*, riconoscendo l'operatività della prima solo qualora la seconda non prevedesse una vocazione di indole pubblicistica in capo allo Stato territoriale (Ballarino 1990, 1277 s.).

## 2. Operatività della disciplina dell'art. 49

La nuova legge italiana di diritto internazionale privato ha evidentemente tenuto conto delle difficoltà appena esaminate, evitando la qualificazione astratta e preventiva della pretesa dello Stato secondo la tradizionale prospettiva bilateralistica dei conflitti di leggi (Picone 1998, 98-99).

La norma dell'art. 49 presenta, infatti, carattere **unilaterale**, in quanto si occupa soltanto dell'ipotesi in cui **i beni ereditari siano localizzati in Italia**, prevedendo che, se lo Stato estero non può acquistare tali beni in base alla *lex successionis*, essi sono devoluti allo Stato italiano. Ciò in considerazione dell'interesse diretto della società italiana a disciplinare tali fattispecie (Relazione, *sub art.* 45; Villani 1995, 1250).

Essa si configura inoltre come norma di diritto **materiale**, che estende ai beni mobili il principio generale di ordine pubblico, contenuto nell'art. 827 c.c., secondo cui i beni immobili vacanti spettano al patrimonio dello Stato (Villani 1995, 1250-1251; Deli 1996, 1310; Zabban 1996, 108; Picone 1998, 99). Da tale circostanza si deduce che alle fattispecie regolate dall'art. 49 non è applicabile la disciplina italiana relativa alla devoluzione ereditaria dei beni, ad es. in ordine agli aspetti patrimoniali e amministrativi della successione, a differenza dunque di quanto accade se lo Stato italiano sia chiamato, sulla base della legge italiana regolatrice della successione, a succedere ai **beni di un suo cittadino situati all'estero** (Deli 1996, 1315). È però chiaro che lo Stato italiano potrà acquistare beni dei propri cittadini situati nel territorio di altri paesi solo se l'ordinamento del paese ove i beni si trovano non assegna a tale paese il diritto di acquisire tutti i beni privi di proprietario che si trovano entro i suoi confini secondo la teoria del dominio eminente dello Stato (Damascelli 2003; Mosconi e Campiglio 2006, 158).

## 3. Limiti

Il miglioramento della disciplina della successione dello Stato ad opera dell'art. 49 non è però completo, in quanto, come rilevato da più parti (Deli 1996, 1314; Picone 1998, 100), la norma in esame regola solo la fattispecie in

cui nessun ordinamento abbia titolo per l'acquisizione dei beni ereditari (c.d. "**conflitto negativo**"), e non l'ipotesi in cui la legge applicabile alla successione sia la legge italiana e lo Stato italiano abbia una pretesa sui beni situati all'estero, in contrasto con lo Stato locale che voglia appropriarsi dei beni a titolo di diritto sovrano (c.d. "**conflitto positivo**"). Tale scelta non appare tuttavia casuale, ma motivata dalla consapevolezza che la norma dettata per regolare tale caso non avrebbe potuto avere effettiva applicazione, a causa dell'imposizione "di fatto" dello Stato straniero (Picone 1998, 100).

In considerazione di ciò, si è giustamente osservato che sarebbe stato opportuno che la l. 218/1995 seguisse una soluzione alternativa, analoga a quella prevista dalla Convenzione de L'Aja del 1989 secondo cui l'applicazione della legge successoria non impedisce che, in mancanza di successibili da essa designati, la *lex fori* preveda il diritto dello Stato così individuato di acquisire i beni situati sul proprio territorio.

Rimane tuttavia aperto il problema della disciplina applicabile alla successione dello Stato, in caso di **rinvio** operato dalla *lex successionis*, qualora essa non si individui in quella di cittadinanza del *de cuius*, ma ad es. in quella del domicilio o in quella del luogo di situazione dei beni (Mosconi e Campiglio 2006, 158).

## ART. 50

### *Giurisdizione in materia successoria*

*In materia successoria la giurisdizione italiana sussiste:*

- a) se il defunto era cittadino italiano al momento della morte;*
- b) se la successione si è aperta in Italia;*
- c) se la parte dei beni ereditari di maggiore consistenza economica è situata in Italia;*
- d) se il convenuto è domiciliato o residente in Italia o ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero;*
- e) se la domanda concerne beni situati in Italia.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Coordinamento con le norme generali di giurisdizione. – 3. In particolare. Il coordinamento con l'art. 3, l. 218/1995. – 4. Criteri di giurisdizione. Cittadinanza italiana del *de cuius* e apertura della successione in Italia. – 5. Localizzazione in Italia dei beni ereditari. – 6. Criteri generali di giurisdizione.

**Legislazione** l. 31.5.1995, n. 218 – r.d. 5.5.1869, esecuzione Conv. 22.7.1868 di stabilimento e consolare italo svizzera – c.p.c., art. 22 – c.c., art. 3, art. 456 – l. svizzera 18.12.1987 sul diritto internazionale privato.

**Bibliografia** Morelli 1954 – Migliazza 1993 – Starace 1994 – Luzzatto 1994 – Attardi 1995 – Villani 1995 – Boschiero 1996a – Clerici 1996 – Deli 1996 – Luzzatto 1996 – Salerno 1996b – Starace 1996a – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Ricci 2004 – Mosconi e Campiglio 2006.

#### **1. Osservazioni introduttive**

L'art. 50 individua i **criteri speciali** di giurisdizione in materia successoria e si contraddistingue per l'ampiezza con cui viene definita la competenza del giudice italiano sia relativamente alle controversie proponibili, sia in ordine ai collegamenti in presenza dei quali tale competenza ricorre.

Per quanto concerne il primo profilo, è significativo innanzitutto il riferimento alla "**materia successoria**"; la delimitazione dell'ambito d'applicazione della norma dell'art. 50 prescinde infatti dall'elencazione delle controversie di cui all'art. 22 c.p.c. (controversie relative a: divisione o petizione di eredità; rescissione della divisione; crediti verso il defunto; cause contro l'esecutore testamentario), che veniva invece utilizzato per qualificare una con-

troversia come inerente alla materia successoria nel vigore delle disp. prel. c.c. (Cass. Sez. U. 22.4.1953, n. 1075, *RDIn*, 1954, 402-403; Cass. Sez. U. 6.7.1974, n. 1979, *GI*, 1974, I, 1, 1452-1458, con nota Franchi). Grazie a tale riferimento, è ipotizzabile pertanto che i criteri indicati dall'art. 50 si applichino anche in ordine a controversie non ricomprese tra le cause ereditarie di cui all'art. 22 c.p.c. (Mosconi e Campiglio 2006), ma che presentano una connessione sufficientemente stretta con la materia (Migliazza 1993, 12; Deli 1996, 1319).

Relativamente al secondo aspetto considerato, occorre notare la **varietà dei criteri** con cui si definisce la competenza del giudice italiano in materia: a criteri tradizionali e comuni all'abrogato art. 4 c.p.c., come ad es. il domicilio o la residenza del convenuto in Italia, l'accettazione della giurisdizione da parte di quest'ultimo (salvo il limite delle domande concernenti immobili siti all'estero), la cittadinanza italiana del *de cuius*, l'apertura della successione in Italia, e la situazione di beni in Italia, si aggiunge la localizzazione in Italia dei beni di maggior consistenza economica.

## ***2. Coordinamento con le norme generali di giurisdizione***

La competenza del giudice italiano viene dunque affermata in maniera molto ampia, anche se non viene in considerazione la cittadinanza italiana del convenuto, che – secondo una linea di fondo della l. 218/1995, peraltro criticata (Luzzatto 1994, 162 s.) – da criterio generale diventa criterio speciale di giurisdizione (Starace 1994, 251; Starace 1996a, 69 ss.), applicabile – come si è visto – nelle controversie attinenti ai rapporti di famiglia (art. 32, art. 37), e relativamente ai procedimenti di volontaria giurisdizione (art. 9, art. 22).

Ad ampliare la competenza del giudice italiano in materia successoria potrebbe contribuire inoltre la considerazione che l'art. 50 non pone criteri di giurisdizione esclusivi, risultando applicabili in proposito anche le norme generali di giurisdizione contenute nella l. 218/1995, secondo una soluzione suggerita in giurisprudenza (Trib. Lucca 23.9.1997, *RIPP*, 1998, 818-826).

Tale conclusione è tuttavia oggetto di vivaci dibattiti dottrinali (v. *infra*, par. 3), determinati – soprattutto con riguardo all'operatività dell'art. 3 – dalle incertezze testuali dell'art. 50, che, a differenza di altre disposizioni speciali di giurisdizione (ad es. art. 32, art. 37, art. 40, 3° co., art. 44), non richiama esplicitamente tale disposizione generale, prevedendo però l'operatività di due criteri (domicilio e residenza del convenuto), già contemplati da essa.

Al contrario non si pongono dubbi relativamente al coordinamento dell'art. 50 con la disposizione generale dell'art. 4 (Starace 1996a, 75 s.), dal momento che l'art. 50, lett. d), prevede come criterio di giurisdizione l'accettazione della giurisdizione italiana, anche se ne limita l'applicazione, escludendola in relazione agli immobili situati all'estero (v. *infra*, par. 7).

### **3. In particolare. Il coordinamento con l'art. 3, l. 218/1995**

Relativamente al coordinamento dell'art. 50 con l'art. 3, parte della dottrina, fondandosi sugli aspetti testuali di tale ultima norma, ha affermato l'applicazione **esclusiva** dell'art. 50, allo scopo di evitare in ogni modo le ipotesi di giurisdizione esorbitante (Attardi 1995, 739; Deli 1996, 1318; Salerno 1996b, 923). Altri invece, ponendo l'accento soprattutto sul dettato testuale dell'art. 3, 1° co., ultima frase, secondo cui la giurisdizione sussiste "anche negli altri casi previsti dalla legge", propendono per l'applicazione generalizzata di quest'ultimo (esclusa la disposizione dell'art. 3, 2° co., 1ª parte, in cui si richiamano i criteri della Convenzione di Bruxelles), anche relativamente alle materie regolate da norme speciali di giurisdizione (Migliazza 1993, 12; Starace 1994, 245 s., nt. 6; Villani 1995, 1251; Boschiero 1996a, 99 s.; Luzzatto 1996, 25, nt. 12; Starace 1996a, 75; Picone 1998, 195; Ballarino 1999, 550 s.; Mosconi e Campiglio 2006, 144).

In realtà si è osservato che la rilevanza concreta del dibattito relativo all'applicazione dell'art. 50 in maniera esclusiva o concorrente rispetto alle norme generali di giurisdizione contenute nella l. 218/1995 è limitata (Mosconi e Campiglio 2006, 144), in quanto alcuni criteri generali (domicilio e residenza del convenuto) sono previsti sia dall'art. 3, 1° co., sia dall'art. 50 lett. d). Il riferimento ai criteri di competenza territoriale, di cui all'art. 3, 2° co., ultima parte, viene poi reso inoperante dalle disposizioni dell'art. 50. L'art. 50, lett. b), individua infatti un criterio coincidente con quello previsto dall'art. 22, 1° co., c.p.c., e i collegamenti, previsti dall'art. 50, lett. c) (localizzazione in Italia dei beni di maggiore consistenza economica), e dall'art. 50, lett. e) (localizzazione in Italia dei beni oggetto di controversia), escludono l'operatività dell'analogo criterio della localizzazione in Italia della maggior parte dei beni successori, di cui all'art. 22, 2° co., c.p.c., 1ª parte. Pare, pertanto, difficile l'individuazione dei casi in cui tale complementarità, qualora fosse possibile configurarla, verrebbe ad assumere rilevanza concreta, ad eccezione forse della fattispecie in cui (Trib. Lucca 23.9.1997, *RIPP*, 1998, 818-826) il convenuto abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio ai sensi dell'**art. 77 c.p.c.**, secondo quanto prevede l'art. 3, 1° co. (Deli 1996, 1318; Salerno 1996b, 923), oppure con riguardo al caso di cui all'art. 22, 2° co., c.p.c., richiamato dall'art. 3, 2° co., ultima parte, ovvero qualora la successione si è aperta all'estero e si individui quale giudice competente quello del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni situati nella Repubblica (Mosconi e Campiglio 2006, 144 s.).

#### **4. Criteri di giurisdizione. Cittadinanza italiana del de cuius e apertura della successione in Italia**

Il richiamo al collegamento della **cittadinanza**, è stata particolarmente apprezzata, in dottrina (Deli 1996, 1319). L'accertamento della cittadinanza del *de cuius* deve essere effettuato in base alle norme italiane sulla cittadinanza in vigore al momento della morte; in caso di cittadino italiano, titolare di altre cittadinanze, si verificherà la prevalenza della cittadinanza italiana, secondo quanto prevede l'art. 19 (Trib. Lucca 23.9.1997, *RIPP*, 1998, 818-826; Trib. Belluno 22.12.1997, *DFP*, 2000, 1110). In caso di cittadino di un paese con ordinamento plurilegislativo si applica l'**art. 18** (Ricci 2004).

Anche il criterio di giurisdizione dell'**apertura della successione in Italia** (art. 50, lett. b) va individuato in base alle norme italiane in materia; dunque – secondo le indicazioni tradizionali (Morelli 1954, 119) – si dovrà accertare, ai sensi dell'art. 43 c.c., se l'ultimo domicilio del *de cuius* era in Italia, dato che ex art. 456 c.c. la successione si apre, al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto.

#### **5. Localizzazione in Italia dei beni ereditari**

La localizzazione dei beni ereditari in Italia è un criterio di giurisdizione, diversamente richiamato da due disposizioni dell'art. 50. Da un lato infatti si afferma che la giurisdizione italiana sussiste

«se la parte dei beni ereditari di maggiore consistenza economica è situata in Italia»  
(art. 50, lett. c), l. 218/1995);

dall'altro si stabilisce la competenza del giudice italiano

«se la domanda concerne beni situati in Italia»  
(art. 50, lett. e), l. 218/1995).

Relativamente alla disposizione di cui alla **lett. c) dell'art. 50**, si è osservato che essa contiene un criterio nuovo, da interpretarsi in maniera abbastanza elastica, al fine di ricomprendervi sia i beni mobili, sia i beni immobili, ma non i beni immateriali, regolati dalle norme speciali predisposte in materia (Deli 1996, 1320). Alcune difficoltà potrebbero però sorgere nell'individuazione di tale criterio dalla circostanza che esso implica una valutazione economica da compiersi ad opera dell'interprete.

Qualora la parte dei beni ereditari di maggiore consistenza economica sia situata all'estero, la giurisdizione italiana sussiste ugualmente se la domanda

concerne beni situati in Italia (Relazione, *sub* art. 46), secondo quanto prevede l'art. 50, lett. e).

Si tratta di una disposizione criticabile in quanto afferma l'esistenza della giurisdizione italiana in ordine a controversie che non presentano legami effettivi con l'ordinamento italiano, ampliando così eccessivamente la competenza del giudice italiano (Deli 1996, 1321 s.; Picone 1998, 65). Si pensi ad es. al **retrato successorio** richiesto da un coerede rispetto ad un bene situato in Italia quando manchi un altro titolo di giurisdizione (Migliazza 1993, 12).

La *ratio* sottesa a tale ampliamento può tuttavia essere individuata nel collegamento tra il titolo di giurisdizione in esame e la norma di cui all'art. 46, 3° co. (analogamente a quanto accade per il luogo di apertura della successione, previsto dall'art. 50, lett. b) – come criterio di giurisdizione – e dall'art. 46, 3° co. – come criterio di collegamento), secondo cui è prevista per i condividenti la facoltà di regolare la divisione tramite il richiamo alla legge del luogo in cui si trovano uno o più beni ereditari. Tale collegamento rivela infatti che l'allargamento della competenza del giudice italiano avviene in funzione del principio di universalità della successione (Clerici 1996, 248).

## 6. Criteri generali di giurisdizione

L'art. 50 richiama infine alcuni criteri generali di giurisdizione, affermando che sussiste la competenza del giudice italiano

«se il convenuto è domiciliato o residente in Italia o ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero»

(art. 50, lett. d), l. 218/1995).

Tali criteri vengono applicati indipendentemente dal fatto che nella controversia il convenuto sia cittadino italiano o straniero. La cittadinanza viene infatti ritenuta non più idonea a costituire fondamento della giurisdizione, in considerazione

«(...) dei più moderni orientamenti del diritto processuale civile internazionale, che tendono a non considerare la cittadinanza come fondamento della giurisdizione»

(Relazione, *sub* art. 3).

L'accertamento di tali criteri va condotto secondo le norme della *lex fori*; dunque per la determinazione della residenza e del domicilio acquisterà rilievo la disposizione dell'art. 43 c.c.; l'accettazione della giurisdizione andrà verificata secondo quanto dispone l'art. 4.

L'operatività dei collegamenti appena esaminati è tuttavia esclusa nel caso in cui la domanda sia relativa a **beni immobili situati all'estero**, dal momento che in quest'ipotesi la controversia assume un carattere di estraneità tale da far venire meno l'utilità dell'esercizio della giurisdizione italiana (art. 5).